

# Inhaltsverzeichnis

TEIL I EINLEITUNG.....	19
1. Kapitel: Einführung.....	19
I. Zentrale Fragestellungen.....	20
II. Bedeutung des rechtsvergleichenden Ansatzes.....	22
III. Struktur der Arbeit.....	24
IV. Gegenstand der Untersuchung.....	26
2. Kapitel: Ausmaß der Diskriminierung.....	28
I. Faktische Entwicklung in Deutschland.....	28
II. Faktische Entwicklung in Südafrika.....	29
TEIL II GRUNDLAGEN.....	33
1. Kapitel: Grundsätzliche Begriffsklärung.....	33
I. Abgrenzung des untersuchten Bereichs.....	33
1) Arbeitnehmereigenschaft (Problem: Abgrenzung Arbeitnehmer – Beamter).....	35
2) Arbeitgebereigenschaft.....	39
II. Begriffe aus dem Bereich der Arbeitnehmer- gleichberechtigung.....	40
1) Diskriminierung.....	40
2) Definition sonstiger Begriffe.....	43
a) Gleichberechtigung – Gleichstellung/ Gleichbehandlung.....	43
b) Positive Diskriminierung.....	44
c) Affirmative Action.....	46
d) Fördermaßnahmen/ „remedial measures“.....	51
e) Quotenregelungen/ „affirmative action measures“.....	52
aa) Starre Quote/„quota“.....	54
bb) Leistungsbezogene Quote/ „tie-breaker“... .....	55

cc) Zielvorgaben/„timetables“.....	56
dd) Quoten bei Vorliegen einer Mindestqualifikation/ „Plus-Factor“.....	57
ee) Haushaltsvorbehalte/ „Reservations“.....	58
III. Existenz grundlegender Diskriminierungsmuster.....	59
1) Grundlagen der Diskriminierung.....	59
a) Grundsätzliche Erwägungen zu den Ursachen von Diskriminierung.....	61
aa) Deutschland.....	62
bb) Südafrika.....	66
b) Biologische Unterschiede.....	67
2) Parallelen in der Diskriminierung.....	68
2. Kapitel: Theoretische Grundsatzdebatte.....	70
I. Anti-Diskriminierungsgesetzgebung in der Kritik.....	71
1) Nichtberücksichtigung benachteiligter Gruppen.....	72
2) Individualrechtlicher Charakter.....	73
3) Formeller Charakter.....	74
II. Aktive Fördermaßnahmen als Antwort auf Schwächen der Anti-Diskriminierungsgesetzgebung.....	75
1) Formell-/ symmetrischer Ansatz.....	75
2) Materiell-/ substantieller Ansatz.....	78
3) Chancengleichheits-/ „ <i>equal opportunities</i> “ Ansatz....	82
4) Sonderproblem: Begriff des „ <i>innocent white/ male</i> <i>victim</i> “.....	84
5) Qualifikationsbegriff (Verdienst/ „ <i>merit</i> “).....	90
III. Stellungnahme.....	91
TEIL III UNTERSUCHUNG DER SYSTEME.....	93
1. Kapitel: Verfassungsebene.....	93
I. Die südafrikanische Constitution vor dem Hintergrund der allgemeinen Gleichberechtigungsdebatte.....	93
1) Verfassungsentwicklung.....	93

a) Die Übergangs-Verfassung (Interim Constitution).....	93
b) Die 1996 Constitution.....	94
2) Gegenwärtiger Stand der Verfassung.....	95
a) Sec. 9 Constitution.....	96
b) Formelle und materielle Gleichheit („formal and substantial equality“ ).....	96
aa) Verhältnis von sec. 9 (2) zu sec. 9 (1); (3); (4) Constitution.....	99
bb) Theoretisches Verhältnis Affirmative Action-/ Anti- Diskriminierungsregelungen.....	100
cc) Verfassungsmäßige Grenzen von Affirmative Action.....	102
c) Vorschriften gegen Diskriminierung.....	103
aa) Sec. 9 (1) Constitution.....	103
bb) Sec. 9 (3) Constitution: Verbot unfairer Diskriminierung.....	105
(1) Differenzierungsebene.....	105
(2) Diskriminierungsebene.....	105
(3) Ebene der Unfairness.....	106
(4) Rechtfertigungsebene.....	107
cc) Sec. 9 (4) Constitution.....	108
d) Vorschriften zur aktiven Förderung der Gleichberechtigung: Sec. 9 (2) Constitution.....	109
aa) Sec. 9 (2) Constitution: <i>“designed to promote or advance”</i> .....	109
bb) Sec. 9 (2) Constitution: <i>„disadvantaged by unfair discrimination“</i> .....	110
II. Das europäische Primärrecht vor dem Hintergrund der allgemeinen Gleichberechtigungsdebatte.....	111
1) Entwicklung des europäischen Primärrechts zur Arbeitnehmergleichberechtigung.....	111
2) Gegenwärtiger Verfassungsstand Europa.....	116
a) Überblick.....	116
aa) Verfassungsdogmatische Einordnung.....	116
bb) Geltungsbereich des europäischen Primärrechts.....	117
b) Anti-Diskriminierungsvorschriften des EGV.....	119
aa) Art. 2 EGV.....	119

bb) Art. 3 Ab 2 EGV.....	120
cc) Art. 13 EGV.....	120
dd) Art. 137 Ab 1, 5. Spiegelstrich EGV.....	121
c) Vorschriften über positive Diskriminierung.....	122
aa) Art. 141 EGV – Die Norm im Überblick...	123
bb) Art. 141 Abs 3 EGV.....	125
(1) Verhältnis von Art. 141 Ab 3 EGV zu Art. 137 Ab 1, 5. Spiegelstrich EGV.....	126
(2) Reichweite des Art. 141 Ab 3 EGV...	127
cc) Art 141 Ab 4 EGV.....	130
(1) Aussage des Art. 141 Ab 4 EGV.....	130
(2) Verhältnis von Art. 141 Ab 4 EGV zum Grundsatz der Gleich- behandlung.....	132
(3) Anforderungen des Art. 141 Ab 4 EGV.....	134
(a) Merkmal „geeignet“.....	134
(b) Merkmal „verhältnismäßig“.....	135
(c) Merkmal „Vergünstigung“.....	135
(d) Merkmal „Mitgliedstaaten“.....	137

### III. Das deutsche Verfassungsrecht vor dem Hintergrund der

allgemeinen Gleichberechtigungsdebatte.....	137
1) Entwicklung des Verfassungsrahmens in Deutschland.....	137
a) Art. 3 Ab 1 GG.....	138
b) Art. 3 Ab 3 GG.....	140
c) Art. 3 Ab 2 GG.....	141
aa) Rentenentscheidung.....	143
bb) Nachtarbeitsentscheidung.....	144
2) Gegenwärtige Verfassungslage in Deutschland.....	146
a) Anti-Diskriminierungsregelungen.....	146
aa) Art. 3 Ab 1 GG – Das Gleichheitskonzept der Verfassung.....	146
bb) Art. 3 Ab 3 GG.....	150
cc) Verfassungsrechtliche Betrachtung des Art. 3 Ab 3 G.....	150
dd) Rechtsvergleichende Betrachtung der Anti- Diskriminierungsregelungen.....	151
(1) Vergleich mit europäischem Recht....	151

(2) Vergleich mit südafrikanischem Recht.....	151
b) Positive Diskriminierung und Verfassungsrecht – Art. 3 Abs 2 GG.....	153
aa) Anti- Diskriminierungsvorschriften als Hindernis für positive Diskriminierung.....	154
(1) Verhältnis positive Diskriminierung - Anti-Diskriminierungsgesetzgebung im Grundgesetz.....	155
(2) Problem des “agent of allocation”....	156
bb) Art. 3 Abs 2 GG.....	157
(1) Art. 3 Abs 2 1 GG.....	157
(a) Inhalt.....	157
(b) Ausnahmen zum Gleich- behandlungsgebot.....	160
(aa) Biologisch.....	160
(bb) Funktional.....	161
(cc) Weitere Ausnahmen.....	161
(2) Art. 3 Abs 2 2 GG.....	162
(a) Förderungsklausel.....	163
(b) Nachteilsausgleich- Klausel.....	165
(c) Individuelle oder kollektive Ausrichtung.....	166
(d) Chancengleichheit oder Ergebnisgleichheit.....	170
(3) Verhältnis der Regelungen des Art. 3 GG zueinander.....	174
(a) Verhältnis von Art. 3 Abs 2 1 GG und Art. 3 Abs 2 2 GG.....	174
(b) Verhältnis von Art. 3 Abs 2 1 GG und Art. 3 Abs 3 1 GG.....	175
(c) Verhältnis zwischen Art. 3 Abs 2 2 GG und Art. 3 Abs 3 GG.....	176
cc) Weitere Probleme der Grundgesetzlich- keit positiver Maßnahmen.....	178
(1) Problem der objektiven und subjektiven Grundrechtsebene.....	178
(2) Problem der “Doppelgesichtigkeit” ...	178
(3) Problem der privatrechtlichen Gleichheitskonzeption.....	179

(4) Problematik der Zielsetzung: Kompensation contra Zukunftsausgleich.....	180
dd) Der Einfluss des Europarechts auf das deutsche Verfassungsrecht.....	181
(1) Der konkrete Einfluss von Art. 141 Ab 4 EGV auf das deutsche Verfassungsrecht.....	182
(2) Der mögliche Einfluss von Art. 141 Ab 3 EGV auf das deutsche Verfassungsrecht.....	183
3) Stellungnahme und Schlussbetrachtung zum Grundgesetz.....	185
2. Kapitel: Untersuchung der arbeitsrechtlichen Regelungen.....	187
I. Rechtssystem Südafrika: Entwicklung der Gleich- berechtigungs Vorschriften im Arbeitsrecht.....	187
1) Labour Relations Act 28 of 1956.....	187
2) Die Wiehahn Commission.....	189
3) Der Industrial Court.....	189
4) Codes of good Practice.....	191
5) Der Labour Relations Act 1995.....	192
II. Rechtssystem Südafrika: Gegenwärtiger Stand der Gleichberechtigungs Vorschriften im Arbeitsrecht.....	194
1) Der EEA.....	195
a) Maßnahmen gegen unfaire Diskriminierung.....	196
aa) Gruppen und Personen im Schutzbereich der Anti-Diskriminierungs Vorschriften....	196
bb) Unfaire Diskriminierung im Zusammenhang des EEA.....	197
cc) Rechtfertigungsmöglichkeiten von Diskriminierung.....	199
(1) Berufsbezogene Anforderungen („ <i>Inherent job requirements</i> “ ).....	199
(2) Affirmative Action als Rechtfertigungsgrund.....	200
(3) „ <i>General Fairness Defence</i> “.....	200
b) Affirmative Action.....	201
aa) Die administrative Seite des EEA.....	202

(1) Die Commission of Employment Equity.....	202
(2) Der Employment Equity Plan.....	203
(3) Durchsetzung.....	206
bb) Die materielle Seite des EEA.....	207
(1) Affirmative Action Maßnahmen.....	207
(2) Benachteiligte/ betroffene Gruppen („designated groups“)... ..	208
(3) Begünstigte von Affirmative Action..	208
(4) Begriff: „equitably represented“ .....	212
(5) Benachteiligte von Affirmative Action.....	213
(6) Betroffene Arbeitgeber („designated employer“)... ..	213
2) PEPUDA.....	214
3) Entscheidungen zu Diskriminierung/ Affirmative Action.....	215
4) Rechtfertigung von Affirmative Action im süd-afrikanischen Kontext.....	219
III. Entwicklung des europäischen Sekundärrechts zur Arbeitnehmergeleichberechtigung.....	222
1) Richtlinien.....	222
2) Rechtsprechung des EuGH.....	225
IV. Gegenwärtiger Stand des europäischen Sekundärrechts zur Arbeitnehmergeleichberechtigung.....	227
1) Richtlinie 76/207/EWG.....	228
a) Aussagen der Richtlinie 76/207/EWG.....	228
aa) Anti-Diskriminierungsregelungen.....	228
bb) Regelungen positiver Diskriminierung.....	229
b) Probleme des Art. 2 Ab 4 Richtlinie.....	
76/207/EWG im Blick des EuGH.....	230
aa) Ältere Entscheidungen des EuGH.....	231
(1) Entscheidung Kommission/ Frankreich.....	231
(2) Die Kalanke-Entscheidung	232
(3) Die Marschall-Entscheidung.....	234
bb) Aktuelle Rechtsprechung des EuGH.....	236
(1) Die Badek-Entscheidung.....	236

(2) Die Abrahamsson-Entscheidung.....	239
c) Probleme des Art. 2 Ab 4 Richtlinie 76/207/EWG im Blick der europäischen Literatur.....	243
aa) Meinungsstand der Literatur bis zur Marschall-Entscheidung.....	243
bb) Aktueller Meinungsstand der Literatur.....	244
cc) Bewertung der Problempunkte des Art. 2 Ab 4 Richtlinie 76/207/EWG.....	246
2) Vorschlag der Kommission zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG.....	249
a) Änderungsbegründung.....	249
b) Hintergrundüberlegungen.....	250
c) Einzelne Artikel und deren Begründung.....	250
d) Folgenabschätzung (Folgenabschätzungsbogen)	251
 V. Deutschland: Normen zur Arbeitnehmergeleichberechtigung.....	 252
1) Entwicklung des Rechts zur Arbeitnehmer- gleichberechtigung in Deutschland.....	252
a) Überblick: Entwicklung arbeitsrechtlicher Gleichberechtigungsgesetze.....	252
b) Entstehung der §§ 611 a ff. BGB.....	253
c) Ursprünge der Debatte um positive Diskriminierung.....	257
d) Öffentlich-rechtliche Gleichberechtigungs- fördergesetze.....	258
2) Gegenwärtiger Stand der arbeitsrechtlichen Normen zur Gleichberechtigung.....	260
a) Anti-Diskriminierungsregelungen.....	261
aa) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungs- grundsatz.....	261
bb) § 611 a BGB.....	262
(1) Inhalt und Zweck.....	262
(2) Stellung des § 611 a BGB in der deutschen Gesetzssystematik.....	269
cc) Sonstige arbeitsrechtliche Normen in Deutschland.....	274
(1) § 611 b BGB.....	274
(2) § 61 b ArbGG.....	275
(3) BetrVG.....	275
(4) § 8 Ab 1; 2 SGB III.....	277

b) Anti-Diskriminierungsregelungen im Rechtsvergleich.....	279
aa) Deutsche Anti-Diskriminierungs- regelungen im Vergleich zu sekundärrechtlicher europäischer Anti- Diskriminierungsgesetzgebung.....	279
bb) Deutsche Anti-Diskriminierungs- regelungen im Vergleich zu südafrikanischer Anti- Diskriminierungsgesetzgebung.....	280
(1) Vergleich: Stellung der Anti- Diskriminierungsvorschriften.....	280
(2) Vergleich: Unterschiede in der Umsetzung der Anti- Diskriminierungsregeln.....	282
(3) Vergleich: Rechtfertigungsgründe.....	285
c) Möglichkeit positiver Diskriminierung im deutschen Arbeitsrecht.....	285
aa) Vorgängerregelungen: Landesrechtliche Gleichstellungsgesetze für den öffentlichen Dienst.....	286
bb) Theoretische Herleitung positiver Diskriminierung im Arbeitsrecht.....	287
(1) Wortlautauslegung.....	288
(2) Europarechtskonforme Auslegung.....	289
(3) Rückgriff auf europäische Wertungen.....	290
(4) Existierende Regelungen positiver Diskriminierung.....	291
(5) Bewertung der verschiedenen Argumentationsansätze.....	292
cc) Untersuchung der verschiedenen möglichen Arten positiver Förderung.....	292
(1) Freiwillige oder zwingende Maßnahmen.....	293
(2) Starre Ergebnisquoten.....	294
(3) Zielvorgaben.....	294
(4) Finanzierungsvorbehalte.....	295
(5) Entscheidungsquoten.....	295
(6) Quoten bei Vorliegen einer Mindestqualifikation.....	295
(7) Fördermaßnahmen.....	296

dd) Rechtsvergleichende Betrachtung positiver Diskriminierung/ Affirmative Action.....	296
(1) Vergleich mit europäischem Recht....	297
(2) Vergleich mit südafrikanischem Recht.....	298
ee) Systemübergreifende Probleme.....	302
(1) Problematik der Hilfskriterien.....	302
(2) Problematik des wirtschaftlichen Hintergrundes.....	303

TEIL IV SCHLUSSBEMERKUNG.....	305
-------------------------------	-----

Literaturverzeichnis.....	309
---------------------------	-----