

Debatten

Johanna Wenckebach

„Bis unter den Vorstand, überhaupt kein Thema“¹

Der Nachweis einer gläsernen Decke im Antidiskriminierungsprozess

„Tatsächlich gibt es jedoch eine verdeckte Diskriminierung von Frauen in Deutschland, der sich auch die Rechtsprechung stellen muss.“

(LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 26.11.2008 - 15 Sa 517/08)

Aus zahlreichen Untersuchungen ist bekannt, wie verschwindend gering der Anteil von Frauen in Führungspositionen in der deutschen Privatwirtschaft ist. Die Politik nimmt sich dieses Problems mit einer Neuauflage der Diskussion um Frauenquoten in Aufsichtsräten an. Zeitgleich beschäftigt sich die Arbeitsgerichtsbarkeit anlässlich eines wichtigen Präzedenzfalles mit einer für die Wirkung bereits bestehender Diskriminierungsverbote entscheidenden Frage: Es geht darum, welche Anforderungen an die Beweislast der KlägerInnen zu stellen sind, die Rechtsschutz gegen geschlechtsbezogene Diskriminierungen beim beruflichen Aufstieg geltend machen. Dieser Text setzt sich kritisch mit der zurückhaltenden Position des Bundesarbeitsgerichts auseinander.

1. Der aktuelle Beispielsfall

Nach einer Zurückverweisung des BAG² wird nun erneut³ das LAG Berlin-Brandenburg über die Klage einer Personalleiterin entscheiden, die das Bestehen einer so genannten „gläsernen Decke“ geltend macht zwischen der Hierarchieebene, auf der sie tätig ist, und der Ebene, auf die ein männlicher Kollege befördert wurde. Die Klägerin vermutet in dem beklagten Unternehmen eine regelhafte Benachteiligung von Frauen bei der Beförderung auf Führungspositionen der höchsten Verantwortungsebenen. Als Indiz dafür benennt sie vor allem die Personaldaten ihres Arbeitgebers.

Geschlechterverhältnisse im außertariflichen Bereich des beklagten Unternehmens zum Zeitpunkt der strittigen Personalentscheidung:

1 Zitat aus einem Interview mit einer männlichen Führungsperson im Rahmen einer qualitativen Studie des sinus-Instituts im Auftrag des BMFSFJ, Frauen in Führungspositionen, S. 49; abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationen,did=134254.html> (abgerufen am 21.9.2011).

2 BAG v. 22.7.2010 - 8 AZR 1012/08 - NZA 2011, 93 ff.

3 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 26.11.2008 - 15 Sa 517/08 - STREIT 2009, 23 ff.

Ebene	Männer	Frauen	Gesamt
1: Vorstand	3	-	3
2: Direktoren	15	-	15
3: Bezirksdirektoren	9	-	9
4: Abteilungsdirektor_innen	8	4	12
5: stellvertr. Bezirksdirektor_innen	3	1	4
6: Abteilungsleiter_innen	12	19	31
7: Fachreferent_innen	2	3	5
8: Fachjurist_innen	6	1	7
9: Sonstige AT-Mitarbeiter_innen	34	24	58
Gesamt	92	52	144
Gesamtbelegschaft in %	31	69	

Die ersten drei Ebenen wurden seit 1976 nicht mehr von einer Frau besetzt. Der Aufsichtsrat des Unternehmens bestand zur Zeit der Beförderungsentscheidung aus zwei Frauen und 19 Männern.

Anfang 2006 teilte der damalige Personaldirektor Dr. Mü. der Klägerin mit, er werde in Zukunft als Personalleiter ausscheiden und der neu gegründeten Rechtsabteilung vorstehen und hielte für seine Nachfolge Herrn R. oder einen Externen für geeignet. Herr R. war bei der Leitung der Personalverwaltung mit den gleichen Aufgaben betraut wie die Klägerin. Im Zuge einer anderen Personalentscheidung im Jahr 2005 hatte Dr. Mü. gegenüber der Klägerin bezüglich eines damaligen Vorstandsmitglieds geäußert: „Sie kennen ja Herrn K., der will halt keine Frauen“. Auf die Bedeutung dieser Aussage als Indiz einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung ist insbesondere aus Sicht des BAG genauer einzugehen.⁴

Am 9.12.2006 erfuhr die Klägerin von Dr. Mü., dass ihr Kollege Herr R. sein Nachfolger werden solle. Daraufhin bat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin den Vorstand um eine Klarstellung, wie sich in Zukunft die Stellung der Klägerin in der Betriebshierarchie und ihre Befugnisse gestalten würden. Per Aushang im Unternehmen wurde dann mitgeteilt, Herr R. übernehme die Personalleitung. Die Klägerin empfand dieses Vorgehen als betriebsöffentliche Erniedrigung. Mit Schreiben vom 17.12.2006 wies sie gegenüber dem Vorstand darauf hin, dass sie eine frauenspezifische Benachteiligung bei der Beförderungsentscheidung sehe. Herr R. äußerte kurz danach gegenüber der Klägerin, sie solle sich überlegen, wie sie ihre berufliche Zukunft sehe. Vom Vorstand erhielt sie ein Schreiben u.a. mit der Aufforderung, zukünftig ihren arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nachzukommen und den Weisungen ihres Vorgesetzten, Herrn R., zu folgen. Im Zuge einer Konferenz am 11.4.2007 erwidert Herr R. den Gruß der Klägerin nicht und äußert stattdessen: „Was wollen Sie denn hier? Wer hat Sie denn eingeladen? Ich hätte sie nicht eingeladen.“

4 Siehe unten 3.b) (4).

Die Klägerin wendet sich am 4. Mai 2007 wegen geschlechtsbezogener Benachteiligung an das Arbeitsgericht. Sie macht die Vergütungsdivergenz zu der Direktorenstelle geltend und verlangt Ersatz immaterieller Schäden wegen Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte. Im Zuge der außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen äußert Dr. Mü. gegenüber der Klägerin, sie solle sich überlegen, ob sie einen längeren Prozess körperlich und seelisch durchstehe.

2. Rechtsgrundlagen

a) Schadensersatzanspruch wegen Benachteiligung beim beruflichen Aufstieg

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verbietet Benachteiligungen u.a. aufgrund des Geschlechts, § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG. Bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot ist ein Schadensersatzanspruch in § 15 Abs. 1 AGG vorgesehen, immaterielle Schäden aufgrund verletzter Persönlichkeitsrechte sind gem. § 15 Abs. 2 AGG zu ersetzen.⁵ Anwendbar ist das Benachteiligungsverbot gem. § 6 AGG sowohl auf ArbeitnehmerInnen als auch auf wirtschaftlich unselbstständige „arbeitnehmerähnliche“ Personen. Werden Beschäftigte bei der Übertragung von verantwortungsvolleren oder besser bezahlter Tätigkeiten übergangen, so handelt es sich um eine „weniger günstige Behandlung“, also eine Benachteiligung im Sinne von § 7 Abs. 1 AGG. Dabei kommt es nicht darauf an, ob KlägerInnen sich tatsächlich auf die jeweilige Stelle beworben haben – Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot kommen nämlich auch in Betracht, wenn Beförderungsentscheidungen ohne vorherige Ausschreibung der Stelle getroffen werden.⁶

Verdeckte Benachteiligungen sind nicht zwangsläufig mittelbare Diskriminierungen im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG. Vielmehr kommt es in Abgrenzung zu direkten Diskriminierungen darauf an, ob bei der Auswahlentscheidung ein scheinbar geschlechtsneutrales Kriterium verwendet wird, dass faktisch jedoch von Frauen wesentlich seltener erfüllt werden kann.⁷ Bei Beförderungen ist somit bei Auswahlkriterien wie erhöhter Flexibilität, Versetzungsbereitschaft und Dauer des Dienstalters und der Beschäftigungszeiten zu überprüfen, ob Frauen diese Voraussetzungen schlechter erfüllen können als Männer.⁸ Unmittelbare Bedeutung des Merkmals „Geschlecht“ bei einer Auswahlentscheidung ist demgegenüber gegeben, wenn das Geschlecht – oder vielmehr: mit dem weiblichen Geschlecht verbundene Stereotype⁹ – zumindest als Teil eines Motivbündels eine Rolle gespielt haben.¹⁰ Die Voraussetzung, den „Merkmalsbezug“ und damit im Falle direkter Diskriminierungen die Motive einer Benachteiligung zu beweisen, macht die Bedeutung der in § 22 AGG vorgesehenen Beweislasteasenerleichterung für die Effizienz des Rechtsschutzes deutlich.

5 Auf die Problematik der Berechnung des Schadensersatzumfangs, die in diesem Fall ebenfalls von Bedeutung ist, soll hier nicht eingegangen werden. Siehe dazu HK-AGG-Deinert, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 33 ff.; zum besprochenen Fall Benecke, Der Betrieb 2011, 936 ff.

6 BAG (Fn. 2) Rn. 52.

7 Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 73; Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 18.

8 Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 283 ff.; vgl. auch zur Problematik des Kriteriums „längere Berufserfahrung“ in traditionellen Männerberufen BVerfG v.16.1.1993 - 1 BvR 258/86 - NZA 1994, 746.

9 Vgl. Kocher, KJ 2009, 388 ff.

10 HK-AGG-Bertzbach, § 22 Rn. 39; Schiek-Kocher, AGG, § 22 Rn. 18; Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 1. Aufl. 2008, § 3 Rn. 7.

Gesetzliche Diskriminierungsverbote, die vorwiegend durch individuelle Klagen betroffener Personen durchzusetzen sind und auf finanzielle Kompensation einzelner Betroffener statt strukturelle Veränderungen gerichtet sind, können unter anderem deshalb in ihrer Wirkkraft bezweifelt werden, weil sie die Durchsetzung von Gleichbehandlungsrechten stets vom Vorhandensein von Beweisen abhängig machen.¹² Gesetzlicher Diskriminierungsschutz ist zweifelsohne sinnlos, wenn er vor allem zu einer besseren Tarnung diskriminierender Praktiken führt.¹³

Abgesehen von Beweisschwierigkeiten halten zudem gerade im Arbeitsrecht weitere Hürden die Betroffenen von Klagen ab.¹⁴ Während bestehender Arbeitsverhältnisse wird aus Angst vor negativen Folgen, insbesondere dem Verlust des Arbeitsplatzes, kaum geklagt.¹⁵ In wirtschaftlichen „Krisenzeiten“ ist diese Angst sicherlich umso größer. Außerdem – dies zeigt auch der hier besprochene Fall – kann es durch Antidiskriminierungsprozesse zu Anfeindungen durch den Arbeitgeber kommen. In Schriftsätzen werden oftmals die fachlichen Fähigkeiten der Betroffenen angezweifelt.¹⁶ Letztlich können sich, falls das Arbeitsverhältnis beim bisherigen Arbeitgeber nicht fortgesetzt wird, die Arbeitsmarktchancen durch einen Diskriminierungsschutzprozess verschlechtern, denn aufgrund der großen Medienwirksamkeit solcher Klagen können auch potentielle neue Arbeitgeber oftmals noch Jahre später feststellen, dass gerichtlich gegen den vorherigen Arbeitgeber vorgegangen wurde.¹⁷

Die im AGG vorgesehene zweistufige Beweislastverteilung trägt dem Umstand Rechnung, dass diskriminierende Motive in den seltensten Fällen¹⁸ offengelegt werden. Zudem sind aufgrund typischer „Informationsasymmetrie“¹⁹ die meisten der erforderlichen Daten den KlägerInnen nicht zugänglich. Deshalb muss die Klägerseite gemäß § 22 AGG im Prozess auf der ersten Stufe nur Indizien glaubhaft machen, die das Vorliegen einer Diskriminierung bei der Beförderung vermuten lassen. An diese Vermutungsvoraussetzungen ist kein zu strenger Maßstab anzulegen: Nicht erforderlich ist, dass sich aus den vorgetragenen Tatsachen ein zwingender Schluss auf eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts ergibt; vielmehr reicht es aus, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung hierfür eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht.²⁰ Hier gilt der Grundsatz der freien Überzeugung des Tatsachengerichts gemäß § 286 Abs. 1 ZPO.

In der antidiskriminierungsrechtlich erfahrenen englischen Rechtsprechung wird seitens der Gerichte selbst die Wichtigkeit richterlicher Bereitschaft betont, auf der ersten Stufe der Beweislastverteilung von Indizien auf das Vorliegen einer

11 Nickel, Gleichheit, S. 177, zitiert nach Rust/Falke, AGG, 1. Auf. 2007, § 22 Rn. 1.

12 Townshend-Smith, Discrimination Law, 1998, S. 78; Fredman, Discrimination Law, 2002, S. 122; HK-AGG-Blanke/Graue, Einleitung, Rn. 232 ff.

13 Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 35.

14 Empirische Nachweise bei Höland, ArbuR 2010, 452 ff.

15 Däubler, ArbuR 2010, 147.

16 Höland (Fn. 14), S. 456, beschreibt es in diesem Zusammenhang als Klagehindernis, dass, wer arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nimmt, sich quasi selbst zum Klagegegenstand macht.

17 Meyer-Krey, AiB plus 2/2009, 22.

18 Zu einem Beispiel offener rassistischer Diskriminierung aus der aktuellen Rechtsprechung Wenckeback, ArbuR 2010, 499 ff.

19 Schiek-Kocher, AGG, § 22 Rn. 1.

20 Kocher (Fn. 19), § 22 Rn. 16; Rust/Falke (Fn. 11), § 22 Rn. 43 ff.; Stein (Fn. 10), § 2 Rn. 61; BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 – EzA AGG § 15 Nr. 6; BAG NZA 2011, 98 (Rn. 66).

Diskriminierung zu schließen.²¹ Das durch das Gemeinschaftsrecht vorgegebene Ziel, eine Erleichterung für die prozessualen Anforderungen der klagenden Partei zu erreichen,²² kann sicherlich nur mithilfe dieser Bereitschaft erreicht werden. Auf der zweiten Stufe dann trifft den Arbeitgeber die Obliegenheit, sich hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen Diskriminierungsmerkmal und Benachteiligung zu entlasten.²³ Wenn § 22 AGG mit dieser Beweislastverteilung also den Rechtsschutz gegen Diskriminierungen erst effektiv macht, so geht es bei dieser Norm und ihrer Anwendung durch die Gerichte auch um die Umsetzung staatlicher Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG.²⁴ Doch angesichts des hier besprochenen Falles erscheint es fraglich, ob die in § 22 AGG gewählte Lösung diesen Schutzpflichten ausreichend Rechnung trägt.

So könnte im Fallbeispiel zwar die Statistik zu den Geschlechterverhältnissen auf den Hierarchieebenen oberhalb der gläsernen Decke als Indiz dafür gewertet werden, dass im beklagten Unternehmen eine ungeschriebene Regel besteht, nach der Bewerberinnen grundsätzlich für weniger geeignet für Spitzenpositionen gehalten werden. Dann würde also auf der ersten Stufe der Beweislast von diesen über den Einzelfall der Klägerin hinausgehenden Daten auf ein diskriminierendes Motiv des Arbeitgebers geschlossen, das auch für die Benachteiligung der Klägerin mitursächlich war.²⁵ Doch bei den Gerichten besteht Unsicherheit, welche Anforderungen an den Indizienbeweis durch statistische Daten zu stellen sind.

c) Statistische Daten als Indiz - Vorgaben der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG und des EuGH

Grundsätzlich kommen Statistiken als Indizien – sowohl für mittelbare als auch für unmittelbare Geschlechtsdiskriminierungen – infrage.²⁶ Für den Bereich mittelbarer Diskriminierungen wurden ursprünglich im englischen Recht sogar statistische Nachweise einer überproportionalen Benachteiligung von Beschäftigten mit dem jeweiligen Diskriminierungsmerkmal für zwingend notwendig gehalten.²⁷ Diese strenge Anforderung ist aber aufgrund des jüngeren Gemeinschaftsrechts überholt. Mit Hinweis auf die bessere praktische Handhabung des mittelbaren Diskriminierungsverbots, aber auch auf den Wortlaut des Erwägungsgrundes (15) in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG,²⁸ wird auch in der aktuellen Literatur zum AGG ganz überwiegend vertreten, dass zu strenge Anforderungen

21 Khanna v Ministry of Defence [1981] IRLR 331, 332 (EAT); King v Great Britain China Centre [1991] IRLR 513, 518; Glasgow City Council v Zafar [1998] IRLR 36 (HoL); Igen v Wong [2005] IRLR 258, 269 (CA); Zum entspr. englischen Antidiskriminierungsrecht vgl. auch Townshend-Smith (Fn. 12), 159 ff.

22 HK-AGG-Bertzbach, § 22 Rn. 6; Kocher (Fn. 19), § 22 Rn. 14; Potz, ZESAR 2008, S. 500; Falke (Fn. 10), § 22 Rn. 8.

23 Falke (Fn. 11), § 22 Rn. 79; Kocher (Fn. 19), § 22 Rn. 51. Im Falle mittelbarer Diskriminierung müssten Arbeitgeber auf dieser Stufe dann offenlegen, welche Auswahlkriterien als Grundlage der Aufstiegsentscheidung herangezogen wurden; Pfarr/Bertelsmann (Fn. 8), S. 283. In einem vom LAG München entschiedenen Fall zur Diskriminierung bei Beförderungen machte der Arbeitgeber beispielsweise geltend, nach einer Standortverlagerung wären weniger Frauen bereit gewesen, umzuziehen; LAG München v. 7.8.2008 - 3 Sa 1112/07; siehe dazu Wendeling-Schröder, in: FS Heide Pfarr, 2010, S. 167.

24 Kocher (Fn. 19), § 22 Rn. 7.

25 Es geht somit um die vollständige Abwesenheit von Frauen in Spitzenpositionen als Indiz, so dass sich die Frage nach einer Bezugsgröße für die Unterrepräsentanz von Frauen im beklagten Unternehmen nicht stellt. A.A. Wendeling-Schröder (Fn. 23), S. 165.

26 Benecke, Der Betrieb 2011, 934 ff.

27 Price v Civil Service Commission [1977] 1 WLR 1417, 1421 (EAT).

28 Demnach obliegt die Beurteilung, ob eine Diskriminierung vorliegt, den nationalen Gerichten - unter Geltung einzelstaatlicher Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten; insbesondere kann vorgesehen sein, dass mittelbare Diskriminierung mit Mitteln statistischer Beweise festzustellen ist.

an die Notwendigkeit statistischer Nachweise keinesfalls gestellt werden sollten.²⁹ Dies sei, so betont nun auch das BAG, nicht auf den Tatbestand mittelbarer Diskriminierungen begrenzt.³⁰

Das Argument schwieriger Handhabung statistischer Beweise in der Praxis gilt sicherlich umso mehr für Diskriminierungsmerkmale wie der sexuellen Orientierung oder den Bereich rassistischer Diskriminierung, wo statistische Daten schwerlich zu erlangen sind und ihre Erhebung im Hinblick auf Stigmatisierungen problematisch ist.³¹ Andererseits sind es eben oftmals Statistiken, anhand derer strukturelle Benachteiligungen sichtbar werden.³² Der statistische Vergleich soll dabei nicht etwa ein schematisches Gleichheitskonzept verwirklichen, sondern die Beweisführung erleichtern.³³

Der EuGH, der Statistiken ausdrücklich als Indizienbeweis zulässt,³⁴ macht vor allem die Vorgabe, Statistiken dürften nicht bloß Spiegel konjunktureller Schwankungen sein. Im Übrigen überlässt er die Beurteilung der Aussagekraft eingebrachter Statistiken ausdrücklich den nationalen Gerichten.³⁵

3. Die Rechtsprechung im Präzedenzfall

a) Das LAG Berlin-Brandenburg

Das LAG Berlin-Brandenburg wertete die von der Klägerin vorgetragene Statistik (s.o.1.) als Indiz für eine geschlechtsbezogene Benachteiligung bei der Beförderung. Damit oblag es dem Arbeitgeber, sich bezüglich eines diskriminierenden Motivs zu entlasten. Das LAG hielt sich bezüglich des Entlastungsbeweises an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der Arbeitgeber auf dieser Stufe nur solche Tatsachen zur Rechtfertigung vortragen können, die zuvor in der Ausschreibung oder einem Auswahlverfahren formuliert wurden.³⁶ Anderenfalls könnten aufgrund der Wahlfreiheit des Arbeitgebers bei der Festlegung von Auswahlkriterien stets im Nachhinein rechtfertigende Erklärungen abgegeben werden, und die Auswahlentscheidung würde im Grunde unangreifbar. Nachträglich geltend gemachte Kriterien können deshalb nur im Falle besonderer Umstände anerkannt werden, aus denen sich ergibt, dass es sich nicht um bloß vorgeschobene Gründe handelt.³⁷

Da der Beklagte über die Beförderung der Klägerin rein intern entschieden hatte, waren für das LAG keine sachlichen Gründe für die Personalauswahl zum Management ersichtlich, und es ließ mangels erforderlicher Umstände dafür auch ein Nachschieben von Gründen nicht zu. Es wies mit Recht darauf hin, dass Arbeitgeber in ihren Entscheidungen zum beruflichen Aufstieg völlig frei blieben, jedoch durch das AGG angehalten seien, die Kriterien zu dokumentieren.

29 HK-AGG-Schrader/Schubert, § 3 Rn. 50; KDZ-Däubler, 8. Aufl. 2010, § 242 BGB Rn. 65; Feldhoff, ZESAR 2008, 513; Schiek (Fn. 7), § 3 Rn. 24; Kocher (Fn. 19), § 22 Rn. 1; Stein (Fn. 10), § 3 Rn. 24; Schleusener u.a. (Fn. 7), § 3 Rn. 52 ff.; ErfK-Schlachter, 11. Aufl. 2011, § 3 AGG Rn. 8; schon in Bezug auf § 611a BGB a.F. Pfarr/Bertelsmann (Fn. 8), Rn. 224; a.A. Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 25.

30 BAG NZA 2011, 99 (Rn. 68); zustimmend Wendeling-Schröder (Fn. 23), S. 164.

31 Schiek, ArbuR 2003, 47; Feldhoff, ZESAR 2008, 512.

32 Schiek/Waddington/Bell (Hrsg.), Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, 2007, S.398, 474.

33 ErfK-Schlachter, 11. Aufl. 2011, Art. 141 EGV Rn. 15.

34 EuGH v.13.01.2004 (Allonby) - C-256/01 - Rn. 81.

35 EuGH v.27.10.1993 (Enderby) - C-127/92 - Rn. 17; vom 9. Februar 1999 (Seymour-Smith) - C-167/97 - Rn. 62.

36 BVerfG (Fn. 8), NZA 1994, 746.

37 BVerfG NZA 1994, 746. Das Gericht benennt beispielhaft eine Änderung der Aufgaben und somit des Anforderungsprofils im Zuge des Bewerbungsverfahrens.

So wird auch im Schrifttum zum AGG argumentiert.³⁸ Als völlig ungeeignete Bewerberin für die Stelle könne die Klägerin zudem jedenfalls nicht angesehen werden.³⁹

Das LAG bejahte somit einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot beim beruflichen Aufstieg und verurteilte den Beklagten gem. § 15 Abs. 1, § 7 Abs. 1, § 1, § 3 Abs. 1 AGG zu einem Schadensersatzanspruch nebst Schmerzensgeld.⁴⁰

b) Kritik am restriktiven Kurs des BAG

Wäre das BAG der Argumentation des LAG gefolgt, lägen in ungefähr 95 % der deutschen Großunternehmen⁴¹ Indizien für geschlechtsbezogene Benachteiligungen bei Beförderungen in das Topmanagement vor. Hätten sich mehr Frauen für Klagen entschieden, wäre den Vorständen dieser Unternehmen die Möglichkeit gegeben worden, im Zuge des Entlastungsbeweises vor den Gerichten detailliert die Geschlechtsneutralität ihrer Beförderungspraxis darzustellen. Damit hätte die Wirkung des AGG womöglich die politische Debatte um gesetzliche Frauenquoten für Vorstände obsolet gemacht. Insofern ist es nachvollziehbar, dass das BAG zurück ruderte. Zwar sei die Annahme des LAG, Statistiken kämen als Indizien grundsätzlich in Betracht, nicht zu beanstanden. Jedoch:

„Für die Annahme einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung von Frauen bei Beförderungsentscheidungen bedarf es über die bloße Statistik hinaus weiterer Anhaltspunkte.“⁴²

(1) Zusätzliche Anforderungen an den Indizienbeweis

Zu zeigen wäre seitens der Klägerin, so das BAG, wie viele Frauen beim Beklagten überhaupt unterhalb der Ebene der möglichen „gläsernen Decke“ angekommen seien, also potentiell in die Hierarchieebenen oberhalb derselben hätten aufsteigen können. Der Anteil von Frauen in der Gesamtbelegschaft (hier: zwei Drittel) gebe darüber – entgegen den Ausführungen des LAG – keinen Aufschluss.⁴³

Davon, dass diese von KlägerInnenseite kaum erfüllbare Anforderung an die Beweislast effizienten Rechtsschutz im Grunde unmöglich macht, einmal abgesehen: Selbst wenn es tatsächlich *keine* Bewerberinnen für Stellen unterhalb der gläsernen Decke gegeben hätte, so kann daraus nicht etwa geschlossen werden, die Beförderungspraxis des Beklagten sei diskriminierungsfrei ausgestaltet. Vielmehr könnten schon vorherige Diskriminierungen dazu geführt haben, dass potentiell geeignete Frauen sich gar nicht erst für das Management beworben haben.

38 HK-AGG-Bertzbach, § 22 Rn. 66; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 22 Rn. 13; Kocher (Fn. 19), § 22 Rn. 53; Rust/Falke (Fn. 11), § 22 Rn. 83.

39 Diesbezüglich stellte das BAG klar, die Arbeitgeberseite wäre bereits nach den allgemeinen Grundsätzen des § 138 ZPO gehalten gewesen darzulegen, inwiefern die Klägerin - im Gegensatz zu Herrn R. - objektiv für die Position der übergeordneten Personalleitung ungeeignet war. Der allgemeine Hinweis des Beklagten, erforderlich sei ein Hochschulstudium (über das die Klägerin nicht verfügte, wohl aber Herr R.), reiche nicht aus. Denn die Klägerin nahm wie Herr R. klassische Aufgaben der Personalleitung wahr, sowohl bei früheren Arbeitgebern als auch bei dem Beklagten. Bei dieser Sachlage, so das BAG, müsste der Beklagte im Einzelnen dartun, inwieweit sich die bisher von der Klägerin ausgeführten Tätigkeiten von denen unterscheiden, die ihr Kollege R. bislang erledigt hatte, und welche weiteren fachlichen und/oder persönlichen Anforderungen der schließlich beförderte Mitarbeiter R. im Gegensatz zur Klägerin erfüllte.

40 Der Schadensersatzanspruch ergibt sich aus der Vergütungs Differenz zu der begehrten Stelle; zur Zusammensetzung des Anspruchs im Urteil des LAG, STREIT 2009, 23 ff. Problematisch ist insbesondere die Frage, ob und nach welchen Grundsätzen es in diesen Fällen einer Begrenzung des Schadensersatzanspruchs bedarf. Überblick über den Meinungsstand dazu bei Benecke, Der Betrieb 2011, 936 ff.

41 Der Frauenanteil liegt hier bei unter 5 %, siehe dazu unten (4.).

42 BAG NZA 2011, 99 (Rn. 76); so auch Wendeling-Schröder (Fn. 23), S. 168.

43 BAG NZA 2011, 99 (Rn. 71).

Das BAG selbst verweist in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Demnach kommt es im Falle beeinträchtigter Chancen durch ein diskriminierendes Verfahren auf die nachweisbare Rolle des Geschlechts bei der Entscheidung selbst nicht mehr an.⁴⁴

Es geht deshalb zu weit, wenn das BAG Zahlenmaterial darüber verlangt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang es interne oder externe Bewerbungen von Frauen gab, oder Daten über die für die Beförderungsstelle geeignete Mitarbeiterinnen im Betrieb.⁴⁵ Dies sind nämlich Kenntnisse, über die selbst Beschäftigte wie die Klägerin hier, die Personalchefin ist, nicht verfügen. Denn von den Kriterien – und somit potentiell geeigneten Bewerberinnen – für eine Beförderung auf die Hierarchieebene oberhalb ihrer Position hat selbst die Klägerin keine Kenntnis. Gerade in diesen Fällen muss deshalb im Zuge der in § 22 AGG vorgesehenen Beweislastverteilung der Arbeitgeber diese Kriterien offenlegen – aufgrund der Indizwirkung der Statistik, die Ergebnis seiner bisherigen Beschäftigungspolitik ist.

Richtig ist zweifellos, dass Statistiken als Indiz direkter Geschlechtsdiskriminierung Rückschlüsse zulassen müssen auf eine Mitursächlichkeit geschlechtsbezogener Motive bei den Personalentscheidungen für Führungspositionen des konkreten Arbeitgebers und die betroffene Hierarchieebene. Doch es ist Rechtsprechung des BAG selbst,⁴⁶ dass es hierbei auf der ersten Stufe der Beweislast um überwiegende Wahrscheinlichkeiten nach allgemeiner Lebenserfahrung geht.

(2) Im Zweifel ein Zufall?

Angesichts der oben unter 2.c) aufgezeigten Vorgaben des Gemeinschaftsrechts hat sich das LAG vor allem die Frage gestellt, ob die über 30-jährige Abwesenheit von Frauen im Management des Beklagten ein reiner Zufall sein könnte bzw. ob dies überwiegend wahrscheinlicher ist als eine diskriminierende Praxis, die dann seitens des Arbeitgebers zu widerlegen wäre. Gegen die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines zufälligen Ergebnisses führt das LAG unter anderem die nicht annähernd ausgeglichenen gesamtdeutschen Daten und das schlechte Abschneiden Deutschlands hinsichtlich gleichberechtigter Führungsverantwortung von Männern und Frauen im internationalen Vergleich an.⁴⁷

Meiner Ansicht nach wären hier auch Erkenntnisse wie etwa aus der im Auftrag des BMFSFJ durchgeführten Studie⁴⁸ von Bedeutung:

„Frauen kommen in konservativ-patriarchalischen Führungskulturen zwar bis ins mittlere Management, einige auch ins gehobene Management. Mögen sie diese gläsernen Decken durchstoßen haben: Nach ganz oben haben sie keine Chance. Das ist nicht nur eine empirische Beobachtung, sondern in diesen Unternehmen eine Maxime, die teilweise den Stellenwert eines Identitätsbestandteils hat.“⁴⁹

Solche Forschungsergebnisse lassen auch im Hinblick auf die Daten des konkreten Beklagten einen Zufall nach allgemeiner Lebenserfahrung sehr unwahrscheinlich erscheinen. Auskünfte von Sachverständigen können als Beweismittel herangezogen werden, wobei auch qualitative Methoden (wie die zitierte Studie) sozialwissenschaftlicher Sachverständiger infrage kommen.⁵⁰

44 BVerfG (Fn. 8) NZA 1994, 746.

45 BAG NZA 2011, 100 (Rn. 79).

46 BAG v. 17.12.2009 - 8 AZR 670/08 - EzA AGG § 15 Nr. 6; BAG NZA 2011, 98 (Rn. 66); siehe oben 2.b).

47 LAG Berlin-Brandenburg, STREIT 2009, 25.

48 Vgl. Fn. 1.

49 Wippermann (Fn. 1), S. 49.

50 Schiek (Fn. 7), § 3 Rn. 46.

Angesichts dieses Falles von so großer Auffälligkeit bezüglich jahrzehntelanger *Abwesenheit* von Frauen in den obersten Hierarchieebenen eines Unternehmens, in dem Frauen zwei Drittel der Belegschaft stellen, drängt sich nach dem Urteil des BAG die Frage auf: Wann, wenn nicht bei dieser Datenlage, sollte es nicht mehr einer Klägerin, sondern dem Arbeitgeber obliegen aufzuzeigen, dass nicht Geschlechterstereotype, sondern sachliche, auf die Qualifikation für die konkreten Aufgaben bezogene Gründe die Personalentscheidung beeinflusst haben? Bestehendes Antidiskriminierungsrecht wird in der Praxis wirkungslos, wenn das BAG den Tatsacheninstanzen nicht zugesteht, sich aufgrund statistischer Indizien bei der Wahl zwischen der überwiegenden Wahrscheinlichkeit von „[...] echtem Zufall oder einer diskriminierenden Haltung des Beklagten“⁵¹ für Letzteres zu entscheiden. Offenbar geht das BAG jedoch grundsätzlich von der größeren Wahrscheinlichkeit der Betrachtungsweise aus, nach der ungleiche Geschlechterverhältnisse auf der am besten bezahlten und verantwortungsvollsten Ebene der Unternehmensführung zufällig entstehen. Mit dieser Grundannahme ist der Antidiskriminierungsprozess und mit ihm die Rechtsdurchsetzung an dieser Stelle beendet und müsste wegen seiner Aussichtslosigkeit in vielen Fällen im Grunde gar nicht begonnen werden.

Entscheiden sich Gerichte – wie das LAG in diesem Fall – aber genau andersherum, halten sie also die bloße Zufälligkeit der von Klägerseite vorgetragenen Daten auf den ersten Blick für die unwahrscheinlichere Variante, so führt das nicht etwa zu einer Verurteilung des Arbeitgebers, sondern dazu, dass dieser sich entlasten muss (s.o.). Ein positives Signal des BAG zugunsten der Durchsetzung der Diskriminierungsverbote wäre auch deshalb so wünschenswert gewesen, weil ein entsprechendes Urteil die antidiskriminierungsrechtlichen Obliegenheiten von Arbeitgebern hätte verdeutlichen können, ihre Auswahlkriterien zu dokumentieren, um sie im Zweifel transparent machen zu können (s.o.) – solche sicherlich öffentlichkeitswirksamen Urteile könnten präventive Wirkung entfalten und damit eine Möglichkeit schaffen, Effekte zugunsten tatsächlicher Chancengleichheit über den Einzelfall der Klägerin hinaus zu erzielen.⁵²

(3) „Gesellschaftliche Gegebenheiten“ und arbeitgeberseitige Verantwortung
Das BAG aber führt zur Beweiswürdigung durch das LAG aus:

*„Das Berufungsgericht übersieht [...], dass ein Arbeitgeber gar nicht in der Lage, geschweige denn verpflichtet ist, gesellschaftliche Gegebenheiten, die der Erwerbstätigkeit und/oder dem beruflichen Aufstieg von Frauen entgegenstehen, durch seine Personalpolitik auszugleichen. Insoweit widerspricht es allgemeinen Erfahrungssätzen, wenn das Berufungsgericht annimmt, die schlechte Vereinbarkeit von Familie und Beruf könne sich nicht auf den Anteil von Männern und Frauen in höheren Hierarchieebenen auswirken [...]“*⁵³

Richtig ist, dass die schlechte Vereinbarkeit von Familie und Beruf ein Problem ist, das auch in vielerlei Zusammenhängen mit mittelbarer Benachteiligung von Frauen bzw. Frauenrollen steht.⁵⁴ Doch diese gesamtgesellschaftliche Realität der Unvereinbarkeit vermag keinesfalls die Indizwirkung der von der Klägerin vorgetragenen Statistik zu den Geschlechterverhältnissen auf den verschiedenen Hierarchieebenen ihres Arbeitgebers zu entkräften. Denn das Bestehen geschlechtsdiskriminierender Strukturen in der Gesamtgesellschaft macht eine rein

51 BAG NZA 2011, 99 (Rn. 72).

52 Zu diesem Effekt insbesondere bei mittelbarer Diskriminierung Schiek (Fn. 7), § 3 Rn. 22.

53 BAG NZA 2011, 99 (Rn. 74).

54 Vgl. Kocher, KJ 2009, 391 mit dem Hinweis, dass es bei der Beseitigung der Vereinbarkeitsproblematik vorwiegend um die Struktur des Erwerbsarbeitsverhältnisses sowie des Arbeitsmarktes gehen müsse.

zufällige Abwesenheit von Frauen im hier beklagten Unternehmen keinesfalls wahrscheinlicher. Dies hatte das LAG richtig erkannt.⁵⁵

Mitnichten darf die Diskussion um mögliche Wahrscheinlichkeiten anderer Gründe als einer Geschlechtsdiskriminierung dabei in die Richtung einer Annahme bestimmter Prioritätensetzung von „Frauen“ gehen. Denn zum einen basiert diese angebliche Prioritätensetzung auf Fehlannahmen,⁵⁶ und zum anderen dürfte diese Diskussion angesichts des heutigen Bildungsverhaltens von Frauen⁵⁷ schlicht nicht mehr zeitgemäß sein.⁵⁸

Entgegen der Ansicht des BAG hat das LAG auch nicht etwa unter Anwendung der in § 22 AGG vorgesehenen Beweislastverteilung eine Pflicht privater Arbeitgeber zum Ausgleich „gesellschaftlicher Gegebenheiten, die dem beruflichen Aufstieg von Frauen entgegenstehen,“ konstruiert. Es geht hier vielmehr um die Anerkennung gesellschaftlicher Gestaltungsmacht von Arbeitgebern⁵⁹ und – im konkreten Fall – um die Verantwortung des Arbeitgebers dafür, selbst, also im eigenen Unternehmen, keine diskriminierenden Strukturen zu schaffen, aufrecht zu erhalten oder zu verstärken, wo dies unnötig ist.⁶⁰ Dazu gehört nicht nur das Verbot, Entscheidungen aufgrund stereotypischer Motive zu treffen, sondern auch das in § 3 Abs. 2 AGG verankerte Verbot, mittelbar benachteiligende Auswahlkriterien zu verwenden, die sich sachlich nicht rechtfertigen zu lassen.⁶¹

(4) *Die geöffnete Hintertür: Gesamtbetrachtung von Hilfsstatsachen*

Allerdings sah das BAG den Fall nicht als entscheidungsreif an. Es verwies zurück an das LAG mit dem Auftrag einer abschließenden Aufklärung und Gesamtschau aller seitens der Klägerin vorgetragenen Hilfsstatsachen – ein offenes Hintertürchen. Zu den Hilfsstatsachen gehören Aussagen des ehemaligen Vorgesetzten der Klägerin ihr gegenüber im Zusammenhang mit einer nicht befolgten Beförderung einer Frau, wonach ein männliches Vorstandsmitglied „Frauen halt nicht wolle“. Die Klägerin hatte außerdem auf weitere Fälle verwiesen, in denen Männer – in einem Fall ohne den geforderten Hochschulabschluss – anstelle von Mitarbeiterinnen des Unternehmens befördert wurden. Zu klären sei zudem, ob die „Vorfälle“ nach Klageerhebung (siehe oben unter 1.) als Indizien ausreichen. Diese könnten auch „lediglich – wenn auch möglicherweise das Persönlichkeitsrecht der Kl. verletzende – Reaktionen auf einen bestehenden Konflikt darstellen und als solche mit dem Geschlecht nicht im Zusammenhang stehen.“⁶²

Gerade im Hinblick auf empirisch erforschte „Mentalitätsmuster von Männern in Führungspositionen“⁶³ wird es nun wichtig sein, Äußerungen des Arbeitgebers daraufhin zu überprüfen, ob Frauen etwa als das „schwache Geschlecht“ für

55 Es wäre deshalb nicht notwendig gewesen aufzuzeigen, dass es Frauen theoretisch möglich ist, trotz schlechter Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Topmanagementpositionen zu gelangen. Hierzu führte das LAG Daten anderer Branchen an, die trotz eines geringeren Frauenanteils in der Gesamtbelegschaft bessere Frauenquoten als der Beklagte im Managementbereich aufwiesen. Das BAG hielt den Vergleich mit Unternehmen anderer Branchen für nicht aussagekräftig; BAG NZA 2011, 100 (Rn. 75). Auf ihn kommt es aber nicht an.

56 (Geschlechter-)Rollenzuweisungen gehen nicht auf freie persönliche Entscheidungen, sondern gesellschaftliche Institutionen und Erwartungen zurück, und diskontinuierliche Erwerbsverläufe können nicht auf persönliche Präferenzen zurückgeführt werden; Huinink, Familie und Familienpolitik 2008, S. 21; Pfarr/Bertelsmann (Fn. 8), S. 410 ff.; Schlachter (Fn. 13), S. 35; Kohte, Thesen zum Arbeits- und Sozialrecht, 68. Deutscher Juristentag, S.16; Davies, Perspectives of Labour Law, 2004, S. 117.

57 Frauen stellen 51 % der HochschulabsolventInnen; s. Wippermann (Fn. 1), S. 7.

58 Abraham/Hinz-Achatz, Arbeitsmarktssoziologie, 2008, S. 266.

59 Pfarr/Bertelsmann (Fn. 8), S. 121 ff.; Singer in: Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 350 unter Bezugnahme auf die Sorgen um unverhältnismäßige Freiheitsbegrenzungen durch Gleichheitsrechte.

60 Schiek (Fn. 7), § 3 Rn. 22.

61 BVerfG (Fn. 8) NZA 1994, 745 ff.

62 BAG NZA 2011, 101 (Rn. 83).

63 Wippermann (Fn. 1), S. 45.

grundsätzlich ungeeignet zum Tragen von Führungsverantwortung eingeschätzt werden. Dafür müsste z.B. geklärt werden, inwieweit die von Dr. Mü. in den Vergleichsverhandlungen geäußerte Frage, ob die Klägerin einem längeren Gerichtsprozess physisch und psychisch gewachsen sei, als Indiz dafür angesehen werden kann, dass seitens des Vorgesetzten von einer Gebrechlichkeit der Klägerin als Frau ausgegangen wird.

Das BAG verweist insoweit auf seine schon zu § 611a BGB a.F. vertretene Position, nach der die Vermutungswirkung auch durch eine Gesamtbetrachtung der Hilfstatsachen herbeigeführt werden kann, selbst wenn diese für sich genommen nicht ausreichen, um eine Benachteiligung zu vermuten.⁶⁴

4. Ausblick

Frauen sind in der Bundesrepublik sehr gut ausgebildet, und es könnte darauf vertraut werden, dass demographischer Wandel und damit einhergehender Fachkräftemangel früher oder später dazu führen werde, Frauen endlich Verantwortung in Spitzenpositionen insbesondere in der Privatwirtschaft zu ermöglichen und dadurch Gehaltsgruppen zu erreichen, die sich auch zugunsten der Entgeltgleichheit auswirken würden. Allerdings wird schon lange darauf hingewiesen, dass Frauendiskriminierung gerade nicht nach ökonomischen Erwägungen erfolgt oder unterbleibt; Diskriminierungen werden vielmehr oftmals für wirtschaftlich effizient gehalten – auch da, wo sie es tatsächlich gar nicht sind.⁶⁵ Arbeitsmarktsoziologische Forschung in England hat außerdem gezeigt, dass diskriminierende Arbeitgeber nicht etwa vom Markt verdrängt werden – obwohl allerdings Unternehmen, die nicht diskriminieren, profitabler sind.⁶⁶ Eine qualitative Studie zu Teilzeitrechten in Führungspositionen⁶⁷ zeigt, dass klassische Geschlechterkonstruktionen und -stereotypisierungen bei der Arbeitsorganisation durch Personalverantwortliche nach wie vor von Bedeutung sind und wirtschaftliche Effizienzgedanken oftmals nur argumentativ vorgeschoben werden.⁶⁸

Eine ernsthafte Bereitschaft des BAG, sich mit dem „mehrschichtige[n] Bollwerk der männlich dominierten Wirtschaftselite“⁶⁹ zu befassen, war sicherlich nicht zu erwarten – obwohl es für die Existenz dieses Bollwerks empirische Belege gibt. Der restriktive Kurs des BAG in Fragen der Frauendiskriminierung beim beruflichen Aufstieg ist nicht neu.⁷⁰ Dies macht die Entscheidung unter Gesichtspunkten effizienter Teilhaberechte und deren gerichtlicher Durchsetzung nicht weniger enttäuschend. Das AGG soll ein möglichst zahnlöser Tiger bleiben. Ob dies dem Grundgesetz Rechnung trägt, ist zweifelhaft. Denn zum Gleichberechtigungssatz des Grundgesetzes in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG wurde ein ausdrücklicher staatlicher Handlungsauftrag in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG hinzugefügt.⁷¹ Dies war 1994. Im Jahr 2007 lag der Frauenanteil an obersten Lei-

64 BAG NZA 2011, 101 (Rn. 83); zu § 611a BGB a.F.: BAG v. 24.4.2008 - 8 AZR 257/07 - AP AGG § 33 Nr. 2.

65 Davies (Fn. 56); Schlachter (Fn. 13), S. 32; Vgl. auch Bergmann, *Economic Emergence of Women*, 2. Aufl. 2005.

66 Achatz (Fn. 58), S. 269 m.w.N.

67 Zusammenfassung bei Koch, WSI-Mitteilungen 2008, 612 ff.

68 Koch, WSI-Mitteilungen 2008, 614.

69 Wippermann (Fn. 1), S. 47.

70 Vgl. schon Pfarr/Bertelsmann (Fn. 8), S. 282.

71 ErfK-Schmidt, 11. Aufl. 2011, Art. 3 GG Rn. 83.

tungspositionen in deutschen Großunternehmen bei unter 5 %.⁷² Ende 2009 war der Anteil der Frauen in den Vorständen der Top-100-Unternehmen sogar unter die Ein-Prozent-Marke gerutscht.⁷³ Geschlechtergerechtigkeit im Erwerbsleben entsprechend Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG wird aber auch durch gleichberechtigte Teilhabe von Männern und Frauen in Führungspositionen indiziert.⁷⁴ Bei der politischen und gesellschaftlichen Debatte um Frauenquoten auf Leitungsebenen⁷⁵ sollte berücksichtigt werden, dass beim aktuellen Kurs des BAG die bestehenden Benachteiligungsverbote des AGG keinen wirksamen Rechtsschutz bieten, wenn Frauen an gläserne Decken stoßen. Der rechtspolitische Handlungsbedarf ist offensichtlich.⁷⁶

Schriften zur Gleichstellung



Weitere Informationen: www.nomos-shop.de/13677

Geschlecht als Erwartung

Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität

Von Dr. Laura Adamietz

2011, Band 34, 288 S., brosch., 64,- €

ISBN 978-3-8329-6628-7



Nomos

72 „2007 waren 27 Prozent der Führungskräfte in der Privatwirtschaft im Jahr 2008 Frauen. (...) Im Schnitt leiten Männer in Führungspositionen größere Teams als Frauen und sie sind im Mittelmanagement und im Topmanagement deutlich häufiger vertreten als Frauen. Zusammenfassend gilt: Je höher die Hierarchieebene, desto seltener sind Frauen dort vertreten. Am häufigsten arbeiten Frauen in Führungspositionen im unteren Management. Ende 2009 war der Anteil der Frauen in den Vorständen der Top-100-Unternehmen sogar unter die Ein-Prozent-Marke gerutscht. Auch der Verdienst von Frauen ist in Führungspositionen weit geringer als der von Männern; der Verdienstunterschied („gender pay gap“) lag im Jahr 2008 bei 28 Prozent und damit fast so hoch wie 2001“; zitiert aus Holst/Busch in: DIW Führungskräftemonitor 2010, S. 4.

73 Holst/Busch (Fn. 72), S. 4.

74 Kocher/Laskowski/Rust/Weber in: FS Heide Pfarr, 2010, S. 128.

75 Treffend Hohmann-Dennhard in: FS Heide Pfarr, S. 248: „Stühlerücken auf der Entscheidungsebene“.

76 Vgl. ausführlich Kocher/Laskowski/Rust/Weber (Fn. 74), S. 128.