Eva Kocher

Gleichstellungspolitik und Individualansprüche

Bremsen individuelle Ansprüche proaktive Modelle zur Herstellung tatsächlicher Entgeltgerechtigkeit?[1]

Der Individualanspruch auf gleiches Entgelt ist im deutschen Arbeitsrecht nach wie vor der rechtliche Königsweg zur Herstellung von Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern. Er hat sich als ineffektiv erwiesen und kämpft mit konzeptionellen Problemen, wenn er gegen kollektive Entgeltsysteme wie Tarifverträge eingesetzt werden soll. Eine Alternative sind proaktive Handlungsmodelle wie der »pay equity plan«. Verpflichtungen zur Erstellung und Durchführung solcher Pläne stoßen jedoch ebenfalls auf konzeptionelle Probleme im Verhältnis zum Individualanspruch. Bei entsprechender Auslegung sind proaktive »pay equity plans« aber mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar.

I. Das Problem: Verhältnis individueller und kollektiver Ansätze zur Beseitigung von Entgeltdiskriminierung

Eines der wichtigsten Gleichbehandlungsgebote, das Gebot gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleichwertiger Arbeit, ist in Deutschland bis heute ein »Prinzip ohne Praxis«[2] geblieben – und dies, obwohl das Bundesarbeitsgericht bereits in den 50er Jahren die »Frauenabschläge« in Tarifverträgen für rechtswidrig erklärte und das europäische Recht (im deutschen Arbeitsrecht seit 1980 umgesetzt) Ansprüche auf Entgeltgleichheit gewährt. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) enthält hierzu sachlich nichts Neues.[3]

Die Gleichstellungspolitikerin wundert sich schon lange nicht mehr über diesen Befund. Denn individuelle Gleichbehandlungsansprüche werden kaum gerichtlich geltend gemacht. Entgegen den politisch motivierten Beschwörungen des »Mythos Klageflut« im Vorfeld der Verabschiedung des AGG[4] ist auch vom neuen Gesetz kein effektiver Individualrechtsschutz zu erwarten oder gar schon sichtbar. Im Gegenteil: Die politische Diskussion vor Einführung des AGG, die sich um Delegitimierung und Diskreditierung des Diskriminierungsschutzes bemühte, dürfte kaum dazu beigetragen haben, dass es hier künftig ausreichend Klagen geben wird.[5]

1 Der Text ist aus einem Vortrag hervorgegangen, der auf der Internationalen Konferenz »Recht und Gender Studies – Recht als Antrieb oder Bremse beim Wandel der Geschlechterverhältnisse?« am 15./16.9.2006 in Zürich gehalten wurde.

2 So der Untertitel des Buchs von Winter, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit, 1998. Zu dieser Einschätzung auch Thüsing, Anm. zu EuGH, 17.9.2002, DB 2002, S. 2600.

3 Für eine allgemeine Einschätzung des AGG und der Diskussion siehe schon Raasch, KJ 2004, S. 394 ff; Kocher, KJ 2006, S. 357 ff.

4 BöcklerImpuls 2/2005 zur Auseinandersetzung.

5 Zur Bedeutung solcher Debatten für die Rechtsdurchsetzung und ihre Effektivität siehe Griffiths, The Social Working of Anti-Discrimination Law, in: Loenen/Rodrigues (Hrsg.), Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives, 1999, S. 313 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Vor dem Hintergrund der Ineffektivität des Individualrechtsschutzes sind im Gleichbehandlungsrecht weiter reichende Rechtsdurchsetzungskonzepte entwickelt worden. Da reaktive individuelle Rechtsansprüche für eine effektive Durchsetzung von Diskriminierungsschutz nicht ausreichen, sind nicht nur Instrumente kollektiver Rechtsdurchsetzung erforderlich. Denn diese wirken als Rechtsdurchsetzungsmechanismen ebenfalls reaktiv. Vielmehr bedürfte es auch proaktiver und präventiv wirkender Handlungsstrategien. Sie können unter dem Begriff »Gleichstellungspolitiken« zusammengefasst werden. Rechtlich entsprechen diesen nicht negative Verbote, sondern positive und zukunftsgerichtete Handlungsverpflichtungen.[6] Im Bereich der Entgeltgleichheit wird hier vor allem das Instrument des prospektiven »pay equity plans« diskutiert, mit dem in Kooperation von Arbeitgebern und Gewerkschaften eine unternehmensweite Herstellung geschlechtergerechter Entgeltstrukturen erreicht werden soll.[7]
Proaktive Regulierungspolitiken werden dabei in der Regel in einer Stufenfolge zu individualrechtlichen Ansätzen gesehen. Aber bereits die Diskussionen um die US-amerikanische Class Action oder andere Fondsregelungen zum individuellen Schadensausgleich haben deutlich gemacht, dass kollektive Regelungskonzepte nicht nur harmonisch neben individuellen Konzepten stehen, sondern im Einzelfall auch in Widerspruch zu Individualansprüchen der Betroffenen geraten können.[8] Dieses Verhältnis von Individualansprüchen und kollektiven/proaktiven Ansätzen soll im Folgenden genauer beleuchtet werden.

II. Entgeltungleichheit und Recht

1. Die tatsächliche Entgeltungleichheit

Wohl in allen Ländern und auf allen Arbeitsmärkten dieser Welt bestehen erhebliche Entgeltungleichheiten zwischen den Geschlechtern. Das geschlechtsspezifische Lohngefälle liegt in der EU-15 konstant bei etwa 16%, im Rahmen der EU-25 bei 15%.[9] Für Deutschland hat die Bundesregierung im Jahre 2002 einen Bericht zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männer vorgelegt, dessen Ergebnisse die These bestätigen.[10]
Die Ungleichheit hat unterschiedliche Ursachen, die gesellschaftlicher Natur sind und auf die gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisse zurückgehen. Die ökonomische Betrachtung zeigt, dass die ungleiche Bezahlung zu einem Teil Ausdruck des Hausfrauen-Modells ist, wonach Personen, von denen angenommen wird, dass sie einem Haushalt vorstehen, »breadwinner wage« oder »family

6 Schiek/Schiek, Kommentar zum AGG, 2007, Einl, Rn. 42 ff; Rn. 50 ff; Rn. 58; McCrudden, Regulating Discrimination: Advice to a Legislator on Problems Regarding the Enforcement of Anti-Discrimination Law and Strategies to Overcome Them, in: Loenen/Rodrigues (Hrsg.) (Fn. 5), S. 295 ff; Kocher, RdA 2002, S. 167 ff; Skidmore, AuR 2005, S. 360 f; Fredman, Industrial Law Journal 2001, S. 151 ff (S. 176 ff); vgl. auch die Einbindung in die Regulierungs- und Steuerungsdebatte bei Hepple/Coussey/Choudhoury, Equality: A New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation, Oxford 2000, S. 56 ff.

7 Genauer dazu unten bei IV.

8 Zur Class Action im Diskriminierungsschutz insbesondere Scholz, Lohngleichheit durch Verfahren, 2000; Pfarr/Kocher, Festschrift für Däubler, 1999, S. 1010 ff; vgl. auch BVerfG, 8.7.1976, BVerfGE 42, S. 299 ff. (S. 263) (Contergan) zur Ersetzung privatrechtlicher Vergleichsansprüche durch gesetzliche Ansprüche gegen einen Fonds; jetzt auch wieder BVerfG, 7.12.2004, BVerfGE 112, S. 93 ff. (Zwangsarbeiter).

9 Bericht der Kommission zur Gleichstellung von Frau und Mann 2005, KOM(2005) 44 endg., S. 5.

10 Bericht der Bundesregierung zur Einkommenssituation von Frauen und Männern vom 24.4.2002, BT-Drucks. 14/8952.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wage« bezahlt wird.[11] In diesem Leitbild drückt sich eine grundsätzliche Ausgrenzung von Sorgearbeit und sogenannter privater Verhältnisse aus der Erwerbsarbeit aus. Eine gewisse Fortsetzung dieser Politik findet sich in der neuen Segregation des Arbeitsmarktes nach Arbeitszeiten. Zwar werden zunehmend typische weibliche Erwerbsarbeitsverläufe, also Personen mit Sorgeaufgaben, in die Erwerbsarbeit integriert. Diese Integration verläuft aber überwiegend über »Vereinbarkeits«-Strategien, das heißt über Teilzeitarbeit, Erziehungsurlaub, etc. Studien des deutschen IAB (Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung) zeigen, dass weibliche Arbeitskräfte zwar zunehmend in den Arbeitsmarkt integriert werden; die Arbeitszeit der weiblichen Beschäftigten ist jedoch dennoch insgesamt gleich geblieben und verteilt sich nur unter einer größeren Anzahl von Frauen.[12]

Das ist aber nur die Oberfläche: Entgeltungleichheit und die geschlechtsspezifische Segregation der Arbeitsmärkte geht darüber hinaus auf die gesellschaftlich hierarchische Bewertung von »weiblich« kodierten Tätigkeiten und »männlich« kodierten Tätigkeiten zurück.[13] Und nicht zuletzt führt die generelle Abwertung weiblicher Geschlechtsrollen auch bei gleichen Tätigkeiten zu einer Diskriminierung – dem, was man die »unmittelbare Diskriminierung«, die Bezahlung ungleichen Entgelts für gleiche Arbeit nennt.[14]

Entgeltungleichheit ist also kein individuelles Problem. Sie spiegelt sich insbesondere in den kollektiven Entgeltsystemen. So konnte festgestellt werden, dass die fortbestehende Entgeltungleichheiten zwischen Männern und Frauen in Deutschland zwar nicht ausschließlich, aber doch auch auf die rechtliche Regelung des Entgelts in Tarifverträgen zurückzuführen ist.[15] Die Entgelte sind meist in kollektivrechtlichen Vereinbarungen geregelt, im deutschen Recht vor allem in Tarifverträgen. Individualrechtliche Entgeltregelungen beziehen sich in der Regel auf solche kollektivrechtlichen Vereinbarungen. Diskriminierende Entgeltregelungen gehen so auch auf die Entgeltpolitik der Verbände zurück – in der sich die gesellschaftlichen Wertungen widerspiegeln.

2. Die rechtlichen Anforderungen

Diskriminierende Kollektivverträge widersprechen den zahlreichen Rechtsvorschriften zur Entgeltgleichheit. Dass die Tarifvertragsparteien jedenfalls an einen dem Art. 3 GG entsprechenden Gleichheitssatz gebunden sind, davon geht das Bundesarbeitsgericht (BAG) in ständiger Rechtsprechung aus.[16] Für die Mitgliedstaaten der EU ist Entgeltgleichheit unabhängig vom Geschlecht mit unmittelbarer Wirkung in Art. 141 EGV geregelt. Die Vorschrift wird konkretisiert durch die Lohngleichheits-Richtlinie 75/117/EWG bzw. künftig die Richt-

11 Roseberry, Equal Rights and Discrimination Law in Scandinavia, in: Wahlgren, Peter (Hrsg.), Stability and Change in Nordic Labour Law, Stockholm 2002, S. 216 ff.

12 Beckmann, EU-Beschäftigungsquote. Auch richtige Zahlen können in die Irre führen, IAB-Kurzmitteilungen Nr. 11/2003; Wanger, Beschäftigungsgewinne sind nur die halbe Wahrheit, IAB-Kurzbericht Nr.22/2005; zur Problematik unterschiedlicher Vereinbarkeitsstrategien siehe auch schon Schiek, KJ 1994, S. 511 ff.

13 Genauer Engelbrech, WSI-Mitt. 2005, S. 624 ff.

14 Hinz/Gartner, Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern in Branchen, Berufen und Betrieben, IAB-Discussion Paper 4/2005, zeigen wieder, dass sich ein guter Teil der Entgeltunterschiede nicht durch die Arbeitsmarktsegregation erklären lässt; siehe auch Engelbrech, WSI-Mitt. 2005, S. 624 ff.

15 Bericht der Bundesregierung (Fn. 10), S. 163 ff.

16 Siehe BAG, Urteil vom 4.4.2000, RdA 2001, S. 110 ff mit Anmerkung von Dieterich, S. 112 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

linie 2006/54/EG.[17] Im deutschen Recht wurden die Vorschriften im früheren § 612 Abs. 3 BGB umgesetzt, der seit 18. August 2006 durch §§ 3 Abs. 1 und 2, 7 und 8 Abs. 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ersetzt worden ist. § 7 Abs. 2 AGG erklärt Bestimmungen in Vereinbarungen, die dem Diskriminierungsverbot widersprechen, ausdrücklich für unwirksam. Dies gilt auch für Kollektivvereinbarungen wie Tarifverträge.[18]

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu diesen Grundsätzen ist mittlerweile weitgehend konsolidiert und teilweise in Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG festgeschrieben worden. Dort heißt es in Abs. 2: »Insbesondere wenn zur Festlegung des Entgelts ein System beruflicher Einstufung verwendet wird, muss dieses System auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden.« Verlangt werden dabei insbesondere Transparenz und Konsistenz. Das heißt im Einzelnen:[19]

- Tarifliche Entgeltsysteme müssen durchschaubar sein.
- Sie müssen objektive Kriterien enthalten, die an die Art der in Frage stehenden Tätigkeit gebunden sind.
- Sie müssen das »Wesen« der Arbeit abbilden.
- Die Kriterien müssen diskriminierungsfrei ausgelegt und angewandt werden.
- Das System darf in seiner Gesamtheit nicht diskriminieren. Die Kriterien müssen einen »adäquaten Platz« im Gesamtsystem finden.

Die Rechtsfragen in diesem Zusammenhang sind im Konkreten sehr komplex.[20] Rechtsgutachten und abstrakte Analysen von kollektiven Vereinbarungen zeigen immer wieder diskriminierende Entgeltstrukturen auf. Tarifverträge in Deutschland verwenden oft uneinheitliche Bewertungen.[21] Auch die noch öfters praktizierte Verwendung summarischer Arbeitsbewertungsverfahren ist problematisch, da diese Verfahren geringe Transparenz aufweisen und oft die ihnen zu Grunde liegenden Wertungen nicht aufdecken.[22] In Deutschland handelt es sich dennoch nach wie vor um ein Prinzip ohne Gerichtspraxis. Es gibt deshalb nur wenig Erfahrung damit, wie diese Grundsätze im Individualfall angewandt werden können.

III. Individualansprüche und Kollektivvertrag

Vor Gericht wird fast ausschließlich der Individualfall behandelt. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Gebot der Entgeltgleichheit sind in Deutschland fast ausschließlich[23] individuelle Gleichbehandlungsansprüche.

17 Richtlinie vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), bis zum 15. August 2008 umzusetzen.

18 Siehe zum Beispiel Schiek/M. Schmidt (Fn. 6), § 7, Rn 3; Nollert-Borasio/Perreng, AGG, § 7 Rn 34.

19 Winter (Fn. 2), S. 123 ff; siehe EuGH, 17.10.1989, Rs. 109/88, Slg. 1989, S. 3199 ff (Danfoss); EuGH, 1.7.1986, Rs. 237/85, Slg. 1986, S. 2101 ff (Rummler); Tondorf, AiB 2002, S. 757 ff zeigt, wie die Kriterien auf einen konkreten Tarifvertrag angewandt werden können.

20 Umfassend hierzu mit rechtsvergleichenden Vorschlägen Winter (Fn. 2).

21 Tondorf, AiB 2002, S. 758 ff; genauer für den BAT schon djb, Streit 1996, S. 75 ff.

22 Colneric, Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und das Verbot der mittelbaren Diskriminierung, Festschrift für Dieterich, 1999, S. 45 ff: Es sind verschiedene (nicht-diskriminierende) Arbeitsbewertungssysteme zulässig.

23 Siehe jetzt auch § 17 Abs. 2 AGG mit einem Klagerecht für Betriebsräte und Gewerkschaften (Schiek/Kocher (Fn. 6), § 17 Rn. 15 ff).

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Das erste Problem von Individualklagen ist das Zugangsproblem. Anlässlich des Falls von 29 Beschäftigten des Unternehmens »Heinze«, die in den 1970er Jahren gegen Lohndiskriminierung mit 29 Einzelklagen vorgingen (und so vorgehen mussten), wurde anschaulich beschrieben,[24] welche Probleme sich für die Klägerinnen aufgrund der Langwierigkeit des Verfahrens und der Schikanen der Arbeitgeberseite ergaben. Ohne dauerhafte betriebliche, öffentliche und auch familiäre Solidarität, die ständig wieder neu hergestellt werden muss,[25] sind solche Verfahren für die Einzelnen kaum durchzuhalten. Die einzelne Klägerin muss eine hohe persönliche Konfliktbereitschaft aufbringen, um ihre Ansprüche durchzusetzen. Der gewerkschaftliche Rechtsschutz, soweit er eingreift, kann das Gewicht des Risikos mildern, die Scheu vor dem Prozess aber nicht völlig abbauen.[26]

Die Zugangsschranken können (wie bei den »Heinze«-Frauen) durch gemeinsames und strategisches Vorgehen durchaus gemindert werden, vor allem, wenn noch eine institutionelle Unterstützung erfolgt wie in diesem Fall durch die IG Metall. So können auch hohe Prozesskosten (zum Beispiel für Sachverständigengutachten) abgefedert werden. Für den Nachweis diskriminierender Strukturen ist oft viel know-how notwendig, gerade wenn sich eine Diskriminierungsklage gegen Regelungen im Tarifvertrag selbst richtet.[27] Erfolgreiche Massenklagen gegen geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung können darüber hinaus gesellschaftliche Wirkungen und öffentliche Debatten erzeugen. Ähnlich erfolgreiche Massenklagen gegen Entgeltdiskriminierung sind aber in Deutschland seit den Heinze-Frauen nicht mehr organisiert worden.

2. Das konzeptionelle Problem: Statistischer oder individueller Vergleich?

Das zweite Problem von Individualklagen ist ein konzeptionelles: Die Kriterien des EuGH scheinen aber eine Bewertung des Kollektivvertrags als solchem zu verlangen. Die Problematik lässt sich am Beispiel der sogenannten »Leichtlohngruppen« erläutert, auf die die deutsche Debatte um die Entgeltgleichbehandlung sich konzentriert.[28] Diese Tarifgruppen, die von anderen zum Beispiel durch Merkmale wie »schwere körperliche Arbeit« unterschieden werden, setzen kaum kaschiert[29] die Frauenlohnabschläge fort. Sie sind vereinzelt bereits erfolgreich als mittelbare Diskriminierung von Frauen angegriffen worden.[30] Dabei stellt sich dann oft die Frage: Lässt sich das Kriterium »körperliche Schwere von Arbeit« anders auslegen, nämlich so, dass es keine diskriminierenden Wirkungen hat und auch Arbeit an »Frauenarbeitsplätzen« davon erfasst

24 Dokumentiert von Kaiser (Hrsg.) Wir wollen gleiche Löhne!, 1980, insbesondere S. 35 ff; S. 80 ff; BAG, 9.9.1981, AP Nr. 117 zu Art. 3 GG (Anm. Pfarr); Bertelsmann/Pfarr, AuR 1982, S. 86 ff.

25 Griffiths (Fn. 5), S. 313 ff.

26 Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998, S. 20 ff.

27 Vgl. auch Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung. Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten, 1993, S. 367.

28 Siehe zum Beispiel für die Metallindustrie Judisch/Meine/Schwitzer/Stamm, WSI-Mitt. 1990, S. 581 ff; Huber/Schild, WSI-Mitt. 2004, S. 102 ff. Zum BAT insofern schon Kurz-Scherf, WSI-Mitt. 1986, S. 539.

29 Siehe insofern schon die Hinweise des BAG in seiner ersten großen Entgeltgleichheitsentscheidung vom 15.1.1955, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

30 Für eine eingehende Analyse und Kritik der Rechtsprechung des BAG hierzu siehe Winter (Fn. 2), S. 248 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wird?[31] Oder muss es insgesamt für unwirksam erklärt werden?[32] Mit welchen Rechtsfolgen?[33]

Nach einer Vorlage durch das ArbG Oldenburg entschied der EuGH in der Sache Gisela Rummler 1986[34] zu den in der Druckindustrie verwendeten Tarifmerkmalen »schwere Arbeit« und »große (muskuläre) Belastung«. Er stellte dabei abstrakte Anforderungen auf, denen ein Tarifvertrag zu genügen habe. Eine Arbeit sei jedenfalls nicht deshalb als »schwer« einzuordnen, weil sie für den Durchschnitt der weiblichen Arbeitskräfte »schwer« sei. Es müssten nämlich dieselben Kriterien für Männer und Frauen verwendet werden. Das heißt einerseits: Es ist diskriminierend, wenn für die Feststellung der Belastung lediglich auf Durchschnittswerte eines Geschlechts abgestellt wird. Das heißt andererseits: Der EuGH hält das Kriterium allein nicht für problematisch, selbst wenn es im Ergebnis bestimmte Arten von Tätigkeit bevorzugt, die überwiegend männliche Arbeitnehmer ausüben. Das Merkmal an sich sei neutral.

Problematisch sei möglicherweise der Tarifvertrag als Ganzes. Er müsse, um nicht insgesamt diskriminierend zu sein, so ausgestaltet sein, dass Arbeitsplätze als gleichwertig anerkannt werden, bei denen andere Kriterien als die körperliche Schwere berücksichtigt werden, nämlich Kriterien, »hinsichtlich deren die weiblichen Arbeitnehmer besonders geeignet sein können« – was immer das sein mag. In der folgenden Literatur wurde dies als eine Forderung nach »kompensatorischen Vergütungsgruppenmerkmale für weibliche Arbeitnehmer« bezeichnet. Problematisch ist dies deshalb, weil es die Gefahr einer neuen Stereotypisierung in sich birgt (nach dem Motto »Frauen sind was ganz Spezielles«). Gemeint sind wohl Tätigkeiten, die vor allem auf Arbeitsplätzen vorkommen, die in den Unternehmen durch Frauen besetzt werden – unabhängig davon, ob es für die dort auszuführenden Aufgaben geschlechtsspezifische »Eignungen« gibt oder nicht. Das weist auf die kollektive Problematik der Entgeltdiskriminierung hin: Diskriminierung wird nicht nur durch die Definitionen der Tarifgruppen und ihre Auslegung geschaffen. Diskriminierung entsteht auch dadurch, dass viele Betriebe und Unternehmen die internen Arbeitsmärkte geschlechtsspezifisch segregieren: Es gibt Abteilungen und Arbeitstätigkeiten, für die nur Frauen, und Abteilungen und Arbeitstätigkeiten, für die nur Männer beschäftigt werden. Solche Aufteilungen werden, wie zum Beispiel bei den Leichtlohngruppen, von Tarifverträgen unterstützt und getragen. Das Konzept kompensatorischer Vergütungsgruppenmerkmale droht diese Strukturen zu reproduzieren oder zumindest zu akzeptieren.[35]

Die deutsche Rechtsprechung neigt entsprechend dazu, auf Grund einer Individualklage gleich das gesamte Tarifsystem in den Blick zu nehmen und insofern sofort den Blick auf das Verbot der mittelbaren Diskriminierung zu richten (jetzt § 3 Abs. 2 AGG). Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung hat im deutschen Recht größere Bedeutung erlangt als das speziellere Gebot der Entgeltgleichheit. Erst Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG bringt erstmals mittelbare Diskriminierung und gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit ausdrücklich

31 ArbG Kiel, 14.12.1989, DB 1990, S. 1338 (r.kr.); LAG Düsseldorf, 20.12.1989, DB 1990, S. 589; BAG, AP Nr. 63 zu § 1 TV: Metallindustrie mit kritischen Anm. von Hoyningen-Huene und Pfarr.

32 LAG Hamm, 11.8.1997, AuR 1998, S. 291 ff m. zust. Anm. Feldhoff (Anwendung der höheren Tarifgruppen wegen Nichtigkeit der »Leichtlohngruppen«).

33 Zum Problem auch Pfarr, Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen – Aufgabe für die Tarifparteien, die Rechtsprechung, aber auch die Gesetzgebung –, Festschrift 50 Jahre BAG, 2004, S. 779 (785).

34 EuGH, 1.7.1986, Slg. 1986, 2101 (2110) (Rummler).

35 Zu diesem Dilemma kompensatorischen Rechts siehe zum Beispiel Baer, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot, KrimJour 1996, S. 242 ff; Kocher, KJ 1999, S. 182 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zusammen: »Bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, wird mittelbare und unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen beseitigt.« Im neuen deutschen AGG gibt es, anders als früher in § 612 Abs. 3 BGB, abgesehen von der klarstellenden Regelung in § 8 Abs. 2 AGG, keine Spezialvorschrift für gleiches Entgelt mehr.[36]

Die deutsche Rechtsprechung lenkt mit ihrer Anknüpfung am Verbot der mittelbaren Diskriminierung den Blick unmittelbar auf die allgemeine Regelung im Kollektivvertrag. Den Effekt dieser Technik hat Ninon Colneric an einem Fall gezeigt, in dem eine Sozialarbeiterin im öffentlichen Dienst Entgeltgleichheit mit einem technischen Angestellten verlangte, dessen Arbeit als gleichwertig zu ihrer Tätigkeit betrachtet werden konnte.[37] Der Klägerin wurde entgegen gehalten, sie müsse zeigen, dass das gesamte Entgeltsystem in sich diskriminierend sei. Es sei eine statistische Betrachtung anzustellen, und es seien Vergleichsgruppen zu bilden, um eine Vermutung der Diskriminierung begründen zu können. Die Vergleichsgruppen seien nicht in Hinblick auf eine konkrete Tätigkeit zu ermitteln, sondern in Hinblick auf die Tarifgruppen des Regelungssystems.[38] Man müsste sich die Tarifgruppen für technische Angestellte und für SozialarbeiterInnen anschauen, und dann die Geschlechtszugehörigkeit aller Beschäftigten, die unter diese Tarifgruppen fallen, vergleichen. Nur wenn statistisch gesehen unter den schlechter bezahlten SozialarbeiterInnen insgesamt deutlich mehr Frauen seien als unter den besser bezahlten technischen Angestellten, komme ein Gleichbehandlungsanspruch in Betracht. In beiden Gesamtgruppen waren aber Männer überrepräsentiert.

So wurde versäumt, einen individuellen Vergleich der Tätigkeiten der Klägerin mit einem anderen Arbeitnehmer anzustellen. Solche individuellen Vergleiche sind eigentlich im Prinzip »gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit« angelegt.[39] Danach kann sich die Frau, die gleiches Entgelt einklagt, aussuchen, mit wem sie sich vergleicht. Der Arbeitgeber muss/kann im Fall, dass die Tätigkeiten der Verglichenen gleichwertig sind, einen sachlichen Grund für die Differenzierung nennen.[40]

Ein solches Vorgehen hat aber mit dem Problem zu schaffen, dass die Vergleichsperson nicht willkürlich gewählt werden kann; es muss eine Person sein, die gleichwertige Arbeit ausführt. Wie kann die Gleichwertigkeit dargestellt werden?[41] Im erwähnten Fall des technischen Angestellten im Verhältnis zur Sozialarbeiterin, den das Bundesarbeitsgericht zu behandeln hatte, wurde Gleichwertigkeit in Bezug auf die Merkmale des kollektiven Entgeltsystems festgestellt. Der betreffende Tarifvertrag (der BAT) stellte beide Male auf Berufsausbildung und Schwierigkeit der Tätigkeit ab, und beide Tätigkeiten waren insofern vergleichbar. In einer neueren Entscheidung aus dem Jahre 2005 berief sich das Bundesarbeitsgericht für die Feststellung von Gleichwertigkeit auf »objektive

36 Schiek/M.Schmidt (Fn. 6), § 8 Rn. 6.
37 BAG, 10.12.1997, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Diskriminierung. Hierzu ausführlich Colneric (Fn. 22), S. 45 ff.
38 Vergleich aller von BAT IVa Erfassten und alle von BAT III Erfassten; genauer dazu Colneric (Fn. 22).
39 Colneric (Fn. 22), S. 57.
40 Ausführlich Colneric (Fn. 22).
41 Zum Problem vgl. Schiek/M.Schmidt (Fn. 6), § 8 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Maßstäbe der Arbeitsbewertung«, wobei die Praxis der Tarifvertragsparteien und die allgemeine Verkehrsanschauung Anhaltspunkte geben sollten.[42]
Dies zeigt wieder: Bewertungsentscheidungen sind nie individuell, sondern immer vergleichend, also kollektiv. Deshalb bezieht sich ein individuelles Entgeltgleichheitsgebot immer auf eine Bewertung mit kollektivem Charakter. Bei aller Kritik, die an der deutschen Rechtsprechung mit ihrem Fokus auf die mittelbare Diskriminierung zu üben ist: Eine rein individuell-vergleichende Betrachtung ist letztlich nicht möglich. Beim individuellen Vergleich muss die Benachteiligte die Gleichwertigkeit ihrer Tätigkeit nachweisen, und für die Ermittlung der Grundgesamtheit, in Bezug auf die verglichen werden soll, muss meist wieder auf das kollektive Regelungssystem zurückgegriffen werden – das möglicher Weise selbst diskriminierend ist.[43] Das Bundesarbeitsgericht hat jüngst selbst einen Vergleich der im Tarifvertrag verwendeten ähnlichen Tarifgruppenmerkmale (beide Male »einfache Tätigkeiten«) nicht ausreichen lassen, um zu einer Bewertung als gleichwertig zu kommen;[44] intransparente Tarifverträge, die mit summarischen Arbeitsbewertungen arbeiten, können keine geeigneten Vergleichsmaßstäbe darstellen. Der individuelle Entgeltsanspruch als Königinnenweg der Rechtsdurchsetzung ist so zwar operationalisierbar; er leidet aber unter der schwierigen Handhabbarkeit, die Zugangskarrieren zum Rechtsschutz erhöht.

IV. Proaktive Herstellung von Entgeltgleichheit und Pay Equity Plans

1. Projekte für die geschlechtergerechte Arbeitsbewertung

In der sozialwissenschaftlichen Arbeitsbewertung gibt es mittlerweile eine Reihe von Ansätzen zur Entwicklung einer geschlechtergerechten Entgeltgestaltung. In der Schweiz, Deutschland und Österreich hat sich insofern vor allem die Arbeitsbewertung nach ABAKABA durchgesetzt.[45] Im Rahmen des früheren deutschen Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst, des BAT, sind mehrere Projekte zur Durchsetzung dieses und ähnlicher Bewertungssysteme durchgeführt worden.[46] Auch in Dänemark hat es zum Beispiel seit dem Jahr 2000/2001 Versuche der Gewerkschaften gegeben, über die tatsächliche Durchsetzung von Entgeltgleichheit wichtige Veränderungen in den Entgeltstrukturen zu erreichen.[47]
Aber: Mitgliederstruktur und Interessen beider Tarifvertragsparteien lassen nicht erwarten, dass hier über Pilotprojekte hinaus viel geschieht.[48] Weibliche

42 BAG 26.1.2005, NZA 2005, S. 1059 ff unter Verweis auf die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 612 III BGB, BT-Drucks. 8/3317, S. 10. Siehe auch schon BAG, 23.8.1995, AP Nr. 48 zu § 612 BGB, wo Vorkenntnisse, Fähigkeiten und eine vielseitige Verwendbarkeit als zulässige Kriterien erachtet wurden. In Deutschland wird die allgemeine Verkehrsanschauung häufig über die Tarifpraxis bestimmt, während zum Beispiel die schweizerischen Gerichte insofern auch auf Arbeitsbewertungsstudien externer Institutionen zurück greifen (Albrecht, Der Begriff der gleichwertigen Arbeit im Sinne des Lohngleichheitssatzes, 1998, S. 29 ff).
43 Colneric (Fn. 22), S. 58 f.
44 BAG 26.1.2005, NZA 2005, S. 1059 ff.
45 Entwickelt durch die Herren Katz und Baitsch im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann. Ausführlich zu den Aufwertungskampagnen im öffentlichen Dienst Carl/Krehnke, Streit 2002, S. 66 ff.
46 Siehe jetzt auch die Handreichung des DGB für Tarifverträge »Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit«, 2003, oder die Broschüre »Chancengleichheit: vereinbaren – umsetzen – leben« der Gewerkschaft verdi.
47 Roseberry (Fn. 11), S. 229 f.
48 Pfarr (Fn. 33), S. 788; Bergamaschi, The Gender Perspective in the Policies of European Trade Unions, in: Mariagrazia Rossilli (Hrsg.), Gender Policies in the European Union, 2000, S. 159 ff, zur Rolle der Gewerkschaften und ihrer Geschlechtergleichstellungspolitiken in der EU; sie äußert sich auch zum Stand der Vereinbarungen mit der Arbeitgeberseite.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Beschäftigte sind schwächer kollektiv durch Gewerkschaften repräsentiert.[49] Das ist ja gerade der Grund dafür, dass die Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen nur für den Ausgleich des Machtungleichgewichts zwischen Beschäftigten und Arbeitgeber gilt, nicht aber im »Horizontalverhältnis« zwischen den Beschäftigten.[50] Das ist ja gerade der Grund dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz ohne Abstriche auf Tarifverträge anzuwenden ist. Es fehlt an einer Repräsentation der Interessen an Geschlechtergerechtigkeit und an durchsetzungsstarken Akteur/innen, die sich dafür einsetzen könnten.

2. Pro-aktive prozedurale Pflichten zur »Förderung des Sozialen Dialogs«

Da dies europaweit der Fall ist, gibt es in zahlreichen Ländern der EU gesetzliche Regeln, die die »Sozialpartner«, also Arbeitgeber und Betriebsräte oder Gewerkschaften zur Durchführung von Verhandlungen verpflichten oder zumindest dazu verpflichten, die Voraussetzungen für Verhandlungen zu schaffen.
Die EU wünscht sich ausweislich ihrer Antidiskriminierungsrichtlinien einen verstärkten »Sozialen Dialog« zur Gleichbehandlung. Allerdings enthält bisher Art. 8b der Richtlinie zur Gleichbehandlung der Geschlechter 76/207/EWG lediglich unverbindliche Vorschläge an die Mitgliedstaaten. Lediglich Art. 21 Abs. 4 der Richtlinie 2006/54 wird künftig die Mitgliedstaaten dazu verpflichten, die Arbeitgeber zu »ersuchen«, »den Arbeitnehmern und/oder den Arbeitnehmervertretern in regelmäßigen angemessenen Abständen Informationen über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in ihrem Betrieb zu geben. Diese Informationen können Übersichten über den Anteil von Männern und Frauen auf den unterschiedlichen Ebenen des Betriebs, ihr Entgelt sowie Unterschiede beim Entgelt und mögliche Maßnahmen zur Verbesserung der Situation in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretern enthalten.«
Die Richtlinie nimmt damit rechtspolitische Entwicklungen aus den Mitgliedstaaten lediglich minimal auf. So regelt der schwedische Equal Opportunities Act von 2001 für alle Arbeitgeber, dass Gewerkschaften Informationen über Individualentgelte erhalten, wenn diese zur Beurteilung von möglicherweise diskriminierenden Entgeltunterschieden notwendig sind, und dass betriebliche action plans vorzusehen sind.[51] Informationspflichten des Arbeitgebers gegenüber Beschäftigten bzw. gegenüber Gewerkschaften regeln der finnische Equal Opportunity Act[52] und der Danish Equal Pay Act (no 445) vom 7. Juni 2001.[53] In Frankreich haben Arbeitgeber nach dem Gesetz vom 9. Mai 2001 jedes Jahr eine Verhandlung über die berufliche Gleichheit zwischen den Geschlechtern durchzuführen und einen entsprechenden Jahresbericht zu erstellen.[54] In Firmen mit über 200 Beschäftigten muss der Betriebsrat eine Gleichbehandlungskommission einrichten, um den jährlichen Bericht zu diskutieren.[55]

49 Zu den Mitgliederzahlen von Männern und Frauen in den DGB-Gewerkschaften siehe die Zahlen auf <http://www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen/mitglieder.htm#>.
50 Zum Umfang der Richtigkeitsgewähr jetzt wieder BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 (CGM). Dieterich, Anm. zu BAG, 4.4.2000, RdA 2001, S. 112 ff.
51 Roseberry (Fn. 11), S. 240.
52 Sec. 8 verlangt seit 1995, dass Arbeitgeber auf Verlangen von Beschäftigten Informationen zu geben haben, wenn ein Diskriminierungsverdacht besteht.
53 Er verpflichtet nach Sec. 5a alle Betriebe mit 10 oder mehr Beschäftigten, Informationen über Entgelt (unter anderem geschlechtsspezifisch aufgeteilt) an einzelne Beschäftigte, eine Gewerkschaft oder das Equality Board zu geben.
54 Le Friant, AuR 2003, S. 55; genauer Berthou, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJLLIR) 2003, S. 109 (S. 112 ff).
55 Genauer zum Bericht Berthou, IJLLIR 2003, S. 130 f.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Eine reichlich zynische Form der »Förderung« des Sozialen Dialogs führt § 15 Abs. 3 des neuen deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) vor, wonach der Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet sein soll, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. Die Privilegierung von Kollektivvereinbarungen widerspricht der Rechtsprechung des EuGH zur Verschuldensunabhängigkeit der Entschädigung.[56]

3. Pro-aktive prozedurale Pflichten zur »Förderung Sozialen Dialogs«

Die Ansätze aus Skandinavien und Frankreich überlassen viel der freiwilligen Verhandlung. Andere proaktive Verfahrens- und Regelungsmodelle sind hingegen verpflichtend.[57] Vorbild ist hier meist Kanada bzw. die kanadische Provinz Ontario und ein entsprechendes Gesetz aus dem Jahre 1987, das sich in den vergangenen 15-20 Jahren als erfolgreich erwiesen hat.[58] Dieser proaktive Ansatz verpflichtet die Arbeitgeber und/oder die Sozialpartner gesetzlich dazu, einen aktiven präventiven Beitrag zur Umsetzung der Lohngleichheit zu leisten, indem sie im Betrieb Lohngleichheitskommissionen einsetzen, die wiederum einen »pay equity plan« erstellen, der entgeltpolitische Anpassungsnotwendigkeiten festschreibt.

In solchen Ansätzen wird prozedurales Recht dazu eingesetzt, betriebliche Prozesse in Gang zu setzen und Blockaden bei den AkteurInnen überwinden zu helfen; sie verzichten auf eine behördliche Instanz zur flächendeckenden Kontrolle.[59] In diesem Sinne hat Heide Pfarr einen konkreten Vorschlag für ein deutsches »Gesetz zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen« vorgelegt. Der Entwurf knüpft am Mainstreaming-Ansatz des Entwurfs der Expertinnenkommission für ein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft an.[60] Der jetzige Vorschlag behandelt speziell die Probleme bei der Durchsetzung von Entgeltgleichheit. Er schlägt vor, Tarifvertragsparteien und Unternehmen nicht nur zur diskriminierungsfreien Arbeitsbewertung zu verpflichten, sondern darüber hinaus einen Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien zum Zwecke der Entgeltgleichheit zu schaffen. Der Verhandlungsanspruch wäre durchzusetzen, indem bei Ausbleiben oder Scheitern der Verhandlungen ein Schiedsverfahren durch eine Entgeltgleichheitskommission durchzuführen wäre.

Der Entwurf behandelt ähnlich wie das Ontario-Gesetz auch die Frage, wie die bestehenden Entgeltstrukturen in diskriminierungsfreie Strukturen zu überführen sind. Der Grundgedanke hierbei ist der der »Aufkommensneutralität«: Das Entgelt der bislang benachteiligten Beschäftigten würde nach und nach angehoben; das Entgelt der bislang bevorzugten Beschäftigten würde nach und nach abgeschmolzen. Dabei ergeben sich praktische und rechtliche Probleme. Die bestehenden Ansprüche der bislang bevorzugten Beschäftigten sind in der Regel zumindest individualvertraglich abgesichert. Sie können nicht einfach gekürzt werden. Umgekehrt gilt: Bei einem diskriminierenden Entgeltsystem waren die

56 EuGH 22.4.1997 – C-180/95 (Draehmpaehl), Slg. 1997, S. 2195 ff. Siehe auch schon EuGH 8.11.1990 – C-177/88, (Dekker), Slg. 1990, S. 3941 ff; zur Europarechtswidrigkeit genauer Schiek/Kocher (Fn. 6), § 15 Rn. 50 ff.

57 Winter (Fn. 2); Scholz (Fn. 8).

58 Vgl. Pfarr (Fn. 33), S. 788, Fn. 69.

59 Pfarr (Fn. 33), S. 788.

60 Pfarr (Hrsg.), Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, 2001; Kocher, RdA 2002, S. 167 ff; Laskowski, ZRP 2001, S. 504 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bislang benachteiligten Beschäftigten aufgrund ihres Individualanspruchs auf Entgeltgleichheit mindestens auf das Niveau derjenigen Beschäftigten anzuheben, die bislang wegen ihres Geschlechts Vorteile hatten. Eine langsame Angleichung entspricht nicht dem für Vergangenheit und oft auch für Gegenwart und Zukunft bestehenden Gleichbehandlungsanspruch. Der Individualanspruch auf Gleichbehandlung sieht sofortige und unbedingte Gleichbehandlung vor, auch rückwirkend. Eine neue, diskriminierungsfreie kollektive Entgeltregelung, die Individualansprüche nicht antastet, kann deshalb nicht aufkommensneutral für die Unternehmen sein. Sie muss sowohl den Besitzstand der Bevorzugten wahren als auch den entsprechenden rechtlichen »Besitzstand« der Benachteiligten, der bislang zu Unrecht nicht durchgesetzt war.

Im Pay Equity Act Ontarios ist das Problem so gelöst worden, dass im Anschluss an die geschlechtergerechte Überarbeitung des Entgeltsystems Fristen für die Vornahme von Ausgleichszahlungen vorgeschrieben sind. Diese Ausgleichszahlungen werden an die bislang Diskriminierten vorgenommen; dabei soll auch ein rückwirkender Ausgleich erfolgen. Parallel wird das Entgelt der bislang Bevorzugten eingefroren.[61] Politisch-wirtschaftlich erleichtert ein solches Modell die tatsächliche Durchsetzung von pay equity plans nicht gerade. Für England haben deshalb Bob Hepple, Mary Coussey und Tufval Choudhoury im Jahre 2000 vorgeschlagen, der proaktiven Entgeltangleichung den Vorrang gegenüber der individuellen und unbedingten Gleichbehandlung zuzusprechen. Ihr rechtspolitischer Vorschlag lautet: »It should be possible to contract-out of the individual's to equal pay by collective agreement or workforce agreement in respect of a defined an reasonable period so far as is appropriate and necessary to allow the employer time to absorb the costs of implementation of an agreed pay equity plan.«[62]

Weniger weit geht der Vorschlag von Heide Pfarr. Danach sollen die individuellen Ansprüche nicht zurücktreten, sondern sich lediglich nach den Ergebnissen des kollektiven Verhandlungsverfahrens richten. Eine gerichtliche Überprüfung der Ergebnisse des pay equity plans solle zum einen bindende Wirkung für Individualverfahren haben. Darüber hinaus sollten individualrechtliche Entgeltgleichheitsklagen ausgesetzt werden, damit und soweit im Betrieb des beklagten Arbeitgebers eine Überprüfung des Entgeltsystems auf Diskriminierungsfreiheit stattfindet; das Ergebnis der Überprüfung, der pay equity plan, solle dann Rechtsgrundlage der Entscheidung des Arbeitsgerichts werden. Der potenzielle Konflikt mit den Individualansprüchen auf Gleichbehandlung wird in diesem Modell so gelöst, dass der pay equity plan im Individualverfahren auch dann zu akzeptieren sein soll, wenn er eine Anpassung in »Stufen« vorsieht.

4. Rechtliche Zulässigkeit einer langsamen Entgeltanpassung

In solchen rechtspolitischen Überlegungen sind die Mitgliedstaaten der EG nicht frei; denn das europäische Recht enthält in Art. 141 EGV einen unbedingten Individualanspruch auf Entgeltgleichheit. Es stellt sich damit die Frage nach der europarechtlichen Zulässigkeit proaktiver Modelle langsamer Entgeltanpassung.

61 Ausführlich Winter (Fn. 2), S. 315 ff; S. 341 ff; S. 359 ff.

62 Hepple/Coussey/Choudhoury (Fn. 6); gegen einen solchen »politischen ‚trade off' zwischen individueller Rechtsdurchsetzung und proaktivem, auf Gruppengerechtigkeit ausgerichtetem Antidiskriminierungsrecht« auch Schiek/Schiek (Fn. 6), Einl., Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Eignung von Kollektivverhandlungen zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots hat der EuGH im Jahre 1988 anhand von Art. 19 Abs. 2 des französischen Gesetzes Nr. 83-635 behandelt, der die Abschaffung diskriminierender Bedingungen den Sozialpartnern überließ.[63] Der französische Gesetzgeber behauptete damals, der Weg der Tarifverhandlung sei für die Anpassung der bestehenden Verhältnisse an den Grundsatz der Gleichbehandlung am ehesten angezeigt, weil so besser als durch eine gesetzgeberische Maßnahme das tatsächliche Verhalten der Betroffenen beeinflusst und damit jeder Diskriminierung ein Ende bereitet werden könne. Als Folge des Gesetzes wurden in der Zeit von 1984 bis 1987 sechzehn Tarifverträge – hiervon elf mit nationaler Geltung – neu ausgehandelt. Weil dies äußerst wenig war im Verhältnis zur Gesamtzahl der jährlich in Frankreich abgeschlossenen Tarifverträge, stellte der EuGH fest, dass die Abschaffung von Ungleichheiten nicht den Sozialpartnern überlassen werden könne, ohne eine Frist für die Erfüllung dieser Verpflichtung zu setzen. Die Mitgliedstaaten müssten auch dann das Heft in der Hand behalten, wenn sie maßgeblich auf das Handeln der Sozialpartner setzen wollten.[64]

Auch nach diesen Prämissen ist jedenfalls § 15 Abs. 3 AGG europarechtswidrig und kein zulässiges Instrument der proaktiven Förderung des Sozialen Dialogs. Denn diese Regelung verlangt nicht nur keine inhaltliche Kontrolle der Vereinbarungen statt, sondern belohnt sogar allein das Tätigwerden – bzw. das Nicht-Tätigwerden, denn die Privilegierung gilt ja auch für die diskriminierenden Tarifverträge und andere Regelwerke, mit denen Gleichstellung nicht einmal angestrebt wird. Auch stellt der EuGH zu Recht fest: Selbst wenn Tarifverhandlungen der einzig angezeigte Weg sein sollten, um Gleichbehandlung in der Zukunft zu gewährleisten, kann dies keine Rechtfertigung für eine innerstaatliche Regelung darstellen, die die Abschaffung bestimmter Ungleichheiten den Sozialpartnern überlässt, ohne eine Frist für die Erfüllung dieser Verpflichtung zu setzen.[65] In der genannten Entscheidung des EuGH ist zwar der Wille zu erkennen, den Sozialen Dialog als Instrument zu akzeptieren, eine Tendenz, die in den neuen Antidiskriminierungsrichtlinien mit ihren Vorschriften zur Förderung des Sozialen Dialogs noch deutlicher ausgeprägt ist. Der Soziale Dialog kann aber nicht per se als Rechtfertigung für diskriminierende Strukturen dienen.

Pay Equity Plans könnten aber als positive Maßnahmen im Sinne des Diskriminierungsschutzes zulässig sein, wie sie zum Beispiel durch Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG auch künftig erlaubt sein werden: Danach können die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Abs. 4 des EG-Vertrags beibehalten oder beschließen. Art. 141 Abs. 4 EGV wiederum lautet: »Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.« Im deutschen Recht ist dieser Vorbehalt nun in § 5 AGG enthalten.

63 EuGH, 25.10.1988, Slg. 1988, 6315 = NJW 1989, S. 3086; dazu auch Wissmann, Diskriminierende Ausnahmen von Tarifansprüchen und Regelungsabstinenz der Tarifparteien, Festschrift für Dieterich, 1999, S. 693.

64 So auch schon EuGH 143/83, Kommission v Dänemark, [1985] ECR 427.

65 EuGH 25.10.1988, Slg. 1988, S. 6315 ff (Kommission./.Frankreich) = NJW 1989, S. 3086.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Daran, dass die diskutierten proaktiven Maßnahmen einem Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn dienen, kann kaum kein Zweifel bestehen.[66] Allerdings müsste gewährleistet sein, dass die Maßnahmen hierzu wirklich geeignet sind – und hier wäre das rechtliche Einfallstor, um eine Wirksamkeit bzw. Effektivität der pay equity plans bzw. der Verfahren, in denen sie zustande kommen, rechtlich zu fordern. Solche Anforderungen müssten zunächst natürlich beinhalten, dass am Ende des Anpassungsprozesses wirkliche Entgeltgleichheit stehen muss. Für die Anpassungsphase selbst kann aber nicht unbeschränkt auf die Entgeltsgleichheitskommissionen vertraut werden.

Das Problem, das diese häufig aufweisen, hat zum Beispiel Regine Winter am Beispiel der Regelung aus Ontario dargestellt: Dort sollten die Entgeltgleichheitskommissionen auch in Bezug auf die Geschlechtszugehörigkeit repräsentativ zusammengesetzt sein, ein geschlechtsstereotypisierender Ansatz, der davon ausgeht, dass Frauen notwendigerweise qua Geschlecht die Interessen an einer Gleichbehandlung einbringen werden.[67] In der Praxis hat sich in Ontario gezeigt, dass dies nicht gut funktioniert, das heißt nicht zu geschlechtergerechteren Regelungen führt. Der Ansatz bei einer Repräsentation des Sachinteresses an der Gleichbehandlung könnte mehr Erfolg versprechen. Winter schlägt insofern vor, die Kommissionen sollten eine Anleitung für die geschlechtsneutrale Bewertung von Tätigkeiten und Arbeitsplätzen erhalten.[68]

Der Entwurf der Expertinnenkommission für ein deutsches Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft[69] setzt insofern auf einen prozeduralen Ansatz: Den betrieblichen Akteur/innen – Arbeitgeber, Betriebsrat und Gewerkschaft – sollte eine betriebliche oder überbetriebliche Koordinierungsstelle für Gleichstellungsfragen an die Seite gestellt werden, die sie in der Gleichstellungspolitik berät.[70] Die Einführung solcher Stellen wäre wohl eine ausreichende prozedurale Gewährleistung von Geschlechtergerechtigkeit im Sinne des § 5 AGG.

Wie eine entsprechende Repräsentation im allgemeinen Diskriminierungsschutz (§ 1 AGG) und insbesondere für das Problem der multidimensionalen Diskriminierung (vgl. § 4 AGG) anzugehen ist, ist damit allerdings nicht geklärt. Hier sind angemessene Repräsentationskonzepte noch nicht entwickelt.

66 Zu den Anforderungen an eine formale Bevorzugung siehe EuGH, 17.10.1995, C-450/93, Slg. 1995, 3051 (Kalanke); das BAG, 5.3.1996, NJW 1996, S. 2529 ff kritisierte die Unterscheidung von Chance und Ergebnis; EuGH, 11.11.1997, C-409/95 (Marschall) vertrat dann ein stärker materiales Gleichheitsverständnis und erkannte an, dass sich eine Förderungsmaßnahme auch gegen Diskriminierungen und Stereotypisierungen richten dürfe; zur Diskussion auch Schiek, European Law Journal (ELJ) 4 (1998), S. 148 ff.

67 Für einen Überblick über verschiedene Ansätze der Repräsentation siehe Kocher, KJ 1999, S. 182 ff.

68 Winter (Fn. 2), S. 333.

69 Pfarr (Hrsg.), 2001 (Fn. 60); Kocher, RdA 2002, S. 167 ff; Laskowski, ZRP 2001, S. 504 ff.

70 §§ 4 III 12 des Entwurfs.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2007-1-22
Generiert durch IP '3.15.197.123', am 29.04.2024, 01:10:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.