

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 Verkaufs- beziehungen	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) Hausmeister Tätigkeiten	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 Anschauungs- beispiels Rogers	238
dd) Zusammenfassung	240
b) Themenkomplex 2: English-Only Rules	240
aa) Jacobsen und Rodríguez	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- programmatis	289
4.	Sexuelle Ausrichtung – Associatia ACCEPT	290
a)	Fall als Ausgangspunkt für Überlegungen zu homophoben Fanpräferenzen	290
b)	Vereinbarkeit mit europäischer Antidiskriminierungs- programmatis	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 Kundenpräferenzfrage	367
d) Insbesondere: Begründung und Entwicklung der Ausnahmebestimmungen	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 frauenspezifischem 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 straffentlassene Männer	409
(b)	BAG: Gleichstellungsbeauftragte	410
(c)	LAG Düsseldorf: Sozialpädagogin/Diplompädagogin/Heimerzieherin 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 Kranken- haus 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: Zahnarthelferin in einer Zahnarzt- praxis	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 somasochistischen 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 Unter- nehmerkonzeptes	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 Ausnahmetat- beständen	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 Diskrimi- nierungstatbestände 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 Tat- bestands	501
3. Zusammenfassende Bewertung des Umgangs mit der Kunden- präferenzproblematik 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 Kundenpräferenz- fälle	503
1. Ansprüche an ein Lösungsmodell – Lektionen aus den vorgehen- den 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) Materieellrechtliche 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 Prüfungsrahmens 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