

**Tübinger Schriften
zum internationalen und europäischen Recht**

Band 60

**Das Recht auf
geschlechtsneutrale Behandlung
nach dem EGV und GG**

Von

Hiroshi Nishihara



Duncker & Humblot · Berlin

HIROSHI NISHIHARA

Das Recht auf geschlechtsneutrale Behandlung
nach dem EGV und GG

Tübinger Schriften
zum internationalen und europäischen Recht

Herausgegeben von

Thomas Oppermann

in Gemeinschaft mit

Heinz-Dieter Assmann, Burkhard Heß

Kristian Kühl, Hans v. Mangoldt

Wernhard Möschel, Martin Nettesheim

Wolfgang Graf Vitzthum, Joachim Vogel

sämtlich in Tübingen

Band 60

Das Recht auf geschlechtsneutrale Behandlung nach dem EGV und GG

Die Gleichberechtigung von Mann und Frau
vor dem EuGH und dem BVerfG im Vergleich

Von

Hiroshi Nishihara



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der
Alexander von Humboldt-Stiftung, Bonn.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7654
ISBN 3-428-10897-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um das Ergebnis meiner Forschungstätigkeit, die ich von Oktober 1996 bis März 1999 als Alexander von Humboldt-Stipendiat in Tübingen durchgeführt habe. Daher gilt mein erster Dank meinem wissenschaftlichen Betreuer, Herrn Professor Dr. Dr.h.c. Thomas Oppermann. Er hat ideale Forschungsbedingungen für mich in Tübingen bereitgestellt, meine Forschung während meines Aufenthaltes und danach vielfältig angeregt und mir insbesondere durch seine freundliche Gesprächsbereitschaft das Essentielle des Europarechts vermittelt, das sich in den Zeilen seines Lehrbuchs verbirgt. Es zählt absolut zu meinen lehrreichsten Erlebnissen in Deutschland, daß ich den persönlichen Einsatz von diesem großen Lehrmeister für die Entwicklung des Europarechts sozusagen intern beobachten durfte. Aber ich möchte ihm auch ausdrücklich dafür danken, daß er diese Forschung mir erst ermöglichte, indem er meine Bewerbung aus einer Notlage rettete.

Das Thema, mit dem ich mich bei der Humboldt-Stiftung bewarb, lautete: „Einflüsse der Europäischen Integration auf die Grundrechtslehre in Deutschland“. Die Bewerbung wäre jedoch beinahe schief gegangen. Ein bedeutender Gutachter von deutscher Seite vertrat nämlich die These, daß das Thema nicht erfolgversprechend sei, weil die Einflüsse nicht in dieser, sondern in einer umgekehrten Richtung verlaufen würden. Vielleicht kann dies in den siebziger oder achtziger Jahren der Fall gewesen sein. Für einen ausländischen Verfassungsjuristen, der sich seit mehr als zwanzig Jahre intensiv mit der deutschen Verfassungsdogmatik auseinandersetzt und sie gleichsam in die japanische Diskussion einzuführen sucht, wäre es bedauerlich, wenn die deutsche Grundrechtslehre in einem alten Diskussionsstand stehenbleiben sollte. So habe ich mich erneut entschlossen, die Wechselwirkung von verschiedenen Grundrechtsverständnissen ans Tageslicht zu bringen und damit die deutsche Verfassungsdogmatik auf die bevorstehende oder vielleicht schon angefangene Systemkonkurrenz im Bereich der Grundrechtslehre vorzubereiten. In dieser Situation befürwortete Herr Professor Dr. Dr.h.c. Thomas Oppermann mein Forschungsvorhaben vor dem Auswahlkomitee. Ich konnte diese Aufgaben bisher nur in dem kleinen Teilgebiet der Geschlechtergleichberechtigung wahrnehmen, hoffe aber, daß das vorliegende Buch zumindest einen Beitrag zur erstgenannten Aufgabe darstellt.

Dies alles ist nur aufgrund der großzügigen Förderung durch die Alexander von Humboldt-Stiftung möglich geworden. Bei ihr und namentlich bei

ihrem Generalsekretär, Herrn Dr. Manfred Osten, möchte ich mich ganz herzlich bedanken. Ich bin selbst Humboldtianer zweiter Generation und weiß sehr gut, was für eine große Rolle die Stiftung für die ausländischen Wissenschaftler spielt. Hoffentlich kann die vorliegende Arbeit als Beweis dafür gelten, daß die Humboldt-Stipendiaten auch in den sozialwissenschaftlichen Bereichen bemüht sind, zur wissenschaftlichen Diskussion in Deutschland beizutragen. Die Humboldt-Stiftung hat darüber hinaus die Publikation dieser Arbeit durch Gewährung der Druckkostenbeihilfe wesentlich erleichtert, wofür ich auch sehr dankbar bin.

Es hat allerdings nach meiner Rückkehr im März 1999 etwas länger gedauert, bis ich das Forschungsergebnis in diese Form bringen konnte. Die Rechtsprechung des EuGH wird zwar bis Ende 2000 (nur in einem kleinen Teil bis Oktober 2001) berücksichtigt; die Literaturangaben konnten allerdings von Beginn an nicht eine Vollständigkeit beanspruchen und beschränken sich insbesondere in dem Zeitraum nach meiner Rückkehr auf eine Auswahl.

Dieses Forschungsergebnis gründet sich auch auf vielfältige Unterstützung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen, insbesondere von Herrn Professor Dr. Dr.h.c. Wolfgang Graf Vitzthum und Herrn Professor Dr. Ferdinand Kirchhof. Darüber hinaus bedanke ich mich bei Herrn Professor Dr. Armin Dittmann (Universität Hohenheim) für seine vielfältige Ermutigung. Wesentliche Unterstützung fand ich bei den Mitgliedern des Lehrstuhls von Herrn Professor Dr. Dr.h.c. Thomas Oppermann. Allen voran danke ich Herrn Dr. Gerald G. Sander (Tübingen) dafür, daß er die zeitaufwendige Durchsicht des Manuskriptes übernahm. Er und Herr Professor Dr. Frank Fechner (TU Ilmenau), Herr Dr. Thomas Michael Grupp (Stuttgart), Frau Dr. Christiane Freytag (Tübingen) sowie Herr Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer (Bucerius Law School) vom Nachbarlehrstuhl haben durch intensive Diskussion die rechtsvergleichende Arbeit wesentlich erleichtert und damit unerläßliche Beiträge zur Entstehung dieses Forschungsergebnisses geleistet. Ich trage jedoch selbstverständlicherweise allein die Verantwortung für den Inhalt.

Daneben haben viele Freunde meine Forschung unterstützt. Ich beschränke mich darauf, hier meinen alten Lehrer Herrn Professor Dr. Heinrich Scholler (München) zu nennen, der mir auch bei der Bewerbung bei der Humboldt-Stiftung geholfen hat. Sodann bin ich meinen Kolleginnen und Kollegen an der Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Waseda-Universität in Tokyo zu Dank verpflichtet, weil sie mich während meines langen Forschungsaufenthaltes in Tübingen von den Lehr- und Verwaltungsverpflichtungen freigestellt haben.

Nicht zuletzt ist die vorliegende Arbeit aufgrund der tatkräftigen Hilfe meiner Familienmitglieder, vor allem die von meiner Frau Kyoko Fukuda,

zustande gekommen, wofür ich hier meine Dankbarkeit ausdrücken möchte. Sie haben alle physischen und psychischen Belastungen bereitwillig überwunden, die der Umzug von Tokyo nach Tübingen und zurück – wobei der letztere schwerer fiel – mit sich gebracht haben. Sie haben mir auch während und nach dem Aufenthalt in Tübingen die Zeit und Freiheit gewährt, die zum Entstehen der vorliegenden Arbeit notwendig war. Ich erlaube mir, das vorliegende Buch zwei Frauen in meiner Familie, meiner Frau Kyoko und meiner Tochter Chihiro, zu widmen, aber auch meinem Sohn Masahiro, der mir zusammen mit seiner Schwester beigebracht hat, was eigentlich Gleichheitsrecht ist („Für mich auch!“).

Tokyo, im Juli 2002

Hiroshi Nishihara

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-------------------------|----|
| Einleitung | 19 |
|-------------------------|----|

1. Teil

| | |
|---|----|
| Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau im Gemeinschaftsrecht | 24 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| § 1 Grundrechtlicher Charakter des Gleichbehandlungsgrundsatzes | 24 |
| I. Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierungen als EG-Grundrecht | 26 |
| II. Die Entgeltgleichheit in Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV = ex-Art. 119 EGV und in der Entgeltrichtlinie | 28 |
| 1. Entgeltgleichheit als sozialpolitisches Ziel? | 29 |
| 2. Entgeltgleichheit als wirtschaftspolitisches Ziel? | 32 |
| 3. Entgeltgleichheit in ihren grundrechtlichen Aspekten | 33 |
| 4. Unmittelbare Wirkung des Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV = ex-Art. 119 EGV | 35 |
| 5. Extensive Auslegung des Entgeltbegriffs | 38 |
| a) Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Vergünstigungen und Leistungen des betrieblichen Versorgungssystems | 38 |
| b) Das <i>Barber</i> -Urteil und seine Folgen | 41 |
| c) Andere Vergünstigungen im Sinne von „Entgelt“ | 46 |
| d) Würdigung | 47 |
| 6. Die RL 75/117 und das gleiche Entgelt bei gleichwertiger Arbeit . | 49 |
| a) Subsumtion der gleichwertigen Arbeit unter die „gleiche Arbeit“ im Sinne des Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV = ex-Art. 119 EGV | 49 |
| b) Definition der Gleichwertigkeit | 51 |
| c) Rechtsschutz bei gleichwertiger Arbeit | 54 |
| III. Gleichbehandlungsrichtlinien | 56 |
| 1. Das sozialpolitische Aktionsprogramm von 1974 als gemeinsamer Ausgangspunkt der Gleichbehandlungsrichtlinien | 56 |
| 2. Gleichbehandlung von Mann und Frau beim Zugang zur Beschäftigung und bei den Arbeitsbedingungen (die RL 76/207) | 57 |
| a) Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten und der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes | 58 |
| b) Verbot der Diskriminierung aufgrund einer Schwangerschaft .. | 61 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| aa) | Anknüpfung an die Schwangerschaft als unmittelbare Diskriminierung | 61 |
| bb) | Mehrbelastung für den Arbeitgeber bei Schwangerschaft der Arbeitnehmerin und das Umlageverfahren | 63 |
| cc) | Geschlechtsspezifische Merkmale als Kriterium für unmittelbare Diskriminierungen | 64 |
| dd) | Diskriminierung aufgrund des Schwangerschaftsurlaubs .. | 67 |
| c) | Entlassung im Sinne der RL 76/207 und das gesetzliche Rentenalter | 70 |
| d) | Bereiche, in denen die RL 76/207 keine Anwendung findet .. | 72 |
| 3. | Gleichbehandlungsgrundsatz im Bereich der sozialen Sicherheit (die RL 79/7) | 73 |
| a) | Verbot der Diskriminierung unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand | 74 |
| b) | Ausnahmeregelungen in der RL 79/7 | 76 |
| c) | Erwerbsbevölkerung als persönlicher Geltungsbereich (Art. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 der RL 79/7) | 80 |
| 4. | Weitere Richtlinien | 83 |
| a) | Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit (die RL 86/378 und 96/97) .. | 83 |
| b) | Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei den Selbständigen (die RL 86/613) | 85 |
| c) | Die Beweislastrichtlinie (die RL 97/80) | 87 |
| d) | Mutterschutz und Elternurlaub | 89 |
| aa) | Mutterschutzrichtlinie (die RL 92/85) | 89 |
| bb) | Elternurlaubsrichtlinie (die RL 96/34) | 90 |
| 5. | Grundrechtsbezug des Gleichbehandlungsgrundsatzes in den Gleichbehandlungsrichtlinien | 91 |
| IV. | Entwicklungen im Amsterdamer Vertrag | 93 |
| § 2 | Inhalt und Tragweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes | 96 |
| I. | Inhalt und Grenze des Gleichbehandlungsgrundsatzes | 97 |
| 1. | Gleichbehandlung als Abwesenheit von Diskriminierung | 97 |
| a) | Definition in den Richtlinien | 97 |
| b) | Gleichbehandlung der beiden Geschlechter als Teilgebiet des allgemeinen Diskriminierungsverbots? | 98 |
| c) | Vergleichbarkeit der Sachverhalte als Voraussetzung einer Diskriminierung? | 99 |
| 2. | Grenzen der Entlohnungsgleichheit nach Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV = ex-Art. 119 EGV | 102 |
| a) | Erster Schritt: Vorhandensein einer ungleichen Behandlung aufgrund des Geschlechts | 102 |
| b) | Grenzen des Verbots einer unmittelbaren Entgeltdiskriminierung? | 103 |

| | |
|--|-----|
| 3. Grenzen des sekundärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit | 106 |
| a) Begrenzung der Ausnahme von Gleichbehandlungsgrundsatz auf die in den Richtlinien ausdrücklich anerkannten Fälle | 106 |
| b) Geschlechtszugehörigkeit als unabdingbare Voraussetzung der Berufsausübung (Art. 2 Abs. 2 der RL 76/207) | 107 |
| aa) Anfängliche Unsicherheit bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 2 der RL 76/207 | 107 |
| bb) Einführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung und ihre Tragweite | 108 |
| cc) Kombattantenstellung als „geschlechtsabhängige Tätigkeit“ | 111 |
| c) Schutzvorschriften für Frauen (Art. 2 Abs. 3 der RL 76/207) . | 113 |
| aa) Anfängliche Erweiterungstendenz | 114 |
| bb) Ausschließlichkeitserfordernis | 117 |
| cc) Notwendigkeit der Ungleichbehandlung | 119 |
| d) Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit (Art. 2 Abs. 4 der RL 76/207) | 120 |
| aa) Ermächtigung zu positiven Maßnahmen | 120 |
| bb) Urteile <i>Kalanke</i> , <i>Marschall</i> , <i>Badeck</i> und <i>Abrahamsson</i> ... | 122 |
| cc) „Ergebnisgleichheit“ oder „Chancengleichheit“ | 125 |
| dd) Verhältnismäßigkeit im Bereich des Art. 2 Abs. 4 der RL 76/207 | 127 |
| ee) Bedeutung der Öffnungsklausel im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung | 128 |
| 4. Ergebnis: Inhalt und Grenzen des Gleichbehandlungsgrundsatzes . | 130 |
| II. Mittelbare Diskriminierung | 132 |
| 1. Begriff und Merkmal der mittelbaren Diskriminierung | 132 |
| a) Allgemeine Definition | 132 |
| b) Diskriminierende Absicht als Voraussetzung der mittelbaren Diskriminierung? | 134 |
| 2. Schutz der Teilzeitbeschäftigten durch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung | 136 |
| a) Diskriminierung der Teilzeitbeschäftigten im Entgeltbereich .. | 136 |
| b) Vergütung für die Betriebsratstätigkeit der Teilzeitbeschäftigten | 138 |
| c) Diskriminierungen der Teilzeitbeschäftigten im Bereich der Arbeitsbedingungen | 141 |
| d) Schutz der Teilzeitbeschäftigten im Bereich der sozialen Sicherheit | 142 |
| e) Zweifache mittelbare Diskriminierung? | 144 |
| 3. Anknüpfungspunkte, die eine mittelbare Diskriminierung auslösen | 145 |
| a) Theoretische Grundlage der mittelbaren Diskriminierung | 145 |
| b) Kriterien des Familienstands und der Einkommensvoraussetzung | 147 |

| | | |
|------|--|-----|
| c) | Entlohnungskriterium und mittelbare Entgeltdiskriminierungen | 149 |
| d) | Bezug zur bestimmten Rollenerwartung als Voraussetzung einer mittelbaren Diskriminierung? | 152 |
| 4. | Verhältnismäßigkeitsprüfung im Bereich der mittelbaren Diskriminierung | 155 |
| a) | Legitimes Ziel, illegitimes Ziel | 155 |
| aa) | Reales wirtschaftliches Interesse als legitimes Ziel | 156 |
| bb) | Sozialpolitisches Ziel der Mitgliedstaaten | 156 |
| b) | Geeignetheit und Erforderlichkeit | 158 |
| c) | Überbelastung der Verhältnismäßigkeitsprüfung? | 159 |
| III. | Gerichtlicher Rechtsschutz bei einer Diskriminierung | 161 |
| 1. | Freiheitsrechtliche Abwehrfunktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes | 162 |
| a) | Abwehrrechtliche Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Sinne des allgemeinen Rechtsgrundsatzes | 162 |
| b) | Anspruch auf Anwendung der gleichen Regelung, die für die bevorzugte Gruppe gilt | 162 |
| c) | Prozeßrechtliche Hürden | 165 |
| 2. | Wiederherstellung der Gleichbehandlung | 167 |
| IV. | Ergebnis | 168 |

2. Teil

Das Recht auf Gleichbehandlung im Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG 169

| | | |
|------------|--|-----|
| § 3 | Vergleichbarkeitsprüfung und ihre dogmatische Grundlage | 169 |
| I. | Verhältnis des Gleichberechtigungsgebots zum allgemeinen Gleichheitssatz | 170 |
| 1. | Substantielle Gleichheit | 170 |
| 2. | Gleichberechtigungsgebot als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes | 173 |
| a) | Gleichwertigkeitstheorie | 173 |
| aa) | Auseinandersetzung mit der Gleichwertigkeitstheorie | 173 |
| bb) | Gleichwertigkeit der Arbeit der Hausfrau mit der Erwerbstätigkeit | 174 |
| b) | Anwendung der Willkürprüfung im Bereich des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG? | 176 |
| c) | Kausalitäts- und Finalitätsanforderung? | 178 |
| aa) | Theorie der Kausalitätsanforderung | 178 |
| bb) | Fehlende Kausalität im Rahmen der Typisierung? | 180 |
| cc) | Ergebnis | 182 |
| 3. | Bedeutungsidealität von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG | 183 |

| | | |
|------------|---|------------|
| a) | Zulässigkeit der differenzierenden Ordnungsvorschriften? | 185 |
| b) | Reduktion des Differenzierungsverbots auf ein Benachteiligungsverbot? | 186 |
| II. | Vergleichbarkeitsprüfung | 189 |
| 1. | Die Formel der „biologischen und funktionalen Unterschiede“ im Rahmen der Vergleichbarkeitsprüfung | 189 |
| a) | Vergleichbarkeit als normative Folge der Gleichheit der Gleichen | 189 |
| b) | Die Vergleichbarkeitsprüfung als Garant der Unerheblichkeit der Geschlechtsunterschiede | 191 |
| 2. | „Funktionale“ Unterschiede | 193 |
| a) | Traditionelle Rollenverteilung als „funktionaler Unterschied“ | 193 |
| b) | „Funktionale Unterschiede“ und das Gleichberechtigungsgebot im Sinne eines Freiheitsrechts vor staatlich aufgezwungener Geschlechterrolle | 196 |
| c) | Ausschluß der traditionellen Rollenerwartung aus dem „funktionalen Unterschied“ | 198 |
| 3. | „Biologische“ Unterschiede | 201 |
| a) | Gruppenbezogene Betrachtungsweise der „biologischen Unterschiede“ | 201 |
| b) | Individualisierende Betrachtungsweise der „biologischen Unterschiede“ | 202 |
| c) | Ausschließlichkeitsanforderung als Ergänzung für „biologische Unterschiede“ | 204 |
| 4. | Grenzen der Vergleichbarkeitsprüfung | 206 |
| a) | Rentenaltersbeschluß des BVerfG | 207 |
| b) | Soziale Unterschiede | 208 |
| c) | „Umgekehrte Willkürprüfung“ im Rahmen der raffinierten Vergleichbarkeitsprüfung | 211 |
| 5. | Ergebnis | 213 |
| III. | Rechtsschutz bei der Verletzung des Gleichberechtigungsgebots | 215 |
| 1. | Nichtigkeit als Folge des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG | 215 |
| 2. | Gesetzgeberisches Wahlrecht zwischen verschiedenen Wegen zur Wiederherstellung der Gleichheit | 217 |
| 3. | Aufstellung einer Auffangregelung für die Übergangszeit | 220 |
| 4. | Schlußfolgerungen | 221 |
| a) | Die gesetzgeberische Befugnis zur Herstellung der Gleichheit als Folge des Willkürprinzips | 221 |
| b) | Struktureller Unterschied zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten? | 223 |
| § 4 | Individualrechtliches Verständnis des Gleichberechtigungsgebots | 225 |
| I. | Die Erforderlichkeitsprüfung des BVerfG in den neunziger Jahren | 225 |
| 1. | Die Erforderlichkeitsprüfung | 225 |
| a) | Nacharbeitverbotsurteil | 225 |

| | |
|--|-----|
| b) Feuerwehrabgabenbeschuß | 228 |
| 2. Die Erforderlichkeitsprüfung als Konkretisierung der „neuen Formel“ | 230 |
| a) Die sogenannte „neue Formel“ | 230 |
| b) Rechtfertigungsgründe im Sinne der „neuen Formel“ | 233 |
| 3. Die Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung | 238 |
| a) Die Erforderlichkeitsprüfung in der neuen Systematik des Art. 3 GG | 238 |
| b) Vergleichbarkeitsprüfung im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung? | 239 |
| c) Erforderlichkeitsprüfung als Beschränkung der gesetzgeberischen Ziele | 241 |
| d) Erforderlichkeit für die Problemlösung | 243 |
| 4. Ergebnis | 244 |
| II. Die Herstellung der tatsächlichen Chancengleichheit für Frauen und verfassungsrechtliche Grenzen der Förderungsmaßnahme | 245 |
| 1. Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung | 245 |
| a) Art. 3 Abs. 2 GG als Verfassungsauftrag zur Herstellung der tatsächlichen Chancengleichheit | 245 |
| aa) Objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates zur Frauenförderung | 246 |
| bb) Verfassungsauftrag, Sozialstaat, Teilhaberecht | 249 |
| cc) Einfügung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG | 253 |
| b) Grundrechtskonkurrenz und Herstellung der praktischen Konkordanz | 254 |
| c) Zwischenbetrachtung: Verhältnismäßigkeitsprinzip und „Eingriff“ in das Gleichheitsrecht | 255 |
| d) Ziele der Quotenregelungen | 259 |
| aa) Geschlechterparität | 260 |
| bb) Kompensation erlittener Nachteile | 261 |
| cc) Ausgleich der gegenwärtigen Benachteiligungen | 262 |
| dd) Verwirklichung der Chancengleichheit in der Zukunft ... | 263 |
| e) Eignung und Erforderlichkeit für die Zielverwirklichung | 265 |
| 2. Besondere Schutzrichtung des Art. 3 Abs. 2 GG? | 268 |
| a) Relativierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei gerichtlicher Überprüfung des Zweck-Mittel-Verhältnisses im kompensatorischen Kontext? | 268 |
| b) Dominierungsverbot? | 271 |
| aa) Theorie des Dominierungsverbots | 271 |
| bb) Geltungsvorrang des Art. 3 Abs. 2 GG im Bereich der Frauenförderung? | 272 |
| cc) Grenze der zulässigen Quotenregelung aus der Sicht des Dominierungsverbots | 273 |
| 3. Ergebnis | 275 |

| | |
|---|-----|
| III. Mittelbare Diskriminierung | 276 |
| 1. Mittelbare Diskriminierung als Problem des allgemeinen Gleichheitssatzes? | 277 |
| 2. Mittelbare Diskriminierung im Rahmen des Dominierungsverbots | 278 |
| a) Benachteiligungsverbot bei der Wahrnehmung der traditionellen Frauenrolle | 278 |
| b) Einseitige Schutzrichtung beim Verbot der mittelbaren Diskriminierung? | 279 |
| 3. Recht auf geschlechtsneutrale Behandlung und Verbot der mittelbaren Diskriminierung | 281 |
| a) Ermittlung der mittelbaren Diskriminierung und faktische Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen | 281 |
| b) Zweistufige Prüfung aufgrund des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG | 283 |
| aa) Entsprechungsprüfung | 283 |
| bb) Entsprechungsprüfung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und 3 GG | 285 |
| 4. Ergebnis | 286 |
| Schlußfolgerungen | 289 |
| I. Subjektiv-rechtliches Modell der Geschlechtergleichberechtigung ... | 289 |
| 1. Hintergrund der Modellkonkurrenz | 289 |
| 2. Subjektiv-rechtliches Modell des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Gemeinschaftsrecht | 291 |
| 3. Subjektiv-rechtliches Modell der Geschlechtergleichberechtigung im deutschen Verfassungsrecht | 292 |
| II. Rückfolgerungen auf den gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz | 294 |
| 1. Die praktische und theoretische Bedeutung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung | 294 |
| 2. Einschaltung der Entsprechungsprüfung bei der Ermittlung der mittelbaren Diskriminierung | 295 |
| III. Grundrechtliche Systemkonkurrenz | 298 |
| Zusammenfassung: Sieben Thesen zur Geschlechtergleichberechtigung vor dem EuGH und dem BVerfG | 301 |
| Rechtsprechungsverzeichnis | 304 |
| Literaturverzeichnis | 312 |
| Sachverzeichnis | 317 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------|---|
| a. A. | anderer Ansicht |
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| ABl. | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften |
| Abs. | Absatz |
| a. F. | alte Fassung |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| ArbuR | Arbeit und Recht |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAGE | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts |
| BayVerfGH | Bayerischer Verfassungsgerichtshof |
| BayVerfGH n. F. | Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, neue Folge |
| BB | Der Betriebsberater |
| Bd. | Band |
| Beschl. | Beschluß |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BT-Drucks. | Drucksachen des Deutschen Bundestags |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerfGG | Gesetz über das Bundesverfassungsgericht |
| bzw. | beziehungsweise |
| CEEP | Centre Européen des Entreprises à Participation Publique et des Entreprises d'Intérêt Economique Général (Europäische Vereinigung der öffentlichen Unternehmen) |
| DB | Der Betrieb |
| ders. | derselbe |
| d. h. | das heißt |
| dies. | dieselbe |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung |
| DVBbl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| ebd. | ebenda |

| | |
|----------|--|
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EGB | Europäische Gewerkschaftsbund |
| EGMR | (Entscheidungen des) Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft |
| EMRK | Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten |
| EuGE | Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz, Teil 2, Gericht erster Instanz |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften |
| EuGHE | Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz, Teil 1, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften |
| EuGRZ | Europäische Grundrechtezeitschrift |
| EuR | Europarecht |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| f., ff. | folgende Seite(n) |
| FamRZ | Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (später: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift (für) |
| GBL | Gesetzblatt (der Freien Hansestadt Bremen) |
| GVBl. | Gesetz- und Verordnungsblatt (des Landes Nordrhein-Westfalen) |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |
| HBdStR | J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts |
| Hrsg. | Herausgeber |
| IAO | Internationale Arbeitsorganisation |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| Kap. | Kapitel |
| Kom. | Europäische Kommission |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| m. E. | meines Erachtens |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| n. F. | neue Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NKESR | Nomos Kommentar zum Europäischen Sozialrecht |
| Nr. | Nummer |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht |
| RdA | Recht der Arbeit |
| RGBL | Reichsgesetzblatt |

| | |
|-----------|---|
| RL | Richtlinie |
| Rn. | Randnummer |
| Rs. | Rechtssache |
| RuStAG | Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz |
| S. | Seite, Satz |
| SPD | Sozialdemokratische Partei Deutschlands |
| st. Rspr. | ständige Rechtsprechung |
| u. a. | und andere/und anderes; unter anderen |
| UNICE | Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas) |
| Urt. | Urteil |
| U.S. | United States Reports |
| usw. | und so weiter |
| v. | von, vom |
| Verf. | Bemerkung des Verfassers |
| VerwArch | Verwaltungsarchiv |
| vgl. | vergleiche |
| VO | Verordnung |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer |
| z. B. | zum Beispiel |

Einleitung

Die Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts beeinflusst die Rechtsordnungen der gesamten Mitgliedstaaten. Auch das Verfassungsrecht bleibt nicht davon verschont. Zwar würde in diesem Bereich eine unmittelbare Einflußnahme in Form einer Harmonisierung oder Rechtsangleichung sofort die Souveränität und Eigenständigkeit des Mitgliedstaates antasten, dennoch kommt man heute nicht mehr umhin, bei der Auslegung der nationalen Verfassung den jeweiligen Bestand des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen. Die Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten erfolgt – soweit es sich nicht um Verfassungsänderungen zur Anpassung an eine auf europäischer Ebene getroffenen Entscheidung handelt – somit nicht unmittelbar durch einen Rechtsakt eines Gemeinschaftsorgans, sondern durch eine Ausrichtung der Verfassungsinterpretation auf die europarechtlichen Entwicklungen auf Seiten des Mitgliedstaates.

Dies gilt in besonderem Maße für die Auslegung der Grundrechtsbestimmungen. Ursprünglich waren es die Mitgliedstaaten, die die Entwicklung der europäischen Grundrechte beeinflussten und förderten¹. Daher ist in diesem Bereich nicht eine einseitige Einflußnahme, sondern stets eine Wechselwirkung festzustellen. Obwohl das primäre Gemeinschaftsrecht lang über keinen Grundrechtskatalog verfügte und der EuGH den Grundrechtsstandard als ungeschriebenen allgemeinen Grundsatz erst aus der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten ableiten mußte², hat inzwischen der Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene auf manchem Gebiet den des Grundgesetzes überholt.

Jedoch stellt der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf die Verfassungsauslegung die nationalen Verfassungsgerichte vor eine schwierige Aufgabe. Stellen sie einen Widerspruch zwischen ihrer überkommenen Verfassungsauslegung und dem vorrangigen Europarecht fest, so müssen sie sich mit der Frage auseinandersetzen, ob und wie sie die beiden Gesichtspunkte in

¹ Der Solange-I-Beschluß des BVerfG kann auch so verstanden werden, daß er sich an die Gemeinschaftsorgane wendete und die Notwendigkeit des verstärkten Grundrechtsschutzes auf der europäischen Ebene klarstellte. BVerfGE 37, 271 (285). Vgl. *Oppermann*, *Europarecht*¹, 1991, S. 162 („Nebeneffekt“ von Solange-I).

² EuGHE 1969, 419 (Rn. 7) – Rs. 29/69 „*Stauder*“; 1970, 1125 (Rn. 4) – Rs. 11/70 „*Internationale Handelsgesellschaft*“; 1974, 491 (Rn. 13) – Rs. 4/73 „*Nold*“; st. Rspr.

Einklang bringen können. Einerseits kann der Verfassungsrichter nicht auf seiner Linie bestehen, da dies einen Verstoß gegen den Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und somit eine Vertragsverletzung darstellen würde³. Auf der anderen Seite muß er auch auf eine gewisse Kontinuität seiner Rechtsprechung bedacht sein, um die Rechtssicherheit innerhalb der nationalen Rechtsordnung zumindest einigermaßen zu garantieren.

Ein ähnliches Dilemma entsteht auch beim EuGH. Er spielt eine Vorreiterrolle bei der Gewährleistung des Grundrechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht. Dennoch kann er sich nicht über die Verfassungsauslegung der nationalen Verfassungsgerichte und -organe hinwegsetzen, weil er sonst seine Legitimationsgrundlage als Garant der „gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten“ verlieren würde. In dieser Hinsicht sind sowohl EuGH als auch nationale Verfassungsgerichte auf die gegenseitige Achtung und den beiderseitigen Lernprozeß angewiesen, also auf eine Kooperation⁴. Jedoch findet diese Art der Zusammenarbeit in einer fiktiven Auseinandersetzung statt. Bei der Überwindung der Konflikte zwischen dem hergebrachten Verfassungsverständnis und der neuen gemeinschaftsrechtlichen Entwicklung ist jedes Gericht auf sich gestellt.

Im Bereich der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG) zeigt sich ein Musterbeispiel solcher Wechselwirkungen und Konfliktslagen. Seitdem das BVerfG 1956 die Arbeitszeitbeschränkungen zugunsten der Frauen als vereinbar mit diesen Vorschriften erklärte⁵, wurde das Nachtarbeitsverbot ausschließlich für die Arbeiterinnen lange Zeit als verfassungsgemäß angesehen. Nachdem jedoch der EuGH 1991 ein ähnliches Nachtarbeitsverbot im französischen Recht als gemeinschaftsrechtswidrig beurteilt hatte⁶, gab das BVerfG ein Jahr später seine alte Position zugunsten einer strengeren Interpretation des Diskriminierungsverbots auf⁷. Damit erklärte es das betreffende Gesetz für grundgesetzwidrig, das nach seiner Auffassung ohnehin seit dem *Stoekel*-Urteil aufgrund des Geltungsvorrangs des EG-Rechts unanwendbar war.

Erweitert man den Blickwinkel auf die Wechselwirkung zwischen dem deutschen Verfassungsrecht und Grund- und Menschenrechtsschutz der

³ Ausführlich hierzu *Sander*, DÖV 2000, S. 588 ff.

⁴ Im Maastricht-Urteil hat sich das BVerfG die grundrechtliche Kontrollzuständigkeit über das sekundäre Gemeinschaftsrecht in „Kooperation“ mit dem EuGH vorbehalten, BVerfGE 89, 155 (175). Über die Bedeutung dieser „Kooperation“ wurde seitdem viel spekuliert. Wenn die „Kooperation“ vielschichtig und vielgestaltig zu verstehen ist, schließt sie – mindestens der Idee nach – eine fiktive Auseinandersetzung ein.

⁵ BVerfGE 5, 9 (11 f.).

⁶ EuGHE 1991, I-4047 – Rs. C-345/89 „*Stoekel*“.

⁷ BVerfGE 85, 191 (206 ff.).

EMRK, fällt ein weiteres Beispiel auf. Die Feuerwehrabgabe in Bayern und Baden-Württemberg wurde lediglich von den männlichen Einwohnern verlangt. Diese hat das BVerfG wiederholt als verfassungsgemäß erklärt⁸, bis es schließlich eine Verfassungsbeschwerde gegen diese Regelung als Mißbrauch des Beschwerderechts bewertete und mit Auferlegung der Prozeßgebühr nach 34 Abs. 2 BVerfGG sanktionierte⁹. Es verabschiedete sich jedoch von dieser Position¹⁰, nachdem das EGMR das bayerische Gesetz als Verletzung der Gleichheit in Art. 14 EMRK verworfen hatte¹¹.

In der Tat markieren das Nachtarbeitsverbot-Urteil und der Feuerwehrabgabe-Beschluß eine neue Epoche der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Bis dahin unterzog das BVerfG die in Frage stehende Regelung einer Vergleichbarkeitsprüfung. Nach dieser Prüfung ist eine nach Geschlecht differenzierende Behandlung dann zulässig, wenn objektive biologische oder funktionale Unterschiede das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend prägen, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten und die unterschiedliche rechtliche Regelung mit den Begriffen „Benachteiligung“ und „Bevorzugung“ nicht mehr sinnvoll zu erfassen ist¹². Dagegen wendet die neue Rechtsprechung das Prüfungskriterium an, nach der Differenzierungen nur soweit anerkannt werden, als „sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind“¹³. Von welcher Tragweite dieser Wandel des Prüfungskriteriums ist, ist im Schrifttum noch umstritten.

Die Revision der Rechtsprechung hinsichtlich des Diskriminierungsverbots in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG war eigentlich auch ohne den Einfluß von europäischer Seite längst fällig. Unter dem alten Kriterium der Vergleichbarkeit wurde die Verfassungsmäßigkeit des § 1356 Abs. 1 BGB in der Fas-

⁸ Zuerst BVerfGE 13, 167. Dort wurde nur die Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz erklärt, ohne die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes anhand des Art. 3 Abs. 2 und 3 näher zu prüfen. Sodann in Ausschuß- und Kammerbeschlüssen: BVerfG, Beschl. vom 6.12.1978 – 1 BvR 722/77; Beschl. vom 13.11.1979 – 1 BvR 768/79; Beschl. vom 5.7.1983 – 1 BvR 1214/82 und 210/82; Beschl. vom 11.12.1985 – 1 BvR 1277/85; Beschl. vom 31.1.1987 – 1 BvR 1476/86; Beschl. vom 9.2.1990 – 1 BvR 1614/89.

⁹ BVerfG, Beschl. vom 31.1.1987 – 1 BvR 1476/86.

¹⁰ BVerfGE 92, 91 (109 ff.).

¹¹ EGMR, Série A 291-B – *Karlheinz Schmidt/Deutschland* –, S. 32 f.

¹² BVerfGE 6, 389 (423); 10, 59 (74); 15, 337 (343); 21, 329 (343); 31, 1 (4); 37, 217 (249); 39, 169 (185 f.); 52, 369 (375). Das Vorhandensein der biologischen und funktionalen Unterschiede wurde bis zum Jahr 1991, BVerfGE 84, 9 (17), in der ständigen Rechtsprechung als Begründungsmerkmal anerkannt. Zuerst BVerfGE 3, 225 (242). Zu dieser Vergleichbarkeitsprüfung vgl. unten § 3.

¹³ BVerfGE 85, 191 (207); 92, 91 (109).