

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1460

Mittelbare Diskriminierung

**Verfassungsrechtliche Kritik
einer fragwürdigen Gleichheitskonzeption**

Von

Biljana Vrhovac



Duncker & Humblot · Berlin

BILJANA VRHOVAC

Mittelbare Diskriminierung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1460

Mittelbare Diskriminierung

Verfassungsrechtliche Kritik
einer fragwürdigen Gleichheitskonzeption

Von

Biljana Vrhovac



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
hat diese Arbeit im Jahr 2020
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18310-4 (Print)
ISBN 978-3-428-58310-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Mutter
Marija Vrhovac geb. Matić*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen.

Zugehörigkeit und Identität sind die großen Themen unserer Zeit. Verfassungsrechtlich finden sich diese Themenkomplexe vor allem unter dem Schlagwort der Gleichheit wieder. Dass ich hierzu forschen durfte, verdanke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Christian Hillgruber. Er hat mich stets ermutigt sachliche Auseinandersetzungen nicht zu scheuen. Ich danke ihm für so Vieles, was ich von ihm lernen durfte.

Für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz dafür, dass er meine ersten akademischen Schritte begleitet und gefördert hat.

Für die Promotionsförderung und für die herzlichen und hilfsbereiten Menschen, die ich dort kennenlernen durfte, danke ich dem Cusanuswerk.

Für die Gastfreundschaft im Rahmen meines Forschungsaufenthalts an der London School of Economics and Political Science danke ich Herrn Dr. Dr. Kai Möller und Herrn Dr. Jo Eric Murkens.

Mein bester Dank gilt auch meinen Freunden, die mich bedingungslos unterstützt und es mit mir immer gut gemeint haben. Ganz besonderen Dank schulde ich Marc Bäcker, Jule Becker, Fabian Gilles und Katharina Erlinghagen sowie Martin Thelen, Bianca Scraback und Niclas Höhle.

Meiner Familie bin ich in Dankbarkeit verbunden. Sie hinter mir zu wissen, war meine größte Stütze. Von ganzem Herzen danke ich meinem Verlobten Jonas Solbach für seine unermüdliche Unterstützung, seine Gelassenheit und seinen Glauben in mich.

Düsseldorf, im März 2021

Biljana Vrhovac

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
A. Kontextualisierung	17
B. Problemstellung und Erkenntnisinteresse	20
C. Ziel und Gang der Untersuchung	22
D. Entwicklungslinien höchstrichterlicher Rechtsprechung	24
I. Die Rechtsprechung des EuGH	25
1. EuGH, Rs. 43/75 (Defrenne II)	25
a) Sachverhalt	25
b) Entscheidungsgründe	26
2. EuGH, Rs. 96/80 (Jenkins)	26
a) Sachverhalt	26
b) Entscheidungsgründe	27
3. EuGH, Rs. C-79/99 (Schnorbus)	27
a) Sachverhalt	28
b) Entscheidungsgründe	28
II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	28
1. BVerfGE 85, 191 (Nacharbeitsverbot)	29
a) Sachverhalt	29
b) Entscheidungsgründe	29
2. BVerfGE 97, 35 (Hamburger Ruhegeldgesetz)	30
a) Sachverhalt	30
b) Entscheidungsgründe	31
3. BVerfGE 104, 373 (Ausschluss von Familiendoppelnamen)	31
a) Sachverhalt	31
b) Entscheidungsgründe	32
4. BVerfGE 113, 1 (Anwaltliches Versorgungswerk)	32
a) Sachverhalt	32
b) Entscheidungsgründe	33
5. BVerfGE 121, 241 (Versorgungsabschlag)	34
a) Sachverhalt	34
b) Entscheidungsgründe	35
6. BVerfGE 126, 29 (Privatisierung der Hamburger Kliniken)	36

a) Sachverhalt	36
b) Entscheidungsgründe	36
7. BVerfGE 132, 72 (Erziehungsgeld von Drittstaatsangehörigen)	37
a) Sachverhalt	37
b) Entscheidungsgründe	37
 <i>Kapitel 1</i>	
 Unions- und verfassungsrechtliche Grundlagen	39
A. Unionsrechtlicher Rahmen der mittelbaren Diskriminierung	39
I. Vorgaben des Unionsrechts	40
1. Kompetenzgrundlagen der Europäischen Union	41
2. Primärrecht	42
a) Art. 157 AEUV	42
b) Art. 19 AEUV	44
c) Grundrechtecharta der Europäischen Union	46
3. Sekundärrecht	47
a) Legaldefinition der mittelbaren Diskriminierung	48
b) Mittelbare Diskriminierung aus sekundärrechtlicher Perspektive	49
II. Rechtsprechung des EuGH	51
1. Prüfungsmethode	52
a) Abgrenzung unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	54
b) Von der Vermutungsregelung zur Diskriminierungsform	55
2. Rechtfertigungsmöglichkeiten	56
a) Prüfungsmaßstab	57
b) Prüfungskompetenz	59
III. Rechtsfolgen	61
IV. Das Unionsrecht und der verfassungsrechtliche Diskriminierungsschutz	61
1. Die Anwendungspraxis des Unionsrechts	62
a) Anwendungsvorrang des Unionsrechts	64
b) Europarechtsfreundliche und europarechtskonforme Auslegung	65
2. Anwendbarkeit nationaler Gleichheitsrechte?	66
V. Zusammenfassende Würdigung	67
B. Verfassungsrechtlicher Rahmen der mittelbaren Diskriminierung	69
I. Art. 3 Abs. 2 GG als verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt	70
1. Interpretation des Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG	72
a) Auslegung nach dem Wortlaut	72
b) Auslegung nach dem Sinn und Zweck	73

c) Historische Auslegung	74
d) Systematische Auslegung	75
2. Interpretation des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	76
a) Förderpflicht zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung ..	76
b) Das Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile	78
3. Subjektivrechtliche Reichweite des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG?	81
II. Verortung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	84
1. Auslegung nach dem Wortlaut	85
2. Auslegung „wegen“	86
a) Anknüpfungsverbot	87
b) Begründungsverbot	88
c) Gebot rechtlicher Gleichstellung	89
3. Die Binnensystematik des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	90
III. Verortung in Art. 3 Abs. 1 GG (Allgemeiner Gleichheitssatz)	92
1. Das Flexibilisierungspotenzial der „Neuen Formel“	93
2. Der Gewährleistungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 GG	94
3. Umgehung des Lex specialis Grundsatzes?	95
IV. Art. 3 Abs. 2 GG im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 1 i.V.m Art. 6 Abs. 1 GG	97
1. Familie und Kindererziehung	99
2. Erwerbstätigkeit und Steuern	101
V. Zusammenfassende Würdigung	103

Kapitel 2

Voraussetzungen und Rechtfertigungsanforderungen	106
A. Ungleichbehandlung durch Tatsachen	106
I. Gruppenzugehörigkeit	107
1. Gruppenbezogene Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG	107
2. Gruppenbezogene Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	110
II. Wen berechtigt das Verbot der mittelbaren Diskriminierung?	111
1. Verletzung von Gleichheitsrechten Anderer	114
a) Staatsangehörigkeitsrecht	115
b) Ausländerrecht	116
c) Vermittelte bzw. drittbezogene Diskriminierung	117
2. Betroffenheit in eigenen Gleichheitsrechten	118
III. Die Voraussetzungen der mittelbaren Diskriminierung auf dem Prüfstand	119
IV. Das Kriterium „neutrale Regelung“	120

V.	Das Kriterium „ungleiche Betroffenheit“	123
1.	Quantitätsanforderungen	125
a)	Vorhandensein von (statistischen) Erkenntnissen	127
b)	Fehlen von (statistischen) Erkenntnissen	128
c)	Darlegungs- und Beweislast	131
2.	Von der Beweiserleichterung zur Anwendungserweiterung	132
VI.	Maßstabs- und Vergleichsgruppenbildung	133
1.	Ergebnisorientierte Vergleichsgruppenbildung	134
2.	Gleicher Fall, ungleiche Rechtsschutzmöglichkeiten	138
VII.	Zurechenbarkeit der mittelbaren Diskriminierung	140
1.	Gleichheitsrelevanz von individueller Freiheitsausübung	140
2.	Zurechnung der Folgen individueller Freiheitsausübung	144
VIII.	Erforderlichkeit zusätzlicher einschränkender Kriterien	147
1.	Diskriminierungsabsicht	148
2.	Beschaffenheit des neutralen Merkmals	150
IX.	Zusammenfassende Würdigung	153
B.	Die Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung	154
I.	Rechtfertigungsanforderungen im Einzelnen	155
1.	Sachlicher Grund	156
2.	Güter von Verfassungsrang	158
3.	Vollumfängliche Wirksamkeit und Betroffenenschutz	160
a)	Effektivitätsprämissen	160
b)	Das Argument der Betroffenensicht	163
c)	Lebenswirklichkeit als Auslegungsauftrag	165
4.	Begrenzungsfunktion der Rechtfertigungsprüfung	165
5.	Mehrachtdiskriminierung	167
II.	Rechtsfolgen	169
1.	Für die Vergangenheit	169
2.	Für die Zukunft	170
C.	Kritische Würdigung	171

Kapitel 3

	Verfassungsrechtliche Problemstellungen	174
A.	Faktizität und Verfassungsbindung	174
I.	Mittelbare Diskriminierung als Spiegel fremdstaatlicher Rechtvorstellungen ..	177
II.	Die Funktion der mittelbaren Diskriminierung	179

III.	Der Diskriminierungsbegriff der mittelbaren Diskriminierung	179
B.	Mittelbare Diskriminierung aus Gewaltenteilungsperspektive	181
I.	Auslegungs- und Entscheidungsspielräume	182
1.	Legislative	183
a)	Gestaltungs- und Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers	184
b)	Begründungslast des Gesetzgebers	185
c)	Gleichstellungsorientierte Folgenabschätzung	187
2.	Exekutive	190
a)	Behördliche Auswahlentscheidungen	190
b)	Mittelbare Diskriminierung im Normvollzug	193
3.	Judikative	196
II.	Mittelbare Diskriminierung in der Zeit	197
III.	Begründungs- und Wirkungsneutralität im Recht	199
1.	Spannungsverhältnis zwischen Rechts- und Ergebnisgleichheit	201
2.	Mittelbare Diskriminierung durch Gleichbehandlung?	204
3.	Gleichheitskonzepte	205
a)	Das Konzept der formellen Gleichheit	207
b)	Das Konzept der materiellen Gleichheit	210
IV.	Grenzen verfassungsrichterrechtlicher Rechtsfortbildung	212
C.	Das Konzept „positiver“ mittelbarer Diskriminierung	214
I.	Mittelbare Fördermaßnahmen	216
II.	Geschlechtsneutralität von Frauenfördermaßnahmen	218
D.	Kritische Würdigung	219
 Schlussbetrachtung		221
A.	Rechtspolitische Bewertung	221
B.	Familie und Geschlecht	223
C.	Fazit	225
D.	Ausblick	228
E.	Zusammenfassung in Thesen	231
 Literatur		235
Sachwortverzeichnis		250

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
ATDG	Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Az.	Aktenzeichen
AZO	Arbeitszeitordnung
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeamtVG	Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BLJ	Bucerius Law Journal
BPolG	Bundespolizeigesetz
Bt-Drs.	Bundestagdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DAV	Deutscher Anwaltverein
d. h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung über die Europäische Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU GRCh	Grundrechtecharta der Europäischen Union

EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
ex-Art.	Ehemaliger Artikel
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GG	Grundgesetz
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GO BT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
HGlG	Hessisches Gleichberechtigungsgesetz
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
insb.	insbesondere
i.S.d	im Sinne des
i.V.m	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jh. v. Chr.	Jahrhundert vor Christus
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
KJ	Kritische Justiz
lit.	Buchstabe
m	Meter
MINT	Mathematik, Informatik, Naturwissenschaft, Technik
MüKO BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVWZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pkw	Personenkraftwagen
RdA	Recht der Arbeit
RhPf	Rheinland-Pfalz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung

S.	Satz
S.	Seite
SchulG	Schulgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung
Urt.	Urteil
U.S.	United States (Vereinigte Staaten)
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
usw.	und so weiter
v.	vom, von
VersAusglG	Gesetz über den Versorgungsausgleich
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
v. H.	von Hundert
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

Einführung

A. Kontextualisierung

In der hiesigen Rechtsordnung finden sich nur sehr wenige Rechtsnormen, die explizit an das Geschlecht anknüpfen. Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, wie sie Art. 3 Abs. 2 GG anordnet, müsste daher bereits der Lebenswirklichkeit entsprechen. Doch wird geltend gemacht, dass trotz der Rechtsgleichheit von Mann und Frau eine strukturelle Benachteiligung von Frauen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorherrsche,¹ die mit verfassungsrechtlichen Mitteln bekämpft werden könnte. Dabei wird von der Prämissen ausgegangen, dass Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau gewährleisten, auch wenn dies dem Verfassungstext nicht explizit zu entnehmen ist.

Wird die Debatte um die Gleichstellung der Frau betrachtet, sind zwei Diskussionsschwerpunkte auszumachen: Zum einen die Zulässigkeit von gezielten Maßnahmen der Frauenförderung und zum anderen die Zulässigkeit von Vorschriften und Maßnahmen, die zwar nicht nach dem Geschlecht differenzieren, sich aber trotzdem überwiegend nachteilig auf Frauen auswirken.² Gezielte Maßnahmen der Frauenförderung, insbesondere die „Frauenquote“, konnten in dieser Debatte großen Raum einnehmen,³ weil sie im Konflikt mit dem hergebrachten formellen Gleichheitsverständnis des Grundgesetzes stehen, wonach Männer und Frauen „genau gleich“ zu behandeln sind.⁴ Die mittelbare Diskriminierung hat in der nationalen Diskussion vergleichsweise eine untergeordnete Rolle gespielt,⁵ weil einschlägige Fälle unionsrechtlich entschieden wurden.⁶ Das erklärt auch,

¹ Pieroth, JURA 2019, 687, 690.

² Stampe, Das Verbot der indirekten Diskriminierung wegen des Geschlechts, S. 8.

³ Exemplarisch Pfarr, Quoten und Grundgesetz, insb. S. 201 ff.; Maidowski, Umgekehrte Diskriminierung, S. 102 ff.; die Vermengung von mittelbarer Diskriminierung und positiver Diskriminierung (Frauenfördermaßnahmen) wird als Grund dafür genannt, dass sich bezogen auf indirekte Benachteiligungsformen die „deutsche Dogmatik im Gestüpp der Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG, zwischen Differenzierungs- und Dominierungsverbot“ verfangen zu haben scheint, Richter, in: HGR V, § 126, Rn. 75; dabei wird das materielle Gleichheitsverständnis als gemeinsame Basis beider Konzepte ausgeblendet. Sowohl die mittelbare Diskriminierung als auch die positive Diskriminierung setzen auf „Substanz über Form“. Damit haben die mittelbare und die positive Diskriminierung denselben Ausgangspunkt, Tobler, Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung, S. 59; zum Zusammenhang von mittelbarer Diskriminierung und positiver Diskriminierung, Steding, Chancengleichheit und Quote, S. 169 ff.

⁴ Richter, in: HGR V, § 126, Rn. 6.

⁵ Ähnlich Richter, in: HGR V, § 126, Rn. 33.

⁶ Grundlegend Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, S. 17 ff.

dass die Rechtsfigur zunächst im Unionsrecht entwickelt wurde und von dort in das nationale Recht „eingewandert“ ist.

Nach dem Bundesverfassungsgericht liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn „eine geschlechtsneutral formulierte Regelung im Ergebnis überwiegend Angehörige eines Geschlechts, etwa Frauen, betrifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen“ und hinreichende sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung nicht ersichtlich sind.⁷ Nach dem Bundesverfassungsgericht ist mittelbare Diskriminierung daher eine Ungleichbehandlung, bei der „vom Gesetzgeber gewählte, durch Art. 3 Abs. 3 nicht verbotene sachliche Anknüpfungspunkte in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft, oder die differenzierende Regelung sich weitgehend nur auf eine Gruppe im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirkt, deren Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 strikt verboten ist.“⁸ Die mittelbare Diskriminierung hat meist gesellschaftliche, d.h. faktische Gründe, weshalb sie auch als faktische Diskriminierung bezeichnet wird,⁹ wobei diese Begrifflichkeit umstritten ist.¹⁰ Da die nur mittelbare Diskriminierung ihre Wurzeln im faktisch-gesellschaftlichen Bereich hat, ist stets ein konkretes staatlich zurechenbares Verhalten zu fordern. Dieses staatliche Verhalten muss die aus dem faktisch-gesellschaftlichen Bereich herrührende mittelbare Diskriminierung verstärken, um rechtfertigungsbedürftig zu sein.¹¹

Mittelbare Diskriminierung meint aber nicht indirekt herbeigeführte Nachteile. Es betrifft also nicht solche Regelungen, die Dritte dazu veranlassen, einen Merkmalsträger zu diskriminieren.¹²

⁷ BVerfGE 104, 373, 393; 113, 1, 20; 121, 242, 254 ff.; zu den Rechtfertigungsanforderungen der mittelbaren Diskriminierung siehe unten, unter Kapitel 2, B. (S. 154 ff.).

⁸ BVerfGE 121, 241, 254 f.; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG Art. 3, Rn. 58.

⁹ *Richter*, in: HGR V, § 126, Rn. 71; zu der Begrifflichkeit der „faktischen Diskriminierung“ im Unionsrecht *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 230 f.; auch das BVerfG scheint mittelbare und faktische Diskriminierung als Synonym zu verwenden, BVerfG, Urt. des Ersten Senats v. 26. 05. 2020 – 1 BvL 5/18, Rn. 68.

¹⁰ Als unumstrittene, synonome Bezeichnung für die mittelbare Diskriminierung wird der Begriff der „indirekten Diskriminierung“ verwendet.

¹¹ *Richter*, in: HGR V, § 126, Rn. 71.

¹² Regelungen, die etwa bei der Mutterschaft einer Arbeitnehmerin eine Zahlungspflicht begründen und dadurch dazu führen könnten, dass weniger Frauen eingestellt werden, unterfallen trotz ihrer potenziell mittelbaren Wirkung nicht dem Konzept der mittelbaren Diskriminierung, *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3, Rn. 188.1; BVerfGE 109, 64, 90 ff.; dazu *Langenfeld*, DVBl 2010, 1019, 1024. Es ist davon auszugehen, dass auch Regelungen, die indirekt dazu veranlassen, eine bestimmte Gruppe von Merkmalsträgern zu bevorzugen, um den Verdacht der Diskriminierung vorsorglich zu begegnen, keine mittelbare Diskriminierung darstellen. Allerdings ist dieser Fall mangels Anwendungsbeispiel kaum diskutiert. Hierzu lediglich, *Bayreuter*, der diese Konstellation als mögliche Auswirkung des Statistikbeweises behandelt, *Bayreuter*, NJW 2008, 806, 808.

Abzugrenzen ist die mittelbare Diskriminierung ferner von der unmittelbaren Diskriminierung. Die unmittelbare (oder direkte) Diskriminierung erfasst im Gegensatz zur mittelbaren Diskriminierung jede staatlich zurechenbare Maßnahme, die unmittelbar an das Geschlecht anknüpft und daher aufgrund des Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt. Jede objektiv feststellbare Benachteiligung oder Bevorzugung reicht aus, auch wenn diese nur geringfügig ist.¹³

Während in den USA die Leitkategorie zur mittelbaren Diskriminierung aus historischen Gründen die Rasse ist, betrifft die hiesige Rechtsprechung vor allem das Merkmal des Geschlechts.¹⁴ Die europäische und nationale Rechtsprechung beziehen sich vornehmlich auf die (vermeintlich) mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben.¹⁵ Als Gegenstand einer kritischen Analyse des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung eignet sich daher die Geschlechterdiskriminierung in besonderer Weise¹⁶ und soll auch den Schwerpunkt dieser Dissertation bilden. Weil aber das Rechtsinstitut der mittelbaren Diskriminierung konzeptionell beleuchtet wird, kann die Auseinandersetzung mit den weiteren Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht gänzlich ausgespart werden.¹⁷ Zwar findet die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im europäischen Kontext ihren Hauptanwendungsfall in der Kategorie des Geschlechts, was gleichsam auf historische Verhältnisse zurückgeht, doch sind Bestrebungen, das Konzept der mittelbaren Diskriminierung auf alle Merkmale des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu erstrecken und in ihrer Reichweite fortzuentwickeln, deutlich erkennbar. Eine Auseinandersetzung mit den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, wie Religion oder Rasse, erfolgt jedoch nur, soweit sie für die konzeptionelle Analyse der mittelbaren Diskriminierung relevant ist.

¹³ Definition nach *Richter*, in: HGR V, § 126, Rn. 47.

¹⁴ *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, § 5 C. II. 2. b. im Erscheinen.

¹⁵ *Fehling*, Mittelbare Diskriminierung und Art. 3 (Abs. 3) GG, in: FS Württemberger, S. 669, 669; die Arbeitswelt zu Recht als Achillesferse der gesellschaftlichen Gleichberechtigungsdiskussion bezeichnend, *Di Fabio*, AöR 122 (1997), 404, 414 f.; wobei inzwischen auch das Bildungs- und Hochschulwesen unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung problematisiert werden, *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechekommentar, Art. 3, Rn. 93 aE.

¹⁶ Das BVerfG hat das sog. dritte Geschlecht als Ausfluss der geschlechtlichen Identität aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG anerkannt und festgestellt, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auch Menschen schützt, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, BVerfGE 147, 1, 27. Dies sind neuere Entwicklungen, die noch keine Rechtsprechungsfälle aufgrund einer potenziellen mittelbaren Diskriminierung wegen des dritten Geschlechts hervorgebracht haben. Aus diesem Grund und wegen des Wortlauts des Art. 3 Abs. 2 GG geht diese Arbeit von einem bipolaren Geschlechterverhältnis aus.

¹⁷ Das Merkmal der Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG wird wegen seiner Besonderheiten weitestgehend aus der Betrachtung ausgeschlossen.