

OLIVER MÖRSDORF

Ungleichbehandlung als Norm

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 228



Oliver Mörsdorf

Ungleichbehandlung als Norm

Eine dogmatische Analyse des unional
determinierten Antidiskriminierungsrechts
in Deutschland

Mohr Siebeck

Oliver Mörsdorf, geboren 1972; Studium der Rechtswissenschaften in Trier, Maastricht und Köln, 1999 Erstes Staatsexamen; Referendariat im LG-Bezirk Aachen; 2001 Zweites Staatsexamen; 2005 Promotion; 2014–2017 Lehrstuhlvertretungen in Bonn, Düsseldorf und München; 2017 Habilitation; 2018 Vertretung des Lehrstuhls Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Universität Potsdam.

ISBN 978-3-16-155826-9 / eISBN 978-3-16-155827-6

DOI 10.1628/978-3-16-155827-6

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die Pflicht des Staates zur Gleichbehandlung seiner Bürger wird heute von kaum jemand in Frage gestellt. Demgegenüber wird die Inpflichtnahme Einzelner zur Herstellung gesellschaftlicher Gleichheit im Rahmen privater Vertragsverhältnisse noch immer verbreitet als öffentlich-rechtlicher Fremdkörper im traditionell vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägten Privatrechtssystem wahrgenommen. Stein des Anstoßes sind nicht zuletzt die im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verankerten Regelungen des Antidiskriminierungsrechts, die im Wesentlichen auf Regelungsvorgaben der Europäischen Union zurückgehen. Ungeachtet (oder gerade wegen?) dieser Herkunft werden die genannten Regelungen nur allzu oft am Maßstab der nationalen Rechtsordnung mit ihrer (vermeintlich) strikten Trennung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht gemessen und infolgedessen als systemfremdes „Gesinnungsrecht“ verworfen. Was in diesem Falle fast immer unterbleibt, ist eine unbefangene Analyse der unionalen Regelungsvorgaben aus ihrem eigenen System heraus. Dies ist allerdings in höchstem Maße bedauerlich, erschließen sich doch Regelungsanliegen und -mechanismen des unional determinierten Antidiskriminierungsrechts erst aus der engen dogmatischen Verknüpfung dieser speziellen Materie mit dem übrigen Unionsrecht und den Zielen des dahinterstehenden Integrationsprojekts. Den Versuch, diese Verknüpfungen offenzulegen und hieraus Schlussfolgerungen für die Ausgestaltung des einschlägigen nationalen Privatrechts zu ziehen, habe ich im Rahmen der vorliegenden Arbeit unternommen. Die Arbeit wurde von der juristischen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Sommersemester 2017 als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung habe ich die Arbeit auf den Stand von Dezember 2017 gebracht; nach diesem Zeitpunkt erschienene Literatur konnte nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Dank schulde ich zuerst meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. em. Wulf-Henning Roth, LL.M Harvard, der mir im Rahmen meiner Tätigkeit als Assistent an seinem Institut die ebenso komplexe wie spannende Materie des Unionsprivatrechts erst erschlossen und mir stets den nötigen Freiraum zur Durchführung meines Projekts gewährt hat. Des Weiteren danke ich Herrn Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens über die Weihnachtstage sowie die zahlreichen wertvollen Hinweise und Anregungen für die Veröffentlichung dieser Arbeit. Einschließen in mei-

nen Dank möchte ich Frau Referendarin Julia Brinkmann für die ebenso kritische wie gründliche Durchsicht des Manuskripts, sowie die Herren Tobias Witscher und Andreas Heinen für die kompetente Lösung so mancher (computer-)technischer Probleme bei dessen Erstellung. Dank gebührt ferner den Mitarbeitern des von mir derzeit vertretenen Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht der Universität Potsdam, Herrn Assessor Marek Kneis und Frau Assessorin Antje Herold, für die Unterstützung bei der Anfertigung des Sachregisters. Für unzählige spannende Diskussionen und regen Gedankenaustausch über viele Jahre hinweg danke ich schließlich meinen ehemaligen und aktuellen Kollegen aus dem Kreise der Mitarbeiter des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Bonn und aus dem Kreise der Bonner Habilitanden.

Nicht zuletzt gilt mein besonderer Dank jedoch meiner Mutter, die mich in jeder nur erdenklichen Form unterstützt und meine wissenschaftlichen Bemühungen über all die Jahre stets wohlwollend und mit unerschütterlichem Glauben an deren Gelingen begleitet hat. Ihr und meinem viel zu früh verstorbenen Vater möchte ich diese Arbeit widmen.

Bonn, im Mai 2018

Oliver Mörsdorf

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI

Einleitung

§ 1 Problemstellung	1
§ 2 Untersuchungsmethode	10
§ 3 Gang der Untersuchung	22

Erster Teil:

Die ratio legis der in Deutschland bestehenden privatrechtsbezogenen Diskriminierungsverbote

§ 1 Diskussionsstand – egalitaristische versus nicht-egalitaristische Erklärungsmuster	27
§ 2 Analyse und Bewertung	35
§ 3 Die ratio legis des unionalen Antidiskriminierungsrechts – egalitaristisches Schutzkonzept mit originär-individueller Schutzfunktion	49

Zweiter Teil:

Die Rechtsquellen des Diskriminierungsschutzes in Deutschland

§ 1 Die unionsrechtliche Ebene	72
§ 2 Die nationale Ebene	175

Dritter Teil:

Der Tatbestand des Diskriminierungsverbots

§ 1 Der Diskriminierungstatbestand als Bruchlinie zwischen Gleichheit und Freiheit	187
§ 2 Die Strukturelemente des Diskriminierungstatbestands im Einzelnen	194

Vierter Teil:

Die Rechtsfolgen

§ 1 Der unionsrechtliche Rahmen: Freie Wahl der Rechtsfolgen oder obligatorisch privatrechtlicher Rechtsbehelf?	373
§ 2 Die privatrechtlichen Rechtsbehelfe im Einzelnen	395

Gesamtergebnis

§ 1 Erster Teil	493
§ 2 Zweiter Teil	495
§ 3 Dritter Teil	498
§ 4 Vierter Teil	507
Literaturverzeichnis	515
Sach- und Personenregister	535

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX

Einleitung

§ 1 Problemstellung	1
§ 2 Untersuchungsmethode	10
A. Rechtsphilosophische und sozialetische Ansätze zur Legitimation privatrechtlicher Diskriminierungsverbote	10
B. Ökonomische Analyse des Rechts	12
I. Effizienz von privatrechtsbezogenen Diskriminierungs- verboten	13
1. Präferenzbedingte versus statistische Diskriminierung	13
2. Relevanz der Erkenntnisse für den Untersuchungs- gegenstand?	15
a) Rechtspolitische Bewertung	15
b) Berücksichtigung bei der Auslegung der bestehenden Diskriminierungsverbote	16
II. Ökonomische Analyse der Rechtsdurchsetzung	19
C. Rechtsvergleichung	19
§ 3 Gang der Untersuchung	22

Erster Teil:

Die ratio legis der in Deutschland bestehenden
privatrechtsbezogenen Diskriminierungsverbote

§ 1 Diskussionsstand – egalitaristische versus nicht-egalitaristische Erklärungsmodelle	27
A. Diskriminierungsschutz als Ausfluss des Gleichheitsprinzips	27
I. Materialisierung des Gleichheitsbegriffs durch Anerkennung einer gesellschaftlichen Dimension von Gleichheit	27
II. Die Frage nach dem Grad der Materialisierung – Formelle und materielle Gleichheit im engeren Sinn	29
B. Alternative (nicht-egalitaristische) Begründungsansätze	31
I. Freiheitliche Begründungsansätze	31
1. Diskriminierungsverbote als Ausfluss der Vertragsfreiheit ...	31
2. Privatrechtsbezogene Diskriminierungen als Persönlichkeitsverletzung	32
II. Herleitung von Diskriminierungsverboten aus dem Gedanken sozialstaatlicher Teilhabesicherung	34
§ 2 Analyse und Bewertung	35
A. Defizite der nicht-egalitaristischen Erklärungsansätze	35
B. Die Flucht in nicht-egalitaristischen Erklärungsansätze als Ausdruck der Ablehnung einer gesellschaftlichen Dimension von Gleichheit	40
I. Die deutsche Angst vor dem Totalitarismus	40
II. Alte Schlachten, neues Schlachtfeld? – vom nationalen Umsetzungsrecht zur unionalen Regelungsvorgabe	41
1. Das Unionsrecht als zwingender Bezugspunkt für die Ergründung der ratio legis des deutschen Antidiskriminierungsrechts	41
2. Rückzugsgefechte auf verlorenem Posten – Der Versuch einer nicht-egalitaristischen Deutung unionaler Regelungsvorgaben und die Gründe seines Scheiterns	42
§ 3 Die ratio legis des unionalen Antidiskriminierungsrechts – egalitaristisches Schutzkonzept mit originär-individueller Schutzfunktion	49
A. Die dogmatisch-konzeptionelle Verwurzelung des Rechts auf Nichtdiskriminierung im allgemeinen unionsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz	49

B. Die Zielkonzeption hinter dem Prinzip der Gleichbehandlung – vom binnenmarktbezogenen Diskriminierungsschutz zum Grundrecht auf Gleichbehandlung	52
I. Ein Grundsatz – zwei Zielkonzeptionen	52
II. Hintergrund: Metamorphose der EU von der Wirtschaftszur Wertegemeinschaft	53
III. Auswirkungen auf die Zielrichtung des Diskriminierungsschutzes	55
1. Indienststellung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zur Verwirklichung des Binnenmarktes	55
2. Die (nicht mehr ganz so) neue Zielkonzeption: Diskriminierungsverbote als originär-individuelle Rechte auf Gleichbehandlung	56
a) Das Urteil Defrenne II oder die Geburtsstunde eines Grundrechts auf gleiches Entgelt	56
b) Ausweitung auf Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben außerhalb des Entgelts	57
c) Ausweitung auf weitere Unterscheidungsmerkmale und Lebensbereiche	59
IV. Das Verhältnis der beiden Zielkonzeptionen in Bezug auf die einzelnen Diskriminierungsverbote	61
1. Dichotomie oder Wandel der Zielkonzeption als fortschreitender Prozess?	61
2. Der Grad des Wandels der Zielkonzeption in Bezug auf die einzelnen Diskriminierungsverbote	62
a) Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit	62
b) Diskriminierung im Hinblick auf die übrigen Unterscheidungsmerkmale außerhalb der Staatsangehörigkeit	63

Zweiter Teil:

Die Rechtsquellen des Diskriminierungsschutzes in Deutschland

§ 1 Die unionsrechtliche Ebene	72
A. Die Rechtsquellen des gesellschaftspolitisch motivierten Diskriminierungsschutzes im Einzelnen	73
I. Primärrecht	73
1. Inhaltliche Gewährleistungen	73
a) Diskriminierungsverbote	73
aa) Diskriminierungsverbote der (Gründungs-)Verträge	73

(1) Artikel 157 Abs. 1 AEUV (Artikel 141 EG/119 EWG)	73
(2) Artikel 18 Abs. 1 AEUV (Artikel 12 bzw. 7 EG/5 EWG), Artikel 21 Abs. 2 GR-Ch	74
bb) Diskriminierungsverbote der Grundrechte-Charta	76
(1) „Doppelung“ der vertraglichen Diskriminierungsverbote in Bezug auf Staatsangehörigkeit und Geschlecht (Artikel 21 Abs. 2, Artikel 23 GR-Ch)	76
(2) Diskriminierung aus anderen Gründen (Artikel 21 Abs. 1 GR-Ch)	77
b) Konfligierende Freiheitsrechte privater Verbotsadressaten	77
2. Kompetenzen zum Erlass von Richtlinien zum Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr	80
a) Artikel 157 Abs. 3 AEUV (ex Artikel 141 Abs. 3 EG)	80
b) Artikel 19 AEUV	80
aa) Gegenstand, Entstehungsgeschichte und Funktion	80
bb) Die Reichweite der Ermächtigung	81
(1) Artikel 19 AEUV als subsidiäre Kompetenznorm	81
(2) Artikel 19 AEUV als akzessorische Kompetenznorm?	83
II. Sekundärrecht	91
1. Überblick	91
2. Die Richtlinien im Einzelnen	92
a) Diskriminierung wegen des Geschlechts	92
aa) Richtlinie 2006/54/EG (konsolidierte Gleichbehandlungs- richtlinie)	92
bb) Richtlinie 2010/41/EU	93
cc) Richtlinie 2004/113/EG (Gender-Richtlinie)	94
b) Diskriminierung wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft – die Richtlinie 2000/43/EG (Antirassismus-Richtlinie)	94
c) Diskriminierung wegen anderer Gründe	95
aa) RL 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie Beschäftigung und Beruf)	95
bb) Der fehlende Baustein: Richtlinienentwurf vom 2.7.2008, KOM (2008) 426 endgültig	95
B. Das Binnenverhältnis der Regelungsebenen des unionalen Diskriminierungsschutzes	96
I. Das rechtsquellentheoretische Ideal: Primärrecht als Auslegungs- und Gültigkeitsmaßstab für das Sekundärrecht	96
II. Friktionen mit dem rechtsquellentheoretischen Ideal: Umkehr der Normhierarchie als Folge der Mangold- Rechtsprechung des EuGH	98
1. Sekundärrecht als Rechtserkenntnisquelle für das Primärrecht	98
a) Das Urteil Mangold oder die „Entdeckung“ eines Grundrechts auf Nichtdiskriminierung wegen des Alters durch den EuGH	98

aa)	Sachverhalt und Vorlagefragen	98
bb)	Entscheidung des EuGH	99
cc)	Kritik im Schrifttum	100
dd)	Alternative Deutung: Genese und inhaltliche Definition des Primärrechts durch den Unionsgesetzgeber?	101
b)	Bestätigung durch nachfolgende Urteile	103
aa)	Navas, Palacios de la Villa	103
bb)	Bartsch	105
cc)	Küçükdeveci	105
dd)	AMS	108
ee)	Rasmussen	109
2.	Verlust der Kontrollfunktion des Primärrechts als unausweichliche Konsequenz – der Fall Test Achats	110
3.	Legitimation für eine inverse Normhierarchie im unionalen Antidiskriminierungsrecht	113
a)	Schwache Binnenhierarchisierung als allgemeines Charakteristikum des Unionsrechts	113
b)	Inverse Normhierarchie als Konsequenz der Steuerungsfunktion grundrechtskonkretisierender Richtlinien	116
aa)	Die Aktivierung der mitgliedstaatlichen Bindung an Charta- Grundrechte durch konkretisierende Richtlinien	116
bb)	Rückkoppelungseffekte hinsichtlich der Grundrechtsbindung des Unionsgesetzgebers	119
cc)	Öffnungsklauseln	121
4.	Detailfragen	125
a)	Reichweite: Keine Bedeutung für die Vertragsgrundrechte aus Artikel 157 und 18 AEUV	126
b)	Äußerste Konkretisierungsgrenze?	126
c)	Fesselung des Sekundärrechtsgebers oder dynamische Verweisung auf Richtlinieninhalt?	127
III.	Folgen für den Untersuchungsgegenstand	128
C.	Außenverhältnis der unionsrechtlichen zur nationalen Ebene – Die Bindung der Mitgliedstaaten an die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote	129
I.	Die Bindung an die Vorgaben des Unionsrechts als Ausfluss des Loyalitätsgebots des Artikels 4 Abs. 3 EUV	129
II.	Sonderproblem: Reichweite der mitgliedstaatlichen Bindung in Bezug auf die primärrechtlichen Diskriminierungsverbote	130
1.	Unbeschränkte Bindung an die Vertragsgrundrechte	130
2.	Beschränkte Bindung der Mitgliedstaaten an Artikel 21 Abs. 1 GR-Ch gemäß Artikel 51 Abs. 1 GR-Ch	131
a)	Die vom Begriff der „Durchführung des Unionsrechts“ erfassten Konstellationen	132

b) Die Türöffnerfunktion von Richtlinien für die Anwendbarkeit der Charta-Grundrechte nach dem Urteil Küçükdeveci	133
c) Die Reichweite der Bindung an Artikel 21 Abs. 1 GR-Ch bei der Umsetzung von Richtlinien	134
aa) Unbeschränkte Bindung an die Charta-Grundrechte auch bei Umsetzungsspielräumen	135
bb) Verhältnis zum nationalen Grundrechtsschutz	136
III. Art der Bindung	138
1. Bindung des Gesetzgebers	138
a) Richtlinien	138
b) Primärrechtliche Diskriminierungsverbote	140
2. Bindung der Judikative	140
a) Unionsrechtskonforme Auslegung	140
b) Unmittelbare Wirkung	142
aa) Das Urteil Van Gend en Loos	142
bb) Funktion der unmittelbaren Wirkung subjektiver unionaler Rechtsverbürgungen	142
cc) Gegenständliche Voraussetzungen – Subsumtionsfähigkeit der unionsrechtlichen Vorgabe unter den vorliegenden Sachverhalt	146
dd) Persönliche Voraussetzung – Der Verfahrensgegner als Adressat der unionsrechtlichen Vorgabe	147
(1) Rechtsstreitigkeiten gegenüber dem Staat (Vertikalverhältnis)	147
(2) Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen (Horizontalverhältnis)	148
(a) Keine Horizontalwirkung von Richtlinien	149
(b) Horizontalwirkung primärrechtlicher Diskriminierungsverbote?	150
(aa) Artikel 157 Abs. 1 AEUV und Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Übrigen	150
(bb) Artikel 18 Abs. 1 AEUV	151
(cc) Diskriminierungsverbote des Artikels 21 Abs. 1 GR-Ch außerhalb des Verbotes der Entgelt-diskriminierung?	156
(c) Zwischenergebnis	159
c) Negative Ausschlusswirkung unionsrechtlicher Normen als Ausweg?	159
aa) Das Urteil Simmenthal II als Ausgangspunkt	159
bb) Negative Ausschlusswirkung auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten? – Koppelung des Unanwendbarkeitspostulats an die unmittelbare Wirkung der unionsrechtlichen Maßstabsnorm	160
(1) Keine (horizontale) Ausschlusswirkung von Richtlinien ..	161
(2) Negative Ausschlusswirkung primärrechtlicher Diskriminierungsverbote – von Caballero zu Mangold	162

(3) Staatliche Pflicht zum Schutz vor privater Diskriminierung als zusätzliche Voraussetzung für eine Kontrolle des nationalen Antidiskriminierungsrechts am Maßstab des Artikels 21 Abs. 1 GR-Ch	165
(a) Grundsätzliche Anerkennung des Schutzpflicht- konzepts durch den EuGH	165
(b) Übertragbarkeit auf die Diskriminierungsverbote des Artikel 21 Abs.1 GR-Ch?	166
(aa) Sicherstellung der Gleichbehandlung von Frauen und Männern gemäß Artikel 23 GR-Ch, 8 AEUV	167
(bb) Artikel 5 Abs. 2 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen	167
(cc) Im Übrigen: Keine Herleitung von Schutz- pflichten aus Artikel 52 Abs. 3 GR-Ch in Verbindung mit Artikel 14 EMRK	168
(dd) Die Antidiskriminierungsrichtlinien als Rechts- erkenntnisquelle für einen Schutzpflichtfunktion des Artikels 21 Abs. 1 GR-Ch? – Von der inhalt- lichen zur funktionalen Konkretisierung des Primärrechts	169
cc) Zwischenfazit zur Ausschlusswirkung	172
d) Folgen für den Untersuchungsgegenstand	173
§ 2 Die nationale Ebene	175
A. Verfassungsrecht	175
I. Die beschränkte Maßstabswirkung des Grundgesetzes für das deutsche Antidiskriminierungsrecht	175
II. Die Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts für das autonom-nationale Antidiskriminierungsrecht – Zwischen Übermaß und Untermaßverbot	177
B. Einfaches Gesetzesrecht	179
I. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	179
1. Überblick	179
2. Partielle Determinierung durch Vorgaben des Unionsrechts .	179
3. Struktur und Inhalt des Gesetzes	181
II. Sonstige Regelungen mit Bezug zum Antidiskriminierungs- recht	182

Dritter Teil:

Der Tatbestand des Diskriminierungsverbots

§ 1 Der Diskriminierungstatbestand als Bruchlinie zwischen Gleichheit und Freiheit	187
A. Die Instrumentalisierung des Einzelnen zur Gewährleistung gesellschaftlicher Gleichheit und deren Begrenzung durch die Privatautonomie	187
B. Folgerungen für die Ausgestaltung des Diskriminierungstatbestands	188
I. Die freiheitswahrende Funktion der Elemente des Diskriminierungstatbestands	188
II. Implikationen aus der Einordnung als Gleichheitsverbürgung ..	189
§ 2 Die Strukturelemente des Diskriminierungstatbestands im Einzelnen	194
A. Verbotene Unterscheidungsmerkmale	194
I. Allgemeine Fragen	195
1. Abschließender Katalog oder offener Tatbestand?	195
2. Klassifizierung von Unterscheidungsmerkmalen	198
a) Symmetrische und asymmetrische Merkmale	198
b) Veränderbarkeit des Merkmals als Kriterium für eine Hierarchie der Unterscheidungsmerkmale?	199
II. Merkmale im Einzelnen	201
1. Rasse und ethnische Herkunft	201
a) Die herkunftsbezogene Ablehnung von Personen als gesellschaftliches Phänomen	201
b) Rasse	202
c) Ethnische Herkunft	205
d) Abgrenzung zur Staatsangehörigkeit	208
2. Geschlecht	210
3. Behinderung	211
4. Religion und Weltanschauung	215
5. Sexuelle Identität	218
6. Alter	220
B. Der gegenständlich-personelle Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots	221
I. Funktion	221
1. Gegenständlicher Anwendungsbereich	222
2. Personeller Anwendungsbereich: Einseitige Schutzrichtung oder Ausdehung auf die Marktgegenseite?	223

II.	Erwerbsbezogenes Diskriminierungsverbot	227
1.	Allgemeines	227
2.	Diskriminierungsrechtlicher Status von Organmitgliedern ..	227
a)	Organmitglieder und unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff	227
b)	Schutz nur vor Zugangsdiskriminierung oder voller Schutz?	229
c)	Schutz vor Diskriminierung auch in Bezug auf das Organverhältnis?	235
d)	Friktionen mit divergierenden Freiheitsrechten der Anteilseigner? ..	236
3.	Allgemeiner Anwendungsausschluss des AGG in Bezug auf Kündigungen gem. § 2 Abs. 4 AGG	237
III.	Zivilrechtliches Diskriminierungsverbot	242
1.	Deutsche Regelung	242
2.	Die Staffelung des Anwendungsbereichs als Antwort auf die Frage nach der Grenze zwischen öffentlicher und privater Sphäre	244
C.	Verbotenes Verhalten	248
I.	Das Verhältnis der Handlungsformen – eigenständige Tatbestände oder Flankenschutz?	248
II.	Das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung als normbezogenes Anknüpfungsverbot	248
1.	Die Bedeutung des Verbots der unmittelbaren Diskriminierung für das Verständnis des unional determinierten Antidiskriminierungsrechts	248
2.	Annäherung an den Tatbestand der unmittelbaren Diskriminierung	250
a)	Die klassische Fokussierung auf das Diskriminierungsopfer und die Defizite dieses Ansatzes im Hinblick auf die Ergründung des Wesenskerns des Verbots der unmittelbaren Diskriminierung ..	250
b)	Alternative Herangehensweise	251
3.	Der Rumpftatbestand: Personale Benachteiligung unter Anknüpfung an ein verbotenes Merkmal	251
a)	Abstrakte Benachteiligung von Personen	251
b)	Anknüpfung an ein verbotenes Merkmal	252
aa)	Die Bedeutung des Wortes „wegen“ und seine Auslegung in Rechtsprechung und Literatur	252
bb)	Normen im Kopf – Die private Entscheidungsmaxime des Verbotsadressaten als Bezugspunkt des Anknüpfungs- verbots	254
cc)	Konsequenzen im Hinblick auf einzelne Fallgruppen	260
(1)	Schutz vor Diskriminierung von Nicht-Merkmalsträgern (Putativediskriminierung)	260
(2)	Drittdiskriminierung	261

4. Das Vergleichspersonenkonzept und seine Bedeutung für die Definition der unmittelbaren Diskriminierung	263
a) Vergleichsperson und Vergleichsrahmen – auf der Suche nach dem heiligen Gral des Antidiskriminierungsrechts	263
b) Die Vergleichsperson	266
aa) Konkrete versus abstrakte Vergleichsperson – zwei Wege führen nach Rom	266
bb) Vergleichsperson und verbotenes Merkmal	273
cc) Der situative Vergleichbarkeitstest als materiell-rechtliches Korrektiv?	275
c) Diskriminierung ohne Diskriminierungsopfer? – Das Urteil <i>Feryn</i> als Probe aufs Exempel für die Deutung des Verbots der unmittelbaren Diskriminierung als normbezogenes Anknüpfungsverbot	283
5. Rechtfertigung	293
a) Das System der Rechtfertigungsgründe im unional determinierten Antidiskriminierungsrecht	293
b) Funktion des Rechtfertigungselements im Tatbestand der unmittelbaren Diskriminierung	294
aa) Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zweier Sachverhalte als Ausdruck wesentlicher Unterschiede im Rahmen des Tatbestands von Gleichheitsgeboten	294
bb) Besondere Funktion in Bezug auf privatrechtsbezogene Diskriminierungsverbote: Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen als Ausdruck der Privatautonomie	295
c) Rechtfertigungsgründe im Einzelnen	297
aa) Erwerbsbezogenes Diskriminierungsverbot	297
(1) Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung	297
(a) Allgemeines	297
(b) Sonderproblem: Kundenpräferenzen	302
(c) Nichterfüllung des Anforderungsprofils wegen Behinderung, Schwangerschaft oder Mutterschaft	312
(2) Ungleichbehandlung durch Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften – Freiraum für Präferenzen des Arbeitgebers	321
(3) Diskriminierungen wegen des Alters – Segmentierung des Arbeitslebens zum Wohle der Allgemeinheit oder des Arbeitgebers?	328
bb) Allgemeines Zivilrecht	338
(1) Sachlicher Grund	339
(2) Verhältnismäßigkeit als ungeschriebenes Merkmal	343
(3) Sonderproblem statistische Diskriminierungen: Lehren aus dem Urteil <i>Test Achats</i>	345
cc) Positive Maßnahmen: Die sensible Bruchlinie zwischen formeller und materieller Gleichheit	349

III. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung als Verbot der Anknüpfung an ein neutrales Merkmal	353
1. Definition und Genese	353
2. Funktion	356
3. Der Tatbestand	360
a) Anknüpfung an ein neutrales Merkmal	360
b) Besondere Benachteiligung	362
aa) Der Gruppenvergleich als Herzstück des Tatbestands der mittelbaren Diskriminierung	362
bb) Homogene und inhomogene Gruppenbildung als Abgrenzung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung ...	363
cc) Die Benachteiligung von Teilgruppen als Grenzfall	364
dd) Nachweis	366
c) Rechtfertigung	367

Vierter Teil:

Die Rechtsfolgen

§ 1 Der unionsrechtliche Rahmen: Freie Wahl der Rechtsfolgen oder obligatorisch privatrechtlicher Rechtsbehelf?	373
A. Die Bedeutung des Begriffs Sanktion	373
B. Die Kontroverse um die angebliche Sanktionsneutralität des Unionsrechts	374
C. Sichtung des Normbestands – Vorgaben der Richtlinien	376
I. Spezifische Regelungen zur Nichtigkeit diskriminierender Vertragsbedingungen und zum Schadensersatz	376
II. Die beiden Generalklauseln: Rechtsschutz und Sanktionen	377
D. Ein Blick zurück: Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 76/207/EWG	378
I. Das Urteil von Colson als Ausgangspunkt für die Dichotomie der Rechtsfolgen	378
1. Gegenstand des Verfahrens und Feststellungen des Gerichtshofs	378
2. Schlussfolgerungen	380
a) Der Schutz subjektiver Rechte des Diskriminierungsopfers als zentrales Ziel von Rechtsfolgenanordnungen	380
b) Individualschutz nach dem Grundsatz ubi ius, ibi remedium	381
c) Verhaltenssteuerung als zusätzliches Element	384
d) Zwischenfazit: Doppelte Zielrichtung von Rechtsfolgen- regelungen	386
II. Das Urteil Marshall II	387

E. Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH durch den Unionsgesetzgeber und Ausweitung auf geschlechtsbezogene Diskriminierungen außerhalb des Erwerbslebens	389
F. Übertragung auf Diskriminierungen wegen anderer Unterscheidungsmerkmale?	390
§ 2 Die privatrechtlichen Rechtsbehelfe im Einzelnen	395
A. Die primäre Ebene – unmittelbare Abhilfe	396
I. Nichtigkeit diskriminierender Bestimmungen in Einzel- oder Kollektivverträgen	396
1. Unionsrechtliche Vorgaben	396
2. Deutsches Recht	399
II. Abhilfe gegen Diskriminierungen außerhalb vertraglicher Regelungen	399
1. Unionsrechtliche Vorgaben	399
a) Keine unionsrechtliche Verpflichtung zur Etablierung primärer Abhilfemöglichkeiten	400
b) Möglichkeit und Grenzen der Etablierung primärer Abhilfemöglichkeiten	401
aa) Diskriminierende Vertragsverweigerung	401
bb) Diskriminierende Beendigung von Vertragsverhältnissen	403
cc) Sonderproblem: Organverhältnisse	404
2. Deutsches Recht	405
a) Unwirksamkeit diskriminierender Kündigungen gemäß § 134 BGB	405
b) Kontrahierungszwang im Falle der Vertragsverweigerung?	406
B. Die sekundäre Ebene: Schadensersatzansprüche des Diskriminierungsopfers	409
I. Unionsrechtliche Vorgaben	409
1. Grundlegende Feststellungen	409
a) Die Rechtsprechung des EuGH zur Ausgestaltung von Schadensersatzansprüchen	409
b) Insbesondere: Die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität ..	411
2. Einzelne Aspekte	412
a) Verschuldensunabhängige Haftung	412
b) Voller Schadensausgleich (Totalreparation)	416
aa) Allgemeine Regel	416
bb) Materieller und immaterieller Schaden	417
cc) Insbesondere: Materieller Schadensersatz	419
(1) Entgangener Gewinn und Zinsen	419
(2) Ersatzfähiger Schaden bei Auswahlentscheidungen	421

(a) Chance als Schaden versus Alles-oder-Nichts-Prinzip	421
(b) Höhe des materiellen Schadens des subjektiv bestqualifizierten Bewerbers	426
dd) Haftungsobergrenzen	427
ee) Überkompensatorische Schadenselementezur Gewährleistung der Abschreckungswirkung versus „Prävention durch Kompensation“?	429
c) Ausschlussfristen	434
II. Deutsches Recht	437
1. Überblick	437
2. Vertretenmüssen	437
3. Materieller Schadensersatz	443
a) Voller Schadensausgleich oder Beschränkung auf den Vertrauensschaden?	443
b) Berechnung bei diskriminierender Verweigerung des Zugangs zu Dauerschuldverhältnissen	447
4. Immaterieller Schadensersatz	450
a) Immaterieller Schadensersatz und Prävention	450
b) Vorhandensein eines immateriellen Schadens	455
c) Berechnung	458
C. Beweisfragen	460
I. Das Problem: Die Verborgenheit der diskriminierenden Entscheidungsmaxime und die Auswirkungen auf die Effektivität des Diskriminierungsverbots	460
II. Die Reaktion des Unionsrechts: Verlagerung der Beweislast auf den Beklagten	461
1. Vorliegen einer Diskriminierung	462
a) Entwicklung	462
b) Bedeutung für die einzelnen Arten der Diskriminierung	463
c) Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen	465
aa) Allgemein	465
bb) Das erforderliche Beweismaß	466
cc) Mögliche Indizien, insbesondere: Vergleichspersonenkonzept	468
dd) Fehlende Auskunft als Indiz für eine Diskriminierung?	470
d) Gegenbeweis des Beklagten	478
2. Subjektive Bestqualifikation bei der Bewerbung um eine Beschäftigung	479
3. Auswirkungen und Grenzen des prozessualen Vergleichs- personenkonzepts	481
a) Objektivierung subjektiver Entscheidungsmaxime als Preis für die effektive Durchsetzung des Diskriminierungsverbots	481
b) Die Grenzen des Vergleichspersonenkonzepts in Abhängigkeit zur Leistungspflicht des potentiellen Diskriminierungsopfers	483
III. Deutsches Recht	484

Gesamtergebnis

§ 1 Erster Teil	493
§ 2 Zweiter Teil	495
§ 3 Dritter Teil	498
§ 4 Vierter Teil	507
Literaturverzeichnis	515
Sach- und Personenregister	535

Einleitung

§ 1 Problemstellung

„Das Zivilrecht ist geprägt vom Grundsatz der Privatautonomie.“ So oder so ähnlich lautet es noch heute in jedem Lehrbuch zum Zivilrecht oder Schuldrecht. Die Möglichkeit der Privatrechtssubjekte, eigenständig über das „Ob“ und „Wie“ eines Vertragsschlusses zu entscheiden, wird dabei traditionell mit deutlichen Worten etwa als „Akt der Freiheit“ (Larenz)¹ oder, bewusst provokativ, als „Akt der Selbstherrlichkeit“ (Flume)² umschrieben.

Erst im Anschluss an diese grundsätzliche Feststellung finden sich Relativierungen und Einschränkungen des Prinzips sowie Hinweise auf bestehende gesellschaftliche und soziale Machtungleichgewichte, die der Freiheit des Einzelnen Grenzen zu setzen vermögen. Die in diesem Kontext unter dem Stichwort „Materialisierung“ der Vertragsfreiheit diskutierten Probleme betrafen indes bis vor wenigen Jahren im Wesentlichen die Inhaltsfreiheit, also die Freiheit beider Vertragsparteien, den Inhalt des von ihnen geschlossenen Vertrages selbst zu bestimmen.³ Die sich in der Vertragsfreiheit manifestierende Richtigkeitsgewähr des durch autonome Privatrechtssubjekte ausgehandelten Vertragsschlusses⁴ wurde hierbei zunehmend durch die Erkenntnis in Frage gestellt, dass nicht jeder in gleicher Weise in der Lage ist, seine Interessen im Rahmen von Vertragsverhandlungen zu wahren. Reaktion auf diese Erkenntnis waren zum einen eine verschärfte Kontrolle des Inhalts von Verträgen durch die Gerichte am Maßstab der §§ 138, 242 und 307 ff. BGB sowie der – zum Teil unionsrechtlich determinierte – stetige Ausbau des privatrechtlichen Verbraucherschutzes, der

¹ Larenz, Schuldrecht I, S. 40.

² Flume, Rechtsgeschäft S. 6.

³ Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 ff.

⁴ Die heute als Grundsatz weitgehend anerkannte These von der Richtigkeitsgewähr des ausgehandelten Vertrages, wonach sich im Vertragsschluss die unterschiedlichen Interessen der Vertragsparteien zu einem sinn- und kompromisshaften Ganzen zusammenfügen, geht zurück auf *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), S. 130, 156. Die Qualifikation des Vertragsschlusses als Instrument zur Verwirklichung objektiver Gerechtigkeitsvorstellungen und nicht etwa als Ausdruck subjektiver Selbstbestimmung barg allerdings in ihrem Kern bereits die Notwendigkeit einer Ergebniskorrektur für Fälle, in denen sich die Grundannahme als falsch erweist. Instruktiv zum Ganzen Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 76 ff.

spätestens mit dem Erlass der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie auch Kernmaterien des BGB erfasst hat.

Weitgehend verschont von Beschränkungen blieb dagegen zunächst die Abschlussfreiheit, also die Möglichkeit des Einzelnen darüber zu bestimmen, ob mit einer bestimmten Person überhaupt ein Vertrag zu bestimmten Bedingungen geschlossen (oder fortgeführt) werden soll. Einzige Ausnahme stellten insoweit für lange Zeit sondergesetzliche Regelungen dar, die unter bestimmten engen Voraussetzungen eine Verpflichtung zum Vertragsschluss anordnen. Ein solcher Kontrahierungszwang besteht etwa im Kartellrecht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen als Folge einer Diskriminierung von Konkurrenten und Abnehmern (Artikel 102 AEUV, § 20 GWB) sowie gegenüber Energieversorgungs- oder Personenbeförderungsunternehmen. In der allgemeinen Privatrechtswissenschaft und -Lehre fristeten diese punktuellen Beschränkungen der Abschlussfreiheit indes lange Zeit ebenso ein Exotendasein wie der durch die Rechtsprechung aus § 826 BGB hergeleitete allgemeine Kontrahierungszwang gegenüber (quasi-)monopolistischen Anbietern (lebens-)wichtiger Güter und Dienstleistungen.⁵ Dies mag damit zusammenhängen, dass die genannten Regelungen keine Pflicht zur Gleichbehandlung um ihrer selbst willen statuieren, sondern einzig die Gewährleistung des Güterausstausches aus übergeordneten Zielen des Wettbewerbs oder der Daseinsvorsorge zum Ziel haben. Die Abschlussfreiheit in ihrem Kerngehalt wird durch diese Art zweckgebundener Gleichbehandlungspflichten mithin nicht ernsthaft in Frage gestellt.

Eine nicht zweckgebundene Pflicht zur Gleichbehandlung außerhalb bereits bestehender vertraglicher Bindungen war dem deutschen Privatrecht dagegen lange Zeit fremd. Zwar fand sich im „Kleingedruckten“ einiger Lehrbücher bisweilen der dezente Hinweis, dass sich – auch außerhalb der Sicherung des Wettbewerbs und oder der Daseinsvorsorge – aus den Generalklauseln des BGB in Verbindung mit grundrechtlichen Wertungen unter eng umgrenzten Voraussetzungen ein Verbot herleiten lasse, den Vertragsschluss mit einer bestimmten Person allein aus rassistischen bzw. sonstigen in der Person des Anderen begründeten Motiven heraus zu verweigern.⁶ Schulbeispiel war häufig die gegebenenfalls noch mit beleidigenden Äußerungen garnierte Weigerung des Betreibers einer Diskothek, einem dunkelhäutigen Menschen Zugang zu gewähren. Über diese im Ergebnis allseits konsentierete Feststellung hinausgehend konnte sich aber ein Grundsatz der Nichtdiskriminierung oder gar ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot im deutschen Privatrecht schon angesichts der im deutschen Verfassungsrecht bis heute umstrittenen Frage nach der Drittwirkung der Gleichheitssätze des Artikels 3 GG nicht etablieren.

⁵ Eine Ausnahme stellt insoweit die Monographie von *Busche* ‚Privatautonomie und Kontrahierungszwang‘ dar; vgl. darüber hinaus Bydliński, AcP 180 (1980). 1 ff.

⁶ *Larenz*, Schuldrecht I, § 4 IV 3.

In einem speziellen Bereich des Privatrechts, dem Arbeitsrecht, sieht sich die Abschlussfreiheit hingegen bereits seit Längerem deutlich stärkeren Beschränkungen unter dem Aspekt der Gleichheit ausgesetzt.⁷ Die Impulse für diese Beschränkungen gingen allerdings nicht vom nationalen Recht, sondern vom Recht der Europäischen Gemeinschaft bzw. der Europäischen Union aus. So statuiert Artikel 157 AEUV (ex Artikel 119 EWG/141 EG) den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen nicht nur gegenüber den Mitgliedstaaten, sondern auch unmittelbar gegenüber privaten Arbeitgebern.⁸ Darüber hinausgehend verbot der später in § 7 AGG aufgegangene § 611a BGB aF seit dem 14.8.1980 in Umsetzung der Richtlinie 76/207/EWG⁹ jede Ungleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben und damit auch im Zusammenhang mit der Begründung von Arbeitsverhältnissen. Das hiermit einhergehende freiheitsbeschränkende Potential des § 611a BGB aF, dessen Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Vorgaben aufgrund der zögerlichen Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber mehrfach den EuGH beschäftigt hatte¹⁰, verblieb jedoch zunächst noch weitgehend unterhalb der Wahrnehmungsschwelle der allgemeinen Privatrechtswissenschaft; ließ sich die Vorschrift doch als Kuriosum eines Sonderrechtsgebietes begreifen, in welchem der Vertragsfreiheit seit jeher unter der Ägide des Arbeitnehmerschutzes ein deutlich geringerer Stellenwert eingeräumt wird als im übrigen Privatrecht.¹¹ Mit anderen Worten: Wenn der Arbeitgeber ohnehin im bestehenden Arbeitsverhältnis sowie, mit Abstrichen, bei dessen Beendigung zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer verpflichtet ist, stellt sich die Beschränkung der Abschlussfreiheit des Arbeitgebers bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen eher als quantitativer denn als qualitativer Sprung dar.

Eine auch in qualitativer Hinsicht neue Ära der Gleichbehandlung im Privatrecht wurde allerdings um die Jahrtausendwende mit dem Erlass der „Antidiskriminierungsrichtlinien der neuen Generation“¹² eingeleitet,¹³ welche sich auf

⁷ Instrukтив insoweit die ebenso knappe wie inhaltlich dichte monographische Abhandlung von *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001.

⁸ EuGH, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Tz. 8/11, 40 – *Defrenne II*.

⁹ 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 sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976 L 39/40.

¹⁰ Vgl. nur die Urteile EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 – *von Colson*, sowie EuGH, Rs. C-180/95, Slg. 1997, I-2195 – *Draempael*.

¹¹ Die Sonderrolle des Arbeitsrechts in Bezug auf den privatrechtsbezogenen Diskriminierungsschutz betont auch *Jestaedt*, VdVdDSL 64 (2005) S. 298, 300.

¹² Von einer „neuen“ Generation von Richtlinien spricht auch *Kocher*, in: *Riesenhuber*, AGG, S. 55, 57.

¹³ Konkret handelt es sich um die 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; die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in

die im Vertrag von Amsterdam eingeführte Kompetenznorm des Artikel 13 EG (Artikel 19 AEUV) stützten. Bereits die Richtlinien verpflichteten die Mitgliedstaaten zu einer deutlichen Ausweitung des Diskriminierungsschutzes sowohl auf weitere Rechtsbereiche außerhalb des Arbeitsrechts als auch auf weitere Unterscheidungsmerkmale neben dem Geschlecht. Der deutsche Gesetzgeber hat diese unionsrechtlichen Vorgaben durch den Erlass des zum 18.8.2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) nicht nur eins zu eins umgesetzt, sondern durch Ausweitung des allgemein-zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots auf insoweit nicht unionsrechtlich vorgesehene Unterscheidungsmerkmale sogar übererfüllt. Seitdem ist in Deutschland sowohl für den Bereich des Arbeitsrechts als auch für zivilrechtliche Massengeschäfte jede Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Behinderung, der Religion, der sexuellen Identität, des Alters sowie – nur im Arbeitsrecht – der Weltanschauung verboten (§§ 7, 19 Absatz 1 AGG). Ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft besteht darüber hinaus ganz allgemein im Hinblick auf die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 19 Abs. 2 iVm § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG). Die damit vollzogene Ausdehnung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung auf Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, wie etwa Mietverträge, aber auch den öffentlich annoncierten Verkauf von Alltagsgegenständen, rückte das Thema des Diskriminierungsschutzes dann auch erstmals in den Fokus einer breiteren Öffentlichkeit und führte zu einer bisweilen emotional geführten Debatte über die Grenzen der Vertragsfreiheit und die Legitimität privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote. Während die Ausweitung des Diskriminierungsschutzes von den einen als überfälliger Schritt hin zu mehr Gleichheit in der Gesellschaft begrüßt wurde,¹⁴ beklagten andere die hiermit verbundenen Eingriffe in die Privatautonomie¹⁵ und wähten Deutschland gar auf dem Weg in eine neue „Tugendrepublik“¹⁶ oder in den Totalitarismus.¹⁷

Die Heftigkeit der Debatte um die Legitimität privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote verwundert nur auf den ersten Blick; spiegelt sie doch grundsätzliche sozialetische, philosophische und nicht zuletzt verfassungsrechtliche Differenzen über das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit wider. In

Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16 sowie die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004, L 373/37.

¹⁴ Baer, ZRP 2002, 290 ff.; Neuner, JZ 2003, 57 ff.

¹⁵ Adomeit, NJW 2002, 1622 ff.; Pfeiffer, ZGS 2002, 165; Picker, JZ 2002, 880 ff.; kritisch: Eichenhofer, DVBl 2004, 1078 ff. Einen guten Überblick über die Flut kritischer Beiträge im Übrigen liefert Jestaedt, VdVdDSL 64 (2005) S. 298, 301 f., dort insbesondere Fußnote 10.

¹⁶ Säcker, ZRP 2002, 286 ff.

¹⁷ Braun, JuS 2002, 424.

der öffentlichen Wahrnehmung steht dabei die Frage im Vordergrund, welcher Stellenwert der Privatautonomie gegenüber einer Verpflichtung Privater zur Gleichbehandlung einzuräumen ist. Was aber auf den ersten Blick wie ein einfaches Aufeinanderprallen der Antipoden Gleichheit und Freiheit anmutet, stellt sich bei näherem Hinsehen als deutlich komplexeres, mehrschichtiges Problem dar; wird doch die Privatautonomie der Adressaten privatrechtlicher Diskriminierungsverbote von niemandem, auch nicht von den glühendsten Verfechtern eines weitreichenden privatrechtsbezogenen Diskriminierungsschutzes, in ihrem Kern in Frage gestellt. Die Frage, wieviel private Gestaltungsmacht den Adressaten privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote verbleiben soll, umschreibt somit ein reines Abwägungsproblem, das im Rahmen politischer Aushandlungsprozesse im Sinne praktischer Konkordanz aufzulösen ist. Die Auswirkungen des Abwägungsergebnisses auf den dogmatischen Wesenskern privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote sind allerdings gering. Weit größere Relevanz kommt insoweit jedoch der Beantwortung der Frage zu, zugunsten welchen Anliegens oder welcher Rechtsposition des Diskriminierungsopfers die Privatautonomie des Verbotsadressaten zurückweichen soll. Klärungsbedürftig ist mithin die ratio legis privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote. Dies mag auf den ersten Blick überraschen; scheint doch der Zweck von Diskriminierungsverboten gerade in der Verwirklichung einer wie auch immer definierten Art von Gleichheit zu bestehen. Dies ist aber nur die eine, wenn auch eine prominente, Lesart privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote. Ihr gegenüber steht jedoch eine vor allem in Deutschland im Vordringen begriffene Lesart, die privatrechtsbezogene Diskriminierungsverbote nicht in einem gleichheitlichen Sinne deuten, sondern durch alternative Erklärungskonzepte ersetzen möchte. Im Angebot stehen insoweit neben einem sozial- bzw. verteilungspolitischen Ansatz vor allem freiheitliche Erklärungsmodelle. Ungleichbehandlungen stellen sich danach wahlweise als Beschränkungen der (materiell verstandenen) Privatautonomie des Diskriminierungsopfers oder im weitesten Sinne als Verletzung seiner Persönlichkeit dar. Erst auf dieser Ebene, also bei der Frage nach der richtigen Deutung privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote, geht es im eigentlichen Sinne um die das Antidiskriminierungsrecht prägende Frage von Gleichheit und Freiheit. Entscheidet man sich für die Freiheit, so gestaltet sich die Abwägung mit der Freiheit des Verbotsadressaten als rein innerfreiheitlicher Diskurs, entscheidet man sich für die Gleichheit, prallen beide Positionen unmittelbar aufeinander.

Der gleichheitliche Erklärungsansatz, den man mit Fug und Recht als den klassischen Ansatz bezeichnen kann, hat mittlerweile wohl in *Grünberger* seinen engagiertesten Verfechter gefunden. In seiner programmatischen Habilitationsschrift „Personale Gleichheit“¹⁸ unternimmt *Grünberger* den ehrgei-

¹⁸ *Grünberger*, Personale Gleichheit – Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivil-

zigen Versuch, einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz als prägenden Grundsatz des Privatrechts zu etablieren. Der Ansatz geht damit weit über das von *Grünberger* als „besonderes Gleichbehandlungsrecht“ bezeichnete Antidiskriminierungsrecht hinaus, indem er daneben auch sonstige fragmentarische Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, im Gesellschaftsrecht und im Wettbewerbsrecht in den Blick nimmt und zu einem Gesamtprinzip verknüpft. Als prominentester Vertreter eines freiheitlichen Erklärungsansatzes für das geltende Antidiskriminierungsrecht ist in den letzten Jahren *Lobinger* in Erscheinung getreten, der für eine Deutung des AGG als ein dem Schutz der Persönlichkeit des Diskriminierenden verpflichtetes Sondergesetz wirbt.¹⁹ Die Begründung für seine These entnimmt *Lobinger* der Dogmatik des deutschen Zivilrechts, in welches sich ein gleichheitlicher Ansatz, der bei *Lobinger* als „moralpädagogischer Ansatz“ firmiert, nicht einfüge.²⁰

Beide Ansätze könnten, was die inhaltliche Deutung privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote angeht, nicht weiter auseinanderliegen. Die Unterschiede betreffen aber vor allem das Ergebnis. Gemeinsam ist beiden Ansätzen dagegen die Suche nach einem einheitlichen Erklärungsansatz für die in Deutschland bestehenden Diskriminierungsverbote, der sich harmonisch in das gewachsene Privatrecht einfügt oder dieses gar prägt. Diese Herangehensweise verwundert angesichts der bereits oben gewonnenen Erkenntnis, dass das deutsche Antidiskriminierungsrecht und das restliche deutsche Privatrecht nicht aus einem Guss stammen, ja noch nicht einmal durch denselben Regelgeber geschaffen wurden. Das unional determinierte Antidiskriminierungsrecht scheint sich somit einer das übrige nationale Privatrecht einbeziehenden Betrachtung gerade zu entziehen und teilt insoweit das Schicksal weiterer, von unionsrechtlichen Vorgaben überformter Materien des deutschen Privatrechts, die sich angesichts ihrer supranationalen Provenienz nicht in das gewachsene nationale Privatrechtssystem einfügen wollen.²¹ Die Zumutungen der in diesem Zusammenhang allerorten beklagten Friktionen und Systembrüche scheinen aber den Wunsch nach einer Dogmatik, die das Ganze statt nur einen Teil davon erklärt, eher zu beflügeln denn zu frustrieren. Unterschiedlich sind nur die jeweils gewählten Bezugspunkte für die Entwicklung einer einheitlichen Dogmatik, was letztlich das inhaltliche Ergebnis nicht unerheblich beeinflusst.

recht, 2013. Einen gleichheitlichen Ansatz verfolgt auch *Schiek* in ihrer im Jahr 1999 veröffentlichten Habilitationsschrift „Differenzierte Gerechtigkeit – Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht“.

¹⁹ *Lobinger*, in Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 99 ff.; ders. unlängst AcP 216 (2016), 28, 84 ff.; in diesem Sinne auch *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 125 ff.: („AGG als Persönlichkeitsschutzgesetz“), der den von ihm propagierten persönlichkeitsrechtlichen Ansatz aber primär auf der Basis des Unionsrechts begründet.

²⁰ *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28, 84 ff.

²¹ Zu diesem Thema vgl. *Gsell*, AcP 214 (2014) 99 ff.; *Herresthal*, JbJZivWiss 2008, 139, 152 ff.

Für *Lobinger* ist der Bezugspunkt einer einheitlichen Dogmatik des Antidiskriminierungsrechts die freiheitliche Dogmatik des deutschen Zivilrechtssystems, in welches es sich einfügen soll. *Grünberger* wagt den Befreiungsschlag, indem er einen gemeinsamen, der nationalen wie unionalen Regelungsebene übergeordneten, letztlich auf einer Meta-Ebene angesiedelten privatrechtsbezogenen Gleichbehandlungsgrundsatz sucht und findet. Beide Versuche der harmonischen Einbindung des unional determinierten Antidiskriminierungsrechts in ein nationales oder übergeordnetes Privatrechtskonzept bergen aber letztlich ihre Tücken: der Versuch von *Lobinger*, weil er mit seinem „Heimwärtsstreben“ auf den Boden der deutschen Zivilrechtsdogmatik den Fokus auf das nationale Recht verengt und die unionale Ebene ausblendet, der Versuch von *Grünberger*, weil er mit seiner Suche nach einem beide Regelungsebenen vereinigenden Erklärungsatz Gefahr läuft, einer Chimäre nachzujagen.

Die vorliegende Arbeit verfolgt vor diesem Hintergrund ein bescheideneres, zugleich aber realistischeres Ziel, indem sie zwar ebenfalls eine dogmatische Durchdringung des in Deutschland geltenden Antidiskriminierungsrechts anstrebt, sich hierbei aber auf das Unionsrecht als allein maßgebliche Rechtsquelle fokussiert. Was das Ziel der dogmatischen Durchdringung des Antidiskriminierungsrechts betrifft, soll sich die Arbeit von der Vielzahl an Monographien und sonstigen Beiträgen abheben, in denen es in erster Linie um die Darstellung aller oder bestimmter Regelungsinhalte des deutschen Antidiskriminierungsrechts geht und dogmatisch-systematische Zusammenhänge entweder ausgeblendet oder nur am Rande gestreift werden. Dieses eher deskriptive Konzept hatte in der Phase nach der Schaffung des AGG im Jahre 2006 durchaus seine Berechtigung; galt es doch zunächst, die neue Materie überhaupt in ihren konkreten Regelungsaussagen zu erschließen und für die Anwendung in der Praxis handhabbar zu machen. Gerade die Fokussierung auf Einzelfragen hat das gesamte Rechtsgebiet aber nur allzu oft als ein schillerndes, in seinem zentralen Regelungsanliegen unverstandenes Sonderrechtsgebiet erscheinen lassen. Will man das Verständnis, wenn schon nicht die Akzeptanz dieses Rechtsgebiets fördern, ist es somit unumgänglich, die Frage zu beantworten, was das im AGG verankerte, durch das Unionsrecht determinierte Antidiskriminierungsrecht in seinem Innersten ausmacht, was sein übergeordnetes Ziel ist und wie sich dieses Ziel in seinen einzelnen Regelungen realisiert. Der Zeitpunkt sich dieser Aufgabe zu widmen, erscheint nunmehr, mehr als 10 Jahre nach dem Inkrafttreten des AGG, auch vor dem Hintergrund der aus diesem Anlass erst kürzlich veröffentlichten Evaluation der Antidiskriminierungsstelle des Bundes zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz,²² passend gewählt.

²² Evaluation zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, herausgegeben am 9.8.2016 vom Büro für Recht und Wissenschaft der Antidiskriminierungsstelle des Bundes unter wissenschaftlicher Begleitung von Prof. Dr. Christiane Brors, abrufbar im Internet unter www.antidiskriminierungsstelle.de.

Ausgangspunkt für eine dogmatische Erschließung des Antidiskriminierungsrechts soll zudem, und in diesem Punkt unterscheidet sich der hier gewählte Ansatz von dem von *Grünberger, Lobinger* und anderer Autoren,²³ ausschließlich das Unionsrecht sein. Denn das Antidiskriminierungsrecht ist in seinem Ursprung und seiner dogmatischen Konzeption Unionsrecht und bleibt dies auch dann, wenn es vom Umsetzungsgesetzgeber in nationale Formen gegossen wird. Eine Fokussierung auf das Unionsrecht ist daher aufgrund seines Vorranges gegenüber dem nationalen Recht schon rechtlich geboten. Zudem befreit sie von der den Erkenntnisprozess bisweilen hemmenden Pflicht, die Kompatibilität der getroffenen Feststellungen mit nationalen oder (vermeintlich) übergeordneten Regelungsmustern zu ergründen. Zwar ist das Streben nach Einheit und Systemkohärenz des Privatrechts ein durchaus legitimes Ziel. Das unionsrechtlich determinierte Antidiskriminierungsrecht ist allerdings das falsche Objekt für derartige Bestrebungen, da es sich, wie zu zeigen sein wird, mit seinem auf Gleichheit abzielenden Grundmotiv krass von dem im wesentlichen auf Abgrenzung von Freiheitssphären ausgerichteten deutschen Privatrecht abhebt. Zentraler Punkt, in welchem sich die beiden Systeme unterscheiden, ist dabei die Beantwortung der Frage, ob Gleichheitsrechten eine gesellschaftliche Dimension innewohnt, die neben dem Staat auch Private in die Pflicht nimmt. Das Unionsrecht bejaht diese Frage ohne Wenn und Aber. Im deutschen Recht berührt sie hingegen einen wunden, bis heute nicht geklärten Punkt. Dies manifestiert sich nicht zuletzt in den heftigen Ablehnungsreaktionen, welche die Verabschiedung der Antidiskriminierungsrichtlinien und die darauffolgende Schaffung des AGG ausgelöst haben. Solche, der Verschiedenheit der Regelgeber geschuldete Diskrepanzen lassen sich nicht mit einem einheitlichen Erklärungsansatz, sei es in die eine oder andere inhaltliche Richtung, nivellieren. Vielmehr sind mögliche Friktionen zwischen dem System des unionalen Diskriminierungsschutzes und dem bestehenden deutschen Privatrechtssystem zunächst einmal als immanentes Wesensmerkmal eines Mehrebenensystems hinzunehmen. Der Charakter des dem Unionsrecht entstammenden Antidiskriminierungsrechts einschließlich seiner deutschen Umsetzungsregelungen als „legal transplant“ wird hierbei als gegeben akzeptiert. Denn nur durch einen neutralen Blick, der nicht durch das abweichende nationale Normumfeld getrübt ist, lässt sich das unionsrechtlich determinierte Antidiskriminierungsrecht zunächst aus sich heraus begreifen, um sodann in einem zweiten Schritt Wesensunterschiede zur nationalen Privatrechtsordnung und den sie tragenden Grundprinzipien benennen zu können. Hierzu möchte die vorliegende Untersuchung einen Beitrag leisten. Etwaigen rechtspolitischen Bewertungen des gefundenen Ergebnisses, einschließlich der hieraus eventuell zu ziehenden Konsequenzen, wird sich diese Arbeit dagegen

²³ Ebenfalls einen übergeordneten Ansatz verfolgt etwa *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010.

bewusst enthalten. Denn zum einen besteht an klaren Positionierungen hinsichtlich des rechtspolitischen Für und Wider eines privatrechtsbezogenen Diskriminierungsschutzes kein Mangel; zum anderen könnten die im Falle einer negativen Bewertung zu ziehenden Konsequenzen in nicht viel mehr bestehen als einem an die Mitgliedstaaten gerichteten Appell, die bestehenden Regelungen ganz oder teilweise abzuschaffen.

Gegenstand der im Rahmen dieser Untersuchung angestrebten dogmatischen Erschließung sollen ausschließlich die durch das Recht der Europäischen Union determinierten privatrechtsbezogenen Diskriminierungsverbote des deutschen Rechts sein, wie sie primär im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ihren Ausdruck gefunden haben. Der Fokus liegt hierbei auf der Bindung des einzelnen Arbeitgebers oder Anbieters von Gütern und Dienstleistungen, weil gerade diese Inpflichtnahme Privater zur Gewährleistung gesellschaftlicher Gleichheit die Besonderheit der Rechtsmaterie ausmacht und ihre Einbindung in das deutsche Privatrechtssystem erschwert. Nicht in die Untersuchung miteinbezogen werden dagegen Gleichbehandlungsgebote in anderen Teilgebieten des deutschen Rechts, etwa dem Arbeits-, Gesellschafts- oder Wettbewerbsrecht, weil diese Gleichbehandlungsgebote dem autonomen nationalen Recht zuzuordnen sind und damit aus einer anderen Quelle fließen als das unional determinierte Antidiskriminierungsrecht. Eine einheitliche dogmatische Betrachtung würde durch diesen Umstand erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Ebenfalls nicht näher beleuchtet werden über den Grundsatz der Nichtdiskriminierung hinausgehende Normen oder Programme, die auf den Ausgleich gesellschaftlich vorgefundener Benachteiligungen bestimmter Gesellschaftsgruppen im Wege der aktiven Förderung von Angehörigen dieser Gruppen gerichtet sind. Denn im Rahmen solcher positiver Maßnahmen, die von ihrem Inhalt her eine große Bandbreite möglicher Themen abdecken können, geht es nicht, wie bei den Diskriminierungsverboten, um die Verwirklichung des dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz innewohnenden Gebots der Gleichbehandlung von Gleichem, sondern um das Gebot der Ungleichbehandlung von Ungleichen als dessen Gegenpol. Die Verwirklichung des letztgenannten, bisweilen als *Gleichstellung* bezeichneten Ziels folgt anderen Regeln als das auf *Gleichbehandlung* ausgerichtete Antidiskriminierungsrecht und lässt sich daher nicht in dessen Dogmatik einbinden. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als aktive Gleichstellung der Angehörigen einer Gruppe, wie etwa im Falle verbindlicher Quoten beim Zugang zur Beschäftigung, mit einer Ungleichbehandlung von Angehörigen einer anderen Gruppe einhergeht und damit in ein Spannungsverhältnis zum Gleichbehandlungsprinzip gerät. Hier muss das Antidiskriminierungsrecht selbst den Konflikt auflösen. Die entsprechenden Regelungen sind damit notwendig Teil der Dogmatik des Antidiskriminierungsrechts und als solche im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zu behandeln.

§2 Untersuchungsmethode

Das Thema Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht lässt sich aus verschiedenen Blickwinkeln beleuchten. So werfen an Private gerichtete Diskriminierungsverbote zuallererst die Frage nach ihrer rechtsphilosophischen Legitimation auf. Darüber hinaus ergibt sich aus der Vorbildfunktion des US-amerikanischen Antidiskriminierungsrechts und der Existenz von Umsetzungsvorschriften in nahezu allen Mitgliedstaaten der EU die Möglichkeit, auch andernorts gefundene Lösungen etwa im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen verbotener Diskriminierung zu berücksichtigen. Schließlich stellt sich die Frage nach den wohlfahrtsökonomischen Auswirkungen von Regeln, welche die Vertragsfreiheit der Wirtschaftssubjekte beschränken und damit in den freien Markt eingreifen. Fragestellungen aus dem Bereich des Antidiskriminierungsrechts scheinen damit geradezu prädestiniert für den Rückgriff auf die Erkenntnisse fremder Disziplinen wie etwa der Rechtsphilosophie, der Rechtsvergleichung oder der ökonomischen Analyse des Rechts. Im Rahmen der hier durchzuführenden Erschließung der dogmatischen Struktur des unionsrechtlich definierten Antidiskriminierungsrechts in Deutschland stößt ein solcher methodenpluralistischer Ansatz dagegen an seine Grenzen, weil nicht alle der genannten Methoden in diesem Kontext gleichermaßen einen Erkenntnisgewinn versprechen.

A. Rechtsphilosophische und sozialetische Ansätze zur Legitimation privatrechtlicher Diskriminierungsverbote

Letztere Aussage gilt in besonderem Maße für die Frage nach der rechtsphilosophischen bzw. sozialetischen Legitimation für die Existenz privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote und die damit verbundene Beschränkung der Vertragsfreiheit der Verbotsadressaten. *Lauber* verweist in diesem Zusammenhang auf die seit der Antike bestehende untrennbare Verknüpfung von Recht und Philosophie und bedauert, dass die Diskussion um das Antidiskriminierungsrecht in Deutschland hauptsächlich positivrechtlich geführt werde.²⁴

²⁴ *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, S. 20.

Sach- und Personenregister

- Abhilfe, primäre (s.a. Kontrahierungs-
zwang, Kündigungsschutz) 235 f., 371,
388, **396–409**
- Kündigung 183, 225, **237–242**, 388 f.,
405 f.
 - Vertragsbedingungen, diskrimi-
nierende 376–378
 - Vertragsverweigerung 389, 401–403,
406–409
- Abschlussfreiheit (s. Vertragsfreiheit/
Abschlussfreiheit)
- Abschreckung (s. Prävention)
- Äquivalenzgrundsatz (s. Individualrechts-
schutz/Äquivalenzgrundsatz)
- Age Concern-Urteil 335–337
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
(AGG) **179–182**, 185–372
- Genese **101–103**, 324 f., 353 ff., 377 f.,
407 f., 438
 - Struktur 10, 12, 181 f., 185 f., 188 ff.,
437, 497 f.
- Alter 50 f., 65 f., 80, 95, **98–110**, 117–119,
156–158, 195–197, 199–201, **220–221**,
236 f., 293, 296 f., 299, **301–302**, **328–**
338, 340 f., 348 f., **499**, **504 f.**
- als Unterscheidungsmerkmal 4, 59, 64,
77, 95, 119, 156, 200 f., 220 f., 348 f.
 - Begriff **220–221**
- Altersdiskriminierung, Verbot 101–110,
117 f., 162, 196 f.
- allgemeiner Rechtsgrundsatz 60, 101 f.,
117
 - Rechtfertigung 64, 66, 99, 102, 201,
220 f., 297, 328–339, 348 f., 503
 - Sonderstatus 220, 328
- Altersgrenzen 103 f., 301 f., 329
- Anknüpfungsverbot 30, 190 f., 248 ff.,
254 ff., 261, 279 ff., 361 f., 365, 418, 483,
502 f.
- gruppenbezogenes 9, 30, 198 ff., 259,
263, 273 ff., 288, 340 ff., 362 ff., 398
 - normbezogenes 12, 23, 192, 248–353,
362, 501
- Anpassungsmaßnahmen **313–317**, 341,
499
- Antidiskriminierungsrichtlinien 41 f.,
45 ff., 51 f., 64 ff., 72, **92–96**, 125, 128,
133 f., 138 ff., 149 f., 161, **169–173**, 179 f.,
267, 286 ff., **376–378**, 396, 415, 442,
495 f.
- Kommissionsvorschlag KOM (2008)
426 95 f.
 - Kompetenz 3 f., 58 ff., 80 ff., 171, 197,
495 f.
 - Verhältnis zu primärrechtlichen
Diskriminierungsverböten 96–128,
vor allem 110, 116 f., 125 f.
 - neue Generation 40 f., 46 f., 59 f., 264,
272, 289, 366, 461, 463, 471
- Antirassismus-Richtlinie 59, 94 f., 179
- Arbeitnehmerfreizügigkeit 152 ff., 172,
228, 332 f., 366, 392
- Aristoteles, Gebot 27, 30, 350, 360
- Artikel 19 AEUV 59 ff., **80–91**, 94 f.,
120 f., 127, 170 f., 217, 219, 495 f.
- Akzessorietät 83 ff.
 - Genese 81, 82 f.
- Auskunftsanspruch (s.a. Meister-Urteil)
471 ff., 486 f., 489
- faktischer 475 f.
- Ausschlussfristen 434 ff.
- Auswahlentscheidung (s. Schadensersatz/
Auswahlentscheidung)
- Barrierefreiheit (s. Besondere
Maßnahmen)
- Basedow, Jürgen 53
- Becker, Gary 13

- Behinderung 75, 103, 167, 198–200, **211–215**, 221, 238, 257 f., 162 f., **312–316**, 340 ff., 499, 504
- Adipositas (Fettleibigkeit) 214
 - Begriff **211–215**
 - Kontextbezug 211 ff.
- Berufliche Anforderung, wesentliche und entscheidende 279, 291, 295, **297–321**, 316, 318, 323, 324, 329, 503
- Anforderungsprofil, Legitimität 299 f., 305 f.
 - Ersatzkriterium (proxy) 298
 - Kundenpräferenzen **302–312**, 341 f., 502, 504
 - Verhältnismäßigkeit 298, 300 ff., 304 f.
- Bestqualifikation 421, 426, 433, 448, 451, 470, **479–480**, 481, 491
- Bedeutung 473, 479 ff.
 - Beweis 425 f., 433, 479 f., 490, 491, 502, 510, 512 ff.
 - objektive 421, 470, 476
 - subjektive 421 ff., 426, 433, 443 f., 447 f., 451, 470, **479–483**, 509, 512
- Beweis (s.a. Beweisnot, strukturelle, Beweislastumkehr, Beweismaß, Vergleichspersonenkonzept) 270 f., 326, 422, 425 ff., 439 f., **460–491**, 510, 512 ff.
- der Benachteiligung 271 f., 275 ff., 362 f., 366 f., 425 f., **461–491**
 - der mittelbaren Diskriminierung 366 f., 440, **463–465**, 471 f.
 - der subjektiven Bestqualifikation 426, 433, 451, 470, 479 f., 510, 512 ff.
- Beweislastumkehr 57 f., 92, 266, 426, 447, **464–468**, 471, 479 f., 484, 487, 491, 510
- Bezugspunkt 407, 464, **465–466**, 484 ff., 510
 - Indiztatsache 467 f., 484 f.
- Beweismaß 466–468, 484 f., 510
- Beweisnot, strukturelle 461, 465, 468, 470, 474 f., 480, 482, 487, 510, 512
- Binnenmarktintegration 12, 16 f., 46, 51 ff., 61–70, 73, 85, 90, 145, 153 ff., 354, 380, 494 f.
- als Zielkonzeption 52 f., 55 f., 61–70, 153 ff., 404, 494 f.
 - Verhältnis zum Gleichheitsgrundsatz 48, **49–70**, 494 f.
- Bulicke-Urteil 434–437
- Canaris, Claus-Wilhelm 165 f.
- Civil Rights Act 1964 40, 271, 354, 357
- Defrenne II-Urteil 46, **56 f.**, 67, 73, 145, 150 f., 191, 357, 494
- Dekker-Urteil 318, 413 f.
- Diskriminierung
- Definition 23, 57 f., 92 f., 197, 242 f., 248, 250 ff., **263–292**, 353–355
 - mittelbare 57 f., 92, **353–355**, 367 ff., 463 f.
 - ohne Diskriminierungsopfer 39, 250 f., 265 f., **283–292**
 - präferenzbedingte **13–15**, 153, 220, 237, 296 f., 328, 504
 - statistische **13–15**, 18, 65, 153, 220, 237, 249, 296, **345–349**
 - unmittelbare 250 ff., **263–292**
 - von Dritten (Drittdiskriminierung) **260–262**
 - von Drittstaatenangehörigen 75
 - von Nichtmerkmalsträgern (Putativdiskriminierung) 350, 362 f., 484
- Diskriminierungsschutz (s.a. Nicht-diskriminierung) 4 ff., 52 f., 55–61, 72 ff., 96–128, 195–197, 232–237, 296, 325 f., 497 f.
- als Freiheitsschutz 31 f., 36, 39, 151 f., 154, **187–193**, 195, 200, 216, 219, 264, 327, 493, 498 f., 503
 - unionaler (Binnenstruktur) 6 ff., 22, 35 ff., 42–48, 49 ff., 68, **96–128**, 169 f., 172 f., 188 ff., 224 f., 345 f., 496
- Diskriminierungstatbestand 185, 187 ff., 194–372, 464 f., 498, 502, 512
- freiheitswahrende Funktion 188–193, 498
 - offener 195–198, 498 f.
 - Strukturelemente 185, **194–372**, 464, 498
- Diskriminierungsverbot 187–372
- binnenmarktbezogenes 52 f., 55 f., 61–70, 73, 81, 88 ff., 354, 380, 382, 392, 494 f.
 - erwerbsbezogenes 180–182, 185, 200, 222 f., **226–244**, 260 f., 296, **297–338**, 399,

- 402–407, 437, 441, 447, 454, 497 f., 500, 503, 505
- gesellschaftspolitisches 22, 46, 53, 59, 61, 63 ff., 73–96, 116, 156, 159 f., 164, 166, 225, 258, 344, 254, 366 f., 494, 495
- privatrechtsbezogenes 4 ff., 10, 13–19, 22, 25–51, 79, 89, 121, 153 f., 176 ff., 185 ff., 221 ff., 244, 255 f., 295 ff., 393, 442, 460, 493
- ratio legis 5, 11, 22, 25–70, 493 f.
- zivilrechtliches 4, 35 f., 179–182, 185, 217, 222 f., 226, 232 f., 242–247, 261, 293, 341, 345, 399, 403, 405–408, 437, 442 f., 447, 500 ff.
- Drachmpaehl-Urteil 259, 419, 423 ff., 446, 451, 458, 480, 490 f., 513 f.
- Drittwirkung 40 f., 74, 149, 163, 165 f.
 - mittelbare 165 f.
 - unmittelbare 74, 149, 163, 166
 - von Gleichheitsgrundrechten 51 f.
- Effizienz 12–19
 - als Kriterium der Normauslegung **16–18**
 - der Rechtsdurchsetzung 19
 - privatrechtsbezogener Diskriminierungsverbote **12–18**
- Effektivitätsgrundsatz (s. Individualrechtsschutz/Effektivitätsgrundsatz)
- Entgeltgleichheit, Gebot 46, 55 ff., 63 f., 67, 76, 130, 140, 145, 150 f., 155, 159, 167
 - als Grundrecht 57, 155
 - marktintegrative Wurzeln 55 f.
- Entscheidungsmaxime 192, 360 ff., 406 f., 502 f.
 - private **254–263**, 292, 361
 - diskriminierende 39, 256, **266–271**, 274 ff., 289, 292, 361 ff., 407, 414, 418, 443, 445, **460 f.**, 465 f., 468, 474 f., 478, 481 ff., 503, 512 f.
- Ersatzkriterium (proxy, s.a. berufliche Anforderungen, Versicherung) 14, 18, 68, 123, 220, 298, 313, 328 f., 338, 345, 347
- Ethnische Herkunft 4, 59 f., 77, 80, 86 f., 94 f., 111, 156, 168, 179, 182, 198 ff., 201 ff., 244 ff., 260, 283 f., 293, 309, 339, 345, 442 f., 497 ff.
 - Abgrenzung zur Staatsangehörigkeit **208–210**
 - Begriff 201 ff., **205–208**
- Europa der Bürger (s. Europäische Union/als Wertegemeinschaft)
- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 117, 158 f., 168 f.
 - als Rechtserkenntnisquelle für den Inhalt von Charta-Grundrechten 158 f., 168 f., 170
 - Artikel 14 158 f., 168 f.
- Europäische Union (EU)
 - als supranationale Organisation 142–146, 380 f.
 - als Wertegemeinschaft (Europa der Bürger) **53–55**, 61 f., 69, 81, 88, 145, 494
 - als Wirtschaftsgemeinschaft 53–55, 61 f., 73, 145
 - Konstitutionalisierung 54, 495
- Feryn-Urteil 39, 202, 209, **283–292**, 302 ff., 311 f., 503
- Flume, Werner 1
- Freiheit (s. Vertragsfreiheit, Unternehmerfreiheit, Grundfreiheiten)
- Freiheitsschutz durch Gleichbehandlung (s. Diskriminierungsschutz/als Freiheitsschutz)
- Funktionale Subjektivierung (s. Individualrechtsschutz/funktionale Subjektivierung)
- Gender-Richtlinie 59 f., 68 f., 76, **94**, 111, 123, 167
- Geschlecht 4, 14, 49, 111 f., 123 ff., 147, 154, 156, 198 ff., 218 f., 345 ff., 364 f., 378
 - Begriff **210–211**
 - Intersexualität 210
 - Transsexualität 210 f., 218
- Geschlechtsdiskriminierung, Verbot 4, 14, 46, 57 ff., 68 f., 74 ff., **92–95**, 112, 117 f., 123 f., **150–151**, 167, 169 ff., 198 ff., 229, 233, 239, 245, 247, 274 ff., 317 ff., 338, 354 f., 373, 376, 378, 382, 387, 389–394, 410, 413, 423 f., 431 ff., 461 f., 495, 497 f., 505, 507 f.

- Gleichbehandlung (Gebot) 2, 6, 9, 27 f., 30, 60, 75, 191 ff., 194, 196 f., 218, 294 f., 352, 396, 498
- formelle 29–30, 294, 313, 317, 349–353, 506
 - Grundsatz 2, 5 f., 7, 9, 53, 72, 80, 92 ff., 103, 175, 189–191, 194–197, 262, 284, 294, 347, 350, 377, 390, 396, 463, 472, 495
 - materielle 23, 29–30, 313, 317, 320, 349–353, 356, 366–367, 499, 502, 504, 506
- Gleichbehandlungsrichtlinie 57 f., 80, 127, 194, 200, 264, 350 ff., 496
- konsolidierte 58 f., 92–94, 496
- Gleichheit (siehe Gleichbehandlung)
- Gleichheitsgrundsatz, unionaler 12, 48 ff., 99, 196 f., 277, 344, 349, 463, 494
- Rechtsquellen 48 ff., 99, 196
 - Zielkonzeptionen 48 ff., 52–70
- Gleichheitssatz (allgemeiner) 23, 50, 103 f., 177, 254, 277 ff., 294, 344, 368
- Gleichstellung 9, 58, 248, 309, 320, 350 f.
- Grünberger, Michael 5–8, 27 f., 35 ff., 212, 217, 224, 244 f., 274, 308, 357, 456 f.
- Grundfreiheiten 62, 75, 78 f., 82, 86 ff., 97, 116, 264, 360 f., 495
- als Bestandteil des Binnenmarktes 12, 16, 55, 62 f., 70, 74, 153, 494 f.
 - als Diskriminierungsverbote 52, 56, 63, 75
 - Drittwirkung 51 f., 74, 113 f., 149 ff., 166, 191 f.
- Grundrechte (s.a. Grundrechte-Charta) 52 ff.
- deutsche 40, 49 f., 126 f., 130, 136, 149, 165 f., 177 f., 278 ff., 323 f., 344, 497
 - unionale 49 f., 56 f., 59, 61, 63, 73, 76, 79, 116 ff., 128 ff., 145, 154 ff., 175 f., 380, 452, 497
- Grundrechte-Charta (s.a. Grundrechte) 49 ff., 55, 63, 68, 75 ff., 101 f., 108 ff., 117 ff., 132 ff., 166 ff., 325, 495
- Bindung der Mitgliedstaaten 107, 116–119, 121 f., 126, 130 ff., 138–174, 197, 325
 - Bindung der Union 97, 119–121, 496
- Grundsätze (Justiziabilität) 108 f.
 - Verhältnis zum nationalen Grundrechtsschutz 134, 136–138
- Homosexuellen-Urteil (BVerfG) 278
- Horizontalwirkung (s. Richtlinie/Horizontalwirkung)
- Individuelle Rechtsposition (s. Individualrechtsschutz)
- Individualrechtsschutz (s.a. Rechtsdurchsetzung) 146, 382, 384, 392, 409
- Äquivalenzgrundsatz 135 f., 395, 411 f., 429 ff., 510
 - Effektivitätsgrundsatz 135 f., 395, 411 f., 420, 430 ff., 510
 - funktionale Subjektivierung 16, 144 ff., 380, 384 f.
 - originär-individuelle Rechtsposition 16, 49 ff., 54, 56, 61, 69, 145, 150, 154
 - ubi ius, ibi remedium 381–383, 392, 396, 411, 461, 507
- Inhaltsfreiheit (s. Vertragsfreiheit/Inhaltsfreiheit)
- Intersexualität (s. Geschlecht/Intersexualität)
- Kapitalverkehrsfreiheit 75, 79, 114, 495
- Kelsen, Hans 48, 96
- Kingreen, Thorsten 116
- Kohärenzprüfung 113, 124
- Kokott, Juliane 68, 123, 346
- Kompetenz der Union (s. Antidiskriminierungsrichtlinien, Kompetenz)
- Kontrahierungszwang (s.a. Rechtsfolgen verbotener Diskriminierungen) 2, 23 f., 35, 226, 383, 386, 389, 393 f., 401–403, 419, 444, 509
- unionsrechtliche Vorgaben 410
 - Voraussetzungen 406–409, 479
- Kopftuchverbot (s.a. Berufliche Anforderung, Kundenpräferenzen) 216, 306 ff.
- Krankheit
- als Behinderung 103 f., 214, 238 f.
 - als verbotenes Merkmal 103 f., 118, 197, 214, 499

- Kundenpräferenzen (s.a. Berufliche Anforderung) 302–312, 341 f., 504 f.
- Küçükdeveci-Urteil 105–108, 111 f., 118, 120, 133–134, 156 f., 161, 165, 171, 221, 255, 288
- Kündigung von Dauerschuldverhältnissen 104, 106, 157, 183, 225, 311, 327, 388 f., 393, 400, 427, 435, 448–450, 509
- § 2 Abs. 4 AGG 237–242
 - primäre Abhilfe (Unwirksamkeit) 403, 405
 - von Organmitgliedern 227, 229–235
- Kündigungsschutz (s. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, § 2 Abs. 4 AGG)
- Lobinger, Thomas 6–8, 25, 43–48, 285, 289 f.
- Machtungleichgewicht 1, 38
- Massengeschäft 4, 182, 244–247, 340, 407 ff., 469, 479, 501, 503
- Mangold-Urteil 50 f., 60, 96, 98–109, 110 ff., 124 f., 156 f., 161 f., 165, 170 f., 196 f., 234, 242, 247, 255, 333, 442, 496, 501
- Marktbürger 54, 62, 81, 145, 152 f., 166
- Marktintegration (s. Binnenmarktintegration)
- Marshall II-Urteil 147, 387–389, 393 f., 400, 403, 417, 420 ff., 427 f.
- Materialisierung
- des Gleichheitsbegriff (s. Gleichbehandlung/materielle)
 - der Vertragsfreiheit (s. Vertragsfreiheit/materielle)
- Mehrebenensystem 8, 43, 47, 71
- Meister-Urteil (s.a. Auskunftsanspruch) 473 ff., 485 ff.
- Mittelbare Diskriminierung, Verbot 20, 23, 30, 67, 92 f., 181, 185, 190 ff., 209, 216, 248 f., 264, 349, 353–372, 415, 440, 458, 462 ff., 471 ff., 506 f.
- Funktion 356–360
 - Genese 353–355
 - Gruppenvergleich 362–366
 - Rechtfertigung 344, 367–369
- Mutterschaft (s. Schwangerschaft)
- Navas-Urteil 103–105, 118, 197, 212 ff.
- Neutralitätspflicht des Staates 187
- Nichtdiskriminierung 2, 4, 31 f., 64, 66, 98, 139, 147, 226, 234 f., 239, 290, 296, 385, 402, 414, 418, 442, 450, 461, 465, 468, 470, 472, 475, 486 f., 491, 512 f.
- als unionsrechtliches Konzept 16, 49–52
 - und Gleichbehandlung 53, 56–61, 69, 175
- Niederlassungsfreiheit 79, 404, 495
- Normhierarchie, inverse 113–125
- Ökonomische Analyse des Rechts 12–19
- Organmitglieder 227–237
- diskriminierende Beendigung des Organverhältnisses 235 f.
 - Reichweite des Diskriminierungsverbotes 229–235, 236 f.
- Persönlichkeitsrechtsverletzung 11, 32–34, 37 f., 182, 254
- schwerwiegende 34, 459
 - und immaterieller Schadensersatz 33 f., 417 ff., 452–460, 510 f.
- Persönlichkeitsschutz 32 ff., 39
- als ratio legis von Diskriminierungsverboten 11, 37 f., 44, 48, 493
- Positive Maßnahmen 30, 349–353
- durch Privatpersonen 351 f., 506
 - Quotenregelungen 30, 350, 352 f.
 - Verhältnismäßigkeit 352 f.
- Prävention 384, 450–455, 460
- Bedeutung für das unionale Rechtsfolgenregime 384 f.
 - durch Kompensation 385, 429–434, 457, 510
 - und Schadensersatz 384 f., 409 f.
- Privatautonomie (s. Vertragsfreiheit)
- Privat- und Familienleben, Recht auf Achtung 79, 122, 247
- § 19 Abs. 5 S. 1 AGG 243, 408
- Private Näheverhältnisse (s. Privat- und Familienleben, Recht auf Achtung)
- Privatrechtsbezogenes Diskriminierungsverbot (s. Diskriminierungsverbot/privatrechtsbezogenes)

- Rahmenrichtlinie Beschäftigung und Beruf 60, **95**, 103
- Rasse 4, 60, 94 f., 179, 182, 185, 198 ff., 201 ff., 224, 244 ff., 284, 293, 338 f., 345, 442 f., 497 f., 499, 501, 505
- Begriff 202–205
- Rechtfertigung von Diskriminierungen (s.a. mittelbare Diskriminierung, positive Maßnahmen) 17 f., 20, 50, 64–66, 99, 102, 104, 112, 120 f., 173, 181 f., 190 f., 200 f., 216, 220 f., 279 f., **293–353**, 355, 359, 361, 413 f., 423, 464, 467, 482, 498, 503 ff.
- allgemeines Zivilrecht 338–349
 - erwerbsbezogenes Diskriminierungsverbot 297–338
 - Funktion im Tatbestand des Diskriminierungsverbots 294–297
- Rechtsbehelf, privatrechtlicher (s. Rechtsfolgen/privatrechtliche)
- Rechtsdurchsetzung (s.a. Prävention, Individualrechtsschutz) 412, 45
- individueller Rechtspositionen 164, 412, 436 f., 450
 - ökonomische Analyse 19
- Rechtsfolgen verbotener Diskriminierungen (s.a. Abhilfe, Kontrahierungszwang, Schadensersatz) 373 ff.
- privatrechtliche 395–460
 - unionsrechtliche Vorgaben 373–394
 - Zielsetzung, doppelte 164, **378–386**, 409 f.
- Rechtsgleichheit (s. Gleichbehandlung/formelle)
- Rechtsvergleichung, Bedeutung 19–21
- Religion 79 f., 311
- Begriff 206, **215 f.**
 - Status versus Verhalten 219, 327 f.
- Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften
- als Adressat von Diskriminierungsverboten 79 f.
 - loyales und aufrichtiges Verhalten 327 f., 504
 - Rechtfertigung von Diskriminierungen 297, **321–328**, 504
 - Tendenzschutz 322 ff.
- Richtlinie (s.a. Unionsrecht)
- grundrechtskonkretisierende 108, 116 ff., 172, 235
 - Horizontalwirkung 101, 108, 145, **149–150**, 496
 - Konformauslegung **140–142**, 173, 180, 211, 234, 239, 242, 292, 316, 341, 346, 378 f., 408, 441, 459, 506
 - überschießende Umsetzung 42, 180 ff., 245, 344, 497 f.
 - Umsetzungsbefehl 48, 129, 138 ff., 148, 171
 - Vertikalwirkung 148–150, Roth, Wulf-Henning 87, 153 ff.
- Sachlicher Grund 50, 280, 333
- mittelbare Diskriminierung 356, 359, **367–368**, 464
 - zivilrechtliches Diskriminierungsverbot 295 f., **339–344**, 347 f., 500 ff.
- Sachs, Michael 255 f., 279
- Sanktion 19 f., 147 f., 174, 282, 284 f., 289 f., 452
- Begriff 373 f.
 - unionsrechtliche Vorgaben **376–378**, 379, 383–389, 390–394, 401, 409, 413, 431, 433, 438, 442, 445, 450 f., 455 ff., 500 ff.
- Sanktionsneutralität (s.a. Rechtsfolgen verbotener Diskriminierungen) 23, **374–376**, 385, 394
- Schadensbegriff, gemeineuropäischer 418
- Schadensersatz 33, 93, 143–147, 182, 202, 236 f., 239, 242, 259, 265, 375, 376, 378, 382–388, 389, 390–394, 395, 400 ff., **409–460**, 473, 483, 491, 508 ff.
- Auswahlentscheidung 421–427
 - Berechnung bei diskriminierender Nichteinstellung 426 f., 447–450
 - Chance als Schaden **421–426**, 444, 447
 - entgangener Gewinn **419–421**, 443, **446 f.**, 451, 510
 - Funktion, doppelte 417
 - Haftungsobergrenzen 423, **427–428**
 - immaterieller **417–419**, 450–460, 510 f.
 - materieller 282, 417, **419–421**, **443–446**, 510 f.

- positives versus negatives Interesse 294 f., 298, 304 f., 317 f., 320, 321 ff., 443–446
- überkompensatorischer 429–434, 451 f., 460, 510
- Verschulden 423, 437–443
- voller Schadensausgleich (Totalreparation) 416–434, 443–446
- Zinsen 420–421, 510
- Schiek, Dagmar 212, 273
- Schutzpflicht 52, 165–173, 177 f., 197
 - Artikel 21 GR-Ch 166–173
 - Verhältnis zur mittelbaren Drittwirkung 165 f.
- Schwangerschaft 273–275, 364 f., 413, 478, 499, 504, 507
 - als Unterscheidungsmerkmal 273–275
 - Rechtfertigung von Diskriminierungen 312 f., 317–320, 338, 341
- Sexuelle Identität 179, 195, 199 ff., 218–219
 - Abgrenzung zum Geschlecht 210 f.
 - Status versus Verhalten 219, 504
- Simmenthal II-Urteil 143, 157, 159–160, 162, 164, 396, 442, 508
- Sozialstaatsprinzip
 - als Erklärungsansatz für Diskriminierungsverbote 36
- Stereotype 187, 207, 225, 237, 257, 298, 301, 304, 311, 313, 342, 368
- Stufenbau der Rechtsordnung 96 f.
- Subjektives Recht (s. Individualrechtsschutz)
- Systemkohärenz (s. Kohärenzprüfung)
- Teilzeitbeschäftigung 30, 67, 355, 462
- Tendenzschutz (s. Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften/Tendenzschutz)
- Thüsing, Gregor 209, 215, 219, 247, 248, 282, 284, 285, 286, 311, 319, 327, 333, 366, 398
- Ungleichbehandlung (s.a. Diskriminierung) 3, 5, 9, 13, 17 f., 32–34, 36 ff., 49 f., 62, 66, 77, 79, 99, 104, 118, 123, 125, 151, 181 f., 190, 194 f., 200 f., 203, 210, 218, 220, 237, 241, 247, 254, 265–267, 275, 277, 279 f., 287 f., 290 f., 294 f., 298, 304 f., 317 f., 320, 321 ff., 328 ff., 339, 342 ff., 355, 359 f., 364 f., 371, 423, 457, 476, 481, 484, 488, 493 f., 498 ff., 502, 504, 506, 511
 - administrative 77
 - legislative 157, 170–172, 197
- Unmittelbare Diskriminierung, Verbot 190, 248–353, 354, 358, 360, 440, 465, 502 f., 506 f.
 - Anknüpfungsverbot 251–262
 - Normbezug 283–292
 - Rechtfertigung 293–353
- Unionsbürgerschaft 55, 62
- Unionsrecht (s.a. Richtlinie, individuelle Rechtsposition)
 - Bindung der Mitgliedstaaten 84, 107 f., 116–125, 126, 128, 129–174, 406, 496 f., 499
 - Konformauslegung 140 ff., 175, 218, 235, 236, 325, 343, 352, 441, 446 f., 485, 496
 - Primärrecht 58 ff., 68, 72–91, 92, 101 ff., 110 ff., 113 ff., 125 ff., 130 ff., 140 ff., 150 ff., 162 ff., 165 ff., 173 f., 197, 235 f., 243, 319, 325, 346, 350, 380, 405, 442, 495 ff., 499, 505
 - Sekundärrecht 22, 51, 58 ff., 73, 77 f., 80, 91–96, 97 ff., 107 ff., 113 ff., 125 ff., 128, 134, 140, 151, 170 ff., 196 f., 235, 275, 287, 355, 378, 380, 461, 463, 467, 477, 496 f., 499
 - Unionstreue, Pflicht zur 173 f.
 - unmittelbare Wirkung 56, 74, 142–159, 160 f., 397, 497
- Unionstreue, Pflicht zur (s. Unionsrecht/Unionstreue)
- Unterscheidungsmerkmale, verbotene (s.a. Alter, Behinderung, Geschlecht, Rasse und ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung, sexuelle Identität) 4, 20, 23, 29, 37, 42, 46, 49 f., 59–61, 63–70, 74, 77, 80 f., 86, 91 f., 95, 119, 134, 147, 156, 166, 168, 178–182, 184, 189 f., 194–221, 222, 233, 243, 245, 274 f., 293, 297, 345, 348 ff., 390–394, 461, 469, 481, 503 f.
 - askriptive 499

- asymmetrische 198 f.
- Hierarchie 199–201
- symmetrische 198 f., 221
- Tendenzschutz 322 ff.
- Test Achats-Urteil 68 f., 110–113, 115, 121 ff., 167, 171, 345–349, 496
- Transsexualität (s. Geschlecht)
- Ubi ius, ibi remedium (s. Individualrechtsschutz/ubi ius, ibi remedium)
- Unternehmerfreiheit 78
- Van Gend en Loos-Urteil 142–146, 380 f.
- Von Colson-Urteil 141, 147, 378–386, 387 ff., 393, 395, 400 f., 415 f., 427, 429, 445 f.
- Vergleichsbarkeitstest, situativer 275–283
- Vergleichsperson 36, 250, 263–292, 470, 512
 - abstrakte 266 ff., 272, 275–277
 - Beweis (siehe Auskunftsanspruch)
 - Erforderlichkeit 273
 - hypothetische 267 ff., 286, 503
 - konkrete 263–276, 285, 503
 - und verbotenes Merkmal 273–275
- Vergleichspersonenkonzept (s.a. Vergleichbarkeitstest, Vergleichsperson) 263–292, 361 f., 468–470, 476, 478, 480, 481–484, 486–488, 502, 512
 - Begriff 263
 - materiell-rechtliches 270–272
 - prozessuales 266 f.
- Verhältnismäßigkeit 66, 190, 280, 295 ff., 313 ff., 343 ff., 352 f., 359, 395, 401, 505
 - Abwägung (praktische Konkordanz) 5, 28, 78, 178, 189, 221, 226, 244, 295 f., 298, 350, 404, 436, 495, 498
 - als Voraussetzung der Rechtfertigung von Diskriminierungen 343–345, 352 f., 368
 - Erforderlichkeit 304
 - Geeignetheit 123, 368 f.
 - legitimes Ziel 329 ff., 343, 464
 - Versicherung 14 f., 68, 88, 94, 111, 171, 182, 244, 246, 338, 340, 345 ff., 505
 - Ersatzkriterium (proxy) 68, 123–125, 348
 - Tarifikalkulation 111, 123–125, 345 ff., 505
 - zivilrechtliches Diskriminierungsverbot 185, 242–244
- Versicherungsmathematische Faktoren (s. Versicherung/Tarifikalkulation)
- Vertikalwirkung (s. Richtlinie)
- Vertrag von Amsterdam 4, 58, 80 f., 324
- Vertrag von Lissabon 49, 55, 59, 76, 102, 117, 324
- Vertragsfreiheit 1 ff., 28, 31 ff., 36 f., 78, 206, 493 f.
 - Abschlussfreiheit 2 f., 31, 37 f., 78
 - Inhaltsfreiheit 1, 31, 78
 - Materialisierung 1, 31, 38
- Wagner, Gerhard 422–424
- Weltanschauung
 - Begriff 216–218
 - politische Überzeugung 217–218, 243
- Wolf-Urteil 298 ff., 337 f., 348 f., 505