

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
-------------------------	----

1. Teil

Einführung	28
-------------------------	----

A. Vereinbarkeit positiver Maßnahmen mit dem Gleichheitssatz	28
B. Überblick über die gesetzlichen Regelungen	32
I. Regelungen im Gemeinschaftsrecht	32
II. Regelungen im deutschen Recht	51
C. Abgrenzung zur mittelbaren Diskriminierung und zu angemessenen Vorkehrungen	55
I. Abgrenzung zu der mittelbaren Diskriminierung	56
II. Zuordnung der angemessenen Vorkehrungen	64
III. Ergebnis	77

2. Teil

Positive Maßnahmen zugunsten von Frauen in der Rechtsprechung des EuGH	80
---	----

A. Die einzelnen Urteile	80
I. Kommission gegen Frankreich (1988)	80
II. Kalanke (1995)	81
III. Marschall (1997)	83
IV. Badeck (2000)	84
V. Abrahamsson (2000)	86
VI. Lommers (2002)	87
VII. Briheche (2004)	89
B. Anforderungen an Frauenfördermaßnahmen auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH	89
I. Geeignetheit	90
II. Erforderlichkeit	115
III. Angemessenheit	118
C. Ergebnis	127

*3. Teil***Positive Maßnahmen im US-amerikanischen
Antidiskriminierungsrecht**

	129
A. Rechtliche Grundlagen	130
I. Verbot der Ungleichbehandlung	131
II. Anordnung von positiven Maßnahmen	135
III. Zusammenfassung	139
B. Rechtsprechung	142
I. Rasse und ethnische Herkunft	144
II. Geschlecht	166
III. Alter	175
C. Unterschiede zwischen den Diskriminierungsmerkmalen	176

*4. Teil***Kriterien für positive Maßnahmen
in den Richtlinien 2000 / 43 / EG und 2000 / 78 / EG**

	179
A. Besonderheiten für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft	181
I. Richtlinie	181
II. Umsetzung im deutschen Recht	184
III. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	185
IV. Gesellschaftliche Wertungen	195
V. Ergebnis	199
B. Besonderheiten für die Merkmale Religion und Weltanschauung	203
I. Richtlinie	203
II. Umsetzung im deutschen Recht	207
III. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	208
IV. Gesellschaftliche Wertungen	210
V. Ergebnis	211
C. Besonderheiten für das Merkmal Behinderung	214
I. Richtlinie	214
II. Umsetzung im deutschen Recht	223
III. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	224
IV. Gesellschaftliche Wertungen	227
V. Ergebnis	228

D. Besonderheiten für das Merkmal Alter	233
I. Mangold (2005)	233
II. Richtlinie	239
III. Umsetzung im deutschen Recht	242
IV. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	243
V. Gesellschaftliche Wertungen	247
VI. Ergebnis	262
E. Besonderheiten für das Merkmal sexuelle Ausrichtung	281
I. Richtlinie und ihre Umsetzung	281
II. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	282
III. Gesellschaftliche Wertungen	282
IV. Ergebnis	283
F. Sonderproblem: Zusammentreffen von Fördermaßnahmen	284
I. Problematische Konstellationen	284
II. Lösungsansatz	284
Zusammenfassung	287
Literaturverzeichnis	292
Sachwortverzeichnis	315

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
------------------	----

1. Teil

Einführung	28
-------------------------	----

A. Vereinbarkeit positiver Maßnahmen mit dem Gleichheitssatz	28
---	----

B. Überblick über die gesetzlichen Regelungen	32
--	----

I. Regelungen im Gemeinschaftsrecht	32
---	----

1. Art. 141 Abs. 4 EG und Art. 2 Abs. 8 Richtlinie 76/207/EWG	33
---	----

a) Entstehungsgeschichte	33
--------------------------------	----

aa) Rechtsänderungen seit 1976	33
--------------------------------------	----

(1) Rechtslage vom 09. 02. 1976 bis zum 30. 04. 1999	33
--	----

(2) Rechtslage vom 01. 05. 1999 bis zum 04. 10. 2002	33
--	----

(3) Rechtslage seit dem 05. 10. 2002	34
--	----

bb) Auswirkungen der Rechtsänderungen	35
---	----

(1) Änderungen der Ausnahmeregelung	35
---	----

(a) Aussagen des EuGH	35
-----------------------------	----

(b) Aussagen der Generalanwälte	36
---------------------------------------	----

(c) Literatur	37
---------------------	----

(d) Stellungnahme	39
-------------------------	----

(2) Änderung des Anwendungsbereichs	41
---	----

cc) Zwischenergebnis	42
----------------------------	----

b) Abgrenzung der positiven Maßnahmen von sonstigen Frauenfördermaßnahmen	43
---	----

c) Adressat der Regelung	44
--------------------------------	----

2. Art. 5 Richtlinie 2000/43/EG und Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG ..	45
--	----

a) Kompetenz des europäischen Gesetzgebers	46
--	----

b) Adressat der Regelungen	47
----------------------------------	----

3. Sonderbestimmungen für einzelne Merkmale in der Richtlinie 2000/78/EG	47
--	----

a) Merkmal Behinderung: Art. 5 und Art. 7 Abs. 2	48
--	----

b) Merkmal Alter: Art. 6 Abs. 1	48
---------------------------------------	----

c) Merkmal Religion: Art. 15	48
------------------------------------	----

4. Rechtfertigung mittelbar diskriminierender Fördermaßnahmen	48
5. Günstigkeitsprinzip	50
II. Regelungen im deutschen Recht	51
1. Positive Maßnahmen des Gesetzgebers	51
a) Maßnahmen für die öffentliche Verwaltung	52
b) Anordnungen des Gesetzgebers für private Arbeitgeber	54
2. Ermächtigung der Arbeitgeber zu positiven Maßnahmen	54
C. Abgrenzung zur mittelbaren Diskriminierung und zu angemessenen Vorkehrungen	55
I. Abgrenzung zu der mittelbaren Diskriminierung	56
1. Europäische Literatur	57
2. US-amerikanisches Recht	60
3. Stellungnahme	60
II. Zuordnung der angemessenen Vorkehrungen	64
1. Zielsetzung	65
a) Europäische Literatur	65
b) US-amerikanisches Recht	67
c) Stellungnahme	69
2. Wirkungsweise	75
3. Zwischenergebnis	76
III. Ergebnis	77

2. Teil

Positive Maßnahmen zugunsten von Frauen in der Rechtsprechung des EuGH 80

A. Die einzelnen Urteile	80
I. Kommission gegen Frankreich (1988)	80
II. Kalanke (1995)	81
III. Marschall (1997)	83
IV. Badeck (2000)	84
V. Abrahamsson (2000)	86
VI. Lommers (2002)	87
VII. Briheche (2004)	89

B. Anforderungen an Frauenfördermaßnahmen auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH	89
I. Geeignetheit	90
1. Legitimes Ziel	91
a) Maßgeblicher Anteil für die Feststellung einer Unterrepräsentation	93
b) Bezugsgruppe	97
c) Qualität des Nachweises	100
2. Geeignetheit zur Abhilfe	102
a) Erstes Modell: Beseitigung der Ursachen im Bildungs- und Berufswahlbereich	105
b) Zweites Modell: Beseitigung der Ursachen im Bereich der Vereinbarkeit von Familie und Beruf	106
c) Drittes Modell: Korrekturen im Verfahren	108
aa) Herstellung von Chancengleichheit	108
bb) Besondere Quotenregelungen	111
d) Viertes Modell: Finanzielle Zuschüsse	114
e) Zusammenfassung zu der Systematisierung Tesauros	115
II. Erforderlichkeit	115
III. Angemessenheit	118
1. Zweck	118
2. Mittel	119
a) Art der Vorteile	119
b) Ausmaß der Pauschalisierung	122
aa) Reichweite der Härtefallklausel	122
bb) Prüfungsstufen der Härtefallklausel	123
cc) Maßgebliche soziale Kriterien	124
dd) Möglichkeit der Beschränkung der Kriterien	126
C. Ergebnis	127

3. Teil

Positive Maßnahmen im US-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht 129

A. Rechtliche Grundlagen	130
I. Verbot der Ungleichbehandlung	131
1. Gleichheitssätze der amerikanischen Verfassung	131

2. Title 42 des US Code	132
3. Title VII des Civil Rights Act of 1964	133
4. Age Discrimination in Employment Act of 1967	133
5. Rehabilitation Act of 1973	134
6. Civil Service Reform Act of 1978	134
7. Americans with Disabilities Act of 1990	134
8. Bundesstaatliche Verbote der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung	134
II. Anordnung von positiven Maßnahmen	135
1. Pflicht zu positiven Maßnahmen durch Executive Orders 10925 und 11246	135
2. Pflicht zu positiven Maßnahmen durch Executive Order 11478	137
3. Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen nach Sec. 701 (j) des Title VII	137
4. Pflicht zu positiven Maßnahmen nach Sec. 501 und 503 des Rehabilitation Act	138
5. Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen nach Sec. 102 (b) (5) des Americans with Disabilities Act	138
6. Verpflichtung zu positiven Maßnahmen per Gerichtsbeschluss nach Sec. 706 (g) (1) des Title VII	139
7. Ermutigung zu positiven Maßnahmen nach Sec. 60-3.13 B der Richtlinien des Office of Federal Contract Compliance Programs	139
III. Zusammenfassung	139
1. Relevante Rechtsvorschriften für die jeweiligen Diskriminierungsmerkmale	139
a) Rasse und ethnische Herkunft	139
b) Geschlecht	140
c) Religion und Weltanschauung	140
d) Behinderung	140
e) Alter	141
f) Sexuelle Ausrichtung	141
2. Arten positiver Maßnahmen	141
3. Zwischenergebnis	141
B. Rechtsprechung	142
I. Rasse und ethnische Herkunft	144
1. Die einzelnen Urteile	144
a) DeFunis v. Odegaard (1974)	144

b) Regents of the University of California v. Bakke (1978)	144
c) United Steelworkers of America v. Weber (1979)	146
d) Fullilove v. Klutznick (1980)	147
e) Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts (1984)	149
f) Wygant v. Jackson Board of Education (1986)	150
g) Local 28 of Sheet Metal Workers' International Association v. Equal Employment Opportunity Commission (1986)	151
h) Local Number 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland (1986)	153
i) United States v. Paradise (1987)	153
j) City of Richmond v. J. A. Croson (1989)	155
k) Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission (1990)	157
l) Adarand Constructors v. Pena (1995)	158
m) Grutter v. Bollinger (2003)	159
n) Gratz v. Bollinger (2003)	161
o) Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1 – Meredith v. Jefferson County Board of Education (2007)	162
2. Anforderungen der Rechtsprechung	164
II. Geschlecht	166
1. Die einzelnen Urteile	166
a) Kahn v. Shevin (1974)	166
b) Schlesinger v. Ballard (1975)	167
c) Weinberger v. Wiesenfeld (1975)	168
d) Califano v. Goldfarb (1977)	169
e) Califano v. Webster (1977)	169
f) Wengler v. Druggist's Mutual Ins. Co. (1980)	170
g) Mississippi University for Women v. Hogan (1982)	170
h) California Federal Savings and Loan Association v. Guerra (1987)	171
i) Johnson v. Transportation Agency (1987)	172
2. Anforderungen der Rechtsprechung	174
III. Alter	175
1. General Dynamics Land Systems v. Cline (2004)	175
2. Anforderungen der Rechtsprechung	176
C. Unterschiede zwischen den Diskriminierungsmerkmalen	176

4. Teil

**Kriterien für positive Maßnahmen
in den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG** 179

A. Besonderheiten für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft	181
I. Richtlinie	181
1. Auslassung der Wendung „zur Erleichterung der Berufstätigkeit“	181
2. Geltungsbereich	182
a) Berufsausbildung und -beratung	182
b) Mittelbar beschäftigungsrelevante Bereiche	183
II. Umsetzung im deutschen Recht	184
III. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	185
1. Gründe für Unterscheidungen	185
2. Statistische Erfassung und Erkennbarkeit	188
3. Fehlende Homogenität	191
IV. Gesellschaftliche Wertungen	195
1. Entwicklung des Diskriminierungsverbots	195
2. Schutz ethnischer Minderheiten	196
3. Schlussfolgerungen	198
V. Ergebnis	199
1. Geeignetheit	199
a) Legitimes Ziel	199
b) Geeignetheit zur Abhilfe	200
aa) Erstes Modell: Beseitigung der Ursachen im Bildungs-, Berufsbil-	
dungs- und Beratungsbereich	201
bb) Zweites Modell: Korrekturen im Verfahren	201
cc) Drittes Modell: Finanzielle Zuschüsse	202
2. Erforderlichkeit	202
3. Angemessenheit	203
4. Folgen für die Praxis	203
B. Besonderheiten für die Merkmale Religion und Weltanschauung	203
I. Richtlinie	203
1. Rechtfertigung nach Art. 4 Abs. 2	204

2. Nordirlandklausel	205
a) Maßnahmen nach Art. 15	205
b) Schlussfolgerungen für positive Maßnahmen	206
II. Umsetzung im deutschen Recht	207
III. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	208
1. Wahrnehmung religiöser Pflichten	208
2. Statistische Erfassung und Missbrauchsmöglichkeiten	209
IV. Gesellschaftliche Wertungen	210
V. Ergebnis	211
1. Geeignetheit	211
a) Legitimes Ziel	211
b) Geeignetheit zur Abhilfe	212
aa) Erstes Modell: Vereinbarkeit von religiösen und weltanschaulichen Pflichten und Beruf	212
bb) Zweites Modell: Korrekturen im Verfahren	213
2. Erforderlichkeit	213
3. Angemessenheit	213
4. Folgen für die Praxis	214
C. Besonderheiten für das Merkmal Behinderung	214
I. Richtlinie	214
1. Kein Verbot der Bevorzugung	214
2. Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen nach Art. 5	217
a) Reichweite des Art. 5	217
b) Schlussfolgerungen für freiwillige positive Maßnahmen	220
3. Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz nach Art. 7 Abs. 2	221
a) Sind Maßnahmen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 positive Maßnahmen?	221
b) Schlussfolgerungen für positive Maßnahmen	222
4. Beschränkter Anwendungsbereich	223
II. Umsetzung im deutschen Recht	223
III. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	224
1. Gründe für Unterscheidungen	224
2. Schutz als Hindernis	225

3. Statistische Erfassung	226
4. Fehlende Homogenität	227
IV. Gesellschaftliche Wertungen	227
V. Ergebnis	228
1. Geeignetheit	228
a) Legitimes Ziel	228
b) Geeignetheit zur Abhilfe	229
aa) Erstes Modell: Beseitigung von Hindernissen	230
bb) Zweites Modell: Korrekturen im Verfahren	230
cc) Drittes Modell: Ergebnisgleichheit	231
2. Erforderlichkeit	231
3. Angemessenheit	231
a) Erstes Modell: Beseitigung von Hindernissen	231
b) Zweites Modell: Korrekturen im Verfahren	232
c) Drittes Modell: Ergebnisgleichheit	232
4. Folgen für die Praxis	233
D. Besonderheiten für das Merkmal Alter	233
I. Mangold (2005)	233
1. Rechtfertigungsnorm	234
2. Rechtfertigungsmaßstab	236
a) Geeignetheit	236
aa) Legitimes Ziel	236
bb) Geeignetheit zur Abhilfe	236
b) Erforderlichkeit	237
c) Angemessenheit	238
3. Zwischenergebnis	239
II. Richtlinie	239
1. Keine vorgegebene Gruppenbildung	239
2. Rechtfertigung nach Art. 6	240
a) Rechtfertigungsmaßstab	241
b) Benannte positive Maßnahmen in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 a)	241
3. Beschränkter Anwendungsbereich	242

III. Umsetzung im deutschen Recht	242
IV. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	243
1. Gründe für Unterscheidungen	243
2. Wechsel der Betroffenheit	245
3. Wechselwirkungen zwischen den Altersgruppen	246
4. Statistische Erfassung	246
5. Schutz als Hindernis	246
V. Gesellschaftliche Wertungen	247
1. Kein vorher bestehendes deutsches Gleichstellungsgebot	247
2. Bisherige positive Maßnahmen des Gesetzgebers und der Tarifparteien	248
a) Staffelung des Arbeitsentgelts und Verdienstsicherungsklauseln	249
b) Arbeitszeit und Urlaub	250
c) Berücksichtigung bei Versetzungen	251
d) Höchstaltersgrenzen zur Förderung von Jüngeren	251
e) Sachgrundlose Befristung älterer Arbeitnehmer (§ 14 Abs. 3 TzBfG) ...	254
f) Altersteilzeitgesetz	255
g) Berücksichtigung in der Sozialauswahl und bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Kündigungsentscheidungen	256
h) Unkündbarkeitsregelungen	258
i) Kündigungsfristen (§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB)	259
j) Abfindungsbeträge (§ 10 Abs. 2 Satz 1 KSchG) und Sozialplanleistungen	261
3. Schlussfolgerungen	262
VI. Ergebnis	262
1. Geeignetheit	262
a) Legitimes Ziel	262
b) Geeignetheit zur Abhilfe	263
aa) Erstes Modell: Gezielte Weiterbildung von älteren Arbeitnehmern ..	264
bb) Zweites Modell: Fortbildung älterer Arbeitnehmer	264
cc) Drittes Modell: Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen	265
dd) Viertes Modell: Korrekturen im Verfahren	265
ee) Fünftes Modell: Herausnahme aus Schutzvorschriften	266
2. Erforderlichkeit	267
3. Angemessenheit	267

4. Folgen für die Praxis	269
a) Arbeitszeit und Urlaub	269
b) Berücksichtigung bei Versetzungen	271
c) Verdienstsicherungsklauseln	271
d) Berücksichtigung in der Sozialauswahl und bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Kündigungsentscheidungen	273
e) Unkündbarkeitsregelungen	276
f) Sachgrundlose Befristung älterer Arbeitnehmer	279
E. Besonderheiten für das Merkmal sexuelle Ausrichtung	281
I. Richtlinie und ihre Umsetzung	281
II. Tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalen	282
III. Gesellschaftliche Wertungen	282
IV. Ergebnis	283
F. Sonderproblem: Zusammentreffen von Fördermaßnahmen	284
I. Problematische Konstellationen	284
II. Lösungsansatz	284
Zusammenfassung	287
Literaturverzeichnis	292
Sachwortverzeichnis	315