

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	27
A. Anlass der Untersuchung	28
B. Bisherige Entwicklung des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes	29
C. Neue Tendenzen im Anti-Diskriminierungsrecht	29
D. Die nationale Umsetzung	31
§ 2 Problemstellung	37
A. Untersuchungsgegenstand: Beeinträchtigung unternehmerischer Freiheit durch Anti-Diskriminierungsrecht	37
B. Gang und Ziel der Untersuchung	39
§ 3 Unternehmerische Entscheidungsfreiheit	41
A. Begriff der unternehmerischen Freiheit	41
B. Gegenstand der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit	41
C. Rechtlicher Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit	43
I. Rechtlicher Schutz der unternehmerischen Freiheit auf internationaler Ebene	43
1. Anknüpfungspunkte für den Schutz unternehmerischer Freiheit	43
2. Einfluss von Bestimmungen des internationalen Rechts auf das deutsche Recht	44
II. Europarechtlicher Schutz der unternehmerischen Freiheit	44
1. Die europäische Wirtschaftsverfassung	45
2. Die Berufsfreiheit im europäischen Gemeinschaftsrecht	46
a) Die Berufsfreiheit in der Europäischen Union	46
b) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	46
c) Charta der Grundrechte der Europäischen Union	48

d) Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH	49
3. Die Eigentumsfreiheit im europäischen Gemeinschaftsrecht	50
4. Die unternehmerische Freiheit im europäischen Gemeinschaftsrecht	51
5. Zwischenergebnis und Bewertung	52
III. Schutz der unternehmerischen Freiheit auf nationaler Ebene	53
1. Grundrechtlicher Schutz	53
a) Art. 12 Abs. 1 GG	53
aa) Allgemeine Einordnung der unternehmerischen Freiheit unter die einzelnen Aspekte des Schutzbereichs der Berufsfreiheit	54
(1) Freiheit der Berufswahl	54
(2) Freie Wahl des Arbeitsplatzes	55
(3) Freiheit der Berufsausübung	55
bb) Konkrete Bestimmung des Schutzgehalts im Hinblick auf unternehmerischen Betätigungsschutz	56
(1) Ausgangspunkt: Gewerbebefreiheit	56
(2) Einzelne Schutzgegenstände der Berufsausübungsfreiheit	56
(3) Insbesondere: Unternehmerische Freiheit als Schutzgegenstand des Art. 12 Abs. 1 GG	58
cc) Verhältnis zu anderen Grundrechten	61
(1) Verhältnis zu Art. 2 Abs. 1 GG	61
(2) Verhältnis zu Art. 14 GG	62
(3) Gesamtschau	63
b) Art. 2 Abs. 1 GG	64
c) Zwischenergebnis	65
d) Allgemein: Das Problem der sog. „Drittwirkung“	66
2. Einfachgesetzliche Ebene	68
IV. Schutz der unternehmerischen Freiheit als arbeitsrechtliches Prinzip	68
1. Schutz unternehmerischer Freiheit im Kündigungsrecht	68
2. Informationsrecht als Ausprägung von unternehmerischer Freiheit zugunsten eines Fragerechts bei der Einstellung	71
3. Schutz unternehmerischer Freiheit im Bereich des Direktionsrechts	72
4. Schutz unternehmerischer Freiheit im Rahmen des § 8 TzBfG	73
5. Schutz unternehmerischer Freiheit im kollektiven Arbeitsrecht	74
6. Zwischenergebnis	76

V. Die unternehmerische Freiheit im US-amerikanischen Recht	78
VI. Zwischenergebnis	79
§ 4 Allgemeine Eingriffe in die unternehmerische Betätigungsfreiheit	82
A. Eingriff in unternehmerische Freiheit auf völkerrechtlicher Ebene	82
B. Eingriff in unternehmerische Freiheit auf europäischer Ebene durch europäische Normen und die Rechtsprechung des EuGH	83
C. Eingriffe in unternehmerische Freiheit auf nationaler Ebene	84
I. Eingriffe nach verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Grundsätzen .	84
II. Eingriffe aufgrund der grundrechtlichen Schutzpflichtenwirkung und des sozialstaatlichen Prinzips	86
D. Zwischenergebnis	90
§ 5 Eingriffe in die unternehmerische Freiheit durch Gleichheitssätze	92
A. Begriffe im Bereich des Diskriminierungsschutzes	92
I. Der Begriff der Benachteiligung	92
II. Der Diskriminierungsbegriff	94
1. Diskriminierungsverbote	94
2. Unmittelbare Diskriminierung	94
3. Mittelbare Diskriminierung	96
III. Belästigung	98
IV. Allgemeines Gleichbehandlungsgebot	99
V. Rechtfertigung	100
VI. Fazit	101
B. Beschränkung unternehmerischer Freiheit aufgrund von Gleichbehandlung/Nichtdiskriminierung im Arbeitsrecht	101
I. Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz auf internationaler Ebene ...	101
II. Europäische Ebene	102
1. Europäisches Primärrecht	102

2. Der allgemeine Gleichheitssatz auf europäischer Ebene	103
3. Sonstige Normen	104
4. Europäisches Sekundärrecht	105
a) Allgemeine Richtlinienwirkungen	105
b) Die europäischen Anti-Diskriminierungsrichtlinien	107
c) Richtlinie 2000/78/EG als bloße Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes	109
III. Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz auf nationaler Ebene	111
1. Verfassungsrechtliche Ebene	111
2. Einfachgesetzliche Ebene	115
a) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	115
aa) Ausnahmetatbestände	118
bb) Besondere Arbeitgeberpflichten	121
cc) Rechtsfolgen	122
dd) Beweislastregelung	125
ee) Fazit	126
b) Sonstige einfachgesetzliche Vorschriften	127
C. Einzelne arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote und deren Auswirkung auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit	130
I. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	130
1. Ebene des Europäischen Rechts	131
2. Nationale Ebene	134
a) Verfassungsrechtliche Gewährleistungen	134
b) Einfachgesetzliche Regelungen	136
aa) §§ 1, 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 AGG (§ 611a BGB a. F.)	136
(1) Milder Maßstab bei mittelbaren Diskriminierungen	137
(2) Zulässige Ungleichbehandlung im Rahmen von § 8 Abs. 1 AGG	139
bb) §§ 119 Abs. 2, 123 Abs. 1 BGB (Fragerecht des Arbeitgebers)	150
3. Zwischenergebnis und Fazit	151
a) Leitlinien des Diskriminierungsschutzes	152
b) Problemfälle	152
II. Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität	153

III. Diskriminierung aufgrund einer (Schwer-)Behinderung	155
1. Diskriminierungsschutz auf verfassungsrechtlicher Ebene	157
2. Einfachgesetzliche Ebene	158
a) AGG / SGB IX	158
b) §§ 119 Abs. 2, 123 BGB	161
3. Zwischenergebnis	163
a) Gesicherte Leitlinien des Diskriminierungsschutzes	163
b) Problemfälle	163
IV. Diskriminierung aufgrund der Rasse und (ethnischen) Herkunft	164
1. Diskriminierungsschutz auf europäischer Ebene	164
2. Diskriminierungsschutz auf nationaler Ebene	165
3. Zwischenergebnis	168
V. Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit	169
1. Diskriminierungsschutz auf europäischer Ebene	169
a) Art. 18 Abs. 1 AEUV (vormals: Art. 12 Abs. 1 EG)	169
b) Europäische Grundfreiheiten	170
2. Nationale Ebene	173
3. Zwischenergebnis	174
a) Leitlinien des Diskriminierungsschutzes	174
b) Problemfälle	174
VI. Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung	175
1. Diskriminierungsschutz und Kirchenautonomie auf europäischer Ebene ..	175
a) Allgemeine Beeinträchtigung säkularer Arbeitgeber	176
b) Berücksichtigung der Interessen von Tendenzbetrieben	177
2. Diskriminierungsschutz und Kirchenautonomie auf nationaler Ebene	178
3. Das Interesse säkularer Arbeitgeber an Differenzierungen in der aktuellen Rechtsprechung des BAG	180
a) Das Kopftuch-Urteil des BAG	181
b) Rechtliche Bedenken in Bezug auf die ausreichende Berücksichtigung unternehmerischer Freiheit	182
4. Zwischenergebnis	186
a) Leitlinien des Diskriminierungsschutzes	186

b) Problemfälle	186
VII. Diskriminierung aufgrund des Alters	187
1. Diskriminierungsschutz auf europäischer Ebene	187
a) Allgemeiner Rechtfertigungsmaßstab nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG	189
b) Altersspezifisch: Der Maßstab des Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG	192
c) Förderungsmaßnahmen (Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG)	196
2. Nationale Ebene	196
a) Verfassungsrechtliche Ebene	196
b) Einfachgesetzliche Ebene	196
aa) §§ 119 Abs. 2, 123 BGB	196
bb) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	197
3. Zwischenergebnis	198
a) Leitlinien des Diskriminierungsschutzes	198
b) Problemfälle	199
VIII. Diskriminierung im Bereich der Teilzeit- sowie der befristeten Arbeit	199
1. Das Diskriminierungsverbot	200
a) § 4 Abs. 1 TzBfG	200
b) § 4 Abs. 2 TzBfG	201
2. Ausnahmemöglichkeiten	201
a) Rechtfertigung im Rahmen des § 4 Abs. 1 TzBfG	202
b) Rechtfertigung im Rahmen des § 4 Abs. 2 TzBfG	203
3. Zwischenergebnis	203
IX. Diskriminierungsschutz bei der Arbeitnehmerüberlassung	203
1. Grundsatz der Nichtdiskriminierung	204
2. Ausnahmemöglichkeiten	205
3. Zwischenergebnis	206
X. Sonstige Diskriminierungsverbote	206
XI. Zwischenergebnis	208
1. Einschränkung durch Belastung mit Organisations- und Finanzaufwand ..	210

2. Einschränkung der freien Marktbetätigung	210
a) Auf Differenzierung/Diskriminierung beruhendes Angebot	211
b) Auf Diskriminierung beruhende Nachfrage	212
§ 6 Einschränkung der unternehmerischen Freiheit	213
A. Grundrechtsstandards auf europäischer Ebene	213
B. Einschränkung der unternehmerischen Freiheit nach verfassungsrechtlichen Maßstäben	215
I. Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG	215
II. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als maßgebliche Schranken-Schranke	216
III. Art. 19 Abs. 2 GG – Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit	219
IV. Durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützter Kernbereich unternehmerischer Handlungsfreiheit	220
1. Kein (Gleichheits-)Recht auf Arbeit	220
2. Kein Recht auf Bestandsschutz für den innegehaltenen Arbeitsplatz	221
3. Kein Kontrahierungszwang zu Lasten des Arbeitgebers	221
C. Zwischenergebnis	223
§ 7 Rechtfertigung und Grenzen der Beschränkung unternehmerischer Freiheit durch Diskriminierungsschutz	225
A. Diskriminierungsschutz als grundsätzlich legitimes Ziel	226
I. Die Zwecke des Diskriminierungsschutzrechts	226
1. Diskriminierungskonsens als Anlass zur Positivierung von Anti-Diskriminierungsvorschriften	227
2. Diskriminierungsverbote als Herabsetzungsverbote	228
II. Die Stellung von unternehmerischer Freiheit zu den Zwecken des Diskriminierungsschutzes	232
1. Die Diskriminierungsschere	232
a) Nicht diskriminierender Arbeitsmarkt	232
b) Diskriminierender Güter- und Dienstleistungsmarkt	233
aa) Auf merkmalsnaher Differenzierung beruhende Ausrichtung am Markt	233

bb) Diskriminierendes Kundenverhalten	235
2. Daraus resultierende Gefahr für unternehmerisches Handeln	236
3. Ziel der Erhaltung der unternehmerischen (Re-)Aktionsfähigkeit	238
a) Anerkennung auf Differenzierung beruhender Angebote	240
b) Differenzierung als praktizierte Pluralität	241
c) Umsetzung der differenzierenden Angebote durch eine stimmige Personalauswahl und corporate-identity-Anweisungen	244
4. Berücksichtigung der unternehmerischen Freiheit im Rahmen der Ausnahmetatbestände (Abwägungsmodell)	247
a) Ausreichender Schutz unternehmerischer Freiheit bei Differenzierungsmöglichkeit aus sachlichen Gründen	248
b) Unzureichender Schutz unternehmerischer Freiheit über die Ausnahmemöglichkeiten für wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen	248
5. Keine Freiheit vor Diskriminierungsverboten im Bereich des Tarifrechts ..	257
6. Erfordernis einer teleologischen Reduktion der Diskriminierungstatbestände	258
7. Vorurteilsfreiheit als objektive Grenze zwischen erlaubter Differenzierung und verbotener Diskriminierung	267
a) Ausreichender Schutz unternehmerischer Freiheit für Tendenzunternehmen bei tendenzbezogenen Maßnahmen und für Interessenverbände von Merkmalsträgergruppen	267
b) Potentiale unternehmerischer Freiheit bei der Anwendung vorurteilsfreier Benachteiligungen mittels marktbestimmter Maßnahmen	272
aa) Entscheidende berufliche Anforderungen	272
bb) Merkmalseigenschaft als zentraler Leistungsbestandteil	273
cc) Unterscheidungen aus sittlichen, therapeutischen, fürsorglichen oder pädagogischen Gründen	280
dd) Schutzwürdige Sicherheitsinteressen	290
ee) Merkmalsorientierte Geschäftsausrichtung	291
ff) Gesetzliche Schutzbestimmungen	308
gg) Allgemeine Schlussfolgerungen zur Systematisierung der untersuchten Wechselbeziehung	309
(1) Undurchführbarkeit des Marktangebots bzw. erhebliche Erschwerung bei merkmalsorientiertem Marktauftritt	309

(2) Vorurteilsfreiheit als objektive Grenze zwischen erlaubter Differenzierung und verbotener Diskriminierung – objektiv-eignungsbezogene Anknüpfung der Unterscheidung als Bewertungskriterium	312
(3) Ausschluss diskriminierender Anknüpfungspunkte	317
(4) Berücksichtigung der Grenze auch zugunsten des arbeitgeberseitigen Informationsinteresses	318
c) Bewertung der unternehmerischen Entscheidung nach Darlegungs- und Beweiskriterien	319
aa) Schlüssiges Unternehmerkonzept	320
bb) Darauf beruhendes Personalkonzept	323
cc) Konsequente Umsetzung	324
dd) Gerichtlicher Prüfungsumfang	325
8. Diversity management – (Anti-)Diskriminierung als arbeitgeberseitiges Interesse	326
9. Zwischenergebnis	328
B. Die Behandlung verbleibender Fälle diskriminierenden Kundenverhaltens	331
I. Die Problematik des diskriminierenden Kundenverhaltens	331
II. Derzeitiger Meinungsstand	332
III. Eigene Stellungnahme – Untersuchung: Zumutbarkeitsgrenze in Fällen diskriminierenden Kundenverhaltens	337
1. Grundsatz: Vermutung zugunsten der Durchsetzung der Diskriminierungsschutzwirkung	337
a) Diskriminierungsverbote als legitimes Mittel zur Bekämpfung diskriminierender Behandlungen	337
b) Geeignetheit und Erforderlichkeit allgemeiner Folgen von Diskriminierungsverboten	338
aa) Geeignetheit der Diskriminierungsschutzvorschriften	338
bb) Erforderlichkeit	339
c) Ergebnis: Unerheblichkeit allgemeiner Belastungswirkungen	340
2. Überwiegender Schutz unternehmerischer Freiheit im Einzelfall – Erfordernis der Berücksichtigung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit bei diskriminierendem Kundenverhalten	344
a) Das Erfordernis der Berücksichtigung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit nach allgemeinen Grundsätzen	345

b) Konkretisierung des Erfordernisses in Fällen diskriminierenden Kundenverhaltens durch § 12 Abs. 4 AGG	347
aa) Marktgebundenheit des Arbeitgeberhandelns	347
bb) Anerkennung unternehmerischer Risikotragung	348
cc) Fehlende Beherrschbarkeit von Diskriminierungen durch Drittverhalten	349
dd) § 12 Abs. 4 AGG als einfachgesetzliche Ausprägung der Zumutbarkeitsschranke	353
3. Schonender Ausgleich als Lösungsansatz – Unzumutbarkeit als Belastungsgrenze	358
a) Schonender Ausgleich auf der Ebene des deutschen Verfassungsrechts .	362
b) Schonender Ausgleich auch zwischen dem Schutzgut der unternehmerischen Freiheit und europäischem (Anti-Diskriminierungs-)Recht	363
aa) Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit durch europäische Normen	363
bb) Verstärkung der Beschränkungswirkung durch die EuGH-Rechtsprechung	364
cc) Einfluss der unternehmerischen Freiheit auf europäisches Anti-Diskriminierungsrecht – fehlende Ausgleichswirkung des Art. 12 Abs. 1 GG	364
(1) Allgemein: Berücksichtigung deutscher Grundrechte im europäischen Recht – Vorrang von europäischen Bestimmungen vor den Grundrechten	364
(2) Konkret: Schutzwirkung des Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber europäischen Anti-Diskriminierungsvorgaben	367
dd) Notwendiger Ausgleich auf europäischer Ebene	368
(1) Problem: Mangelhafter, ineffektiver Schutz der unternehmerischen Freiheit auf europäischer Ebene	368
(2) Strukturgleicher Schutz unternehmerischer Betätigungsfreiheit auch auf Gemeinschaftsebene	370
(3) Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch auf Gemeinschaftsebene	370
ee) Ergebnis: Schonender Ausgleich auch im europäischen Anti-Diskriminierungsrecht	371
c) Zwischenergebnis	373

4. Umsetzung des schonenden Ausgleichs im Bereich diskriminierenden Drittverhaltens	373
a) Adressat der Verpflichtung, für einen schonenden Ausgleich zu sorgen .	373
aa) Der Gesetzgeber als Freiheitsgarant	374
bb) Der Richter als Garant für die Berücksichtigung der Freiheitsgarantie	375
b) Rechtsdogmatische Umsetzung	376
c) Grenzen des Diskriminierungsschutzes in den Fällen diskriminierenden Kundenverhaltens	378
d) Lösungsvorschlag: Erhebliche Schädlichkeit als objektive Zumutbarkeitsgrenze	384
e) Möglichkeiten des Arbeitgebers, den Schädigungsnachweis zu führen ..	386
f) Grenzen der freien Arbeitgeberentscheidung	389
g) Zwischenergebnis	391
§ 8 Fazit	392
§ 9 Zusammenfassung/Thesen	394
Literaturverzeichnis	398
Sachwortverzeichnis	429