

Die vergessenen Diskriminierungsverbote

von Wolfgang Däubler

I. Einleitung

Fragt man einen deutschen Juristen, wo man das deutsche Antidiskriminierungsrecht finden könne, wird er – vielleicht ein wenig erstaunt über die Frage – spontan auf das AGG verweisen. Dieses ist trotz anfänglicher Widerstände¹ zu einem anerkannten Bestandteil des geltenden Rechts geworden. Es bezieht sich auf insgesamt acht „verpönte Merkmale“, die nicht Anlass für eine benachteiligende Behandlung sein dürfen: „Rasse“ und ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität. Benachteiligungen aus anderen Gründen, etwa wegen gewerkschaftlicher Betätigung, wegen sozialer Herkunft oder wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz werden nicht erfasst. An anderer Stelle geregelte Verbote bleiben jedoch nach § 2 Abs. 3 AGG unberührt.

Die EU-Grundrechtecharta (GRC) kennt zahlreiche weitere Merkmale, an die nicht angeknüpft werden darf. In ihrem Art. 21 Abs. 1 ist neben der „Rasse“ die Hautfarbe erwähnt, was aber im Grunde nur der Verdeutlichung dient. Neben der ethnischen ist allerdings auch die „soziale Herkunft“ erfasst, die sich im AGG nicht wiederfindet. Auf „genetische Merkmale“ darf gleichfalls nicht abgestellt werden, und auch nicht auf die „Sprache“. Neben der Weltanschauung ist „die politische oder sonstige Anschauung“ erwähnt. Verpöntes Merkmal ist weiter die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit. Niemand darf schließlich wegen des „Vermögens“ und wegen der „Geburt“ benachteiligt werden. Darüber hinaus hat dieser Merkmalskatalog keine abschließende Bedeutung, da er mit dem Wörtchen „insbesondere“ eingeleitet wird. Welche Eigenschaften und Verhaltensweisen zusätzlich erfasst sein könnten, bleibt vom Wortlaut her offen.

Die GRC gilt nach ihrem Art. 51 Abs. 1 Satz 1 für die Organe der Union, für die Mitgliedstaaten jedoch nur, soweit sie Unionsrecht ausführen. So wäre sie etwa mit

¹ Exemplarisch etwa Säcker, ZRP 2002, 286 ff. mit der Überschrift: „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner. Von angenehmer Sachlichkeit demgegenüber Reichold/Hahn/Heinrich, NZA 2005, 1270 und Reichold JZ 2004, 384 ff.

Rücksicht auf die einschlägige Richtlinie² beim Verfahren der Massenentlassung zu berücksichtigen, prima facie aber nicht im Rahmen der inhaltlichen Überprüfung einzelner Kündigungen. Der Anwendungsbereich des Art. 21 erweist sich so als relativ eng; in der Praxis des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes führt er bisher ein Schattendasein.

Art. 14 EMRK enthält einen praktisch identischen Katalog. Ein Unterschied besteht insoweit, als die „Weltanschauung“ keine Erwähnung findet. Außerdem wird der nicht abschließende Charakter des Merkmalkatalogs in der Weise betont, dass ausdrücklich auch der „sonstige Status“ zu den geschützten Merkmalen gezählt wird. Die EMRK sieht sich außerdem durch Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRC aufgewertet, wonach übereinstimmende Rechte in der GRC „die gleiche Bedeutung und Tragweite“ haben wie die in der EMRK garantierten Menschenrechte. Eine vom EGMR vorgenommene Auslegung ist damit auch für den EU-Rechtskreis bindend. Der Union bleibt nach Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GRC nur die Möglichkeit, weitergehende Befugnisse zu gewähren, also eine günstigere Regelung zu treffen.

Art. 14 EMRK gilt wie die anderen Rechte aus der EMRK innerstaatlich mit dem Rang eines einfachen Gesetzes. Allerdings ergibt sich insoweit eine Beschränkung, als nur Benachteiligungen bei dem „Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten“ erfasst sind. Art. 14 hat insoweit akzessorischen Charakter. Da die EMRK kein Grundrecht der Berufsfreiheit und anders als Art. 2 Abs. 1 GG auch keine allgemeine Handlungsfreiheit kennt, könnte dies darauf hinauslaufen, dass das Diskriminierungsverbot insbesondere im Bereich der abhängigen Arbeit kaum praktische Bedeutung gewinnt. Dem wirkt jedoch die Rechtsprechung des EGMR entgegen, die das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK weit auslegt. So wird etwa die Verweigerung einer Zulassung zur Anwaltschaft als Eingriff in das Privatleben nach Art. 8 EMRK gesehen,³ weil der Aufbau sozialer Beziehungen und die soziale Identität des Einzelnen dadurch beeinflusst werde. Dasselbe wurde erst recht angenommen, als ein litauisches Gesetz eine bestimmte Personengruppe, nämlich die früheren Mitarbeiter des sowjetischen KGB, von zahlreichen Berufen auch in der Privatwirtschaft ausschloss.⁴ Dabei ist nicht erforderlich, dass in rechtswidriger Weise in

² Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. L 225/16, geändert durch Richtlinie vom 6.10.2015, ABl. L 263/1

³ EGMR 28.5.2009 – Nr. 26713/05, NJW 2010, 3419 - Bigaeva

⁴ EGMR 27.4.2004 – Nr. 55480/00, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61942%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61942%22]}) - Sidabras

das Recht aus Art. 8 EMRK eingegriffen wurde; es genügt, dass das „Privatleben“ in der einen oder anderen Weise betroffen ist.⁵ Art. 14 EMRK gewinnt so einen beträchtlichen Anwendungsbereich.

II. Fokussierung auf bestimmte Diskriminierungsverbote

Die Kataloge von Art. 21 GRC und Art. 14 EMRK sollen hier nicht nach Art einer Kommentierung „abgearbeitet“ werden. Dies verbietet sich schon deshalb, weil einzelne Merkmale unschwer unter die allseits anerkannten subsumiert werden können; so sind etwa „Hautfarbe“ und wohl auch „Sprache“ schon in der „ethnischen Herkunft“ enthalten. Im Folgenden soll deshalb eine Konzentration auf vier Merkmale erfolgen, die zumindest teilweise außerhalb des bisher betrachteten Bereichs liegen.

- Die „politische oder sonstige Anschauung“, die in beiden Katalogen enthalten ist, gehört zumindest teilweise nicht in den Bereich von „Religion und Weltanschauung“. Dies gilt auch dann, wenn man mit Rücksicht auf die nicht-deutschen Sprachfassungen der EU-Richtlinie 2000/78/EG politische Überzeugungen zur „Weltanschauung“ rechnet,⁶ doch wird auch dann verlangt, dass es sich um eine „feste Überzeugung“ wie bei einem Pazifisten handelt; weniger stark verankerte Auffassungen genügen nicht.⁷
- Auch nicht teilweise enthalten ist im Katalog des AGG die „soziale Herkunft“, die sich als Merkmal sowohl in Art. 21 GRC als auch in Art. 14 EMRK wiederfindet. Dabei geht es vor allem um eine Anknüpfung an die soziale Stellung der Vorfahren,⁸ insbesondere der Eltern.
- „Neu“ ist auch das Merkmal „Vermögen“. Gemeint ist damit insbesondere das grundsätzliche Verbot, bestimmte Befugnisse vom Vorhandensein eines bestimmten Vermögens abhängig zu machen, etwa verschuldete Personen von der Benutzung bestimmter Verkehrsmittel oder vom Wahlrecht auszuschließen.
- Schließlich geht es um den „sonstigen Status“ im Sinne des Art. 14 EMRK, der gleichfalls keine Rolle spielen darf. Geht es dabei nur um persönliche Eigenschaften

⁵ EGMR 7.10.2010 – 30078/06, OstEurR 2010, 457 Ls 1 - Markin: „Art 14 MRK setzt zwar keine Verletzung eines anderen konventionsmäßigen Rechts voraus, ist aber nur dann anwendbar, wenn die relevanten Tatsachen in den Anwendungsbereich eines anderen Menschenrechts fallen.“

⁶ Däubler, NJW 2006, 2608

⁷ So Däubler, in: Ders./Beck (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit Entgelttransparenzgesetz und Berliner LADG, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 1 AGG Rn. 74 mWN

⁸ Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht (im Folgenden: EuArbRK), 4. Aufl., München 2022, Art. 21 GRC Rn. 64

wie z. B. das (wenig einnehmende) Aussehen oder sind auch andere Umstände erfasst?

III. Reichweite der Diskriminierungsverbote

Bevor sich die mögliche praktische Bedeutung der genannten Diskriminierungsverbote behandeln lässt, müssen erst einige Vorfragen geklärt werden, die für alle in Art. 21 GRC bzw. Art. 14 EMRK genannten Merkmale relevant sind.

1. Einbeziehung der mittelbaren Diskriminierung?

Von „mittelbarer Diskriminierung“ ist dann die Rede, wenn nicht an bestimmte Merkmale im Sinne von Art. 21 GRC oder Art. 14 EMRK angeknüpft wird, sondern eine „neutrale“ Regel vorliegt, die sich aber überwiegend zu Lasten bestimmter Merkmalsträger auswirkt. Bekanntestes Beispiel ist die Schlechterstellung von Teilzeitkräften, die sich weit überwiegend auf Frauen (negativ) auswirkt. Auch ist an Fälle zu denken, in denen schematische Gleichbehandlung (ohne Bezugnahme auf verpönte Merkmale) praktiziert wird, dadurch aber bestimmte Merkmalsträger besonders benachteiligt werden. Kinder aus Roma-Familien werden beispielsweise bei der für alle gleichen „Schuleingangsprüfung“ besonders häufig den Sonderschulen zugewiesen, was ihre Bildungschancen deutlich beeinträchtigt.⁹ Die mittelbare Diskriminierung wurde als Konzept vom EuGH bereits frühzeitig anerkannt¹⁰ und gehört heute zum gesicherten Bestand des Antidiskriminierungsrechts.¹¹ Sie wurde mit dem Gedanken des „effet utile“ und des Umgehungsschutzes begründet.¹² Der EGMR hat sich dem gleichfalls – wenn auch mit einer gewissen Verspätung – angeschlossen.¹³ Andere Menschenrechtssysteme stehen auf demselben Standpunkt.¹⁴ Das schließt nicht aus, dass es im Einzelfall Abgrenzungsprobleme geben kann.¹⁵

⁹ Beispiel nach EGMR 13.11.2007 – Nr. 57325/00, NVwZ 2008, 533 – D.H.

¹⁰ EuGH 12.2.1974 – 152/73, AP Nr. 6 zu Art. 177 EWG-Vertrag – Sotgiu, Tz. 11

¹¹ S. etwa EuGH 24.11.2016 – C-443/15, NZA 2017, 233

¹² EuGH 8.7.1999 – C-203/98, Slg. 1999, I-4899 – Kommission gegen Belgien

¹³ EGMR 6.1.2005 – Nr. 58641/00 - Hoogendijk

¹⁴ S. die Nachweise bei Peters/Altwicker, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 3. Aufl., Tübingen 2022, Kap. 21 Rn. 94

¹⁵ S. die aufschlussreiche Entscheidungsanmerkung von Reichold/Rebstock, ZESAR 2021, 520

2. Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen

Obwohl die Diskriminierungsverbote nach Art. 21 GRC und nach Art. 14 EMRK keinen Gesetzesvorbehalt kennen, besteht Einigkeit darüber, dass es Rechtfertigungsgründe für Ungleichbehandlungen geben muss. Wollte man beispielsweise jede an das Alter anknüpfende Regelung für unzulässig erklären, würden zahlreiche ungewollte Effekte wie der Wegfall des Volljährigkeits- und des gesetzlichen Rentenalters eintreten.

Unsicherheiten bestehen nur bei der Frage, welche Anforderungen an eine Rechtfertigung zu stellen sind. Verlangt man etwa – um Formeln aus dem deutschen Recht aufzugreifen – wie in § 8 AGG „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen“ oder reicht schon jeder „sachliche Grund“?

Im Bereich der GRC besteht in Art. 20 eine ausdrückliche Garantie des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes, der in die Worte „Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich“ gekleidet ist. Würde man die dort als selbstverständlich vorausgesetzten Grenzen nach der Formel vom sachlichen Grund auf die Merkmale des Art. 21 GRC übertragen, so hätte dieser neben Art. 20 keinen eigenen Anwendungsbereich mehr. Art. 21 behält seine Bedeutung nur dann, wenn man höhere Anforderungen an Ungleichbehandlungen stellt.¹⁶ Dabei liegt es nahe, eine Stufenfolge der Art anzunehmen, dass eine mittelbare Benachteiligung wegen eines der Merkmale nach Art. 21 GRC von weniger gravierenden Voraussetzungen abhängt als eine unmittelbare Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal.¹⁷ Allerdings müssen die Voraussetzungen immer noch (etwas) strenger als im Rahmen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes sein. Dies alles wird im Bereich des Art. 14 EMRK genauso gesehen.¹⁸

Die Abstufung als solche sagt noch nichts darüber aus, welche konkreten Umstände eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen. Voraussetzung ist einmal, dass der Normsetzer ein „legitimes Ziel“ verfolgt, das seinerseits nichts mit den Diskriminierungsverboten zu tun hat. Dabei kommt jeder Gemeinwohlbelang wie z. B. die Sicherheit des Straßenverkehrs in Betracht.¹⁹ Der verfolgte Zweck muss nicht

¹⁶ Zutreffend Graser/Reiter, in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., 2015, Art. 21 GRC Rn.

¹⁷ So auch Graser/Reiter (oben Fn. 16) Art. 21 GRC Rn.7 ff.

¹⁸ Vgl. EGMR 15.2.2001 – Nr. 42393/98, NJW 2001, 2871

¹⁹ EuGH 22.5.2014 – C-356/12, juris - Glatzel

ausdrücklich namhaft gemacht werden, sondern kann sich aus dem Kontext ergeben.²⁰ Zum zweiten muss das fragliche Ziel mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgt werden. Ist es auch mit einer vergleichsweise geringeren Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz erreichbar, muss davon Gebrauch gemacht werden.²¹ Dies entspricht dem Grundsatz der Erforderlichkeit und setzt die Geeignetheit des Mittels voraus. Weiter muss zwischen dem verfolgten Ziel (z. B. Schutz vor Infektionskrankheiten) und der Ungleichbehandlung ein angemessenes Verhältnis bestehen. Dabei ist ersichtlich zwischen einzelnen Diskriminierungsverboten zu differenzieren. Während ein Abstellen auf ein unabänderbares personenbezogenes Merkmal wie die Hautfarbe kaum denkbar ist, ist dies beim Vermögen ersichtlich anders.²² So fehlte es nach Auffassung der EGMR ersichtlich an ausreichenden Gründen, um das deutsche Kindergeld auf solche Ausländer zu beschränken, die eine Aufenthaltsbefugnis oder eine Aufenthaltsberechtigung besaßen.²³ Eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter erfolgte auch in dem Fall, dass ein Beschwerdeführer wegen eines muslimischen Feiertags einfach seiner Arbeit fernblieb und nicht bereit war, Nachweise über seinen muslimischen Glauben beizubringen.²⁴

3. Diskriminierungsverbote in Privatrechtsbeziehungen

Das EU-Recht kann sich auf eine vergleichsweise lange Tradition stützen, wonach Diskriminierungsverbote auch unter Privaten, insbesondere im Arbeitsleben gelten. Vorreiterfunktion hatte das Prinzip der Lohngleichheit von Mann und Frau, dem im Jahre 1976 durch den EuGH auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer Bindungswirkung zugesprochen wurde.²⁵ Das Verbot der Diskriminierung wegen der Zugehörigkeit zu einem anderen Mitgliedstaat wurde ebenfalls schon früh auf private Subjekte erstreckt, soweit die Grundfreiheiten wie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer²⁶, die Niederlassungsfreiheit²⁷ oder die Freiheit zur grenzüberschreitenden

²⁰ Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 27

²¹ EuGH 22.11.2005 – C-144/04, NZA 2005, 1345 – Mangold; EuGH 29.4.2015 – C-528/13, EuGRZ 2015, 287 – Léger

²² Graser/Reiter (oben Fn. 16) Art. 21 GRC Rn. 8

²³ EGMR 25.10.2005 – Nr. 59140/00, NVwZ 2006, 917 – Okpiz

²⁴ EGMR 13.4.2006 – Nr. 55170/00, NZA 2006, 1401 – Kostas

²⁵ EuGH 8.4.1976 – 43/75, NJW 1976, 2068 – Defrenne II

²⁶ EuGH 12.12.1974 – 36/74, NJW 1975, 1093 – Walrave und Koch; EuGH 15.12.1995 – C-415/93, NZA 1996, 191 – Bosman

²⁷ EuGH 11.12.2007 – C-438/05, NZA 2008, 124 – Viking

Erbringung von Dienstleistungen in Rede standen.²⁸ Waren Diskriminierungsverbote in Richtlinien geregelt, kam – abgesehen von der richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsnormen – eine unmittelbare Bindung des Arbeitgebers oder anderer Privatrechtssubjekte nicht in Betracht. In verschiedenen Fällen griff der EuGH jedoch auf allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zurück, zu denen u. a. auch das generell wirkende Verbot der Diskriminierung wegen Alters gerechnet wurde.²⁹ In jüngster Zeit wurde im Zusammenhang mit kirchlichen Arbeitsverhältnissen das Diskriminierungsverbot nach Art. 21 GRC auf den kirchlichen Arbeitgeber angewandt, wo es in bemerkenswerter Deutlichkeit heißt: „Art. 21 der Charta unterscheidet sich in seiner Bindungswirkung grundsätzlich nicht von den verschiedenen Bestimmungen der Gründungsverträge, die verschiedene Formen der Diskriminierung auch dann verbieten, wenn sie aus Verträgen zwischen Privatpersonen resultieren.“³⁰

Was Art. 14 EMRK betrifft, so kommt hier seine Akzessorietät zur Geltung: Gelten Menschenrechte auch im Verhältnis zwischen Privaten, findet insoweit auch das Diskriminierungsverbot des Art. 14 Anwendung. Was die in Art. 11 (mit-)garantierte Koalitionsfreiheit angeht, so umfasst sie u. a. das Recht, vom jeweiligen privaten oder öffentlichen Arbeitgeber angehört zu werden.³¹ Private Rechtsbeziehungen sind gleichfalls betroffen, wenn die Gewerkschaft mit dem Arbeitgeber Tarifverhandlungen führt und so von ihrem Recht Gebrauch macht, Tarifverträge abschließen zu können.³² Nach der neueren Rechtsprechung umfasst Art. 11 EMRK auch das Streikrecht.³³ Die einzelnen Gewerkschaftsmitglieder sind gleichfalls durch Art. 11 gegenüber ihrem jeweiligen Arbeitgeber geschützt.³⁴

Was den Schutz der (weit verstandenen) Privatsphäre nach Art. 8 EMRK betrifft, so ist insbesondere an die Fälle der Überwachung durch Videokameras am Arbeitsplatz zu denken. Nach Auffassung des EGMR greift insoweit die staatliche Schutzpflicht ein, deren Ausprägung im Detail spezifiziert wird: Bedeutsam sind insbesondere die vorherige Information über die Möglichkeit zur Überwachung, der Grad des Eingriffs in die

²⁸ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, NZA 2008, 159 – Laval

²⁹ Paradigmatisch EuGH 22.11.2005 – C-144/04, NJW 2005, 3695 – Mangold

³⁰ EuGH 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Tz. 77 – Egenberger; die Formulierung wurde wörtlich wiederholt in EuGH 22.1.2019 – C-193/17, NZA 2019, 297 Tz. 77 – Cresco Investigation

³¹ EGMR 2.7.2002 – 30668/96, ÖJZ 2003, 729 Tz. 42 – Wilson u.a.

³² EGMR 12.11.2008 – Nr. 34503/97, NZA 2010, 1425 – Demir und Baykara, Tz.147 ff.

³³ EGMR 21.4.2009 – Nr. 68959/01, NZA 2010, 1423 – Enerji Yapi-Yol Sen, Tz. 24

³⁴ EGMR 24.3.2015 – Nr. 36807/07, NVwZ 2016, 1230 – Sezer

Privatsphäre, das Interesse des Arbeitgebers und das Vorhandensein weniger einschneidender Mittel, Folgen der Überwachung für den Arbeitnehmer und Möglichkeit einer wirksamen Nachprüfung, ob das Verhalten des Arbeitgebers diesen Kriterien entsprach und deshalb rechtmäßig war.³⁵ Die auf dem Weg über die Schutzpflicht erarbeiteten Ergebnisse nähern sich denen an, die eine unmittelbare Drittwirkung zur Folge hätte. Dies macht sich auch im Kündigungsschutzrecht bemerkbar, weshalb es in der Literatur erste Versuche gibt, ein „EGMR-Kündigungsschutzrecht“ zu entwickeln und anschließend zu systematisieren.³⁶

Ähnliches lässt sich für den Umgang mit der Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK sagen. Auch dieser wird keine unmittelbare Drittwirkung gegenüber dem Arbeitgeber beigemessen, doch ist der Staat in bestimmten Fällen verpflichtet, die freie Meinungsäußerung auch gegen Angriffe von Privatpersonen zu schützen.³⁷ Dies führt ähnlich wie im deutschen Recht³⁸ dazu, dass eine Abwägung mit grundrechtlich geschützten Gegeninteressen des Arbeitgebers erfolgen muss, was im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt.

IV. „Politische oder sonstige Anschauung“

Das Verbot der Benachteiligung wegen politischer oder sonstiger Anschauung steht in Art. 21 GRC unmittelbar hinter „Religion und Weltanschauung“, deckt also Merkmale ab, die von diesen nicht erfasst werden. In Art. 14 EMRK fehlt dagegen die „Weltanschauung“, so dass hier ein größerer Bereich einbezogen ist.

Art. 21 GRC und Art. 14 EMRK umfassen nicht nur das „Haben“ einer Anschauung, sondern auch ein von dieser getragenes Handeln. Insoweit gilt dasselbe wie bei Religion und Weltanschauung. Einbezogen ist deshalb der Beitritt zu einer Partei und anderen

³⁵ EGMR 5.9.2017 – Nr. 61496/08, NZA 2017, 1443 – Barbulescu; EGMR 17.10.2019 – Nr. 1874/13, AuR 2020, 131 – López Ribalda. Zum Ganzen s. Lörcher, AuR 2020, 100 ff.

³⁶ Dullinger, Die Judikatur des EGMR als Grundlage eines (umfassenden) individuellen Kündigungsschutzes, in: Freyler/Gräf (Hrsg.), Arbeitsrecht als Richterrecht? Baden-Baden 2023, S. 151 ff.

³⁷ EGMR 12.9.2011 – Nr. 28955/05 u.a., NZA 2012, 1421 Tz. 59 – Palomo Sánchez; EGMR 29.2.2000 – Nr. 39293/98 – Fuentes Bobo

³⁸ BAG 24.6.2004 – 2 AZR 63/03, NZA 2005, 158.

politischen Organisationen sowie zu Gewerkschaften. Geschützt ist weiter die Bekundung einer bestimmten Überzeugung – als Individuum oder im Kontext einer Organisation.³⁹ In solchen Fällen werden allerdings meist die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK oder die Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK eingreifen. Werden ihre Grenzen vom Einzelnen überschritten, so stellt sich die Frage einer Diskriminierung nicht mehr.⁴⁰ Bewegt sich die fragliche Person im Rahmen der Meinungs- oder Koalitionsfreiheit, wird sie aber gleichwohl benachteiligt, so liegt schon darin ein Verstoß gegen die EMRK. Ob auch noch eine Diskriminierung nach Art. 14 EMRK vorliegt, wird im Zweifel nicht mehr geprüft.⁴¹

Das Benachteiligungsverbot gilt auch für diejenigen, die keine bestimmte politische oder sonstige Anschauung haben, sondern sich indifferent oder „neutral“ verhalten; jeder Zwang, eine bestimmte Anschauung zu übernehmen oder einer Organisation mit einer Ausrichtung beizutreten, wäre gleichfalls ein Verstoß gegen Art. 21 GRC bzw. Art. 14 EMRK.

Die Rechtsprechung des EGMR zu diesem Bereich ist nicht besonders reichhaltig. In einem Fall aus Armenien scheiterte der Beschwerdeführer daran, dass er nach Ansicht des Gerichtshofs nicht ausreichend substantiiert vorgetragen hatte, er sei als Mitglied einer Oppositionspartei wegen seiner politischen Anschauungen von der Polizei misshandelt worden.⁴² Erwähnenswert ist allerdings der Fall Redfearn:⁴³ Ein Fahrer weißer Hautfarbe hatte behinderte Kinder vorwiegend asiatischer Herkunft zu fahren und war von seinem gleichfalls aus Asien stammenden Vorgesetzten für die Auszeichnung als „first-class employee“ vorgeschlagen worden. Als er für die British National Party zum Gemeinderat kandidierte und gewählt wurde, erhielt er die Kündigung: Die Passagiere und ihre Sorgeberechtigten könnten angesichts dieses Umstands „erhebliche Angst“ entwickeln. Auch bestehe die Besorgnis, Aufträge insbesondere von der Stadt zu verlieren. Irgendein konkreter Vorwurf von Fehlverhalten wurde nicht erhoben; es hatte auch keinerlei

³⁹ Vgl. Peters/Altwickler (oben Fn.14), Rn. 182, auch zum Folgenden

⁴⁰ S. den Fall EGMR 7.12.1976 – 5493/72, juris – Handyside, bei dem es um das Verbot eines Schulbuchs wegen (nach damaliger Auffassung nicht hinnehmbaren) sexuellen Bezügen ging.

⁴¹ Symptomatisch etwa EGMR 6.11.2012 – Nr. 47335/06 - Redfearn, wo eine aus politischen Gründen erfolgte Kündigung als Verstoß gegen Art. 11 EMRK qualifiziert wurde und dann zu Art. 14 EMRK ausgeführt wurde: „Having regard to its findings under Article 11, the Court does not find it necessary to examine whether or not there has also been a violation of Article 14 of the Convention read together with Articles 10 and 11.“

⁴² EGMR 2.10.2012 – Nr. 40094/05 - Virabyan

⁴³ EGMR 6.11.2012 – Nr. 47335/06 - Redfearn

Beschwerden wegen seines Arbeitsverhaltens gegeben. Die englischen Gerichte bestätigten die Kündigung, nicht aber der EGMR: Im konkreten Fall sei die Vereinigungsfreiheit in ihrer Substanz bedroht, so dass der Staat den Betroffenen schützen müsse. Da er das nicht getan hatte, war Art. 11 EMRK verletzt. Ob auch Art. 14 EMRK missachtet sei, blieb ausdrücklich dahingestellt.

Auch wenn die Entscheidung den „freiheitsrechtlichen“ und nicht den „gleichheitsrechtlichen“ Weg ging, ist sie insoweit bemerkenswert, als sie Rückschlüsse auf schutzwürdige politische Anschauungen zulässt. Insoweit besteht ersichtlich eine große Offenheit, die auch Positionen einschließt, die im nationalen Kontext tabuisiert sind. Dies wird aus dieser wie aus anderen Entscheidungen deutlich.⁴⁴ Eine Grenze stellt lediglich Art. 17 EMRK dar, wonach die Rechte aus der EMRK nicht als Mittel eingesetzt werden dürfen, um die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen. Dies wurde in Bezug auf eine Organisation angenommen, die dem Staat Israel nicht nur das Existenzrecht absprach, sondern seine gewaltsame Vernichtung und die Vertreibung oder Tötung seiner Bewohner als Ziel propagierte.⁴⁵

Die so bestimmten politischen Auffassungen dürfen jedenfalls dann nicht zu Nachteilen führen, wenn keine Handlungen vorliegen, die Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit gefährden würden. Dies war im Fall des Fahrers Redfearn augenscheinlich nicht der Fall, weshalb der Gerichtshof vergleichsweise deutlich betonte: „The Court is struck by the fact that these complaints (d. h. die Vorwürfe) were in respect of prospective problems and not in respect of anything that the applicant had done or had failed to do in the actual exercise of his employment“.⁴⁶ Auch im Fall der türkischen KP⁴⁷ lag kein konkretes Verhalten zugrunde. Anders als dies die deutsche Rechtsprechung bisweilen tat,⁴⁸ sieht der EGMR – vom Extremfall des Art. 17 EMRK abgesehen – einen Grund für Einschränkungen nur dann, wenn ein bestimmtes Handeln vorliegt; der abstrakte Verdacht, Mitglieder bestimmter Organisationen könnten Schlimmes oder Böses anstellen, genügt nicht.

⁴⁴ S. etwa EGMR 30.1.1998 – 133/1996/752/951 – United Communist Party of Turkey: Auflösung verletzte Art. 11 EMRK, da die Partei noch gar keine Aktivitäten entfaltet hatte; ob auch Art. 14 verletzt war, blieb dahingestellt.

⁴⁵ EGMR 12.6.2012 – 31098/08 – Hizb ut-Tahrir

⁴⁶ EGMR 6.11.2012 – Nr. 47335/06 – Redfearn Tz. 45

⁴⁷ Oben Fn.44

⁴⁸ Als Entlassungsgrund genügte bei Beamten, dass sie außer der Mitgliedschaft in der DKP eine unbestritten legale Kandidatur für diese Partei zu Kommunal- oder Landtagswahlen vorzuweisen hatten: BVerwG 10.5.1984 – 1 D 7/83, NJW 1985, 503 – Meister.

Während der Begriff der politischen Anschauung in der Regel wenig Anlass zu Zweifeln gibt, kann dies bei „sonstigen“ Anschauungen anders sein. Erfasst sind sicherlich in der Gesellschaft vorhandene Überzeugungen, die den politischen Bekenntnissen nahestehen, aber nicht wie diese das „Ganze“ im Blick haben: Der Tierschützer ist erfasst, ebenso der Abtreibungsgegner⁴⁹ oder der Förderer deutscher Dialekte. Die Grenzen sind allerdings nicht immer klar. Wer Bayern München für den besten Fußballklub der Welt hält, dies auch in der Freizeit durch Kleidung und Worte bekundet und deshalb in Dortmund nicht eingestellt wird: Kann er sich auf Art. 14 EMRK berufen, weil er wegen seiner Auffassung benachteiligt wurde? Es wäre nicht verwunderlich, würde diese Frage – sollte sie je praktisch werden – erst durch den EuGH oder den EGMR definitiv entschieden würde.

V. Soziale Herkunft

Das Diskriminierungsmerkmal „soziale Herkunft“ hat bisher nur wenig Aufmerksamkeit erfahren. Die Erläuterungswerke enthalten entweder „Erläuterungen“ ohne eigenen Aussagegehalt⁵⁰ oder begnügen sich mit der Feststellung, es gehe um die „soziale Stellung“ der Vorfahren.⁵¹ Gerne wird dabei auf die Zeiten verwiesen, in denen die Herkunft aus dem Adel große und nicht entziehbare Vorteile brachte, doch gebe es derlei ungerechte Privilegien heute nicht mehr. Über die möglichen Konsequenzen, die eine unterschiedliche soziale Herkunft auch in der Gegenwart hat, wird nichts gesagt.

In der juristischen Literatur wurde vor nicht allzu langer Zeit ein ganz simpler Fall gebildet.⁵² Ein Bankangestellter kommt aus „ganz einfachen Verhältnissen“, muss jedoch zahlreiche wohlhabende Kunden betreuen, der ihr Vermögen häufig ererbt haben. Leider beherrscht er den „small talk“ am Rande nicht so recht: Er hat kein Verhältnis zum Golf Spielen, liebt Volksmusik statt Klassik und hat noch nie eine Seereise in die Karibik unternommen. Der Kontakt ist deshalb allzu sachlich und bisweilen etwas einsilbig; zwei Kunden wünschen sich einen anderen Berater. Er wird daraufhin auf eine Stelle versetzt,

⁴⁹ S. EGMR 21.6.1988 – Nr. 10126/82 – „Ärzte für das Leben“

⁵⁰ Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), EMRK Kommentar, 5. Aufl. 2023, Art. 14 Rn. 29: Das Merkmal der sozialen Herkunft entspricht dem der Herkunft in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

⁵¹ Hölscheidt, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 21 Rn. 45; Jarass (oben Fn. 20) Art. 21 Rn. 20

⁵² Jens Schubert, NZA Heft 8/2019 S. III

die weniger Verantwortung, aber auch weniger Vergütung mit sich bringt. Könnte er sich dagegen beim Arbeitsgericht mit dem Argument zur Wehr setzen, er sei entgegen Art. 14 EMRK benachteiligt worden, was ihn auch in seinen von Art. 8 EMRK geschützten sozialen Beziehungen beeinträchtigt?

Fälle dieser Art, die unmittelbar an Umstände anknüpfen, die Folge der sozialen Herkunft sind, werden relativ selten vorkommen und noch seltener zu beweisen sein. Sie völlig zu übergehen, ist gleichwohl unangemessen. Was ungleich mehr ins Gewicht fällt, sind allerdings mittelbare Diskriminierungen. Eine neuere Untersuchung der Hans-Böckler-Stiftung hat ergeben, dass 74 % der Akademikerkinder ihrerseits eine Universität besuchen, während dies bei Arbeiterkindern nur 21 % sind.⁵³ In der Studie werden auch die spezifischen Hindernisse beschrieben, die die zweite Gruppe zu überwinden hat und die schon längst vor der Hochschulreife beginnen. So erreichen 81 % der Akademikerkinder einen Abschluss in der Sekundarstufe 2 (in der Regel Abitur), während nur 45 % der Kinder von Nichtakademikern denselben Abschluss schaffen.⁵⁴ Beim Studium selbst ergeben sich weitere Schwierigkeiten, die mit der sozialen Herkunft zusammenhängen.⁵⁵

Dies stellt nur das am häufigsten genannte und vermutlich auch am genauesten untersuchte Beispiel dar. Bei der Zusammensetzung von Topmanagern spielt neben der Ausbildung, der Nationalität und dem Geschlecht auch die soziale Herkunft eine wichtige Rolle.⁵⁶

In allen Fällen geht es nicht darum, dass es verbindliche Regeln geben würde, die eine soziale Selektion vorschreiben. Vielmehr sind die Regeln im Prinzip für alle gleich – mit Rücksicht auf andere Ausgangsbedingungen wirken sie sich aber zu Lasten bestimmter Menschen aus, die ihrer Herkunft nach aus den unteren 50 oder 60 % der Gesellschaft stammen. Rechtfertigungsgründe für diese mittelbare Diskriminierung sind nicht erkennbar. Die Diskriminierung wegen sozialer Herkunft zu beseitigen, ist ein wahrscheinlich noch größeres Unterfangen als die Gleichstellung von Frauen im Arbeitsleben zu erreichen, weil noch stärker als dort bestehende Einfluss- und

⁵³ <https://www.boeckler.de/de/boeckler-impuls-arbeiterkinder-an-der-uni-huerdenlauf-zum-akademiker-7688.htm>

⁵⁴ Böckler Impuls Ausgabe 07/2010

⁵⁵ Bargel/Bargel, Ungleichheiten und Benachteiligungen im Hochschulstudium aufgrund der sozialen Herkunft der Studierenden, Düsseldorf 2010, abrufbar unter https://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_202.pdf

⁵⁶ Hartmann, in: Stichweh/Windolf (Hrsg.), Inklusion und Exklusion: Analysen zur Sozialstruktur und zur sozialen Ungleichheit, 2009, S. 71 ff.

Herrschaftspositionen in Frage gestellt wären und zahllose Maßnahmen zur Beseitigung struktureller Defizite notwendig wären.

Was nicht angeht, ist eine Strategie des Verdrängens in der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Die Probleme existieren nun mal und lassen sich nicht weg retouchieren. Schlägt die Benachteiligung im Einzelfall in besonders sichtbarer Weise durch, sollte man nicht davor zurückscheuen, die Gerichte anzurufen und das Diskriminierungsverbot aus seinem Dornröschenschlaf zu befreien.

VI. Vermögen

Das Verbot, „wegen des Vermögens“ benachteiligt zu werden, wird als „Besonderheit“ des Art. 14 EMRK charakterisiert, die in der Rechtsprechung keine allzu große Rolle spielt.⁵⁷ Andere betonen, das Vermögen sei ein „mehrdeutiger“ Begriff, umfasse jedoch auch immaterielle Werte.⁵⁸ Bei vermögensbezogenen Entscheidungen des Staates müsse das Vermögen „angemessen berücksichtigt“ werden.⁵⁹ Konkrete Konsequenzen scheinen in der Regel nicht diskutiert zu werden.

Zutreffend ist sicherlich die Feststellung, dass Vermögen nicht mit Sacheigentum identisch ist, sondern alle Gegenstände erfasst, denen ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Dabei geht es nicht darum, Menschen mit Vermögen im Verhältnis zu jenen zu schützen, die über kein (nennenswertes) Vermögen verfügen. Wie bei anderen Diskriminierungsverboten geht es um den Schutz des potentiell Schwächeren: Das Fehlen oder der bescheidene Umfang von Vermögen darf nicht zu einer Benachteiligung führen. So vertritt etwa der EGMR den Standpunkt, grundsätzlich müsse jedermann Zugang zu den Gerichten haben, doch könne der Mitgliedstaat für einzelne Bereiche wie Klagen wegen Verleumdung Ausnahmen vorsehen, da seine Mittel beschränkt seien; Prozesskostenhilfe („legal aid“ oder ein anderes Mittel) sei grundsätzlich, aber eben nicht ausnahmslos geboten.⁶⁰ Würde darauf völlig verzichtet, läge eine Benachteiligung wegen (nicht ausreichenden) Vermögens vor.

⁵⁷ Lehner, in: Meyer-Ladewig, (oben Fn.50), Art. 14 Rn. 29

⁵⁸ Hölscheidt, in: Meyer/Hölscheidt, (oben Fn. 51) Art. 21 GRC Rn. 50

⁵⁹ EuArbRK-Mohr, Art. 21 Rn. 74; ebenso Jarass (oben Fn. 20) Art. 21 Rn. 23

⁶⁰ EGMR 5.5.1993 - Nr. 21325/93 – Steel and Morris

Auch die Begünstigung besonders wohlhabender Mitbürger kann nach Auffassung des EGMR eine Diskriminierung sein. In einem Fall erwies sich der EGMR als recht großzügig.⁶¹ Die Insel Guernsey hatte eine Regelung erlassen, wonach 90 % aller Häuser nur von Personen genutzt werden konnten, denen eine Wohnberechtigung erteilt worden war, insbesondere Personen, die in Guernsey geboren waren oder sonst enge persönliche Bindungen zu der Insel hatten. Die teuersten 10 % der Häuser (berechnet nach ihrem Einheitswert) waren von dieser Regelung ausgenommen, so dass sie auch von anderen Personen gekauft und genutzt werden konnten. Damit waren insbesondere vermögende Interessenten begünstigt, doch führte dies nicht zur Annahme einer Diskriminierung der übrigen: Die staatliche Politik schütze durch das System der Wohnberechtigungen die ärmeren Teile der Bevölkerung, angesichts des weiten Ermessensspielraums des Staates sei es nicht unvernünftig, die oberen 10 % aus dem System auszunehmen. Das eigentliche Diskriminierungsproblem – das Abstellen auf die Vermögenssituation der Interessenten – wurde nicht angesprochen.

In einem sehr viel später entschiedenen Fall ging es darum, dass griechische Staatsanleihen zwangsweise in solche mit niedrigerem Nennwert umgetauscht wurden („Schuldenschnitt“) und dabei nicht zwischen Privatpersonen und institutionellen Anlegern unterschieden wurde.⁶² Die mittelbare Benachteiligung der Kleinanleger sei angesichts der näheren Umstände gerechtfertigt: Es wäre schwierig gewesen, alle betroffenen Anleger aufzufinden und eine klare und detaillierte Abgrenzung zwischen beiden Gruppen vorzunehmen. Außerdem hätte schon die Ankündigung der Herausnahme von Kleinanlegern zu Umgehungsstrategien führen können; überdies sei schnelles Handeln notwendig gewesen. Auch hier ist eine gewisse Scheu erkennbar, an den bestehenden Verhältnissen nichts zu ändern, zumal es auch für Privatanleger einsichtig war, dass sie sich auf ein risikoreiches Geschäft eingelassen hatten.

In einer dritten Entscheidung kam der Gerichtshof zu einem abweichenden Ergebnis und sah in der Begünstigung von Großeigentümern eine Diskriminierung nach Art. 14 EMRK.⁶³ Im konkreten Fall ging es darum, dass Eigentümer forstwirtschaftlicher Grundstücke bis 20 ha zwangsweise zu Mitgliedern einer Jagdgenossenschaft gemacht wurden, auch wenn sie selbst ihr Jagdrecht ggf. auch aus ethischen Gründen gar nicht

⁶¹ S. die Entscheidung EGMR 24.11.1986 – Nr. 9063/80 - Gillow

⁶² EGMR 21. Juli 2016 – 63066/14, NVwZ-RR 2017, 849 - Mamatas

⁶³ EGMR 29.4.1999 – 25088/94, NJW 1999. 3695 Tz. 118 ff. – Chassagnou u.a.

ausgeübt hätten. Eigentümer mit mehr als 20 ha waren diesem Zwang nicht unterworfen, sondern konnten frei über ihr Jagdrecht verfügen, es ausüben oder stattdessen ein Wildschutzgebiet errichten. Für eine solche Differenzierung fehlte nach Auffassung des EGMR jeder einsehbarer Grund, weshalb die Regelung als Konventionsverstoß angesehen wurde.

Art. 14 verbietet es also im Grundsatz, die Großen besser als die Kleinen, die Reichen besser als die weniger Reichen oder die Armen zu behandeln. Von diesem Ansatz her ist das progressive Steuersystem durchaus konventionskonform, da es Personen mit höherem Einkommen eine prozentual stärkere Belastung zumutet als Personen mit niedrigerem Einkommen. Wo die obere Grenze gezogen wird, von der an keine Erhöhung des Steuersatzes mehr stattfindet, liegt im Ermessen des nationalen Gesetzgebers.

Diskussionsbedürftig ist dagegen die Regelung in § 13b ErbStG: Wer über einen Anteil von mehr als 25 % an einer AG verfügt, ist weitgehend von der Erbschaftsteuer befreit, wenn das Unternehmen mindestens fünf Jahre fortgeführt wird. Personen, die weniger als 25 % besitzen, müssen auch dann den vollen Erbschaftsteuersatz bezahlen, wenn sie sich zusammen mit andern erfolgreich um eine Fortführung bemühen (oder diese sowieso für jeden wirtschaftlich denkenden Menschen von vorne herein auf der Hand liegt). Wo liegt in einem solchen Fall der sachliche Grund, kleinere oder kleine Aktionäre von der Begünstigung auszuschließen?

VII. Sonstiger Status

Nicht ausdrücklich in Art. 14 EMRK oder in Art. 21 GRC genannte Merkmale haben in Rechtsprechung und Literatur bisher keine sehr große Rolle gespielt. Einigkeit besteht darüber, dass jedenfalls personengebundene Merkmale erfasst sind, die den ausdrücklich genannten vergleichbar sind.⁶⁴ So hat der EGMR die in Belgien bestehende Pflicht von Anwaltsanwärtinnen, unentgeltlich Strafverteidigungen zu übernehmen, an Art. 14 EMRK gemessen. Er kam allerdings zu dem Ergebnis, dass das Fehlen entsprechender Pflichten bei Ärzten, Apothekern, Tierärzten und Zahnärzten keine Benachteiligung der Anwaltsanwärtinnen bedeute, da die Situation der anderen freien Berufe eine andere sei.⁶⁵ Ein anderer wichtiger Anwendungsfall war die schlechtere Stellung nichtehelicher Väter im Vergleich zu geschiedenen Vätern gegenüber ihren leiblichen Kindern: Das nach

⁶⁴ Jarass, (oben Fn. 20), Art. 21 Rn. 24

⁶⁵ EGMR 23.11.1983 – Nr. 8919/80, EGMR-E 2, 295 ff. Tz. 42 ff. – van der Musselle

damaligem deutschen Recht bestehende Umgangsrecht war bei nichtehelichen Kindern grundsätzlich vom Wohlwollen der Mutter abhängig und konnte nur erzwungen werden, wenn dies in nachweisbarer Weise dem Wohle des Kindes diene. Dies wurde als Verstoß gegen Art. 14 EMRK qualifiziert, ohne dass darauf abgestellt worden wäre, welches der dort genannten Merkmale betroffen war.⁶⁶ In den Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes gehört nach deutschem Verständnis der Fall, dass der Vermieter von Wohnraum in Bezug auf den Ausschluss der Vollstreckbarkeit von Räumungstiteln schlechter steht als der Vermieter sonstiger Räumlichkeiten – Art. 14 war insoweit nicht verletzt.⁶⁷

Weiter ist in diesem Zusammenhang an die äußere Erscheinung eines Menschen zu denken. So darf etwa bei Prüfungen die Art der Kleidung die Bewertung grundsätzlich nicht beeinflussen,⁶⁸ was auch für die Beurteilung von Bewerbern von Bedeutung sein könnte. Erinnert sei weiter an die Entscheidung des ArbG Marburg,⁶⁹ wonach es eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen kann, wenn jemand wegen seiner Körperfülle nach Auslaufen seines befristeten Arbeitsvertrags nicht weiterbeschäftigt wird, obwohl an seiner Eignung für die bisher ausgeübte Tätigkeit keinerlei Zweifel bestehen und diese auch weiter notwendig ist. In Extremfällen kann sich Fettleibigkeit als (einfache) Behinderung darstellen, wenn dadurch – anders als in dem genannten Fall – die Teilhabe am Berufsleben beeinträchtigt ist.⁷⁰ Konturenschärfer ist insoweit das französische Recht, das ausdrücklich Diskriminierungen wegen des „körperlichen Erscheinungsbildes“ verbietet.⁷¹ Dies ließe sich unschwer auch im Rahmen von Art. 14 EMRK und Art. 21 GRC vertreten.

Wenig Aufmerksamkeit hat man bisher auf die Frage verwendet, welche Entscheidungskriterien eigentlich übrigbleiben, wenn man den vorliegenden Katalog von Diskriminierungsgründen mit Rücksicht auf seine Offenheit deutlich erweitern würde. Dies hängt letztlich davon ab, wie die Durchbrechungsmöglichkeiten beschaffen sind; reicht schon ein „sachlicher Grund“ oder eine „willkürfreie Entscheidung“, so ändert sich am Status quo praktisch nichts. Würde man die Rechtfertigungsanforderungen deutlich

⁶⁶ EGMR 11.10.2001 – Nr. 34045/96 – Hoffmann; ebenso EGMR 8.7.2003 – 30943/96 – Sahin

⁶⁷ EGMR 28.9.1995 – Nr. 12868/87 – Spadea und Scalabrino

⁶⁸ VG Berlin 19.2.2020 – VG 12k 529.18, AuR 2020, 233

⁶⁹ 13.2.1998 – 2 Ca 482/97, NZA-RR 1999, 124

⁷⁰ EuGH 16.10.2014 – C-354/13, NZA 2015, 33, bestätigt durch EuGH 18.1.2018 – C-270/16, NZA 2018, 159

⁷¹ Le Friant AuR 2003, 53; Auzéro/Baugard/Dockès, Droit du travail, 31e édition, Paris 2018, Rn. 725 („apparence physique“)

höher ansetzen, gar „Unabdingbarkeit“ verlangen, so wären Auswahlentscheidungen nur noch dann rechtlich unangreifbar, wenn sie anonym und ausschließlich nach Leistungskriterien erfolgen würden. Damit würden marktwirtschaftliche Grundsätze auf die Spitze getrieben, da letztlich der Markt darüber entscheiden würde, was als „Leistung“ zu qualifizieren ist. Die Individualität des Einzelnen und ihr spezifischer Wert blieben auf der Strecke. Bei dem hier skizzierten Maß an Diskriminierungsschutz ist man von solchen Gefahren noch weit entfernt: Es geht allein um die Herstellung von Chancengleichheit für potentiell Benachteiligte.⁷²

⁷² Wendeling-Schröder, NZA 2004, 1320 (zum AGG)