

3. Teil Individualarbeitsrecht

1. Kapitel: Diskriminierungsverbote

§ 8 Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote – Allgemeiner Teil: Rechtsgrundlagen und Schutzinstrumente

Literatur: *Adomeit*, Spanisches und deutsches Gleichbehandlungsrecht und gemeinsame Probleme der Umsetzung europäischer Direktiven, in: Konzen/Krebber/Raab/Veit/Waas (Hrsg.), Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, 2007, S. 1–9; *ders./Mohr*, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2007; *Barbera*, Not the same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context, ILJ 31 (2002), 82–91; *Barnard/Hepple*, Substantive Equality, C.L.J. 59 (2000), 562–585; *Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230–251; *Bauer/Göpfert/Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Kommentar, 2006; *Bell*, Article 13 EC: The European Commission’s Anti-Discrimination Proposals, ILJ 29 (2000), 79–84; *ders.*, Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive, ELJ 8 (2002), 384–399; *ders./Waddington*, Reflecting on inequalities in European equality law, ELR 28 (2003), 349–369; *Bezzenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395–434; *Blomeyer*, Der Einfluß der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 1994, 633–640; *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997; *Däubler/Bertzenbach* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar, 2. Aufl. 2008; *Driessen-Reilly/Driessen*, Don’t Shoot the Messenger: A Look at Community Law Relating to Harassment in the Workplace, ELR 28 (2003), 493–507; *Epstein*, Forbidden Grounds – The Case Against Employment Discrimination Law, 1995; *Fastrich*, Gleichbehandlung und Gleichstellung, RdA 2000, 65–81; *Fredman*, Equality: A New Generation?, ILJ 30 (2001), 145–168; *Gamillscheg*, Die mittelbare Diskriminierung der Frau im Arbeitsleben, in: Martinek (Hrsg.), Arbeitsrecht und soziale Grundrechte, Festschrift für Hans Floretta zum 60. Geburtstag, 1983, S. 171–185; *Görlitz*, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten, 2005; *Hanau/Preis*, Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, 177–207; *Herrmann*, Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip, ZfA 1996, 19–68; *Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958; *Isensee* (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007; *Kamanabrou*, Europarechtskonformer Schutz vor Benachteiligungen bei Kündigungen, RdA 2007, 199–207; *Kirchner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz: ein ökonomischer Ansatz, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, S. 37–52; *Kocher*, Vom Diskriminierungsverbot zum „Mainstreaming“, RdA 2002, 167–173; *Körner*, Diskriminierung von älteren Arbeitnehmern – Abhilfe durch das AGG?, NZA 2008, 497–504; *Krebber*, Das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot als Regelungsvorbild?, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, S. 93–121; *ders.*, The Social Rights Approach of the European Court of Justice to Enforce European Employment Law, Comp. Lab. L. & Pol’y J. 27 (2006), 377–403; *Le Friant*, Das Prinzip der Nichtdiskriminierung im französischen Recht: Zum Stand der Debatte, NZA 2004, 49–59; *ders.*, Rechtstechniken im Kampf gegen Diskrimi-

3. Teil *Individualarbeitsrecht*

nierungen: Die Lage in Frankreich, AuR 2003, 51–56; *Leible/Schlachter* (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006; *Lobinger*, Fehlende Diskriminierungssopfer, klagende Verbände und fragwürdige Kundenerwartungen – Urteil des EuGH v. 10.7.2008 – Rs. Feyn, EuZA 2009, 365–384; *ders.*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote – Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, in: *Isensee* (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 99–180; *Lorenz*, Schwieriger Weg zur Lohnangleichung von Männern und Frauen, in: *Anzinger/Wank* (Hrsg.), Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht – Festschrift für Otfried Wlotzke, 1996, S. 45–82; *Mahlmann*, Gerechtigkeitsfragen im Gemeinschaftsrecht, in: *Rust/Däubler/Falke/Lange/Plett/Scheiwe/Sieveking* (Hrsg.), Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland – Loccumer Protokolle 40/03, 2003, S. 47–72; *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57–66; *ders.*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999; *ders.*, Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in: *Leible/Schlachter* (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, S. 73–91; *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben – Ungleichbehandlung von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland, 1989; *Picker*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: *Lorenz* (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht, 2004, S. 7–115; *Preis/Mallossek*, Überblick über das Recht der Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Gemeinschaftsrecht, in: *Oetker/Preis* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, B 4000 (Stand Dez. 1995); *Rauch*, Die Entwicklung des englischen Antidiskriminierungsrechts im Jahr 2007, EuZA 2008, 501–514; *dies.*, Die Entwicklung des englischen Antidiskriminierungsrechts im Jahr 2008, EuZA 2009, 343–354; *Rebhahn* (Hrsg.), Kommentar des Gleichbehandlungsgesetzes, 2005; *Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in: *ders./Nishitani* (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? – Deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts, 2007, S. 19–61; *ders.* (Hrsg.), Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Grundsatz- und Praxisfragen, 2007; *ders.*, Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, in: *Leible/Schlachter* (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, S. 123–140; *ders.*, Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht der Vereinigten Staaten, RdA 1993, 36–44; *ders.*, „Mangold“ verabschiedet, in: *Hanau/Thau/Westermann* (Hrsg.), Gegen den Strich – Festschrift für Klaus Adomeit, 2008, S. 631–644; *ders./Franck*, Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, 529–538; *Rödl*, Ausschluss des Gerichtsstands der Streitgenossenschaft im internationalen Arbeitsvertragsprozess – Urteil des EuGH v. 22.5.2008 – Rs. Glaxo-SmithKline, EuZA 2009, 385–394; *Rust/Däubler/Falke/Lange/Plett/Scheiwe/Sieveking* (Hrsg.), Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland – Loccumer Protokolle 40/03, 2003; *Schiek* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007; *dies.*, A new Framework on equal treatment of persons in EC law? Directives on 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/xx/EC Changing Directive 76/202/EEC in Context, ELJ 8 (2002), 290–314; *dies.*, Differenzierte Gerechtigkeit – Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, 2000; *dies.*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873–884; *Schlachter*, Das Arbeitsrecht im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, ZESAR 2006, 391–399; *dies.*, Wege zur Gleichberechtigung – Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten, 1993; *Schmidt am Busch*, Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (Richtlinie 79/7/EWG), in: *Oetker/Preis* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, B 4300 (Stand Juni 1996); *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht? – Beweis- und verfahrensrechtliche Probleme der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG, 2004; *Singer*, Vertragsfreiheit und Antidiskriminierung – zur rechtspolitischen, verfassungs- und europarechtlichen Kritik am Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, in: *Hanau/Thau/Westermann* (Hrsg.), Gegen den Strich – Festschrift für Klaus Adomeit, 2008, S. 703–717; *Somek*, A Constitution for Antidiscrimination: Exploring the Vanguard Moment of Community Law, ELJ 5 (1999), 243–271; *Sunstein*, Why Markets Don't Stop Discrimination, in: *ders.*, Free Markets and Social Justice, 1997, S. 151–166; *Thüsing*, Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004 Sonderbeil. zu Heft 22, 3–16; *ders.*, Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht – Anmerkungen zu den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG, ZfA 2001, 397–418; *ders.*, Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtli-

cher Diskriminierungsverbote, RdA 2003, 257–264; *ders.*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB Band 1/2 – AGG, 5. Aufl. 2007; *Waddington*, Art. 13 EC: Setting Priorities in the Proposal for a Horizontal Employment Directive, ILJ 29 (2000), 176–181; *dies.*, Taking stock and looking forward: the Commission Green Paper on Equality and Non-Discrimination in an Enlarged European Union, ILJ 33 (2004), 367–273; *dies.*, Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination, ILJ 28 (1999), 133–151; *dies./Bell*, More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives, CMLR 38 (2001), 587–611; *Wank*, Diskriminierung in Europa – Die Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien aus deutscher Sicht, NZA 2004 Sonderbeil. Heft 22, 16–26; *Wendeling-Schröder*, Grund und Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Zivil- und Arbeitsrecht, NZA 2004, 1320–1323; *dies./Stein*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Kommentar, 2008; *Whittle*, Disability Discrimination and the Amsterdam Treaty, ELR 23 (1998), 50–58; *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001; *ders.*, Probleme der Gleichberechtigung im europäischen und deutschen Arbeitsrecht, in: Wendt/Höfling/Karpen (Hrsg.) – Staat Wirtschaft Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, 1996, S. 135–154; *Wißmann*, Mittelbare Geschlechtsdiskriminierung: iudex calculat, in: Anzinger/Wank (Hrsg.), Entwicklung im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht – Festschrift für Otfried Wlotzke, 1996, S. 807–834; *Zöllner*, Gleichberechtigung und Gleichstellung der Geschlechter, in: Schwarz/Spielbüchler/Martinek/Grillberger/Jabornegg (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung – Festschrift für Rudolf Strasser, 1983, S. 223–240.

S. ferner die Literaturhinweise zu Einzelthemen unten, vor Rdn. 45, 50, 53, 64, 70 und 74 sowie zu einzelnen Regelungen in §§ 9–11

Rechtsprechung (Auswahl):

- EuGH v. 08.04.1976 Rs. 43/75 *Defrenne II*, Slg. 1976, 455
 EuGH v. 31.03.1981 Rs. 96/80 *Jenkins*, Slg. 1981, 911
 EuGH v. 13.05.1986 Rs. 170/84 *Bilka*, Slg. 1986, 1607
 EuGH v. 13.07.1989 Rs. 171/88 *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743
 EuGH v. 17.05.1990 Rs. C-262/88 *Barber*, Slg. 1990, I-1889
 EuGH v. 08.11.1990 Rs. 177/88 *Dekker*, Slg. 1990, 3941
 EuGH v. 27.10.1993 Rs. C-172/92 *Enderby*, Slg. 1993, I-5535
 EuGH v. 09.09.2003 Rs. C-25/02 *Rinke*, Slg. 2003, I-8349
 EuGH v. 22.11.2005 Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981
 EuGH v. 10.07.2008 Rs. C-54/07 *Feryn*, (noch nicht in Slg.)
 EuGH v. 05.03.2009 Rs. C-388/07 *Age Concern England*, (noch nicht in Slg.)

I. Einführung

Diskriminierungsverbote gehören geradezu zu den Grundlagen des Europäischen Rechts.¹ Dass die Mitgliedstaaten wie auch die Gemeinschaft nicht auf der Grundlage der Nationalität unterscheiden, ist ein Kernaspekt der Grundfreiheiten und in der Tat des Binnenmarktkonzepts (dazu bereits oben, § 2). Darüber hinaus hat die Gemeinschaft das Diskriminierungsverbot, wie es im Gründungsvertrag der EWG aus wettbewerblichen Erwägungen für den Bereich des Arbeitsrechts punktuell normiert war, seit den 1970er Jahren weitreichend entfaltet. Ausgangspunkt war das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsrecht. Seit 2000 sind auch Diskriminierungen aus anderen Gründen und in anderen Lebensbereichen verboten. 1

¹ S. zu Art. 141 EG EuGH v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 *Defrenne II*, Slg. 1976, 455 Rdn. 12.

- 2 Mehr als in allen anderen Bereichen des Europäischen Arbeitsrechts (ja, des Europäischen Privatrechts) liegt im Bereich der Diskriminierungsverbote auf der Grundlage einer elaborierten Regelung eine umfangreiche Judikatur des Gerichtshofs vor. Mehr als in anderen Bereichen erscheint es auch nötig, Grundstrukturen hervorzuheben. Daher unternehmen wir in diesem Kapitel zunächst eine Übersicht über den Gesamtbestand, und zwar in zwei Schritten. Zunächst werden die verschiedenen Diskriminierungsverbote in ihrer legislatorischen Entwicklung vorgestellt (nachfolgend III.). Anschließend erörtern wir die Schutzinstrumente des Europäischen Antidiskriminierungsrechts, wie sie der Gesetzgeber jetzt weitgehend einheitlich für alle Diskriminierungsverbote verwendet (unten, IV.). In den nachfolgenden Kapiteln (§§ 9–11) gehen wir dann spezifische Fragen der einzelnen Diskriminierungsverbote nach; sie betreffen vor allem die Bestimmung der verbotenen Differenzierungsgründe, das Gebot „angemessener Vorkehrungen“ zur Integration der geschützten Gruppe und die eröffneten Rechtfertigungsgründe. Zunächst müssen wir aber einen Blick auf die primärrechtlichen Grundlagen werfen.
- 3 Zahlreiche **theoretische Grundlagen** der Diskriminierungsverbote bleiben umstritten.² Sind sie gesellschaftlich und ordnungspolitisch gut begründet?³ Sollte man Gleichbehandlung, Chancengleichheit oder Gleichstellung anstreben?⁴ Sind Diskriminierungsverbote mit den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung, namentlich dem überragenden Prinzip der Privatautonomie vereinbar?⁵ Liegt ihnen – wie im Europarecht überwiegend der Fall – ein Modell individueller oder kollektiver Gerechtigkeit zugrunde,⁶ eine wirtschafts- oder sozialpolitische Zielsetzung?⁷ Geht es um prozedurale oder materielle Gerechtigkeit?⁸ Sind Unterschiede zwischen den verschiedenen Diskriminierungsverboten – wie sie etwa im Hinblick auf das Gebot „angemessener Vorkehrungen“, Rechtfertigungsmöglichkeiten, in Einzelheiten auch

2 Rechtsvergleichende Erörterungen bei *Schlachter*, Wege zur Gleichberechtigung (1993); *Schmidt-Kessel*, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 53–71; *Riesenhuber*, RdA 1993, 36–44. Zur geschichtlichen Entwicklung etwa *Adomeit/Mohr-Adomeit*, Einl. AGG Rdn. 1–105.

3 S. nur einerseits *Epstein*, Forbidden Grounds (1995); auch *Lorenz*, FS Wlotzke, S. 45–82; andererseits – mit unterschiedlichen Positionen – *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395–434; *Kirchner*, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 37–52; *Krebber*, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 93–121; *Neuner*, JZ 2003, 57–66; *ders.*, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 73–91; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit (2000); *Sunstein*, Free Markets and Social Justice, S. 151–166; *Thüsing*, RdA 2003, 257–264; *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht (2001).

4 *Fastrich*, RdA 2000, 65–81; *Zöllner*, FS Strasser, S. 223–240.

5 *Basedow*, ZEuP 2008, 230–251; *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997); *Däubler/Bertzbach-Däubler*, Einl. AGG Rdn. 8–11 und 68–75; *Herrmann*, ZfA 1996, 19–68; *Lobinger*, in: Isensee, (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 99–180; *Mahlmann*, in: Rust/Däubler/Falke/Lange/Plett/Schweive/Sievekink (Hrsg.), Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, S. 47–72; *Picker*, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004, S. 7–115; *Rebhahn-Rebhahn*, Einl. GIBG Rdn. 25–42; *Riesenhuber*, in: *ders./Nishitani* (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, S. 19–61; *Zöllner*, FS Strasser, S. 223f. Zum Gleichbehandlungsgrundsatz als Prinzip des Privatrechts – in Abgrenzung von Regelungen zur Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie Diskriminierungsverboten (S. 20f.) – grundlegend *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958).

6 *Bell/Waddington*, ELR 28 (2003), 349, 350–358; *Rebhahn-Rebhahn*, Einl. GIBG Rdn. 31–33. S. a. *Schiek*, ELJ 8 (2002), 290, 302–308.

7 *Däubler/Bertzbach-Däubler*, Einl. AGG Rdn. 195–238 (zum „Gleichheitskonzept der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien“).

8 *Barnard/Hepple*, C.L.J. 59 (2000), 562–585; *Barbera*, ILJ 31 (2002), 82–91; *Fredman*, ILJ 30 (2001), 145, 154–157.

bei den Definitionsnormen und den Sanktionsvorschriften bestehen – sachlich gerechtfertigt oder primär dem politischen Kompromiss geschuldet?⁹ Gibt es eine sachliche Hierarchie der Diskriminierungsverbote oder sollte es sie geben (sticht also z. B. Behinderung Geschlecht)?¹⁰ Auf die Diskussion kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden.

II. Primärrechtliche Grundlagen¹¹

1. Primärrechtliche Diskriminierungsverbote

Das Primärrecht normiert teilweise schon selbst Diskriminierungsverbote. Hervorzuheben ist zuerst das **Verbot der Lohndiskriminierung wegen des Geschlechts** des Art. 141 EG/157 AEUV, das in seiner Grundform bereits im römischen EWG-Vertrag von 1957 als Art. 119 enthalten war. In die Verfassung der Wirtschaftsgemeinschaft war die Vorschrift aufgenommen worden, weil das französische Recht Entsprechendes schon bestimmte und Frankreich ohne die Erstreckung auf alle Mitgliedstaaten einen Standortnachteil im Wettbewerb besorgte:¹² Das Diskriminierungsverbot bedeutet wirtschaftliche Lasten für die Unternehmen! Der Gerichtshof hat Art. 141 EG (Art. 157 AEUV) indes schon frühzeitig auch einen sozialen Schutzzweck beigelegt¹³ und das Diskriminierungsverbot „deswegen“, wegen der gleichzeitig wirtschaftspolitischen und sozialen Zwecksetzung, zu den „**Grundlagen der Gemeinschaft**“ gerechnet (s. a. § 9 Rdn. 2).¹⁴ Darauf aufbauend hat er das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung ausdrücklich als **Gemeinschaftsgrundrecht** anerkannt, das auch die Gemeinschaft selbst bindet.¹⁵ Heute steht die soziale und grundrechtliche Zwecksetzung im Vordergrund.¹⁶

Zweitens enthalten die **Grundfreiheiten** – Warenverkehr, Dienstleistung, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassung, Kapital – auch Diskriminierungsverbote (s. noch § 3).¹⁷ So umfasst die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 39 Abs. 2 EG/45 Abs. 2 AEUV „die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden

9 Zu verschiedenen Erklärungsansätzen etwa *Bell/Waddington*, ELR 28 (2003), 349, 358–368; *dies.*, CMLR 2001, 587–611.

10 Dazu etwa (eine besondere Stärke des Schutzes vor Geschlechts- und vor Rassendiskriminierung konstatierend) *Bell/Waddington*, CMLR 2001, 587–611; *dies.*, ELR 28 (2003), 349–369; *Fredman*, ILJ 30 (2001), 145–168; *Schiek*, ELJ 8 (2002), 290, 299–302, 308 f.; *Waddington*, ILJ 29 (2000), 176–181.

11 Dazu auch *Schiek-Schiek*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Einl. AGG Rdn. 24–27.

12 Zu dieser Zwecksetzung EuGH v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 *Defrenne II*, Slg. 1976, 455 Rdn. 8, 11, schon hier freilich auch mit Hinweis auf die soziale Zwecksetzung; EuGH v. 10.2.2000 – verb. Rs. C-270/97 und C-271/97 *Sievers und Schrage*, Slg. 2000, 929 Rdn. 53–57. Zum Hintergrund *Preis/Mallossek*, EAS B 4000 Rdn. 5; von der Groeben/Schwarze-Rust, Art. 141 EG Rdn. 5; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 89 f.

13 Däubler/Bertzbach-Däubler, Einl. AGG Rdn. 211 f. („Vom ökonomischen Kalkül zum Gleichheitsprinzip“).

14 EuGH v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 *Defrenne II*, Slg. 1976, 455 Rdn. 12; EuGH v. 3.10.2006 – Rs. C-17/05 *Cadman*, Slg. 2006, I-9583 Rdn. 28; EuGH v. 10.2.2000 – verb. Rs. C-270/97 und C-271/97 *Sievers und Schrage*, Slg. 2000, 929 Rdn. 53–57; EuGH v. 13.1.2004 – Rs. C-256/01 *Allonby*, Slg. 2004, I-873 Rdn. 65.

15 EuGH v. 9.9.2003 – Rs. C-25/02 *Rinke*, Slg. 2003, I-8349 Rdn. 25–27.

16 EuGH v. 10.2.2000 – verb. Rs. C-270/97 und C-271/97 *Sievers und Schrage*, Slg. 2000, 929 Rdn. 57.

17 *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rdn. 19–22.

3. Teil *Individualarbeitsrecht*

den unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“ (näher oben, § 3 Rdn. 31). Ebenso enthalten auch die übrigen Grundfreiheiten Diskriminierungsverbote. Sie richten sich zuerst an die Mitgliedstaaten, doch hat der Gerichtshof diesen Diskriminierungsverboten weitgehend eine unmittelbare Drittwirkung beigelegt, der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Fall *Angonese*¹⁸ (näher § 3 Rdn. 51–53).

- 6 Schließlich enthält Art. 12 EG/18 AEUV ein allgemeines **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**. Freilich kommt dem allgemeinen Gebot neben den speziellen Gewährleistungen durch die Grundfreiheiten nur eine untergeordnete Rolle zu; es ist subsidiär gegenüber den „besonderen Bestimmungen“ des EG-Vertrags.¹⁹ In der Rechtsprechung spielt es daher keine hervorgehobene Rolle. Ob auch Art. 12 EG (Art. 18 AEUV) zwischen Privaten unmittelbar anwendbar ist, ist zudem umstritten (näher § 3 Rdn. 103).
- 7 Diese primärrechtlichen Diskriminierungsverbote – im Ausgangspunkt auch das Verbot der Lohndiskriminierung in Art. 141 EG/157 AEUV – verfolgen nicht in erster Linie gesellschaftspolitische Ziele, sondern dienen der Herstellung und dem Funktionieren des Binnenmarktes. Man kann sie daher auch als **binnenmarktbezogene Diskriminierungsverbote** bezeichnen.²⁰

2. Kompetenzgrundlagen

- 8 Eine **spezifische Kompetenzgrundlage** enthält der durch den Amsterdamer Vertrag von 1997 eingefügte **Art. 13 Abs. 1 EG/19 Abs. 1 AEUV**, wonach der Rat – auf Vorschlag der Kommission und nach (bloßer) Anhörung des Parlaments – einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen kann, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen (s. bereits oben, § 4 Rdn. 46f.). Die Vorschrift ist zugleich ein weiterer Ausdruck für das allgemeine Prinzip der Gleichbehandlung, statuiert aber nicht schon selbst ein Diskriminierungsverbot.²¹ Für Regelungen gegen Nationalitätendiskriminierung kann sich der Rat zudem – im Mitentscheidungsverfahren des Art. 251 EG/294 AEUV – auf **Art. 12 Abs. 2 EG/18 Abs. 2 AEUV** stützen. Im Bereich der Geschlechtsdiskriminierung enthält **Art. 141 Abs. 3 EG/157 Abs. 3 AEUV** seit der Amsterdamer Reform eine spezifische Kompetenzgrundlage, die der Gesetzgeber jüngst für die so genannte Kodifikation der Regelungen über die Geschlechtsdiskriminierung (unten, Rdn. 17) genutzt hat.

18 EuGH v. 6.6.2000 – Rs. C-281/98 *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

19 Vgl. EuGH v. 12.5.1998 – Rs. C-336/96 *Gilly*, Slg. 1998, I-2793 Rdn. 37; *Schwarze-Holoubek*, Art. 12 EG Rdn. 8.

20 *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 234–236.

21 Dazu eingehend und treffend GA *Geelhoed*, Schlussanträge v. 16.3.2006 – Rs. C-13/05 *Chacón Navas*, Slg. 2006, I-6467 Rdn. 46–56. Ferner *Waddington*, ILJ 28 (1999), 133, 147–150.

Weite Teile des Europäischen Antidiskriminierungsrechts – gerade im Bereich des Arbeitsrechts – sind älter und wurden auf allgemeine Kompetenznormen gestützt. So erging die Gleichbehandlungsrichtlinie Lohn auf der Grundlage der Rechtsangleichungskompetenz für den Gemeinsamen Markt des Art. 100 EGV (Art. 94 EG/115 AEUV). Im Vordergrund steht dann, wie ursprünglich auch bei Art. 141 EG/157 AEUV (oben, Rdn. 4), die Vermeidung durch Wettbewerbsverzerrungen. Die Gleichbehandlungsrichtlinie Arbeitsbedingungen wurde auf der Grundlage der so genannten Abrundungskompetenz des Art. 235 EGV (Art. 308 EG/352 AEUV) erlassen. Die Beweislastrichtlinie findet ihre Grundlage im Abkommen über die Sozialpolitik von 1992 (dazu § 4 Rdn. 4; die Erstreckung auf Großbritannien erfolgte dann auf der Grundlage von Art. 100 EWG).

3. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts

Die Gesamtheit der primärrechtlichen Einzelregelungen begründet ein verhältnismäßig dichtes, wenn auch nicht systematisch geordnetes oder lückenloses Netz von Diskriminierungsverboten. Der EuGH spricht deswegen öfter vom Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeinem Grundsatz des Primärrechts.²² Praktische Folgen hat er daran freilich bislang – von einer Ausnahme abgesehen (dazu § 11 Rdn. 49)²³ – nicht geknüpft.²⁴ Der Topos vom allgemeinen Grundsatz wird eher als eine Art Argumentationshilfe herangezogen. Daher wird der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung auch als **hermeneutisches Prinzip** bezeichnet, das zur teleologisch-systematischen Auslegung des positiven Sekundärrechts herangezogen werden kann, sich aber von einem Prinzip mit eigenem Regelungsgehalt bzw. einem Optimierungsgebot unterscheidet.²⁵

III. Überblick über Stand und Entwicklung gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote

Ausgehend von diesen primärrechtlichen Grundlagen hat der Gesetzgeber in einem ersten Hauptstrang das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Bereich des Arbeitslebens näher ausgestaltet.²⁶ Erst nach Einfügung der spezifischen Kompetenzgrundlage des Art. 13 EG/19 AEUV durch den Amsterdamer

22 S. nur EuGH v. 11.7.2006 – Rs. C-13/05 *Chacón Navas*, Slg. 2006, I-6467 Rdn. 55f.; EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981 Rdn. 74.

23 EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981; *Gerken/Rieble/G.H. Roth/Stein/Strein*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt (2009).

24 S. etwa EuGH v. 15.6.1978 – Rs. 149/77 *Defrenne III*, Slg. 1978, 1365 Rdn. 25–33.

25 *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 234–245. In dieselbe Richtung auch GA *Geelhoed*, Schlussanträge v. 16.3.2006 – Rs. C-13/05 *Chacón Navas*, Slg. 2006, I-6467 Rdn. 46–56; GA *Mazák*, Schlussanträge v. 15.2.2007 – Rs. C-411/05 *Palacios de la Villa*, Slg. 2007, I-8531 Rdn. 79–100, 105–139. Anders *Krebber*, Comp. Lab. L. & Pol’y J., 27 (2006), 377–403, der die Entscheidung in einen „social rights approach“ des Gerichtshofs einordnet; dagegen *Riesenhuber*, FS Adomeit, S. 641 f.

26 Zur Entwicklung Adomeit/Mohr-Adomeit, Einl. AGG Rdn. 132–234; *Preis/Mallossek*, EAS B 4000 Rdn. 2–51.

3. Teil *Individualarbeitsrecht*

Vertrag wurden die Diskriminierungsverbote in beiden Richtungen erweitert, zum einen im Hinblick auf die verpönten Differenzierungsmerkmale, zum anderen im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich.

1. Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsleben

a) Die Entwicklung durch Einzelrichtlinien

- 12 Besonders eingehend geregelt ist das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung für den Bereich des Arbeitslebens. Die einzelnen Regelungen wurden nach und nach, vom EuGH in einer eingehenden Rechtsprechung ausgeformt und teilweise auch vom Gesetzgeber nachträglich überarbeitet:
- 13 – Ausgangspunkt für die Rechtsetzungstätigkeit war die **Gleichbehandlungsrichtlinie Lohn** (GbLohnRL) aus dem Jahr 1975,²⁷ die das primärrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 141 EG/157 AEUV näher ausgestaltet und seine vollständige Durchführung sicherstellen soll.²⁸ Da das Verbot zumindest in seinem Kern schon in Art. 119 EGV (Art. 141 EG/157 AEUV) enthalten war, hat die Richtlinie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine große praktische Bedeutung entfaltet; der Gerichtshof hat öfter vorgezogen, seine Entscheidungen auf Art. 119 EGV zu stützen.²⁹
- 14 – Im Bereich der **sozialen Sicherheit**, der einen engen Bezug zum Arbeitsentgelt hat, schreiben zwei Richtlinien die Gleichbehandlung von Männern und Frauen vor, und zwar zum einen für die gesetzlichen Systeme,³⁰ zum anderen für die betrieblichen Systeme³¹. Diese Gleichbehandlungsgebote werden im Folgenden nicht erörtert (s. a. § 9 Rdn. 27, 30–32).
- 15 – Die **Gleichbehandlungsrichtlinie Arbeitsbedingungen** (GbAbRL), ursprünglich 1976 erlassen³² und im Jahr 2002 wesentlich überarbeitet³³, erstreckt das

27 Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl. 1975 L 45/19.

28 S. a. EuGH v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 *Defrenne II*, Slg. 1976, 455 Rdn. 53/55.

29 S. etwa EuGH v. 26.6.2001 – Rs. C-381/99 *Brunnhöfer*, Slg. 2002, I-4961 Rdn. 29; EuGH v. 17.5.1990 – Rs. C-262/88 *Barber*, Slg. 1990, I-1889 Rdn. 11; EuGH v. 31.3.1981 – Rs. 96/80 *Jenkins*, Slg. 1981, 911 Rdn. 22. Vgl. auch EuGH v. 14.12.1993 – Rs. C-110/91 *Moroni*, Slg. 1993, I-6591 Rdn. 21–26.

30 Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. 1979 L 6/24; zu ihr eingehend *Schmidt am Busch*, EAS B 4300.

31 Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, ABl. 1986 L 225/40.

32 Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976 L 39/40. Zur Entstehung *Eichinger*, EAS B 4200 Rdn. 1–4.

33 Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 2002 L 269/15. Dazu *Hadeler*, NZA 2003, 77–81; *Rust*, NZA 2003, 72–77.

- Verbot der Geschlechtsdiskriminierung auf den Zugang zur Beschäftigung und auf die Arbeitsbedingungen.
- Die **Beweislastrichtlinie**³⁴ (GbBewRL) ergänzt die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote durch eine Beweiserleichterung für das angebliche Diskriminierungsopfer (näher unten, Rdn. 50–52). 16

b) Die Konsolidierung durch die Geschlechtsdiskriminierungsrichtlinie

Das über einen Zeitraum von gut dreißig Jahren entstandene Nebeneinander von Regelungen für Einzelaspekte war wenig übersichtlich und einer kohärenten Rechtsentwicklung nicht förderlich. Aus Gründen der Klarheit hat der Gesetzgeber diese Richtlinien daher im Jahr 2006 in der **Geschlechtsdiskriminierungsrichtlinie**³⁵ (GDRL) zusammengefasst (sog. Kodifizierung). Diese Neuregelung war von den Mitgliedstaaten bis zum 15. August 2008 umzusetzen, zum 15. August 2009 wurden die darin aufgegangenen Einzelrichtlinien aufgehoben (Art. 33f. GDRL). Im vorliegenden Text erörtern wir das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung daher bereits auf der Grundlage der Geschlechtsdiskriminierungsrichtlinie, auf die älteren Einzelregelungen wird hingewiesen, wo dies für das Verständnis geboten ist.³⁶ 17

Zum **Umfeld** der Diskriminierungsverbote im Europäischen Arbeitsrecht gehört eine Reihe von flankierenden Vorschriften. Hier ist zum einen – unmittelbar geschlechtsbezogen – die Mutterschutzrichtlinie zu nennen (§ 20). Mittelbar geschlechtsbezogen gehören dazu die Teilzeitrichtlinie (§ 16) und die Befristungsrichtlinie (§ 17), die jeweils besondere Diskriminierungsverbote zum Schutz der besonderen Arbeitnehmergruppen enthalten. Und schließlich dient auch die Elternurlaubsrichtlinie (§ 21) u. a. der Herstellung der Chancengleichheit von Männern und Frauen im Arbeitsleben. 18

Über den Bereich des Arbeitsrechts hinaus geht das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung mit der Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Sie begründet ein Verbot der Geschlechtsdiskriminierung „für alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen“ und damit für weite Teile des **allgemeinen Vertragsrechts**.³⁷ 19

34 Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. 1997 L 14/6. Erstreckung auf das Vereinigte Königreich durch Richtlinie 98/52/EG des Rates vom 13. Juli 1998 zur Ausdehnung der Richtlinie 97/80/EG zur Beweislast in Fällen geschlechtsbedingter Diskriminierung auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland, ABl. 1998 L 205/66. Zur Entstehungsgeschichte *Schlachter*, RdA 1998, 321, 322f.

35 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006 L 204/23.

36 Eine **Synopse** findet sich in Anhang II GDRL.

37 *Riesenhuber*, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 127; *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 529f.; *dies.*, EWS 2005, 245.

3. Teil *Individualarbeitsrecht*

2. Verbot weiterer Diskriminierungsmerkmale

20 Mit zwei Richtlinien aus dem Jahr 2000 wurde, gestützt auf die neue Kompetenznorm des Art. 13 EG/19 AEUV (oben, Rdn. 8), eine **neue Generation** europarechtlicher Diskriminierungsverbote ins Leben gerufen.³⁸ Sie zeichnet sich durch die Erweiterung der verbotenen Diskriminierungsmerkmale und des sachlichen Anwendungsbereichs aus. Zudem regelt der Europäische Gesetzgeber beginnend mit diesen Richtlinien auch Fragen der Rechtsdurchsetzung eingehender, die bis dahin weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen waren.

a) Die Gleichbehandlungsrichtlinie Ethnie

21 Die Gleichbehandlungsrichtlinie Ethnie (GbEthnieRL, auch Rassendiskriminierungsrichtlinie)³⁹ verbietet die Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft und sollte nicht zuletzt auch ein Zeichen gegen Ausländerfeindlichkeit setzen.⁴⁰ Neben der Einführung eines neuen Diskriminierungsmerkmals zeichnet sich die Richtlinie auch durch einen erweiterten Anwendungsbereich aus. Sie ist zwar ebenfalls sehr breitflächig auf das Arbeitsleben anwendbar (Art. 3 lit. a-g)). Darüber hinaus gilt die Rassendiskriminierungsrichtlinie aber auch für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (Art. 3 lit. h)), also im allgemeinen Vertragsrecht.⁴¹

b) Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie

22 Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (GbRRL)⁴² wurde kurz nach der Rassendiskriminierungsrichtlinie verabschiedet. Sie verbietet die Diskriminierung aus einer Fülle weiterer Gründe, nämlich wegen

- der Religion oder der Weltanschauung,
- einer Behinderung,
- des Alters oder
- der sexuellen Ausrichtung.

Ihr Anwendungsbereich ist allerdings wieder auf den Bereich von Beschäftigung und Beruf beschränkt (erfasst m. a. W. nicht das allgemeine Vertragsrecht).

38 *Bell*, ILJ 29 (2000), 79–84; *Bell*, ELJ 8 (2002), 384–399; *Fredman*, ILJ 30 (2001), 145–168.

39 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22.

40 Zur Entstehungsgeschichte etwa *Brown*, YEL 21 (2002), 195, 197–204.

41 Zu den vertragsrechtlichen Aspekten, s. nur *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rdn. 414–425.

42 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

IV. Schutzinstrumente des Europäischen Antidiskriminierungsrechts

Die Schutzinstrumente des *sekundärrechtlichen*⁴³ Antidiskriminierungsrechts sind jetzt nach der Kodifikationsrichtlinie von 2006 weithin einheitlich gestaltet. Strukturell geht es um drei Fragen, den Diskriminierungstatbestand (1), die Rechtfertigung (2) und Fragen der Rechtsdurchsetzung nebst flankierenden Maßnahmen (3). 23

1. Tatbestand: Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Vorschriften: Art. 4, 5 und 14 GDRL, Art. 2 Abs. 1 GbEthnieRL, Art. 2 Abs. 1 GbRRL, Art. 4 Abs. 1 RL 2004/113.

Die verbotenen Verhaltensweisen fasst der Gesetzgeber unter dem „Grundsatz der Gleichbehandlung“ zusammen. Dieser besagt, dass jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung verboten ist.⁴⁴ Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung werden sodann gesetzlich definiert. 24

Dass der Gesetzgeber das Diskriminierungsverbot regelmäßig nicht deutlich ausspricht, sondern hinter allgemeinen Wendungen verbirgt (so bes. Art. 1 GbRRL: „Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung“) ist nicht nur rechtsetzungstechnisch verfehlt,⁴⁵ sondern hat zudem beim EuGH zu der Unsicherheit geführt, ob die Gleichbehandlungsrahmen-Richtlinie überhaupt ein Diskriminierungsverbot statuiere oder dies nicht vielmehr als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts voraussetze (näher unten, § 11 Rdn. 3, 49). 25

a) Unmittelbare Diskriminierung

Vorschriften: Art. 2 Abs. 1 lit. a) GDRL, Art. 2 Abs. 1–4 GbAbRL, Art. 1 GbLohnRL, Art. 2 Abs. 2 lit. a) GbEthnieRL, Art. 2 Abs. 2 lit. a) GbRRL, Art. 2 lit. a), b) RL 2004/113.

Unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person aufgrund des verpönten Merkmals (Geschlecht, Ethnie, Alter, ...) eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.⁴⁶ Anknüpfungspunkt für die Unterscheidung ist hier das verbotene Merkmal 26

43 Auch das Diskriminierungsverbot des Art. 141 EG/157 AEUV folgt weithin denselben Regeln, ist aber vor allem im Hinblick auf die Rechtsfolgen und die ergänzenden Schutzmaßnahmen im Normtext weniger ausgefeilt. Zu beachten ist, dass sich durch den *primärrechtlichen Charakter* Besonderheiten in der Wirkung auf das mitgliedstaatliche Recht ergeben; dazu noch § 9 Rdn. 25.

44 S. die Systematik von *Neuner*, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, S. 84ff. zu IV.

45 *Zöllner*, GS Blomeyer, S. 526f.

46 *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, S. 29–31.

3. Teil *Individualarbeitsrecht*

(Geschlecht, Ethnie, Alter, ...) selbst.⁴⁷ Die Definition beruht auf dem so genannten „Vergleichspersonenkonzept“, bei dem die Diskriminierung mit Hilfe eines Vergleichs des Beschwerdefalls mit einem anderen Fall festgestellt wird, ergänzt dieses aber durch das **hypothetische** Element („erfahren würde“).⁴⁸

27 Der Tatbestand der unmittelbaren Diskriminierung hat daher folgende Elemente:

- (1) eine Person erfährt eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde
- (2) aufgrund (Kausalität)
- (3) eines unzulässigen Differenzierungsgrundes.

28 Auch auf der Grundlage des hypothetischen Vergleichspersonenkonzepts weitgehend, hat der Gerichtshof angenommen, eine unmittelbare Diskriminierung könne es auch **ohne Diskriminierungsopfer** geben. Im Fall *Feryn* hatte der Arbeitgeber mitgeteilt, er benötige Monteure, werde aber jedenfalls keine Menschen fremder Herkunft einstellen. Ausländische Bewerber, die er tatsächlich zurückgewiesen hätte, gab es nicht. Der Gerichtshof hat gleichwohl eine unmittelbare Diskriminierung bejaht.⁴⁹ Das ist zwar im Hinblick auf die sozialpolitische *Zielsetzung* der Richtlinie überzeugend, insbesondere wenn das Gericht darauf hinweist, solche Äußerungen könnten Interessenten schon von der Bewerbung abhalten. Im Hinblick auf die individualschützende *Ausgestaltung* überzeugt die Entscheidung indes nicht.

b) Mittelbare Diskriminierung

Vorschriften: Art. 2 Abs. 1 lit. d) GDRL, Art. 2 Abs. 2 Sps. 2 GbAbRL, Art. 1 GbLohnRL, Art. 2 Abs. 2 GbBewRL, Art. 2 Abs. 2 lit. b) GbEthnRL, Art. 2 Abs. 2 lit. b) GbRRL, Art. 2 lit. b) RL 2004/113.

29 Mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn sich die Anwendung äußerlich neutraler Vorschriften, Kriterien oder Verfahren diskriminierend, d. h. für Personen, die einer nach einem Diskriminierungsmerkmal gekennzeichneten Gruppe angehören, nachteilig auswirkt.⁵⁰ Auf ein subjektives Element, insbesondere einen Diskriminierungsvorsatz, kommt es nicht an.⁵¹

47 Zur Entwicklung in der Rechtsprechung *Waddington/Bell*, CMLR 38 (2001), 587, 591 f.

48 Dazu *Schiek*, NZA 2004, 873, 874; *Wank*, NZA 2004 Sonderbeil. Heft 22, 21 f.

49 EuGH v. 10.7.2008 – Rs. C-54/07 *Feryn*, (noch nicht in Slg.) Rdn. 22–28.

50 In der Rechtsprechung des EuGH grundlegend EuGH v. 31.3.1981 – Rs. 96/80 *Jenkins*, Slg. 1981, 911 Rdn. 10–13; EuGH v. 13.5.1986 – Rs. 170/84 *Bilka*, Slg. 1986, 1607 Rdn. 29–31. Zur Begriff und Entwicklung der Rechtsfigur *Görlitz*, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten, S. 29–35. Eine gesetzliche Definition hat zuerst die 1997 die Beweislastrichtlinie (oben, Rdn. 16) eingeführt; dazu *Schlachter*, RdA 1998, 321, 323. Das Konzept hat zuerst der US Supreme Court für Title VII des Civil Rights Act 1964 entwickelt, dort grundlegend *Griggs v. Duke Power*, 401 U.S. 424 (1965). Aus dem Schrifttum *Riesenhuber*, RdA 1993, 36, 37; *Schlachter*, Wege zur Gleichberechtigung, S. 76–82; *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, S. 31–34; zu der verwandten Diskussion um die sog. „Leichtlohngruppen“ in Deutschland, die in die 1960er Jahre zurückreicht, *Lorenz*, FS Wlotzke, S. 48–51. Krit. zum Konzept der mittelbaren Diskriminierung *Blomeyer*, NZA 1994, 633, 638 („Vehikel zur Einebnung manch anderer Unterschiede im Arbeitsrecht“); *Lorenz* a. a. O. S. 60–63.

51 ErfK-*Schlachter*, Art. 141 EG Rdn. 17; *Wiedemann*, FS Friauf, S. 138. Für Erwägungen der „objektiven Zurechnung“, die *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 189 f. zum Tatbestandsmerkmal erheben, dürfte allein im Rahmen der Rechtfertigung Platz sein.

Zur **Darlegung** dieser nachteiligen Wirkung (*disparate impact*)⁵² können insbesondere – aber nicht ausschließlich (BE 15 GbEthnieRL) – Statistiken dienen.⁵³ 30

Während noch die Beweislastrichtlinie einen statistischen Nachweis verlangt, dass „ein wesentlich höherer Anteil“ der geschützten Gruppe benachteiligt wird (Art. 2 Abs. 2 GbBewRL), ist das in neueren Richtlinien nicht mehr der Fall. Die Gleichbehandlungsrichtlinie Ethnie und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie lassen ausreichen, dass die neutralen Kriterien die geschützte Gruppe „in besonderer Weise“ benachteiligen können (Art. 2 Abs. 2 lit. b) und BE 15 GbEthnieRL, Art. 2 Abs. 2 lit. b) und BE 15 GbRRL) und erleichtern so den Nachweis.⁵⁴

Da der Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung gerade an *neutrale* Kriterien anknüpft, besteht hier eine Gefahr, berechnete Anliegen des Handelnden zu vereiteln. Schon auf der Ebene des Tatbestands – nicht erst als Rechtfertigungsgrund! – ist daher eine Einschränkung für den Fall vorgesehen, dass *die* neutralen Kriterien **zur Erreichung eines legitimen Ziels erforderlich** sind (Art. 2 lit. b) GbEthnieRL, Art. 2 Abs. 2 lit. b) GbRRL).⁵⁵ Die mittelbare Diskriminierung ergibt sich m. a. W. in einer zweistufigen Prüfung⁵⁶ erst daraus, dass benachteiligende neutrale Kriterien verwendet werden *und* diese nicht zu einem legitimen Zweck erforderlich sind.⁵⁷ Es geht hier also nicht um die Rechtfertigung der *Diskriminierung*, sondern um die Rechtfertigung neutraler, diskriminierend wirkender Kriterien.⁵⁸ Im Ergebnis bedeutet das freilich eine Freistellung der mittelbaren Diskriminierung in diesem Bereich. 31

Als **Beispiel** kann die Honorierung von „Flexibilität“ dienen, die von weiblichen Arbeitnehmern wegen der faktisch häufig ihnen obliegenden Verpflichtungen in Haushalt und Familie weniger leicht zu leisten ist als von männlichen Arbeitnehmern: Das äußerlich neutrale Kriterium wirkt daher für Frauen benachteiligend. Gleichwohl kann der Arbeitgeber „die Vergütung einer solchen Anpassungsfähigkeit rechtfertigen, indem er darlegt, dass diese für die Ausführung der dem 32

52 Zur Herkunft aus dem US-amerikanischen Arbeitsrecht *Riesenhuber*, RdA 1993, 36f.; *Wiedemann*, FS Friauf, S. 136f.

53 *Wiedemann*, FS Friauf, S. 138f.; s. a. *Wißmann*, FS Wlotzke, S. 807–834 (zur Feststellung der mittelbaren Diskriminierung und Zahlenverhältnissen).

54 *Guild*, ILJ 29 (2000), 416, 420; *Schiek*, NZA 2004, 873, 875; *dies.*, ELJ 8 (2002), 290, 296; *Schlachter*, GS Blomeyer, S. 358f.; *Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80, 83; *Waas*, ZIP 2000, 2151, 2153; *Waddington/Bell*, CMLR 38 (2001), 587, 592–594.

55 Zu Art. 2 Abs. 2 lit. b), Art. 6 Abs. 1 GbRRL EuGH v. 5.3.2009 – Rs. C-388/07 *Age Concern England*, (noch nicht in Slg.) Rdn. 66; zu Art. 119 EGV (Art. 141 EG/157 AEU) EuGH v. 13.5.1986 – Rs. 170/84 *Bilka*, Slg. 1986, 1607 Rdn. 36; EuGH v. 13.7.1989 – Rs. 171/88 *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743 Rdn. 14; zur GbAbRL EuGH v. 10.3.2005 – Rs. C 196/02 *Vasiliki Nikoloudi*, Slg. 2005, I-1789 Rdn. 48.

56 Zu dieser zweistufigen Prüfung *Schiek*, NZA 2004, 873, 874f.; *ErfK-Schlachter*, Art. 141 EG Rdn. 18; *dies.*, ZESAR 2006, 391, 395; *Hanau/Steinmeyer/Wank-Wank*, § 16 Rdn. 43–46. S. a. *Gamillscheg*, FS Floretta, S. 179f.

57 Art. 2 Abs. 1 lit. b) GDRL, Art. 2 Abs. 2 lit. b) GbEthnieRL, Art. 2 Abs. 2 lit. b) Nr. i) GbRRL, Art. 2 lit. b) RL 2004/113; Nach Art. 2 Abs. 2 lit. b) Nr. ii) GbRRL sind als legitimes Ziel auch die vom mitgliedstaatlichem Recht gebotenen Maßnahmen zur Behindertengleichstellung anerkannt. Dazu auch *Wiedemann*, FS Friauf, S. 143f.

58 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 245, 247; *Schiek*, NZA 2004, 873, 874 f.; wohl anders *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, S. 40–42.

3. Teil *Individualarbeitsrecht*

Arbeitnehmer übertragenen spezifischen Aufgaben von Bedeutung ist“.⁵⁹ Freilich reichen dafür „lediglich verallgemeinernde Aussagen zu bestimmten Kategorien von Arbeitnehmern“, wie etwa der Hinweis, Vollzeitbeschäftigte gewinnen schneller Fähigkeiten und Fertigkeiten ihrer Tätigkeit hinzu oder verfügten über größeres Erfahrungswissen, nicht aus.⁶⁰ Zu beachten ist, dass das Gemeinschaftsrecht für diese Prüfung zwar den Rahmen vorgibt, sie aber im Einzelnen dem nationalen Gericht obliegt.⁶¹

c) Belästigung⁶²

Vorschriften: Art.2 Abs.1 lit. c) GDRL, Art.2 Abs.2 Sps. 3 GbAbRL, Art.2 Abs.3 GbEthnRL, Art.2 Abs.3 GbRRL.

- 33 Seit den 2000er Richtlinien (Rdn. 20) wird auch die Belästigung (und die sexuelle Belästigung; Rdn. 38f.) als *Diskriminierung* verboten. Belästigung lässt sich zwar durchaus auch als eigenes rechtswidriges Verhalten qualifizieren, unabhängig von einer Diskriminierung.⁶³ Indes ist es durchaus treffend, darin auch eine Diskriminierung zu sehen, denn eine Belästigung kann durchaus ebenso wie ein Ausschluss wirken. Insofern hat es auch einen guten Sinn, maßgeblich auf ein feindseliges Umfeld abzustellen.
- 34 Belästigung ist eine **unerwünschte Verhaltensweise** im Hinblick auf ein verbotenes Differenzierungsmerkmal gegenüber einer Person, wenn sie kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt:⁶⁴ Sie muss bezwecken oder bewirken, dass
- die Würde der betreffenden Person verletzt wird und
 - ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes (kurz: „feindseliges“) Umfeld (*hostile environment*) geschaffen wird.⁶⁵
- 35 Ob eine Verhaltensweise „**unerwünscht**“ ist, bestimmt sich nach dem Empfinden des Opfers.⁶⁶ Allerdings folgt daraus nicht, dass nur ein trotz Widerspruch fortgesetztes Verhalten unerwünscht sein kann. Vielmehr kann sich die subjektive Unerwünschtheit auch ohne Äußerung des Opfers aus den *im jeweiligen sozialen Umfeld* üblichen Verhaltensstandards ergeben⁶⁷ und damit schon den ersten Akt

59 Zu Art. 119 EGV (Art. 141 EG/157 AEUV) EuGH v. 17.10.1989 – Rs. 109/88 *Danfoss*, Slg. 1989, 3199 Rdn. 22.

60 Zur GbAbRL EuGH v. 2.10.1997 – Rs. C-1/95 *Gerster*, Slg. 1997, I-5253 Rdn. 35–41; zu Art. 119 EGV (Art. 141 EG/157 AEUV) EuGH v. 7.2.1991 – Rs. C-184/89 *Nimz*, Slg. 1991, I-297 Rdn. 13f.

61 S.z.B. EuGH v. 2.10.1997 – Rs. C-1/95 *Gerster*, Slg. 1997, I-5253 Rdn. 35–41 (zur GbAbRL); EuGH v. 7.3.1996 – Rs. C-278/93 *Freers und Speckmann*, Slg. 1996, I-1165 Rdn. 24–30 (zu Art. 119 EGV [Art. 141 EG/157 AEUV]).

62 Der Schutz gegen Belästigung ist kein allgemeines Instrument zum Schutz vor Mobbing; für weitergehende Gemeinschaftsgesetzgebung *Driessen-Reilly/Driessen*, ELR 28 (2003), 493–507.

63 Das präferierend *Thüsing*, ZfA 2001, 397, 411f.

64 Wohl anders *Nickel*, NJW 2001, 2668, 2670 (zur Richtlinie 2000/43/EG).

65 Zur US-amerikanischen Provenienz des Merkmals *Thüsing*, ZfA 2001, 397, 412. Entgegen *Nickel*, NJW 2001, 2668, 2670 (zur GbEthnieRL), wird freilich keine Haftung für ein feindseliges Umfeld vorgeschrieben.

66 A.M. *Hadeler*, NZA 2003, 77, 78f.

67 Ebenso MünchKommBGB-*Thüsing*, § 3 AGG Rdn. 56.

betreffen. Unklar ist, ob die Belästigung **Vorsatz** voraussetzt. Im Hinblick auf die Diskriminierung selbst, die sich ebenso wie die Belästigung als Deliktstatbestand verstehen lässt, hat der Gerichtshof die Richtlinienvorgaben formal-wörtlich genommen und ein Verschuldenserfordernis abgelehnt (s. o. Rdn. 29). Auch aus der Kennzeichnung als *unerwünscht* folgt nicht notwendig ein Vorsatzerfordernis, da nicht nur ein gegen den Widerspruch des Opfers fortgesetztes (und daher bedingt vorsätzlich erfolgreiches) Verhalten unerwünscht sein kann. Ein Vorsatzerfordernis würde zudem einen Täter mit stumpfem Anstandsgefühl zweckwidrig begünstigen. Umgekehrt ist einer zu weitgehenden Freiheitsbeschränkung zum einen durch die zusätzlichen Voraussetzungen (Würdeverletzung; feindseliges Umfeld), zum anderen durch die Rücksichtnahme auf die üblichen Verhaltensstandards bei der Erstbegehung vorgebeugt.

Eine **Verletzung der Würde** liegt bei herabsetzenden Äußerungen oder sonstigen Verhaltensweisen vor. Da nicht nur die beabsichtigte Würdeverletzung erfasst ist, sondern auch die – unabhängig von der Intention – bewirkte, fallen etwa auch „gut gemeinte“ Witze darunter. Freilich werden sie nicht ohne weiteres dazu angetan sein, ein feindseliges Umfeld zu schaffen. Zu beachten ist aber, dass auch ein von Erniedrigungen und Entwürdigungen gekennzeichnetes Umfeld schadet. Eine Belästigung liegt daher durchaus auch dann vor, wenn der Arbeitgeber durch seine herabsetzenden Äußerungen die Arbeitskollegen zu einem ebensolchen Verhalten veranlasst. 36

Der Gesetzgeber der Gleichbehandlungsrichtlinie Ethnie und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie ging davon aus, dass der **Tatbestand** der Belästigung **ergänzungsbedürftig** ist. Daher hat er die Vorgaben ausdrücklich als rahmenhaft gekennzeichnet und ihre Ausfüllung den Mitgliedstaaten überlassen (Art. 2 Abs. 3 S. 2 GbEthnieRL, Art. 2 Abs. 3 GbRRL). Dasselbe dürfte auch für den Belästigungstatbestand der Geschlechtsdiskriminierungsrichtlinie gelten, wo dies nicht ausdrücklich normiert ist (Art. 2 Abs. 1 lit. c) GDRL). Der Gemeinschaftsgesetzgeber dürfte v. a. an die beispielhafte Konkretisierung gedacht haben. Hinter den Vorgaben der Richtlinie können die Mitgliedstaaten (selbstverständlich) nicht zurückbleiben. 37

d) Sexuelle Belästigung

Vorschriften: Art. 2 Abs. 1 lit. d) GDRL, Art. 2 Abs. 2 Sps. 4 GbAbRL.

Die Regeln über den Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung schützen spezifisch vor sexueller Belästigung. Die sexuelle Belästigung unterscheidet sich von der „einfachen“ Belästigung zuerst dadurch, dass es hier um ein **unerwünschtes Verhalten „sexueller Natur“** geht. Dies kann sich in verbaler, nichtverbaler oder physischer Form äußern. Auch hier ist erforderlich, dass damit eine Verletzung der Würde der betreffenden Person bezweckt oder bewirkt wird. Anders als bei der „einfachen“ Belästigung wird hier aber die Schaffung eines feindseligen Umfeldes als Fall der Würdeverletzung („insbesondere“) angesehen, die Schaffung eines feindseligen Umfeldes ist m.a.W. keine zusätzliche (kumulative) Voraussetzung. Das erscheint wenig konsistent, lässt sich aber erstens damit rechtfertigen, dass die sexuelle Belästigung ein besonders hässliches (und daher schon unter niedrigeren Anforderungen verbotenes) Verhalten ist, zweitens mit 38

3. Teil *Individualarbeitsrecht*

der gesetzgeberischen Vermutung, dass die sexuelle Belästigung regelmäßig ein von Erniedrigungen gekennzeichnetes Umfeld schafft.

- 39 Ebenso wie bei der „einfachen“ Belästigung setzt auch hier die **Unerwünschtheit** keinen expliziten Widerspruch voraus, sondern kann sich aus den üblichen Verhaltensstandards ergeben. Die Konfrontation mit obszönen Bildern ist ohne weiteres unerwünscht. Und so wie die einfache Belästigung (s. die Begründung oben, Rdn. 35) setzt auch die sexuelle Belästigung **keinen Vorsatz** voraus.⁶⁸

e) Anweisung zur Diskriminierung

Vorschriften: Art. 2 Abs. 2 lit. b) GDRL, Art. 2 Abs. 4 GbAbRL, Art. 2 Abs. 4 GbEthnRL, Art. 2 Abs. 4 GbRRL, Art. 2 lit. d) RL 2004/113.

- 40 Der Diskriminierung ist ferner die „Anweisung zur Diskriminierung“ gleichgestellt. Durch den Tatbestand wird verhindert, dass sich ein Geschäftsherr hinter seinen Gehilfen versteckt, eine Organisation (z. B. ein Arbeitgeberverband) hinter ihren Mitgliedern.
- 41 Andere Fälle von Täterschaft und Teilnahme sind in der Richtlinie nicht geregelt. Von praktischer Bedeutung kann die **Gehilfenhaftung** sein,⁶⁹ z. B. wenn der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer nicht von Belästigungen abhält. Das lässt sich zwar nicht schon als eigene Belästigung durch den Arbeitgeber verstehen. Das Erfordernis einer Gehilfenhaftung dürfte aber aus den Umsetzungspflichten folgen, gemeinschaftsrechtlich begründete Rechte äquivalent und effektiv zu schützen (dazu § 1 Rdn. 65).

2. Rechtfertigungstatbestände

a) Rechtfertigung i. e. S.

Vorschriften: Art. 14 Abs. 2 GDRL, Art. 2 Abs. 6 GbAbRL, Art. 4 GbEthnieRL, Art. 4–6 GbRRL, Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113.

- 42 Der so definierte Tatbestand des Diskriminierungsverbots wird durch Rechtfertigungstatbestände ergänzt, die – entsprechend den Sachgegebenheiten – für die einzelnen Diskriminierungsverbote und Anwendungsbereiche je unterschiedlich ausfallen.
- 43 Weitgehend einheitlich, indes mit sachlich gebotenen Differenzierungen, sind Rechtfertigungsgründe für den **Bereich des Arbeitslebens** als mitgliedstaatliche Regelungsoption zugelassen. So können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Differenzierung nach Geschlecht oder ethnischer Herkunft keine Diskriminierung bedeutet, wenn das Merkmal eine „wesentliche und entscheidende berufli-

68 A. M. Hadeler, NZA 2003, 77, 78; MünchKommBGB-*Thüsing*, § 3 AGG Rdn. 64f.

69 *Riesenhuber*, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, S. 139f.