#### Hümmerich/Boecken/Düwell

#### **AnwaltKommentar Arbeitsrecht Band 2**

Gebundene Ausgabe: 4700 Seiten

Verlag: Deutscher Anwaltverlag; Auflage: 1. A. (30. Oktober 2007)

ISBN-10: 3824006456 ISBN-13: 978-3824006458

Ab Seite 3084:

#### Art. 3 Grundgesetz für die BRD [Gleichheit vor dem Gesetz]

- 1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
- 1) <sup>1</sup>Männer und Frauen sind gleichberechtigt. <sup>2</sup>Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.
- 2) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

#### **Inhaltsverzeichnis**

Begriffserklärung und Abkürzungen	2
A. Ällgemeines	
B. Geltungsbereich der Gleichheitssätze	3
I. Grundrechtsverpflichtete	3
1. Exekutive	
2. Judikative	3
3. Legislative.	
II. Grundrechtsträger	
I. Beeinträchtigung durch Ungleichbehandlung	
II. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	
III. Rechtsfolgen eines Gleichheitsverstoßes	6
IV. Keine Gleichheit im Unrecht	6
V. Konkurrenz zu anderen Grundrechten	7
VI. Arbeitsrechtliche Besonderheiten	
D. Regelungsgehalt der Diskriminierungsverbote (Abs.3)	8
E. Gleichbehandlung von Frauen und Männern (Abs.2 und Abs.3 S.1)	
I. Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts	
II. Arbeitsrechtliche Besonderheiten	12
III. Förderung der Gleichstellung von Frauen im Arbeitsleben	12

.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> BAGE 71, 29.

RL 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABI EG L 180/22v. 19.7.2000

#### Begriffserklärung und Abkürzungen

AG Arbeitgeber AN Arbeitnehmer

AGG Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Ang. Angestellter
Arb. Arbeiter
Art. Artikel
Abs. Absatz

BAG Bundesarbeitsgericht
BGB Bürgerliches Gesetzbuch

Bspw. Beispielsweise

BVerfG Bundesverfassungsgericht

BVerfGE Bundesverfassungsgerichtentscheidung

EG Europäische Gemeinschaft

grds. Grundsätzlich

Grds. Grundsatz; Grundsätze i.V.m. in Verbindung mit i.E. im Einzelnen insb. insbesondere

KSchG Kündigungsschutzgesetz

RL Richtlinie
S. Seite
umstr. umstritten.
v.a. vor allem

## A. Allgemeines

Art.3 bezweckt die rechtliche und tatsächliche Gleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Sachverhalten. Gemeint ist damit aber nicht ausnahmslose Gleichbehandlung. Art.3 fordert jedoch einen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte. Beruht die ungleiche Behandlung auf einem sachlichen Grund, ist sie verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Die Gleichheitssätze des Art. 3 sind im Arbeitsrecht besonders zu beachten. Das Verbot, gleichartige Sachverhalte ohne sachliche Rechtfertigung ungleich zu behandeln, bildet ein Grundprinzip des Arbeitsrechts. Arbeitsrechtliche Vorschriften, in denen die verfassungsrechtlichen Vorhaben der Gleichheitssätze zum Ausdruck kommen, schränken die Vertragsfreiheit des AG in vielfältiger Weise ein, wie bspw. die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des AGG, die die Regelungen in den §§ 611a. 611b. 612 Abs. 3 BGB ersetzt haben. Ergänzend diente der aus Art. 3 abgeleitete allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz dem BAG als einfachgesetzliche Sanktionsnorm. Seit Erlass des AGG bedarf es insoweit keines Rückgriffs mehr auf diese rechtliche Konstruktion. Die Rechtsprechung des BAG leitet aus dem Rechtsgedanken der Gleichheitssätze eine allg. Pflicht des AG zur Gleichbehandlung seiner AN ab.<sup>1</sup>

Die Gleichheitssätze selbst sind im Privatrechtsverkehr, d.h. auf das Rechtsverhältnis von AG und AN, nicht unmittelbar anwendbar, weil sich die Grundrechte auf das Verhältnis des Grundrechtsträgers zur öffentlichen Gewalt beschränken. Neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz erlangte daher die mittelbare Drittwirkung Bedeutung (vgl. Einl. Rn 21 ff.).

Neben den nationalen Vorschriften sind die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Zu nennen ist zum einen die primärrechtliche Regelung des Art. 141 EG, zum anderen die RL zur Diskriminierung 2000/43/EG2 und 2000/78/EG.<sup>3</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung; und Beruf. AB1 EG L 303/16 v. 2.12.2000

### B. Geltungsbereich der Gleichheitssätze

### I. Grundrechtsverpflichtete

Die Gleichheitssätze binden alle drei Staatsgewalten. Art.3 Abs.1. nach dessen Wortlaut alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, verpflichtet zwar ausdrücklich nur Judikative und Exekutive. Nach allg. A. hat aber auch die Legislative den allgemeinen Gleichheitssatz zu beachten, weil die gesamte öffentliche Gewalt gem. Art.1 Abs.3 an die Grundrechte gebunden ist.

**1. Exekutive.** Handlungsspielräume, die die Exekutive jenseits der strikten Gesetzesanwendung besitzt, muss sie unter Beachtung des Gleichheitssatzes ausfüllen. Dies gilt zum einen für die rechtsetzende Tätigkeit der Exekutive beim Erlass von Rechtsverordnungen. Zum anderen spielt der Gleichheitssatz für die Rechtsanwendung eine Rolle, wenn er für Ermessensentscheidungen oder Regelungen mit Beurteilungsspielraum eine Selbstbindung der Verwaltung schafft.

Eine ständige Verwaltungspraxis kann i.V.m. mit dem Gleichheitssatz zu einer Selbstbindung der Verwaltung im Einzelfall führen.<sup>7</sup> Traf die Verwaltung bisher ihre Ermessensentscheidungen nach bestimmten Kriterien, darf sie von ihnen im Einzelfall nicht ohne sachliche Rechtfertigung abweichen.<sup>8</sup> Davon unberührt bleibt allerdings die Möglichkeit, zukünftig das Ermessen generell abweichend auszuüben und so eine neue Verwaltungspraxis zu schaffen. Die gleichen Grundsätze gelten, wenn die Verwaltung bei der Rechtsanwendung einen Beurteilungsspielraum besitzt. Regelmäßig begründen Verwaltungsvorschriften, die Handlungsspielräume bei der Rechtsanwendung ausfüllen, im Zusammenspiel mit dem Gleichheitssatz eine Selbstbindung der Verwaltung.<sup>9</sup>

**2. Judikative.** Auch der Judikative ist es nicht gestattet, bei der Rechtsanwendung ohne sachlichen Grund eine Ungleichbehandlung vorzunehmen. Die Rechtsprechung muss bei der Auslegung der Gesetze und der Füllung von Gesetzeslücken den Gleichheitssatz beachten. Den Gerichten ist es verwehrt, bestehendes Recht zugunsten oder zulasten einzelner Personen nicht anzuwenden. <sup>11</sup>

Allein die unzutreffende Rechtsanwendung ist jedoch nicht ausreichend für eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Die Rechtsprechung verstößt erst dann gegen den Gleichheitssatz, wenn die Rechtsanwendung oder das Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruhen. <sup>12</sup> Darunter fallen bspw. krasse Fehlentscheidungen. schwere Rechtsanwendungsfehler oder eklatante Missachtung von Verfahrensvorschriften.

Eine ständige Rechtsprechung führt nicht unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu einer Selbstbindung der Gerichte. Dies stünde im Widerspruch zur Aufgabe der Rechtsprechung, das geltende Recht fortzubilden und eine feste Rechtsprechung aufgrund neuerer Erkenntnisse und überzeugenderer Argumente zu ändern. Der Gleichheitssatz kann aber dann verletzt sein, wenn eine einzelne Entscheidung die Bahnen organisierter Fortentwicklung der Rechtsprechung so sehr verlässt, dass sie als objektiv willkürlich bezeichnet werden muss. <sup>13</sup>

**3. Legislative.** Nach allg. A. binden die Gleichheitssätze alle drei Staatsgewalten einschließlich der Legislative, auch wenn der Wortlaut des Art.3 Abs.1 lediglich die Rechtsanwendung durch Judikative und Exekutive umfasst. Die Legislative ist als Teil der öffentlichen Gewalt gem. Art.1 Abs.3 bei der Rechtsetzung an die Grundrechte gebunden. <sup>14</sup> Jegliche Normensetzung ist an Art.3 zu

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> BVerfGE 13, 248, 253: BVerfGE 69, 150, 160

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BVerfGE 18. 353, 363 f.: BVerfGE 69, 161, 169

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> V. Münch/Kunig/Gubelt. Art. 3 Rn 37

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> BVerwGE 113, 373, 376

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Jarass/Pieroth Art. 3 Rn 35

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> BVerfGE 112.613, 67; BVerwGE 113, 373, 376

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> BVerfGE 84, 197, 199; BVerfGE 101, 239, 269

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> BVerfGE 66, 331, 335 f.: BVerfGE 71, 354, 362

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BVerfGE 80, 48, 51; BVerfGE 86, 59, 63

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> BVerfGE 18, 224, 240

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> BVerfGE 1, 14, 52, Pieroth/Schlink, Rn 428

messen. Daher hat der Gesetzgeber bei der Schaffung privatrechtlicher und speziell arbeitsrechtlicher Normen die Gleichheitssätze zu beachten. Bspw. hat das BVerfG eine frühere Vorschrift aus dem Dienstvertragsrecht mit Art.3 Abs.1 für nicht vereinbar erklärt, weil die Vorschrift ohne einsichtigen Grund unterschiedliche Kündigungsfristen Arbeiter und Angestellte vorsah.<sup>15</sup>

## II. Grundrechtsträger

Art.3 zählt zu den Menschenrechten. Grundrechtsträger der Gleichheitssätze sind nach ihrem Wortlaut alle natürlichen Personen. Insb. Art.3 Abs.2 S.1 richtet sich gleichermaßen an Männer und Frauen.

Inländische juristische Personen können sich auf Art.3 Abs.1 berufen, weil der allgemeine Gleichheitssatz seinem Wesen nach auf inländische juristische Personen Anwendung findet (Art.19 Abs.3). Ausgenommen sind die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die als Hoheitsträger öffentliche Gewalt ausüben und dabei nicht als Grundrechtsträger, sondern als Grundrechtsverpflichtete auftreten. Die besonderen Gleichheitssätze in Art.3 Abs.2 und Abs.3 hingegen finden ihrem Wesen nach nicht ohne Weiteres auf die inländischen juristischen Personen Anwendung, weil die Differenzierungsmerkmale überwiegend nur von natürlichen Personen erfüllt werden können, wie bspw. das Geschlecht in Art.3 Abs.2 S.1. Außerdem Glauben und der religiösen und politischen Weltanschauung gilt dasselbe für die Diskriminierungsverbote des Art.3 Abs.3. Die übrigen Merkmale erfüllen nur natürliche Personen.

### C. Regelungsgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes (Abs.1)

Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet, "wesentlich Gleiches" ungleich oder "wesentlich Ungleiches" gleich zu behandeln. <sup>21</sup> Art.3 Abs.1 ist v.a. dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher An und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. <sup>22</sup>

## I. Beeinträchtigung durch Ungleichbehandlung

Um eine Ungleichbehandlung an Art.3 Abs.1 messen zu können, müssen zunächst zwei vergleichbare Sachverhalte festgestellt werden, die rechtlich oder tatsächlich unterschiedlich behandelt werden. Von vornherein ausgeschlossen ist die Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte nur, wenn diese unterschiedlichen rechtlichen Ordnungsbereichen angehören und in anderen systematischen und sozialgeschichtlichen Zusammenhängen stehen.<sup>23</sup>

Erste Voraussetzung für das Vorliegen zweier vergleichbarer Sachverhalte ist, dass die Ungleichbehandlung durch denselben Hoheitsträger erfolgt, weil der Gleichheitssatz jeden Träger öffentlicher Gewalt allein in dessen Zuständigkeitsbereich bindet. <sup>24</sup> Werden also zwei vergleichbare Sachverhalte von verschiedenen Trägern öffentlicher Gewalt unterschiedlich gestaltet, fehlt es an einer Beeinträchtigung durch Ungleichbehandlung, die einer Rechtfertigung bedarf. So liegt bspw. kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor, wenn zwei Landesgesetzgeber eine Materie unterschiedlich regeln.

Weiterhin müssen die beiden Sachverhalte unter einen gemeinsamen Oberbegriff ("genus proximum") zu fassen sein, der als gemeinsamer Bezugspunkt ("tertium comparationis") den Vergleich

<sup>16</sup> BVerfGE 21, 362

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> BVerfGE 62, 256

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> BVerfGE 21, 362, 372; Jarass/Pieroth, Art.3 Rn 8

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> V. Mangoldt/Klein/Starck/Starck. Art.3 Rn 283

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Sachs/Osterloh, GG, Art.3 Rn 238

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Jarass/Pieroth Art.3 Rn 116

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> BVerfGE 49, 148, 165

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> BVerfGE 55, 72, 88

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BVerfGE 40, 121, 139 f.; BAGE 87, 180, 184

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> BVerfGE 21, 54, 68; BVerfGE 76, 1, 73

zulässt. Der "genus proximum" und der spezifische Unterschied ("differentia specifica"), an dem sich die Ungleichbehandlung manifestiert, müssen beide exakt bezeichnet werden. Mitunter ist die Feststellung, dass zwei Sachverhalte vergleichbar sind, mit Schwierigkeiten verbunden, da kein Mensch dem anderen und keine Situation genau der anderen gleicht.

## II. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Nur ein formell und materiell rechtmäßiges Gesetz kann eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Zur Rechtfertigung ist ein hinreichend wichtiger Grund erforderlich.<sup>25</sup>

Das BVerfG bejaht in ständiger Rechtsprechung eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes ohne Weiteres dann, wenn wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt wird (sog. Willkürverbot). Wesentlich Gleiches wird willkürlich ungleich behandelt, wenn sich für die differenzierende Regelung keine vernünftigen Erwägungen bzw. sachlichen Gründe finden lassen, die aus der Natur der Sache folgen oder sonst wie einleuchtend sind. Die Unsachlichkeit der Differenzierung muss evident sein. Maßstab ist dabei nicht subjektive Willkür, sondern die objektive Angemessenheit oder Unangemessenheit der Differenzierung.

Jede der drei Staatsgewalten kann willkürliche Differenzierungen vornehmen. Allerdings verstößt der Gesetzgeber nicht schon dann gegen das Willkürverbot, wenn er unter mehreren Lösungen nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste wählt, sondern erst dann, wenn sich kein sachgerechter Grund für eine gesetzliche Bestimmung finden lässt. <sup>29</sup> Ausreichend für willkürliches Handeln ist, dass der Gesetzgeber objektiv eine in Bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand tatsächlich und eindeutig unangemessene Regelung geschaffen hat. Eine willkürliche gesetzliche Regelung bejaht die Rechtsprechung aber nur, wenn ihre Unsachlichkeit evident ist. <sup>30</sup> Die Rechtsprechung handelt erst dann willkürlich, wenn eine Entscheidung (Urteil, Beschluss) unter keinem denkbaren rechtlichen Aspekt vertretbar ist. <sup>31</sup> Diese Grenze wird überschritten, wenn eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Gerichte bei verständiger Würdigung der das GG beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. <sup>32</sup>

Die eng gefasste Willkürformel ist allerdings nur geeignet, um extreme Verstöße gegen den Gleichheitssatz zu ahnden. Deshalb hat die jüngere Rechtsprechung des BVerfG eine "neue" Formel entwickelt, die einen strengeren Prüfungsmaßstab schafft. Danach ist der Gleichheitssatz verletzt, wenn der Staat eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. <sup>33</sup> Die rechtliche Unterschiedung muss also in sachlichen Unterschieden eine ausreichende Stütze finden. Bei der Ordnung von Massenerscheinungen braucht der Gesetzgeber allerdings nicht um die differenzierende Berücksichtigung aller denkbaren Fälle besorgt zu sein. Er ist vielmehr berechtigt, von einem Gesamtbild auszugehen, das sich aus den ihm vorliegenden Erfahrungen ergibt. Auf dieser Grundlage darf er generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen verwenden, ohne allein schon wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen. Die Typisierung setzt allerdings voraus, dass die durch sie eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist. <sup>34</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> BVerfGE 100, 138, 174

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> BVerfGE 4, 144, 155; BVerfGE 49, 148, 165

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> BVerfGE 10, 234, 246

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> BVerfGE 88, 87, 97; BVerfGE 99, 367, 389

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BVerfGE 91, 118, 123

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> BVerfGE 12, 326, 333; BVerfGE 23, 135, 143

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> BVerfGE 86, 29, 63

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> BVerfGE 42, 64, 72 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> So BVerfGE 82, 60, 86; BVerfGE 99, 129, 139; ähnlich schon BVerfGE 55, 72, 88 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> So BVerfGE 87, 234, 255; BVerfGE 96, 365, 385

Im Gegensatz zur Willkürformel genügt für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nach der neuen Formel nicht das bloße Vorliegen eines sachlichen Grundes. Vielmehr muss der Rechtfertigungsgrund auch in angemessenem Verhältnis zum Grad der Ungleichbehandlung stehen. <sup>35</sup> Zwischen sachlichem Grund und Beeinträchtigung ist eine Abwägung im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Die Ungleichhehandlung muss einem legitimen Zweck dienen, zu seiner Verwirklichung geeignet und erforderlich sein und in angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen. <sup>36</sup> Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bewirkt, dass der rechtfertigende Grund für eine Ungleichbehandlung umso triftiger sein muss. je intensiver die Beeinträchtigung ihrer Art und ihrem Gewicht nach ist.

Das BVerfG wendet die Willkürformel und die "neue", strengere Formel nebeneinander an. Die Willkürkontrolle gilt für die Fälle, in denen zwei Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden, ohne dass die Person der Betroffenen eine Rolle spielt. Tür Differenzierungen, die an persönlichen Eigenschaften anknüpfen, zieht das Gericht die "neuere" strengere Formel als Prüfungsmaßstab heran, weil die Gleichheitssätze als Menschenrechte v.a. die Gleichheit von Personen vor dem Gesetz sichern sollen. In dem strengeren Prüfungsmaßstab kommt die Wertung der Gleichheilssätze zum Ausdruck, die bei personenbezogenen Merkmalen eine engere Bindung der öffentlichen Gewalt bis hin zu den ausdrücklichen Diskriminierungsverboten in Art.3 Abs.3 schaffen. Die Rechtsprechung des BVerfG ist in diesem Bereich jedoch inkonsequent und wenig einheitlich. Allg. gültige Regeln für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen lassen sich kaum aufzeigen.

## III. Rechtsfolgen eines Gleichheitsverstoßes

Die Entscheidung, wie ein Gleichheitsverstoß behoben werden soll, steht grds. dem jeweiligen Hoheitsträger zu, der den in Frage stehenden Gleichheitsverstoß begangen hat. Diesem steht dabei ein Handlungsspielraum zu. wie er den Gleichheitsverstoß beheben will. Dies gilt lediglich dann nicht, wenn sich der Gleichheitsverstoß nur durch eine bestimmte Maßnahme oder Regelung beseitigen lässt. Welche Rechtsfolgen ein Gleichheitsverstoß hat, hängt davon ab, welcher Hoheitsträger im funktionalen Sinn (Legislative, Judikative, Exekutive) verantwortlich ist. Ein Verstoß durch Rechtsprechung oder Verwaltung führt regelmäßig zu einem Anspruch des Betroffenen auf Rechtsanwendungsgleichheit. Größeren Handlungsspielraum zur Beseitigung eines Gleichheitsverstoßes hat der Gesetzgeber. Das BVerfG erklärt ein Gesetz, das gegen den Gleichheitssatz verstößt, trotz seiner Verfassungswidrigkeit regelmäßig nicht für nichtig, sondern nur für mit dem GG nicht vereinbar. Mit der Unvereinbarkeitserklärung verknüpft das Gericht die befristete Aufforderung an den Gesetzgeber, eine Neuregelung zu schaffen. Wie der Gesetzgeber mit der Neuregelung den Gleichheitsverstoß beseitigt, steht in seinem Ermessen. Das alte Recht gilt regelmäßig bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung oder dem Ablauf der vom BVerfG gesetzten Frist. Anhängige Gerichtsverfahren müssen bis zum Inkrafttreten der Neuregelung ausgesetzt werden.

### IV. Keine Gleichheit im Unrecht

Keine Gleichheit im Unrecht bedeutet, dass der allgemeine Gleichheitssatz nicht greift, wenn eine Gruppe gegenüber einer anderen Gruppe in rechtswidriger Weise begünstigt oder belastet wird. Art. 3 beinhaltet kein subjektives Recht auf eine rechtswidrige Begünstigung und auch keinen Anspruch darauf, die Rechtsposition eines anderen zu verschlechtern. Niemand kann unter Berufung auf den Gleichheitssatz verlangen, dass eine falsche Rechtsanwendung auch bei ihm Anwendung findet. 42

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> BVerfGE 102, 68, 87 m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Jarass/Pieroth, Art.3 Rn 27; Pieroth/Schlink, Rn 440

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> BVerfGE 55, 72, 89; BVerfGE 60, 329, 346

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> BVerfGE 88, 87, 96 f.; Jarass/Pieroth. Art.3 Rn 19

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> BVerfGE 88, 87, 96

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Vgl. zu den Einzelheiten bspw. Pieroth/Schlink, Rn 479 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> BVerfGE 82, 126

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> BVerfGE 50, 142, 166; Jarass/Pieroth, Art.3 Rn 36

#### V. Konkurrenz zu anderen Grundrechten

Die besonderen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 stellen im Verhältnis zum allgemeinen Gleichheitssatz die spezielleren Vorschriften dar und sind insoweit vorrangiger Prüfungsmaßstab. 43

Auch außerhalb des Art. 3 finden sich an anderen Stellen des GG spezielle Gleichheitssätze, die in sachlichem Zusammenhang mit der dort geregelten Materie stehen: Verbot der Ungleichbehandlung für uneheliche Kinder (Art.6 Abs.5). Verbot der Ungleichbehandlungen wegen der Landeszugehörigkeit (Art.33 Abs.1). Verbot der eignungswidrigen Ungleichbehandlung beim Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art.33 Abs.2) und Verbot der religiösen bzw. weltanschaulichen Ungleichbehandlung (Art.33 Abs.3. Art.136 Abs.1 und Abs.2 WRV). Weitere spezielle Gleichheitssätze enthalten die Art.21 für die Parteien und Art.38 Abs.1 S.2 für das Wahlrecht. Ob ein spezieller Gleichheitssatz oder der allgemeine Gleichheitssatz Prüfungsmaßstab ist, ist vom thematischen Schwerpunkt der Beeinträchtigung abhängig. Das Grundrecht findet Anwendung, das nach seinem Sinngehalt den stärkeren sachlichen Bezug zu dem zu prüfenden Sachverhalt hat. Aven allg. A. verdrängen Freiheits- und Gleichheitsrechte einander nicht.

#### VI. Arbeitsrechtliche Besonderheiten

Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Gesetzgebers sind unmittelbar am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen. Mit Art.3 Abs.1 für nicht vereinbar hielt das BVerfG bspw. unterschiedliche Künd-Frist für Arb und Ang 46 oder deren unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Nachtarbeit. Keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken hatte das BVerfG im Hinblick auf sog. Kleinbetriebsklauseln, die Unternehmen bis zu einer gewissen Größe vom Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Klauseln ausnehmen. Bspw. ist die Privilegierung von Kleinbetrieben im Künd-Schutzrecht (§ 23 Abs.1 S.2 bis 4 KSchG) vom BVerfG nicht beanstandet worden, weil zwischen dem regelmäßig persönlich mitarbeitenden AG und seinen Beschäftigten eine engere persönliche Beziehung besteht und die betriebliche Finanzausstattung sowie Verwaltungskapazität geringer sind. Diese für Kleinbetriebe typische Struktur ist ein sachlicher Grund, der die freiere Ausübung des Künd-Rechts durch den AG rechtfertigt.

Der allgemeine Gleichheitssatz ist auf die Rechtsbeziehungen zwischen privaten Rechtssubjekten wie bspw. das arbeitsrechtliche Verhältnis von AG und AN nicht unmittelbar anwendbar. Nur mittelbar strahlt der Gleichheitssatz über Generalklauseln auf dieses Verhältnis aus (vgl. zum Problem der mittelbaren Drittwirkung ausführlich Einl. Rn2l ff.).

Ein Grundprinzip des Arbeitsrechts bildet der aus dem Gleichheitssatz abgeleitete allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Rechtsprechung des BAG entwickelte diesen Grundsatz zu dem Zweck, auch ohne unmittelbare Geltung des Art. 3 Abs. I im Privatrechtsverkehr dessen Rechtsgedanken als einfachgesetzliche Generalklausel verwenden zu können. Seit Erlass des AGG enthält das einfache Recht auch für das Arbeitsrecht eine generelle Normierung des allgemeinen Gleichheitssatzes, auf die das BAG nunmehr direkt zurückgreifen kann.

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtete den AG zur Gleichbehandlung seiner AN. Er schränkt den Grundsatz der Vertragsfreiheit ein, soweit der AG nicht nur mit einzelnen AN individuelle Vereinbarungen trifft, sondern Leistungen nach einem erkennbaren Prinzip nach formell abstrakten Regelungen gewährt. Dogmatisch sind arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz und verfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz streng zu unterscheiden.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> BVerfGE 59,128, 156

<sup>44</sup> BVerfGE 65, 104, 112 f.; BVerfGE 67,186,195

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Z.B. BVerfGE 99, 341

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> BVerfGE 82, 126, 146 ff

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> BVerfGE 85, 191, 210 f

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> BVerfGE NZA 1998, 470

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> BAGE 42, 217, 220; BAGE 71, 29,37

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> BAGE 71, 29, 37, 45

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Sachs/Osterloh, GG. Art.3 Rn 191

# D. Regelungsgehalt der Diskriminierungsverbote (Abs.3)

Art.3 Abs.3 S.1 zählt Merkmale auf, die der Rechtsordnung grds. für Unterscheidungen entzogen sind. Es handelt sich um Differenzierungsverbote, die sowohl Bevorzugungen als auch Benachteiligungen gleichermaßen untersagen. Die Diskriminierungsverbote gelten unabhängig davon, ob der Staat mit einer Regelung gerade die Ungleichbehandlung bezweckt oder ob er in erster Linie andere Ziele verfolgt. Maßgebend für einen Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote ist nur, ob i.E. ein Merkmal der besonderen Gleichheitssätze zum Tatbestandsmerkmal einer Regelung gemacht wird. <sup>52</sup>

Art.3 Abs.3 verbietet damit in jedem Fall direkte Diskriminierungen als Rechtsfolge durch direkte tatbestandliche Anknüpfung an eines der aufgeführten Kriterien. Umstr. Ist, ob Art.3 Abs.3 auch eine indirekte Diskriminierung dergestalt verbietet, dass zwar tatbestandlich nicht direkt an eines der aufgeführten Kriterien angeknüpft wird, die tatbestandliche Differenzierung aber i.E. immer oder meistens auf eine indirekte Verwendung eines verbotenen Differenzierungskriteriums hinausläuft. Richtigerweise erfasst An. 3 Abs. 3 auch diese mittelbaren Diskriminierungen. 53

Die Aufzählung der Merkmale Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben und religiöse oder politische Anschauungen in Art.3 Abs.3 ist abschließend. <sup>54</sup> Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass der Einzelne auf deren Vorhandensein oder Fehlen keinen oder nur einen begrenzten Einfluss nehmen kann. <sup>55</sup>

Geschlecht meint die biologische Unterscheidung zwischen Mann und Frau. <sup>56</sup> Abstammung bezeichnet die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren. <sup>57</sup> Den Begriff Rasse versteht man gemeinhin als Bezeichnung für eine Menschengruppe, die bestimmte vererbbare, in erster Linie äußerliche Eigenschaften besitzt. <sup>58</sup> Sprache ist die jeweilige Muttersprache eines Grundrechtsträgers; da Art.3 Abs.3 ein Menschenrecht ist, sind neben der deutschen Sprache nicht nur die in Deutschland seit jeher vorhandenen sprachlichen Minoritäten (Friesen. Dänen. Sorben), sondern alle Sprachen vom Diskriminierungsverbot umfasst. <sup>59</sup> Heimat bezeichnet die örtliche Herkunft eines Menschen nach Geburt oder Ansässigkeit. <sup>60</sup> Herkunft meint die ständisch-soziale Abstammung und Verwurzelung. <sup>61</sup> Glaube und religiöse Anschauung sind die Schutzgüter, die Art.4 Abs.1 als Freiheitsrecht schützt. <sup>62</sup> Die politischen Anschauungen beinhalten die grundsätzlichen Einstellungen zu den Fragen des staatlichen Gemeinwesens. <sup>63</sup>

Schon nach seinem Wortlaut ("wegen") gelten die Diskriminierungsverbote nicht absolut; sie untersagen nur eine Ungleichbehandlung, deren Ursache in einer der in An.3 Abs.3 aufgezählten Merkmale liegt, d.h. in kausalem Zusammenhang steht. Ob die Ungleichbehandlung und die daraus resultierende Belastung bezweckt sind oder in erster Linie andere Zwecke verfolgt werden, ist unerheblich. Kein Verstoß soll dagegen vorliegen, wenn der Nachteil Folge einer Regelung ist, mit der eine ganz, andere Intention verfolgt wird. het in die Diskriminierungsverbote nicht absolut; sie untersagen nur eine Ungleichbehandlung und die daraus resultierende Belastung bezweckt sind oder in erster Linie andere Zwecke verfolgt werden, ist unerheblich. He verstoß soll dagegen vorliegen, wenn der Nachteil Folge einer Regelung ist, mit der eine ganz, andere Intention verfolgt wird.

Ausnahmsweise kann eine grds. unzulässige Anknüpfung an ein Merkmal aus An. 3 Abs, 3 gerecht-

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> BVerfGE 85, 191, 206

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Ebenso Jarass/Pieroth, Art.3 Rn 108; v.Münch/Kunig/Gubelt, Art.3 Rn 86; a.A.Isensee/Kirchhof/Sachs HdStR V,§126 Rn 88 ff

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Vgl. ausführlich zu den Differenzierungskriterien Sachs/Osterloh, GG, Art.3 Rn 291 ff.; Jarass/Pieroth Art.3 Rn 109 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> BVerfGE 96, 288, 302

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Ipsen, Staatsrecht Rn 804

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> BVerfGE 9, 124, 128

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Ipsen, Staatsrecht Rn 804

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> V. Mangoldt/Klein/Starck/Stark, Art.3 Rn 360

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> BVerfGE 102, 41, 53

<sup>61</sup> BVerfGE 9, 124

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Pieroth/Schlink, Rn 446

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Ipsen, Staatsrecht Rn 804

<sup>64</sup> BVerfGE 97, 35, 43; BVerfGE 97, 186, 197

<sup>65</sup> BVerfGE 75, 40, 69 f

fertigt sein. Da im GG eine Eingriffsermächtigung für den Gesetzgeber fehlt, ist eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aufgrund der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 genannten Merkmale nur durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich. 66 Die Verwendung eines Differenzierungskriteriums ist dann zulässig, wenn die daran anknüpfende Ungleichbehandlung zweier Gruppen zur Lösung von Problemen notwendig ist. die ihrer Natur nach nur bei den Personen der einen Gruppe auftreten können. 67 wenn also das differenzierende Kriterium das konstituierende Element des zu regelnden Sachverhalts bildet. 68 Die Verwendung des Differenzierungskriteriums muss zudem zwingend erforderlich sein. 69 wobei an diese Erforderlichkeit strenge Anforderungen zu stellen sind.

Im Zuge der Verfassungsrevision nach der Wiedervereinigung ist Art. 3 Abs. 3 durch das Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen gem. Art.3 Abs.3 S.2 ergänzt worden. Der besondere Gleichheitssatz zugunsten Behinderter und der aus dem Wortlaut des Art.3 Abs.3 S.2 nicht ohne Weiteres ableitbare Auftrag an den Gesetzgeber, auf die gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen am gesellschaftlichen Leben hinzuwirken, soll die Stellung behinderter Menschen in Recht und Gesellschaft stärken.

Der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 ist eröffnet, wenn vergleichbare Sachverhalte in Abhängigkeit von der Behinderung unterschiedlich zulasten des Grundrechtsträgers behandelt werden. Behinderung ist eine nicht nur vorübergehende Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder seelischen Funktionen. Der Grund der Behinderung spielt keine Rolle. Gleiches gilt für den Grad der Behinderung; der Begriff der Behinderung ist nicht ausfüllungsbedürftig in der Weise, dass bspw. nur ein einfachgesetzlich definierter Grad der (Schwer-)Behinderung den Schutz von Art.3 Abs.3 S.2 genießen würde. Eine nur geringfügige Beeinträchtigung ist allerdings nicht ausreichend. Maßgeblich sind die im Einzelfall gegebene Art und das Ausmaß der Hilfsbedürftigkeit. Die Behinderung darf weder direkt noch indirekt eine Ungleichbehandlung nach sich ziehen. Es gilt das Gleiche wie bei den Differenzierungsmerkmalen in Art.3 Abs.3 S.1. Art.3 Abs.3 S.2 ist daher auch dann einschlägig, wenn eine Regelung nicht unmittelbar die Behinderteneigenschaft, sondern ein anderes Differenzierungskriterium wählt, das gewählte Kriterium aber i.E. auch zu einer Benachteiligung Behinderter führt.

Eine von der öffentlichen Gewalt bewirkte Benachteiligung liegt zunächst bei Regelungen und Maßnahmen vor, die die Situation des Behinderten wegen seiner Behinderung verschlechtern, indem ihm etwa der tatsächlich mögliche Zutritt zu öffentlichen Einrichtungen verwehrt wird oder Leistungen. die grds. jedermann zustehen, verweigert werden. Darüber hinaus kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird. <sup>73</sup>

Wie auch die anderen Diskriminierungsverbote kann das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 nicht ohne jede Einschränkung gelten. Fehlen einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Eine rechtliche Schlechterstellung Behinderter ist danach jedoch nur zulässig, wenn zwingende Gründe dafür vorliegen. Die nachteiligen Auswirkungen müssen unerlässlich sein, um behinderungsbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen. 74

Hervorzuheben ist die Funktion des Art. 3 Abs. 3 S. 2. die öffentliche Gewalt objektiv-rechtlich zum Schutz und zur Förderung von Behinderten zu verpflichten: diese Verpflichtung richtet sich in

\_

<sup>66</sup> BVerfGE NVwZ 1999, 756

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> BVerfGE 85, 191, 207

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> BVerfGE 7, 155, 171

<sup>69</sup> BVerfGE 85, 191, 207

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> BVerfGE 96, 288, 301; 99, 341, 356 f

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Jarass/Pieroth. Art.3 Rn 127

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> ErfK/Dieterich, Art.3 GG Rn 80

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> BVerfGE 96, 288, 303

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> So BVerfGE 99, 341, 357

erster Linie an den Gesetzgeber. <sup>75</sup> Über das Benachteiligungsverbot hinaus bezweckt die Vorschrift, Behinderte zu bevorzugen und ihrer gesellschaftlichen Ausgrenzung durch besondere Ausgleichsleistungen und Entfaltungsmöglichkeiten entgegenzuwirken. <sup>76</sup> Abweichend von An. 3 Abs. 3 S.1 erlaubt das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2. dass Behinderte bevorzugt werden. Gerade das Arbeitsrecht enthält gesetzliche Regelungen, die eine Besserstellung von Behinderten vorsehen.

Heftig umstr. ist, ob sich aus Art.3 Abs.3 S.2 originäre Leistungs- und Teilhaberechte ableiten lassen. Das BVerfG<sup>77</sup> hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen, dabei aber die besondere Verantwortung des Staates betont.

Wie jede grundgesetzliche Bestimmung ist Art.3 Abs.2 S.2 bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts zu beachten. Dazu gehören die Vorschriften des Arbeitsrechts, wo sich das Grundrecht im Wege der mittelbaren Drillwirkung auf das privatrechtliche Rechtsverhältnis zwischen AG und AN auswirkt (vgl. ausführlich zur mittelbaren Drittwirkung Einl. Rn 21 ff.). Bspw. muss der AN ohne entsprechende Frage des AG von sich aus bei der Einstellung nur dann auf eine Schwerbehinderteneigenschaft oder seine Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten hinweisen, wenn er erkennen muss, dass er wegen der Behinderung, die der Schwerbehinderteneigenschaft oder der Gleichstellung zugrunde liegt, die vorgesehene Arbeit nicht zu leisten vermag, oder die Minderung der Leistung und Fähigkeiten für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung ist. 78 Der AG darf jedoch bei den Einstellungsverhandlungen den Bewerber uneingeschränkt nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderteneigenschaft oder der Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten befragen. Der AN ist dann zur wahrheitsgemäßen Beantwortung dieser Frage verpflichtet. Eine wahrheitswidrige Beantwortung kann den AG zur Anfechtung des Arbeitsertrags gem. §123 BGB berechtigen. 79 Dieses Ergebnis wird teilweise für verfassungswidrig gehalten. 80 Bei einer Kündigung ist die Schwerbehinderteneigenschaft ebenfalls zu berücksichtigen.81

# E. Gleichbehandlung von Frauen und Männern (Abs.2 und Abs.3 S.1)

# I. Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts

Gem. Art.3 Abs.2 S.1 sind Männer und Frauen gleichberechtigt. §3 Abs.2 S.1 hebt zunächst die gem. Art.3 Abs.3 S.1 verbotene Differenzierung nach dem Geschlecht ausdrücklich hervor, ohne dass insoweit ein zusätzlicher Regelungsgehalt besteht.

Diesen verlieh das BVerfG<sup>82</sup> dem Art.3 Abs.2 a.F. (der Art.3 Abs.2 S.1 n.F. entspricht), indem es die Vorschrift als Gleichberechtigungsgebot auslegte und dabei die gesellschaftliche Wirklichkeit berücksichtigte. Der Satz "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- und Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art.3 Abs.2 a.F. durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden.<sup>83</sup>

Im Zuge der Verfassungsrevision nach der Wiedervereinigung ist Art.3 Abs.2 um einen zweiten Satz ergänzt worden, der nunmehr den zusätzlichen Regelungsgehalt des Art.3 Abs.2 a.F. enthält.

<sup>78</sup> BAGNZA 1986, 635

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Sachs, Grundrechte, B 3 Rn 136. 76 BVerfGE, 96, 288, 302 f

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> BVerfGE, 96, 288, 302 f

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> BVerfGE, 96, 303

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> BAGNZA 1986, 635

<sup>80</sup> ErfK/Dieterich, Art.3 GG Rn 82 m.w.N

<sup>81</sup> BAGNJW 2001, 912 ff

<sup>82</sup> BVerfGE, 85, 191, 207

<sup>83</sup> BVerfGE, 85, 191, 207

Sachliche Änderungen sind damit nicht verbunden. Art.3 Abs.2 S.2 enthält jetzt ausdrücklich als Staatsziel die staatliche Verpflichtung, auf die Herstellung der faktischen Gleichstellung von Mann und Frau hinzuwirken. <sup>84</sup> Angeglichen werden sollen die Lebensverhältnisse zwischen Männern und Frauen. <sup>85</sup> Umstr. ist insb. die Zulässigkeit sog. Frauenquoten im öffentlichen Dienst (vgl. dazu Rn 57 ff.).

Nach der Auslagerung der Staatszielbestimmung in Art.3 Abs.2 S.2 enthält S.1 nur noch das subjektive Recht von Männern und Frauen auf Gleichbehandlung. Das Grundrecht auf Gleichbehandlung entspricht dem rechtlichen Gehalt des Verbots in Art.3 Abs.3, wonach das Geschlecht nicht Anknüpfungspunkt einer rechtlichen Ungleichbehandlung sein darf. Es besteht dasselbe Diskriminierungsverbot. Knüpft eine Regelung ausdrücklich an das Geschlecht als Tatbestandsmerkmal an, handelt es sich um eine unmittelbare bzw. direkte Diskriminierung. Wie bei allen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 liegt aber auch eine Ungleichbehandlung vor. wenn eine Regelung nur indirekt an das Geschlecht als Differenzierungsmerkmal anknüpft. Eine solche mittelbare bzw. indirekte Diskriminierung ist gegeben, wenn der Tatbestand einer Regelung äußerlich zwar an ein geschlechtsneutrales Merkmal anknüpft, sich faktisch aber zum Nachteil eines Geschlechts auswirkt, weil das Merkmal nur oder ganz überwiegend von Angehörigen dieses Geschlechts verwirklicht wird. Nach der Definition des europäischen Gesetzgebers<sup>86</sup> liegt eine mittelbare Diskriminierung vor. wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften. Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen, es sei denn, die betreffenden Vorschriften. Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt. So kann eine Anknüpfung an das Geschlecht bspw. vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist. <sup>87</sup> Ein typisches Bespiel solcher indirekter Diskriminierungen sind Regelungen im Bereich der Teilzeitarbeit.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG stellt Art.3 Abs.2 S.1, Art.3 Abs.3 S.1 kein absolutes Diskriminierungsverbot auf. Grds. sind Differenzierungen aufgrund des Geschlechtes zwar unzulässig. Eine Differenzierung nach dem Geschlecht kann aber ausnahmsweise gerechtfertigt sein; mangels Eingriffsermächtigung allerdings nur aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts. Differenzierungen nach dem Geschlecht sind ausnahmsweise zulässig, wenn im Hinblick auf die objektiven biologischen Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses eine besondere Regelung erlaubt oder sogar geboten ist oder wenn sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder nur bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind. Dabei ist allerdings ein strenger Maßstab anzulegen. Zu denken ist v.a. an Regelungen, die an Schwangerschaft oder Geburt als frauenspezifisches Merkmal anknüpfen, und Müttern besondere Schutzansprüche gewähren.

Unzulässig sind Differenzierungen anhand vermeintlich existierender typischer Eigenschaften eines Geschlechts oder in Anknüpfung an hergebrachte Rollen von Mann und Frau. <sup>91</sup>

Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot von Männern und Frauen hatte im Arbeitsrecht in den §§ 61 la, 611b, 612 Abs.3 BGB a.F. seinen einfachgesetzlichen Niederschlag gefunden. Nach der Neuregelung im AGG enthält das einfache Gesetz jetzt eine unmittelbare Ausdehnung des verfassungsrechtlichen Regelungsgehalts auf das Arbeitsrecht.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> 84 Wrfk/Dietrich A. Art.3 GG Rn 85; Jarass/Pieroth, Art.3 Rn 61: "Handlungsauftrag fürden Staat"

<sup>85 85</sup> BVerfGE 85, 191, 207; BVerfGE 89, 276. 285

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> 86 Art.2 Abs.2 der RL 97/80/EG des Rates vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. ABI EG L 14/6 v. 20.1.1998

<sup>87 87</sup> BVerfGE 97,35,43

<sup>88</sup> BVerfGE 92, 91,109; Sachs/Osterloh, GG. Art.3 Rn 254

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> 89 BVerfGE 74, 163, 79

<sup>90 90</sup> BVerfGE 92, 91, 109

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> 91 BVerfGE 92, 91, 109f.; BVerfGE 85, 191, 207; Jarass/Pieroth. Art.3 Rn 94 m.w.N

#### II. Arbeitsrechtliche Besonderheiten

Die Rechtmäßigkeit jeder gesetzlichen Vorschrift des Arbeitsrechts ist vollständig am speziellen Gleichheitssatz des Art.3 Abs.2. Abs. 3 S.1 zu messen. Bspw. ist eine Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten häufig unzulässig, da damit Frauen indirekt benachteiligt werden. <sup>92</sup>

Bei der Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften ist zu beachten, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art.3 Abs.2. Abs.3 S.1 auf das einfache Recht ausstrahlen. Sie sind bei der Anwendung und Auslegung der Normen, die das Rechtsverhältnis zwischen AG und AN regeln, zu berücksichtigen (vgl. ausführlich zur mittelbaren Drittwirkung Einl. Rn 21 ff.).

Aus An.3 Abs.2. Abs.3 S. 1 folgt insb. der Grundsatz der Lohngleichheit zwischen Männern und Frauen. <sup>93</sup> Männer und Frauen müssen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gleichen Lohn bekommen. Arbeitsvertragliche Klauseln, die einen prozentualen Lohnabschlag für männliche oder weibliche AN vorsehen, sind nichtig. Dieses Lohngleichheitsgebot wurde einfachgesetzlich bis zum Erlass des AGG durch §612 Abs. 3 BGB konkretisiert.

Der Grundsatz der Lohngleichheit ist im europäischen Recht in Art. 141 Abs. 1 EG festgeschrieben. Art. 141 Abs. 1 EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen.

## III. Förderung der Gleichstellung von Frauen im Arbeitsleben

Art. 3 Abs. 2 S. 2 verpflichtet den Staat, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Der Staat hat den Auftrag, die Gleichbehandlung der Geschlechter in Recht und Gesellschaft durchsetzen und ist dabei insb. gehalten, die tatsächliche Situation der Frauen in der Gesellschaft ZU verbessern und bestehende Ungleichheiten abzubauen.

Allerdings sind gerade diese Maßnahmen regelmäßig Gegenstand heftiger politischer Auseinandersetzungen und ziehen verfassungsrechtliche Kritik auf sich. Insb. sind davon die sog. Frauenquoten betroffen. Gemeint sind Regelungen, die Frauen die Möglichkeit eröffnen, bevorzugt Stellen zu besetzen, um eine eindeutige Unterrepräsentation in diesem Bereich wie bspw. in Führungspositionen zu beseitigen. Frauenquoten stehen dabei regelmäßig in der Kritik, weil sie zur Benachteiligung männlicher Bewerber wegen des Geschlechts führen und weil sie die Freiheit des AG beeinträchtigen, seine Personalentscheidungen eigenständig treffen zu können.

Eine einheitliche Bewertung der Rechtmäßigkeil von Quotenregelungen und -modellen ist nicht möglich. Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist die Ausgestaltung im Einzelfall entscheidend. Maßgeblich ist i.d.R.. ob der AG trotzdem genügend Freiheit für seine Personalentscheidungen besitzt. 95

Starre Ergebnisquoten legen für die Besetzung von Stellen ein bestimmtes Verhältnis von Frauen und Männern fest, ohne dass davon mit Rücksicht auf die konkrete Entscheidungssituation abgewichen werden darf. Solche Quoten sind unzulässig, weil sie das Geschlecht zum einzigen Kriterium der Personalentscheidung machen. Quotenregelungen dienen dazu, die in der Vergangenheit begründeten Benachteiligungen der Frauen in bestimmten Berufsgruppen und Führungspositionen durch Sicherung der Chancengleichheit langfristig auszugleichen, <sup>96</sup> nicht aber der automatischen Bevorzugung bis zum Ausgleich rechnerischer Unterrepräsentation. <sup>97</sup>

Insb. in Landesgesetzen weit verbreitet waren sog. leistungsabhängige Entscheidungsquoten. Solche Quoten sahen für den Fall der Unterrepräsentation von Frauen in einem bestimmten Bereich vor, dass bei der Besetzung von Stellen weibliche Bewerber gegenüber männlichen Bewerbern mit

<sup>92 92</sup> BAGE 66, 264, 271 ff

<sup>93 93</sup> BAGE 1, 258, 260; BAGE 29, 122, 126

<sup>94 94</sup> ErfK/Dietrich. Art.3 GGRn 93

<sup>95 95</sup> ErfK/Dietrich. Art.3 GG Rn 93

<sup>96 96</sup> MünchArib/Richardi, Bd. 1. §12 Rn 75

<sup>97 97</sup> MünchArib/Richardi, Bd. 1, § 12 Rn 75; Sachs/Osterloh, GG Art.3 Rn 286

gleicher Qualifikation bevorzugt wurden. Der EuGH beanstandete eine entsprechende Regelung im Bremer Gleichstellungsgesetz. <sup>98</sup> Daraufhin erklärte das BAG die Regelung für unanwendbar. <sup>99</sup> Die Rechtsprechung bewertet die leistungsabhängigen Entscheidungsquoten als zu starr, obwohl sie neben dem Geschlecht die Qualifikation des Bewerbers als Auswahlkriterium einbeziehen. Denn in den Füllen, in denen die leistungsabhängigen Quoten Anwendung finden, ist die Personalentscheidung allein durch das Geschlecht determiniert. Auch die leistungsabhängigen Entscheidungsquoten bewirken deshalb eine automatische Bevorzugung von Frauen bis zum Ausgleich ihrer Unterrepräsentation in einem bestimmten Bereich und führen wie starre Ergebnisquoten zu einer unzulässigen Diskriminierung der männlichen Bewerber. Eine flexible Entscheidungsquote im Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen beanstandete der EuGH dagegen nicht. 100 Flexible Entscheidungsquoten führen nicht zu einer automatischen Bevorzugung nach dem Geschlecht weil sie ausdrücklich zulassen, dass sonstige Gründe in der Person des männlichen Bewerbers zu dessen Gunsten den Ausschlag geben können. Auch aus Sicht des Verfassungsrechts bestehen keine Bedenken gegen flexible Entscheidungsquoten. <sup>101</sup> Zusammenfassend kann man sagen, dass Quotenregelungen zugunsten von Frauen dann zulässig sind, wenn sie in den Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, diese bei gleicher Eignung bevorzugt werden, die Quotenregelung aber auch die Bevorzugung eines männlichen Bewerbers wegen gleichgewichtiger Gründe ermöglicht. 102

<sup>98</sup> EuGH - Kalanke - Slg. 1995, 3051

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> 99 BAG NZA 1996,. 751

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> 100 EuGH - Marschall - Slg. 1997, 6363

<sup>101</sup> ErfK/Dietrich, Art.3 GG Rn95 m.w.N.; Sachs/Osterloh, GG Art.3 Rn 287 f.; a.A. v. Mangold/Klein/Starck/Starck Art.3 Rn 289 102 Jarass/Pieroth, Art.3 Rn 103 m.w.N