

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 204

Mittelbare Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder?

Eine kritische Analyse der Rechtsprechung

Von

Christian Traupe



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN TRAUPE

Mittelbare Diskriminierung
teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder?

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 204

Mittelbare Diskriminierung teilstzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder?

Eine kritische Analyse der Rechtsprechung

Von

Christian Traupe



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Traupe, Christian:

Mittelbare Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder? :
eine kritische Analyse der Rechtsprechung / Christian Traupe. – Berlin :
Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 204)

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10542-7

D 5

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-10542-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ©

Vorwort

Direkt faßbare rechtliche Benachteiligungen wegen des Geschlechts sind heute kaum noch zu finden. Vielmehr richtet sich der Blick auf Ungleichbehandlungen, die erst mit Hilfe von Statistiken aufgedeckt werden können. Benachteiligungen von Teilzeitarbeitskräften gelten als Hauptanwendungsbeispiel für die sog. „mittelbare Diskriminierung“. Mittlerweile hat sich zwar die in den 90er Jahren zum Teil sehr vehement geführte Diskussion um dieses „Rechtsinstitut“ etwas beruhigt. Doch erscheint nach wie vor eine grundsätzliche Klärung der juristischen Grundlagen vonnöten, die bei der Anwendung bisher weitgehend ausgeblendet worden ist.

Daher werden in dieser Arbeit schwerpunktmäßig das EG-Recht und das deutsche Verfassungsrecht überprüft, inwieweit sie diese aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammende richterrechtliche Rechtsfigur enthalten. Ausgangspunkt sind drei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes zur Frage einer mittelbaren Diskriminierung von teilzeitbeschäftigten weiblichen Betriebsratsmitgliedern, die an einer ganztägigen Schulung nach § 37 BetrVG teilnehmen. Die Diskussion dieser Entscheidungen verdeutlicht das Ehrenamtsprinzip und das Lohnausfallprinzip des Betriebsverfassungsgesetzes, was vor dem Hintergrund der aktuellen Reformüberlegungen Beachtung verdient.

Gerade die dogmatische Überprüfung zeigt, daß die Rezeption des Verbots der mittelbaren Diskriminierung – bei allem Verständnis für das grundsätzliche Anliegen – nicht überzeugt. So ergibt die Auslegung von Art. 141 EG, daß diese Norm nur unmittelbare Unterscheidungen wegen des Geschlechts verbietet. Bei einer Anknüpfung an geschlechtsneutrale Regelungen wird gerade nicht nach dem Geschlecht differenziert. Vielmehr wird dieses Kriterium substituiert durch das statistische Ergebnis einer bestimmten Maßnahme unter Anknüpfung an das Ersatzmerkmal „Geschlechtsrolle“. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH stellt das Verbot eine neue Rechtsregel dar, die über den Wortlaut des Art. 141 EG hinausgeht. Im übrigen fehlt der EG die Kompetenz zu ihrer Etablierung. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 bzw. Abs. 2 Satz 1 GG sind als strikte Anknüpfungsverbote typisierungsfreundlich und beinhalten deshalb auch keine Fälle „umgekehrter Typisierungen“ wie im Fall der mittelbaren Diskriminierung bei Anknüpfung an neutrale Merkmale. Tatsächlich sind geschlechtstypisch wirkende Regelungen vielfach unverzichtbar, um typische Nachteile für Frauen auszugleichen. Hierfür ist an Kriterien anzuknüpfen, die ganz überwiegend von Frauen erfüllt werden und für diese Vergünstigungen enthalten. Dies läßt zugunsten von Frauen wirkende Maßnahmen zu, die aber auch Männer in derselben Lebenssituation begünstigen.

Um dies zu erreichen, sind neutrale Maßnahmen ausschließlich anhand von Art. 3 Abs. 1 GG zu prüfen, der bei dem hier zugrunde gelegten Verständnis eine flexible Verhältnismäßigkeitsprüfung gestattet.

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2000/2001 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Meinhard Heinze, der diese Arbeit angeregt und die Untersuchung in jeder Hinsicht unterstützt hat. Dies hatte großen Einfluß auf meine wissenschaftliche und persönliche Entwicklung. Herr Professor Dr. Heinze hat mich über viele Jahre an seinem Lehrstuhl gefördert, zu selbständiger Forschung ermutigt und mir den dazu nötigen Freiraum eingeräumt. Herr Professor Dr. Herbert Fenn hat freundlicherweise die Mühe des Zweitgutachtens auf sich genommen. Auch ihm gebührt hierfür mein besonderer Dank.

Daneben möchte ich auch allen danken, die als geduldige Zuhörer und unentbehrliche Diskussionspartner zum Entstehen der Arbeit beigetragen oder sonst wertvolle Hilfe geleistet haben. Besonders hervorheben möchte ich meine Eltern, ohne deren Unterstützung diese Arbeit nie zustande gekommen wäre.

Bonn, im April 2001

Christian Traupe

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-------------------------------|----|
| Einleitung | 19 |
| A. Themenstellung | 20 |
| B. Gang der Darstellung | 20 |

1. Kapitel

| | |
|---|----|
| Die der Untersuchung zugrunde liegenden Fälle | 22 |
| A. Die erste Entscheidung des EuGH („Monika Bötzel“) | 22 |
| I. LAG Berlin | 22 |
| II. Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH | 23 |
| 1. Schlußantrag des Generalanwalts | 23 |
| 2. Das Urteil | 25 |
| III. LAG Berlin | 25 |
| B. Die zweite Entscheidung des EuGH („Johanna Lewark“) | 26 |
| I. Der Vorlagebeschluß des BAG v. 20. 10. 93 – 7 AZR 581 / 92 (A) | 26 |
| II. Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH | 27 |
| 1. Schlußantrag des Generalanwalts | 27 |
| 2. Das Urteil | 28 |
| III. Die Entscheidung des BAG | 29 |

| | |
|--|----|
| C. Die dritte Entscheidung des EuGH („Edith Freers und Hannelore Speckmann“) | 30 |
| I. ArbG Bremen | 30 |
| II. Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH | 32 |
| 1. Schlußantrag des Generalanwalts | 32 |
| 2. Das Urteil | 32 |
| D. LAG Berlin | 32 |
| E. LAG Baden-Württemberg | 33 |
| F. BAG | 34 |
| G. Die „umgekehrte“ Konstellation | 35 |
| I. LAG Hamm | 35 |
| II. Die Entscheidung des BAG | 36 |
| H. Die Positionen in der Literatur | 36 |

2. Kapitel

Analyse der Rechtsgrundlagen 38

| | |
|--|----|
| A. Die Rechtsgrundlagen des Europarechts | 38 |
| I. Entscheidungskompetenz des EuGH | 38 |
| 1. Verfahrensgegenstand | 38 |
| 2. Vorlageberechtigung nationaler Gerichte | 38 |
| II. Verstoß gegen Art. 119 EGV | 39 |
| 1. Entstehungsgeschichte und Regelungssinn | 39 |

| | |
|---|----|
| 2. Die Begriffe Entgelt und Arbeit im Art. 119 EGV | 40 |
| a) Entgeltbegriff in der Rechtsprechung des EuGH | 40 |
| b) Gegenansicht | 43 |
| c) Auslegung der Begriffe Entgelt und Arbeit | 43 |
| aa) Wortlaut | 44 |
| bb) Systematik | 45 |
| cc) Entstehungsgeschichte | 46 |
| dd) Sinn und Zweck | 46 |
| (a) Rechtsgrund für die Lohnweitergewährung nach § 37 Abs. 2 BetrVG | 46 |
| (b) Konsequenzen der Ansicht des EuGH | 48 |
| 3. Gleiches Entgelt für gleiche Arbeit | 50 |
| a) Ungleichbehandlung | 50 |
| b) Unmittelbare und verdeckte Diskriminierung | 51 |
| 4. Tatbestand des Verbots der mittelbaren Diskriminierung | 52 |
| a) Begrifflich gleichbehandelnde Regelung oder Maßnahme | 53 |
| b) Wesentlich größere nachteilige Auswirkung für ein Geschlecht | 53 |
| aa) Verhältnisbildung unter den Geschlechtergruppen | 54 |
| (a) Die Ansicht der Rechtsprechung | 55 |
| (b) Die Ansichten in der Literatur | 57 |
| (c) Kritische Stellungnahme | 58 |
| bb) Richtige Vergleichsebene | 60 |
| cc) Das Ausmaß der nachteiligen Auswirkung für ein Geschlecht | 62 |
| c) Geschlechtsspezifische Gründe der benachteiligenden Auswirkung | 66 |
| aa) Überblick über den Meinungsstand | 66 |
| bb) Reine Kausalitätsprüfung | 66 |
| cc) Zurechenbarkeit wegen objektiv geschlechtsdiskriminierender Tendenz | 67 |
| dd) Trennung von Kausalität und Zurechenbarkeit | 67 |
| ee) Benachteiligung wegen der Geschlechtsrolle als weiterer Prüfungspunkt | 70 |

| | |
|--|-----|
| ff) Ablehnung einer eigenen Kausalitätsprüfung | 71 |
| gg) Stellungnahme | 73 |
| (a) <i>conditio-sine-qua-non</i> -Prinzip | 73 |
| (b) Zurechnungszusammenhang | 77 |
| (aa) Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers zur Betriebsräteschulung | 77 |
| (bb) Besondere Verantwortung für teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder | 79 |
| d) Benachteiligungsabsicht | 83 |
| aa) Ablehnung der Diskriminierungsabsicht | 83 |
| bb) Befürwortung der Diskriminierungsabsicht | 84 |
| e) Objektive Rechtfertigung | 84 |
| aa) Prüfungsmaßstab | 85 |
| (a) Sachlicher Grund | 85 |
| (b) Biologische bzw. funktionale Unterschiede | 85 |
| (c) Unternehmerisches Bedürfnis | 88 |
| (d) „Zwingend geboten“ | 89 |
| (e) Differenzierung des Prüfungsmaßstabes | 91 |
| (f) Richtlinienvorschlag der Kommission | 92 |
| bb) Rechtfertigungsgründe | 94 |
| (a) Generelle Rechtfertigungsgründe bei mittelbarer Diskriminierung | 94 |
| (aa) Anreiz zur Vollzeitarbeit | 94 |
| (bb) Lohnnebenkosten | 95 |
| (cc) Sonstige Gründe | 96 |
| (b) Spezielle Gründe im konkreten Fall | 96 |
| (aa) Amt im Mitbestimmungsorgan als Ehrenamt | 97 |
| (bb) Lohnausfallprinzip | 100 |
| (1) Herkunft | 101 |
| (2) Sinn | 101 |
| (3) Tatbestand und Anwendbarkeit | 102 |
| (c) Verhältnismäßigkeitsprüfung | 107 |
| (aa) Geeignetheit | 107 |
| (bb) Erforderlichkeit | 107 |
| (cc) Angemessenheit | 108 |
| (d) Ergebnis | 109 |

| | |
|---|-----|
| Inhaltsverzeichnis | 11 |
| f) Rechtsfolge einer mittelbaren Diskriminierung | 110 |
| aa) Rechtsprechung des EuGH | 110 |
| bb) Die Rechtsprechung des BAG | 112 |
| cc) Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 GG | 113 |
| dd) Ansichten in der Literatur | 114 |
| ee) Kritische Würdigung | 116 |
| ff) Auslegung des Art. 119 EGV in bezug auf die Rechtsfolgenanordnung | 118 |
| (a) Wortlaut | 118 |
| (b) Systematik | 118 |
| (c) Teleologie | 122 |
| (aa) Art. 119 EGV | 122 |
| (bb) Art. 3 GG | 124 |
| gg) Ergebnis | 127 |
| g) Beweislast | 128 |
| aa) Rechtsprechung des EuGH | 128 |
| bb) Richtlinienvorschlag der Kommission | 129 |
| cc) Die Beweislastverteilung in § 611a BGB | 130 |
| dd) Verbot der mittelbaren Diskriminierung als Beweisinstrument | 131 |
| ee) Stellungnahme | 132 |
| 5. Zusammenfassung | 134 |
| III. Verstoß gegen das Grundrecht auf Beseitigung von geschlechtsbedingten Benachteiligungen im Arbeitsverhältnis | 135 |
| IV. Verstoß gegen die Richtlinie 75/117/EWG | 135 |
| V. Verstoß gegen die Richtlinie 76/207/EWG | 136 |
| 1. Unmittelbare Anwendbarkeit | 136 |
| 2. Umsetzungsdefizit hinsichtlich Art. 5 der Richtlinie 76/207/EWG | 136 |
| 3. Horizontale Wirkung von Richtlinien | 138 |

| | |
|---|-----|
| VI. Staatshaftungsanspruch | 140 |
| 1. Voraussetzungen nach der Rechtsprechung des EuGH | 141 |
| 2. Kritik an der Kreierung der mitgliedstaatlichen Staatshaftung | 143 |
| B. Die Rechtsgrundlagen des nationalen Rechts | 144 |
| I. Verstoß gegen Art. 3 GG | 144 |
| II. Verstoß gegen Art. 1 § 2 Abs. 1 BeschFG 1985 | 145 |
| III. § 37 Abs. 3 BetrVG | 148 |
| 1. Anwendbarkeit für Teilzeitkräfte | 149 |
| a) Meinungsstand | 149 |
| b) Stellungnahme | 150 |
| 2. Gleichsetzung von Betriebsrattätigkeit und Schulungsteilnahme | 152 |
| a) Meinungsstand | 152 |
| b) Stellungnahme | 153 |
| 3. Betriebsbedingte Gründe | 155 |
| IV. § 37 Abs. 6 i. V. m. Abs. 3 BetrVG analog | 158 |
| 1. Regelungslücke | 159 |
| 2. Lückenschließung durch analoge Anwendung des § 37 Abs. 3 BetrVG | 162 |
| a) Allgemeine Voraussetzungen und Grenzen des Analogieschlusses | 162 |
| b) Analoge Anwendung von Ausnahmenvorschriften | 163 |
| c) Vergleichbarkeit der Interessenlage | 165 |
| aa) Ähnlichkeit von Betriebsrattätigkeit und Schulungsteilnahme | 166 |
| bb) Ähnlichkeit von betriebsbedingten und betriebsratsbedingten Gründen | 167 |
| 3. Zusammenfassung | 169 |
| V. Ergebnis | 170 |

3. Kapitel

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung 171

A. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung nach Art. 119 EGV 171

I. Gleiches Entgelt für gleiche Arbeit 171

1. Formen der Ungleichbehandlung 171

a) Unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts 172

b) Mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts 172

aa) Herkunft, Entwicklung 172

(a) Gleichberechtigung im Verfassungsrecht der USA 172

(b) Gleichberechtigung im Privatrecht 174

(aa) Equal Pay Act 174

(bb) Civil Rights Act 1964 Title VII 175

(c) Zusammenfassung und Bewertung 178

bb) Dogmatische Herleitung nach EG-Recht 179

(a) Vergleich mit anderen Diskriminierungsverboten des EG-Vertrages 179

(aa) Art. 6 EGV 179

(bb) Art. 48 EGV 183

(cc) Art. 95 EGV 185

(dd) Der allgemeine Gleichheitssatz 187

(ee) Zusammenfassung und Bewertung 188

(b) Herleitung aus Art. 119 EGV 189

(c) Herleitung aus der Richtlinie 75/117/EWG 190

(d) Herleitung aus der Richtlinie 76/207/EWG 190

(e) Begriff nach der Richtlinie zur Beweislast in Fällen geschlechtsbedingter Diskriminierung von 1998 191

cc) Sinn 193

(a) Umgehungsverbot / Beweisinstrument 195

(b) Mittel aktiver Frauenförderung 196

(aa) Etablierung eines Gruppenrechts 196

(bb) Herstellung gleicher Ausgangsbedingungen 198

| | |
|---|-----|
| (c) Kritik | 199 |
| (d) Gegenthesen – Versuch einer eigenen Konzeption | 203 |
| (aa) Die Zielsetzung der Frauenemanzipation: Gleichberechtigung – Gleichstellung | 203 |
| (bb) Gleichberechtigung und Chancengleichheit | 205 |
| (cc) Wahrung der Chancengleichheit und geschlechtsneutraler Ausgleich rollentypischer Nachteile | 206 |
| 2. Bisherige dogmatische Konzeptionen des Verbots der mittelbaren Diskriminierung | 211 |
| a) Trennung von Anwendungsvoraussetzungen und Rechtfertigungsprüfung | 211 |
| aa) BAG-Rechtsprechung | 211 |
| bb) Verbot der mittelbaren Diskriminierung als Kausalitätsprüfung | 212 |
| cc) Dominierungsverbot | 213 |
| dd) Regelungsbezogene und verhaltensbezogene mittelbare Diskriminierung | 215 |
| ee) Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung als „soziales Grundrecht“ | 215 |
| b) Keine Trennung von Tatbestand und Rechtfertigung | 216 |
| aa) Rechtfertigungsprüfung zur Konturierung des Tatbestandes | 216 |
| bb) Beweislastregel | 217 |
| c) Versuch einer Systematisierung | 218 |
| d) Konsequenzen aus der Kritik am herkömmlichen Verständnis des Verbots der mittelbaren Diskriminierung | 222 |
| 3. Auslegung des Art. 119 EGV hinsichtlich des Verbots mittelbarer Benachteiligung | 224 |
| a) Wortlaut | 224 |
| b) Entstehungsgeschichte | 225 |
| c) Systematik | 226 |
| d) Sinn und Zweck | 226 |
| 4. Rechtsfortbildung durch den EuGH | 230 |
| a) Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung | 230 |

| Inhaltsverzeichnis | 15 |
|---|---------|
| b) Schließung einer Lücke in Art. 119 EGV | 232 |
| aa) Der tatsächliche Befund | 232 |
| bb) Der rechtliche Befund | 233 |
| c) Das effet utile-Prinzip als Legitimation für die Rechtsfortbildung | 234 |
| 5. Kompetenz zur Kreierung eines neuen Rechtsinstituts | 234 |
| a) Verbandskompetenz | 236 |
| aa) Art. 117 EGV | 237 |
| (a) Art. 117 EGV als Formelkompromiß | 237 |
| (b) Ziele des Art. 117 EGV | 238 |
| bb) Art. 118a EGV | 239 |
| cc) Art. 100a EGV | 239 |
| dd) Art. 100 EGV | 240 |
| (a) Art. 100 EGV als allgemeine Kompetenzvorschrift | 240 |
| (b) Art. 100 EGV als sozialpolitische Kompetenz | 242 |
| ee) Stillschweigend mitgeschriebene Kompetenzen | 247 |
| (a) Kompetenz nach der implied powers-Lehre | 247 |
| (b) Kompetenz aus der resulting powers-Regel | 248 |
| (c) Kompetenz nach der effet utile-Regel | 249 |
| ff) Art. 235 EGV | 251 |
| (a) Stellung des Art. 235 EGV im Kompetenzsystem | 252 |
| (b) Ziele der Gemeinschaft | 253 |
| (c) Befugnislücke | 256 |
| gg) Art. 2 Abs. 1 Sozialabkommen (Art. 137 Abs. 1 EG) | 256 |
| b) Organkompetenz | 257 |
| B. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung nach Art. 3 GG | 260 |
| I. Rechtsprechung | 260 |
| 1. Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts | 260 |
| 2. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts | 262 |
| II. Schrifttum | 263 |

| | |
|---|-----|
| III. Verortung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG | 266 |
| 1. Das Verständnis des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als striktes Anknüpfungsverbot | 266 |
| a) Die Begrifflichkeit des Unterscheidungsverbots | 266 |
| b) Vergleichbarkeit | 267 |
| aa) Logische Vergleichbarkeit | 270 |
| bb) Natürliche Vergleichbarkeit | 271 |
| c) Bevorzugung und Benachteiligung | 272 |
| aa) Auswirkung auf den Grundrechtsträger | 273 |
| bb) Verrechnung von begünstigenden und belastenden Wirkungen | 274 |
| cc) Geringfügigkeit einer Auswirkung | 275 |
| dd) Außerhalb der Differenzierung liegende Gesichtspunkte | 275 |
| ee) Angemessenheit der Differenzierung | 276 |
| d) „Wegen“ | 278 |
| aa) Meinungsstand | 278 |
| (a) Die Ansichten im Schrifttum | 278 |
| (b) Die Ansicht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 281 |
| bb) Auslegung im Sinn eines Anknüpfungsverbot | 282 |
| (a) Wortlaut | 282 |
| (b) Systematik | 283 |
| (c) Entstehungsgeschichte | 284 |
| (d) Sinn und Zweck | 284 |
| e) Ergebnis | 285 |
| 2. Der Ausschluß von Typisierungen | 285 |
| a) Die Befugnis zur Typisierung | 285 |
| b) Die Typisierungsfeindlichkeit der besonderen Differenzierungsverbote ... | 288 |
| 3. Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG im Hinblick auf das Verbot mittelbarer Diskriminierungen | 289 |
| a) Wortlaut | 290 |
| b) Entstehungsgeschichte | 292 |
| c) Systematik | 293 |

| | |
|---|-----|
| d) Teleologie | 293 |
| aa) Verständnis als Gruppenrecht | 294 |
| bb) Umgekehrte Typisierung | 296 |
| cc) Die Behandlung geschlechtstypischer Wirkung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 298 |
| e) Ergebnis | 302 |
| IV. Verortung in Art. 3 Abs. 2 GG | 303 |
| 1. Auslegungsansätze im Schrifttum | 303 |
| a) Gleichklang von Art. 3 Abs. 2 GG mit Art. 3 Abs. 3 GG | 303 |
| b) Zukunftsgerichtetes Verbot der Wiederherstellung alter Ungleichbehandlung | 303 |
| c) Differenzierungsverbot und Verfassungsauftrag | 304 |
| d) Kollektives Förderungsgebot | 305 |
| e) Dominierungsverbot | 305 |
| f) Art. 3 Abs. 2 GG als Spezialregelung | 306 |
| 2. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung | 306 |
| a) Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG | 306 |
| aa) Wortlaut | 307 |
| (a) „Männer und Frauen“ | 307 |
| (b) „Gleichberechtigt“ | 307 |
| (c) Formulierungsunterschied zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG | 309 |
| bb) Systematik | 310 |
| cc) Entstehungsgeschichte | 313 |
| dd) Teleologie | 315 |
| ee) Ergebnis | 322 |
| b) Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG | 322 |
| aa) Auslegung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG | 323 |
| (a) „Tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung“ | 324 |
| (b) Die Förderungsklausel des 1. Halbsatzes | 325 |
| (c) Die Nachteilsausgleichsklausel des 2. Halbsatzes | 327 |

| | |
|--|------------|
| bb) Objektiv-rechtliche Dimension des Art. 3 Abs. 2 GG | 328 |
| (a) Grundsätzliche Bedeutung der objektiv-rechtlichen Dimension .. | 329 |
| (b) Ausprägungen | 330 |
| c) Ergebnis | 331 |
| 3. Das Verbot der Benachteiligung wegen mittelbarer Unterscheidungswirkungen | 331 |
| a) Der mittelbare Grundrechtseingriff | 331 |
| b) Der mittelbare Eingriff in Art. 3 Abs. 2, 3 GG | 333 |
| 4. Unverzichtbarkeit merkmaltypischer Anknüpfung | 335 |
| V. Art. 3 Abs. 1 GG | 338 |
| 1. Kritik an der Verortung der mittelbaren Diskriminierung in Art. 3 Abs. 1 GG | 338 |
| 2. Tatbestand des Art. 3 Abs. 1 GG unter Berücksichtigung geschlechtstypischer Wirkungen | 340 |
| a) Allgemeiner Aufbau | 341 |
| b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 345 |
| aa) Willkürverbot | 345 |
| bb) Neue Formel | 346 |
| cc) Literatur | 346 |
| dd) Synthese | 347 |
| c) Zusammenfassung | 351 |
| Zusammenfassung | 352 |
| Literaturverzeichnis | 369 |
| Sachwortverzeichnis | 388 |

Einleitung

Aus allen Problemstellungen, die sich um Fragen der Gleichheit, der Gleichberechtigung und Gleichbehandlung von Mann und Frau ranken, nimmt ein Problem eine besondere Stellung ein, das der sogenannten mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, also aller Ungleichbehandlungen, die nicht schon vom Wortlaut her an das Differenzierungskriterium „Geschlecht“ anknüpfen. Dies hat sicherlich mit dem Umstand zu tun, daß direkt faßbare rechtliche Ungleichbehandlungen – zumal zu Lasten von Frauen – heute kaum noch zu finden sind. So verlegt man sich auf die Betrachtung der Stellung der Frau in der Gesellschaft und findet eine Vielzahl von tatsächlichen Schlechterstellungen, die sich oft nur mit Hilfe von Statistiken nachweisen lassen.

Die dahinter zum Vorschein kommende Einstellung ist nicht neu. So hatte schon *Alexis de Tocqueville* in seinem Werk „Über die Demokratie in Amerika“ im Jahre 1840 feststellen müssen:

„Der Haß der Menschen gegen das Vorrecht wächst in dem Grad, wie die Vorrechte seltener und kleiner werden [. . .]. Sind die gesellschaftlichen Bedingungen alle ungleich, so fällt keine noch so große Ungleichheit kränkend auf; wogegen der kleinste Unterschied inmitten der allgemeinen Gleichförmigkeit Anstoß erregt; deren Anblick wird umso unerträglicher, je durchgängiger die Einförmigkeit ist. Daher ist es natürlich, daß mit der Gleichheit selber die Liebe zu ihr unaufhörlich zunimmt; indem man sie befriedigt, steigert man sie.“¹

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung, das mit Hilfe von Statistiken aufgedeckte Ungleichbehandlungen einer bestimmten auch sonst benachteiligten gesellschaftlichen Gruppe vereiteln will, erscheint diesem Gedanken entsprungen. Sind die handgreiflichen Benachteiligungen alle abgebaut, fallen die minimalen Unterschiede umso deutlicher auf. Was aber gefordert werden wird, wenn auch auf dieser Stufe die Differenzen abgebaut sind, vermag man sich kaum vorzustellen. Denn selbst eine Verringerung der Unterschiede auf Minimaldifferenzen vermag eine Gesellschaft nicht zu „befrieden“.²

¹ *Alexis de Tocqueville*, S. 318 f.

² *Maunz/Dürig*, Art. 3 I, Rn. 169.

A. Themenstellung

Mit Problemen der Teilzeitbeschäftigung sind Rechtsprechung und Wissenschaft schon seit einer Reihe von Jahren befaßt. Die vorliegende Arbeit will einen Aspekt der Teilzeitarbeit unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Diskriminierung herausgreifen, der in der jüngeren Vergangenheit den Gerichten in vergleichbaren Konstellationen immer wieder vorgelegen hat. Untersucht werden soll die Rechtsstellung der teilzeitbeschäftigten Betriebsrats-, Personalrats- und Schwerbehinderungsververtretungsmitglieder. Nehmen teilzeitbeschäftigte Mitglieder von Mitbestimmungsorganen an Schulungsveranstaltungen im Sinn von § 37 BetrVG, § 46 BPersVG oder § 26 SchwbG teil, die von ihrer Dauer her die individuelle Arbeitszeit des Arbeitnehmers überschreiten, stellt sich das Problem der Lohnfortzahlung bzw. eines denkbaren Freizeitausgleiches für die über die persönliche Arbeitszeit hinausgehende Schulungsteilnahme als Konsequenz einer möglichen Ungleichbehandlung von teilzeitbeschäftigten zu vollzeitbeschäftigten Mitgliedern von Mitbestimmungsorganen, mittelbar einer Diskriminierung von Frauen nach Art. 119 EGV (Art. 141 EG in der Fassung des Vertrages von Amsterdam) bzw. der Richtlinie des Rates 75/117/EWG³.

B. Gang der Darstellung

Zunächst sollen die Fälle beschrieben werden, die die Rechtsprechung bisher entschieden hat (1. Kapitel). Der Fall „Monika Bötel“, der vom Europäischen Gerichtshof (EuGH)⁴ auf Vorlage des Landesarbeitsgerichtes Berlin⁵ im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EGV behandelt worden ist, hat in diesem Bereich „Pilotfunktion“. Die Untersuchung wird sich an diesem Fall orientieren, ohne die anderen Verfahren zu vernachlässigen, die infolge des Bötel-Urteils verschiedene dort nicht oder nicht hinreichend vertiefte Rechtsfragen behandelt haben. Dies kann deshalb geschehen, da die aufgeworfenen Rechtsfragen immer dieselben sind. Von daher rechtfertigt sich auch eine etwas freiere Behandlung der hinter den Fällen stehenden Rechtsprobleme als bei einem „schulmäßigen“ Aufbau.

Im Anschluß werden die Rechtsgrundlagen, die für einen Anspruch auf Weiterzahlung des Lohnes bei Teilnahme an Schulungsveranstaltungen in Betracht kom-

³ Richtlinie 75/117/EWG des Rates v. 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl. EG Nr. L 45, S. 19.

⁴ EuGH, 04. 06. 1992, Rs. C-360/90, (Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V./Monika Bötel), Slg. 1992, I-3589 (3607 ff.) = DB 1992, 1481 = NZA 1992, 687 = BB 1992, 2073 = AP Nr. 39 zu Art. 119 EWG-Vertrag = EAS Nr. 21 zu Art. 119 EG-Vertrag

⁵ LAG Berlin, Beschluß v. 24. 10. 1990, DB 1991, 51 = BB 1991, 142.

men, analysiert (2. Kapitel). Ausgangspunkt sind die Rechtsgrundlagen des Europarechts, wobei der Schwerpunkt hier auf Art. 119 EGV liegt. Daneben werden die Rechts- und Anspruchsgrundlagen des nationalen Rechts, hier besonders und exemplarisch die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes, untersucht, inwieweit danach ein Lohnweiterzahlungsanspruch gegeben ist.

Das 3. Kapitel befaßt sich mit dem Phänomen der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts. Dieses wird sowohl unter europarechtlichen als auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten analysiert.

Ziel der Arbeit ist es nicht, einzelne Probleme zu lösen, die zu den Tatbestandsmerkmalen des Verbots der mittelbaren Diskriminierung diskutiert werden. Diese Probleme werden daher nur angesprochen. Auf einen eigenen Ansatz zum Verbot der mittelbaren Diskriminierung wird insoweit bewußt verzichtet. Die Arbeit will grundsätzlich die Verortung und Ableitung der neuen Rechtsfigur aus dem EG-Recht und dem Verfassungsrecht klären.