

bb) Im bestehenden Arbeitsverhältnis	85
f) Negatives Kriterium.....	86
g) Geringere Qualifikation	86
h) Frauentyptisches Merkmal	88
i) Das "Bottom-line" Problem	88
j) Dauer und Beginn der Betroffenheit.....	92
k) Betroffener Mann.....	93
l) Erheblich stärkere Betroffenheit	93
m) Statistische Methoden	95
aa) "Four-fifths rule"	96
bb) Die X^2 - Analyse.....	98
cc) Methode der "independent proportions"	99
n) Gewährleistung von Rechtssicherheit?	101
5. Kausalität und Zurechenbarkeit.....	102
a) Bei Individualmaßnahmen	102
aa) Ansätze in der Literatur.....	102
bb) Kritik	103
cc) Eigener Ansatz	104
(1) Kausalität.....	104
(2) Zurechenbarkeit.....	105
(a) Die Adäquanztheorie als eingrenzendes Kriterium	105
(b) Nichtarbeitsrechtsspezifische Nachteile	106
b) Bei Gesetzen	106
II. Die Rechtfertigung	107
1. Die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court und die amerikanische Gesetzgebung zur "business necessity"	108
2. Literatur und Rechtsprechung in der Bundesrepublik.....	110
a) 1. Ansicht: sachlicher Grund.....	110
b) 2. Ansicht: gleich der unmittelbaren Diskriminierung	110
c) Vermittelnde Ansicht	112
aa) EuGH und BAG	112
bb) Teil der Literatur	112
d) Eigener Ansatz	113
aa) Fallgruppen.....	114
bb) Nicht arbeitsplatzbezogener Rechtfertigungsgrund	117
cc) Grenzen des unternehmerischen Bedürfnisses	119
dd) Bewertung	120
ee) Keine Bewerberinnen vorhanden als Rechtfertigung?	222
ff) Anderer Rechtfertigungsmaßstab bei Gesetzen?	122
gg) Weniger diskriminierende Alternativmaßnahmen	124
III. Die Rechtsfolgen	126
1. Bei Kollektivnormen.....	126
a) Problemaufriß	126

b)	Die Rechtsprechung des EuGH	126
c)	Kritik am EuGH.....	127
d)	Differenzierte Lösung	128
e)	Die Rückwirkungsproblematik	130
2.	Bei sonstigen Maßnahmen des Arbeitgebers.....	133
a)	Amerikanische Rechtsprechung.....	133
aa)	Vergangene geldwerte Leistungen	133
bb)	Seniority	134
cc)	Einstellungsanspruch.....	135
dd)	Ersatz von zukünftigen, absehbaren Nachteilen	136
ee)	Schadensersatz bei einer Gruppe als Kläger	136
ff)	Compensatory und punitive damages	136
b)	Europäische und deutsche Rechtsprechung	141
aa)	Ausgangslage	141
bb)	Die Vorgaben des EuGH.....	142
cc)	Die daraufhin ergangenen Entscheidungen des BAG	144
dd)	Übertragbarkeit auf die mittelbare Diskriminierung	145
	(1) Vereinbarkeit mit deutschem Recht und mit den Vorgaben des EuGH	145
	(a) 1. These des BAG: Anspruchskonkurrenz von § 611a BGB zu Delikt.....	146
	(b) 2. These des BAG: Regelmäßige Persönlichkeitsverletzung.....	148
	(c) 3. These des BAG: Entschädigungsanspruch wegen Persönlichkeitsverletzung	149
	(d) 4. These des BAG: Anspruch in Höhe eines Monatsgehaltes	149
	(e) Das Dekker-Urteil des EuGH.....	150
	(2) Anwendbarkeit der Voraussetzungen	151
c)	Andere Lösungsansätze de lege lata	151
aa)	Unanwendbarkeit/Nichtigkeit des § 611a BGB	151
bb)	Unmittelbare Anwendung der Richtlinie	152
cc)	Vorlage beim BVerfG	153
dd)	Beschwerde bei der EG-Kommission; Vertragsverletzungsverfahren.....	154
d)	Rechtsfolgenregelungen de lege ferenda	155
aa)	Erfüllungsansprüche.....	155
bb)	Geldansprüche	156
	(1) Ersetzungsbefugnis in Geld; entgangener Gewinn.....	156
	(2) Billige Entschädigung	157
cc)	Ausnahme bei Kleinstbetrieben	158
dd)	Strafbewehrung	159
ee)	Nichtigkeit der Regelungen des Arbeitgebers.....	159
3.	Die Verjährung	160

Inhaltsverzeichnis	13
<i>Sechster Teil</i>	
Durchsetzung des Verbots	
I. Prozessuale Mittel	163
1. Class action suits oder Streitgenossenschaft?.....	163
2. Darlegungs- und Beweislast der Parteien	166
a) Im U.S.-amerikanischen Recht	166
b) § 611a BGB.....	167
c) De lege ferenda	169
aa) Verlagerung der Beweislast auf den Arbeitgeber	170
bb) Auskunftsanspruch	171
II. Staatliche Kontrolle.....	174
1. In den U.S.A.	174
a) Equal Employment Opportunity Commission.....	174
b) Non-discrimination under Federal Government Contracts.....	177
2. Übertragbarkeit auf die Bundesrepublik.....	177
a) Schaffung einer Kontrollbehörde.....	177
b) Berichtspflicht der Unternehmen	178
c) Öffentliche Auftragsvergabe als Lenkungsmittel der Sozial- politik	179
<i>Siebter Teil</i>	
Würdigung und Ausblick	
Anhang	184
I. Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).....	184
II. Wards Cove Packing Co. v. Antonio, 109 S.Ct. 2115 (1989).....	193
III. Title VII des Civil Rights Act von 1964	222
IV. Civil Rights Act von 1991.....	238
Rechtsprechung	
Literaturverzeichnis	270

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F	alte Fassung
Abs.	Absatz
AiB	Arbeit im Betrieb
Am.U.	American University
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundes-Angestelltenttarifvertrag
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT	Bundestag

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.F.R.	Code of Federal Regulations
cert.	certiori
Cir.	Circuit
Chi.	Chicago
Co.	Company
Cong.	United States Congress
Comp.L.L.	Comparative Labor Law
Contemp.Probs.	Contemporary Problems
D.C.	District of Columbia
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
Drucks.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ed.	edition
EG	Europäische Gemeinschaften
etc.	et cetera
EuroAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europa und Recht
ff.	fortfolgende
Fla.St.U.	Florida State University

FS	Festschrift
F.2d	Federal Reporter, Second Series
Ga.	Georgia
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
h.M.	herrschende Meinung
Halbs.	Halbsatz
Hous.	Houston
Harv.	Harvard
How.	Howard
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
Ill.	Illinois
Ind.	Indiana
Ind. Rel.	Industrial Relations
insb.	insbesondere
J.	Journal (in Titeln amerikanischer Zeitschriften)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
L.	Law (in Titeln amerikanischer Zeitschriften)
La.	Louisiana
Lab.	Labour
Mass.	Massachusetts
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mich.	Michigan

N.C.	North Carolina
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
N.Y.	New York
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
Pa.	Pennsylvania
Pitt.	Pittsburgh
RdA	Recht der Arbeit
Rep.	Report
Rn.	Randnummer
Ref.	Reforms
Rev.	Review (in Titeln amerikanischer Zeitschriften)
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
S.Ct.	Supreme Court Reporter
Sess.	Session
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des EuGH
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
U.	University (in Titeln amerikanischer Zeitschriften)
UCLA	University of California
Tex.	Texas
Tul.	Tulane
u.U.	unter Umständen
u.a.	und andere
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
v.	versus/vom

Va.	Virginia
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Wis.	Wisconsin
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Erster Teil

Einführung

Eine Untersuchung, die rechtsvergleichende Komponenten zwischen den U.S.A. einerseits und Europa und der Bundesrepublik andererseits im Bereich des Arbeitsrechts aufweisen soll, vermag einen Beitrag zur deutschen Rechtsforschung nur auf einem Gebiet zu leisten, in welchem die U.S.A. einen "Vorsprung" hinsichtlich Zeit und Diskussion hat. Diese Konstellation ist im Bereich des Arbeitsrechts als Sonderrecht der Arbeitnehmer selten anzutreffen. Als ein nicht auf die soziale Marktwirtschaft verpflichteter Staat haben die U.S.A. Schutzrechte für Arbeitnehmer in geringerem Maße entwickelt.

Eines der wenigen Gebiete, das eine tiefergehende Bedeutung und rechts-theoretische Diskussion in den U.S.A. im Bereich des Arbeitsrechts erfahren hat, ist das discrimination law oder genauer das equal employment law.

Die Auseinandersetzung in den U.S.A. mit der mittelbaren Diskriminierung erscheint aus verschiedenen Gründen sehr hilfreich, um das Verbot der mittelbaren Diskriminierung besser rechtlich zu durchdringen.

Es gibt viele Beispiele, in denen faktische Erscheinungen, die eine rechtliche Antwort erfordern, zunächst in den U.S.A. aufgetreten sind und später Eingang in das europäische Recht gefunden haben.¹ So ist auch die Diskussion um die Gleichberechtigung von Mann und Frau entscheidend durch entsprechende Entwicklungen in den U.S.A. beeinflußt worden, die dort eine längere Tradition haben und größere Bereiche umfassen. Die dortige Gesetzgebung sah sich schon frühzeitig gezwungen, auf das Problem von Benachteiligungen bestimmter Gruppen im Arbeitsleben zu reagieren. Die Situation der ethnischen Minderheiten, insbesondere der Schwarzen, und die Tatsache, daß in den USA erheblich mehr Frauen als in der Bundesrepublik arbeiten², haben eine längere Erfahrung in

¹ So auch Coester-Waltjen, ZRP 1982, 217, 218, die als Beispiele: Leasing, Franchising, u.a. anführt.

² Während 1970 die Frauenerwerbsquote in beiden Ländern noch etwa gleich hoch bei ca. 48 % lag, arbeiteten im Jahre 1988 in den U.S.A. 66,8 % gegenüber 54,3 % der Frauen in der Bundesrepublik, vgl. Internationale Wirtschaftszahlen 1991, hrsg. vom Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Tabelle 26.

diesem Bereich zur Folge. Die Gesetzgebung der Vereinigten Staaten beweist "eine nachdrückliche Entschlossenheit, der Diskriminierung ... mit wirksamen Mitteln Herr zu werden."³

Zum anderen ist das Institut der mittelbaren Diskriminierung 1971 in dem Rechtsstreit *Griggs v. Duke Power* vom U.S. Supreme Court⁴ "aus der Taufe gehoben" worden. Erst 10 Jahre später übernahm der EuGH unter Berufung auf den Supreme Court diese Konzeption in der Sache *Jenkins gegen Kingsgate*⁵, dem das BAG mit der *Bilka*-Entscheidung von 1986, der wiederum eine Vorabentscheidung des EuGH zugrundelag, folgte. Die europäische Rechtssprechung hat sich bei der Einführung des Institutes stark von anglo-amerikanischen Vorbildern leiten lassen.⁶

Der zeitliche Vorsprung in der amerikanischen Rechtsprechung hat eine eingehendere Auseinandersetzung in den U.S.A. mit dem Thema zur Folge, als sie sich bisher in der Bundesrepublik und in Europa entwickeln konnte.

Auch im praktischen Leben ist der Blick für mögliche mittelbare Diskriminierung in den U.S.A. geschrärfter. Von Seiten des Labor Department werden z.B. erhebliche Anstrengungen unternommen, Situationen, in denen mittelbare Diskriminierungen im Arbeitsleben auftreten, zu beseitigen. Dabei soll auch qualifizierten Frauen geholfen werden, wie die derzeitige Kampagne des Ministeriums zur Erreichung einer angemessenen Repräsentation von Frauen im oberen Management zeigt. Sie fand in dem Civil Rights Act von 1991⁷ ihren Ausdruck.⁸

Das EG-Recht erscheint auf den ersten Blick im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts noch zu dürfsig, um hinreichend Ansätze für eine wissenschaftliche

³ *Gamillscheg, FS Floretta*, 171, 176.

⁴ 401 U.S. 424.

⁵ (1981) E.C.R. 911. Der Generalanwalt zitierte in seinen Ausführungen die ersten Grundsatzentscheidungen des Supreme Courts zur mittelbaren Diskriminierung im U.S.-amerikanischen Recht: *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971) und *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977).

⁶ Vgl. Pfarr/Bertelsmann, *Gleichberechtigungsgesetz*, Rn. 192, die auf den britischen Equal Pay Act und Sex Discrimination Act hinweisen. Diese wurden wiederum unter Hinzuziehung amerikanischer Experten von der Equal Employment Opportunity Commission verabschiedet.

⁷ Title II, Sec. 201-210 des Civil Rights Act 1991.

⁸ Ebenso stehen Belohnungen für die Belegschaft bei Anwerbung eines neuen Kollegen zur Diskussion, weil dadurch regelmäßig Personen eingestellt werden, die der alten Belegschaft gleichen. Diese Politik stellt sich als ein Beförderungs- oder Einstellungshindernis für Frauen und Minoritäten dar. Vgl. *The Wall Street Journal*, 9.8.1991, B 1.

Untersuchung bieten zu können. Zumindes bis zu den Maastrichter Verträgen⁹ oblag die Regelung dieser Gebiete weitgehend den nationalen Gesetzgebern, wobei der Auslegung des EWG-Vertrages mit seinen fragmentarischen Bezügen zur Arbeits- und Sozialpolitik nur zweitrangige Bedeutung zukam¹⁰, wie es insbesondere Art. 117 EWGV zum Ausdruck bringt. Dieses Modell ist getragen von dem Gedanken, daß erst die Angleichung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der einzelnen Mitgliedstaaten eine Harmonisierung des Arbeitsrechtes nach sich ziehen kann. Die nationalen Arbeitsrechtsgesetze entstammen unterschiedlichen historischen Wurzeln und sind schwer einer einheitlichen EG-Regelung zugänglich.¹¹ Im Bereich der Gleichberechtigung von Frau und Mann hat sich von den EG-Organen vor allem der EuGH trotz der Hindernisse weit vorgewagt und ein dichtes Regelungsnetz geschaffen.¹² Seine Rechtsprechung wird insoweit berücksichtigt, als sie auf das deutsche Rechtslage Einfluß genommen hat.

Angesichts des äußerst umfangreichen Materials in den U.S.A. wird eine Darstellung der U.S.- amerikanischen Rechtsprechung und Literatur zu diesem Thema nur insoweit erfolgen, als sie dem Ziel der Rechtsvergleichung dienlich ist.¹³ Da das Thema sich zudem als vielschichtig und facettenreich erwiesen hat, wird die Untersuchung nicht in zwei Komplexe mit einem deutsch-europäischen und einem amerikanischen Teil getrennt sein. Vielmehr sollen Differenzen, Gemeinsamkeiten und vor allem neue, in Deutschland weniger bekannte Ideen jeweils in gesonderten Kapiteln aufgezeigt werden, um ein besseres Verständnis der rechtlichen Handhabung der mittelbaren Diskriminierung zu ermöglichen.

Rechtsvergleichung hat eine funktionale Aufgabe, d.h. ausgehend von demselben sozialen, faktischen Problem wird untersucht, wie verschiedene Rechtssysteme dieses zu lösen versuchen.

⁹ Die Maastrichter Verträge, insbes. das Abkommen über die Sozialpolitik, geben nunmehr der Gemeinschaft die Rechtsgrundlage, neben den nationalen Gesetzgebern Regelungen zu erlassen, und erweitern den Katalog der Zuständigkeit beträchtlich.

¹⁰ Vgl. zur Entwicklung der Sozialpolitik der EG, Bleckmann-Coen, Europarecht, Rn. 1837 ff.

¹¹ Vgl. Dötsch, Wirtschaftsrecht 1993, 400, 401.

¹² Vgl. v. Maydell, in: Soziale Grundrechte in der EG, S. 122, 128, der insofern schon von dem Bestehen eines supranationalen Arbeits- und Sozialrechts ausgeht. Vgl. auch Ellis, E.C. Sex Equality Law, p.6; Buchner, ZfA 1993, 279ff.

¹³ Soweit wie möglich sind amerikanische Quellen in die deutsche Sprache übersetzt worden; wenn jedoch dadurch der Sinn nicht korrekt wiedergegeben werden konnte, wurden sie im Original belassen. Die Zitierweise der amerikanischen Literatur wurde dem sogenannten "blue book": A Uniform System Of Citation, 15th ed., Cambridge, Mass. 1990 entnommen.