

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 338

„Kundenpräferenzen“ als Rechtfertigungsgrund

Zulässigkeit von Benachteiligungen Beschäftigter
im Hinblick auf Interessen Dritter

Von

Melanie Buhk



Duncker & Humblot · Berlin

MELANIE BUHK

„Kundenpräferenzen“ als Rechtfertigungsgrund

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 338

„Kundenpräferenzen“ als Rechtfertigungsgrund

Zulässigkeit von Benachteiligungen Beschäftigter
im Hinblick auf Interessen Dritter

Von

Melanie Buhk



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg hat diese Arbeit im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-14907-0 (Print)
ISBN 978-3-428-54907-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84907-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbsttrimester 2015 von der Bucerius Law School in Hamburg als Dissertation angenommen. Sie wurde im Juli 2015 fertiggestellt und berücksichtigt die bis dahin erschienene Literatur und Rechtsprechung. Mit der mündlichen Prüfung am 15. Februar 2016 wurde das Promotionsverfahren abgeschlossen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Matthias Jacobs, der bereits im Studium meine Begeisterung für das Arbeitsrecht weckte. Seiner großartigen Förderung verdanke ich nicht zuletzt die Teilnahme an verschiedenen internationalen Doktorandenprogrammen, die mir neue Perspektiven auf die Thematik eröffnet haben und die ich fachlich und persönlich als große Bereicherung empfunden habe. Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer danke ich für die trotz des Umfangs der Arbeit äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gilt auch der Studienstiftung des deutschen Volkes für die finanzielle und ideelle Förderung im Rahmen eines Promotionsstipendiums. Bedanken möchte ich mich ferner bei der Kanzlei Gibson, Dunn & Crutcher LLP für die Ermöglichung eines Forschungssemesters an der Duke Law School durch die Aufnahme in das wunderbare „Gibson Dunn US Fellowship Program 2011“. Mein Dank gilt zudem der Kanzlei Kliemt & Vollstädt für die Auszeichnung der Arbeit mit dem Kliemt & Vollstädt-Dissertationspreis 2015 sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Während der Promotionszeit haben mir zahlreiche Freunde und Familienmitglieder mit motivierendem Zuspruch, gutem Rat und hilfreicher Tat zur Seite gestanden. An erster Stelle ist Dr. Fabian Walla zu nennen, auf dessen zuverlässige Ratschläge ich bereits seit dem Studium zählen darf. Er hat mir als geduldiger Diskussionspartner immer wieder Gelassenheit vermittelt und nicht zuletzt das komplette Manuskript der Arbeit aufmerksam durchgesehen. Auch Wiebke Thurm hat mir in verschiedenen Phasen der Arbeit – insbesondere durch ihre gründlichen Korrekturen – viele scharfsinnige Denkanstöße gegeben. Katharina Goldberg und meine Eltern Cornelia und Holger Buhk standen mir ebenfalls als engagierte Korrekturleser zur Seite. Ihnen allen und weiteren Unterstützern im Familien- und Freundeskreis, deren Beistand über die Jahre auf vielen verschiedenen Wegen erfolgte, danke ich von Herzen.

Hamburg, im Juli 2016

Melanie Buhk

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	31
B. Einführung: Begriff und Problematik der Kundenpräferenzen	35
I. Etymologische Annäherung	35
1. Kundenbegriff	35
2. Präferenzbegriff	46
3. Zusammenfassende Begriffskonkretisierung	49
II. Ökonomische Annäherung	49
1. Grundlagen	50
2. Wirkungszusammenhänge und Bedeutung	51
3. Messbarkeit	53
4. Studien	54
5. Zusammenfassung der Ergebnisse der ökonomischen Annäherung ..	69
III. Rechtliche Annäherung	70
1. Faktische Ausgangs- und Interessenlage	70
2. Rechtliche Ausgangslage	73
3. Zusammenfassung der Ergebnisse der rechtlichen Annäherung	101
C. Kundenpräferenzen im US-amerikanischen Recht	103
I. Grundlagen	103
1. Vorbildcharakter US-amerikanischer Antidiskriminierungsregelungen	103
2. Kein Rechtsvergleich im klassischen Sinn	104
3. US-amerikanisches Recht als Inspirationsquelle	106
II. Gesetzliche Ausgangslage	106
1. Title VII des Civil Rights Act of 1964	107
2. Age Discrimination in Employment Act of 1967	112
3. Americans with Disabilities Act of 1990	116
4. „Blickrichtung“ bei der Beleuchtung US-amerikanischen Rechts ...	118
III. Bona fide occupational qualification defense des Title VII	118
1. Gesetzgebungsgeschichte der BFOQ-Ausnahme des Title VII	119
2. Guidelines der Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)	122
3. Rechtsprechung zur BFOQ-Ausnahme	125
4. Schrifttum zur BFOQ-Ausnahme	180
IV. Business necessity defense des Title VII	212
1. Gesetzgebungsgeschichte der business necessity defense	213
2. Guidelines der EEOC	214

3. Rechtsprechung zur business necessity defense	215
4. Schrifttum zur business necessity defense	232
V. Zusammenfassung der Ergebnisse des Blicks in das US-amerikanische Recht	246
1. Rechtfertigung unmittelbarer Benachteiligungen	246
2. Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligungen	247
D. Europarechtliche Vorgaben	248
I. Grundlagen	249
1. EU-Richtlinien	249
2. Wesentliche Vorschriften	250
3. Problematik der Generalklauseln und Folgerungen für die weitere Struktur dieses Kapitels	254
II. Geschichtlicher Hintergrund der Richtlinien	256
1. Ursprung: Grundsatz der Geschlechtergleichbehandlung	256
2. Neue Beschäftigungsvorschriften durch den Vertrag von Amster- dam	257
3. Maßnahmen auf Grundlage der Art. 141 Abs. 3 EG und Art. 13 EG	259
III. Programmatische Ausrichtung und Gleichheitskonzept der Richtlinien	260
1. Verschiedene Antidiskriminierungsprogrammatiken nach Lobinger	261
2. Programmatik der Antidiskriminierungsrichtlinien	263
3. Zusammenfassung des Ergebnisses zur programmatischen Ausrichtung	271
IV. Rechtsprechung des EuGH zu Kundenpräferenzfällen	272
1. Geschlecht	273
2. Alter	280
3. Rasse oder ethnische Herkunft – Feryn	287
4. Sexuelle Ausrichtung – Asociatia ACCEPT	290
5. Zusammenfassung des Ergebnisses der Betrachtung der EuGH- Rechtsprechung	293
V. Vorgaben der Antidiskriminierungsrichtlinien	294
1. Hierarchie der Diskriminierungsmerkmale	294
2. Rechtfertigungsbestimmungen – Auslegung	299
3. Zusammenfassung der europarechtlichen Vorgaben	346
E. Rechtfertigung im Hinblick auf Kundenpräferenzen nach deutschem Recht	350
I. Gegenüberstellung/Abweichungen von den Richtlinien	351
1. Rechtfertigung wegen beruflicher Anforderungen gemäß § 8 Abs. 1 AGG	351
2. Rechtfertigung einer Altersbenachteiligung gemäß § 10 S. 1 und 2 AGG	352
3. Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung	353
II. Gesetzgebungsgeschichte und Vorläufervorschrift § 611a Abs. 1 S. 2 BGB a.F.	353

1. Ausgangspunkt: Verbot der geschlechtsbezogenen Benachteiligung .	353
2. Ablösung durch das AGG	359
III. Rechtsprechung	375
1. Konkretisierung der Rechtfertigungsbestimmungen durch die Bundesgerichte	376
2. Fälle mit Bezug zu Kundenpräferenzen	390
3. Zusammenfassung: Ergebnis der Rechtsprechungsbetrachtung	476
IV. Lösungsansätze aus dem Schrifttum	477
1. Meinungsspektrum	478
2. Einzelne Lösungsansätze aus dem Schrifttum	482
3. Zusammenfassende Bewertung des Umgangs mit der Kundenpräferenzproblematik im Schrifttum	502
V. Vorschlag eines Prüfungsrasters zur Beurteilung der Kundenpräferenzfälle	503
1. Ansprüche an ein Lösungsmodell – Lektionen aus den vorgehenden Kapiteln	503
2. Prüfungsraster zur Beurteilung der Kundenpräferenzfälle	506
VI. Anwendung des Prüfungsrasters auf ausgewählte Fälle	574
1. Problemkreis „Kommerzialisierung von (meist weiblichem) Sex-Appeal in plus-sex businesses“	575
2. Problemkreis „Rechtfertigung im Hinblick auf die Privatsphäre der Kunden“	582
3. Problemkreis „Anforderungen an das äußere Erscheinungsbild – insbesondere Kleiderordnungen“	588
4. Problemkreis „Anforderungen an Sprachkenntnisse des Beschäftigten“	597
5. Schlussbetrachtungen	602
F. Zusammenfassung/Thesen	605
I. Zu Kapitel B. (etymologische, ökonomische, rechtliche Annäherung an die Thematik)	605
II. Zu Kapitel C. (US-amerikanisches Recht)	607
III. Zu Kapitel D. (europarechtliche Vorgaben)	608
IV. Zu Kapitel E. (deutsches Recht)	611
Entscheidungsregister	617
Literaturverzeichnis	645
Sachverzeichnis	677

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	31
B. Einführung: Begriff und Problematik der Kundenpräferenzen	35
I. Etymologische Annäherung	35
1. Kundenbegriff	35
a) Ursprünglich: Begrenzung des Kundenbegriffs auf Verkaufsbeziehungen	35
b) Erweiterung des Kundenbegriffs	37
aa) Bürger als Kunde	38
bb) Klient als Kunde	40
cc) Patient als Kunde	42
dd) Schlussfolgerungen in Bezug auf den Kundenbegriff dieser Untersuchung	45
2. Präferenzbegriff	46
a) „Ob“ der Verwendung	46
b) „Wie“ der Verwendung	48
3. Zusammenfassende Begriffskonkretisierung	49
II. Ökonomische Annäherung	49
1. Grundlagen	50
2. Wirkungszusammenhänge und Bedeutung	51
3. Messbarkeit	53
4. Studien	54
a) Theoretischer Unterbau	54
b) Beispiel 1: Professioneller Sport	56
aa) Fanpräferenzen im Basketball	57
bb) Fanpräferenzen im Fußball	60
cc) Ergebnis zu Kundenpräferenzstudien im Profisport	61
c) Beispiel 2: Medizin	62
aa) Allgemeinmedizin	62
bb) Gynäkologie	63
cc) Ergebnis zu Kundenpräferenzstudien im Gesundheitswesen	65
d) Beispiel 3: Einzelhandel/Gastronomie	66
aa) Einzelhandel	66
bb) Gastronomie	67
cc) Ergebnis zu Kundenpräferenzstudien in Einzelhandel und Gastronomie	69
5. Zusammenfassung der Ergebnisse der ökonomischen Annäherung	69

III. Rechtliche Annäherung	70
1. Faktische Ausgangs- und Interessenlage	70
a) Konstellationen	70
b) Parteien und Interessenlage	71
aa) Kundeninteressen	71
bb) Arbeitgeberinteressen	72
cc) Beschäftigteninteressen	73
2. Rechtliche Ausgangslage	73
a) Vor Inkrafttreten des AGG	74
aa) § 611a BGB a.F.	74
bb) § 81 Abs. 2 SGB IX a.F.	76
cc) § 75 BetrVG	77
dd) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	79
ee) Schutz über die Generalklauseln auf Grund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte	81
(1) Schutz über das Gleichheitsrecht des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	82
(2) Schutz über die Freiheitsrechte – insbesondere Art. 4 Abs. 1 und 2, 12 und 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 GG	82
(a) „Kopftuchentscheidung“ des BAG	83
(b) Weitere Entscheidungen	84
ff) Weitere spezialgesetzliche Diskriminierungsverbote	85
b) Seit Inkrafttreten des AGG	86
aa) Anwendungsbereich	87
(1) Diskriminierungsschutz in allen Phasen des Beschäfti- gungsverhältnisses	87
(2) Diskriminierungsschutz nicht nur für Arbeitnehmer	88
bb) Benachteiligungsformen	89
(1) (Un)mittelbare Benachteiligung	89
(2) (Sexuelle) Belästigung	91
(3) Anweisung zur Benachteiligung	92
cc) Rechtfertigung von Benachteiligungen	92
(1) Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung	93
(a) Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen	93
(b) Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung	94
(c) Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters	96
(d) Positive Maßnahmen	97
(2) Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung	99
dd) Maßnahmen gegenüber benachteiligenden Dritten	99
c) Änderung früheren Rechts bei Inkrafttreten des AGG	100
3. Zusammenfassung der Ergebnisse der rechtlichen Annäherung	101

C. Kundenpräferenzen im US-amerikanischen Recht	103
I. Grundlagen	103
1. Vorbildcharakter US-amerikanischer Antidiskriminierungsregelungen	103
2. Kein Rechtsvergleich im klassischen Sinn	104
3. US-amerikanisches Recht als Inspirationsquelle	106
II. Gesetzliche Ausgangslage	106
1. Title VII des Civil Rights Act of 1964	107
a) Diskriminierungsverbote	107
b) Rechtfertigungsmöglichkeiten	108
aa) Rechtfertigung einer disparate treatment Diskriminierung	108
bb) Rechtfertigung einer disparate impact Diskriminierung	110
c) Vorbildfunktion des Title VII	111
2. Age Discrimination in Employment Act of 1967	112
a) Diskriminierungsverbot	112
b) Rechtfertigungsmöglichkeiten	113
c) Vorbildfunktion des ADEA	116
3. Americans with Disabilities Act of 1990	116
a) Diskriminierungsverbot	116
b) Rechtfertigungsmöglichkeiten	117
c) Vorbildfunktion des ADA	118
4. „Blickrichtung“ bei der Beleuchtung US-amerikanischen Rechts	118
III. Bona fide occupational qualification defense des Title VII	118
1. Gesetzgebungsgeschichte der BFOQ-Ausnahme des Title VII	119
a) Hintergrund des Title VII allgemein	119
b) Hintergrund der fehlenden Rassen-/Hautfarben-BFOQ	120
c) Hintergrund der Geschlechter-BFOQ	120
2. Guidelines der Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)	122
a) Inhalt der Richtlinien	123
b) Bedeutung der Richtlinien	124
3. Rechtsprechung zur BFOQ-Ausnahme	125
a) Von der Rechtsprechung entwickelte Prüfungsschritte	125
aa) „All or substantially all“-Test	126
bb) „Essence of the business“-Test	127
cc) „Less discriminatory alternatives“-Test	129
b) Entscheidungen des U.S. Supreme Court	131
aa) Dothard v. Rawlinson	131
bb) International Union, UAW v. Johnson Controls, Inc.	133
cc) Schlüsse aus einem Vergleich der U.S. Supreme Court-Entscheidungen	136
c) Fallgruppen	136
aa) Authentizität	138

(1) Zulässige Authentizität-BFOQs	138
(2) Unzulässige Authentizität-BFOQs	139
(a) Wilson v. Southwest Airlines Co.	139
(b) EEOC v. Joe's Stone Crab, Inc.	141
(3) Zusammenfassende Beobachtungen zur Authentizitäts-BFOQ	143
bb) Privatsphäre	143
(1) Zulässige Privatsphäre-BFOQs	145
(a) Hausmeistertätigkeiten	145
(b) Tätigkeiten im Gesundheitswesen	147
(aa) Tätigkeiten auf der Entbindungsstation	147
(bb) Pflegetätigkeiten in Altersheimen	148
(cc) Weitere Beispiele aus dem Gesundheitsbereich	151
(c) Tätigkeiten in Gefängnissen	153
(2) Unzulässige Privatsphäre-BFOQs	155
(a) Tätigkeiten in Gefängnissen	155
(b) Tätigkeiten im Gesundheitswesen	157
(aa) EEOC v. Sedita	157
(bb) Körperliche Privatsphäre nur minimal betroffen	158
(3) Zusammenfassende Beobachtungen zur Privatsphäre-BFOQ	160
cc) Sicherheit	161
(1) Zulässige Sicherheits-BFOQ	162
(a) Tätigkeiten bei Fluggesellschaften	162
(b) Tätigkeiten in Gefängnissen	164
(2) Unzulässige Sicherheits-BFOQ	164
(3) Zusammenfassende Beobachtungen zur Sicherheits-BFOQ	166
dd) Fälle mit Auslandsberührung – Präferenzen von Kunden eines anderen Kulturkreises	167
(1) American Jewish Congress v. Carter	167
(2) Fernandez v. Wynn Oil Co.	168
(3) Ames v. Cartier, Inc.	169
(4) Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano	170
(5) Zusammenfassende Beobachtungen	171
d) Fälle zu Kundenpräferenzen bezüglich der Rasse	172
aa) Miller v. Texas State Board of Barber Examiners	173
bb) Rucker v. Higher Educational Aids Board	174
cc) Ray v. University of Arkansas	176
dd) Chaney v. Plainfield Healthcare Center	177
ee) Zusammenfassende Beobachtungen	179
e) Ergebnis zur Rechtsprechung bezüglich der BFOQ-Ausnahme ..	179

4. Schrifttum zur BFOQ-Ausnahme	180
a) Meinungsspektrum zur BFOQ-Ausnahme	180
b) Problemkreise	180
aa) Themenkomplex 1: BFOQ-Ausnahme und der „essence of the business“-Test	181
(1) Epstein	181
(2) Yuracko	183
(3) Cantor	184
(4) Zusammenfassung	187
bb) Themenkomplex 2: Plus-sex businesses	187
(1) Hooters als Anschauungsbeispiel für die plus-sex business Problematik	188
(2) McGinley	189
(3) Cahill	191
(4) Zusammenfassung	192
cc) Themenkomplex 3: Privatsphäre-BFOQ	193
(1) Kapczynski	193
(2) Berman	195
(3) Waldman	195
(4) Zusammenfassung	198
dd) Themenkomplex 4: Fälle mit Auslandsberührung	199
(1) Winterscheidt und Lewis/Ottley	199
(2) Stegura und Cohn	202
(3) Zusammenfassung	203
ee) Themenkomplex 5: Notwendigkeit einer Rassen-BFOQ	203
(1) Besonderheiten des Merkmals Rasse	204
(2) Frymer/Skrentny	205
(a) Polizeiwesen und Bildungssektor	205
(b) Geschäftswelt	207
(3) Bryant vs. Frank	207
(a) Bryants Argumente für die Schaffung einer Rassen- BFOQ	208
(b) Franks Argumente gegen die Schaffung einer Rassen-BFOQ	209
(4) Zusammenfassung	210
c) Ergebnis zur Diskussion der BFOQ-Ausnahme im Schrifttum ..	211
IV. Business necessity defense des Title VII	212
1. Gesetzgebungsgeschichte der business necessity defense	213
2. Guidelines der EEOC	214
3. Rechtsprechung zur business necessity defense	215
a) Äußeres Erscheinungsbild des Beschäftigten	215
aa) Diskriminierung auf Grund des Merkmals Rasse	216
(1) Rogers v. American Airlines	217

(2) Woods v. Safeway Stores, Inc.	219
(3) Bradley v. Pizzaco of Nebraska, Inc.	220
(4) Zusammenfassung.	221
bb) Diskriminierung auf Grund des Merkmals Religion	222
(1) EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc.	223
(2) Cloutier v. Costco Wholesale Corporation	224
(3) Zusammenfassung.	225
b) English-Only Rules	226
aa) Garcia v. Gloor	227
bb) Jurado v. Eleven-Fifty Corporation.	228
cc) EEOC v. Sephora USA, LLC	228
dd) Pacheco v. New York Presbyterian Hospital	230
ee) Zusammenfassung	231
c) Ergebnis zur Rechtsprechung bezüglich der business necessity defense	232
4. Schrifttum zur business necessity defense	232
a) Themenkomplex 1: Äußeres Erscheinungsbild des Beschäftigten	232
aa) Turner	234
bb) Bello	235
cc) Bandsuch	236
(1) TOC Framework	237
(2) Funktionsweise des Ansatzes anhand des Anschauungsbeispiels Rogers	238
dd) Zusammenfassung	240
b) Themenkomplex 2: English-Only Rules	240
aa) Jacobsen und Rodriguez	241
bb) Lloyd	243
cc) Zusammenfassung	245
c) Ergebnis zum Schrifttum bezüglich der business necessity defense	246
V. Zusammenfassung der Ergebnisse des Blicks in das US-amerikanische Recht	246
1. Rechtfertigung unmittelbarer Benachteiligungen	246
2. Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligungen	247
D. Europarechtliche Vorgaben	248
I. Grundlagen	249
1. EU-Richtlinien	249
2. Wesentliche Vorschriften	250
a) Diskriminierungsverbote	250
b) Rechtfertigungsmöglichkeiten	251
aa) Durch § 8 Abs. 1 AGG umgesetzte Regelungen	251
bb) Durch § 10 S. 1 und 2 AGG umgesetzte Regelung	252

cc) Durch § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG umgesetzte Regelungen	253
dd) Weitere Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot	253
3. Problematik der Generalklauseln und Folgerungen für die weitere Struktur dieses Kapitels	254
II. Geschichtlicher Hintergrund der Richtlinien	256
1. Ursprung: Grundsatz der Geschlechtergleichbehandlung	256
2. Neue Beschäftigungsvorschriften durch den Vertrag von Amster- dam	257
a) Art. 141 Abs. 3 EG (nunmehr Art. 157 Abs. 3 AEUV)	258
b) Art. 13 EG (nunmehr Art. 19 AEUV)	258
3. Maßnahmen auf Grundlage der Art. 141 Abs. 3 EG und Art. 13 EG	259
a) Maßnahmenpaket auf Grundlage des Art. 13 EG	259
b) Maßnahmen auf Grundlage des Art. 141 Abs. 3 EG	260
III. Programmatische Ausrichtung und Gleichheitskonzept der Richtlinien	260
1. Verschiedene Antidiskriminierungsprogrammatiken nach Lobinger	261
2. Programmatik der Antidiskriminierungsrichtlinien	263
a) Elemente integritätsschützender Ansätze	264
b) Elemente integrations- und verteilungspolitischer Ansätze	265
c) Elemente sozial- und moralpädagogischer Ansätze	266
d) Schwerpunkt	268
aa) Fundierung im Schutz der Menschenwürde	268
bb) Verteilungspolitische Ausrichtung im Kontext der Beschäfti- gungsstrategie	269
3. Zusammenfassung des Ergebnisses zur programmatischen Ausrich- tung	271
IV. Rechtsprechung des EuGH zu Kundenpräferenzfällen	272
1. Geschlecht	273
a) Privatsphäreinteressen	273
b) Sicherheitsinteressen	274
aa) Johnston	275
bb) Sirdar	276
cc) Kreil	276
c) Privatsphäre- und Sicherheitsinteressen?	277
d) Zusammenfassung/Beobachtungen	278
2. Alter	280
a) Petersen	281
b) Wolf	282
c) Prigge	283
d) Zusammenfassung/Beobachtungen	285
3. Rasse oder ethnische Herkunft – Feryn	287
a) Sachverhalt	287
b) Schlussanträge des Generalanwalts/Entscheidung des EuGH	288

c) Vereinbarkeit mit europäischer Antidiskriminierungs- programmatik	289
4. Sexuelle Ausrichtung – Asociatia ACCEPT	290
a) Fall als Ausgangspunkt für Überlegungen zu homophoben Fanpräferenzen	290
b) Vereinbarkeit mit europäischer Antidiskriminierungs- programmatik	292
5. Zusammenfassung des Ergebnisses der Betrachtung der EuGH- Rechtsprechung	293
V. Vorgaben der Antidiskriminierungsrichtlinien	294
1. Hierarchie der Diskriminierungsmerkmale	294
a) Argumente für eine Hierarchie	295
b) Argumente gegen eine Hierarchie	296
c) Gründe für die unterschiedliche Behandlung der Diskriminierungsgründe	298
d) Unterschiede bei der Auslegung der Rechtfertigungs- bestimmungen	299
2. Rechtfertigungsbestimmungen – Auslegung	299
a) Rechtfertigung wegen beruflicher Voraussetzungen	301
aa) Vorläuferregelung Art. 2 Abs. 2 GenderVorgRL	301
(1) Grammatikalische Auslegung	302
(2) Historische Auslegung	303
(3) Teleologische Auslegung	304
(4) Ergebnis	304
bb) „Zusammenhängendes Merkmal“ – Bezugspunkt der beruf- lichen Anforderung	304
(1) Grammatikalische Auslegung	305
(2) Systematische Auslegung	306
(3) Historische/Teleologische Auslegung	307
(4) Ergebnis	308
cc) „... wenn das betreffende Merkmal“ – Positive Anknüpfung an das geschützte Merkmal	308
(1) Grammatikalische Auslegung	309
(2) Historische Auslegung	309
(3) Teleologische Auslegung	310
(4) Ergebnis	310
dd) „Wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung“ .	310
(1) Grammatikalische Auslegung	310
(2) Systematische Auslegung	314
a) Arbeitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund gemäß Art. 4 Abs. 2 BeschäftiggsRL	314
b) Zivilrechtlicher Rechtfertigungsgrund gemäß Art. 4 Abs. 5 GenderZivRL	315

(3) Historische Auslegung	316
(4) Teleologische Auslegung	318
(5) Ergebnis	320
ee) „Rechtmäßiger Zweck“ und „angemessene Anforderung“	320
(1) Grammatikalische Auslegung	320
(2) Historische Auslegung	322
(3) Teleologische Auslegung	324
(4) Ergebnis	324
b) Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung	324
aa) „... durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt“	325
(1) Grammatikalische Auslegung	325
(2) Historische Auslegung	326
(3) Teleologische Auslegung	329
(4) Ergebnis	330
bb) „... und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels ange- messenen und erforderlich“	331
(1) Grammatikalische Auslegung	331
(2) Historische Auslegung	332
(3) Ergebnis	332
c) Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung	333
aa) „Legitimes Ziel“	333
(1) Grammatikalische Auslegung	335
(2) Systematische Auslegung	336
(3) Historische Auslegung	338
(a) Entstehungsgeschichte der Formulierung „im Rahmen des nationalen Rechts“	339
(b) Entstehungsgeschichte des „insbesondere“- Einschubs	340
(4) Teleologische Auslegung	341
(5) Ergebnis	342
bb) „... die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind angemessen und erforderlich“	343
cc) Objektiv und angemessen	343
d) Verhältnis der Rechtfertigungsgründe zueinander	344
3. Zusammenfassung der europarechtlichen Vorgaben	346
E. Rechtfertigung im Hinblick auf Kundenpräferenzen nach deutschem Recht	350
I. Gegenüberstellung/Abweichungen von den Richtlinien	351
1. Rechtfertigung wegen beruflicher Anforderungen gemäß § 8 Abs. 1 AGG	351
2. Rechtfertigung einer Altersbenachteiligung gemäß § 10 S. 1 und 2 AGG	352
3. Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung	353

II. Gesetzgebungsgeschichte und Vorläufervorschrift § 611a Abs. 1 S. 2 BGB a.F.	353
1. Ausgangspunkt: Verbot der geschlechtsbezogenen Benachteiligung .	353
a) Geschichtlicher Hintergrund des Benachteiligungsverbots	354
b) Begründung der Rechtfertigungsregelung in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB a.F.	355
c) Stellungnahme des Bundesrates	356
d) Antwort der Bundesregierung	356
e) Liste der Bundesregierung	357
2. Ablösung durch das AGG	359
a) Entstehungsgeschichte des AGG	359
b) Hauptstreitpunkte in der rechtspolitischen Debatte	360
aa) ADG-E-Beratungen	360
bb) AGG-Beratungen	362
c) Zielsetzung deutscher Antidiskriminierungsgesetzgebung	363
aa) Plenardebatten	363
bb) Gesetzgebungsmaterialien	365
(1) Primär: Integritätsschützende Ausrichtung	365
(2) Sekundär: Verteilungspolitische Ausrichtung zugunsten besonders benachteiligter Gruppen	365
cc) Zwei Zielsetzungen – Orientierungshilfen für die Kunden- präferenzfrage	367
d) Insbesondere: Begründung und Entwicklung der Ausnahme- bestimmungen	368
aa) Hintergrund des § 8 Abs. 1 AGG	368
(1) Entstehungsgeschichte.	368
(2) Gleichlauf der Maßstäbe von § 8 Abs. 1 AGG und § 611a Abs. 1 S. 2 BGB a.F.	369
(3) Begründung zu § 8 Abs. 1 AGG	370
bb) Hintergrund des § 10 AGG	372
(1) Entwicklungsgeschichte des § 10 AGG	372
(2) Begründung zu § 10 S. 1 und 2 AGG	372
(3) Gleichlauf der Maßstäbe von § 10 S. 1 und 2 AGG und § 3 Abs. 2 AGG	374
cc) Hintergrund des § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG	374
e) Ergebnis der Betrachtung der AGG-Gesetzgebungsgeschichte . .	375
III. Rechtsprechung	375
1. Konkretisierung der Rechtfertigungsbestimmungen durch die Bundesgerichte	376
a) Konkretisierung des § 611a Abs. 1 S. 2 BGB a.F. durch das BAG	376
b) Konkretisierung des § 8 Abs. 1 AGG durch das BAG	377
aa) Wesentlich und entscheidend	378

bb) Berufliche Anforderung	378
cc) Rechtmäßiger Zweck und Angemessenheit	379
c) Konkretisierung des § 10 AGG durch die Bundesgerichte	380
aa) Keine rechtswidrigen Ziele	381
bb) Objektiv und angemessen	381
cc) Angemessen und erforderlich	382
dd) Legitimes Ziel	382
(1) Auffassungen der Arbeitsgerichte	382
(a) Auffassungen der BAG-Senate	383
(b) Auffassungen der LAGe	384
(2) Auffassungen der Verwaltungsgerichte	385
(a) Auffassung des BVerwG	385
(b) Auffassungen der OVGe	386
(3) Auffassung des BGH	386
(4) Ergebnis zur Auslegung des „legitimen Ziels“ durch die Rechtsprechung	388
d) Konkretisierung des § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG durch das BAG	388
aa) Sachliche Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel	388
bb) Erforderlich und angemessen	389
2. Fälle mit Bezug zu Kundenpräferenzen	390
a) Geschlecht	390
aa) Zulässige Rechtfertigungen	390
(1) Privatsphäre	390
(a) Medizinische/Pflegerische Tätigkeiten	391
(aa) BAG: Arzthelferin in einer chirurgischen Praxis	391
(bb) ArbG Hamburg: Pflegekraft in einer Beleg- arztambulanz	392
(b) (Sozial)pädagogische Tätigkeiten	394
(aa) BAG: Erzieherin/Sportlehrerin/ Sozialpädagogin in einem Mädcheninternat	394
(bb) ArbG Göttingen: Sozialpädagoge beim Jugendamt mit dem Aufgabengebiet als Amtsvormund/Amtspflegerin	395
(c) LAG Köln: Verkäuferin für Damenober- und Damenbadebekleidung	396
(2) Authentizität	397
(a) LAG Berlin: Frauenreferentin bei einer politischen Partei	398
(b) ArbG München: Geschäftsführerin eines Frauen- verbandes	399
(c) ArbG Köln: Bundesgeschäftsführerin bei einem katholischen Frauenverband	400

(d) ArbG Köln: Geschäftsführerin bei einem Verein, der durch männliche Gewalt traumatisierte Frauen und Mädchen in Kriegs- und Krisengebieten betreut	400
(e) ArbG Bonn: Kundenbetreuerin bei einem Finanzdienstleistungsunternehmen mit frauen- spezifischem Betätigungsfeld	401
(3) Schnittstelle Privatsphäre/Authentizität	403
(a) ArbG Köln: Sozialarbeiterin im Projekt „Recht auf Selbstbestimmung – gegen Zwangsverheiratung“ ..	404
(b) BAG: kommunale Gleichstellungsbeauftragte	405
(4) Sicherheit	407
bb) Unzulässige Rechtfertigungen	409
(1) Ratio nicht erkennbar	409
(a) BAG: Sozialarbeiter im Wohnheim für straf- entlassene Männer	409
(b) BAG: Gleichstellungsbeauftragte	410
(c) LAG Düsseldorf: Sozialpädagoge/Diplom- pädagoge/Heimerzieher für sozialpädagogische Arbeiten im Jugendbereich	411
(d) BAG: Lehrkraft in sonderpädagogischer Schule mit hohem Jungenanteil	411
(2) Privatsphäre	412
(3) Authentizität	413
(4) Sicherheit	414
(5) Kulturkreisübergreifende Kundenpräferenzen	415
cc) Zusammenfassung der Beobachtungen	417
(1) Sachverhalt	417
(2) Rechtliche Würdigung	417
(3) Tendenzen	418
b) Rasse und ethnische Herkunft	419
aa) Zulässige Sprachanforderungen	420
(1) BAG: Werker in der Spritzgussabteilung eines Automobilzulieferers	420
(2) BAG: Reinigungskraft/Kassiererin im Schwimmbad ..	421
(3) LAG Nürnberg: Softwareentwickler	422
bb) Unzulässige Sprachanforderungen	423
(1) ArbG Berlin: Tätigkeit am Infopoint/Visitor Service bei einem Kunstverein	423
(2) ArbG Hamburg: Postzusteller	424
(3) LAG Bremen: Telefonsachbearbeiterin in einem Logistikunternehmen	425
cc) Zusammenfassung der Beobachtungen	426

(1) Sachverhalt	426
(2) Rechtliche Würdigung	427
c) Religion und Weltanschauung	428
aa) Kopftuchfälle	429
(1) Arbeitgeber im Sinne des § 9 AGG	429
(a) LAG Hamm/BAG: Krankenschwester in einem Krankenhaus in konfessioneller Trägerschaft der Evangelischen Kirche	429
(b) ArbG Köln: Krankenschwester in einem Krankenhaus der Caritas	431
(2) Arbeitgeber Staat	432
(a) Verwaltungsgerichte	433
(aa) Lehrer	434
(bb) Referendare	434
(b) Arbeitsgerichte	435
(aa) Lehrer/Sozialpädagogen	435
(bb) Erzieher	437
(3) Arbeitgeber privatwirtschaftlicher Betriebe	438
(a) BAG: Verkäuferin in einem Kaufhaus	439
(b) ArbG Berlin: Zahnarzthelferin in einer Zahnarztpraxis	441
bb) „Jesus-hat-Sie-lieb“-Fall	442
cc) Zusammenfassung der Beobachtungen	443
(1) Sachverhalt	443
(2) Rechtliche Würdigung	444
d) Alter	445
aa) Zulässige Rechtfertigungen	446
(1) BSG: Altersgrenze für Vertragsärzte	446
(2) OVG Bremen: Altersgrenze für flugmedizinische Sachverständige	448
(a) AGG-rechtlicher Prüfungsmaßstab	448
(b) Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 AGG	448
(aa) Art. 12 Abs. 1 GG	448
(bb) Art. 3 Abs. 1 GG	449
(3) VG München: Altersgrenze für Prüflingenieur	450
(4) OVG Berlin-Brandenburg: Altershöchstgrenze für Einsatzbeamte des SEK	451
(a) Rechtfertigung gemäß § 8 Abs. 1 AGG	451
(b) Rechtfertigung gemäß § 10 AGG	452
bb) Unzulässige Rechtfertigungen	453
(1) BAG: Altersgrenze für Flugbegleiter	453
(2) BAG: Höchsteinstiegsaltersgrenze für Piloten	454
(3) LAG Düsseldorf: Altersgrenze für Fluglotsen	455

(4) BAG: Altersgrenze für Piloten	456
(5) BAG: Altersgrenze für Flugingenieure	458
(6) BVerwG: Altersgrenze für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige	458
(7) LG Berlin: Altersgrenze für die Erteilung eines Berufs- fahrausweises für Trabrennfahrer	460
cc) Zusammenfassung der Beobachtungen	461
(1) Sachverhalt	461
(2) Rechtliche Würdigung	461
e) Behinderung	462
aa) LAG Rheinland-Pfalz: „Site Manager“ für ein Bewachungs- unternehmen	462
bb) LAG Berlin-Brandenburg/BAG: Chemisch-Technischer Assistent im Reinraumbereich eines pharmazeutischen Unternehmens	464
cc) VG Berlin: Tätigkeit als Heilpraktikerin	465
dd) ArbG Darmstadt: Geschäftsführerin bei einem gemeinnüt- zigen Verein zur Förderung der öffentlichen Gesundheit ...	466
ee) Zusammenfassung der Beobachtungen	468
f) Sexuelle Identität	469
aa) Fälle zu unstrittig geschützten sexuellen Neigungen	469
(1) ArbG Stuttgart: Erzieherin in einem katholischen Kindergarten	469
(2) Obiter Dictum des ArbG Berlin	470
(3) BVerwG: homosexuelle Soldaten als Ausbilder der Truppe	471
bb) Fälle zu besonderen sexuellen Neigungen und Sexual- praktiken	472
(1) ArbG Passau: Umschülerin zur Kauffrau für Büro- kommunikation – Mitwirkung an softpornografischen, in Zeitschrift veröffentlichten Aufnahmen	472
(2) ArbG Berlin: Krankenpfleger auf der geschlossenen psychiatrischen Station einer Klinik – Bekenntnis zu sodomasochistischen Praktiken in Talkshow	473
(3) LAG Hamm: Grundschullehrerin – Mitbetreiben eines Swingerclubs	474
cc) Zusammenfassung der Beobachtungen	475
3. Zusammenfassung: Ergebnis der Rechtsprechungsbetrachtung	476
IV. Lösungsansätze aus dem Schrifttum	477
1. Meinungsspektrum	478
a) Enge Auslegung des Rechtfertigungsgrundes	478
b) Weite Auslegung des Rechtfertigungsgrundes	480
c) Differenzierende Auffassungen	480
2. Einzelne Lösungsansätze aus dem Schrifttum	482

a) Erörterung der Problematik im Hinblick auf § 8 Abs. 1 AGG ..	483
aa) Thüsing	483
(1) Unverzichtbarkeit im engeren und im weiteren Sinne ..	483
(2) Bewertung	484
bb) Krause	485
(1) Gesetzlicher Anknüpfungspunkt und Fallgruppen	485
(2) Bewertung	486
cc) Meinel/Heyn/Herms	487
(1) Kundenpräferenzen innerhalb und außerhalb des Unternehmerkonzeptes	488
(2) Bewertung	489
dd) Adomeit/Mohr	489
(1) Maßstab des § 20 Abs. 1 AGG	489
(2) Bewertung	490
b) Erörterung der Problematik im Hinblick auf § 10 S. 1 und 2 AGG	491
aa) Prüfung der Voraussetzungen des § 10 S. 1 und 2 AGG	491
bb) Bewertung	492
c) Erörterung der Problematik losgelöst von den Ausnahmetatbeständen	493
aa) Lobinger	493
(1) Lösung auf Basis eines integritätsschützenden Ansatzes	494
(2) Bewertung	495
bb) Lieske	496
(1) Lösung über die teleologische Reduktion der Diskriminierungstatbestände und über § 12 Abs. 4 AGG	496
(2) Bewertung	498
(a) Kritik an der Methodik	498
(b) Kritik in der Sache	499
cc) Grundsätzliche Kritik an einer Lösung auf Ebene des Tatbestands	501
3. Zusammenfassende Bewertung des Umgangs mit der Kundenpräferenzproblematik im Schrifttum	502
a) Kritik an strengeren Ansätzen	502
b) Kritik an weiteren Ansätzen	503
c) Ergebnis der Auseinandersetzung mit den Ansätzen aus dem Schrifttum	503
V. Vorschlag eines Prüfungsrasters zur Beurteilung der Kundenpräferenzfälle	503
1. Ansprüche an ein Lösungsmodell – Lektionen aus den vorgehenden Kapiteln	503
2. Prüfungsraster zur Beurteilung der Kundenpräferenzfälle	506
a) Erste Stufe: Bestimmung des Maßstabs	507

aa)	Bedeutung und Herausforderungen der Abgrenzung	508
bb)	Abgrenzung unmittelbare vs. mittelbare Benachteiligung . . .	508
cc)	Veranschaulichung anhand der Problemkreise „Kopftuch- verbot“ und „Muttersprachleranforderung“	510
(1)	Kopftuch- bzw. Kopfbedeckungsverbot	510
(a)	Einordnung durch die Rechtsprechung	511
(b)	Auffassungen in der Literatur	512
(c)	Einordnung: grundsätzlich mittelbare Benachteili- gung	512
(2)	Sprachanforderungen, insbesondere Muttersprachler- kriterium	513
(a)	Einordnung durch die Rechtsprechung	514
(b)	Auffassungen in der Literatur	515
(c)	Einordnung: grundsätzlich mittelbare Benachteili- gung	516
dd)	Zusammenfassung zur Bestimmung des Prüfungsmaßstabs . .	518
b)	Zweite Stufe: „Wesentliche und entscheidende berufliche Anfor- derung“	519
aa)	Positive oder negative Anknüpfung an das geschützte Merk- mal?	519
bb)	Konkretisierung der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“	521
(1)	Ausgangspunkt: Formel der Rechtsprechung	521
(2)	Konkretisierung durch den „essence of the business“- Test?	522
(3)	Konkretisierung durch „Schöpfen aus dem Ideenpool“ US-amerikanischen Rechts – Cantors Ansatz	523
(a)	Grundsätzliche Eignung des Ansatzes für eine Adaption	524
(b)	Mögliche Einwände	525
(aa)	Einwand 1: Unterschiedliche Schutzrichtungen von Antidiskriminierungs- und Wettbewerbs- recht	526
(bb)	Einwand 2: Vernachlässigung der normativen Funktion antidiskriminierungsrechtlicher Vorschriften	528
(c)	Anpassungs- und Weiterentwicklungsbedarf	528
(4)	Adaption, Anpassung und Weiterentwicklung von Cantors Marktansatz zur Bestimmung der „wesent- lichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ . .	530
(a)	Kommerzielle Erbringung von Leistungen	531
(aa)	Bestimmung des relevanten Marktes	531
(bb)	Übertragung auf die Kundenpräferenz- problematik	533

(α) Prozessuale Gesichtspunkte	534
(β) Materiellrechtliche Gesichtspunkte	535
(b) Nichtkommerzielle Erbringung von Leistungen	537
(aa) Besonderheiten	538
(bb) Schlüsse für die Prüfung der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“	539
cc) Zusammenfassung zur Prüfung der „wesentlichen und ent- scheidenden beruflichen Anforderung“	542
c) Dritte Stufe: „rechtmäßiger Zweck“ bzw. „legitimes/rechtmäßi- ges Ziel“	543
d) Vierte Stufe: Verhältnismäßigkeitsprüfung	546
aa) Geeignetheit	546
bb) Erforderlichkeit	548
cc) Angemessenheit	550
(1) Gewicht des Differenzierungsinteresses	551
(a) Art des Ziels	551
(b) Betroffene Arbeitgeberinteressen	552
(c) Betroffene Kundeninteressen	556
(aa) Spanne möglicher betroffener Kunden- interessen	556
(bb) Sonderfall: Sind durch plus-sex businesses bediente Präferenzen herabwürdigend?	559
(d) Betroffener Kundentyp	562
(2) Gewicht des Gleichbehandlungsinteresses	563
(a) Eingriffsform – unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung	564
(b) Betroffenes Beschäftigteninteresse – Maß der Herabsetzung	564
(c) Art und Intensität der Personalmaßnahme	566
(d) Einschränkung der Teilhabemöglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt	567
(3) Abwägung des Differenzierungs- und des Gleich- behandlungsinteresses	568
(4) Sonderbehandlung von Fällen kulturkreisübergreifender Kundenpräferenzen?	569
(a) „Problem“: Regelmäßiges Überwiegen des Gleich- behandlungsinteresses	570
(b) Korrekturbedürftigkeit im Hinblick auf die kultu- relle Bedingtheit der Präferenzen?	570
(c) Differenzierung nach dem Einsatzort	571
(d) Schlussfolgerung für die Korrekturbedürftigkeit des Abwägungsergebnisses	573
dd) Zusammenfassung zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit	573
VI. Anwendung des Prüfungsrasters auf ausgewählte Fälle	574

1. Problemkreis „Kommerzialisierung von (meist weiblichem) Sex-Appeal in plus-sex businesses“	575
a) Erste Stufe: Bestimmung des Prüfungsmaßstabs	575
b) Zweite Stufe: wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung	576
c) Dritte Stufe: rechtmäßiger Zweck	577
d) Vierte Stufe: Verhältnismäßigkeitsprüfung	577
aa) Geeignetheit	577
bb) Erforderlichkeit	578
cc) Angemessenheit	579
(1) Differenzierungsinteresse	579
(2) Gleichbehandlungsinteresse	580
(3) Abwägungsergebnis	582
2. Problemkreis „Rechtfertigung im Hinblick auf die Privatsphäre der Kunden“	582
a) Erste Stufe: Bestimmung des Prüfungsmaßstabs	583
b) Zweite Stufe: wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung	583
c) Dritte Stufe: rechtmäßiger Zweck	584
d) Vierte Stufe: Verhältnismäßigkeitsprüfung	584
aa) Geeignetheit	584
bb) Erforderlichkeit	585
cc) Angemessenheit	585
(1) Differenzierungsinteresse	585
(2) Gleichbehandlungsinteresse	586
(3) Abwägungsergebnis	588
3. Problemkreis „Anforderungen an das äußere Erscheinungsbild – insbesondere Kleiderordnungen“	588
a) Erste Prüfungsstufe: Bestimmung des Prüfungsmaßstabs	589
b) Dritte Stufe: rechtmäßiges Ziel	589
c) Vierte Stufe: Verhältnismäßigkeitsprüfung	589
aa) Geeignetheit	589
bb) Erforderlichkeit	590
cc) Angemessenheit	591
(1) Differenzierungsinteresse	591
(2) Gleichbehandlungsinteresse	595
(3) Abwägungsergebnis	596
4. Problemkreis „Anforderungen an Sprachkenntnisse des Beschäftigten“	597
a) Erste Stufe: Bestimmung des Prüfungsmaßstabs	598
b) Dritte Stufe: rechtmäßiges Ziel	598
c) Vierte Stufe: Verhältnismäßigkeitsprüfung	598
aa) Geeignetheit	598

bb) Erforderlichkeit	599
cc) Angemessenheit	599
(1) Differenzierungsinteresse	599
(2) Gleichbehandlungsinteresse	601
(3) Abwägungsergebnis	602
5. Schlussbetrachtungen	602
F. Zusammenfassung/Thesen	605
I. Zu Kapitel B. (etymologische, ökonomische, rechtliche Annäherung an die Thematik)	605
II. Zu Kapitel C. (US-amerikanisches Recht)	607
III. Zu Kapitel D. (europarechtliche Vorgaben)	608
IV. Zu Kapitel E. (deutsches Recht)	611
Entscheidungsregister	617
Literaturverzeichnis	645
Sachverzeichnis	677

A. Einleitung

Nach einer im Jahr 2014 veröffentlichten Studie¹ des Sachverständigenrats deutscher Stiftungen für Integration und Migration werden Ausbildungsinteressenten mit türkischem Namen gegenüber Bewerbern mit deutschem Namen bei gleicher Qualifikation benachteiligt.² Für die Studie wurden jeweils zwei Bewerbungen von gleich gut qualifizierten männlichen Bewerbern mit einem türkischen und einem deutschen Namen an rund 1800 Unternehmen verschickt, die einen Ausbildungsplatz für einen Kfz-Mechatroniker oder einen Bürokaufmann ausgeschrieben hatten.³ Ein zentrales Ergebnis der Studie ist, dass ein Bewerber mit türkischem Namen für die Ausbildung als Kfz-Mechatroniker 1,5-mal, für die Ausbildung als Bürokaufmann 1,3-mal so viele Bewerbungen schreiben muss wie sein Mitbewerber mit deutschem Namen, um zum Vorstellungsgespräch eingeladen zu werden.⁴ Eine der Ursachen dafür sehen die Autoren⁵ der Studie in der Befürchtung der Betriebe, dass ein Auszubildender mit Migrationshintergrund von Kunden weniger akzeptiert werden könnte.⁶ Beispielsweise außer-

¹ *Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration (SVR Integration) Diskriminierung am Ausbildungsmarkt* (2014), passim, abrufbar unter <http://www.svr-migration.de/publikationen/diskriminierung-am-ausbildungsmarkt-ausmass-ursachen-und-handlungsperspektiven/> (Abruf vom 27.07.2015). Die Veröffentlichung der Studie rief ein großes mediales Echo hervor, vgl. aus den Online-Medien u.a. Lüpke-Narberhaus Spiegel Online vom 26.03.2014, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/schulspiegel/wissen/auslaendische-vornamen-migranten-diskriminierung-durch-firmen-bestaetigt-a-960855.html> (Abruf vom 26.07.2015); Rößing Focus Online vom 26.03.2014, abrufbar unter http://www.focus.de/finanzen/karriere/bewerbung/diskriminierung-am-ausbildungsmarkt-studie-migranten-werden-bei-ausbildungssuche-benachteiligt_id_3721634.html (Abruf vom 26.07.2015) sowie Wisdorff Welt Online vom 26.03.2014, abrufbar unter <http://www.welt.de/wirtschaft/article126212589/Wenig-Chancen-fuer-Bewerber-mit-tuerkischem-Namen.html> (Abruf vom 26.07.2015).

² *SVR Integration Diskriminierung am Ausbildungsmarkt* (2014), S. 4, 20.

³ *SVR Integration Diskriminierung am Ausbildungsmarkt* (2014), S. 4, 15.

⁴ *SVR Integration Diskriminierung am Ausbildungsmarkt* (2014), S. 4, 25.

⁵ Werden Personenbezeichnungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit in der männlichen Form ohne den Zusatz „männlich“ oder „weiblich“ verwendet, sind jeweils Angehörige beider Geschlechter miteinbezogen.

⁶ *SVR Integration Diskriminierung am Ausbildungsmarkt* (2014), S. 4, 22, 29, 32 f.

te ein Personalverantwortlicher im Rahmen der Studie,⁷ es sei „auch der Druck, gesellschaftliche Erwartungen erfüllen zu müssen – besonders bei Kundenkontakt. Eine Frau mit Kopftuch an der Rezeption eines Hotels wäre nicht denkbar. Das wollen die Kunden nicht.“⁸ Mit den (von den Betrieben angenommenen) Kundenpräferenzen ließe sich zudem – so die Forscher – erklären, dass Jugendliche mit Migrationshintergrund besonders in Handwerksbetrieben benachteiligt würden: Schließlich habe ein Kfz-Mechatroniker im Durchschnitt häufigeren und direkteren Kundenkontakt als ein Bürokaufmann.⁹

Die Orientierung am Markt, also an Kundenpräferenzen, ist grundsätzlich Teil der von Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Unternehmerfreiheit.¹⁰ Fraglich ist indes, ob diese Freiheit auch so weit geht, dass Beschäftigte mit bestimmten Merkmalen im Hinblick auf Kundenerwartungen benachteiligt werden dürfen: Darf ein auf weibliche Kunden ausgerichtetes Autohaus männliches Personal ablehnen?¹¹ Ist es zulässig, dass ein chinesisches Spezialitätenrestaurant unter Berufung auf Kundenerwartungen ausschließlich chinesische Kellner einstellt,¹² dass eine gynäkologische Praxis im Hinblick auf die Präferenzen der Patientinnen nur weibliches Personal beschäftigt¹³ oder auch dass ein Kaufhaus einer in der

⁷ Im Rahmen der Studie wurden Gruppendiskussionen mit Personalverantwortlichen durchgeführt, vgl. zu den Einzelheiten der Durchführung der Fokusgruppen *SVR Integration* Diskriminierung am Ausbildungsmarkt (2014), S. 28.

⁸ *SVR Integration* Diskriminierung am Ausbildungsmarkt (2014), S. 33.

⁹ *SVR Integration* Diskriminierung am Ausbildungsmarkt (2014), S. 22.

¹⁰ Vgl. *Lieske* Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit (2011), S. 42, 57 m.w.N.; vgl. zur unternehmerischen Dispositionsfreiheit außerdem von Mangoldt/Klein/Starck-*Manssen* Art. 12 GG Rn. 69 m.w.N.

¹¹ Im Jahr 2010 eröffnete ein Autohaus „von Frauen für Frauen“ mit rein weiblicher Belegschaft in der Nähe von Berlin, vgl. dazu *Reidl* Spiegel Online vom 15.02.2011, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/auto/aktuell/alternative-autohau-ser-die-frauen-versteherinnen-a-744541.html> (Abruf vom 12.07.2015) sowie *AFP* Zeit Online vom 20.03.2010, abrufbar unter <http://www.zeit.de/auto/2010-03/autohaus-belegschaft-frauen> (Abruf vom 12.07.2015).

¹² Die Präferenz für Bedienungspersonal einer bestimmten Ethnie ist ein Standardbeispiel im deutschen Schrifttum, vgl. z.B. *Adomeit/Mohr* § 8 AGG Rn. 32; *Bauer/Krieger* § 8 AGG Rn. 42; *Boemke/Danko* § 6 Rn. 27; *Däubler/Bertzbach-Brors* § 8 AGG Rn. 17, 39; *Rust/Falke-Falke* § 8 AGG Rn. 25; *Lieske* Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit (2011), S. 240, 253; *Lobinger* EuZA 2009, 365, 373; *Meinel/Heyn/Herms* § 8 AGG Rn. 21; *Schleusener/Suckow/Voigt-Schleusener* § 8 AGG Rn. 34 f.; *MüKo-Thüsing* § 8 AGG Rn. 12; *Wendeling-Schröder/Stein-Wendeling-Schröder* § 8 AGG Rn. 7.

¹³ Vgl. dazu aus der Rechtsprechung *ArbG Hamburg* 10.04.2001 – 20 Ca 188/00 juris, dazu später unter E. III. 2. a) aa) (1) (a) (bb) sowie *BAG* 21.02.1991 NZA 1991, 719 ff., dazu später unter E. III. 2. a) aa) (1) (a) (aa) und *ArbG Bonn* 31.03.2001 – 5 Ca 2781/00 juris, dazu später unter E. III. 2. a) bb) (2).

Kosmetikabteilung tätigen muslimischen Verkäuferin das Tragen eines Kopftuchs verbietet?¹⁴

Das in Umsetzung der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien 2000/43/EG¹⁵ („AntirassismusRL“), 2000/78/EG¹⁶ („BeschäftigungsRL“), 2002/73/EG¹⁷ („GenderRL“, aufgegangen in der Richtlinie 2006/54/EG¹⁸, „GenderNeuRL“) und 2004/113/EG¹⁹ („GenderZivRL“) erlassene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verbietet gemäß §§ 7, 1 AGG Benachteiligungen von Beschäftigten wegen der geschützten Merkmale Rasse oder ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität. Unter bestimmten Voraussetzungen – die wichtigste Regelung hierzu ist § 8 Abs. 1 AGG²⁰ – kann eine grundsätzlich unzulässige Benachteiligung allerdings ausnahmsweise erlaubt sein. Das Anliegen dieser Arbeit soll es daher sein, zu untersuchen, inwiefern Kundenpräferenzen Benachteiligungen Beschäftigter²¹ rechtfertigen können, und Maßstäbe für die Lösung dieses Problems auf Grundlage des AGG zu entwickeln.

¹⁴ Vgl. dazu die „Kopftuchentscheidung“ des BAG 10.10.2002 NZA 2003, 483 ff. Siehe für eine Darstellung der Entscheidung später unter B. III. 2. a) ee) (2) (a) und E. III. 2. c) aa) (3) (a).

¹⁵ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180 vom 19.07.2000, S. 22–26.

¹⁶ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 02.12.2000, S. 16–22.

¹⁷ Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 269 vom 05.10.2002, S. 15–20.

¹⁸ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. L 204 vom 26.07.2006, S. 23–36.

¹⁹ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373 vom 21.12.2004, S. 37–43.

²⁰ Siehe zu den weiteren Regelungen in §§ 3 Abs. 2 Hs. 2, 5, 9, 10 AGG und ihrer Bedeutung für die Rechtfertigung im Hinblick auf Kundenpräferenzen später unter B. III. 2. b) cc).

²¹ Vgl. instruktiv zur Verwendung des Beschäftigtenbegriffs im AGG *Richardi* NZA 2010, 1101 ff.