

GABRIELE BRITZ

Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung

Mohr Siebeck

Gabriele Britz

Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung



Gabriele Britz

Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung

Verfassungsrechtliche Grenzen
statistischer Diskriminierung

Mohr Siebeck

Gabriele Britz; geboren 1968; Studium der Rechtswissenschaft; 1993 Promotion; 2000 Habilitation; seit 2001 Professorin für Öffentliches Recht an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

ISBN 978-3-16-149620-2

eISBN 978-3-16-166857-9 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Baskerville gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Dieses Buch ist das Ergebnis meiner mehrjährigen Befassung mit statistischer Diskriminierung. Dabei habe ich vielfältige Unterstützung und wichtige Anregungen durch meine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erfahren. Namentlich danken möchte ich Nadine Bottke, Ssoufian Bouchouaf, Martina Knapp, Marie Moos und Bettina Roth. Mein besonderer Dank gilt Andrea Diehl, die Entwürfe kritisch gelesen hat, sowie last but not least Tobias Richter, der mir beständig ein überaus hilfreicher Diskussionspartner war. Die Untersuchung ist im Rahmen des Forschungsprojekts „Statistische Diskriminierung als Rechtsproblem“ entstanden, das von der Deutschen Forschungsgemeinschaft großzügig gefördert wurde; auch dafür danke ich sehr. Schließlich bedanke ich mich wiederum beim Verlag Mohr Siebeck, insbesondere bei Herrn Dr. Franz-Peter Gillig, für die gute verlegerische Betreuung.

Gießen und Frankfurt, Februar 2008

Gabriele Britz

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

Einleitung

Der Untersuchungsgegenstand

A. „Generalisierungsunrecht“	2
B. Die statistische Dimension von Ungleichbehandlungen	5
I. Direkt personengerichtete Gründe für Ungleichbehandlungen	5
II. Statistische Gründe für Ungleichbehandlungen	8
C. „Statistische Diskriminierung“ als ökonomisches Phänomen und als Rechtsproblem	9
D. „Einzelfallgerechtigkeit“	11
E. Gang der Untersuchung	14

1. Teil

Beschreibung, Einordnung und Abgrenzung statistischer Diskriminierung

A. Ökonomische Theorie der statistischen Diskriminierung	15
I. Theoretische Unterscheidung zwischen statistischer Diskriminierung und „Taste Discrimination“	15
II. Überschneidungen zwischen statistischer Diskriminierung und „Taste Discrimination“	18
B. Statistische Diskriminierung und präferenzbedingte Diskriminierung im normativen Grobvergleich	22
C. Rechtsdogmatische Grobverortung: Statistik als potenzielle Rechtfertigung von Diskriminierung	29

D. Abgrenzung zu verwandten Diskussionen	36
I. Abgrenzung zur Typisierungsdogmatik	36
1. Typisierung bei Rechtsetzung und Rechtsanwendung ..	37
a. Typisierende Rechtsetzung	37
aa. Anlass und Gestalt typisierender Rechtsetzung	37
bb. Verfassungsrechtliche Beurteilung typisierender Rechtsetzung	40
b. Typisierende Rechtsanwendung	42
aa. Anlass und Gestalt typisierender Rechtsanwendung ..	42
bb. Verfassungsrechtliche Beurteilung typisierender Rechtsanwendung	44
2. Grundsätzliche Übertragbarkeit der normativen Bewertung	45
3. Unterschiede zwischen Typisierung und statistischer Diskriminierung	45
a. Prognosecharakter	46
b. Typisierungsmerkmal	47
c. Typisierungssubjekt	48
4. Zwischenergebnis	50
II. Abgrenzung zur mittelbaren und unmittelbaren Diskriminierung	51
1. Die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung	51
2. Einordnung statistischer Diskriminierung	54
3. Zur Renaissance unmittelbarer Diskriminierung	58
4. Zwischenergebnis	60
III. Abgrenzung zu sonstigen Formen und Zielen des Diskriminierungsschutzes	60
1. Beschränkung auf differenzierende Maßnahmen	60
2. Keine Erfassung spezifischer „Differenzforderungen“ ..	62
3. Multifunktionalität von Diskriminierungsverboten	63
E. Regelungen über statistische Diskriminierung de constitutione und de lege lata	64
I. Grundgesetz	64
II. Einfaches Recht und europäisches Sekundärrecht	65
1. § 20 I AGG	65
2. § 20 II AGG, Art. 5 II RL 2004/113/EG	66

3. § 8 I AGG, Art. 4 RL 2000/43/EG, Art. 4 I RL 2000/78/EG	68
4. § 10 AGG, Art. 6 RL 2000/78/EG	69
a. § 10 S. 3 Nr. 2 AGG, Art. 6 I 2 lit. b RL 2000/78/EG	69
b. § 10 S. 3 Nr. 4 AGG, Art. 6 II RL 2000/78/EG	70
c. Rechtfertigungsgründe ohne Bezug zur statistischen Diskriminierung	71
d. Rechtfertigungsgründe mit mittelbarem Bezug zur statistischen Diskriminierung	71
III. Zwischenergebnis	72
F. Ergebnis	73

2. Teil

Die problematischen Effekte statistischer Diskriminierung

A. Credit-Scoring	75
I. Bedeutung von Statistiken	76
II. Vorbehalte gegen statistische Entscheidung	79
1. Negative Effekte im Einzelfall unzutreffender Prognose	79
a. Gleichheit	81
b. Persönlichkeit	83
c. Folgebelange	85
2. Negative Effekte (trotz) „richtiger“ Differenzierung	86
B. Beschäftigungsverhältnis	88
I. Bedeutung von Statistiken	88
II. Vorbehalte gegen statistische Entscheidung	91
1. Negative Effekte im Einzelfall unzutreffender Prognose	92
a. Gleichheit	93
b. Persönlichkeit	94
c. Folgebelange	94
2. Negative Effekte (trotz) „richtiger“ Differenzierung	95
C. Versicherungsschutz	97
I. Bedeutung von Statistiken	97

II. Vorbehalte gegen statistische Entscheidung bei Kfz-Haftpflichtversicherung	101
1. Negative Effekte im Einzelfall unzutreffender	
Prognose	101
a. Gleichheit	101
b. Personalität	103
c. Folgebelange	104
2. Negative Effekte (trotz) „richtiger“ Differenzierung	104
III. Vorbehalte gegen statistische Entscheidung bei privater Altersvorsorge	106
1. Negative Effekte im Einzelfall unzutreffender	
Prognose	106
a. Gleichheit	106
b. Personalität	108
c. Folgebelange	108
2. Negative Effekte (trotz) „richtiger“ Differenzierung	108
IV. Vorbehalte gegen statistische Entscheidung bei privater Krankenversicherung	110
1. Negative Effekte im Einzelfall unzutreffender	
Prognose	110
a. Gleichheit	110
b. Personalität	112
c. Folgebelange	112
2. Negative Effekte (trotz) „richtiger“ Differenzierung	112
D. Altersdiskriminierung	113
I. Bedeutung von Statistiken	113
1. Allgemeine Höchstaltersgrenzen	113
2. Altersdiskriminierung bezüglich konkreter Arbeitsverhältnisse	114
II. Vorbehalte gegen statistische Entscheidung anhand des Alters	115
1. Negative Effekte im Einzelfall unzutreffender Prognose	115
a. Gleichheit	116
b. Personalität	117

aa. Allgemeine Höchstaltersgrenzen	117
bb. Altersdiskriminierung bezüglich konkreter Arbeitsverhältnisse	118
c. Folgebelange	119
2. Negative Effekte (trotz „richtiger“ Differenzierung	120
E. Systematisierung: Drei Wirkungsebenen statistischer Diskriminierung	120
I. Benachteiligung aufgrund statistischer Fehlannahmen ...	120
1. Verschiedene Arten statistischer Fehlannahmen	121
a. Anwendungsfehler	121
b. Unpräzise Erfassung des statistischen Zusammenhangs	121
c. Statistikimmanenter Fehler	122
2. Verschiedene Effekte statistischer Fehlannahmen	123
a. Gleichheit	123
b. Persönlichkeit	123
aa. Falschzuschreibung negativer Eigenschaft	124
bb. Verhinderung von Selbstdarstellung	124
c. Folgebelange	125
3. Verstärkung der Effekte statistischer Fehlannahmen bei „klassischen“ Diskriminierungsmerkmalen	125
a. Individueller Nachteil	126
b. Gruppeneffekte	127
II. Gruppenzugehörigkeitsbedingte Benachteiligung ohne spezifisch statistische Effekte	127
1. Kompensationsgedanke	128
2. Ermächtigungsgedanke	128
3. Verhinderung expandierender Stereotypisierung	129
4. Konstellationsspezifische Aspekte	129
III. Sachlich unangemessene Benachteiligung ohne spezifisch statistische oder gruppenzugehörigkeitsbedingte Effekte ..	130
IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	131
F. Ergebnis: Einzelfallgerechtigkeit als spezifisches Problem statistischer Diskriminierung	133

3. Teil

Die verfassungsrechtlichen Grenzen
statistischer Diskriminierung

A. Gleichheit	138
I. Gleichheitsgrundrechte als Ausgangspunkt	138
II. Art. 3 III GG	140
1. Anwendbarkeit auf statistische Diskriminierung	140
2. Anwendbarkeit auf statistische Diskriminierung in Privatrechtsverhältnissen	142
III. Art. 3 I GG	148
1. Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte ..	148
2. Rechtfertigung nach der sogenannten neuen Formel ..	149
IV. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	151
1. Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Privatrechtsverhältnissen	151
a. Unterscheidung zwischen klassischer Verhältnismäßigkeit und „Angemessenheits- Verhältnismäßigkeit“	152
b. Einwand der fehlenden Zweckbeziehung	153
c. Einwand bloßer Missbrauchskontrolle statt Abwägung	155
d. Zwischenergebnis	156
2. Legitimer Zweck	156
3. Eignung	160
4. Erforderlichkeit	162
5. Angemessenheit	164
a. Abwägungserfordernis	164
b. Erste Abwägungsgesichtspunkte	167
aa. Intrinsischer Wert von Gleichheit	168
bb. Handlungsalternativen	170
cc. In Kauf genommene Streubreite	171
dd. Prozedurale Anforderungen an Prognoserichtigkeit ..	172
(1.) Prognose durch den Gesetzgeber	172
(2.) Prognose durch Private	175
c. Zwischenergebnis	177
V. Ergebnis: Notwendigkeit zusätzlicher materieller Kriterien	178

B. Persönlichkeitsschutz	179
I. Recht auf Selbstdarstellung als anschlussfähiger Ansatz grundrechtlichen Schutzes gegen Fremdbilder	180
1. Grundsätzliche Anerkennung des ungeschriebenen Rechts auf Selbstdarstellung	180
2. Konkretisierung des Rechts auf Selbstdarstellung durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	181
3. Übereinstimmungen zwischen Datenverarbeitung und statistischer Diskriminierung	183
a. Konstruktionseffekt: umfassende und/oder falsche Fremdbilder	183
b. Konstruktionsvorgang: Automatismus	184
c. Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Bewertung statistischer Diskriminierung	187
II. Verankerung des Rechts auf Selbstdarstellung im Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit	187
1. Selbstdarstellung und äußere Entfaltungsfreiheit	188
2. Selbstdarstellung und innere Entfaltungsfreiheit	191
3. Zwischenergebnis	195
III. Recht auf Selbstdarstellung und Diskriminierungsverbot ..	195
1. Diskriminierungsverbot als normative Festlegung unzulässiger Fremdbilder	195
2. Diskriminierungsverbot als prozedurales Instrument des Schutzes vor Fremdbildern	200
3. Freie Entfaltung der Persönlichkeit als Zweck des Verbots statistischer Diskriminierung	202
IV. Grundrechtsdogmatische Konsequenzen	202
1. Konkurrenz zwischen Art. 2 I GG und Art. 3 GG	203
2. Mittelbare Drittwirkung von Art. 3 GG	205
V. Ergebnis	207
C. Schutz vor „Entbehrungen“	209
D. Verfassungsrechtliche Relevanz von Akkumulationseffekten ..	211
E. Ergebnis	212
F. Ausblick	218

Literaturverzeichnis	221
Register	233

Einleitung

Der Untersuchungsgegenstand

Warum würden viele Arbeitgeber lieber Männer als Frauen, lieber Menschen ohne als mit Behinderung und lieber Deutsche als Ausländer einstellen? Warum stellen viele Arbeitgeber ungern Personen ein, die älter als 50 Jahre sind? Warum erhalten Frauen im Schnitt weniger Lohn als Männer? Warum dürfen Personen, die eine bestimmte Altersgrenze überschritten haben, im Gegensatz zu ihren jüngeren Kolleginnen und Kollegen nicht mehr als Schornsteinfeger, Pilot, Hebamme, Universitätsprofessorin, Oberbürgermeister oder Vertragsärztin tätig sein? Warum zahlen Frauen in der privaten Krankenversicherung höhere Prämien als Männer? Warum zahlen in der Kfz-Haftpflichtversicherung jüngere Versicherungsnehmer höhere Prämien als ältere und Männer höhere als Frauen? Warum vermieten manche Wohnungseigentümer lieber an Deutsche als an Ausländer oder lieber an Heterosexuelle als an Homosexuelle? Warum lassen Türsteher in Diskotheken eher Deutsche als Ausländer ein? Warum verweigert ein Restaurantbetreiber einer Frau mit Behinderung den Service? Warum erhalten in den USA Schwarze weniger leicht einen Bankkredit als Weiße und Frauen relativ betrachtet seltener als Männer? Warum sind die Kreditkosten für manche Personen höher als für andere? Warum kann der Familiennachzug von ausländischen Kindern über zwölf Jahren von Integrationskriterien abhängig gemacht werden, wohingegen jüngere Kinder ohne weiteres zu ihren Eltern nachziehen dürfen?¹ Warum also werden bestimmte – durch ein personenbezogenes Merkmal gekennzeichnete – Personengruppen im Vergleich zu anderen benachteiligt? Aufgrund jüngster Rechtsentwicklungen hat die Frage nach dem Grund von Benachteiligungen

¹ EuGH, Urteil v. 27.6.2006 – C-540/03. Die weiteren im Text genannten Konstellationen werden später näher angesprochen.

rechtlich erheblich an Bedeutung gewonnen (s. u., S. 29 ff.). Dabei zeigt sich, dass die Benachteiligung bestimmter Personengruppen auf vielfältige Gründe zurückzuführen ist (s. u., S. 5 ff.). Die folgende Untersuchung handelt von solchen Benachteiligungen, die nicht direkt auf die betroffene Personengruppe zielen, sondern vielmehr auf eine bestimmte Eigenschaft, die gerade bei Mitgliedern dieser Gruppe mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartet wird. Wird beispielsweise eine Höchstaltersgrenze für gewerbsmäßig fliegende Piloten von 65 Jahren in der Annahme gesetzt, dass viele Piloten ab 65 Jahren nicht mehr über die erforderliche körperliche Leistungsfähigkeit verfügen, knüpft die Unterscheidung zwischen 65jährigen und Jüngeren zwar an das Alter an, zielt jedoch in Wirklichkeit nur auf Piloten, deren Leistungsfähigkeit verringert ist, und eben nicht auf Piloten einer bestimmten Altersgruppe. Grund der Ungleichbehandlung ist die der Unterscheidung generalisierend zugrunde gelegte Annahme, es bestehe ein Zusammenhang zwischen dem Alter eines Piloten und seiner Leistungsfähigkeit.

A. „Generalisierungsunrecht“

Generalisierende Unterscheidungen werfen besondere Gleichheitsprobleme auf: Werden sie anhand personenbezogener Merkmale getroffen, so ist bereits die Differenzierung zwischen Merkmalsträgern und Nicht-Merkmalsträgern (etwa zwischen Piloten ab bzw. unter 65 Jahren) eine Ungleichbehandlung. Mit dieser Ungleichbehandlung geht ein problematischer Differenzierungsverzicht einher, der seinerseits eine spezifische Ungleichbehandlung bewirkt: Folgt eine generalisierende Unterscheidung einem personenbezogenen Merkmal, werden die Gruppe der Merkmalsträger und die Gruppe der Nicht-Merkmalsträger jeweils als homogen behandelt. Solche Entscheidungen setzen sich über die Besonderheiten des Einzelfalls hinweg und beziehen anhand eines mehr oder weniger typisierungstauglichen Unterscheidungsmerkmals Konstellationen ein, die nach dem Unterscheidungszweck im engeren Sinne nicht einbezogen werden sollten. So erfasst etwa die auf körperliche Leistungsdefizite abzielende Höchstaltersgrenze für Piloten auch solche Personen, die zwar die Altersgrenze erreicht haben, aber körper-

lich noch hinreichend leistungsfähig wären. Weil die Besonderheiten des Einzelfalls innerhalb der Gruppen außer Acht gelassen werden, führt dies zu einer spezifischen Ungleichbehandlung im Verhältnis zwischen atypischen Merkmalsträgern einerseits und Nicht-Merkmalsträgern andererseits. So wird etwa ein körperlich vollständig leistungsfähiger Pilot jenseits der Altersgrenze durch die generalisierende Höchstalterregelung im Verhältnis zum vollständig leistungsfähigen Pilot dieser Altersgrenze benachteiligt; er wird zum „Generalisierungsopfer“. Gerade in den Fällen der Altersdiskriminierung beruht die Differenzierung – anders als etwa eine Benachteiligung wegen der politischen Anschauung, des Glaubens oder auch wegen geschlechtsspezifischer Rollenverständnisse² – in aller Regel darauf, dass aufgrund persönlicher Merkmale generalisierende Annahmen über eine Person gemacht werden, die im Einzelfall nicht unbedingt zutreffen. Das spezifische Gleichheitsproblem des atypischen Falls lässt sich darum als „Generalisierungsunrecht“ begreifen.

In den letzten Jahren scheint die Skepsis gegenüber dem Generalisierungsunrecht stereotypbedingter Gruppenunterscheidungen zugenommen zu haben. Davon zeugt nicht zuletzt die Einbeziehung gerade von Altersdiskriminierung in das neuere europäische³ und deutsche⁴ Diskriminierungsschutzrecht. Worin diese Bedenken ihre tieferen Gründe haben und woher sie ihre verfassungsrechtliche Berechtigung nehmen, sind die zentralen Fragen dieser Untersuchung. Im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Überlegungen stehen die Gleichheitsgrundrechte, insbesondere die Diskriminierungsverbote, zu deren Schutzzielpräzisierung die Untersuchung beitragen will (s. u., S. 195 ff.). Die verfassungsrechtliche Einordnung von Generalisierungs-

² Zwischen politischer Anschauung einerseits und Alter andererseits steht das durch § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (AGG) neu ins deutsche Diskriminierungsschutzrecht eingeführte Merkmal der „sexuellen Identität“, das etwa im Versicherungsbereich für generalisierende Annahmen herangezogen wird, das aber im Übrigen vor allem direkte Benachteiligungen provoziert, s. zu dieser Unterscheidung gleich unten, S. 5 ff.

³ S. Art. 1 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG).

⁴ S. § 1 AGG.

unrecht ist auch praktisch relevant: Durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) wurden die Möglichkeiten, staatliche und private Entscheidungen über Personen aufgrund bestimmter, weit verbreiteter, stereotyper Generalisierungen und damit unter Außerachtlassung der atypischen Umstände des Einzelfalls zu treffen, *prima facie* beschnitten: Die neuen Benachteiligungsverbote verhindern Einzelfallungerechtigkeit insofern, als sie die Differenzierung nach besonders generalisierungsanfälligen Merkmalen allgemein unterbinden und damit automatisch auch eine Benachteiligung jener Untergruppe atypischer Fälle verhindern. Allerdings stehen die Benachteiligungsverbote des AGG unter dem Vorbehalt recht offen formulierter Ausnahmegesetze. Diese Ausnahmegesetze bedürfen der Konkretisierung. Die genauere verfassungsrechtliche Einordnung von Generalisierungsungerechtigkeit kann hierfür Anhaltspunkte liefern, weil sich so verfassungsrechtliche Gehalte der Benachteiligungsverbote bestimmen lassen, die mittelbar auch die Zulässigkeit von Ausnahmen von diesen Verboten steuern. Die verfassungsrechtliche Analyse von Generalisierungsungerechtigkeit dient damit in rechtspraktischer Hinsicht der Interpretation diskriminierungsschutzrechtlicher Ausnahmetatbestände.

Die hier interessierenden Ungleichbehandlungskonstellationen sind noch nicht abschließend untersucht. Zwar wird über die verfassungsrechtlichen Implikationen von Typisierung bereits seit mehreren Jahrzehnten diskutiert. Das Spannungsverhältnis zwischen Typisierungsbedürfnissen und Einzelfallgerechtigkeit ist ein klassisches Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, an dessen praktischer Lösung sich vor allem der Steuergesetzgeber und die Steuerverwaltung unter kritischer Begleitung der Verfassungsrechtswissenschaft kontinuierlich versuchen.⁵ An die Erkenntnisse dieser Typisierungsdiskussion können die folgenden Überlegungen anknüpfen (s. u., S. 36 ff.), sie beantworten die Fragen der hier thematisierten diskriminierungsschutzrechtlichen Typisierungsproblematik jedoch nicht vollständig. Für die diskriminierungsschutzrecht-

⁵ S. zur Typisierung im Steuerrecht die monografischen Untersuchungen von *Isensee*, Die typisierende Verwaltung; *Arndt*, Praktikabilität und Effizienz; *Osterloh*, Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze. S. außerdem *Pernice*, Billigkeit und Härteklausein im öffentlichen Recht, 1991, S. 243 ff.; *Huster*, Rechte und Ziele, S. 245 ff.

liche Typisierungsproblematik sind zwei Aspekte wesentlich, die kaum Gegenstand der bisherigen Typisierungsdiskussion waren. Zum einen geht es um Konstellationen, in denen typisierende Entscheidungslinien gerade an *personenbezogenen* Merkmalen verlaufen. Der besonderen Relevanz personenbezogener Merkmale hat die bisherige Typisierungsdiskussion nicht allzu viel Aufmerksamkeit geschenkt. Zum anderen bezieht das neue Gleichbehandlungsrecht in bislang ungekanntem Maße typisierende Entscheidungen *Privater* ein, auf die die vor allem zum Steuerrecht entwickelte Typisierungsdogmatik nicht ohne weiteres übertragen werden kann.

B. Die statistische Dimension von Ungleichbehandlungen

Ökonomen bezeichnen das Phänomen des Generalisierungsunrechts als „statistische Diskriminierung“ (s. u., S. 15 ff.). Tatsächlich hat diese Form der Ungleichbehandlung eine statistische Komponente. Sie zeigt sich, wenn man die ganz unterschiedlichen Gründe, welche hinter einer Ungleichbehandlung stehen können, näher betrachtet.

I. *Direkt personengerichtete Gründe für Ungleichbehandlungen*

Zunächst ist ein Bündel verwandter Gründe auszumachen, bei denen es den Entscheidenden oder ihnen zuzurechnenden Dritten in positiver oder negativer Hinsicht „direkt um die Person geht“. Die Ungleichbehandlung zielt hier darauf ab, bei einer Entscheidung gerade die Angehörigen einer bestimmten Gruppe zu erfassen.

(1.) Die Ungleichbehandlung kann auf unmittelbare persönliche Abneigung gegen bestimmte Gruppen oder auf besondere Sympathie gegenüber anderen Gruppen zurückzuführen sein. So gibt es sicherlich Vermieter, die keine „Schwulen“ mögen, weil sie Heterosexualität für die einzig richtige Form der Geschlechtsbeziehung halten. Ähnlich ablehnenden Haltungen begegnen Menschen mit einer Behinderung. Denkbar ist auch, dass ein Arbeitgeber, ein Vermieter, ein Kreditsachbearbeiter oder der Türsteher einer Diskothek ausländerfeindlich

sind und darum mit einem ausländischen Interessenten nichts zu tun haben wollen.

(2.) Daneben sind Konstellationen vorstellbar, in denen persönliche Aversionen nur mittelbar eine Rolle spielen. So mag ein Türsteher, der Ausländern den Zutritt zur Diskothek verweigert, erklären, er selbst habe keine Abneigung gegen Ausländer, das Publikum lehne Ausländer jedoch ab. Ein Arbeitgeber mag darlegen, seine Geschäftspartner oder auch seine sonstige Belegschaft täten sich mit fremd wirkenden Arbeitnehmern oder auch mit weiblichen Beschäftigten schwer.⁶ Auch Reiseveranstalter oder Restaurantbetreiber haben sich in der Vergangenheit darauf berufen, ihre Kunden wollten nicht dem Anblick behinderter Menschen ausgesetzt sein. Dann ist also nicht die negative Haltung des Entscheidenden selbst gegenüber der betroffenen Personengruppe der Grund der Ungleichbehandlung, sondern die negative Haltung Dritter, deren Meinung für den Entscheider – häufig aus ökonomischen Gründen – von Bedeutung ist.

(3.) Vor allem gezielte Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern können auch auf gruppen-, hier also geschlechtsspezifische Rollenverständnisse zurückzuführen sein. So gibt es etwa die Vorstellung, dass bestimmte berufliche Tätigkeiten Frauen- oder Männersache seien, sodass sie zu einem Mann bzw. zu einer Frau nicht passen. Bewerber mit dem „unpassenden“ Geschlecht erhalten dann schwerer Zugang zu dieser Tätigkeit als die mit dem rollengemäßen Geschlecht.

(4.) Gewisse Ähnlichkeit zur sympathie- und antipathiegetragenen Ungleichbehandlung weisen auch gezielte (Um-)Verteilungsentscheidungen auf, wie sie vor allem, aber nicht nur, der Staat trifft. Freilich darf der Staat niemals aus Sympathie oder Antipathie Personengruppen unterschiedlich behandeln. Gleichwohl bevorzugt er unter Umständen

⁶ Zu Diskriminierungen infolge diskriminierender Kundenwünsche und Belegschaftswünsche *Adams*, Das Bürgerlich-rechtliche Benachteiligungsverbot gemäß § 612 III BGB, JZ 1991, 536; *Thüsing*, Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer – Zur Unverzichtbarkeit i. S. d. § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB, RdA 2001, 323 f.; *Thüsing*, Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote, RdA 2003, 257 ff.; s. auch *Hennig/Baer*, Europarecht als Chance, Streit 2002, 171. Ein Beispiel bildet auch die Frage, ob einer Verkäuferin, die sich entschließt, ein Kopftuch zu tragen, gekündigt werden kann, weil dies Kunden abschrecke, BVerfGE(K) 1, 308, 310 und 313. S. auch unten, S. 17.

die Angehörigen einer Gruppe zulasten einer anderen Gruppe, um auf diese Weise im weitesten Sinne Lebenschancen gerechter zu verteilen. So hat das Bundesverfassungsgericht eine (im konkreten Fall allerdings fragwürdige) Rechtfertigung der gesetzlichen Höchstaltersgrenze für Universitätsprofessoren darin gesehen, dass diese zum Zwecke der Nachwuchsförderung den Platz zugunsten jüngerer Wissenschaftler räumen sollten.⁷ Mit der – vom Bundesverfassungsgericht ebenfalls akzeptierten – Altersgrenze für die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung sollte (auch) sichergestellt werden, dass die vom Gesetzgeber für erforderlich gehaltene Beschränkung der Vertragsarztzahlen nicht nur zulasten der jüngeren Ärzte verwirklicht wird.⁸ Im Bereich der privaten Rechtsbeziehungen sind individual- und kollektivrechtliche Vereinbarungen zur Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters sowie altersbezogene Differenzierungen bei der Sozialauswahl anlässlich betriebsbedingter Kündigungen nach § 1 Kündigungsschutzgesetz zu nennen. Diese altersbezogenen Differenzierungen tragen letztlich den unterschiedlichen Chancen verschiedener Altersgruppen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung. Sie kompensieren damit die schlechten Chancen insbesondere älterer Arbeitnehmer und fungieren auf diese Weise ebenfalls als Umverteilungsmechanismen.⁹

Alle diese Konstellationen stimmen insofern überein, als durch eine differenzierende Maßnahme genau diejenigen Personen erfasst werden sollen, die ein bestimmtes Merkmal aufweisen. Gegen diese Formen der Ungleichbehandlung lassen sich viele (rechtliche) Einwände vorbringen. Sie bilden jedoch kein Generalisierungsunrecht im eingangs beschriebenen Sinne. Der Ungleichbehandlung liegt hier keine generalisierende Betrachtung zugrunde. Sie trifft vielmehr genau die Personen, die – aus welchen Gründen auch immer – gemeint sind.

⁷ BVerfGE 67, 1, 17f.; s. u., S. 23f.

⁸ BVerfG(K), NJW 1998, 1776, 1777.

⁹ Vgl. § 10 Satz 3 Nr. 6, 7, 8 AGG.

II. Statistische Gründe für Ungleichbehandlungen

Davon zu unterscheiden sind Konstellationen, in denen die Differenzierung nicht direkt auf die Personen einer bestimmten Gruppe, sondern vielmehr auf eine Eigenschaft zielt, die gerade bei den Angehörigen dieser Gruppe vermutet wird: Die Ungleichbehandlung kann auf „Erfahrungswissen“ über die Eigenschaften der Angehörigen bestimmter Gruppen beruhen. Wenn für eine Entscheidung eine bestimmte Eigenschaft einer Person ausschlaggebend ist und eine Vielzahl von Angehörigen einer Gruppe diese Eigenschaft erfahrungsgemäß aufweist, liegt es nahe, die Entscheidung anhand der Gruppenzugehörigkeit zu treffen. Wenn etwa zu entscheiden ist, welche Personen die körperlichen Fähigkeiten besitzen, die zur Ausübung der Pilotentätigkeit erforderlich sind, und wenn erfahrungsgemäß die Gruppe jener, die eine bestimmte Altersgrenze überschritten haben, über diese Fähigkeiten nicht mehr verfügt, wird diese Altersgruppe nicht zur Pilotentätigkeit zugelassen. Wenn ausländische Kinder unter zwölf Jahren erfahrungsgemäß leichter zu integrieren sind, kommen besondere Integrationskriterien nur beim Familiennachzug älterer Kinder zur Anwendung. Wenn statistisch gesehen jüngere Autofahrer häufiger Unfälle verursachen, zahlt diese Gruppe von Autofahrern eine höhere Versicherungsprämie. Wenn Arbeitnehmerinnen (mutterschaftsbedingt) statistisch gesehen rascher wieder aus dem Betrieb ausscheiden, mag dies gegen die Einstellung einer Frau sprechen. Wenn das Ausfallrisiko schwarzer statistisch gesehen höher ist als das weißer Kreditnehmer, wird einem Weißen eher Kredit gewährt.

In all diesen Fällen liegen der Differenzierung statistische Annahmen und vermeintliches Erfahrungswissen zugrunde, die an ein bestimmtes Merkmal anknüpfen. Weil innerhalb der Merkmalsgruppe nicht weiter differenziert wird, werden auch atypische Fälle erfasst und es kommt zur eingangs als Generalisierungsunrecht beschriebenen Ungleichbehandlung zwischen atypischen Merkmalsträgern auf der einen Seite und Nicht-Merkmalsträgern auf der anderen Seite.

C. „Statistische Diskriminierung“ als ökonomisches Phänomen und als Rechtsproblem

Im Zentrum dieser Untersuchung stehen die Differenzierungen des zweiten Typs, die nicht direkt auf die Personen einer Gruppe, sondern auf die bei diesen Personen vermuteten Eigenschaften abzielen. Weil in diesen Konstellationen auf „statistische Erfahrungswerte“ zurückgegriffen wird, soll dies, dem ökonomischen Sprachgebrauch folgend (s. u., S. 15 ff.), als „statistische Diskriminierung“ bezeichnet werden.

Statistische Diskriminierung soll für die Zwecke dieser Untersuchung durch vier Elemente gekennzeichnet sein:

- Erstens liegt eine *differenzierende Behandlung* in dem Sinne vor, dass jemand eine Person oder Personengruppe im Vergleich zu einer anderen Person oder Personengruppe benachteiligt oder bevorzugt.
- Zweitens erfolgt die Differenzierung anhand eines *personenbezogenen Merkmals*. Beispiele sind das Alter, das Geschlecht, die Nationalität oder die sexuelle Identität einer Person.
- Drittens wird dieses personenbezogene Merkmal gerade deshalb als Entscheidungskriterium herangezogen, weil es in einem (vermeintlichen) *statistischen Zusammenhang* zu einer anderen Eigenschaft der Person steht.
- Viertens ist nicht das personenbezogene Merkmal, sondern die damit in statistischem Zusammenhang stehende Eigenschaft das eigentliche Ziel der Differenzierung. Das personenbezogene Merkmal fungiert somit als *Stellvertretermerkmal* des tatsächlich entscheidungsrelevanten *Hauptmerkmals*.

Die Besonderheit statistischer Diskriminierung im Vergleich zu den Formen „klassischer Diskriminierung“¹⁰ durch personenbezogene Differenzierung liegt also im Diskriminierungsgrund, nämlich in der Annahme, dass es einen statistischen Zusammenhang zwischen dem personenbezogenen Merkmal und einer anderen Eigenschaft gebe.

¹⁰ Die (verbreitete) Bezeichnung als *klassische* Diskriminierung findet sich etwa bei Sacksófsky, Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, in: Bußmann/Hof (Hg.), S. 420.

Statistische Diskriminierung ist weder ein neues Phänomen noch ein neuer Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung. Bislang beschränkte sich die systematische wissenschaftliche Befassung mit statistischer Diskriminierung jedoch im Wesentlichen auf ökonomische Fragestellungen. Obwohl Rechtswissenschaft, Rechtspraxis und mittlerweile auch die Gesetzgebung in vielen Ländern seit mehreren Jahrzehnten um die richtige Einordnung und Bewertung verschiedener Formen der Diskriminierung ringen, ist die statistische Diskriminierung bislang kaum thematisiert worden.¹¹ Bis in die Gesetzessprache ist mittlerweile etwa die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung vorgedrungen (s. u.). Auch umgekehrte Diskriminierung oder positive Diskriminierung sind mittlerweile geläufige Bezeichnungen; nicht aber die statistische Diskriminierung.

Tatsächlich bestand bisher wenig Anlass, sich mit statistischer Diskriminierung unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten zu befassen. Das Charakteristische an statistischer Diskriminierung ist, wie gesagt, deren Grund; die Diskriminierung beruht auf einer statistischen Annahme. Für Diskriminierungsgründe hat sich das Recht jedoch kaum interessiert. Grob gesagt war *staatliche* Diskriminierung nach deutschem Recht – unabhängig vom Grund – ohnehin verboten; *private* Diskriminierung war – unabhängig vom Grund – ohnehin zulässig. Auf den Diskriminierungsgrund kam es also in beiden Fällen nicht an. Dies hat sich – wie noch genauer zu zeigen ist (s. S. 29 ff.) – vor allem durch die Einführung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote durch das AGG grundlegend verändert. Wo ehemals lediglich punktuelle Diskriminierungsverbote für Extremsituationen bestanden, erfassen nun Diskriminierungsverbote weite Bereiche des privaten Schuldvertragsrechts. Freilich bestehen potenziell ähnlich weit reichende Möglichkeiten, hiervon wieder eine Ausnahme zu machen. Bei der Anwendung der Ausnahmeregelungen kann es sehr wohl eine Rolle spielen, welchen Hintergrund eine Ungleichbehandlung hat; es kommt nun also auf den Grund der Diskriminierung an. Statistische Diskriminierung bildet

¹¹ S. aber *Dammann*, Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, S. 102 ff., 248 ff.; *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, S. 69, 154 f.

Register

- Abwägung
 - Kritik an der Abwägungs-
dogmatik 164 ff.
 - Abwägung bei statistischer Dis-
kriminierung 151, 167 ff.
- Akkumulation von Stereotypisierung
und Benachteiligung 125 ff., 197,
211 f.
- Allgemeines Gleichbehandlungs-
gesetz (AGG) 32 ff., 65 ff., 153,
215 f., 219
- allgemeines Persönlichkeitsrecht
180 ff., 203
- Altersdiskriminierung 31 f., 69 ff.,
113 ff., 148 ff., 174 f.
- Altersvorsorge 106 ff.
- Anerkennungsansprüche 203
- Angemessenheit (Verhältnismäßig-
keit i. e. S.) statistischer Ent-
scheidung 164 ff., 170 f.
- Angemessenheits-Verhältnismäßig-
keit 152 f.
- Anhörungspflichten 190
- Ausgestaltungsspielraum bei mittel-
barer Grundrechtsdrittwirkung
147 ff.
- Ausgleich der Realisierung
statistischer Risiken 219 f.
- Ausgrenzung
 - Schutz vor Ausgrenzung als Ziel
von Diskriminierungsverboten
63, 203
- automatische Datenverarbeitung –
Vergleich mit Diskriminierung
183 ff.
- Beobachtungspflicht 173, 176
- Berufs- und Gewerbebefreiheit 50,
119, 156 ff., 210
- Beschäftigungsverhältnis 68 f., 88 ff.,
186 f.
- biologische Differenzen im
Geschlechterverhältnis 97
- Consumer preference 6
- Credit-Scoring 75 ff., 185 f.
- Datenschutz 181 ff.
- Darlegungspflichten bzgl. Daten-
grundlage einer statistischen
Annahme 175
- Differenzforderungen 62 ff.
- Diskriminierungsverbote
 - als Instrument der Selbst-
darstellung 190 ff.
 - als Instrument des Schutzes gegen
Fremdbilder 200 ff.
 - im Grundgesetz 64, 140 ff.,
195 ff., 202 ff.
- Drittwirkung von (Gleichheits-)
Grundrechten 64, 142 ff., 205
- Effektivität der Entscheidungs-
findung 49
- Einzelfallgerechtigkeit 11 ff., 134 ff.,
217 f.
 - ergebnisbezogene Einzelfall-
gerechtigkeit 217
 - prozeduraler Aspekt von Einzel-
fallgerechtigkeit 217 f.
- Entfaltungsfreiheit 187 ff.

- äußere Entfaltungsfreiheit 188 ff.
- innere Entfaltungsfreiheit 191 ff.
- Entscheidungsvereinfachung 49
- Erforderlichkeit statistischer Entscheidung 162 ff., 170 f.
- Ermächtigungsgedanke 128 f.
- expandierende Stereotypisierung 129

- Fehlerhafte statistische Annahmen 121 ff.
 - Anwendungsfehler 121, 160
 - statistikimmanenter Fehler 122 f.
 - unpräzise Erfassung eines statistischen Zusammenhangs 121 f.
- flankierender Freiheitsschutz 210
- formale Gleichheit 61
- Fremdbilder 179 ff.
 - Festlegung unzulässiger Fremdbilder durch Diskriminierungsverbote 195 ff.
 - grundrechtlicher Schutz gegen Fremdbilder 180 ff., 200 ff.
- freie Entfaltung der Persönlichkeit s. Entfaltungsfreiheit

- Generalisierungsunrecht 2 ff., 63
- genetische Informationen 112, 163
- gesetzgeberischer Ausgestaltungsspielraum 147 f.
- Gegenbeweismöglichkeit 163
- Gleichbehandlung als Ziel an sich 63, 168 ff.
- Gleichheitsgedanke in Privatrechtsverhältnissen 146 f., 169, 205
- Gründe für Ungleichbehandlungen 29 ff.
- Grundrechtskollision 165
- Gruppeneffekte statistischer Diskriminierung 93 f., 127

- Härtefall 12
- Handlungsalternativen
 - als Erforderlichkeitsaspekt 170
 - als Angemessenheitsaspekt 170 f.
- Handlungsfreiheit 188 ff.
- Handlungsspielraum des Individuums 188 ff.
- Hauptmerkmal 9
- Höchstaltersgrenzen 113 ff., 117 ff.

- Identität – Selbstbestimmtheit 191 ff.
- informationelle Selbstbestimmung 181 ff.
- Informationsdefizit und Informationsgewinnung 17 f., 158 ff.
- interaktiver Charakter der Persönlichkeitsentfaltung 191 ff., 206
- intrinsischer Wert von Gleichheit 63, 168 ff.

- Kausalität zwischen Stellvertreter- und Hauptmerkmal 82, 102, 110 f.
- Kfz-Haftpflichtversicherung 56, 101 ff.
- klinisches Scoring 75, 131
- kommunikativer Charakter von Persönlichkeitskonstituierung 182 f., 185 f., 191 ff.
- Kompensationsgedanke 128
- Konstruktion von Persönlichkeit 83 ff., 94, 179 f., 183 ff.
- Kontextabhängigkeit der Zuschreibungseffekte 124, 132 f., 207
- Krankenversicherung 110
- Kreditwürdigkeitsprüfung 75 ff.
- Kundenwünsche 6

- Lebensdauer, Lebenserwartung von Frauen und Männern 108 ff.
- Lohndifferenzen 88 ff.

- Massengeschäfte 28
- Methode der Gewinnung statistischer Annahmen 175 f.

Mutterschaft 89 ff., 112
mittelbare Diskriminierung 51 ff.
mittelbare Drittwirkung von (Gleichheits-)Grundrechten 143 ff., 205 ff.
mittelbare statistische Diskriminierung 54 ff.

Negative Eigenschaft 124
neue Formel 31, 48, 139, 149 ff., 196
noneconomic discrimination 15 ff.

Öffentliches Angebot von Gütern und Dienstleistungen 26 ff.
ökonomische Theorie statistischer Diskriminierung 15 ff.

Perpetuierung nachteiliger Situation 87, 93, 95
Persönlichkeitsbild 179 ff.
Persönlichkeitsprofil 84, 182 ff.
Personalität
– Beeinträchtigung 83 ff., 94, 103 f., 108, 112, 117 ff., 123 f., 179 ff.
– Schutz 179 ff.
Politik der Differenz 11, 62
positive Stereotype 199, 207
Praktikabilität 41, 49, 159
Privatautonomie 25 f., 144, 205
Prognose 46 f., 90, 172 ff.
– Prognoseeignung des Stellvertretermerkmals 160 ff., 172 ff.
– unzutreffende Prognose 79 ff., 92 ff., 101 ff., 106 ff., 115 ff., 171
– prozedurale Anforderungen an Prognoserichtigkeit 172 ff.
prozedurale Anforderungen an Prognoserichtigkeit 172 ff.
– Abstufung im AGG 216
– Prognose durch den Gesetzgeber 172 ff.
– Prognose durch Private 174 ff.

Recht auf informationelle Selbstbestimmung 181 ff.
Recht auf Selbstdarstellung 180 ff.
– prozeduraler Schutz durch Diskriminierungsverbote 200 ff.
Rechtfertigung von Benachteiligung nach dem AGG 65 ff.
Rechtfertigungsmöglichkeiten bei Art. 3 III GG 141
Riesterrente 109
rollenbezogene Diskriminierung 6, 19
Rollenverteilung im Geschlechterverhältnis 61, 63, 95 ff.
Sachlogik einer Entscheidungsnorm 12 f.
Sachverhaltsermittlung 46 f.
SCHUFA 77 ff., 86
Schutzpflichten bei Gleichheitsrechten 143 ff.
Schwangerschaft 89 ff., 112
Scoring 75 ff.
Selbstdarstellung 124 f., 180 ff., 200 ff.
Sittenwidrigkeitsklauseln 203
solidarische Tragung statistischer Risiken 219 f.
statistischer Fehlschlag 79 ff., 171
Stellvertretermerkmal 9
– Prognoseeignung 158 f., 160 ff.
Stereotyp 82 f., 94, 102 f., 105, 117, 129, 184 ff., 195 ff.
Stigma, Stigmatisierung 102 f., 117 ff., 124, 198 f.
Streubreite statistischer Entscheidungen 171 ff.
substanzielle Gleichheit 61
Taste Discrimination 15 ff.
Typisierung und Typisierungsdogmatik 36 ff., 138
Typisierungsmerkmal 47 f.
Typisierungssubjekt 48

- Überbetonung von
 - Personenmerkmalen 197 f.
- Überinterpretation von
 - Personenmerkmalen 198 f.
- Überschätzung statistischer
 - Zusammenhänge 19 f., 160 f.
- Umlagesysteme zum Ausgleich
 - statistischer Risiken 219 f.
- Umverteilung als Differenzierungs-
 - grund 6 f., 24, 114
- Unisex-Tarife 106 ff., 110 ff.
- unmittelbare Diskriminierung 51 ff.,
58 ff.
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
151 ff.
- Abwägung versus Missbrauchs-
kontrolle 155 f., 164 ff.
- Anwendbarkeit in Privatrechts-
verhältnissen 151 ff.
- bei Typisierung 40 ff.
- Versicherungsschutz 66 f., 97 ff.
- Vorurteil
 - s. Stereotyp
- Wiederholte Diskriminierung 83,
93, 102 f., 125 ff.
- Zuschreibung negativer Eigenschaft
124
- Zwecklegitimität statistischer Ent-
scheidung 156 ff.