

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

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 Entgelttrichtlinie	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, Marschall, 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.	Bedeutungsidentität 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)	Nachtarbeitverbotsurteil	225

b) Feuerwehrabgabenbeschluß	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