

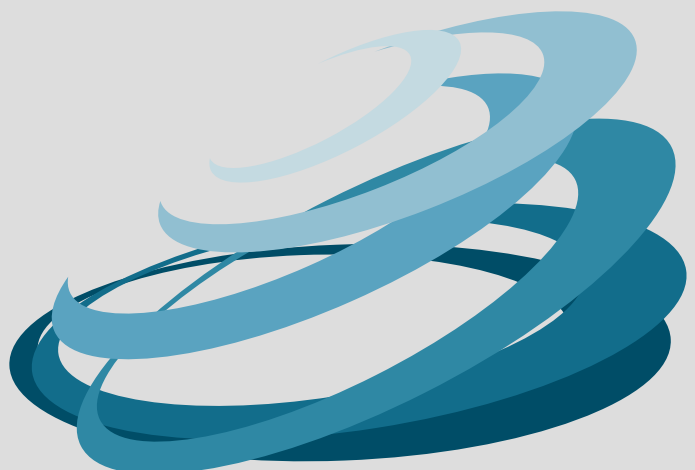


Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Expertise von

Prof. Dr. Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard)



A. Grundlagen

Am Anfang des Kampfes gegen Diskriminierung standen unmittelbare Benachteiligungen. Soziale Bewegungen wie die Bürgerrechtsbewegung in den USA oder die Frauenbewegung entstanden in Rechtsordnungen, die diese Gruppen explizit ausgrenzten. Sie wurden zu Bürgern zweiter Klasse gemacht, wenn ihnen nicht gar komplett der Bürgerstatus aberkannt wurde: Frauen durften nicht wählen, Afrikanische Amerikanerinnen und Amerikaner nicht im vorderen Teil des Busses sitzen. Diese Form der Diskriminierung war plakativ, leicht zu identifizieren, und ihr menschenrechtswidriger Gehalt war offensichtlich. Doch bald zeigte sich, dass eine Beseitigung der unmittelbar an Merkmale wie Rasse oder Geschlecht anknüpfenden Regelungen nicht ausreichte. Diskriminierung hatte sich tief in die Strukturen der Gesellschaft eingeschrieben. Die Herstellung formaler Gleichheit war daher nur eine erste Stufe in der Bekämpfung von Diskriminierung.

Historisch gewachsene und tief verwurzelte Diskriminierung führt zu unterschiedlichen Lebenssituationen der betroffenen Gruppen. Formal gleiche Regelungen wirken sich daher unterschiedlich aus. Dass formale Gleichheit tatsächliche Ungleichheit verfestigen kann, ist schon lange bekannt. Prägnant kommt es in dem bekannten Zitat von Anatole France zum Ausdruck: „Das Gesetz in seiner erhabenen Gleichheit verbietet es Reichen wie Armen, unter den Brücken zu schlafen, auf den Straßen zu betteln und Brot zu stehlen.“ Der Blick auf die Auswirkungen von Handlungen, Maßnahmen oder Regelungen ist die Grundlage des Konzeptes der mittelbaren Benachteiligung.

I. Entwicklung

Die Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung stammt aus den USA. 1971 entwickelte der U.S. Supreme Court im berühmten Fall *Griggs v. Duke Power Co.* sein Konzept des „disparate impact“.¹ In Europa übernahm zunächst das britische Antidiskriminierungsrecht Mitte der siebziger Jahre diese Rechtsfigur.²

Für das Gemeinschaftsrecht fand der Grundsatz der mittelbaren Benachteiligung im Hinblick auf das Merkmal Geschlecht³ seinen ersten Niederschlag in der Richtlinie 76/207/EWG.⁴ Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie bestimmte: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand – erfolgen darf.“ Eine Legaldefinition der Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung enthielt die Richtlinie damals nicht.⁵ Im Rahmen des Gemeinschaftsrechts lässt sich ein zweiter Strang der Entwicklung der Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung identifizieren:⁶

¹ 401 U.S. 424 (1971).

² Siehe zur Entwicklung in Großbritannien etwa: McCrudden, *Oxford Journal of Legal Studies* 1992; ders., *Equality Law between Men and Women*, 1994.

³ Die Vorläufer zur zentralen Gleichbehandlungsrichtlinie enthielten noch keine Bezugnahme auf die mittelbare Benachteiligung, s. etwa: RL 75/117/EWG (ABl. 1975, L 45/19).

⁴ ABl. 1976, L 039.

⁵ Erstmals gab die Richtlinie 97/80/EG eine Legaldefinition vor.

⁶ Darauf weist Bieback, *Mittelbare Diskriminierung*, 1997, S. 24, zu Recht hin.

Im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit hatte der Gerichtshof bereits 1974 die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung entwickelt.⁷ Inzwischen enthalten alle neueren Antidiskriminierungsrichtlinien der Europäischen Union ein explizites Verbot und eine Legaldefinition mittelbarer Diskriminierung.

Im deutschen Verfassungsrecht dauerte es länger, bis das Bundesverfassungsgericht akzeptierte, dass die besonderen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und/oder Art. 3 Abs. 3 GG auch ein Verbot mittelbarer Benachteiligung enthielten. Erst 1997 änderte das Gericht seine frühere Rechtsprechung und sah – jedenfalls für das Merkmal Geschlecht – eine mittelbare Benachteiligung als prinzipiell möglich an.⁸ Freilich ist das Gericht teilweise großzügig in der Anerkennung von Rechtfertigungsgründen.⁹ Im deutschen Recht spielte bis zum Erlass des AGG mittelbare Benachteiligung vor allem im Arbeitsrecht eine Rolle. Die Arbeitsgerichte übernahmen die Rechtsprechung des EuGH und wendeten sie auf Benachteiligungen im Arbeitsleben an. Mit dem Erlass des AGG im Jahr 2006¹⁰ ist diese Rechtsprechung auf eine präzisere Grundlage gestellt worden; zudem wurde das Verbot der mittelbaren Benachteiligung auf alle vom AGG erfassten Bereiche, wie etwa das allgemeine Zivilrecht, ausgedehnt.

II. Normative Verortung

Auf europäischer Ebene enthalten alle neueren Antidiskriminierungsrichtlinien eine Legaldefinition von mittelbarer Benachteiligung: Art. 2 Abs. 2 b) RL 2000/43/EG¹¹, Art. 2 Abs. 2 b) RL 2000/78/EG¹², Art. 2 Abs. 2 Spiegelstrich 2 RL 76/207/EWG geändert durch RL 2002/73/EG¹³, Art. 2 b) RL 2004/113/EG¹⁴, Art. 2 Abs. 1 b) RL 2006/54/EG¹⁵. Die Formulierungen in den Richtlinien unterscheiden sich minimal. Das AGG hat sich eng an den Wortlaut der Richtlinien angelehnt. § 3 Abs. 2 AGG lautet: „Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“.

⁷ EuGH, Rs. 152/73, Slg. 1974, 153 (Sotgiu).

⁸ BVerfGE 97, 35, 43 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH.

⁹ Siehe etwa: BVerfGE 104, 373, 393 ff.; kritisch dazu Sacksofsky, FPR 2002.

¹⁰ Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897).

¹¹ ABl. 2000 L 180/22.

¹² ABl. 2000 L 303/16.

¹³ ABl. 2002 L 269/15.

¹⁴ ABl. 2004 L 373/37.

¹⁵ ABl. 2006 L 204/23.

Demgegenüber enthält das Grundgesetz keine ausdrückliche Regelung der mittelbaren Benachteiligung. Das Bundesverfassungsgericht verwendet einen etwas anders gearteten Test, als die bekannten Formulierungen aus dem Europarecht. Das Bundesverfassungsgericht formuliert: „Eine Anknüpfung an das Geschlecht kann auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist“¹⁶. Fraglich ist freilich, ob die mittelbare Benachteiligung in Art. 3 Abs. 2 GG oder Art. 3 Abs. 3 GG verortet wird. Die Entscheidung dieser Frage hat erhebliche Konsequenzen. Denn wenn (nur) Art. 3 Abs. 2 GG als Grundlage angesehen wird, gilt das Verbot mittelbarer Benachteiligung einzig im Hinblick auf das Merkmal Geschlecht, während eine Interpretation des Art. 3 Abs. 3 GG als Verbot auch mittelbarer Benachteiligung diesen Schutz auf alle dort genannten Merkmale erstreckt. Das Bundesverfassungsgericht ist insoweit nicht eindeutig. In der frühen Rechtsprechung zur mittelbaren Benachteiligung nimmt es Bezug auf Art. 3 Abs. 3 GG¹⁷, während es in der neuesten Entscheidung zur mittelbaren Benachteiligung Art. 3 Abs. 2 GG als Prüfungsmaßstab wählt.¹⁸ Die Prüfung selbst findet in zwei Schritten statt: das Gericht prüft zunächst, ob Frauen durch die angegriffene Regelung faktisch benachteiligt sind und untersucht dann mögliche Gründe für die Rechtfertigung.¹⁹

III. Zur Rechtsprechung des EuGH

Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung hat der EuGH – neben den Fällen der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit²⁰, – an der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen (Art. 119 EWG/ Art. 141 EG)²¹ entwickelt. Diese Rechtsprechung ist Grundlage für die nunmehr in den Richtlinien enthaltenen Legaldefinitionen der mittelbaren Diskriminierung.

¹⁶ BVerfGE 97, 35, 43. In BVerfGE 104, 373, 393 wird diese Formulierung „geschlechtsneutral“ adaptiert und generell von den „Angehörigen eines Geschlechts, etwa Frauen“ gesprochen.

¹⁷ BVerfGE 97, 35, 43. In BVerfGE 104, 373, 393 ist das Gericht dogmatisch uneindeutig/unpräzise, indem es die mittelbare Benachteiligung zunächst Art. 3 Abs. 3 GG zuzuordnen scheint, dann dies aber zusammen mit Art. 3 Abs. 2, insbesondere dessen Satz 2 GG, prüft.

¹⁸ BVerfGE 113, 1, 15.

¹⁹ BVerfGE 113, 1, 15 ff.

²⁰ EuGH Rs. 152/73, Slg. 1974, S. 153; Rs. C-192/05 (Sotgiu), Slg. 2006, I-10451 (Tas-Hagen/Tas), Rs. C-209/03, Slg. 2005, I 2119; Rs. C-138/02, Slg. 2004, I-2703 (Collins).

²¹ EuGH Rs. 170/84, Slg. 1986, 1607 (Bilka); Rs. C-577; Slg. 1994, I-4541, Rz. 17 (Vroege); Rs. 171/88, Slg. 1989, 2743 (Rinner-Kühn); Rs. C-33/89, Slg. 1990, I-2591 (Kowalska); Rs. 281/97, Slg. 1999 I- 5127 (Krüger); Rs. C-278/93, Slg. 1996, I-1165 (Freers und Speckmann); C- 475/93, Slg. 1996, I-243 (Lewark); C-360/90, Slg. 1992, I-3589 (Bötel); Rs. 237/85, Slg. 1986, 2101 (Rummler/ Dato Druck); Rs. C- 109/88, Slg. 1989, 3199 (Danfoss), C-184, 89, Slg. 1991, I-297 (Nimz); Rs. 96/80, Slg. 1981, 911 (Jenkins).

Hauptanwendungsbereich der mittelbaren Diskriminierung ist die Teilzeitbeschäftigung.²² Grundlegend war die Rechtssache Bilka, in der es um den Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten aus der betrieblichen Altersversorgung ging.²³ Der EuGH entwickelte in dieser Entscheidung erstmals drei Voraussetzungen für die Prüfung der mittelbaren Diskriminierung: „Ein Kaufhausunternehmen, das Teilzeitbeschäftigte von der betrieblichen Altersversorgung ausschließt, verletzt Art. 119 EWG-Vertrag, wenn diese Maßnahme wesentlich mehr Frauen als Männer betrifft, es sei denn das Unternehmen legt dar, dass diese Maßnahme auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben“²⁴.

Hinsichtlich der überwiegenden Betroffenheit, geht der EuGH mittlerweile in den Fällen Teilzeitbeschäftigter nahezu automatisch davon aus, dass „der Anteil der Frauen an den Teilzeitbeschäftigten typischerweise höher ist als jener der Männer“²⁵.

Vorbehaltlich einer Rechtfertigung wurde eine mittelbare Diskriminierung in folgenden Fällen anerkannt: geringere Stundensätze für Teilzeitbeschäftigte²⁶; Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten aus den Betriebsrenten²⁷, von der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall²⁸, vom Übergangsgeld bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses²⁹, von Weihnachtsgratifikationen³⁰; Berücksichtigung der Arbeitszeit bei tariflichen Einstufungen von Teilzeitbeschäftigten.³¹

Eine mittelbare Diskriminierung liegt allerdings nur dann vor, wenn keine objektive Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung vorliegt. Diese darf zunächst nicht an ein verpöntes Merkmal anknüpfen.³² In den meisten Fällen liegt die Beurteilung der Rechtfertigung im konkreten Fall bei den Mitgliedstaaten. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung hierzu jedoch einige begrenzende Kriterien entwickelt.

²² EuGH Rs. C-300/06, Slg. 2007, I-10573 (Voß); Rs. C-191/03, Slg. 2005, I-7631 (McKenna), Rs. C-313/02, Slg. 2004, I-9483 (Wippel); Rs. 171/88, Slg. 1989, 2757 (Rinner-Kühn); Rs. C-317/93, Slg. 1995, I-4625 (Nolte); Rs. C-184/89, Slg. 1991, I-314 (Nimz); vgl. auch Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, Teil 2 B. Rz. 33; Rebhahn, in: Schwarze, EU Kommentar, Art. 141 Rz. 23; Bieback, Mittelbare Diskriminierung, S. 132; Dungs, Europäisierung des Arbeitsrechts, S. 184 ff.; Fuchsloch, Das Verbot, S. 34 ff.; Kuppel, Mittelbare Diskriminierung in der Rechtsprechung des EuGH; Liebscher, Erwerbsarbeit, S. 112 f.; Wiskirchen, Mittelbare Diskriminierung von Frauen, S. 35 ff.; Rating, Mittelbare Diskriminierung, S. 63 ff.; Schmidt, Teilzeitarbeit; dies., Europäisches Arbeitsrecht, S. 144 f.; Sacksofsky, FS Zuleeg, S. 335.

²³ EuGH Rs. 170/84, Slg. 1986, 1607 (Bilka).

²⁴ EuGH Rs. 170/84, Slg. 1986, 1607 (1608, 1630) (Bilka); vgl. hierzu Bieback, Mittelbare Diskriminierung, S. 53; Fuchsloch, Das Verbot, S. 82 ff.; Rating, Mittelbare Diskriminierung, S. 69 f.; Schmidt, Teilzeitarbeit, S. 54.

²⁵ EuGH Rs. C-131/02, Slg. 2004 (Wippel), I-9483; Schiek, AGG, § 3 Rz. 35.

²⁶ EuGH Rs. 96/80, Slg. 1981, 911 (Jenkins).

²⁷ EuGH Rs. 170/84, Slg. 1986, 1607 (Bilka); Rs. C-577; Slg. 1994, I-4541, Rz. 17 (Vroege).

²⁸ EuGH Rs. 171/88, Slg. 1989, 2743 (Rinner-Kühn).

²⁹ EuGH Rs. C-33/89, Slg. 1990, I-2591 (Kowalska).

³⁰ EuGH Rs. 281/97, Slg. 1999, I-5127 (Krüger).

³¹ EuGH Rs. 237/85, Slg. 1986, 2101 (Rummler/ Dato Druck) weitere Bereiche vgl. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, Teil 2 B. Rz. 34; Rebhahn, in: Schwarze, EU Kommentar, Art. 141 Rz. 45; Epiney/ Abt, Gleichstellung von Mann und Frau, S. 75 f.

³² Kriebler, in: Callies/ Ruffert, Art. 141, Rz. 64.

So stellt etwa der Haushalt grundsätzlich kein legitimes Ziel für die Rechtfertigung der Diskriminierung dar³³, ebenso können Arbeitgeber sich nicht auf sozial- und beschäftigungspolitische Ziele berufen³⁴. Eine Reihe weiterer Hinweise zu den Anforderungen an objektive Rechtfertigungsgründe gibt der EuGH in der Entscheidung Nikoloudi.³⁵

Nach wie vor bezieht sich die Rechtsprechung des EuGH zum Verbot mittelbarer Diskriminierung zumeist auf Fälle von Teilzeitbeschäftigten.³⁶ Zu den neuen Antidiskriminierungsrichtlinien seit 2000 existieren bisher keine Fälle, in denen eine mittelbare Diskriminierung festgestellt wurde.

B. Stand der Rechtsprechung zum AGG

Ausgewertet wurden die Entscheidungen aller deutschen Gerichte zu mittelbarer Benachteiligung nach dem AGG, soweit sie veröffentlicht und in Juris dokumentiert wurden. Damit konnten nicht alle von deutschen Gerichten entschiedenen Fälle Berücksichtigung finden. Denn viele dieser Entscheidungen sind öffentlich nicht zugänglich. Dennoch mussten die wesentlichen Entscheidungen erfasst worden sein. Juris ist die umfassendste juristische Datenbank und wertet nicht nur die juristischen Zeitschriften aus, sondern enthält darüber hinaus viele weitere Entscheidungen.³⁷

Der Zeitraum der berücksichtigten Entscheidungen umfasst die Jahre seit dem Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006³⁸ bis Ende 2009; vereinzelt konnten auch Entscheidungen aus dem Januar 2010 noch Berücksichtigung finden.

In diesen etwas über drei Jahren erging eine Vielzahl von Entscheidungen, die das AGG anwendeten. Eine große Anzahl dieser Entscheidungen nimmt auch auf mittelbare Benachteiligung Bezug. Doch beschränkt sich die Bezugnahme vielfach auf die bloße Erwähnung der mittelbaren Benachteiligung als eine der Formen von Benachteiligung, die nach dem AGG verboten sind. In der folgenden Auswertung der Rechtsprechung werden nur diejenigen Entscheidungen einbezogen, die sich auch inhaltlich mit dem Konzept der mittelbaren Benachteiligung auseinandersetzen.

Die Entscheidungen können anhand verschiedener Achsen ausgewertet werden. Hierzu werden drei Perspektiven eingenommen. Zunächst – und dies ist der bei weitem ausführlichste Teil – werden die Entscheidungen anhand der betroffenen Merkmale analysiert. Sodann folgen kurze Beschreibungen anhand der Gerichtszweige und Rechtsgebiete.

³³ EuGH Rs. C-4/02 (Schönheit) vom 03.10.2003.

³⁴ EuGH Rs. C-281/97 (Krüger).

³⁵ EuGH Rs. C-196/02, Slg. 2005, I-1789, 86 (Nikoloudi).

³⁶ Vgl. Etwa EuGH Rs. 300/06, Slg. 2007, I-10573 (Voß); EuGH Rs. C-196/02, Slg. 2005, I-1789, 86 (Nikoloudi), Rs. C-191/03, Slg. 2005, I-7631 (McKenna).

³⁷ Alle Entscheidungen deutscher Gerichte, die in dieser Expertise mit Datum und Aktenzeichen ohne weitere Fundstelle zitiert werden, entstammen der Juris-Datenbank. Es wurde darauf verzichtet, dies bei jeder einzelnen Entscheidung besonders kenntlich zu machen.

³⁸ Art. 4 Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 (BGBl. 2006 I S. 1897). Verkündet wurde das Gesetz am 17. August 2006.

I. Merkmale

Die Analyse der Entscheidungen anhand der Merkmale ermöglicht verschiedene Einsichten. Zum ersten erlaubt schon die Häufigkeit, mit der wegen bestimmter Merkmale die Gerichte angerufen werden, erste Einblicke in reale Diskriminierungssituationen. Vor allem zeigen sich in dieser Untersuchungsperspektive typische Problemkonstellationen, die die Gerichte zu bearbeiten hatten. Schließlich ermöglicht diese Analyse, Unterschiede im gerichtlichen Umgang mit verschiedenen Merkmalen herauszuarbeiten.

1. Rasse

Zum Merkmal Rasse sind – soweit ersichtlich – bisher keine Entscheidungen ergangen.

2. Ethnische Herkunft

Eines der wichtigsten Kriterien, das zu einer mittelbaren Benachteiligung wegen ethnischer Herkunft führen kann, ist die Staatsangehörigkeit. Dennoch ist eine Berücksichtigung dieses Kriteriums im Hinblick auf das AGG vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof abgelehnt worden.³⁹ Der VGH München beruft sich dabei auf den Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 RL 2000/43, der klarstellt, dass diese Richtlinie nicht unterschiedliche Behandlungen wegen der Staatsangehörigkeit betrifft.

Ein anderes Kriterium, das leicht als Indiz für mittelbare Diskriminierung wegen ethnischer Herkunft angesehen werden kann, ist die Beherrschung der deutschen Sprache. Das LAG Hamm hatte einen Fall zu beurteilen, in dem ein Unternehmer das Anforderungsprofil einer Tätigkeit in der Weise änderte, dass die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift verlangt wurde.⁴⁰ Die Kündigung eines langjährigen Arbeitnehmers hielt das Gericht für sozialwidrig, da die Arbeit auch so organisiert werden konnte, dass die schriftliche Sprachbeherrschung nicht erforderlich war. Hingegen erblickte das ArbG Berlin in der Nichtberücksichtigung eines ausländischen Stellenbewerbers wegen mangelnder Kenntnisse der deutschen Sprache keine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft. Das Gericht verlangte nach einem „diskriminierenden Zusammenhang“, der sich etwa auf die Muttersprache eines Bewerbers als Ausdruck und Merkmal seiner ethnischen Zugehörigkeit beziehe⁴¹; im vorliegenden Fall liege ein solcher nicht vor. Diese Argumentation zeigt, dass das Gericht das Konzept der mittelbaren Benachteiligung nicht verstanden hat, sondern nach irgendeiner diskriminierenden Motivation sucht, statt strukturelle Merkmale zu akzeptieren.

³⁹ Bay VGH, 14.08.2008, 7 CE 08.10592, Rz. 29 (Fall der Inländerdiskriminierung).

⁴⁰ LAG Hamm, 17.07.2008, 16 Sa 544/08.

⁴¹ ArbG Berlin, 26.09.2007, 14 Ca 12356/07, Rz. 20.

Ein frühzeitiges Aussortieren einer Person aus dem Bewerbungspool, weil sie nicht Muttersprachlerin sei, hat das ArbG Berlin hingegen als diskriminierend wegen der ethnischen Zugehörigkeit angesehen.⁴² Das Gericht setzte sich freilich nicht mit der Frage auseinander, ob es sich hierbei um eine unmittelbare oder eine mittelbare Benachteiligung handele. Diese Frage ist nicht ganz leicht zu beantworten. Einerseits kommt schon im Wort „Mutter“-Sprache zum Ausdruck, dass es sich um eine über Abstammung vermittelte, mithin ethnisch begründete Eigenschaft handeln könne, so dass Muttersprache als zwingend einhergehend mit der ethnischen Zugehörigkeit verstanden werden könnte. Dennoch ist dies m. E. anders zu sehen. Muttersprache bedeutet die in der Kindheit im Elternhaus gesprochene Sprache. Diese ist nicht zwingend mit der Ethnie der Eltern verknüpft. Es spricht daher mehr dafür, in dem Kriterium „Muttersprache“ ein mittelbar benachteiligendes Kriterium zu sehen.

3. Religion und Weltanschauung

Mittelbare Diskriminierung wegen der Weltanschauung spielte im Zusammenhang mit früherer Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit (MfS) eine Rolle.⁴³ Die Klägerin wurde nicht fest eingestellt, weil das Unternehmen um den Betriebsfrieden fürchtete. Es war bekannt geworden, dass die Klägerin langjährig für das MfS gearbeitet hatte. Die Betroffene sah ihre Tätigkeit für das MfS als Ausfluss ihrer Weltanschauung des Marxismus-Leninismus (ML) und fühlte sich daher diskriminiert. Das Gericht erkennt zwar den ML als Weltanschauung an, lehnt aber dennoch das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung wegen mangelnder Vergleichbarkeit ab. Für die mittelbare Benachteiligung sei Voraussetzung, dass sie sich in einer vergleichbaren Situation mit den Personen befänden, die diese Weltanschauung nicht hätten oder nicht gehabt hätten.⁴⁴ An dieser vergleichbaren Situation fehle es vorliegend. Zur Begründung betont das Gericht die besondere Rolle des MfS als einer Organisation, deren Tätigkeit und Aufgabenstellung in fundamentalem Widerspruch zur Wertordnung gestanden habe. Mit dieser Argumentation verkennt das Gericht aber gerade den Inhalt der mittelbaren Benachteiligung. Vergleichbarkeit kann keine zulässige Voraussetzung für den Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung sein. Denn sie setzt allein nachteilige Auswirkungen für bestimmte Gruppen voraus. Allenfalls hätte dieser Gesichtspunkt daher in die Rechtfertigungsprüfung einfließen können. In der – als Hilfsargument vorgetragenen – Rechtfertigungsprüfung bezieht sich das Gericht vor allem auf den Betriebsfrieden.⁴⁵ Auch dies ist nicht unproblematisch. Allein der Umstand, dass die Belegschaft Menschen mit bestimmten Merkmalen nicht will (man stelle sich vor, es ginge um ethnische Herkunft), kann das Diskriminierungsverbot nicht außer Kraft setzen.

Eher kurios mutet ein Fall zur Diskriminierung wegen Religion oder Weltanschauung an. Er zeigt auf, wie schwierig es ist, genau zu begründen, wann eine Benachteiligung wegen der „Weltanschauung“ vorliegt oder eben nicht vorliegt. So trug die Schwester eines Verstorbenen vor, ihr Bruder habe aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen eine Ehe oder eingetragene Lebensgemeinschaft abgelehnt, so dass eine Beschränkung der Hinterbliebenenversorgung auf Nachkommen und Lebenspartner und bestimmte andere vom Verstorbenen unterhaltene Personen diskriminierend wirke.

⁴² ArbG Berlin, 11.02.2009, 55 Ca 16952/08.

⁴³ ArbG Berlin, 30.07.2009, 33 Ca 5772/09.

⁴⁴ ArbG Berlin, 30.07.2009, 33 Ca 5772/09, Rz. 37 f.

⁴⁵ ArbG Berlin, 30.07.2009, 33 Ca 5772/09, Rz. 40 ff.

Das Bundesarbeitsgericht vermied die Beantwortung dieser Frage und stellte stattdessen klar, dass eine solche Beschränkung jedenfalls gerechtfertigt sei, da sie an einen typisierenden Versorgungswillen anknüpfe.⁴⁶

Als mittelbare Benachteiligung wegen der Religion und möglicherweise auch der ethnischen Zugehörigkeit kann das Verbot des religiös motivierten Tragens eines Kopftuches erscheinen. Doch weist die Kopftuchdebatte in Deutschland eine solche Intensität und so viele Besonderheiten auf, dass man ihr im Rahmen dieser Untersuchung nicht gerecht werden kann.⁴⁷

4. Geschlecht

Da mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts schon seit Jahrzehnten europarechtlich verboten ist, gibt es dazu umfangreiche Rechtsprechung auch schon vor Erlass des AGG.⁴⁸ Die Rechtsprechung zum AGG erscheint daher in vielem als Fortführung schon etablierter Rechtsprechung. Da der Fokus dieser Untersuchung auf mittelbarer Benachteiligung im Kontext des AGG liegt, werden die Entscheidungen zum Merkmal Geschlecht, die im hier relevanten Untersuchungszeitraum ergangen sind, etwas kürzer dargestellt, als die Rechtsprechung zu anderen Merkmalen. Die Entscheidungen zu mittelbarer Benachteiligung wegen des Geschlechts betreffen verschiedene Aspekte des Arbeitslebens.

So geht es um die Frage, ob Elternzeit für die Vergütung bzw. Eingruppierung wie Berufsjahre zu behandeln ist. Zwei Gerichte haben insoweit zwar den Tatbestand einer mittelbaren Ungleichbehandlung bejaht, da weitaus mehr Mütter Elternzeit in Anspruch nehmen als Väter; doch sei gerechtfertigt, im Entgeltsystem die Berufserfahrung zu honorieren, die den Arbeitnehmer befähige, seine Arbeit besser zu verrichten.⁴⁹ Das LAG Berlin-Brandenburg sah dies für Zeiten des Mutterschutzes – zu Recht – anders.⁵⁰ Eine Besitzstandswahrung bei der Überleitung des Dienstverhältnisses in den Anwendungsbereich des TVöD nur bei aktiver Beschäftigung, nicht aber für Beschäftigte in Elternzeit wurde gerichtlich gebilligt.⁵¹

Familienpflichten waren auch für eine weitere Entscheidung von Bedeutung. Es ging um die Frage, ob ein Arbeitgeber die Bereitschaft, über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus zu arbeiten, bei einer Leistungsbewertung berücksichtigen darf, die ihrerseits Rückwirkungen auf die Vergütung hat.

⁴⁶ BAG, 18.11.2008, 3 AZR 277/07.

⁴⁷ Siehe zur Kopftuchdebatte aus neuerer Zeit etwa den Sammelband: Berghahn/Rostock (Hg.), Der Stoff aus dem Konflikte sind.

⁴⁸ Siehe dazu ausführlich etwa: Fuchsloch, Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung; Bieback, Mittelbare Diskriminierung; Rating, Mittelbare Diskriminierung; Blomeyer, Mittelbare Diskriminierung; Sievers, Mittelbare Diskriminierung im Arbeitsrecht; Wisskirchen, Mittelbare Diskriminierung von Frauen; Pfarr, NZA 1986; Hanau/Preis, ZfA 1988; Schlachter, NZA 1995.

⁴⁹ LAG Baden-Württemberg, 17.06.2009, 12 Sa 8/09; ArbG Heilbronn, 03.04.2007, 5 Ca 12/07.

⁵⁰ LAG Berlin-Brandenburg, 07.01.2009, 15 Sa 1717/08.

⁵¹ ArbG Nürnberg, 24.05.2007, 3 Ca 8874/06. Zu einem ähnlichen Fall, allerdings bezogen auf Beurlaubung aus familiären Gründen, den Tatbestand mit detaillierten Vergleichsgruppenberechnungen verneinend: LAG Hamburg, 20.11.2008, 7 Sa 41/08.

Das LAG Köln bezweifelte schon den Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung, da es keine adäquate Vergleichsgruppe sah, hielt die Berücksichtigung des überobligationsmäßigen zeitlichen Zurverfügung-Stehens des Mitarbeiters aber für jedenfalls sachlich gerechtfertigt. Das Gericht sah hierin eine Parallele zu Überstundenzuschlägen, die als sachlich gerechtfertigt anerkannt würden.⁵²

Einstellungsvoraussetzungen für den Polizeidienst spielten in zwei Fällen eine Rolle. Für den Polizeidienst wurde in Nordrhein-Westfalen eine Mindestgröße für Frauen von 1,63 cm und von Männern von 1,68 cm festgelegt. Obwohl prozentual mehr Männer die erforderliche Mindestgröße als Frauen erreichen, lehnte das VG Düsseldorf eine mittelbare Benachteiligung ab, da es die Festsetzung der Mindestgröße für erforderlich erachtete.⁵³ Das Gericht akzeptierte eine pauschale Rechtfertigung wegen störungsfreier Aufgabenwahrnehmung durch die Polizei, ohne jedoch näher zu begründen, inwiefern diese durch eine Polizeibeamtin mit einer Körpergröße von 1,61 cm gefährdet wäre; dazu hätte insbesondere deshalb Anlass bestanden, weil andere Bundesländer eine Körpergröße von 1,60 cm für ausreichend erachteten. Eine so zurückgenommene Prüfungsintensität kann nicht überzeugen. Ebenfalls nicht erfolgreich war die Klage einer Frau-zu-Mann-Transsexuellen, dessen Einstellung an der Anforderung einer körpereigenen Hormonversorgung (zunächst formuliert als „wenigstens ein Hoden soll hormonell funktionsfähig sein“) scheiterte. Das VG Frankfurt hielt – nach ausführlicher Erörterung der europäischen Rechtslage – die Anforderung für gerechtfertigt, da den besonders hohen Anforderungen des Polizeivollzugsdienstes nur solche Bewerber gerecht würden, die durch ihre – auch hormonelle – Konstitution jederzeit in vollem Umfang einsatzbereit seien.⁵⁴

Im Hinblick auf den „klassischen“ Fall der mittelbaren Benachteiligung von Teilzeitarbeitenden war über das Ausmaß der Wechselschichtzulage⁵⁵ wie über die Berechnung der Bezüge bei variierender Pflichtstundenzahl⁵⁶ zu entscheiden.

Mehrere Entscheidungen beschäftigten sich mit der Frage, inwieweit statistische Daten ein Indiz für eine geschlechterspezifische Benachteiligung bei Einstellung oder Beförderung darstellten. Die 15. Kammer des LAG Brandenburg wollte für eine Beweislastumkehr nach § 22 AGG die Geschlechterverteilung auf den einzelnen Hierarchieebenen berücksichtigen, um eine verdeckte Diskriminierung bei Beförderungen („gläserne Decke“) ermitteln zu können.⁵⁷ In dem vom Gericht zu entscheidenden Fall, waren alle 27 Führungspositionen mit Männern besetzt, obwohl Frauen zwei Drittel der Belegschaft stellten. Die 2. Kammer des LAG widersprach.⁵⁸ Die Geschlechterverteilung in der Gesamtbelegschaft im Verhältnis zu der Geschlechterverteilung in den Führungspositionen habe keinen entsprechenden Aussagewert. Statistische Daten könnten nur dann ein Indiz sein, wenn sie im Bezugspunkt der konkreten Maßnahme aussagekräftig seien. Unproblematisch sah das ArbG Stuttgart ein Indiz für eine mittelbare Benachteiligung gegeben, wenn der Anteil der Männer in der Gruppe der Eingestellten signifikant geringer als in der Gruppe aller Bewerber sei.⁵⁹

⁵² LAG Köln, 08.05.2009, 4 Sa 1225/08.

⁵³ VG Düsseldorf, 02.10.2007, 2 K 2070/07.

⁵⁴ VG Frankfurt, 03.12.2007, 9 E 5697/06.

⁵⁵ BAG, 24.09.2008, 10 AZR 639/07; VG Frankfurt, 03.12.2007, 9 E 2418/07.

⁵⁶ VG Würzburg, 27.10.2009, W 1 K 09.344; dazu ausführlicher unten C.V.5.

⁵⁷ LAG Berlin-Brandenburg, 26.11.2008, 15 Sa 517/08; kritisch dazu Heyn/Meinel, NZA 2009, 20.

⁵⁸ LAG Berlin-Brandenburg, 12.02.2009, 2 Sa 2070/08.

⁵⁹ ArbG Stuttgart, 26.04.2007, 15 Ca 11133/06.

5. Sexuelle Identität

Die Entscheidungen zur Diskriminierung wegen der sexuellen Identität betreffen ausschließlich ein Thema: die Privilegien der Ehe, die eingetragenen Lebenspartnern vorenthalten werden.⁶⁰ Zunächst billigten deutsche Gerichte eine Privilegierung der Ehe gegenüber anderen Lebensformen unter Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG relativ weitgehend, etwa im Hinblick auf Beihilfeberechtigung, Hinterbliebenenversorgung und steuerrechtliche Vorteile.⁶¹ Allerdings ist seit der Maruko-Entscheidung des EuGH⁶² ein Wandel zu verzeichnen.⁶³ Der EuGH hat in der Maruko-Entscheidung die Fälle der Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft als unmittelbare Benachteiligung angesehen, so dass die Entscheidungen schon von daher nicht in den Rahmen dieser Untersuchung passen würden. Freilich ist diese Beurteilung nicht eindeutig.⁶⁴ Aber selbst wenn man die Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft als mittelbare Benachteiligung begreift, ist es sinnvoll, im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher auf diese Entscheidungen einzugehen. Bei der Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft geht es im Wesentlichen um die Frage der Bedeutung des besonderen Schutzes der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG. Die Argumentation in diesen spezifischen Entscheidungen lässt daher wenig Ertrag für die allgemeine Fragestellung nach der mittelbaren Benachteiligung erwarten.

6. Alter

Zum Merkmal Alter sind die meisten Entscheidungen seit Inkrafttreten des AGG ergangen. Überwiegend handelt es sich dabei allerdings um Entscheidungen wegen unmittelbarer Benachteiligung. Dies ist nicht verwunderlich. Denn Alter ist dasjenige Merkmal, das noch am häufigsten in der Rechtsordnung als Differenzierungskriterium verwendet wird. Da bei der unmittelbaren Benachteiligung die Diskriminierung leichter sichtbar ist, überrascht nicht, dass zunächst Normen im Mittelpunkt stehen, die unmittelbar an das verpönte Merkmal anknüpfen. Doch gibt es einige Entscheidungen, die auch mittelbare Diskriminierung wegen des Alters ansprechen.

Bei der Beurteilung von Altersdiskriminierung sind die besonderen Rechtfertigungsmöglichkeiten nach § 10 AGG zu beachten. Das BAG hat im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH⁶⁵ entschieden, dass die Anforderungen an eine Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung jedenfalls nicht höher sind als diejenigen an die Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung.⁶⁶

⁶⁰ BAG, 15.09.2009, 3 AZR 294/09 und 3 AZR 797/08; LAG Sachsen, 27.01.2009, 7 Sa 195/07; BAG, 14.01.2009, 3 AZR 20/07; OVG Niedersachsen, 28.04.2008, 8 LA 16/08; BVerwG, 15.11.2007, 2 C 33/06; VG Koblenz 2 K 256/07.KO; BVerwG, 25.07.2007, 6 C 27/06; VG Gelsenkirchen, 20.06.2007, 1 K 1222/02.

⁶¹ BVerwGE 129, 129; VG Koblenz, 11.10.2007, 2 K 256/07.KO; VG Koblenz, 22.01.2008, 2 K 1190/07.KO; BFHE 217, 183; BVerfG (K) vom 06.05.2008, 2 BvR 1830/06.

⁶² EuGH, Rs. C-267/06, Slg. 2008, I-01757.

⁶³ In diesem Sinne: BVerfG 07.07.2009, 1 BvR 1164/07; BAG 14.01.2009, 3 AZR 20/07; VG Stuttgart, 16.07.2009, 4 K 2711; VG Berlin 07.05.2009, 7 A 95/07; VG Berlin, 06.05.2009, 5 A 177/05 und 5 A 99/08; AG Karlsruhe, 05.05.2009, 2 C 16/09; LAG Niedersachsen 24.02.2009, 2 A 11403/08; einschränkend zur Rückwirkung: BAG, 15.09.2009, 3 AZR 797/08. Ablehnend: OVG Rheinland-Pfalz, 09.03.2009, 2 A 11403/08; VG Karlsruhe, 10.02.2009, 5 K 1406/08; LG Karlsruhe, 24.10.2008, 6 S 22/07.

⁶⁴ Dazu unten C.II.

⁶⁵ EuGH, 05.03.2009, C-388/07, Rz. 53 ff. (Age Concern England)

⁶⁶ BAG, 26.05.2009, 1 AZR 198/08, Rz. 40.

Ein typisches mittelbar altersdiskriminierendes Kriterium ist die Dauer der Betriebszugehörigkeit, die jüngere Arbeitnehmer benachteiligt. Das BAG hat in der Berechnung der Abfindungshöhe in einem Sozialplan nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit zwar eine mittelbare Benachteiligung gesehen, diese aber für gerechtfertigt gehalten.⁶⁷

Um das Dienstalter ging es in einer Entscheidung des VG Frankfurt.⁶⁸ Das Dienstalter im öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis ist die Parallele zur Dauer der Betriebszugehörigkeit im Privatrecht. Die Auswahl der von der Beendigung einer Zuweisung betroffenen Personen war vorrangig nach Lebensalter und Dienstalter vorgenommen worden. Das Gericht stellt im Hinblick auf das Lebensalter eine unmittelbare, im Hinblick auf das Dienstalter eine mittelbare Altersdiskriminierung fest. Die Beklagte hatte das Abstellen auf das Lebensalter damit zu rechtfertigen versucht, es sei bekannt, dass ältere Menschen typischerweise größere Schwierigkeiten hätten, sich auf neue Arbeitsbedingungen und Aufgaben einzustellen als jüngere Beschäftigte. Diesen Rechtfertigungsversuch wies das Gericht deutlich zurück: „Dabei handelt es sich um eine unzulässige, vor allem zu stark pauschalierende, d. h. verallgemeinernde Behauptung, deren Anerkennung als Rechtfertigungsgrund letztlich zur Aufrechterhaltung tradierter Altersdiskriminierungen einen Freibrief liefern würde.“⁶⁹ Auch für die Berücksichtigung des Dienstalters sah das Gericht keine Rechtfertigung. Im Gegenteil schien ihm die Kombination aus unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung besonders suspekt: „Durch die Kombination der Kriterien Lebens- und Dienstalter erfolgt die Berücksichtigung des höheren Alters daher auf doppelte Weise und verstärkt damit die benachteiligende Wirkung dieses Kriteriums, was gleichzeitig die Anforderungen an die Rechtfertigung erhöht.“⁷⁰

Im umgekehrten Fall schadete Berufserfahrung, da eine Stelle für Verkäuferinnen im Einzelhandel ausschließlich für die erste Gehaltsgruppe im ersten Beschäftigungsjahr eines Gehaltstarifvertrags ausgeschrieben war. Das LAG Saarland bejahte das Vorliegen einer mittelbaren Altersdiskriminierung. Eine Rechtfertigung aus Gründen der Kostenersparnis lehnte das Gericht ab: „Mit dem Kostenargument könnte sonst stets der Schutz vor Altersdiskriminierung ausgehebelt werden.“⁷¹ In einem anders gelagerten Fall zur Berufserfahrung entschied das ArbG Stuttgart, dass das Verbot mittelbarer Altersdiskriminierung nicht verlange, bei der Vergütung zwischen unterschiedlich langer Berufserfahrung zu differenzieren.⁷²

Fraglich war auch, ob und inwieweit eine krankheitsbedingte Kündigung eine mittelbare Altersdiskriminierung darstellt. Da ältere Arbeitnehmer durchschnittlich höhere krankheitsbedingte Fehlzeiten aufweisen, als jüngere Arbeitnehmer, bejahte das Gericht den Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung. Im konkreten Fall hatte der Kläger allerdings erheblich höhere Fehlzeiten als der Durchschnitt vergleichbarer Arbeitnehmer seiner Altersgruppe aufgewiesen, so dass das LAG Baden-Württemberg die Kündigung im Ergebnis für gerechtfertigt hielt.⁷³

⁶⁷ BAG, 26.05.2009, 1 AZR 198/08, Rz. 30 ff.

⁶⁸ VG Frankfurt, 30.03.2009, 9 K 1830/08.

⁶⁹ VG Frankfurt, 30.03.2009, 9 K 1830/08.F, Rz. 34.

⁷⁰ VG Frankfurt, 30.03.2009, 9 K 1830/08.F, Rz. 37.

⁷¹ LAG Saarland, 11.02.2009, 1 TaBV 73/08, Rz. 62; ähnlich mit Bezug auf eine Stellenausschreibung: LAG Hessen, 06.03.2008, 9 TaBV 251/07.

⁷² ArbG Stuttgart, 20.04.2007, 26 Ca 170/07.

⁷³ LAG Baden-Württemberg, 18.06.2007, 4 Sa 14/07.

Außerhalb des Arbeitsrechts war der Fall der Preisgestaltung eines Eisenbahnverkehrsunternehmens angesiedelt. Bei besonders günstigen Fahrkarten erhob die Bahn einen „Bedienzuschlag“, wenn sie in einem DB-Reisezentrum oder einer DB-Agentur gekauft wurden; diese Fahrkarten waren dann um 2 € teurer, als wenn sie an einem Fahrkartenautomaten oder im Internet erworben wurden. In dieser Vertriebskanaldifferenzierung sah das Regierungspräsidium als Genehmigungsbehörde eine mittelbare Benachteiligung älterer Fahrgäste. Es begründete dies damit, dass der Anteil der Gruppe der über 60-Jährigen, die über einen Internetanschluss im Jahre 2008 verfügt hätten, nur bei 25,4% gelegen habe. Zudem verfügten viele ältere Menschen auch nicht über Verwandte oder jüngere Bekannte in der näheren Umgebung, die für sie ein Ticket am Automaten bzw. im Internet erwerben könnten. Diese Begründung schien dem VG Frankfurt zu unspezifisch.⁷⁴ Das Gericht wollte konkret auf die Nutzer dieser Tickets abstellen. Eine mittelbare Benachteiligung könne nur angenommen werden, wenn die Gruppe der älteren Benutzer dieser Tickets „zu einem weitüberwiegenden Prozentsatz“ altersbedingt darauf angewiesen wäre, den personenbedingten Verkauf der Tickets in Anspruch nehmen zu müssen, während dies bei den übrigen Nutzern des Tickets nicht der Fall wäre. Hiervon könne nicht ausgegangen werden. Es fehle diesbezüglich an aussagekräftigen Statistiken. Auch könne keinesfalls aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgegangen werden. Nach Auffassung des Gerichts sei die Frage, welcher Vertriebskanal in Anspruch genommen werde, weniger eine Frage des Alters der jeweiligen Bahnkunden. Vielmehr dürfe entscheidend sein, über welchen Erfahrungsschatz der jeweilige Bahnkunde verfüge, was wiederum wesentlich durch die Häufigkeit der Inanspruchnahme der Leistungen der Bahn bestimmt werde. Auch bringe die Maßnahme keinen besonders schwerwiegenden Eingriff mit sich. Das Gericht verneinte mithin schon den Tatbestand einer mittelbaren Benachteiligung.

7. Behinderung

Behinderung ist das Merkmal, bei dem eine Vielzahl von mittelbar diskriminierenden Fallgestaltungen zu erwarten wäre. Denn die Gesellschaft ist so stark an den Interessen von Nicht-Behinderten orientiert, dass dies in vielen Vorschriften, Einrichtungen, Kriterien und Verfahren seinen Niederschlag findet. In Relation zu dieser Erwartungshaltung ist die Anzahl der gerichtlich entschiedenen Fälle bisher recht begrenzt.

Im Hinblick auf Beamte stellt vor allem die Anforderung der gesundheitlichen Eignung für die Einstellung eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Behinderung dar. Die gesundheitliche Eignung im Beamtenverhältnis verlangt nicht nur, dass der Bewerber aktuell einsatzfähig ist, sondern erfordert die Prognose, dass der Bewerber mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht vorzeitig aus gesundheitlichen Gründen in den Ruhestand tritt.⁷⁵ Diese Anforderungen, die für alle Bewerber gelten, können von Behinderten typischerweise nicht oder nur mit Schwierigkeiten erfüllt werden.⁷⁶ Doch hält das VG Hannover dies für gerechtfertigt. Da das AGG gemäß § 24 Nr. 1 bei Beamten „unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung“ anzuwenden sei, müsse die Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses als ein grundsätzlich auf Lebenszeit angelegtes Dienst- und Treueverhältnis beachtet werden.

⁷⁴ VG Frankfurt, 12.05.2009, 12 K 4006/08.F, Rz. 27.

⁷⁵ VG Hannover, 27.05.2009, 2 A 1621/08, Rz. 27.

⁷⁶ VG Hannover, 27.05.2009, 2 A 1621/08, Rz. 26.

Daher gehöre ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Dienstzeit und Versorgungszeit zu den Bedingungen der Ausübung im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG und könne die Ungleichbehandlung rechtfertigen. Die Frage, ob das Kriterium der Höhe der krankheitsbedingten Fehlzeiten mittelbar diskriminierend wirken könne, beschäftigte das LAG Köln.⁷⁷ Ein schwerbehinderter Beschäftigter war nicht für eine Ausbildungsmaßnahme des Betriebs akzeptiert worden, weil er weit überdurchschnittliche Krankheitszeiten aufweise. Das LAG will hierin keine mittelbare Benachteiligung Behinderter sehen, weil es keinen Erfahrungssatz gebe, dass schwerbehinderte Menschen besonders hohe Fehlzeiten aufweisen.⁷⁸ Konträr dazu entschied das ArbG Würzburg.⁷⁹ Eine Regelung des Tarifvertrags Nahverkehrsge- werbe Bayern sah vor, dass bei Krankheitszeiten von 26 Wochen in 3 Jahren bestimmte Zulagen der Besitzstandswahrung entfielen. Das Gericht sah hierin eine mittelbare Benachteiligung. Eine Vergleichsgruppenbildung hielt das Gericht für entbehrlich. Die Häufigkeit länger andauernder oder häufiger auftretender Erkrankungen sei bei behinderten Menschen erfahrungsgemäß signifikant höher als bei sonstigen Mitarbeitern: „Es ist als allgemeiner Erfahrungswert vorauszusetzen, dass Behinderung und Arbeitsunfähigkeit in einem unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang stehen.“⁸⁰ Krankheitsbedingte Kündigungen können auf einer mittelbaren Benachteiligung behinderter Beschäftigter beruhen und damit unzulässig sein. In einem vom LAG Berlin-Brandenburg zu entscheidenden Fall war ein rollierendes Schichtsystem eingeführt worden.⁸¹ Die behinderte Klägerin war aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, Nachtschichten zu übernehmen. Das Gericht sah hierin eine mittelbare Benachteiligung der Klägerin wegen Behinderung.⁸² Es erkennt zwar grundsätzlich an, dass das beklagte Pflegeheim berechtigt war, das rollierende System einzuführen – es war in ein Konzept zur Verbesserung der Qualität der Pflege eingebettet – doch hätte nach Auffassung des Gerichts die Klägerin davon ausgenommen werden müssen. Das Gericht erörtert ausführlich, welche zusätzlichen Belastungen, dies für die anderen Beschäftigten mit sich gebracht hätte. Insgesamt hält es die Kündigung nicht für erforderlich und angemessen.⁸³

In einer Entscheidung des LAG Mecklenburg-Vorpommern war ein Personalabbauprogramm zu beurteilen, durch das Arbeitnehmer der rentennahen Jahrgänge durch übertarifliche Leistungen zum Abschluss von Aufhebungsverträgen angeregt werden sollten.⁸⁴ Das Programm sah zum einen vor, dass alle darauf eingehenden Arbeitnehmer durch eine Sonderzahlung an die Rentenkasse so gestellt werden sollten, dass sie trotz vorzeitiger Inanspruchnahme der Rente eine ungekürzte Rente erhielten, zum anderen versprach das Programm weitere erhebliche Zahlungen in Form von Abfindungen und Einmalzahlungen. Das Programm richtete sich an Beschäftigte, die bereit waren, bis zu 5 Jahre, mindestens zwei Jahre früher in den Ruhestand einzutreten. Als weitere Voraussetzung sah es vor, dass Personen durch diesen früheren Eintritt eine geminderte Altersrente in Anspruch nehmen würden. Durch diese Anforderung wurden die Personen ausgeschlossen, die nach sozialrechtlichen Grundsätzen früher Anspruch auf eine ungekürzte Rente hatten.

⁷⁷ LAG Köln, 15.02.2008, 11 Sa 923/07.

⁷⁸ LAG Köln, 15.02.2008, 11 Sa 923/07, Rz. 60.

⁷⁹ ArbG Würzburg, 06.02.2008, 9 Ca 1521/07.

⁸⁰ ArbG Würzburg, 06.02.2008, 9 Ca 1521/07, Rz. 36.

⁸¹ LAG Berlin-Brandenburg, 04.12.2008, 26 Sa 343/08.

⁸² LAG Berlin-Brandenburg, 04.12.2008, 26 Sa 343/08, Rz. 41.

⁸³ LAG Berlin-Brandenburg, 04.12.2008, 26 Sa 343/08, Rz. 38.

⁸⁴ LAG Mecklenburg-Vorpommern, 21.07.2009, 5 Sa 9/09.

Das Gericht sah in der Art und Weise, in der die Beklagte die übertariflichen Leistungen bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis in dem Personalabbauprogramm ausgelobt hatte, eine mittelbare Benachteiligung der bei ihr beschäftigten schwerbehinderten Menschen. Denn allein wegen der Begünstigung im Sozialversicherungsrecht, blieben der schwerbehinderten Klägerin die mit einem früheren Ausscheiden zusätzlich verbundenen Abfindungen und Einmalzahlungen verschlossen. Das Gericht macht seine Begründung durch einen Vergleich mit einer Person mit den gleichen Lebensdaten deutlich. Eine Rechtfertigung hält das Gericht für ausgeschlossen, da die Ausgestaltung des Programms nicht problemangemessen sei; dies zeige eine Analyse der Interessenlage der beteiligten Personen.⁸⁵ Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Fall lässt sich auf zwei Weisen deuten. Nach der einen Deutung handelt es sich um eine offene Diskriminierung schwerbehinderter Beschäftigter, indem unterstellt wird, dass bei ihnen der Leidensdruck so groß ist, dass sie auch ohne finanzielle Vorteile bereit wären, möglichst schnell auszuschneiden.⁸⁶ In der anderen Deutung kommt es auf solche Unterstellungen nicht an. Dann erscheint der Fall nämlich als klassischer Fall struktureller Marginalisierung. Die Interessenlage der schwerbehinderten Beschäftigten war nicht hinreichend berücksichtigt worden.

8. Kombination von Merkmalen

Mit der Kombination von Merkmalen haben bei der mittelbaren Benachteiligung nur ganz wenige Entscheidungen zu tun. Eine anspruchsvolle Integration von mehrdimensionaler Diskriminierung⁸⁷, wie sie die Debatte um Intersektionalität⁸⁸ verlangt, ist nicht erkennbar. Die wenigen Entscheidungen, die gleichzeitig mit mehreren Achsen der Diskriminierung konfrontiert waren, prüften diese kumulativ nacheinander ab.⁸⁹

Beispielsweise sah das VG Frankfurt ein Bewerbungsverfahren – neben zahlreichen weiteren verfahrensrechtlichen Bedenken – sowohl im Hinblick auf Geschlecht als auch Alter – als diskriminierend an.⁹⁰ Eine Frau hatte sich um die Stelle eines Vorsitzenden Richters am OLG beworben.

⁸⁵ LAG Mecklenburg-Vorpommern, 21.07.2009, 5 Sa 9/09, Rz. 66 ff.

⁸⁶ Dies deutet das Gericht an: LAG Mecklenburg-Vorpommern, 21.07.2009, 5 Sa 9/09, Rz. 71.

⁸⁷ Siehe zur Kombination von Behinderung und Geschlecht etwa: Zinsmeister, Mehrdimensionale Diskriminierung.

⁸⁸ Angestoßen wurde die Debatte durch Kimberlé Crenshaw, The University of Chicago Legal Forum 1989; siehe auch: McCall, Journal of Women and Society; Lutz, in: dies./ Wenning (Hg.), Unterschiedlich verschieden, 2001, S. 215; Klinger, in: Knapp/ Wetterer (Hrsg.), Achsen der Differenz, 2003, S. 14; Verloo, European Journal of Women's Studies 2006, 211; zur Intersektionalität im juristischen Bereich: Schiek/Chege (Hg.), European Union Non-Discrimination Law; Zinsmeister, in: Degener u.a., Antidiskriminierungsrecht, S. 200 ff.

⁸⁹ Zu erinnern ist beispielsweise an den Fall des LAG Mecklenburg-Vorpommern, 21.07.2009, 5 Sa 9/09, in dem es um (unmittelbare) Diskriminierung wegen des Alters (freilich nicht im Hinblick auf die Klägerin) und mittelbare Diskriminierung wegen der Behinderung ging. Siehe auch AG Köln, 04.02.2009, 147 C 247/08 (Schmerzensgeldanspruch eines HIV-infizierten Patienten mit schwarzer Hautfarbe wegen Zuweisung einer separaten Toilette im Krankenaus).

⁹⁰ VG Frankfurt, 09.12.2009, 9 L 3454/09.F.

Ihr wurde entgegen § 10 Abs. 1 S. 2, 3 HGlG kein Angebot zur ergänzenden Qualifikationsfeststellung im Hinblick auf ihre in der Familienarbeit als alleinerziehende Mutter erworbenen Fähigkeiten gemacht, obwohl es Streit um die sozialen Kompetenzen der Bewerberin gab.⁹¹ Ein Indiz für Altersdiskriminierung sah das Gericht darin, dass in den Bewerbungsübersichten die Geburtsdaten der Bewerber enthalten waren.⁹²

Eher am Rande liegt ein vom VG Gelsenkirchen entschiedener Fall, in dem die Eltern eines behinderten Kindes die Befreiung von der Rundfunkgebührenpflicht begehrten. Hintergrund war, dass bestimmte Gruppen von Behinderten, zu denen der minderjährige Sohn der Kläger gehörte, von der Rundfunkgebührenpflicht befreit waren. Die Eltern versuchten, ihr Rundfunkgerät abzumelden und das Rundfunkgerät auf den Sohn anzumelden. Das Gericht prüft, ob die Behinderung des Kindes eine Befreiung der Eltern verlangt und davon getrennt den Aspekt des Alters, da ausschlaggebend für die Versagung der Befreiung die Minderjährigkeit des Kindes war.⁹³

II. Gerichtszweige und Rechtsgebiete

Ganz überwiegend ergingen die Entscheidungen zu mittelbarer Benachteiligung von Arbeitsgerichten. Eine weitere erhebliche Anzahl von Entscheidungen fiel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Nur vereinzelt haben die Gerichte anderer Gerichtsbarkeiten in diesem Bereich judiziert.⁹⁴

Eine der wenigen Ausnahmen stellt eine Entscheidung des Bundessozialgerichts dar.⁹⁵ Eine Psychotherapeutin hatte beantragt zur psychotherapeutischen Behandlung griechisch sprechender Patienten im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung ermächtigt zu werden. Das Gericht lehnte ihre gegen die Ablehnung gerichtete Klage ab, da die Gewährleistung einer Therapie in der Muttersprache nicht zum Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung gehöre. Ob hierin eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft im Sinne des AGG oder des bereichsspezifischen Diskriminierungsverbots des § 33c SGB I lag, prüfte das Gericht nicht detailliert, da kein Vorrang des AGG anzunehmen wäre. Das AGG sei lediglich einfaches Bundesrecht und stehe daher im gleichen Rang wie andere bundesrechtliche Vorschriften.⁹⁶

Inhaltlich sind fast alle ergangenen Entscheidungen dem Arbeitsrecht zuzuordnen, auch die von den Verwaltungsgerichten gefällten Entscheidungen betreffen weit überwiegend (öffentlich-rechtliche) Beschäftigungsverhältnisse.

Eine der wenigen Ausnahmen betrifft die Vertriebskanaldifferenzierung bei einem Eisenbahnunternehmen.⁹⁷ Da es um die Preisgestaltung von Fahrkarten geht, kann man diese Entscheidung dem allgemeinen Zivilrecht im weiteren Sinne zuordnen. Dennoch liegt hier eine Besonderheit vor. Zum Rechtsstreit kam es nicht durch klagende Einzelne, sondern dadurch, dass die Genehmigungsbehörde der Tarifgestaltung insoweit die Genehmigung versagt hatte.

⁹¹ VG Frankfurt, 09.12.2009, 9 L 3454/09.F, Rz. 27 ff.

⁹² VG Frankfurt, 09.12.2009, 9 L 3454/09.F, Rz. 35 ff.

⁹³ VG Gelsenkirchen, 05.08.2008, 14 K 2326/07.

⁹⁴ Siehe etwa: AG Köln, 04.02.2009, 147 C 247/08.

⁹⁵ BSG, 06.02.2008, B 6 KA 40/06 R.

⁹⁶ BSG, 06.02.2008, B 6 KA 40/06 R, Rz. 22.

⁹⁷ VG Frankfurt, 12.05.2009, 12 K 4006/08.F.

C. Dogmatische Probleme

Trotz umfänglicher Rechtsprechung zur mittelbaren Benachteiligung, sowohl auf europäischer wie auf nationaler Ebene, sind noch vielfältige dogmatische Fragen ungeklärt. Im Rahmen dieser Expertise können die offenen Fragen nur aufgezeigt und angerissen werden. Eine wirkliche dogmatische Durchdringung würde weitere umfangreiche Analysen verlangen.

I. Zur Funktion

Die Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung verfolgt verschiedene Zielsetzungen.⁹⁸ Dies wird in der Rechtsprechung nicht immer klar erkannt. Unklarheiten über Zielsetzung und Funktion wirken sich in verschiedenen Aspekten der Rechtsprechung aus.

Zum Ersten kann mittelbare Benachteiligung als „Flankierung“⁹⁹ der Bekämpfung unmittelbarer Benachteiligung gesehen werden. Um eine zu einfache Umgehung des Verbots unmittelbarer Benachteiligung zu vermeiden, sollen auch solche Regelungen angegriffen werden können, die zwar nicht mit Diskriminierungsabsicht begründet werden, wohl aber einen ähnlichen Effekt erzielen. In diesem Sinne dient mittelbare Diskriminierung der Bekämpfung verdeckter Diskriminierung.

Zum Zweiten kann mittelbare Benachteiligung als Beweislastregel als Indiz für (mittelbare oder unmittelbare) Benachteiligung dienen. Werden durch eine Maßnahme überwiegend Personen eines bestimmten Geschlechts, ethnischer Herkunft, Religion etc. benachteiligt, besteht eine Diskriminierungsvermutung. Diese Vermutung kann widerlegt werden (§ 22 AGG).

Zum Dritten hat das Verbot mittelbarer Benachteiligung einen eigenen materiellen Gehalt.¹⁰⁰ Da sich massive und historisch verfestigte Diskriminierungen in den Strukturen der Gesellschaft abbilden,¹⁰¹ prägen sie auch die Rechtsordnung. Ein Konzept formaler Gleichheit kann diese Strukturen nicht beseitigen, da es die unterschiedlichen Auswirkungen von Maßnahmen außer Acht lässt. In dieser Dimension hat mittelbare Benachteiligung nichts mit bewusster Diskriminierungsabsicht zu tun. Mittelbare Benachteiligung ist im Gegenteil die Antwort auf die (häufig unbewusste) Marginalisierung und Ausschließung diskriminierter Gruppen.¹⁰² Es geht nicht um die Täterperspektive, die moralisch verwerfliches Handeln verhindern will, sondern mittelbare Benachteiligung beurteilt Diskriminierung aus der „Opferperspektive“, d. h. stellt auf den Effekt bestimmter Vorgehensweisen oder Kriterien ab.¹⁰³

⁹⁸ Eine etwas andere Beschreibung gibt Tobler, Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung, S. 28.

⁹⁹ Schiek, AGG, § 3 Rz. 21. Sie fasst allerdings die erste und zweite Funktion zusammen.

¹⁰⁰ Kritisch dazu Adomeit/Mohr, KommAGG, § 3 Rz. 70.

¹⁰¹ Einen leicht lesbaren Einstieg in die sozialwissenschaftlichen Grundlagen von Diskriminierung bietet Oberlies, in: Degener u.a., Antidiskriminierungsrecht, S. 12 ff.

¹⁰² Zu den unterschiedlichen Funktionen besonderer Gleichheitssätze: Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 306 ff.

¹⁰³ In diese Richtung auch: Baer, ZRP 2002, 293.

II. Zur Begrifflichkeit

Bis heute besteht keine Klarheit über den Begriff der mittelbaren Benachteiligung. Teils wird unter „mittelbarer Benachteiligung“ allein der Tatbestand einer faktischen Benachteiligung verstanden¹⁰⁴, teils wird von mittelbarer Benachteiligung nur dann gesprochen, wenn auch keine Rechtfertigungsgründe gegeben sind.¹⁰⁵ Es ist daher nicht unmittelbar erkennbar, ob die Formulierung eines Gerichts, es liege keine mittelbare Benachteiligung vor, lediglich den Tatbestand einer mittelbaren Benachteiligung verneint oder eine gerechtfertigte mittelbare Ungleichbehandlung meint.

Der Gesetzeswortlaut spricht für die zweite Deutung.¹⁰⁶ Doch der generellen Struktur der Dogmatik von Gleichheitssätzen entspricht es, begrifflich zwischen Tatbestand und Rechtfertigung zu unterscheiden. Schließlich ist der zweistufige Aufbau der Gleichheitsprüfung schon aus dem Kontext des allgemeinen Gleichheitssatzes wohlbekannt. Um einerseits dem Gesetzeswortlaut nicht zu widersprechen, andererseits aber die Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtfertigung zu reflektieren, ist es empfehlenswert, bei Vorliegen des Tatbestandes von „mittelbarer Ungleichbehandlung“ zu sprechen. Liegen Rechtfertigungsgründe vor, kann man dies als gerechtfertigte mittelbare Ungleichbehandlung bezeichnen.

III. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Im ersten Zugriff ist die Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung einfach zu treffen. Denn mittelbare und unmittelbare Benachteiligung unterscheiden sich danach, ob das verpönte Merkmal explizit verwendet wird. Doch bei näherer Betrachtung erweist sich die Unterscheidung beider Kategorien in manchen Konstellationen als nicht ganz so einfach.

Zuerst tauchte diese Frage bei Regelungen auf, die an Schwangerschaft anknüpften. Der U.S. Supreme Court verneinte in einer älteren Entscheidung eine unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung wegen Schwangerschaft, weil in der Gruppe der Nicht-Schwangeren Personen beiderlei Geschlechts vorhanden waren.¹⁰⁷ Heute ist diese Frage durch § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG gesetzlich geklärt.

¹⁰⁴ Siehe etwa: LAG Baden-Württemberg, 17.06.2009, 12 Sa 8/09, Rz. 21: „Die mittelbare Benachteiligung der Klägerin ist sachlich gerechtfertigt“; ähnlich: LAG Hessen, 20.05.2009, 2/8 Sa 1649/07, Rz. 81.

¹⁰⁵ So etwa: LAG Baden-Württemberg, 17.6.2009, 12 Sa 8/09, Rz. 20; VG Düsseldorf, 02.10.07, 2 K 2070/07, Rz. 42; ArbG Stuttgart, 20.04.07, 26 Ca 170/07; Armbrüster, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht,

§ 7 Rz. 116.

¹⁰⁶ So deutlich die Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 16/1780, S. 33. Vgl. dazu auch Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertz Bach, AGG, § 3 Rz. 52; Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rz. 73; Wendeling-Schröder, in: dies./Stein, AGG, § 3 Rz. 17; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 3 Rz. 31.

¹⁰⁷ Geduldig v. Aiello, 417 U.S. 484 (1974).

Aktuell umstritten ist jedoch, ob die Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft als mittelbare oder als unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Identität¹⁰⁸ zu begreifen ist. Auf den ersten Blick erscheint die Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft als mittelbare Diskriminierung, da sie nicht unmittelbar an das Merkmal der sexuellen Identität, sondern an den Familienstand anknüpft.¹⁰⁹ Doch lässt sich gegen eine solche Zuordnung einwenden, den zwingenden systematischen Zusammenhang mit den Rechtsnormen außer Acht zu lassen, die die eingetragene Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlichen und die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren vorbehalten. Eher formalistisch scheint der Gegeneinwand, die Entscheidung für einen bestimmten Familienstand habe nicht zwingend mit sexueller Identität zu tun. Seit der jüngsten Transsexuellen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹¹⁰ ist allerdings die Unterscheidung von heterosexuell (Ehe) und homosexuell (Lebenspartnerschaft) nicht mehr ganz zwingend; in Ausnahmefällen ist auch eine Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern möglich. Da dies jedoch nur für den Fall der Geschlechtsumwandlung in einer bestehenden Ehe, nicht hingegen bei Eheschließung möglich ist, kann auch danach noch die Ungleichbehandlung zwischen Lebenspartnerschaft und Ehe als unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Identität begriffen werden.

IV. Zur Symmetrie

Bei den meisten Merkmalen des § 1 AGG ist klar, welche historischen Diskriminierungserfahrungen und sozialen Bewegungen zur Aufnahme des Merkmals in die Liste der verbotenen Benachteiligungen geführt haben. Das Verbot der Diskriminierung nach dem Geschlecht sollte Frauen schützen, bei der ethnischen Herkunft ging es nicht um Angehörige der Mehrheitsgesellschaft, bei der Religion nicht um die dominanten Glaubensrichtungen, bei sexueller Identität nicht um den Schutz Heterosexueller. Das einzige Merkmal, bei dem die primär diskriminierungsgefährdete Gruppe nicht eindeutig bestimmt ist, ist das Alter. Das Verbot der Altersdiskriminierung wurde nicht von einer bestimmten sozialen Bewegung erkämpft. Die Rechtsprechungsauswertung hat gezeigt, dass zwar die Fälle zum Schutz Älterer überwiegen, aber es gibt auch eine ganze Reihe von Fällen, die jüngere Menschen schützen sollen.

¹⁰⁸ So: BAG, 15.09.2009, 3 AZR 294/09; BAG, 14.01.2009, 3 AZR 20/07; EuGH Rs. C-267/06, Slg. 2008, I-01757.

¹⁰⁹ So etwa: VG Stuttgart, 28.04.2008, 12 K 2264/07; Schlussanträge des Generalsanwaltes Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, 06.09.2007, C-267/06, Rz. 97 und weitere Nachw. Franzen, EuZA 2009, 395; Schlachter, GPR 2008, 251.

¹¹⁰ BVerfGE 121, 175.

Bei allen anderen Merkmalen stellt sich die Frage, ob auch die Angehörigen der dominanten Gruppe vor mittelbarer Benachteiligung geschützt sind. Diese Frage kann in zwei Varianten auftreten: Zum einen geht es um den Schutz der Angehörigen der dominanten Gruppe vor Maßnahmen, die sich zu ihren Lasten auswirken. Bei der unmittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts zeigt sich, dass verstärkt Männer klagen.¹¹¹ Noch drastischer stellt sich das Problem bei Maßnahmen, die eigentlich zum Schutz der diskriminierten Gruppe gedacht sind. Bei unmittelbarer Benachteiligung wird diese Konstellation unter dem Schlagwort „umgekehrte Diskriminierung“ oder „positive Maßnahmen“ heftig diskutiert. Dasselbe Problem kann sich aber auch bei mittelbarer Benachteiligung stellen. Beispielsweise verlangt § 10 HGlG, bei der Qualifikationsbeurteilung Fähigkeiten und Erfahrungen, die durch die Betreuung von Kindern oder Pflegebedürftigen im häuslichen Bereich (Familienarbeit) erworben wurden, zu berücksichtigen. Dies ist ein Kriterium, welches sich zu Lasten von Männern auswirkt. Könnte ein Mann dagegen klagen?

Zum anderen stellt sich die Frage, ob ein Angehöriger der dominanten Mehrheit sich auf mittelbare Benachteiligung berufen kann, wenn er sich in derselben Lage wie die überwiegend benachteiligten Personen befindet. Beispielsweise wäre zu prüfen, ob ein teilzeitbeschäftigter Mann gegen die Diskriminierung von Teilzeitkräften unter Berufung auf Geschlechtsdiskriminierung in gleicher Weise wie eine teilzeitbeschäftigte Frau vorgehen kann.¹¹² In den hier untersuchten Gerichtsentscheidungen sind solche Fälle nicht aufgetreten. Für die Annahme, dass auch Männer sich in solchen Fällen auf das Verbot mittelbarer Benachteiligung berufen können spricht, dass es bei mittelbarer Benachteiligung um die Bekämpfung von struktureller Diskriminierung geht; diese kann „untypische“ Männer in gleicher Weise treffen wie („typische“) Frauen. Gerade im Hinblick auf die Geschlechterordnung zeigt sich im Gegenteil, dass die allmähliche Durchbrechung der traditionellen Rollenmuster auch von Männern erwarten lässt, dass sie einen stärkeren Anteil an Reproduktionsaufgaben übernehmen. Dies macht sie in gleicher Weise schutzwürdig wie Frauen.¹¹³

Ein besonderes Problem stellt sich hinsichtlich der Kategorie Behinderung. Im Grundgesetz ist Behinderung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG als einziges der Merkmale nicht symmetrisch formuliert, sondern es ist nur die Benachteiligung, nicht die Bevorzugung verboten. In § 1 AGG ist die Behinderung in eine Reihe mit den anderen Merkmalen gestellt. Daher führt das Sächsische Landessozialgericht den Gesichtspunkt der „umgekehrten Diskriminierung“ in einem Fall der Behinderung ein.¹¹⁴

¹¹¹ So etwa im Fall einer Stellenausschreibung, die für eine Tätigkeit im Projekt gegen Zwangsverheiratung eine „Kollegin mit Migrationshintergrund“ suchte. Das Gericht machte sich erhebliche Mühe mit der Rechtfertigung, die es im Ergebnis bejahte, zumal die Ernsthaftigkeit des Bewerbers zweifelhaft war, ArbG Köln, 06.08.2008, 9 Ca 7867/07.

¹¹² Diese Frage wirft auch Feldhoff, ZESAR 2008, 511 auf.

¹¹³ Im Ergebnis ebenso, wenn auch mit anderer Begründung: Fuchs, EuR 2008, 701.

¹¹⁴ LSG Sachsen, 01.11.2007, L 3 AS 158/06, Rz. 63.

V. Tatbestand

Der Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung setzt voraus, dass „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können“. Diese Formulierung wirft Schwierigkeiten in verschiedener Hinsicht auf.

1. Kausalität oder Motiv

Mittelbare Benachteiligung verlangt keine Diskriminierungsabsicht oder besonderen Diskriminierungszusammenhang.¹¹⁵ Dies übersieht das ArbG Berlin in der bereits erwähnten Entscheidung, wonach die Nichtberücksichtigung eines ausländischen Stellenbewerbers wegen mangelnder Kenntnisse der deutschen Sprache schon tatbestandlich nicht als Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft angesehen wird. Das Gericht verlangte stattdessen nach einem „diskriminierenden Zusammenhang“, der sich etwa auf die Muttersprache eines Bewerbers als Ausdruck und Merkmal seiner ethnischen Zugehörigkeit beziehe¹¹⁶; im vorliegenden Fall liege ein solcher nicht vor. Diese Argumentation zeigt, dass das Gericht die Zielsetzung mittelbarer Benachteiligung verkürzt auf die Funktion der Flankierung unmittelbarer Diskriminierung. Es reicht für den Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung aus, dass sich eine Regelung überwiegend zum Nachteil einer durch eines der Merkmale konstituierten Gruppe auswirkt.

2. Vergleichbarkeit als eigene Voraussetzung

Teils wurde von Gerichten bei der Prüfung der mittelbaren Benachteiligung eine eigene Vergleichbarkeitsprüfung durchgeführt.¹¹⁷ Ein solches Vorgehen ist abzulehnen.¹¹⁸ Die Vergleichbarkeit ist etablierter Bestandteil der Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes. Das Vergleichbarkeitserfordernis hat den Zweck sicherzustellen, dass beide Teile der berühmten Formel, „wesentlich Gleiches soll gleich, wesentlich Ungleiches ungleich“ behandelt werden, auch zum Tragen kommen. Es dient damit gerade dazu, tatsächliche Auswirkungen in die Gleichheitsprüfung einzubeziehen, statt immer identische Behandlung zu verlangen. Bei mittelbarer Benachteiligung sind dagegen die Determinanten durch die in § 1 AGG genannten Merkmale vorgegeben. Es gibt keinen Raum für eine eigene Vergleichbarkeitsprüfung: Immer wenn eine nachteilige Betroffenheit festgestellt wird, sind weitere Erörterungen nur auf der Ebene der Rechtfertigung angezeigt.¹¹⁹

¹¹⁵ Diesen zentralen Gedanken betont Thüsing, NZA 2000, 570.

¹¹⁶ ArbG Berlin, 26.09.2007, 14 Ca 12356/07, Rz. 20.

¹¹⁷ ArbG Berlin, 30.07.2009, 33 Ca 5772/09; siehe dazu oben B.I.3.

¹¹⁸ Vgl. dazu Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, Teil 2 B. Rz. 35, die darauf hinweist, dass der EuGH als neue argumentative Kategorie zur Vermeidung der Anwendung des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung die Vergleichbarkeit eingeführt hat; dabei geht es um Fälle der Überstundenvergütung für Teilzeitbeschäftigte; EuGH Rs. C-399 u.a./92, Slg. 1994, I-5727 (Helmig).

¹¹⁹ Zwar mögen ähnliche Gesichtspunkte bei Rechtfertigung und Vergleichbarkeitsprüfung Berücksichtigung finden (diesen Zusammenhang betont Plötscher in: Der Begriff der Diskriminierung im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 64), doch sind sie damit unterschiedlich dogmatisch eingebunden.

3. Zur Rolle von Statistiken

Statistiken können eine wertvolle Hilfe für den Nachweis mittelbarer Benachteiligung sein.¹²⁰ Teils wird verlangt, dass der Nachweis, eine Gruppe werde durch eine Regelung benachteiligt, durch verlässliche Statistiken erbracht werde. Nach geltendem Recht ist dies nicht mehr zwingend geboten.¹²¹ Es genügt eine hypothetische Betrachtungsweise.¹²² Dies kommt in der Formulierung des Gesetzes „in besonderer Weise benachteiligen können“ zum Ausdruck und entspricht der Rechtsprechung des EuGH.¹²³ Der Verzicht auf Statistiken ist von erheblicher Bedeutung, da in vielen Bereichen keine aussagekräftigen Statistiken vorliegen.

Somit besteht auch die Möglichkeit, die Benachteiligung auf andere Weise als durch Statistiken plausibel zu machen.¹²⁴ Abzulehnen ist daher eine Auffassung, die einen statistischen Nachweis nur in engen Ausnahmefällen entfallen lassen will.¹²⁵ Dennoch ist Vorsicht bei der Annahme von nicht sozialwissenschaftlich fundierter Alltagserfahrung geboten. Dies zeigen nicht zuletzt die unterschiedlichen Annahmen zweier Gerichte über Erfahrungswissen zum Zusammenhang von Behinderung und überdurchschnittlichen Krankheitszeiten.¹²⁶

Wenn Statistiken verwendet werden, muss die unterschiedliche Betroffenheit erheblich genug sein, um eine Diskriminierungsvermutung auszulösen. Freilich ist nicht geklärt, was Erheblichkeit in diesem Sinne genau bedeutet. Man wird wohl kaum mechanistisch eine eindeutige Prozentzahl festlegen können.¹²⁷ In den hier ausgewerteten Gerichtsentscheidungen spielten Details dieser Problematik keine Rolle. Überzogen scheint freilich die Anforderung, es müsse um einen „weitüberwiegenden“ Prozentsatz gehen.¹²⁸

4. Zur Bildung von Vergleichsgruppen

Die Vergleichsgruppenbildung erweist sich weiterhin als schwierig. Nicht immer ist klar, welche Gruppen adäquate Referenzgruppen sind. So stellte im Streit um die unterschiedliche Preisgestaltung abhängig vom Vertriebskanal die eine Seite darauf ab, dass unter der älteren Bevölkerung deutlich weniger Internetnutzer waren, während das Gericht auf die Gruppe der Nutzer dieses besonderen Tickets abstellte.¹²⁹ Zu erinnern ist auch an den Streit zwischen zwei Kammern des LAG Berlin-Brandenburg um die Frage, ob die Verteilung der Geschlechter auf den verschiedenen Hierarchieebenen eines Unternehmens bei Beförderungsverfahren aussagekräftig ist.¹³⁰

¹²⁰ Ausführlich zu Statistik und Rechtsprechung: Makkonen, Bemessung von Diskriminierung, S. 18 f. und 33 ff; s. auch: Bayreuther, NJW 2009, 806.

¹²¹ Siehe Erwägungsgrund 15 der RL 2000/43/EG und 2000/78/EG.

¹²² Hierzu mit weiteren Nachweisen: Schlachter, in: Müller-Glöge u.a., Erfurter Kommentar, 10. Aufl. 2010, § 3 AGG Rz. 8.

¹²³ EuGH, 21.9.2000, C-124/99, Rz. 25.

¹²⁴ Däubler, ZfA 2006, 487; Rust, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rz.13.

¹²⁵ Adomeit/Mohr, KommAGG, § 3 Abs. 2 Rz. 92.

¹²⁶ Oben B.I.6.

¹²⁷ Schiek, AGG, § 3 Rz. 40.

¹²⁸ VG Frankfurt, 12.05.2009, 12 K 4006/08.F, Rz. 27; dazu oben B.I.6.

¹²⁹ Dazu oben B.I.6.

¹³⁰ Siehe oben B.I.4.

Umgekehrt ist auch fraglich, ob eine Vergleichsgruppe, die nur aus einer Person besteht, den Tatbestand einer mittelbaren Benachteiligung erfüllen kann.¹³¹ Dagegen spricht, dass mittelbare Benachteiligung einen Gruppenbezug aufweist und ein Individuum keine Gruppe darstellt. Dennoch ist hier bei der Ablehnung Vorsicht geboten. Eine Ein-Personen-Vergleichsgruppe hat sicher keine indizielle Wirkung im Sinne von Statistiken; denn insoweit kommt man immer zu 100%. Da Statistiken aber zum Nachweis einer mittelbaren Benachteiligung nicht erforderlich sind, kommt es auch nicht zwingend auf die Größe der real betroffenen Gruppe an; wenn eine Benachteiligung plausibel ist, reicht auch die Betroffenheit einer einzelnen Person.

5. Weitere Probleme

Fraglich ist etwa auch, ob der Tatbestand einer mittelbaren Benachteiligung angenommen werden kann, wenn sich eine bestimmte Regelung auf Teile der Gruppe positiv, auf Teile der Gruppe negativ auswirken kann. Einen solchen Fall hatte das VG Würzburg im Hinblick auf die Lehrerbesoldung zu entscheiden.¹³² Da für wissenschaftliche und nichtwissenschaftliche Fächer eine unterschiedliche Pflichtstundenzahl festgelegt war, hing die Höhe der Bezüge nicht nur von der insgesamt unterrichteten Stundenzahl, sondern auch von der Verteilung der Stunden auf die beiden genannten Kategorien ab. Der Berechnungsmodus für Teilzeitkräfte führte wegen gewisser Bandbreiten dazu, dass manche günstiger, manche schlechter bezahlt wurden, als wenn „spitz“ gerechnet worden wäre. Das Gericht lehnte das Vorliegen einer Benachteiligung ab. Dieser Entscheidung wird man wohl zustimmen können, wenn nicht Gründe dafür sprechen, dass der Berechnungsmodus überwiegend zum Nachteil von Teilzeitkräften führt.

VI. Rechtfertigung

Für die Rechtfertigung formuliert das Gesetz, dass die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sein müssen. Der Sache nach ist also eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt. Doch können auch Verhältnismäßigkeitsprüfungen in unterschiedlicher Intensität durchgeführt werden. Über den genauen gerichtlichen Kontrollmaßstab haben sich die Gerichte vorliegend kaum Gedanken gemacht.

Interessant sind freilich Ausführungen des VG Frankfurt, das bei einer Kombination der Kriterien Lebens- und Dienstalter eine doppelte Berücksichtigung des höheren Alters sah und damit die Anforderungen an die Rechtfertigung erhöhen wollte.¹³³ Diese Überlegungen, so bestechend sie auf den ersten Blick scheinen mögen, können im Ergebnis wohl nicht tragen. Denn wenn eine Diskriminierung wegen des Alters erfolgt, kann diese nicht durch eine weitere Diskriminierung wegen des Alters verstärkt werden. Dies zeigt auch eine Betrachtung der Interessenlage der Betroffenen. Sie wird wegen ihres Alters nicht befördert, ob das an einer doppelten oder einer „einfachen“ Berücksichtigung ihres Alters lag, ist unerheblich.

¹³¹ Ablehnend: LAG Köln, 08.05.2009, 4 Sa 1225/08, Rz. 22.

¹³² VG Würzburg, 27.10.2009, W 1 K 09.344.

¹³³ VG Frankfurt, 30.03.2009, 9 K 1830/08.F, Rz. 37; dazu unten B.I.6.

D. Ausblick

Das Konzept der mittelbaren Benachteiligung ist im neueren Antidiskriminierungsrecht fest verankert. Doch bestehen noch eine Reihe von Unklarheiten in der dogmatischen Durchdringung dieser Rechtsfigur. So ist nicht abschließend geklärt, wie der Tatbestand von mittelbarer Benachteiligung genau festzustellen ist. Dies gilt insbesondere seit Statistiken nicht mehr die einzige Methode sind, um eine mittelbare Ungleichbehandlung festzustellen. In der Rechtsprechung zeigen sich auch Unsicherheiten, ob weitere Kriterien, etwa Vergleichbarkeits- oder Kausalitätserfordernisse verlangt werden können. Ein weiteres Thema, zu dem dringender Forschungsbedarf besteht, ist das Verhältnis von positiven Maßnahmen und mittelbarer Benachteiligung. Hier ergibt sich insbesondere das Problem, inwieweit merkmalsneutral formulierte positive Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt „umgekehrter Diskriminierung“ angegriffen werden können. Die Schwierigkeiten gehen aber noch darüber hinaus. Es ist durchaus schwierig zu bestimmen, inwieweit mittelbare Benachteiligung konsequent angewendet – vor allem in Bereichen, die über das Arbeitsrecht hinausreichen – dem Erfordernis von positiven Maßnahmen nahe kommt. Hier besteht erheblicher weiterer Forschungsbedarf.

Auf der Ebene der Rechtfertigung ist ungeklärt, ob und inwieweit sich Rechtfertigungsmöglichkeiten bei mittelbarer und bei unmittelbarer Diskriminierung unterscheiden. Insoweit wird bereichsspezifisch analysiert werden müssen, welche Rechtfertigungsanforderungen in welchen Kontexten zu stellen sind.

Das Konzept der mittelbaren Benachteiligung hat die Funktion, diskriminierende Strukturen aufzubrechen. Es trägt damit erhebliches gesellschaftsveränderndes Potential in sich. Dies gilt erst recht, nachdem seit der Verbindlichkeit der neuen EU-Antidiskriminierungsrichtlinien eine Vielzahl von Merkmalen auch mittelbare Diskriminierung verbietet. Bisher haben die Gerichte diese Möglichkeiten bei weitem nicht ausgeschöpft. Aber es fehlte auch an Fällen, die ihnen dies abverlangt hätten. Langfristig kann das rechtliche Verbot der mittelbaren Benachteiligung nur dann effektiv wirken, wenn sich das Bewusstsein für das Vorliegen diskriminierender Strukturen – auch bei potentiellen Klägern – schärft.

Inhalt

A.	Grundlagen.....	2
I.	Entwicklung.....	2
II.	Normative Verortung	3
III.	Zur Rechtsprechung des EuGH	4
B.	Stand der Rechtsprechung zum AGG	6
I.	Merkmale	7
II.	Gerichtszweige und Rechtsgebiete.....	16
C.	Dogmatische Probleme.....	17
I.	Zur Funktion	17
II.	Zur Begrifflichkeit	18
III.	Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	18
IV.	Zur Symmetrie.....	19
V.	Tatbestand	21
VI.	Rechtfertigung.....	23
D.	Ausblick	24

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus / Mohr, Jochen: Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. KommAGG, 2007.

Baer, Susanne: „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, ZRP 2002, 290-294.

Bauer, Jobst-Hubertus / Göpfert, Burkard / Krieger, Steffen: AGG Kommentar, 2. Aufl. 2008.

Bayreuther, Frank: „Quotenbeweis“ im Diskriminierungsrecht?, NJW 2009, 806-812.

Berghahn, Sabine / Rostock, Petra (Hg.): Der Stoff aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2009.

Bieback, Karl-Jürgen: Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts. Ihre Grundlagen im Recht der EU und ihre Auswirkungen auf das Sozialrecht der Mitgliedstaaten, 1997.

Blomeyer, Christian: Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung gemäß Art. 119 EGB: Seine Funktion im Deutschen Arbeitsrecht, 1994.

Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hg.): Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2002.

Crenshaw, Kimberlé: Demarginalizing the intersection of race and sex, The University of Chicago Legal Forum 1989, S. 139 – 167.

Däubler, Wolfgang: Was bedeutet „Diskriminierung“ nach neuem Recht?, ZfA 2006, 479-491.

Däubler, Wolfgang / Bertzbach, Martin (Hg.): AGG Kommentar, 2. Aufl., 2008.

Degener, Theresia / Dern, Susanne / Dieball, Heike / Frings, Dorothee / Oberlies, Dagmar / Zinsmeister, Julia: Antidiskriminierungsrecht. Handbuch für Lehre und Beratungspraxis, 2008.

Dungs, Dorothee: Die Europäisierung des deutschen Arbeitsrechts und der geschlechterspezifische Gleichheitsgrundsatz, 1998.

Epiney, Astrid / Abt, Freimuth Marianne: Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003.

Feldhoff, Kerstin: Mittelbare Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Frauen, ZESAR 2008, S. 509-513

Franzen, Martin: Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartner mit Ehepaaren bei Hinterbliebenenversorgung, EuZA 2009, S. 395-404.

Fuchs, Tobias: Gemeinschaftsrechtswidrige Gleich- oder Ungleichbehandlung im Rahmen von Art. 141 EG?, EuR 2008, 697-702.

Fuchsloch, Christine: Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung. Ableitung, Analyse und exemplarische Anwendung auf staatliche Berufsausbildungsförderung, 1995.

Hanau, Peter / Preis, Ulrich: Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, S. 177 – 207.

Heyn, Judith / Meinel, Gernod: Rückenwind für Diskriminierungsklagen. Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 26.11.2008, NZA 2009, 20-24.

Klinger, Cornelia: Ungleichheit in den Verhältnissen von Klasse, Rasse und Geschlecht, in: *Gudrun-Axeli Knapp / Angelika Wetterer (Hrsg.): Achsen der Differenz. Gesellschaftstheorie und feministische Kritik* 2003, S. 14-48.

Liebscher, Doris: Erwerbsarbeit – abhängige Beschäftigung in der außerhäuslichen Sphäre, in: *Foljanty, Lena / Lembke, Ulrike (Hg.): Feministische Rechtswissenschaft*, 2006, S. 99-121.

Lutz, Helma: Differenz als Rechenaufgabe: Über die Relevanz der Kategorien Race, Class und Gender, in: *dies. / Norbert Wenning (Hrsg.), Unterschiedlich verschieden. Differenz in der Erziehungswissenschaft*, 2001, S. 215-230.

Makkonen, Timo: Die Bemessung von Diskriminierung. Datenerhebung und EU-Rechtsvorschriften zur Gleichstellung, , 2007.

http://www.migpolgroup.com/public/docs/19.ThematicReport_MeasuringDiscrimination-DatacollectionandEUEqualityLaw_DE_11.06.pdf (letzter Zugriff 17.02.2010).

McCall, Leslie: The Complexity of Intersectionality, *Journal of Women and Society*, 2005, S. 1771- 1800.

McCrudden, Christopher: Institutional discrimination, *Oxford Journal of Legal Studies* Bd. 2 1982, S. 303-367.

McCrudden, Christopher: Equality Law between Men and Women in the European Community – United Kingdom, 1994.

Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid / Dieterich, Thomas (Hg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010.

Pfarr, Heide: Mittelbare Diskriminierung von Frauen. Die Rechtsprechung des EuGH, NZA 1986, S. 585 – 589.

Plötscher, Stefan: Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003.

Rating, Stefan: Mittelbare Diskriminierung der Frau im Erwerbsleben nach europäischem Gemeinschaftsrecht, 1994.

Rösner, Ralf: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 2006.

Rudolf, Beate / Mahlmann, Matthias (Hg.): Gleichbehandlungsrecht. Handbuch, 2007.

Ruppel, Martina: Mittelbare Diskriminierung in der Rechtsprechung des EuGH, in: *Kreuzer, Christine (Hg.):* Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven, 2000, S. 193-203.

Rust, Ursula / Falke, Josef: AGG. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften. Kommentar, 2007.

Sacksofsky, Ute: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau – besser aufgehoben beim Europäischen Gerichtshof oder beim Bundesverfassungsgericht?, in: *Gaitanides, Charlotte / Kadelbach, Stefan u.a. (Hg.):* Europa und seine Verfassung. Festschrift Zuleeg, 2005, S. 323-340.

Sacksofsky, Ute: Grundrechtsdogmatik ade – Zum neuen Doppelnamen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: *FPR 2002*, S. 121-125.

Sacksofsky, Ute: Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 2. Aufl. 1996.

Saunders, Brigitte: Gleiches Entgelt für Teilzeitarbeit, 1997.

Schiek, Dagmar: Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2007.

Schiek, Dagmar (Hg.): AGG Kommentar. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007.

Schiek, Dagmar / Chege, Victoria (Hg.): European Union Non-Discrimination Law, 2009.

Schlachter, Monika: Zur Ungleichbehandlung von Ehegatten und Lebenspartnern nach dem LPartG – Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 01.04.2008/Maruko, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2008, S. 251-254.

Schlachter, Monika: Probleme der mittelbaren Benachteiligung im Anwendungsbereich des Art 119 EGV, *NZA* 1995, S. 393-398.

Schleusener, Aino / Suckow, Jens / Voigt, Burkard: AGG Kommentar, 2. Aufl. 2008.

Schmidt, Marlene: Teilzeitarbeit in Europa. Eine Analyse der gemeinschaftsrechtlichen Regelungsbestrebungen auf vergleichender Grundlage des englischen und des deutschen Rechts 1995.

Schmidt, Marlene: Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2001.

Schwarze, Jürgen (Hg.): EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009

Sievers, Jochen: Die mittelbare Diskriminierung im Arbeitsrecht, 1997.

Thüsing, Gregor: Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, NZA 2000, 570-577.

Tobler, Christa: Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung, 2008.
http://www.migpolgroup.com/public/docs/146.LimitsandPotentialoftheConceptofIndirectDiscrimination_EN_09.08.pdf (letzter Zugriff 18.02.2010).

Verloo, Mieke: Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union, European Journal of Women´s Studies 2006, 211-228.

Wendeling-Schröder, Ulrike / Stein, Axel: AGG Kommentar, 2008.

Wisskirchen, Gerlind: Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, 1994.

Zinsmeister, Julia: Mehrdimensionale Diskriminierung. Das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung und seine Gewährleistung durch Art. 3 GG und das einfache Recht, 2007.

Diese PDF ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Herausgeber:

Antidiskriminierungsstelle
des Bundes
Glinkastraße 24
10117 Berlin
www.antidiskriminierungsstelle.de

Autorin:

Prof. Dr. Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard)

Kontakt:

Zentrale: 030 18 555-1855
Beratung: 030 18 555-1865 (Mo bis Fr, 9–12 Uhr und 13–15 Uhr)
Fax: 030 18 555-41865
Besuchszeiten nach Vereinbarung
E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Gestaltung: ADS-1

Stand: 30.06.2010

Dieses Dokument wurde im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) erstellt. Der Inhalt des Dokuments wird vollständig von der Autorin verantwortet und spiegelt nicht notwendigerweise die Position der ADS wider.