

Schriften der Hans-Böckler-Stiftung

Lena Oerder

Zur Entgeltgleichheit von Frauen und Männern

Rechtssoziologische Erkenntnisse und Analysen
neuer Informationsrechte



Nomos

Schriften der Hans-Böckler-Stiftung

Band 81

Lena Oerder

Zur Entgeltgleichheit von Frauen und Männern

Rechtssoziologische Erkenntnisse und Analysen
neuer Informationsrechte



Nomos

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

Zugl.: Frankfurt/Oder, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-2091-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-6480-6 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Allen mutigen Frauen des FJT

Danksagung

Diese Arbeit hätte nicht entstehen können ohne die ideelle und finanzielle Unterstützung der Hans Böckler Stiftung beziehungsweise des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts, denen ich hierfür ganz herzlich danken möchte. Ich danke ebenfalls herzlich meiner Doktormutter Prof. Dr. Eva Kocher für die raschen Rückmeldungen und konstruktiven Anmerkungen. Darüber hinaus danke ich Prof. Dr. Heide Pfarr, die mir die Chance zu dieser Arbeit gegeben hat, Dr. Christina Klenner und Dr. Nadine Absenger für ihre Hilfsbereitschaft und guten Vorschläge. Ebenso danke ich meinen Doktorschwestern Sarah Lillemeier, Barbara Zimmer und Susanne Schulz für die netten Gespräche und großartigen Mittagspausen. Für die kritische Durchsicht danke ich Peter Oerder, Christine Braunschmidt und Daniel Ulber. Schließlich danke ich herzlich Ursula Lopez-Oerder, Katharina Oerder und Cornel Potthast für ständige Unterstützung, Rat und Motivation zu jeder Tages- und Nachtzeit.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Anlass der Untersuchung	19
II. Gang der Arbeit	21
B. Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern	24
I. Der Gender Pay Gap in Deutschland	24
II. Die Rechtsgrundlagen der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen	26
1. Zu den europäischen und nationalen Rechtsgrundlagen	26
a) Rechtsgrundlagen auf europäischer Ebene	26
b) Rechtsgrundlage auf nationaler Ebene	27
2. Die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung	29
3. Die einheitliche Quelle der Ungleichbehandlung	30
4. Der Begriff des Entgelts	31
5. Die Begriffe der gleichen und gleichwertigen Arbeit	32
II. Ursachen und Erscheinungsformen	33
1. Gründe der Lohnlücke abseits der Entgeldiskriminierung	33
2. Entstehung von Entgeldiskriminierung aufgrund des Geschlechts	35
3. Verfahren zur Bewertung von Arbeit	38
a) Das summarische Verfahren	38
b) Das analytische Verfahren	40
4. Messinstrumente zur Überprüfung von Entgeltgleichheit der Geschlechter	41
a) Logib-D	41
b) eg-check.de	42
IV. Zusammenfassung	43
C. Rechtssoziologische Ansätze	45
I. Vorüberlegung: Kann Recht steuern?	45

Inhaltsverzeichnis

II. Begriffe	48
1. Effektivität und Wirksamkeit	48
2. Befolgung	50
3. Durchsetzung und Mobilisierung	50
4. Geltung	51
5. Inanspruchnahme	52
6. Adressierte von Rechtsnormen	52
III. Effektivitätsfaktoren von Normen	53
1. Vorgehensweise	53
2. Die Modelle von Opp, Diekmann und Rottlenthner zur Befolgung und Inanspruchnahme von Gesetzen	54
a) Das Modell zur Befolgung von Gesetzen	55
aa) Variablen erster Stufe mit positivem Zusammenhang	55
(1) Variablen zweiter Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der Informiertheit über das Gesetz	55
(2) Variablen zweiter Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der erwarteten negativen Sanktionierung bei der Einhaltung des Gesetzes	56
(3) Variablen zweiter Stufe mit negativem Zusammenhang zum Grad der erwarteten negativen Sanktionierung bei der Einhaltung des Gesetzes	56
bb) Variablen erster Stufe mit negativem Zusammenhang	56
cc) Variablen zweiter Stufe mit negativem Zusammenhang zum Grad der normativen Abweichung vom Gesetz	57
b) Das Modell zur Inanspruchnahme von Gesetzen	57
aa) Variablen erster Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der Inanspruchnahme von Gesetzen	57
(1) Variablen zweiter Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der erwarteten Nachteile bei Nicht-Inanspruchnahme und Grad der erwarteten Vorteile bei Inanspruchnahme	58

(2) Variablen zweiter Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der Informiertheit über das Gesetz	58
(3) Variable zweiter Stufe mit negativem Zusammenhang zur Häufigkeit der normrelevanten Situation	58
bb) Variablen erster Stufe mit negativem Zusammenhang zum Grad der Inanspruchnahme von Gesetzen	58
(1) Variablen zweiter Stufe mit positivem und negativem Zusammenhang zum Grad der normativen Abweichung	59
(2) Variablen zweiter Stufe mit negativem Zusammenhang zum Grad der erwarteten Nachteile bei Inanspruchnahme und zum Grad der erwarteten Vorteile bei Nicht-Inanspruchnahme	59
c) Zusammenfassung	59
3. Die Effektivitätsfaktoren von Normen im Einzelnen	60
a) Information	60
aa) Informiertheit der ArbeitgeberInnen als besonders Adressierte	64
bb) Informiertheit der ArbeitnehmerInnen als besonders Adressierte	66
cc) Die Informationsquellen arbeitsrechtlichen Sachverstands	67
(1) Informationsquellen der generell Adressierten	67
(2) Informationsquellen der ArbeitgeberInnen als besonders Adressierte	69
dd) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente	70
ee) Zwischenfazit	72
b) Sensibilisierung	72
aa) Sensibilisierung der generell Adressierten	75
bb) Sensibilisierung der besonders Adressierten	78
cc) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente	80
dd) Zwischenfazit	83

Inhaltsverzeichnis

c) Rechtsbewusstsein/Rechtsgefühl	83
aa) Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl der generell Adressierten	86
bb) Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl der ArbeitgeberInnen als besonders Adressierte	88
cc) Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl der ArbeitnehmerInnen als besonders Adressierte	90
dd) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente	90
ee) Zwischenfazit	93
d) Positive Kosten-Nutzen-Bilanz	94
aa) Sanktionen als Kosten	95
bb) Entdeckungsrisiko als Kosten	97
cc) Kritik	99
dd) Die Kosten-Nutzen-Analyse im Arbeitsrecht	100
ee) Einflüsse anderer Faktoren und Instrumente	101
ff) Zwischenfazit	102
e) Verständlichkeit und klare Zielsetzung des Gesetzes	102
aa) Zur Verständlichkeit des Gesetzestextes	102
(1) Voraussetzungen für die Verständlichkeit des Gesetzes bei den ArbeitgeberInnen als besonders Adressierte	105
(2) Voraussetzungen für die Verständlichkeit des Gesetzes bei den ArbeitnehmerInnen als besonders Adressierte	106
bb) Zur klaren Zielsetzung des Gesetzes	107
cc) Einflüsse anderer Faktoren und Instrumente	108
dd) Zwischenfazit	109
f) Abbau von Zugangsbarrieren zu Gericht	110
aa) Informationsdefizite	113
bb) Soziale Hemmnisse	115
cc) Prozessuale Hemmnisse	121
dd) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente	124
ee) Zwischenfazit	124
g) Kreis der Adressierten und Art der zu regelnden Materie	125
aa) Die Art der zu regelnden Materie	126
bb) Der Kreis der generell Adressierten	129
cc) Der Kreis der besonders Adressierten der ArbeitgeberInnen	131

dd) Der Kreis der besonders Adressierten der ArbeitnehmerInnen	132
ee) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente	134
ff) Zwischenfazit	135
h) Zusammenfassung	135
 D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit	141
I. Informationsbeschaffung	141
1. Informationsbeschaffung als besonderes Problem	141
2. Verhältnis der Anspruchsgrundlagen zueinander	143
3. Materiell-rechtliche Schwierigkeiten beim Entgeltgleichheitsanspruch	144
a) Vergleichbarkeit der Tätigkeit	146
b) Ungleiches Entgelt	148
c) Rechtfertigungsgründe	151
d) Zwischenfazit	152
4. Prozessuale Anforderungen	153
a) Verteilung der Beweislast nach § 22 AGG	153
aa) Reichweite der Beweismaßreduzierung	155
bb) Nachweis der Indizien	156
b) Zulässige Indizien im Rahmen des § 22 AGG	157
aa) Benachteiligung	158
bb) Statistik	160
cc) Bildung der richtigen Vergleichsgruppe	162
c) Zwischenfazit	164
5. Konkrete Möglichkeiten der Informationsbeschaffung von potenziell Benachteiligten	165
6. Zusammenfassung	169
II. Mögliche AkteurInnen im Rahmen der Informationsbeschaffung	170
1. Die ArbeitnehmerInnenseite	170
2. Die ArbeitgeberInnen	171
3. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes	172
 E. Überprüfung einzelner Instrumente zur Verbesserung der Informationsbeschaffung über Tatbestandsvoraussetzungen	173
I. Vorgehensweise	173

Inhaltsverzeichnis

II. Rechtliche Grundlagen der Handlungsoptionen	174
III. Verfahrensrechtliche Instrumente	176
1. Ausdehnung der Beweiserleichterung	177
a) Herrschende Meinung	178
aa) Die Argumente im Einzelnen	178
bb) Rechtssoziologische Bewertung	179
b) Gegenmeinung	179
aa) Die Argumente im Einzelnen	179
bb) Rechtssoziologische Bewertung	184
c) Ergebnis	186
aa) Rechtsdogmatische Bewertung	186
bb) Rechtssoziologische Bewertung	188
2. Beweismaß der Indizien	190
a) Argumente für ein abgesenktes Beweismaß, Konsequenzen und rechtssoziologische Bewertung	191
aa) Die Argumente im Einzelnen	191
bb) Konsequenz: unterschiedliche Beweisanforderungen an die Parteien	193
cc) Rechtssoziologische Bewertung	194
b) Argumente gegen ein abgesenktes Beweismaß, Konsequenz und rechtssoziologische Bewertung	196
aa) Die Argumente im Einzelnen	196
bb) Konsequenz	197
cc) Rechtssoziologische Bewertung	198
c) Ergebnis	198
aa) Rechtsdogmatische Bewertung	198
bb) Rechtssoziologische Bewertung	202
3. Herabsetzung der Anforderungen an den Statistikbeweis	203
a) Das Urteil des BAG und seine Auswirkungen auf den Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen Männern und Frauen	204
b) Die Statistik als ausreichendes Indiz	207
aa) Rechtsdogmatische Bewertung	207
bb) Rechtssoziologische Bewertung	208
c) Verringerte Anforderungen bei Darlegungsnot	208
aa) Rechtsdogmatische Bewertung	208
bb) Rechtssoziologische Bewertung	210

d) Ergebnis	211
aa) Rechtsdogmatische Bewertung	211
bb) Rechtssoziologische Bewertung	212
4. Vereinfachte Bildung einer Vergleichsgruppe	212
a) Individueller Vergleich	212
aa) Rechtsdogmatische Bewertung	213
bb) Ergebnis	213
b) Vergleich einzelner Berufsgruppen	214
aa) Argumente gegen den Berufsgruppenvergleich	215
bb) Argumente für den Berufsgruppenvergleich	215
(1) Rechtsdogmatische Bewertung	215
(2) Rechtssoziologische Bewertung	216
c) Ergebnis	216
5. Ergebnis von Kapitel III.	217
a) Rechtsdogmatische Bewertung	217
b) Rechtssoziologische Bewertung	218
IV. Innerbetriebliche Instrumente	220
1. Erweiterung von Berichtspflichten der ArbeitgeberInnen	220
a) Bestehende Berichtspflichten auf ArbeitgeberInnenseite	221
aa) § 43 II 3 BetrVG	221
(1) Art und Umfang der Berichtspflicht	221
(2) Rechtssoziologische Bewertung	223
bb) Berichtspflichten aus dem Gesellschaftsrecht	225
(1) Art und Umfang der Berichtspflichten	225
(2) Rechtssoziologische Bewertung	226
b) Möglichkeiten der Erweiterung um Entgeltinformationen	228
aa) Ansatzpunkte aus dem Gesellschaftsrecht	228
(1) Rechtsdogmatische Bewertung	228
(2) Rechtssoziologische Bewertung	229
bb) Ansatzpunkte aus dem Arbeitsrecht	
(§ 43 II 3 BetrVG)	232
(1) Rechtsdogmatische Bewertung	233
(2) Rechtssoziologische Bewertung	234
cc) Ergebnis	235

Inhaltsverzeichnis

c) Erweiterungsmöglichkeiten um weitere Informationen	236
aa) Rechtsdogmatische Bewertung	236
bb) Rechtssoziologische Bewertung	237
cc) Zur Frage der Implementierung	238
(1) Implementierung im § 43 BetrVG	238
(a) Zur Frage der Mitbestimmung	239
(b) Mechanismen der Sanktionierung	241
(c) Ergebnis	244
(aa) Rechtsdogmatische Bewertung	244
(bb) Rechtssoziologische Bewertung	244
(2) Implementierung in §§ 2, 3 NachwG	245
(a) Rechtsdogmatische Bewertung	245
(b) Rechtssoziologische Bewertung	246
(3) Implementierung in § 12 AGG	247
(a) Rechtsdogmatische Bewertung	247
(b) Rechtssoziologische Bewertung	249
(4) Ergebnis	250
(a) Rechtsdogmatische Bewertung	251
(b) Rechtssoziologische Bewertung	252
2. Erweiterung von Auskunftsrechten der ArbeitnehmerInnen	254
a) Bestehende materielle Auskunftsrechte	255
aa) § 82 II 1 BetrVG	255
(1) Art und Umfang des Auskunftsrechts	255
(2) Rechtssoziologische Bewertung	257
bb) § 1 III 1, 2. HS KSchG	258
(1) Art und Umfang des Auskunftsrechts	258
(2) Rechtssoziologische Bewertung	260
cc) § 242 BGB	260
(1) Art und Umfang des Auskunftsrechts	260
(2) Rechtssoziologische Bewertung	262
dd) § 13 AÜG	263
(1) Art und Umfang des Auskunftsanspruchs	263
(2) Rechtssoziologische Bewertung	264

ee) Die Auslegung von Art. 8 I Richtlinie 2000/43/EG, Art. 10 I Richtlinie 2000/78/EG und Art. 19 I Richtlinie 2006/54/EG im Fall Meister	265
(1) Art und Umfang des Auskunftsanspruchs	265
(2) Rechtssoziologische Bewertung	268
b) Erweiterungsmöglichkeiten entsprechend der erweiterten Berichtspflicht	269
aa) Rechtsdogmatische Bewertung	269
bb) Rechtssoziologische Bewertung	270
c) Eigenständiges materielles Auskunftsrecht	272
aa) Datenschutzrechtliche Bedenken	274
bb) Bedenken bezüglich Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	276
cc) Weitere Bedenken	278
(1) Autonomie der ArbeitgeberInnen	278
(2) Waffengleichheit der Parteien	279
(3) Informationsbegehren von betriebsfremden AnspruchstellerInnen	281
(4) Verweigerung jeglicher Informationen als Indiz	282
dd) Ergebnis	283
3. Ergebnis von Kapitel IV.	285
a) Rechtsdogmatische Bewertung	285
b) Rechtssoziologische Bewertung	286
V. Außerbetriebliche Instrumente	287
1. Einführung eines pro-aktiven Handlungsansatzes	287
a) Bestehende pro-aktive Handlungsansätze	287
aa) Quebec	288
(1) Art und Umfang des Handlungsansatzes	288
(2) Rechtssoziologische Bewertung	290
bb) Schweden	291
(1) Art und Umfang des Handlungsansatzes	291
(2) Rechtssoziologische Bewertung	292
b) Formulierungsbeispiel eines pro-aktiven Handlungsansatzes für Deutschland	293
aa) Art und Umfang des Handlungsansatzes	294
bb) Rechtssoziologische Bewertung und Schlussfolgerungen	297

Inhaltsverzeichnis

2. Transparente Gestaltung des Entgeltgleichheitsanspruchs im AGG	301
a) Rechtsdogmatische Bewertung	302
b) Rechtssoziologische Bewertung	303
3. Ergebnis von Kapitel V.	305
a) Rechtsdogmatische Bewertung	305
b) Rechtssoziologische Bewertung	307
VI. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel E.	308
F. Fazit und Ausblick	310
G. Kernthesen	315
Literaturverzeichnis	317

A. Einleitung

I. Anlass der Untersuchung

Im Jahre 1896 wurde von *Clara Zetkin* auf dem Gothaer Parteitag der SPD „gleicher Lohn für gleiche Leistung ohne Unterschied des Geschlechts“ gefordert und im Rahmen einer Resolution von den Delegierten verabschiedet.¹

Am 22. März 2013 sagte *Christel Humme* in einer Rede im deutschen Bundestag: „Wir wollen (...) den Grundsatz ‚Gleicher Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit‘ tatsächlich durchsetzen.“²

127 Jahre liegen zwischen der Aussage *Zetkins* und *Hummes*, dennoch sind sie beinahe identisch. Dies verwundert umso mehr, da sich das Recht sich aus gleichstellungspolitischer Sicht in dieser Zeit stark weiter entwickelt hat. So wurden viele andere feministische Forderungen von *Clara Zetkin* im Laufe der Jahre erstritten: Frauen haben in Deutschland das aktive und das passive Wahlrecht, sie dürfen ihren Beruf frei wählen und auch im Privaten sind sie rechtlich weitaus besser gestellt als Ende des 19. Jahrhunderts. Was also macht die Forderung nach Entgeltgleichheit zwischen Männern so Frauen so außergewöhnlich, dass sie rechtlich immer noch nicht verwirklicht werden konnte?

Die Beantwortung dieser Ziel Frage soll Ausgangspunkt für das Ziel der Arbeit sein: rechtliche Instrumente zu entwickeln, mit deren Hilfe sich der Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen den Geschlechtern effektiv durchsetzen lässt. Zu einigen Ursachen des Durchsetzungsdefizits wurde bereits in breitem Umfang geforscht. So besteht in Teilen der Literatur Einigkeit darüber, dass die Erweiterung kollektiver Klagerechte für Betriebsräte, Gewerkschaften oder Antidiskriminierungsverbände den Beschäftigten dazu verhelfen könnten, bisher bestehende Ansprüche gegenüber ihren

1 Struckmann, „Gebt Raum den Frauen“, 2011, S. 29.

2 Rede von *Christel Humme* zur Plenardebate "Entgeltgleichheit für Männer und Frauen" am 22.03.2013, abrufbar unter: www.christel-humme.de/index.php?mod=content&menu=606&page_id=2430, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

A. Einleitung

ArbeitgeberInnen effektiv durchzusetzen.³ Ein Blick auf die Aktivitäten von Betriebsräten und Gewerkschaften zeigt jedoch, dass diese, obwohl sie bereits heute über Möglichkeiten verfügen sich für geschlechtsspezifische Entgeltgleichheit einzusetzen, dies kaum tun.⁴ Dies hat viele Gründe. Einer von ihnen mag sein, dass sowohl in betrieblichen als auch in gewerkschaftlichen Entscheidungsgremien für gewöhnlich weniger Frauen vertreten sind als Männer.⁵ So wäre auch zu erklären, weshalb die Forderung „Equal Pay“ beziehungsweise „gleiche Arbeit – gleiches Geld“ von der IG Metall fast ausschließlich für den (bislang männlich dominierten) Bereich der LeiharbeiterInnen genutzt wird.⁶ Doch nicht nur bei der IG Metall sind die genannten Forderungen offensichtlich als Synonyme für Gleichbehandlung in der Leiharbeit zu sehen. Auch ver.di verwendet die Schlagworte in diesem Sinne.⁷

Im Rahmen dieser Arbeit sprechen außerdem zwei weitere Gesichtspunkte gegen ein ausführliches Befassen mit Kollektivklagerechten: Zunächst ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten, dass sich in Deutschland kollektive Klagerechte im Arbeitsrecht nennenswertem Umfang durchgesetzt werden.⁸ Vor allem aber existiert bereits umfangreiches Material zu der Frage, wie kollektivrechtliche Verfahren im Arbeitsrecht effektiv ausgestaltet werden könnten.⁹ Vielmehr wird daher das Augenmerk auf individuelle Ansprüche beziehungsweise bestimmte gesetzliche Auskunftsverpflichtungen gelegt werden.

3 Baer, Rechtssoziologie, 2011, S. 220 ff.; Kocher/Laskowski/Rust/Weber, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 117 (138 ff.); Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998, S. 22.

4 Klenner, WSI-Mitteilungen 2003, 277 (278 ff.).

5 Kocher/Laskowski/Rust/Weber, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 117 (143).

6 Siehe Artikel, Stellungnahmen und Pressemitteilungen auf: www.igmetall.de, beispielsweise: „Leiharbeit: IG Metall-Justiziar Klebe zu Equal Pay und zur Belegschaftsgröße - Wegweisende Entscheidungen des BAG zur Leiharbeit“ von März 2013, abrufbar unter: <http://www.igmetall.de/SID-63459846-7D788891/leiharbeit-ig-metall-justiziar-klebe-zu-equal-pay-und-zur-11417.htm>, zuletzt abgerufen am 13.08.2013.

7 Siehe beispielsweise: „Branchenzuschläge kein Ersatz für Equal Pay“, von Dezember 2012, abrufbar unter: <http://www.verdi.de/themen/nachrichten/++co++f420a45a-d1af-11e1-5d55-52540059119e>, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

8 Kocher/Laskowski/Rust/Weber, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 117 (144).

9 Siehe insbesondere: Kocher, Gesetzentwurf für eine Verbandsklage im Arbeitsrecht, 2002; Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998.

Die vorliegende Arbeit steht unter der Prämisse, dass das Recht Gesellschaft und gesellschaftlichen Wandel mitgestalten kann. Sie bedient sich daher auch aus feministischer Perspektive des Rechts, um der alten Forderung nach gleichem Entgelt für gleiche und gleichwertige Arbeit ohne Unterschied des Geschlechts neues Gewicht zu verleihen. Die Arbeit enthält also eine unbestreitbare feministische Motivation und verwendet geschlechtsneutrale Ansätze und Argumentationsmuster, um dem „Dilemma der Differenz“¹⁰, der Reproduktion bestimmter Geschlechterzuschreibungen durch Recht, soweit als möglich zu entgehen.¹¹ Aber gerade weil sie versucht, Mittel zu finden, um Nachteile zu bekämpfen, die aufgrund eines (gesellschaftlich hergestellten) Geschlechts entstehen, unterwirft sich diese Arbeit notwendigerweise einer heteronormativen Sichtweise auf Geschlecht.¹² So legt die Arbeit zur Beantwortung der genannten Fragestellung die These zweier Geschlechter zugrunde. Zudem wird davon ausgegangen, dass nicht nur Recht, sondern auch Sprache Einfluss auf gesellschaftliche Zusammenhänge ausübt. Es wird daher der Versuch unternommen, da wo es möglich ist, eine geschlechtsneutrale Sprache zu verwenden. Wo dies nicht möglich erscheint, wird zur Bezeichnung von Personen oder Personengruppe, die sowohl das weibliche als auch das männliche Geschlecht haben können, zur besseren Übersichtlichkeit in dieser Arbeit das Binnen-I verwendet.

II. Gang der Arbeit

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, zwei bisher wenig vernetzte Themenbereiche miteinander zu verbinden: Die Rechtssoziologie soll als Wissenschaftszweig für das konkrete Problem der Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts das Fundament legen. Zunächst werden deshalb Grundlagen der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern geklärt (Kapitel B.). Nach grundsätzlichen Informationen zur Lohnlücke zwischen den Geschlechtern, werden sowohl Gründe für diese Lohnlücke dargestellt, die keinen direkten Einfluss auf eine Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts haben, als auch solche, insbesondere be-

10 Minow, Making All the Difference, 1990, S. 19 ff.

11 Holzleithner, KJ 2008, 250 (252).

12 Vgl. hierzu beispielsweise: Kocher, KJ 2009, 386 (386 f.).

A. Einleitung

triebliche Mechanismen, die zur Entstehung von Entgelddiskriminierung aufgrund des Geschlechts beitragen.

Kapitel C. befasst sich mit rechtssoziologischen Ansätzen zur Wirksamkeit von Gesetzen. Nach der Definition für die Arbeit relevanter rechtssoziologischer Begriffe wird sich zeigen, dass sich sieben verschiedene Faktoren identifizieren lassen, deren Vorliegen die Effektivität von Normen positiv beeinflussen kann. In der Analyse der Faktoren werden bereits Ergebnisse rechtssoziologischer Studien mit antidiskriminierungs- und arbeitsrechtlichem Bezug vorgestellt, um diese für die weiteren Überlegungen nutzen zu können. Bevor die Arbeit sich jedoch mit den eigentlichen Effektivitätsfaktoren befasst, bedarf es der Überlegung, welche Anforderungen an Recht überhaupt gestellt werden können. In wieweit können juristische Regelungen Einfluss auf gesellschaftliche Vorgänge und Automatismen haben? Können sie Individuen zu bestimmten Verhalten animieren?

Aufgrund der Ergebnisse aus Kapitel C. sind vielseitige Ansatzpunkte erkennbar, um die Durchsetzung von Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen zu verbessern. Die Erkenntnisse aus den rechtssoziologischen Studien lassen jedoch vermuten, dass insbesondere die Möglichkeiten des Kenntnisgewinns aufseiten der Beschäftigten¹³ bezüglich der Informationen, die sie zur Einschätzung benötigen, ob sie beim Entgelt aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert werden oder nicht, bei diesem Anspruch sehr begrenzt sind. Dieser Vermutung soll in Kapitel D. nachgegangen werden. Es wird sich zeigen, dass eine erhebliche Lücke besteht zwischen dem Maß an Informationen, welches dem Gesetz nach benötigt wird, um einschätzen zu können, ob eine Person beim Entgelt aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt wird, und dem Maß an Informationen, welches die Beschäftigten realistischerweise beschaffen können. Im zweiten Teil dieses Kapitels werden die AkteurInnen dargestellt, welche neben den Beschäftigten selbst von Bedeutung für die Informationsbeschaffung und damit für die Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern sein können.

In Kapitel E. schließlich werden verschiedene Maßnahmen vorgestellt und diskutiert, bei denen aufgrund der vorausgegangenen Analysen von einem Effekt auf die Durchsetzung von Normen zur Entgeltgleichheit von

13 Da es bei der vorliegenden Arbeit nicht auf die Unterscheidung zwischen Beschäftigten und ArbeitnehmerInnen ankommt, werden diese beiden Begriffe (auch im Sinne einer besseren Lesbarkeit) hier weitgehend synonym verwendet.

Männern und Frauen ausgegangen werden kann. Die Instrumente zur Verbesserung der Informationsbeschaffung sind dabei in drei Typen unterteilt: verfahrensrechtliche, innerbetriebliche und außerbetriebliche Instrumente. Die verfahrensrechtlichen Instrumente zielen weniger auf tatsächliche Möglichkeiten einer besseren Informiertheit der Beschäftigten, als auf eine Kompensation der Wissensdefizite während des Gerichtsverfahrens ab. Bei den innerbetrieblichen Instrumenten konzentriert sich die Arbeit auf vorprozessuale Offenlegungspflichten, welche die Unsicherheiten über den gerichtlichen Ausgang bereits vor Klageerhebung verringern sollen. Als letzten Instrumententyp befasst sich die Arbeit mit außerbetrieblichen Instrumenten. Darunter sollen rechtliche Handlungsoptionen verstanden werden, deren AkteurInnen auch außerhalb der einzelnen Betriebe zu finden sind. Im Rahmen der Analyse wird sich zeigen, dass sich das Entgeltgleichheitsgesetz, welches 2013 von der SPD-Bundestags-Fraktion eingebracht wurde, unter bestimmten Voraussetzungen einen effektiven Ansatz darstellen kann.

Der letzte Teil der Arbeit (Kapitel F.) zieht ein generelles Resümee und gibt einen Ausblick auf verbleibende offene Fragen sowie weiter zu diskutierende Ansätze.

B. Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern

I. Der Gender Pay Gap in Deutschland

Der Begriff Gender Pay Gap (beziehungsweise Lohnunterschied zwischen den Geschlechtern) wurde von der Europäischen Kommission geprägt. Hiermit ist die Differenz zwischen dem durchschnittlichen Bruttostundenverdienst von Männern und Frauen gemeint. Deutschlandweit wurde für das Jahr 2012 vom Statistischen Bundesamt ein Lohnunterschied von 22 Prozent berechnet.¹⁴ Der europaweite Durchschnitt der Lohnlücke liegt bei 16 Prozent. Deutschland liegt damit im europäischen Vergleich auf dem drittletzten Platz. Der geringste Verdienstunterschied zwischen Frauen und Männern wurde 2011 in Slowenien mit zwei Prozent verzeichnet.¹⁵

Die Höhe des Gender Pay Gap sagt zunächst lediglich aus, dass berufstätige Frauen durchschnittlich 22 Prozent weniger in der Stunde verdienen als berufstätige Männer. Über die Tatsache, ob und inwieweit dieser Lohnunterschied darauf zurückzuführen ist, dass Frauen deshalb weniger verdienen, weil sie weiblichen Geschlechts sind, kann dieser Indikator hingegen kaum eine Aussage treffen. Mit dem Gender Pay Gap ist also auch, aber nicht nur, eine Entgeltdiskriminierung im Sinne von Art. 157 AEUV, respektive §§ 2 I Nr. 2, 8 II AGG gemeint.¹⁶ Entgeltdiskriminierung ist der Teil der Entgeltungleichheit, welcher darauf zurückzuführen ist, dass Angehörige eines Geschlechts gerade aufgrund ihres Geschlechts weniger Entgelt bekommen als Angehörige eines anderen Geschlechts, obwohl sie gleiche oder gleichwertige Arbeit leisten. Die Tatsache, dass beispielsweise Frauen aufgrund ihres Geschlechts seltener befördert werden, ist zwar auch ein Grund dafür, dass eine Entgeltlücke zwischen Frau-

14 *Statistisches Bundesamt*, Verdienste und Arbeitskosten, 2013, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/VerdiensteArbeitskosten/2013_03/Verdienste2013_03.html, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

15 *Statistisches Bundesamt*, Verdienste und Arbeitskosten, 2013, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/VerdiensteArbeitskosten/2013_03/Verdienste2013_03.html, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

16 Siehe zu den Rechtsgrundlagen sogleich unter: B. II. 1.

en und Männern besteht. Im engeren Sinne geht es hierbei aber um Beschäftigungsdiskriminierung, nicht um eine Benachteiligung beim Entgelt.

Der Gender Pay Gap ist also zu differenzieren von der Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts im rechtlichen Sinne. Es ist denkbar, dass der Gender Pay Gap in einem Unternehmen bei 30 Prozent liegt, dieses aber frei von Entgeltdiskriminierung ist. So könnten die 30 Prozent etwa daher röhren, dass die Frauen die im Unternehmen arbeiten, alle lediglich einfachste Tätigkeiten ausführen. Ebenso wäre es möglich, dass ein Unternehmen gar keinen Verdienstabstand zwischen den Geschlechtern misst, ein Geschlecht aber dennoch beim Entgelt diskriminiert wird. Dies könnte daher röhren, dass Männer und Frauen im Durchschnitt das gleiche Entgelt enthalten, obwohl eine Vielzahl von Frauen Tätigkeiten ausüben, die ihrem Wert nach ein höheres Entgelt rechtfertigen würden.

Das Statistische Bundesamt bezeichnet den Gehaltsunterschied zwischen den Geschlechtern, wie er oben beschrieben wurde, also die Lücke beim Durchschnittseinkommen zwischen Männern und Frauen, als unbereinigten Gender Pay Gap. Bei Berücksichtigung struktureller Unterschiede wie verschiedener Branchen,¹⁷ errechnet das Statistische Bundesamt einen bereinigten Gender Pay Gap von acht Prozent.¹⁸ Damit drückt es aus, dass Frauen, die bei gleicher Qualifikation eine nach der Definition des Bundesamtes vergleichbare Tätigkeit wie Männer ausüben, durchschnittlich acht Prozent weniger Entgelt in der Stunde erhalten als ihre männlichen Kollegen. Worüber jedoch auch der bereinigte Gender Pay Gap keine Aussage liefern kann, ist die Frage, inwieweit – contra legem – solche Tätigkeiten von Frauen schlechter bezahlt werden, die tatsächlich gleichwertig zu männlichen Tätigkeiten sind.¹⁹ Wie hoch die Entgeltdiskriminierung von Frauen in Deutschland aus rechtlicher Sicht denn nun tatsächlich ist, wurde bisher noch nicht systematisch ermittelt. Da Frauen zum Teil jedoch bereits bei gleicher Arbeit geringer entlohnt werden als

17 Siehe sogleich unter: B. II. 1.

18 *Statistisches Bundesamt*, Gender Pay Gap: Zwei Drittel lassen sich strukturell erklären, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Gesamtwirtschaft/Umwelt/VerdiensteArbeitskosten/VerdienstunterschiedeMaennerFrauen/Aktuell_Verdienstunterschied.html, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

19 *Jochmann-Döll/Tondorf*, WSI-Mitteilungen 2011, 115 (116); *Statistisches Bundesamt*, 2012 verdienten Frauen 22 % weniger als Männer, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Gesamtwirtschaft/Umwelt/VerdiensteArbeitskosten/VerdienstunterschiedeMaennerFrauen/Aktuell_Verdienstunterschied.html, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

B. Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern

Männer, würde es sehr verwundern, wenn dies bei gleichwertigen Tätigkeiten nicht ebenfalls vorkommen würde.

Gerade in Deutschland spielen Tarifvertragsparteien und Betriebsräte bei der Lohnfindung eine tragende Rolle. Für die Entgeltungleichheit von Frauen und Männern hat ihr Vorhandensein zumeist einen positiven Effekt. In Betrieben, in denen Betriebsvereinbarungen und/oder Tarifverträge die Entgelte regeln, ist die Lohnlücke zwischen Frauen und Männern geringer als in Betrieben ohne entsprechende Kollektivverträge.²⁰

Die vorliegende Arbeit befasst sich überwiegend mit der Frage, wie die rechtserhebliche Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts verringert werden kann. Ist im Folgenden also von Entgeltungleichheit zwischen den Geschlechtern die Rede, so ist damit folglich der Teil der Lohnlücke zwischen den Geschlechtern gemeint, der eine rechtliche Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.

II. Die Rechtsgrundlagen der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen

Um die der Arbeit zugrunde liegende Fragestellung der Durchsetzungsmechanismen von Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen beantworten zu können, ist es notwendig, das rechtliche Gebot der Entgeltgleichheit der Geschlechter genauer zu beleuchten. Es soll daher im Folgenden auf die verschiedenen Rechtsgrundlagen dieses Gebots eingegangen werden. Dabei sind auch ihre Reichweite und Begrifflichkeiten zu klären.

1. Zu den europäischen und nationalen Rechtsgrundlagen

a) Rechtsgrundlagen auf europäischer Ebene

Mit der Unterzeichnung der Römischen Verträge und damit mit der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft 1957 wurde in Art. 119 EWG das Entgeltgleichheitsgebot zwischen den Geschlechtern ausdrücklich (nur) für gleiche Arbeit normiert. Bereits sechs Jahre zuvor, 1951, wurde in dem Übereinkommen Nr. 100 der International Labour Organisa-

20 Ziegler/Gartner/Tondorf, in: Achatz et al. (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (291).

tion (ILO) ein Entgeltgleichheitsgebot zwischen Frauen und Männern auch für gleichwertige Arbeit festgeschrieben. Dieses Übereinkommen wurde von Deutschland 1956 ratifiziert. Die 1985 von Deutschland ratifizierte²¹ Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) bestimmt in Art. 11, dass die Vertragsstaaten alle angemessenen Maßnahmen unternehmen, um die Gleichbehandlung von Frauen im Arbeitsleben sicherzustellen.²² Auf europäischer Ebene stellte Art. 1 der Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen von 1975²³ klar, dass der Grundsatz der Entgeltgleichheit des Art. 119 EWG auch für Arbeiten anzuwenden ist, welche als gleichwertig anzusehen sind. 1997 wurde Art. 119 EWG in dem Vertrag von Amsterdam durch Art. 141 EGV ersetzt, inhaltlich jedoch im Wesentlichen übernommen. Dort war nun auch die gleichwertige Arbeit ausdrücklich aufgeführt.

Seit 2009 der Vertrag von Lissabon in Kraft getreten ist, findet sich das Entgeltgleichheitsgebot der Geschlechter der Europäischen Union in Art. 157 AEUV. Der Art. 157 AEUV ist Primärrecht und auch zwischen Privaten unmittelbar anwendbar.²⁴ Neben dem AEUV normiert seit Ende 2009 Art. 23 der Europäischen Grundrechte-Charta ebenfalls die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich des Arbeitsentgelts.

b) Rechtsgrundlage auf nationaler Ebene

Art. 3 II S. 1 GG besagt: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“ In Art. 3 III GG steht geschrieben: „Niemand darf wegen seines Geschlechts, (...) benachteiligt oder bevorzugt werden.“ Aus dem Gleichberechtigungsgrundsatz des Absatzes II sowie aus dem Benachteiligungsverbot des Ab-

21 United Nations, Treaty Collection, abrufbar unter: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

22 Art. 11 CEDAW.

23 RiLi 75/117/EWG.

24 Wissmann, in: ErfK, Vorbem. AEUV Rn. 3; Schlachter, in: ErfK, Art. 157 AEUV Rn. 2.

B. Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern

satzes III wurde ursprünglich das Verbot der Differenzierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts abgeleitet.²⁵ Dieses kann folglich bereits der Verfassung entnommen werden.

1980 wurde dieser Entgeltgleichheitsgrundsatz in Deutschland durch das arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz vom 13. August ausdrücklich in § 612 III BGB normiert und damit in einfaches Recht übertragen.²⁶ Dort hieß es in Satz 1: „Bei einem Arbeitsverhältnis darf für gleiche oder gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts.“

Mit Einführung des AGG (am 18.08.2006 in Kraft getreten) – ebenfalls aufgrund mehrerer europäischer Richtlinien²⁷ – wollte man ein einheitliches und durchschaubares Gesetz zur Verhinderung von Diskriminierung (insbesondere in der Arbeitswelt) aufgrund verschiedenster Merkmale schaffen.²⁸ Es wurden daher unterschiedliche Diskriminierungsverbote zusammengefasst. Im Zuge dieser Vereinheitlichung wurde auch § 612 III BGB gestrichen. Seit der Abschaffung des dritten Absatzes von § 612 BGB wird der Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen den Geschlechtern dem AGG entnommen. Die Herleitung der passenden Anspruchsgrundlage ist seither nicht ganz eindeutig.²⁹ Das *BAG* geht beim Entgeltgleichheitsgrundsatz der Geschlechter im Kern von dem Begriff der mittelbaren Benachteiligung gemäß § 3 II AGG aus.³⁰ Den Anspruch auf gleiches Entgelt der Geschlechter bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zieht es konkret „(...) aus der Wertung in § 2 I Nr. 2 und § 8 II AGG“.³¹ Als Beleg verweist es auf die Regierungsbegründung zum AGG.³² Hierin heißt es, der Grundsatz der Entgeltgleichheit der Geschlechter werde nunmehr von § 8 II AGG erfasst. Dieser Grundsatz stelle daher „(...) künftig in Verbindung mit § 2 I Nr. 2 und § 8 II die neue Grundlage für Ansprüche auf glei-

25 *BAG*, Urt. v. 09.09.1981 – 5 AZR 1182/79 = NJW 1982, 461 (461); *BAG*, Urt. v. 15.01.1955 – 1 AZR 305/54 = NJW 1955, 684 (685).

26 EG-Anpassungsgesetz vom 13.08.1980 (BGBI I, 1380).

27 RiLi 2000/43/EG, RiLi 2000/78/EG, RiLi 2002/73/EG und RiLi 2004/113/EG, mittlerweile neu gefasst in 2006/54/EG.

28 *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, Einl. Rn. 12.

29 Vgl.: *Preis*, Arbeitsrecht, 2009, S. 441 f.; *Roloff*, in: Beck-OK AGG, § 8 Rn. 8.

30 *BAG*, Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 = NZA 1998, 599; siehe ausführlich unter: D. I. 3. c) cc).

31 *BAG*, Urt. v. 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 = NZA 2008, 532 (536).

32 BT-Drs. 16/1780, S. 35.

ches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit dar.“³³ Zum Teil wird auch auf § 7 I, 1, i.V.m. § 2 I Nr. 2 AGG, beziehungsweise auf § 3 AGG abgestellt.³⁴ Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass der Entgeltgleichheitsanspruch zwischen Männern und Frauen originär dem AGG entnommen werden kann, sodass auf Art. 157 AEUV nicht zwingend zurückgegriffen werden muss. Freilich müssen der Anspruch sowie seine Durchsetzung im Rahmen des AGG stets konform mit dem europäischen Entgeltgleichheitsanspruch unabhängig vom Geschlecht gehen.³⁵

2. Die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung

In § 2 I AGG wird der Begriff der Benachteiligung genannt. § 3 I, II AGG unterscheidet, der Richtlinie 2006/54/EG entsprechend, zwischen unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligungen. Nach der Legaldefinition des AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, „(...) wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“ Eine mittelbare Benachteiligung soll im Unterschied dazu dann gegeben sein, „(...) wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“ Anders als die Definitionen zunächst vermuten ließen, sind Rechtfertigungen von Ungleichbehandlungen auch bei unmittelbaren Benachteiligungen möglich.³⁶ Eine mittelbare Diskriminierung ist im Gegensatz zu einer unmittelbaren ungleich schwieriger nachzuweisen. Hier können die Rechtfertigungsgründe vielfältig sein.³⁷ So hat das *BAG* bereits 1997 ent-

33 BT-Drs. 16/1780, S. 35.

34 Schmidt, in: Schiek (Hrsg.), AGG, § 8 Rn. 6 m.w.N.

35 Hinrichs, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, § 2 Rn. 189; Schlachter, in: ErfK, Art. 157 AEUV Rn. 3.

36 §§ 5, 8-10 AGG; vgl. auch: Bros, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, § 8 Rn. 2; Fuchs, in: BeckOK ArbR, § 3 AGG Rn. 1; Rupp, RdA 2009, 307 ff.; siehe hierzu auch: D. I. 2. c).

37 EuGH, Urt. v. 28.02.2013 (*Kenny*) – C-427/11 = NZA 2013. 315 (318).

B. Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern

schieden, dass bei Entgeltgleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts, bei denen eine Ungleichbehandlung in tarifvertraglichen Regelungen geltend gemacht wird, von den KlägerInnen dargelegt und bewiesen werden muss, dass sie im Vergleich zu der Gesamtheit der Beschäftigten aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt werden, und nicht bloß im Vergleich mit einer anderen Berufsgruppe.³⁸

3. Die einheitliche Quelle der Ungleichbehandlung

Um den Entgeltgleichheitsanspruch geltend machen zu können, bedarf es zunächst einer oder mehrerer Personen, mit deren Tätigkeit die eigene verglichen werden kann. Ein solcher Vergleich kann jedoch nur dann beachtlich sein, wenn die Beschäftigten auch gleichbehandelt werden müssten. Dem Art. 157 AEUV selbst ist keine Beschränkung dahin gehend zu entnehmen, dass ein Vergleich lediglich zwischen ArbeitnehmerInnen vorgenommen werden könnte, die bei denselben ArbeitgeberInnen beschäftigt sind.³⁹ Auch die Richtlinie von 2006 schweigt hierzu.⁴⁰ Der *EuGH* hat die Reichweite des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen den Geschlechtern jedoch in mehreren Entscheidungen deutlich begrenzt. Lassen sich Unterschiede im Entgelt danach „(...) nicht auf ein und dieselbe Quelle zurückführen, so fehlt eine Stelle, die für die Ungleichbehandlung verantwortlich ist und die die Gleichbehandlung wieder herstellen könnte.“⁴¹ Damit umfasst das Gebot des gleichen Entgelts bei gleicher und gleichwertiger Arbeit zwischen Frauen und Männern nur solche Arbeitsverhältnisse, denen die gleiche Regelung zugrunde liegt.⁴² Über einzelne Unternehmen hinaus können folglich alle Beschäftigten verglichen werden, deren Entgelte einheitlich festgelegt werden. Dies gilt beispielsweise bei Konzernen, in denen beherrschte Unternehmen mit Beherrschungs- und Gewinnabführ-

38 *BAG*, Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 = NZA 1998, 599, siehe hierzu ausführlich unter: D. I. 3. b) cc).

39 *EuGH*, Urt. v. 13.01.2004 (*Allonby*) – Rs. C-256/01 = NZA2004, 201 (203); *EuGH*, Urt. v. 17.09.2002 (*Lawrence*) – Rs. C-320/00 = NZA 2002, 1144 (1145).

40 RiLi 2006/54/EG, Titel II, Kapitel 1, Art. 4.

41 *EuGH*, Urt. v. 13.01.2004 (*Allonby*) – Rs. C-256/01 = NZA2004, 201 (203); ebenso: *EuGH*, Urt. v. 17.09.2002 (*Lawrence*) – Rs. C-320/00 = NZA 2002, 1144 (1145).

42 Vgl.: *Däubler*, Arbeitsrecht, 2011, Rn. 1074 f.; *Winter*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 1 Rn. 521.

rungsverträgen nach § 291 AktG vorhanden sind, sowie im öffentlichen Dienst.⁴³

Im Folgenden wird also stets mitzudenken sein, dass die Überlegungen und Analysen bestimmter rechtlicher Handlungsoptionen für den Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen den Geschlechtern (lediglich) im Rahmen einer einheitlichen Quelle Anwendung finden können.

4. Der Begriff des Entgelts

Was mit Entgelt gemeint ist, wird in Art. 157 II AEUV legaldefiniert: „Unter ‚Entgelt‘ im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und

-gehälter sowie alle sonstige Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt.“⁴⁴ Zumindest mit dem Begriff der „sonstigen Vergütungen“ umfasst Art. 157 AEUV auch den Vergütungs- beziehungsweise Entgeltbegriff des AGG. Da zunächst § 612 III BGB, im Weiteren das AGG, auf der Umsetzung von europäischen Vorgaben beruhe, ist der Arbeitsentgeltbegriff des § 2 I Nr. 2 AGG sowie der Vergütungsbegriff des § 8 II AGG entsprechend des Art. 157 II AEUV zu verstehen.⁴⁵

Aus der Legaldefinition wird deutlich, dass neben dem Grundentgelt auch alle leistungsabhängigen Vergütungen und jegliche Zulagen oder betriebliche Sozialleistungen dem Entgeltgleichheitsgebot genügen müssen. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass es nicht auf die Summe dieser einzelnen Vergütungstatbestände ankommt, sondern dass jede Komponente des Entgelts für sich diskriminierungsfrei sein muss.⁴⁶

43 *BAG*, Urt. v. 21.11.2006 – 3 AZR 309/05 = *NJOZ* 2007, 5438; *BAG*, Urt. v. 17.11.1998 – 1 AZR 147/98 = *NZA* 1999, 606 (608 f.).

44 Ebenso: *RiLi* 2006/54/EG.

45 *LAG Düsseldorf*, Urt. v. 15.02.2008 – 9 Sa 955/07 = *NZA-RR* 2009, 22 (24); *Rolof*, in: *BeckOK ArbR*, § 8 AGG Rn. 10; *Schlachter*, in: *ErfK*, § 2 AGG Rn. 9; *Thüsing*, in: *MüKo*, § 8 AGG Rn. 57.

46 *EuGH*, Urt. v. Urt. v. 26.06.2001 (*Brunnhöfer*) – Rs. C-381/99 = *NZA* 2001, 883; *EuGH*, Urt. v. 30.03.2000 (Jämställdhetsombudsman) – Rs. C 336/98 = *AP*, BGB § 612 Nr. 59; *EuGH*, Urt. v. 17.05.1990 – Rs. C-262/88 = *NJW* 1991,2204 (2206).

5. Die Begriffe der gleichen und gleichwertigen Arbeit

Das *BAG* definiert den Begriff der gleichen Arbeit wie folgt: „Um gleiche Arbeit handelt es sich, wenn Arbeitnehmer an verschiedenen oder nacheinander an denselben technischen Arbeitsplätzen identische oder gleichartige Tätigkeiten ausüben. Ob die Arbeit gleich ist, ist durch einen Gesamtvergleich der Tätigkeiten zu ermitteln. Dabei kommt es auf die jeweiligen Arbeitsvorgänge und das Verhältnis dieser Vorgänge zueinander an. Soweit Tätigkeiten oder ihre Merkmale voneinander abweichen, ist auf die jeweils überwiegend auszuübende Tätigkeit abzustellen. Einzelne gleiche Arbeitsvorgänge für sich allein genügen nicht für die Annahme, die insgesamt jeweils geschuldete Arbeitstätigkeit sei gleich.“⁴⁷ Gleiche Arbeit muss demnach weder vollständig identisch sein, noch muss sie zur gleichen Zeit ausgeführt werden.⁴⁸

Die Frage, wann es sich um gleichwertige Arbeit handelt, ist ungleich schwieriger zu beantworten. Weder deutsche Gesetze noch die europäischen Verträge geben hier Anforderungen vor. Das hat zur Folge, dass das Kriterium der Gleichwertigkeit der Arbeit in den verschiedenen Mitgliedsstaaten bezüglich seiner Reichweite teilweise recht unterschiedlich ausgelegt wird. Während es in Deutschland eher eng verstanden wird,⁴⁹ herrscht in Großbritannien ein weiteres Verständnis davon vor, wann eine Arbeit als gleichwertig anzusehen ist.⁵⁰ Ob eine Arbeit von gleichem Wert ist, muss jeweils im konkreten Fall im Rahmen eines Arbeitsbewertungsverfahrens ermittelt werden.⁵¹

In der Gesetzesbegründung zum arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetz von 1980, mit dem Absatz 3 in § 612 BGB eingeführt wurde, hieß es zur Frage der Gleichwertigkeit von Tätigkeiten „Ob eine Arbeit gleichwertig ist, hat sich nach objektiven Maßstäben der Arbeitsbewertung zu bestimmen.“⁵² Hierbei sollen Tarifvertragsparteien oder die Verkehrsan-

47 *BAG*, Urt. v. 26.01.2005 – 4 AZR 171/03 = NZA 2005, 1059 (1061).

48 So auch schon: *EuGH*, Urt. v. 27.03.1980 (*Macarthy's*) – Rs 129/79 = NJW 1980, 2014.

49 *BAG*, Urt. v. 23.08.1995 – 5 AZR 942/93 = NZA 1996, 579 (580).

50 *Krebber* in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 157 AEUV, Rn. 55, m.w.N.

51 Dazu, dass in Arbeitsbewertungsverfahren bereits geschlechtsspezifische Diskriminierungen beim Entgelt enthalten sein können, siehe unter: B. II. 2., sowie B. III. 5.

52 BT-Dr. 8/3317, S. 10.

schaung Hinweise geben können. Das *BAG* legt in einer Gesamtschau der Arbeitsleistung insbesondere „das Maß der erforderlichen Vorkenntnisse und Fähigkeiten nach Art, Vielfalt und Qualität“ zugrunde.⁵³ Der *EuGH* möchte bei der Frage, ob ArbeitnehmerInnen gleiche oder gleichwertige Arbeit im Vergleich zu anderen ArbeitnehmerInnen vornimmt prüfen, „(...) ob diese Arbeitnehmer unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren, wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen, als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können.“⁵⁴

II. Ursachen und Erscheinungsformen

Es gibt verschiedene Gründe, aus denen sich die Entgeltlücke zwischen Frauen und Männern zusammensetzt. Die Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts im rechtlichen Sinne ist dabei, wie dargestellt, lediglich ein Aspekt unter mehreren. Diese Aspekte bilden dann in ihrer Gesamtheit die Entgeltungleichheit zwischen den Geschlechtern wider. Auch wenn die gesellschaftlichen Ursachen keinen Schwerpunkt der Arbeit darstellen ist es sinnvoll, sie bei der weiteren Bearbeitung zu kennen, um die Effektivitätsfaktoren einordnen und die rechtlichen Instrumente dementsprechend bewerten zu können. Die Ursachen, die neben der Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts für die Lohnlücke verantwortlich sind, sind daher im Folgenden kurSORisch darzustellen. Weiterhin muss analysiert werden, auf welchen Ebenen und durch welche Mechanismen Entgeltdiskriminierungen entstehen können. Andernfalls kann schwerlich über Instrumente zur besseren Durchsetzung von geschlechtsspezifischer Entgeltgleichheit nachgedacht werden. Schließlich wird dargestellt, mit welchen Methoden Tätigkeiten bewertet werden, und wie sich Entgeltgleichheit von Frauen und Männern messen lässt.

1. Gründe der Lohnlücke abseits der Entgeltdiskriminierung

Neben der Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts im rechtlichen Sinn gibt es weitere Faktoren, die für die Lohnlücke verant-

53 *BAG*, Urt. v. 23.08.1995 – 5 AZR 942/93 = NZA 1996, 579 (581).

54 *EuGH*, Urt. v. 28.02.2013 (*Kenny*) – C-427/11 = NZA 2013, 315 (317).

wortlich gemacht werden. Diese lassen sich auf gesellschaftlicher Ebene, bei einer geschlechtsspezifischen Struktur des Arbeitsmarktes und der hiermit einhergehenden stereotypen Sichtweisen von Geschlechtern ansiedeln. Häufig wird die horizontale und vertikale Segregation des Arbeitsmarktes genannt.⁵⁵ Diese beschreibt zum einen das Phänomen, dass sich Frauen und Männer nicht in allen Branchen und Berufen gleich häufig wieder finden, sondern dass der Arbeitsmarkt noch immer in typische Frauen- und Männerberufe unterteilt ist (horizontale Segregation). Erstere zeichnen sich nicht nur durch eine Konzentration auf weiche Kompetenzen wie Einfühlungsvermögen und Kommunikationsfähigkeit aus, sondern auch durch eine durchschnittlich niedrigere Entlohnung.⁵⁶ Dementsprechend kann es nicht verwundern, dass über zwei Drittel der Personen, die in Deutschland im Niedriglohnsektor arbeiten, Frauen sind.⁵⁷ Die vertikale Arbeitsmarktsegregation beschreibt die Tatsache, dass Frauen und Männer innerhalb derselben Branche unterschiedlich bewertete und vergütete Tätigkeiten ausüben, Frauen nämlich typischerweise solche, die geringer bewertet und entlohnt werden.⁵⁸

Als eine weitere Ursache der Lohnlücke zwischen Männern und Frauen können schließlich häufig familienbedingte Erwerbsunterbrechungen bei Frauen identifiziert werden, beziehungsweise die Reduzierung der Erwerbstätigkeit auf eine Teilzeitstelle, um den familiären Sorgearbeiten nachkommen zu können. Solche längeren Erwerbsunterbrechungen führen häufig zu geringeren Aufstiegschancen, da sich die zuvor erworbenen Qualifikationen während der Unterbrechung schnell entwerten können. Mit einer Reduzierung von einer Voll- auf eine Teilzeitstelle geht nicht selten ein beruflicher Abstieg einher, der sich in aller Regel negativ auf das Entgelt auswirkt.⁵⁹

55 Klammer et al., Neue Wege – gleiche Chancen, 2011, S. 118 ff.; Winter, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 320 (321); Ziegler/Gartner/Tondorf, in: Achatz et al. (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (288 ff.).

56 Klammer et al., Neue Wege – gleiche Chancen, 2011, S. 120; Ziegler/Gartner/Tondorf, in: Achatz et al. (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (288).

57 Klammer et al., Neue Wege – gleiche Chancen, 2011, S. 120.

58 Kühnlein, Daten, Fakten und Hintergründe zum Gender Pay Gap in Deutschland, 2009, S. 13 ff.

59 Klammer et al., Neue Wege – gleiche Chancen, 2011, S. 120.

2. Entstehung von Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts

Die (rechtliche) Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts kann auf unterschiedlichen Ebenen stattfinden. Sie kann zunächst bei der Erstellung eines Entgeltsystems vorkommen. Als Entgeltsystem versteht man eine in sich geschlossene Planung aller zu bestimmenden Entgelte im Verhältnis zu einander. Entgeltsysteme werden häufig in Tarifverträgen festgelegt, zum Teil aber auch erst auf betrieblicher Ebene. Auf betrieblicher Ebene muss wiederum unterschieden werden zwischen Entgeltsystemen, die von ArbeitgeberInnen und Betriebsräten gemeinsam erstellt werden und solchen Systemen, die die ArbeitgeberInnen einseitig festlegen. Innerhalb der Entgeltsysteme werden häufig Tätigkeitsbeschreibungen für die verschiedenen Berufe festgelegt. Die Ausgestaltung dieser Tätigkeitsbeschreibungen ist sehr unterschiedlich. Zumeist werden dort die Anforderungen an die einzelnen Tätigkeiten umschrieben, um so zu einer nachvollziehbaren Entgelthöhe zu gelangen. Diskriminierungen in Entgeltsystemen können dann auftreten, wenn bereits die einzelnen Merkmale der Tätigkeitsbeschreibung ein Geschlecht strukturell benachteiligen, weil manche von ihnen bei typischer Frauen- oder Männerarbeit entweder gar nicht vorkommen oder unverhältnismäßig gewichtet werden. So begründet sich die geringere Vergütung von frauendominierten Tätigkeiten häufig darin, dass bei der Lohnfindung aufgrund fälschlicher Annahmen davon ausgegangen wird, dass Frauenarbeit stets leichtere Arbeit sei.⁶⁰ Dass dies weder im physischen noch im psychischen Sinne richtig ist, zeigt nicht nur das viel bemühte Beispiel der KrankenpflegerInnen. Bei diesem typischen Frauenberuf wird bei der Tätigkeitsbewertung in der Regel kaum die körperliche Anstrengung beachtet, die es beispielsweise mit sich bringt, kranke Menschen umzudrehen. Werden physische Belastungen aber bei typischen Frauenberufen nicht bewertet, weil davon ausgegangen wird, dass Frauen keine körperlich anstrengenden Berufe ausüben, können sie auch nicht entlohnt werden. Das bedeutet, so führen Ziegler et al. 2010 im Rahmen der Projektgruppe „Geschlechterungleichheiten im Betrieb“ aus, in die Arbeits- und Leistungsbewertung flössen häufig bestimmte Wertvorstellungen und Stereotype von Geschlecht mit ein. Dadurch würde die Arbeits- und Leistungsfähigkeit von Frauen zumeist unterbewertet. Hätten

60 Klammer et al., Neue Wege – gleiche Chancen, 2011, S. 120 f.; Winter, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 320 (322).

die Stereotype allerdings zur Folge, dass Frauen eine bestimmte Qualifikation zugesprochen würde (zum Beispiel Fürsorge oder besonders gute kommunikative Fähigkeiten), so flössen diese häufig nicht positiv die Arbeitsbewertung mit ein, da Frauen diese Eigenschaften gleichsam „von Natur aus“ besäßen.⁶¹

Einen noch gravierenderen Einfluss können tradierte Rollenvorstellungen dann auf die Lohnfindung haben, wenn diese nicht im Rahmen eines ganzheitlichen Systems vollzogen wird, sondern gleichsam ohne einheitliches Verfahren für jede/n Beschäftigte/n gesondert festgelegt wird. Ein Entgeltsystem ist dann gar nicht vorhanden. Lohnfindungsprozesse ohne Entgeltsystem finden vornehmlich in kleineren Unternehmen statt, die weder einen Betriebsrat haben, noch tarifvertraglich gebunden sind.⁶²

Zum Teil läge die strukturelle Unterbewertung frauendominierter Tätigkeiten auch daran, so heißt es bei Ziegler *et al.* weiter, dass schlicht Wissensdefizite bei den EntscheidungsträgerInnen vorlägen, was unter Gleichwertigkeit der Arbeit oder mittelbarer Diskriminierung zu verstehen sei.⁶³ Aus diesem Grund kann auch das Vorhandensein von Betriebsrat, respektive Tarifvertrag noch kein Garant für eine geschlechtsneutrale Arbeitsbewertung und Eingruppierung sein. Der letzte Grund für Entgeltunterschiede zwischen den Geschlechtern sei schließlich in widerstreitenden wirtschaftlichen und machtpolitischen Interessen zu sehen. Eine höhere Entlohnung von Frauen wird stets mit einer Steigerung der Personalkosten im Betrieb einhergehen. Mit gegensätzlichen machtpolitischen Interessen ist die Konkurrenz um Vergütungsressourcen unter den ArbeitnehmerInnen gemeint. So befürchteten die männlichen Beschäftigten, bei einer Entgeltsteigerung aufseiten der Frauen in den Betrieben, selbst effektiv an Einkommen zu verlieren.⁶⁴ Ziegler *et al.* gehen aufgrund ihrer Ergebnisse davon aus, dass sich die Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern gegen eine Lobby von männlichen Beschäftigten nicht mit bloßer Umverteilung lösen lasse.⁶⁵ Zudem gebe es auch zahlreiche politische Strategien in

61 Ziegler/Gartner/Tondorf, in: Achatz *et al.* (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (309 f.).

62 Siehe oben unter: B. I.

63 Ziegler/Gartner/Tondorf, in: Achatz *et al* (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (307).

64 Ziegler/Gartner/Tondorf, in: Achatz *et al* (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (311f.).

65 Ziegler/Gartner/Tondorf, in: Achatz *et al.* (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (311).

den Betrieben, die einer Umsetzung von Lohngleichheit entgegenstehen könnten. Es würden von Betriebs- und Tarifvertragsparteien eher Themen wie die Aufwertung von Facharbeit in das Zentrum von Verhandlungen gestellt. Dadurch solle der Betrieb für qualifizierte Fachkräfte attraktiver werden. Der Preis hierfür wäre nicht selten die Abstufung von frauendominierten Tätigkeiten.⁶⁶

Nicht nur bei Entgelt nach Arbeitszeit, auch im Bereich der leistungsbezogenen Entlohnung ist Raum für Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Beispielsweise können die Anforderungen, welche zur Erreichung einer Prämie vorliegen müssen, an dem männlichen Durchschnittsarbeitnehmer orientiert sein und somit Voraussetzungen, die eher auf frauendominierten Arbeitsplätzen benötigt werden, vernachlässigen. Daher ist es bei frauendominierten Tätigkeiten häufig schwieriger, Leistungszulagen zu erhalten. Ebenso wurde festgestellt, dass bestimmte Beschäftigengruppen wie geringfügig Beschäftigte, aber auch Reinigungskräfte teilweise von vorneherein von der Möglichkeit der Leistungsvergütung ausgenommen werden.⁶⁷

Entgeltsysteme, bei denen es wie gesehen bereits zu – unbewussten – Unterbewertungen bestimmter Tätigkeiten kommen kann, werden häufig von Tarifvertragsparteien festgelegt. An solchen Systemen orientieren sich mitunter auch ArbeitgeberInnen, für die die Tarifverträge nicht unmittelbar bindend sind. Nach der Erstellung eines Entgeltsystems, oft in Form von Entgeltgruppen, müssen die verschiedenen Tätigkeiten im Betrieb diesem System zugeordnet werden. Auch bei der betrieblichen Zuordnung von Berufen in die verschiedenen Entgeltgruppen kann ein Geschlecht strukturell benachteiligt werden. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Tätigkeit, die überwiegend von einem Geschlecht ausgeführt wird, in derselben Entgeltgruppe eingruppiert ist wie eine Tätigkeit, die überwiegend von dem anderen Geschlecht ausgeführt wird, die beiden Tätigkeiten von ihren Anforderungen her jedoch so unterschiedlich sind, dass sich eine gleiche Entlohnung nach objektiven Maßstäben nicht rechtfertigt. Für die Eingruppierung sind in erster Linie die ArbeitgeberInnen verantwortlich. Gemäß § 99 I 1 BetrVG muss ein vorhandener Betriebsrat der Ein-

66 Ziegler/Gartner/Tondorf, in: Achatz et al (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (312).

67 Jochmann-Döll/Tondorf, in: Krell et al. (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011, S. 361 (366); Ziegler/Gartner/Tondorf, in: Achatz et al. (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (317), m.w.N.

B. Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern

gruppierung jedoch in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern zustimmen.

Es wurde bereits festgestellt, dass in Betrieben in denen es Betriebsvereinbarungen und/oder Tarifverträge zur Entlohnung gibt, die Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts in der Regel geringer ist als in Betrieben ohne Vereinbarungen.⁶⁸ Dennoch konnten auch in diesen Fällen Situationen identifiziert werden, in denen entsprechende Benachteiligungen vorkommen können. Neben den bereits geschilderten Entstehungsmöglichkeiten von Benachteiligungen beim Entgelt aufgrund des Geschlechts können diese trotz kollektiver Vereinbarungen insbesondere dann entstehen, wenn Beschäftigte Leistungen außerhalb eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung beziehen.

3. Verfahren zur Bewertung von Arbeit

Es wurde festgestellt, dass für die Frage, ob zwei Tätigkeiten gleichwertig sind, diese Tätigkeiten mit Hilfe von Arbeitsbewertungen miteinander verglichen werden müssen. Auch um in einem Entgeltsystem unterschiedliche Tätigkeiten einordnen zu können, bedarf es Mechanismen, mit deren Hilfe die Arbeit bewertet werden kann. Solche Arbeitsbewertungsverfahren sind auch deshalb für die Durchsetzung von Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern von elementarer Bedeutung, weil bei der Bewertung von Tätigkeiten häufig (unbewusste) Unterbewertungen von typischen Frauenarbeiten die Grundlage der Benachteiligung bilden. Das hat zur Folge, dass bereits in der Bewertung einer Tätigkeit eine geschlechtspezifische Diskriminierung im Rechtssinn angelegt wird. Generell lassen sich zwei verschiedene Arten der Arbeitsbewertungsverfahren unterscheiden: das summarische und das analytische Verfahren.⁶⁹

a) Das summarische Verfahren

Bei diesem Verfahren werden die verschiedenen Tätigkeiten nicht als Ergebnis einer unabhängigen Bewertung einzelner Kriterien wie körperliche

68 Siehe oben unter: B. I.

69 Siehe nur: *Tondorf*, Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit!, 2003, S. 27.

Anstrengungen oder Feinmotorik betrachtet, sondern als Ganzes.⁷⁰ Zumeist werden hierfür Entgeltstufen gebildet, in welche die unterschiedlichen Tätigkeiten eingruppiert werden. Um Tätigkeiten insgesamt eingruppieren zu können, müssen Anforderungsprofile für sie erstellt werden. Die Erstellung von solchen Profilen kann aus gleichstellungspolitischer Sicht problematisch sein, da sie ohne festgelegte Kriterien mehr oder weniger willkürlich erfolgen kann.⁷¹ So werden beispielsweise Kriterien, die häufig bei typischen Frauenberufen gefragt sind, wie Kommunikationsfähigkeit oder Einfühlungsvermögen, zum Teil nicht mitgedacht und daher bei der Bewertung nicht einbezogen.⁷² Ebenso können Anforderungen, die häufig in Männerberufen auftauchen doppelt bewertet werden.⁷³ Andererseits können aber auch solche Kriterien nicht gesehen und daher nicht bewertet werden, die eben gerade nicht zu der typischen Rollenzuweisung des Geschlechts passen (physische Belastung durch langes Stehen von Verkäuferinnen).⁷⁴ Zudem kann bei einer Gesamtbewertung nicht nachvollzogen werden, welches Gewicht den einzelnen Kriterien bei der Einstufung zugekommen ist (wie hoch wurde der Fachhochschulabschluss gewichtet? Wurde die Kommunikationsfähigkeit angemessen bewertet?).⁷⁵ Um also dieses Verfahren anwenden oder bewerten zu können, sind zumindest Informationen über die unterschiedlichen Anforderungsprofile nötig. Bei summarischen Verfahren besteht viel Raum für eine ungerechtfertigte Niedrigbewertung von Frauentätigkeiten. Da diese Diskriminierung nicht selten durch fehlendes Problembewusstsein erzeugt wird, scheint gerade ein subjektives und intransparentes Arbeitsbewertungssystem, wie es das summarische Verfahren zumeist darstellt, für eine geschlechtsneutrale Bewertung ungeeignet.⁷⁶

70 Krell/Winter, in: *Krell et al.* (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011, 343 (349); Tondorf, BMFSFJ (Hrsg.), Fair Pay, 2007, S. 28.

71 Tondorf, Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit!, 2003, S. 15.

72 Winter, Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit, 1998, S. 60.

73 Krell/Winter, in: *Krell et al.* (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011, 343 (351).

74 Krell/Winter, in: *Krell et al.* (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011, 343 (353).

75 Tondorf, Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit!, 2003, S. 15.

76 Krell/Winter, in: *Krell et al.* (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011, 343 (350).

b) Das analytische Verfahren

Beim analytischen Verfahren werden die verschiedenen Bewertungskriterien einer Tätigkeit isoliert betrachtet und bewertet. Zunächst wird für alle zu bewertenden Tätigkeiten einheitlich festgelegt, welche Merkmale Berücksichtigung finden sollen. Sodann können diese Merkmale im Verhältnis zueinander verschieden gewichtet werden.⁷⁷ Hieraus ergeben sich Teilarbeitswerte. Aus diesen Teilarbeitswerten bemisst sich schließlich der Gesamtarbeitswert.⁷⁸ Wenn die analytischen Arbeitsbewertungsverfahren auch geringere Möglichkeiten für Benachteiligungen lassen, so sind sie dennoch mitnichten per se als diskriminierungsfrei anzusehen. Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts können insbesondere in der Auswahl, Auslegung und Gewichtung der Kriterien stattfinden.⁷⁹ Im Rahmen der Auswahl von Bewertungskriterien stellen sich dieselben Probleme der Nicht- oder Mehrfachbewertung wie bei summarischen Verfahren. Auch Auslegung und Gewichtung der einzelnen Kriterien können grundsätzlich wie bei der Summarik mehr oder weniger subjektiv bestimmt werden. Jedoch bietet die Analytik mehr Transparenz, wodurch Fehlbewertungen besser identifiziert werden können. Dadurch, dass zu Anfang ein Kriterienkatalog erstellt wird, der sodann stets bei allen Tätigkeiten systematisch abgearbeitet wird, soll soweit als möglich, Einheitlichkeit gewährleistet werden. Damit kann die Gefahr von unterschiedlichen Maßstäben bei den verschiedenen Tätigkeiten untereinander reduziert werden. Die Anwendung des analytischen Verfahrens setzt folglich sowohl die Kenntnis über den genutzten Kriterienkatalog voraus als auch die Merkmale der einzelnen Tätigkeiten, um diese dann in den Katalog einordnen zu können.

77 Jochmann-Döll/Tondorf, Entgeltungleichheit prüfen mit eg-check.de, 2010, S. 38; Tondorf, Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit!, 2003, S. 15 f.

78 Krell/Winter, in: Krell et al. (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011, 343 (351); Tondorf, Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit!, 2003, S. 15 f.

79 Krell/Winter, in: Krell et al. (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011, 343 (351 f.); Tondorf, Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit!, 2003, S. 16.

4. Messinstrumente zur Überprüfung von Entgeltgleichheit der Geschlechter

Ebenso wie bei Verfahren zur Bewertung von Arbeit, gibt es auch bei den Messinstrumenten zur Entgeltgleichheitsüberprüfung der Geschlechter verschiedene methodische Ansätze. Gegenübergestellt werden sollen im Folgenden die Prüfmechanismen Logib-D und eg-check.de. Hierbei handelt es sich um die einzigen Prüfmechanismen, die in Deutschland im Zusammenhang mit Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern diskutiert werden.⁸⁰

a) Logib-D

Logib-D ist ein Instrument, welches den Unternehmen zur Überprüfung von Lohnunterschieden vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend angeboten wird (BMFSFJ). Es beruht auf dem schweizer Prüfinstrument „Lohngleichheitsinstrument des Bundes“ (Logib), welches als Gleichbehandlungsnachweis für die öffentliche Vergabe von Aufträgen entwickelt wurde.⁸¹ Logib-D nutzt eine Regressionsanalyse, die auf den Gedanken der Humankapitaltheorie basiert. Das bedeutet, es wird von der Annahme ausgegangen, höheres Entgelt könne mit einer größeren Ausstattung an individuellem Humankapital erklärt werden. Dieses wird also bei der Überprüfung von Entgeltlücke als Rechtfertigung aus der Lohndifferenz herausgerechnet. Wer umgekehrt gleichwertiges Humankapital (Berufsausbildung, Dienstjahre, potenzielle Erwerbsjahre) aufweist, solle auch gleich bezahlt werden.⁸² Neben der ersten Überprüfung, der Basisregression, kann noch die erweiterte Regression angewandt werden. Bei

80 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Logib-D – Analyseinstrument zur Lohnstruktur in Unternehmen, 2012, abrufbar unter: <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=131584.html>, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013; *Jochmann-Döll/Tondorf*, Entgeltgleichheit prüfen mit eg-check.de, 2010; *Klenner/Ziegler*, WSI-Report 03/2010; *Tondorf*, in: *Festschrift für Pfarr*, 2010, S. 334.

81 *Klenner/Ziegler*, WSI-Report 03/2010, S. 3; *Strub*, BASS (Hrsg.), Überprüfung der Einhaltung von Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern bei Beschaffungen des Bundes, 2004, S. 2.

82 *Klammer et al.*, Neue Wege – gleiche Chancen, 2011, S. 123; *Klenner/Ziegler*, WSI-Report 03/2010, S. 4.

B. Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern

dieser sollen zusätzlich die Variablen „berufliche Stellung“ und „Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes“ berücksichtigt werden.⁸³ Diese arbeitsplatzbezogenen Variablen werden in Verbindung mit den Variablen des Humankapitals gesetzt.

Die arbeitsplatzbezogenen Variablen können freilich nur dann zur Aufdeckung von Benachteiligung aufgrund des Geschlechts beitragen, wenn sie selbst in diesem Sinne diskriminierungsfrei sind. Bei der Formulierung von Anforderungsniveaus könnten jedoch die Variablen – wie bei den Arbeitsbewertungsverfahren – von stereotypen Vorstellungen verzerrt werden.⁸⁴ Für die Nutzung von Logib-D ist es damit unverzichtbar, zumindest die verschiedenen Entgelte sowie die Informationen zu besitzen, welche Aussagen über das Humankapital geben.

b) eg-check.de

Einen anderen Ansatz verfolgt das von *Andrea Jochmann-Döll* und *Karin Tondorf* entwickelte Prüfinstrument eg-check.de.⁸⁵ Hierbei soll, der Gesetzeslage entsprechend, die Tätigkeit überprüft werden, nicht die Qualifikationen der sie ausführenden Person. Aufgrund der Annahme, dass jeder Entgeltbestandteil (wie Grundentgelt oder Leistungsvergütung) eine eigene Rechtfertigung besitzt, muss auch jeder dieser Bestandteile einzeln geprüft werden können.⁸⁶ Zur Prüfung der Entgeltgleichheit stehen drei Instrumente zur Verfügung: Statistiken, Regelungschecks und Paarvergleiche. Die Statistik, bei der einzelne Entgeltbestandteile von Frauen und Männern miteinander verglichen werden können, kann erste Anhaltspunkte für eine mögliche Diskriminierung liefern. Ist ein entsprechender Verdacht entstanden, können durch den Paarvergleich gezielt die Anforderungen von Tätigkeiten zweier Personen miteinander verglichen werden. Die Regelungschecks setzen direkt bei den Vorschriften in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen an und sollen durch gezielte Prüffragen auch mit-

83 Klenner/Ziegler, WSI-Report 03/2010, S. 5; Tondorf, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 334 (336).

84 Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes vom 09.03.2010, abrufbar unter: <http://www.djb.de/Kom/K1/st10-3/>, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

85 Siehe hierzu ausführlich: Jochmann-Döll/Tondorf, Entgeltgleichheit prüfen mit eg-check.de, 2010; Tondorf, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 334.

86 Jochmann-Döll/Tondorf, Entgeltgleichheit prüfen mit eg-check.de, 2010, S. 7; Tondorf, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 334 (341).

telbare Diskriminierungen in diesen Verträgen aufspüren können.⁸⁷ Freilich wird auch und gerade bei diesem Instrument die Frage der diskriminierungsfreien Arbeitsbewertung eine entscheidende Rolle spielen. Eg-check.de stellt hierfür im Rahmen der Paarvergleiche detaillierte Anforderungskataloge mit ausführlichen Beschreibungen der einzelnen Kriterien bereit.⁸⁸ Auch für das Messinstrument eg-check.de muss eine Vielzahl an Informationen vorliegen, um es sinnvoll nutzen zu können.

IV. Zusammenfassung

In Kapitel B. wurden als Einstieg in die Thematik verschiedene Begrifflichkeiten geklärt, sowie die Grundlagen der Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern dargestellt. Deutlich wurde, dass einige Begriffe des Tatbestands nicht ohne Weiteres verständlich sind und genauerer Erläuterung bedürfen, beispielsweise die Frage, wann Gleichwertigkeit zweier Tätigkeiten vorliegt. Es hat sich gezeigt, dass neben der tatsächlichen Diskriminierung beim Entgelt, weitere zumeist gesamtgesellschaftliche Ursachen zu der Lohnlücke zwischen den Geschlechtern beitragen. Dabei lässt sich die Grenze zwischen Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts und anderer Faktoren, die für die Lohnlücke verantwortlich sind, kaum trennscharf ziehen. Ebenfalls wurde deutlich, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts beim Entgelt in unterschiedlichen Prozessen entstehen können. Das Vorhandensein von Betriebsräten und eine tarifvertragliche Bindung des Unternehmens sind einer diskriminierungsfreien Entlohnungspraxis zwar förderlich, dennoch sind sie mitnichten ein Garant hierfür. Schließlich wurde bei der Darstellung der Verfahren zur Arbeitsbewertung, wie der unterschiedlichen Messinstrumente deutlich, dass für deren Nutzung ein nicht unerhebliches Maß an Informationen über die betrieblichen Verhältnisse nötig ist, sowie aufgrund ihrer Komplexität wohl auch einige Routine im Umgang. Auch mit der Anwendung der gängigen Verfahren zur Bewertung von Arbeit ist nicht sichergestellt, dass diese Bewertungen frei von geschlechtsspezifischer Diskriminierung sind und daher beim Entgelt zu Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts

87 Klammer et al., Neue Wege – gleiche Chancen, 2011, S. 123; Tondorf, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 334 (342 ff.).

88 Jochmann-Döll/Tondorf, Entgeltgleichheit prüfen mit eg-check.de, 2010, S. 36 ff.; Tondorf, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 334 (343 f.).

B. Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern

führen können. Ebenso ist das Messinstrument Logib-D bereits von seinem Ansatz her gar nicht dazu in der Lage, geschlechtsspezifische Diskriminierungen beim Entgelt im rechtlichen Sinne aufzudecken.

C. Rechtssoziologische Ansätze

Ziel dieser Arbeit ist es zu überprüfen, mit welchen rechtlichen Instrumenten die Durchsetzung von Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen effektiv vorangetrieben werden könnte. Nach einer Einführung über die Entgeltgleichheit der Geschlechter folgt nun zunächst die grundsätzliche Vorüberlegung, inwieweit rechtliche Regelungen überhaupt Einfluss auf gesellschaftliche Prozesse beziehungsweise individuelle Handlungsmuster nehmen können. Nach einer Definition unterschiedlicher rechtssoziologisch relevanter Begriffe folgt dann die Untersuchung verschiedener Faktoren, die die Effektivität von Normen beeinflussen könnten.

I. Vorüberlegung: Kann Recht steuern?

Mit Hilfe rechtssoziologischer Ansätze sollen also Instrumente überprüft werden, welche zur besseren Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgrundgesetzes der Geschlechter beitragen könnten. Dies setzt aber voraus, dass es überhaupt möglich ist, durch rechtliche Normen das Verhalten großer Teile der Gesellschaft entscheidend zu beeinflussen.⁸⁹

Die Verhaltenssteuerungsfunktion wird, neben der Funktion der Konfliktbereinigung, als ein zentraler Bestandteil der allgemeinen Rechtsfunktionen angesehen.⁹⁰ In erster Linie soll es hierbei um Konfliktvermeidung gehen.⁹¹ Das Recht gibt ein gewisses Verhalten für bestimmte soziale Rollen vor (Vater; Bankdirektorin; Verbraucher). Die Verhaltensregulierungen haben sich im Laufe der Zeit immer weiter verdichtet und konkretisiert. Die erweiterte Steuerung rechtserheblichen Verhaltens trägt dem Be-

89 Zustimmend: *Holzleithner*, KJ 2008, 250 (250); *Kißler*, Recht und Gesellschaft, 1984, S. 113; *Kocher*, in: *Rudolf* (Hrsg.), Geschlecht im Recht, 2009, S. 216 (237); *Opp*, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 35 (51); *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 185 ff.; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 96; *Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter*, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 13 (22).

90 *Holzleithner*, KJ 2008, 250 (250); *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 96.

91 *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 186; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 100.

C. Rechtssoziologische Ansätze

dürfnis unserer veränderten Gesellschaft Rechnung, in der es häufig kein Begegnen zweier Rechtssubjekte auf Augenhöhe gibt. Vielmehr herrscht oft ein Verhältnis der faktischen Über-/Unterordnung dort vor, wo das Recht ursprünglich von einem paritätischen Kräfteverhältnis ausgegangen ist. In diesem Spannungsverhältnis von gesetzlichen Vorgaben für Verhalten und autonomen Gestaltungsspielräumen bewegt sich insbesondere das Arbeitsrecht. Ihm wird die ambivalente Rolle des Schutzrechts der Beschäftigten einerseits, und der Möglichkeit der persönlichen Gestaltung wie für das Vertragsrecht charakterisierend andererseits zugeschrieben.⁹² Es soll also sowohl das Machtgefälle zwischen ArbeitgeberInnen und Beschäftigten ausgleichen, als auch Raum für Anpassungsmöglichkeiten an individuelle Bedürfnisse der ArbeitnehmerInnen und Unternehmen lassen. In einer Studie, in der Personalverantwortliche zu den Funktionen von Arbeitsrecht befragt wurden, war die Schutzfunktion die am häufigsten genannte Antwort.⁹³ Dies lässt darauf schließen, dass das Arbeitsrecht in erster Linie als Verhaltenssteuerungsrecht angesehen wird.

In diesem Kontext ist es auch Aufgabe des Rechts, Rollen, die sozial bereits definiert sind, neu zu formen.⁹⁴ So wird beispielsweise versucht, Väter mehr in die frühkindliche Erziehung ihrer Kinder mit einzubeziehen, indem der Bezugszeitraum des Elterngeldes um zwei Monate verlängert wird, wenn beide PartnerInnen Elterngeld in Anspruch nehmen.⁹⁵ Der Versuch, alte Verhaltensmuster aufzubrechen, und neue, vielschichtige Rollenbilder zu etablieren ist elementarer Bestandteil des Antidiskriminierungsrechts.⁹⁶ Hier ist die Verhaltenssteuerungsfunktion umso wichtiger, weil gerade nicht auf habituell korrektes Verhalten gesetzt werden kann. Vielmehr sollen gesellschaftliche Veränderungen durch Recht vollzogen werden. Dass das Antidiskriminierungsrecht diese Funktion nicht nur wahrnehmen kann, sondern dazu vielmehr verpflichtet ist, machte das *BVerfG* bereits in seiner Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot deutlich: „Der Satz ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkma-

92 Schmidt/Worobiej, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, 2008, S. 53 (56).

93 Bradtke-Hellthaler, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, 2008, S. 117 (130).

94 Käßler, *Recht und Gesellschaft*, 1984, S. 113.

95 § 4 BEEG.

96 Baer, in: *Festschrift für Rottlenthner*, 2011, S. 245 (249).

le anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen.“⁹⁷ Die Steuerung gesellschaftlicher Wertvorstellungen durch Recht beinhaltet die Schwierigkeit, dass manche Personen gezwungen sind, ihre persönlichen Werte und Grundsätze umzuwerfen, um bestimmten Vorschriften Folge leisten zu können.⁹⁸ Dies kann erfahrungsgemäß nur langsam und nur stückweise geschehen.

Daneben werden Gesetze auch mit dem Ziel gefordert, durch sie eine Bewusstseinsänderung in der gesamten Gesellschaft zu vollziehen.⁹⁹ Durch Vorschriften kann auf bestimmte Probleme aufmerksam gemacht werden, die unter Umständen mit Recht lediglich mittelbar geändert werden können. So ist für viele Personen, die sich für mehr Akzeptanz für Menschen mit Behinderung einsetzen, eine Veränderung im Bewusstsein der Bevölkerung das eigentliche Ziel von Gesetzen in diesem Bereich.¹⁰⁰

Eine wichtige Bedeutung der Verhaltenssteuerung durch Recht kommt daneben der „regulativen Idee der Dauer im Recht“¹⁰¹ zu. Dabei geht es um eine dauerhafte Sicherung bestimmter Verhaltensmuster. Rechtssicherheit kann also dadurch gewährleistet werden, dass Regelungen auf Dauer geschaffen werden. Dadurch, dass das Recht über einen längeren Zeitraum hinweg ein bestimmtes Verhalten von den BürgerInnen fordert, vertrauen diese darauf, dass sich die Mitmenschen auch in Zukunft dem Recht entsprechen verhalten. Damit können sich Erwartungen an ein bestimmtes Verhalten in der Bevölkerung verfestigen. Es wird auf Erfüllung dieser Erwartungen beziehungsweise bei Enttäuschung darauf vertraut, dass die Enttäuschung durch Sanktionen kompensiert wird, und dies auch noch in der Zukunft, da es sich um dauerhaft geltende Normen handelt.¹⁰²

Als Mittel der Verhaltenssteuerung können beispielsweise Informationen, Gewährung von Anreizen oder die Erteilung von Befehlen dienen.¹⁰³ Damit Recht Verhaltensweisen in der Bevölkerung aber nachhaltig verändern kann, ist es notwendig, dass die entsprechenden Rechtsnormen internalisiert werden. Denn eine Verhaltensänderung kann schwerlich erzwun-

97 *BVERfG*, Urt. v. 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/82, 1 BvL 10/91 = NJW 1992, 964 (965).

98 *Tinkler*, LSR 2008, 417 (424).

99 *Barnes/Burke*, LSR 2012, 167 (177 f.).

100 *Barnes/Burke*, LSR 2012, 167 (178).

101 *Kißler*, Recht und Gesellschaft, 1984, S. 112.

102 *Kißler*, Recht und Gesellschaft, 1984, S. 112.

103 *Hippel*, Rechtspolitik, 1992, S. 77 f.

gen werden. Zwar ist eine gewisse Verhaltenssteuerung durch soziale Kontrolle wünschenswert und wohl auch zielführend. Diese muss nicht nur durch den Rechtsstab erfolgen, sondern kann auch über andere Bezugsgruppen geschehen, die Einfluss auf das Individuum ausüben können, zum Beispiel Gewerkschaften oder Antidiskriminierungsverbände.¹⁰⁴ Einer flächendeckenden Kontrolle und Sanktionierung (unabhängig von der Frage, ob eine solche überhaupt wünschenswert wäre) dürfte es sowohl an Mitteln als zum Teil auch an Rechtsgrundlagen fehlen. Es geht also vielmehr darum, bei den Adressierten ein entsprechendes Rechtsbewusstsein durch Sozialisation zu schaffen.¹⁰⁵ Nur so lässt sich Recht sinnvoll als Mechanismus zur Steuerung von Verhalten nutzen.

II. Begriffe

Bevor inhaltlich auf einzelne Faktoren und ihre Auswirkungen auf die Effektivität von Normen eingegangen werden kann, müssen zunächst die verschiedenen Begriffe, die in diesem Zusammenhang gebraucht werden, näher erläutert werden. Nur dann können die unterschiedlichen Wirkungsweisen von rechtlichen Instrumenten zuverlässig bewertet werden. Um die Begrifflichkeiten herrscht im Einzelnen zum Teil Uneinigkeit. Die Arbeit beschränkt sich darauf, den für sie relevanten Termini einen Bedeutungsgehalt zuzuweisen, mit dem im Weiteren sinnvoll gearbeitet werden kann.

1. Effektivität und Wirksamkeit

Schlüsselbegriffe für die Frage der erfolgreichen Implementierung von Recht sind Wirksamkeit oder Effektivität. Diese werden teilweise synonym gebraucht,¹⁰⁶ teilweise dient Effektivität als Oberbegriff der anderen Begriffe.¹⁰⁷

104 Käßler, Recht und Gesellschaft, 1984, S. 108.

105 Käßler, Recht und Gesellschaft, 1984, S. 113.

106 Garrn, ARSP 1969, 161 (173 f.); Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 270; Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 13 (13).

107 So scheint es beispielsweise bei: Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 54 ff.

Für Kramer kommt es bei der Frage der Wirksamkeit einer Vorschrift darauf an, ob sie der tatsächliche Grund für das normkonforme Verhalten ist.¹⁰⁸ Er fasst ihn also insofern enger als den Begriff der Befolgung (wie er hier verstanden werden soll), als dass Wirksamkeit nicht (mehr) vorliegen soll, wenn normentsprechendes Verhalten aus anderen Gründen als der Existenz der Norm selber entsteht. Diese Definition des Begriffs der Wirksamkeit erscheint jedoch für die Zwecke dieser Arbeit nicht notwendig. Es gibt keinen Grund, die Wirksamkeit des Entgeltgleichheitsgebots bereits dann zu bezweifeln, wenn es aus anderen Gründen als aus Normtreue eingehalten wird. Daher kann im Folgenden auf Garrns Definition zurückgegriffen werden: „Eine Rechtsnorm ist wirksam, wenn sie befolgt oder durchgesetzt wird.“¹⁰⁹

Zum Teil wird von Wirksamkeit beziehungsweise Effektivität erst dann gesprochen, wenn durch eine Vorschrift die Intention des Gesetzgebers verwirklicht wird.¹¹⁰ Allein die Tatsache, dass sich die NormadressatInnen der Norm entsprechend verhalten, die Vorschrift also faktische Geltung erlangt, muss nicht bedeuten, dass sie auch in diesem Sinne wirksam oder effektiv ist. Besagt Paragraf x, dass Betriebsräte regelmäßig Schulungen über eine diskriminierungsfreie Einstufung der ArbeitnehmerInnen besuchen müssen und tun sie dies auch, so gilt Paragraf x faktisch. Wirksam/Effektiv wäre die Norm allerdings erst, wenn durch sie das Ziel des Gesetzgebers (weniger Diskriminierung bei der Einstufung von Beschäftigten) erreicht würde. Dies ist im Grundsatz ein berechtigter Ansatz. Die Wirksamkeit von Normen wird aber häufig nicht in diesem engen Sinne, sondern, wie oben dargestellt verstanden. Zur Vermeidung von Missverständnissen versieht die Arbeit daher diese enge Umschreibung (nur bei Verwirklichung der Intention des Gesetzgebers) mit dem Begriff der Effektivität. Geht es im Weiteren also um die Verwirklichung der Intention des Gesetzgebers, die sie oftmals nicht unmittelbar durch Gesetze erzeugen können, so geht es um die Effektivität einer Norm.¹¹¹

108 Kramer, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 247 (253).

109 Garrn, ARSP 1969, 161 (168).

110 Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 270; Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 55; Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 13 (21 ff.).

111 Für die Effektivität ebenso: Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 13 (23).

2. Befolgung

Als Befolgung soll jede Verwirklichung des Normtatbestands durch die AdressatInnen verstanden werden.¹¹² Es ist dabei gleichgültig, ob der Norm aus anderen Beweggründen entsprochen wird (Gewohnheit, Sitte etc.). Von Befolgung sollte (als Abgrenzung zur Inanspruchnahme) nur dann gesprochen werden, wenn die Normen Ge- oder Verbote enthalten, ein bestimmtes Verhalten also vorschreiben, mithin obligatorischen Charakter haben.¹¹³

3. Durchsetzung und Mobilisierung

Der Begriff der Durchsetzung von Recht kann zwei Fälle beschreiben. Zunächst kann von Durchsetzung einer Norm – als Gegenstück der Befolgung – dann gesprochen werden, wenn die Verwirklichung der Norm durch die NormadressatInnen gerade nicht freiwillig erfolgt, sondern sie vielmehr von den Sanktionsinstanzen mit Zwangsmitteln dazu gebracht werden.¹¹⁴ Hier kommt der Impuls der Rechtsverwirklichung „von oben“, also vom Staat auf die BürgerInnen.

Rechtsdurchsetzung kann aber auch beschreiben, inwieweit die NormadressatInnen ihre eigenen Rechte gegenüber dem Staat oder gegenüber anderen NormadressatInnen realisieren (können).¹¹⁵ Der Antrieb zur Realisierung des Rechts kommt in diesem Fall von den Normadressierten selbst, mithin „von unten“.

In beiden Varianten geht es in erster Linie um die konkrete Verwirklichung eines Anspruchs. Mit Mobilisierung kann hingegen ein umfassenderer Bereich der Realisierung von Rechten erfasst werden. Hierunter lassen sich auch mittelbare oder nicht-juristische Instrumente fassen, die zu einer Anspruchsverwirklichung förderlich sein können, aber nicht müssen. So wäre eine umfangreiche Aufklärung über Beschäftigtenrechte wohl

112 Garrn, ARSP 1969, 161 (168); Opp, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 35 (35).

113 Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 62.

114 Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 1995, S. 39; Garrn, ARSP 1969, 161 (169); Noll, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 259 (259).

115 In diesem Sinne zum Beispiel: Kocher, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, 2008, S. 7 ff.

noch keine Durchsetzung etwaiger Rechte. Sie könnte aber durchaus ein Teil einer Mobilisierungsstrategie von Beschäftigten sein. Ein juristisches Instrument zur Mobilisierung von Beschäftigtenrechten könnte auch ein Auskunftsanspruch über die tatsächlichen Gegebenheiten im Betrieb sein. Dieser kann dazu beitragen, dass die Beschäftigten aufgrund der hieraus gezogenen Erkenntnisse ein ihnen zustehendes Recht gerichtlich durchsetzen. Die Erkenntnisse können aber auch lediglich als Verhandlungsmasse in Gespräche mit den ArbeitgeberInnen einfließen.¹¹⁶ Mobilisierung soll im Rahmen dieser Arbeit also so verstanden werden, dass sie zunächst einmal dazu dient, den NormadressatInnen zu vermitteln, welche Ansprüche sie haben, respektive ihnen die Geltendmachung – und damit die Durchsetzung – zu erleichtern.

4. Geltung

Im Rahmen der Geltung von Normen kann zwischen juristischer und soziologischer unterschieden werden.¹¹⁷ Juristische Geltung erlangt eine Vorschrift, indem sie formell und materiell rechtmäßig erlassen und nicht wieder aufgehoben wird. Sie darf auch nicht gegen höherrangiges Recht verstößen. Ist eine Norm im juristischen Sinne gültig, sind die NormadressatInnen zu ihrer Befolgung verpflichtet. Die juristische Geltung bildet also ab, welche Normen die RechtsanwenderInnen befolgen sollen.¹¹⁸

Die soziologische Geltung trifft Aussagen darüber, inwieweit eine Norm auch tatsächlich eingehalten wird. Sie kann – anders als die juristische Geltung – auch nur teilweise bestehen, eben dann, wenn die Norm weder vollständig befolgt noch überhaupt nicht verwirklicht wird.¹¹⁹ In

116 Siehe hierzu auch: *Kocher*, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, 2008, S. 18 ff.

117 *Garrn*, ARSP 1969, 161 (171); *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 237 f.; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 265.

118 *Baer*, in: *Festschrift für Rottleuthner*, 2011, S. 245 (250); *Geiger*, Vorstudien, 1987, S. 217 ff.; *Noll*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), *Zur Effektivität des Rechts*, 1972, S. 259 (259); *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 237 f.; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 265.

119 *Geiger*, Vorstudien, 1987, S. 28; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 238 f.; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 265.

C. Rechtssoziologische Ansätze

der vorliegenden Arbeit wird der Begriff der soziologischen Geltung mit dem der Wirksamkeit einer Norm gleichgesetzt.¹²⁰

5. Inanspruchnahme

Ein Gesetz wird in Anspruch genommen, wenn die Möglichkeiten, die die Normen bereitstellen, von den AdressatInnen auch wahrgenommen werden.¹²¹ Dabei kann die Inanspruchnahme von Normen zugleich die (gerichtliche) Durchsetzung von Ansprüchen sein. Sie kann sich aber auch in der Beantragung einer Subvention oder Realisierung eines Auskunftsanspruchs erschöpfen.

6. Adressierte von Rechtsnormen

Über die Frage, wer als Adressierte einer Rechtsnorm anzusehen ist, herrscht ein umfassender Streit in der rechtssoziologischen Literatur.¹²² Krüger unterscheidet zwischen formellen und materiellen AdressatInnen.¹²³ Er betont dabei, dass es bei diesem Begriffspaar jedoch mitnichten um eine Anlehnung an formelle/materielle Rechtmäßigkeit von Gesetzen gehe. Um gerade solche Verwechslungen aber auszuschließen, würde sich eine Einteilung in generelle und besondere AdressatInnen von Rechtsnormen anbieten. Danach sind generelle (formale) AdressatInnen von deutschen beziehungsweise europäischen Vorschriften alle Personen der Bundesrepublik, gleichsam die Bevölkerung als Ganzes. Die gesamte Bevölkerung muss sich an alle hier geltenden Gesetze und Regeln halten. Neben AdressatInnen im generellen Sinn, gibt es aber bei vielen Gesetzen noch besondere (materielle) AdressatInnen, die das Gesetz in erster Linie anspricht. Änderungen im Kündigungsschutzgesetz etwa sind für RentnerInnen nicht so relevant wie für ArbeitnehmerInnen, Kartellgesetze beeinflussen das Handeln von KindergärtnerInnen wohl nur peripher. Eine Strafmaßverschärfung der gefährlichen Körperverletzung kann aber (zumindest

120 So auch: Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 239.

121 Baer, Rechtssoziologie, 2011, S. 216 f.; Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 62 f.

122 Siehe nur: Krüger, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, m.w.N.

123 Krüger, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 63 ff.

abstrakt) alle Menschen gleichermaßen betreffen. Besondere AdressatInnen sind also solche Menschen, die eine bestimmte Norm befolgen sollen oder in Anspruch nehmen können.

Auch bei Regeln über die Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen sollten die generellen AdressatInnen in gewissem Maße eine Rolle spielen. Es wird aufgezeigt werden, dass gesellschaftlich umfangreiche Veränderungen – wie eine flächendeckende Entgeltgleichheit der Geschlechter – nur dann tatsächlich vollzogen werden können, wenn die Mehrheit der Gesellschaft diese mittragen. Auch eine Vielzahl von BürgerInnen, welche nicht zu den besonderen AdressatInnen von Entgeltgleichheitsnormen gehören, sind erwerbstätig und können mittelbar (beispielsweise als KollegInnen) Einfluss auf die besonderen AdressatInnen ausüben. Sie werden daher im Weiteren stets mitzudenken sein. Den besonderen AdressatInnen von Entgeltgleichheitsnormen aufgrund des Geschlechts wird aber naturgemäß in erster Linie die Aufmerksamkeit geschenkt. Hier gibt es verschiedene besondere Adressierte. Zu nennen sind einmal die durch Normen zur Durchsetzung von Entgeltgleichheit Verpflichteten. In der Regel sind dies die ArbeitgeberInnen, respektive die Personalverantwortlichen oder die Unternehmen als juristische Person. Vorschriften zur Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgebots zwischen Männern und Frauen können sich aber auch an andere AdressatInnen wenden, die damit ebenfalls zu AkteurInnen bei der effektiven Durchsetzung werden. Zu denken ist hier an Betriebsräte, Tarifvertragsparteien, Antidiskriminierungsverbände oder die Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Nach heutiger Rechtslage sind Normen bezüglich der Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen als Individualansprüche ausgestaltet.¹²⁴ Sie richten sich also in erster Linie an potenziell benachteiligte ArbeitnehmInnen und nicht an Kollektivorgane.

III. Effektivitätsfaktoren von Normen

1. Vorgehensweise

Im Folgenden werden die Faktoren näher beleuchtet, die einen Einfluss auf die Effektivität von Gesetzen oder einzelnen Normen haben können.

124 Siehe oben unter: B. II. 1.

C. Rechtssoziologische Ansätze

Die Schwierigkeit in der Darstellung besteht nicht zuletzt darin, dass sich verschiedene Faktoren gegenseitig verstärken oder schmälern können.¹²⁵ Zunächst wird das Modell von *Opp* und *Diekmann* zur Befolgung von Gesetzen,¹²⁶ welches von *Rottleuthner* um das Modell der Inanspruchnahme von Gesetzen erweitert wurde,¹²⁷ erläutert. Im Anschluss werden die Faktoren genauer untersucht, die für diese Arbeit am wichtigsten sind. Mit den so gewonnenen Ergebnissen sollen sodann in Kapitel E. der Arbeit konstruktive Lösungsansätze erarbeitet werden.

2. Die Modelle von Opp, Diekmann und Rottleuthner zur Befolgung und Inanspruchnahme von Gesetzen

Die Modelle von *Opp*, *Diekmann* und *Rottleuthner* zur Befolgung und Inanspruchnahme von Gesetzen stellen treffend Effektivitätsfaktoren von Normen dar. Somit können sie als erste Orientierung dienen. Zudem wird hierdurch die Interdependenz der verschiedenen Faktoren deutlich. Sie arbeiten mit Variablen erster und zweiter Stufe. Die Variablen erster Stufe sollen direkt in einem positiven oder negativen Zusammenhang mit dem Grad der Befolgung, respektive der Inanspruchnahme stehen. Die Variablen zweiter Stufe stehen ihrerseits in positivem oder negativem Zusammenhang mit den Variablen erster Stufe, was diese zu abhängigen Variablen macht.¹²⁸ Nachfolgend werden die einzelnen Variablen genauer benannt.

125 So auch: *Ryffel*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 225 (241).

126 *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, 193 ff.; beziehungsweise zuletzt: *Opp*, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 35 (35 ff.); *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 32 ff.

127 *Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 62 ff.

128 *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 38; *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 193; *Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 56.

a) Das Modell zur Befolgung von Gesetzen

aa) Variablen erster Stufe mit positivem Zusammenhang

Die im Folgenden beschriebenen Modelle basieren auf den Grundüberlegungen von *Opp* zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Menschen Gesetze befolgen.¹²⁹ Diese Überlegungen wurden von *Diekmann* so erweitert, dass sie für alle Normen, nicht bloß für Gesetze gelten sollen.¹³⁰

Das *Opp-Diekmann*-Modell identifiziert zunächst Variablen erster Stufe, also solche, die unmittelbar Einfluss auf den Grad der Befolgung von Gesetzen haben sollen. Ein positiver Zusammenhang, welcher den Grad der Befolgung erhöht, soll abhängen von dem Grad der Informiertheit über das Gesetz, dem Grad der erwarteten negativen Sanktionen bei Nichteinhaltung des Gesetzes sowie dem Grad der erwarteten positiven Sanktionen bei Einhaltung.¹³¹

(1) Variablen zweiter Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der Informiertheit über das Gesetz

Ob und inwieweit diese Variablen erster Stufe eintreten, hängt laut Modell teilweise von weiteren Variablen zweiter Stufe ab. Diese beeinflussen den Grad der Befolgung allenfalls mittelbar. So soll der Grad der Informiertheit über das Gesetz positiv von der Verständlichkeit des Gesetzes abhängen, davon ob der Gesetzgeber als kompetente RegelungsakteurInnen für eine bestimmte Situation angesehen werden, von der wahrgenommenen moralischen Kompetenz des Gesetzgebers, vom Grad der sozialen Ablehnung einer Übertretung und von der Verbreitung des Gesetzes durch Massenkommunikationsmittel. Letzteres soll wiederum (ebenfalls positiv) vom Grad der sozialen Ablehnung einer Übertretung und vom Grad der gesetzlichen Sanktion beeinflusst werden.¹³² Ist es allgemein verpönt, bei Rot über die Straße zu gehen, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass Ände-

129 *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 190 ff.

130 *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 41.

131 *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 41; *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 199; *Rottlenthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 57 f.

132 *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 200 ff.; *Rottlenthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 58 f.

C. Rechtssoziologische Ansätze

rungen zu einer solchen Vorschrift in den Massenmedien Erwähnung finden. Die Verbreitung in Massenkommunikationsmitteln wiederum, soll zu einer größeren Informiertheit über die neue Vorschrift führen, was eine stärkere Befolgung nach sich zöge: weniger Menschen gingen über eine rote Ampel.

- (2) Variablen zweiter Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der erwarteten negativen Sanktionierung bei der Einhaltung des Gesetzes

Positiv beeinflussen soll die in der Überschrift genannte Variable: der Grad der gesetzlichen Sanktion, die Sichtbarkeit einer Übertretung, der Grad der sozialen Ablehnung, die Aufklärungsquote, die wiederum positiv beeinflusst wird von der Anzeigeneigung und dem Grad der sozialen Ablehnung einer Übertretung und negativ beeinflusst wird von der Privatheit der Übertretungssituation sowie der Anzeigeneigung. Letzteres soll vom Grad der sozialen Ablehnung einer Übertretung und von der Aufklärungsquote beeinflusst werden können.¹³³

- (3) Variablen zweiter Stufe mit negativem Zusammenhang zum Grad der erwarteten negativen Sanktionierung bei der Einhaltung des Gesetzes

Negativ soll sich hier die Privatheit der Übertretungssituation auswirken können. Anders ausgedrückt, je privater eine Situation, desto weniger würden von NormübertreterInnen negative Sanktionen der Übertretung befürchtet. Damit würde die Befolgungswahrscheinlichkeit einer Vorschrift geschmälernt.¹³⁴

- bb) Variablen erster Stufe mit negativem Zusammenhang

Negativen Einfluss auf die Befolgung soll haben: Die Häufigkeit der normrelevanten Situation, der Grad der normativen Abweichung vom Ge-

133 *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 38; *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 200 ff.; *Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 57.

134 *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 40; *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 203; *Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 57.

setz, das heißt das Vorliegen einer Orientierung an konkurrierenden, nicht notwendigerweise rechtlichen Normen, der Grad der erwarteten negativen Sanktionen bei Befolgung und der Grad der erwarteten positiven Sanktionen bei Übertretung.¹³⁵

- cc) Variablen zweiter Stufe mit negativem Zusammenhang zum Grad der normativen Abweichung vom Gesetz

Die folgenden Variablen zweiter Stufe sollen den Grad der normativen Abweichung vom Gesetz negativ beeinflussen, das heißt, sie schmälern ihn, was im Endeffekt zu einer höheren Befolgung führen würde. Es handelt sich um: den Grad der sozialen Ablehnung einer Übertretung, die moralische Kompetenz des Gesetzgebers und die Realisierung eigener Ziele durch eine Gesetzesbefolgung.¹³⁶

- b) Das Modell zur Inanspruchnahme von Gesetzen

- aa) Variablen erster Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der Inanspruchnahme von Gesetzen

Der Erweiterung von *Rottlenthner* um die Inanspruchnahme von Gesetzen liegt das gleiche Prinzip zugrunde. Positiv beeinflussen die Inanspruchnahme: die Häufigkeit der normrelevanten Situation (d.h. die Erfüllung der Voraussetzungen als rechtlich notwendige Bedingung), der Grad der Informiertheit über das Gesetz, der Grad der erwarteten Nachteile bei Nicht-Inanspruchnahme und der Grad der erwarteten Vorteile bei Inanspruchnahme.¹³⁷

135 Diekmann, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 41; Opp, Soziologie im Recht, 1973, S. 296 ff.

136 Diekmann, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 38; Opp, Soziologie im Recht, 1973, S. 202; Rottlenthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 57.

137 Rottlenthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 57.

C. Rechtssoziologische Ansätze

- (1) Variablen zweiter Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der erwarteten Nachteile bei Nicht-Inanspruchnahme und Grad der erwarteten Vorteile bei Inanspruchnahme

Diese beiden Variablen sollen positiv von der Höhe des Anreizes einer Inanspruchnahme beeinflusst werden können.

- (2) Variablen zweiter Stufe mit positivem Zusammenhang zum Grad der Informiertheit über das Gesetz

Die Verständlichkeit des Gesetzes, die Verbreitung durch Massenmedien (positiv beeinflussbar durch die Höhe des Anreizes) und die Tätigkeit von Beratungshilfe-Organisationen sollen die Informiertheit über das Gesetz steigern können.

- (3) Variable zweiter Stufe mit negativem Zusammenhang zur Häufigkeit der normrelevanten Situation

Die Kontrollintensität soll die Häufigkeit der normrelevanten Situation negativ beeinflussen, sie also verringern können, was wiederum zu einem niedrigeren Grad der Inanspruchnahme eines Gesetzes führen soll.¹³⁸

- bb) Variablen erster Stufe mit negativem Zusammenhang zum Grad der Inanspruchnahme von Gesetzen

Eine geringere Inanspruchnahme des Gesetzes soll durch den Grad der normativen Abweichung vom Gesetz, den Grad der erwarteten Nachteile bei Inanspruchnahme und den Grad der erwarteten Vorteile bei Nicht-Inanspruchnahme erzeugt werden können.

138 Rottlenthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 64.

(1) Variablen zweiter Stufe mit positivem und negativem Zusammenhang zum Grad der normativen Abweichung

Positiv soll der Grad der sozialen Ablehnung einer Inanspruchnahme den Grad der normativen Abweichung beeinflussen können. Negativ soll er dagegen von der moralischen Kompetenz des Gesetzgebers und der Realisierung eigener Ziele durch eine Inanspruchnahme (z.B. durch „Mitnahmeeffekte“) beeinflusst werden können.¹³⁹

(2) Variablen zweiter Stufe mit negativem Zusammenhang zum Grad der erwarteten Nachteile bei Inanspruchnahme und zum Grad der erwarteten Vorteile bei Nicht-Inanspruchnahme

Diese beiden Variablen sollen negativ durch die Höhe des Anreizes einer Inanspruchnahme beeinflusst werden können.¹⁴⁰

c) Zusammenfassung

Die *Opp-Diekmann-Rottleuthner*-Modelle sehen demnach einmal die (externen) Sanktionen als wesentliches Instrument einer Befolgung/Inanspruchnahme von Gesetzen an. Auf der anderen Seite erachten sie interne Faktoren wie die subjektive Informiertheit und das Rechtsgefühl als wesentlich. Die von den Autoren genannten Instrumente und Faktoren einer wirksamen Gesetzgebung sollen im Weiteren näher auf ihre Tauglichkeit und ihre Voraussetzungen untersucht werden. Daneben werden aber auch andere Mechanismen einer erfolgreichen Gesetzesimplementierung besprochen. Die Frage der Häufigkeit der normrelevanten Situation soll im Folgenden nur insofern erörtert werden, wie sie mit rechtlichen Mitteln beeinflussbar erscheint.

139 Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 64.

140 Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 64.

3. Die Effektivitätsfaktoren von Normen im Einzelnen

Nachdem nun also die Modelle von *Opp*, *Diekmann* und *Rottlenthner* dargestellt wurden, widmet sich die Arbeit der Frage, welche Faktoren als tatsächlich relevant für die Effektivität von Normen angesehen werden müssen. Dabei dienen die aufgezeigten Modelle als Ausgangspunkt, was bedeutet, dass die Arbeit bei den Überlegungen bezüglich der Effektivitätsfaktoren von ihnen ausgehend, sie aber unter Zugrundelegung neuerer Studien und mit Fokus auf Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht auch erweitert oder verändert. Hierbei bietet es sich an, zwischen personenbezogenen (**a) - d)**) und institutionellen (**e) - g)**) Faktoren zu unterscheiden.

a) Information

Zunächst wird untersucht, inwieweit Informationen Einfluss auf die Wirksamkeit von Normen haben können. Hierbei müssen zwei Formen von Information unterschieden werden. Informationen können im rechtlichen Kontext zunächst darüber benötigt werden, welche Sachlage tatsächlich gegeben ist. Das sind solche Informationen, mit denen sich beurteilen lässt, ob der Tatbestand einer Norm erfüllt ist.¹⁴¹ Auf der anderen Seite ist für ein Wirksamwerden von Vorschriften jedoch auch die Frage von Bedeutung, ob und inwieweit die Berechtigten und Verpflichteten wissen, was für Rechte ihnen überhaupt zustehen.

Der Frage, ob Normenkenntnis die Effektivität von Vorschriften steigern kann, wird im Folgenden nachgegangen. Sie ist angelehnt an die dargestellten Überlegungen von *Opp*, *Diekmann* und *Rottlenthner*, bei denen Information als die Effektivität der Norm beeinflussende Variable genannt wird.¹⁴²

Mit Information ist in diesem Kapitel also in erster Linie die Kenntnis von Norminhalten, respektive ihren Bedeutungen gemeint. Es geht dabei auch um die Beweggründe einer Normschaffung oder -änderung. EmpfängerInnen der Informationen sollen zunächst die besonderen NormadressatInnen sein, also hier die ArbeitgeberInnen sowie diejenigen Beschäftigten, die unter Umständen bei ihrer Entlohnung aus Gründen des Geschlechts benachteiligt werden. Es könnte der Effektivität von Normen

141 Siehe hierzu ausführlich: D.

142 Siehe oben unter: C. III. 2.

weiterhin förderlich sein, wenn in einem gewissen Grad die Gesamtbevölkerung (die generellen NormadressatInnen) über die Norminhalte informiert wäre. So ist auch die Verhaltenssteuerungsfunktion von Recht leichter zu realisieren.¹⁴³

Zu fragen ist folglich, ob tatsächlich ein Zusammenhang zwischen der Informiertheit der NormadressatInnen über den wesentlichen Norminhalt und einem erhöhten Grad an Effektivität der jeweiligen Vorschrift festgestellt werden kann. In einer viel zitierten Wirkungsanalyse des norwegischen Hausangestelltengesetzes von 1948 legt *Aubert* dar, dass Normkenntnis zunächst positiv davon abhängt, ob das Gesetz gelesen oder dessen Existenz zumindest bekannt ist. Es zeigte sich zwar, dass auch ohne Normkenntnis die eigenen Vorstellungen mit denen des Gesetzes kompatibel sein können. Dies war aber lediglich dann der Fall, wenn die Normen ohnehin im Einklang mit dem herrschenden Sitten und Gebräuchen standen.¹⁴⁴ Freilich garantiert Normkenntnis per se keine Gesetzeswirksamkeit. Sie ist jedoch dann condition sine qua non einer Gesetzesbefolgung, wenn und solange die der Norm zugrunde liegenden Wertvorstellungen nicht dem allgemeinen Gefühl von Sitte und Moral, zumindest von einem Großteil der Bevölkerung entsprechen.¹⁴⁵

Dies zeigt auch die Studie von *Kelly* zu der Frage, wann Organisationen eine Freistellung der Beschäftigten aufgrund von Sorgearbeiten zulassen.¹⁴⁶ Dort wird die Nichtbeachtung bestimmter Freistellungsansprüche von der Arbeit nach der Geburt eines Kindes unter anderem damit erklärt, dass die Personalverantwortlichen schlicht von veralteten Vorschriften ausgegangen sind, ohne diese weiter zu hinterfragen. Es wurde vielmehr das angewendet, was aufgrund der alten Gesetze in das allgemeine Wertgefühl eingeflossen ist.¹⁴⁷ Damit wird erneut die Möglichkeit deutlich, durch rechtliche Normen gesellschaftliche Werte zu prägen und hierdurch Einfluss auf das Verhalten von Menschen zu nehmen.¹⁴⁸ In *Auberts* Studie zeigte sich weiter, dass der Grad der Kenntnis des Gesetzesinhalts bei den

143 So auch: *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 111.

144 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (289 f.); Ebenso: *Griffiths*, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (318).

145 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (289 f.).

146 *Kelly*, LSR 2010, 33.

147 *Kelly*, LSR 2010, 33 (51).

148 Siehe oben unter: C. I.

Hausangestellten geringer war als bei den Hausfrauen. *Aubert* führte dies unter anderem darauf zurück, dass die Hausfrauen zumeist aus der Ober- oder Mittelschicht der Gesellschaft stammten und zudem in urbanem Umfeld bessere Informationsmöglichkeiten besäßen als die meist aus eher bildungsfernen Schichten stammenden Hausangestellten.¹⁴⁹ Einen solchen Zusammenhang zwischen einer höheren (schulischen oder universitären) Ausbildung und einer positiven Einstellung, welche wiederum positiv mit dem Grad der Informiertheit korrelierte, konnten auch *Ruys* und *Schuyt* in ihrer Studie zur Einführung der Mehrwertsteuer im Jahre 1960 feststellen.¹⁵⁰

Bei der Frage, inwieweit die Gesetzeskenntnis tatsächlich das Verhalten der NormadressatInnen beeinflusst hat, unterscheidet *Auberts* Studie erneut zwischen Hausfrauen und Hausangestellten. Die Hausfrauen waren in Auberts Studie in der Rolle der Arbeitgeberinnen, während die Hausangestellten ihre Beschäftigten waren. Es ist daher nicht verwunderlich, dass der Einfluss der Gesetzeskenntnis auf die Wirksamkeit der Norm bei diesen beiden Gruppen unterschiedlich ausfiel. Bei den Hausfrauen, welche es durch schlichtes Anpassen ihres Verhaltens an die Vorschriften, der Norm zur Wirksamkeit verhelfen konnten, konnte ein signifikanter Zusammenhang zwischen Gesetzeskenntnis und dessen Befolgung festgestellt werden. Zwar schien in dem konkreten Fall unerheblich, ob die Hausangestellten Kenntnis der (zum Großteil arbeitnehmerInnen-schützenden) Normen hatten oder nicht.¹⁵¹ Insgesamt aber zählt *Aubert* die Informiertheit der NormadressatInnen zu den entscheidenden Faktoren für eine effektive Gesetzgebung.¹⁵²

Dass Informiertheit über ein Gesetz zu einem höheren Grad der Befolgung führt, wird in der rechtssoziologischen Literatur jedoch nicht einhellig vertreten. *Diekmann* zieht diesen Zusammenhang mit dem Argument in Zweifel, dass beispielsweise in der Wirtschaftskriminalität möglicher-

149 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (289 f.).

150 *Ruys/Schuyt*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 565 (576).

151 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (291); siehe zu den Unterschiedlichen Möglichkeiten von ArbeitgeberInnen und Beschäftigten einer Norm zur Wirksamkeit zu verhelfen ausführlich: C. III. 3. f.).

152 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (287).

weise gerade viel Information über einschlägige Gesetze vorhanden sei.¹⁵³ Diese Begründung kann jedoch nur überzeugen, wenn die Informiertheit über Vorschriften als weitestgehend alleinige Wirksamkeitsvoraussetzung einer Norm gesehen wird. Nimmt man hingegen, wie hier vertreten, an, dass stets ein Zusammenspiel vielfältiger Einflüsse für die Erklärung von Normwirksamkeit oder -unwirksamkeit verantwortlich ist, vermögen Diekmanns Ausführungen nicht gänzlich zu überzeugen. So könnten andere Wirksamkeitsfaktoren in diesem speziellen Fall stärkeren Einfluss auf die Effektivität haben. Zu denken wäre beispielsweise an ein fehlendes Rechtsbewusstsein oder eine stark zugunsten der Wirtschaftskriminalität hintendernde Kosten-Nutzen-Bilanz, vielleicht wegen eines für gering gehaltenen Entdeckungsrisikos. Diese Überlegungen decken sich mit den Ergebnissen von Ruys und Schuyt. Sie konnten in ihrer Studie zur inneren Einstellung gegenüber der Einführung der Mehrwertsteuer feststellen, dass zwar sowohl der Grad der Kenntnis des Inhalts als auch der Beweggründe für ein Gesetz mit einer positiven Einstellung gegenüber der neu eingeführten Mehrwertsteuer korrelierten.¹⁵⁴ Dieser Zusammenhang konnte jedoch nur für die Phase vor Einführung der Mehrwertsteuer gezeigt werden. Als die monetär negativen Konsequenzen des Gesetzes deutlich wurden, waren andere Faktoren als die Gesetzeskenntnis für die Einstellung ihm gegenüber ausschlaggebend.¹⁵⁵

Die Studien zeigen also, dass in der Regel ein Zusammenhang zwischen Informiertheit über Rechte und deren verstärkte Effektivität besteht. Auch andere RechtssoziologInnen nehmen einen entscheidenden Einfluss der Informiertheit der Adressierten über das Gesetz auf den Grad seiner Wirksamkeit an.¹⁵⁶ Wird davon ausgegangen, dass die Informiertheit über neue oder veränderte Vorschriften Einfluss auf deren Wirksamkeit und Ef-

153 Diekmann, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 39 f.

154 Ruys/Schuyt, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 565 (576).

155 Ruys/Schuyt, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 565 (582).

156 Gallagher, LSR 2006, 783 (800); Griffiths, in: Loenen/Rodrigues (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (315); Heldrich, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 305 (330); Klose, in: Cottier et al. (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, S. 347 (355 ff.); Krüger, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 68ff.; Opp, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 35 (50); Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 56 ff. m.w.N.

C. Rechtssoziologische Ansätze

fektivität haben können, stellt sich die Frage, inwieweit die verschiedenen AdressatInnengruppen von Entgeltgleichheitsvorschriften (respektive Vorschriften der Durchsetzung) über diese Normen tatsächlich informiert sind. Solche Erhebungen zum Thema Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern gibt es kaum. Da es hierbei jedoch schwerpunktmäßig um Arbeitsrecht respektive Antidiskriminierungsrecht geht, kann im Folgenden auf Befragungen zu diesen Themengebieten zurückgegriffen werden.

aa) Informiertheit der ArbeitgeberInnen als besonders Adressierte

Es ist anzunehmen, dass das AGG kurz nach seiner Einführung aufgrund der großen Aufmerksamkeit und der kontroversen Debatte in den Medien einen relativ hohen Bekanntheitsgrad in der Bevölkerung besaß. Dieser bezog sich jedoch wohl eher auf die Existenz des Gesetzes im Allgemeinen und weniger auf die tatsächlichen inhaltlichen Vorgaben.¹⁵⁷ Im Jahre 2008 führten *Raasch* und *Rastetter* eine nicht repräsentative Befragung von Personalverantwortlichen, Geschäftsführung und Betriebsräten/Gleichstellungsbeauftragten/Schwerbehindertenbeauftragten in 41 Unternehmen durch.¹⁵⁸ Hierbei stellte sich heraus, dass bei Einführung des AGG in der Regel lediglich Personalverantwortliche oder Vorgesetzte über dieses Gesetz und seine Konsequenzen für die Betriebe informiert waren. Flächendeckende Schulungen fanden hingegen kaum statt.¹⁵⁹ Auswirkungen haben fehlende Kenntnisse offenbar beim Thema der geschlechtsspezifischen Entgeltgleichheit. Soweit Entgelte in Tarifverträgen festgelegt werden, gingen die Personalverantwortlichen ebenso wenig wie die Betriebsräte davon aus, dass diese weiter hinterfragt werden können. Verträge, die von Kollektivorganen ausgearbeitet wurden, galten vielmehr als nicht zu hinterfragen.¹⁶⁰

Bezüglich der inneren Einstellungen von Geschäftsführung und Personalleitung gegenüber dem Arbeitsrecht und dort besonders gegenüber dem

157 *Baer*, in: *Festschrift für Rottlenthner*, 2011, S. (245) 253.

158 *Raasch/Rastetter*, in: *Aleweli* (Hrsg.), *Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht*, 2013, S. 78ff., m.w.N.

159 *Raasch/Rastetter*, in: *Aleweli* (Hrsg.), *Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht*, 2013, S. 78 (85).

160 *Raasch/Rastetter*, in: *Aleweli* (Hrsg.), *Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht*, 2013, S. 78 (88).

Kündigungsschutzrecht wurde 2008 von *Schramm* und *Zachert* die Studie Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung (AribA) herausgegeben.¹⁶¹ Die Mehrheit der befragten Personen gab an, das Arbeitsrecht als zu komplex und zu unübersichtlich zu empfinden.¹⁶² Dies deckt sich mit dem insgesamt eher schlechten Image des Arbeitsrechts in der breiten Öffentlichkeit. Betrieblichen AkteurInnen sind häufig auch für sie relevante Gesetze und deren Auslegung in der Praxis nicht präsent.¹⁶³ Das Projekt Regulierung des Arbeitsmarktes (REGAM) des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) der Hans-Böckler-Stiftung von 2005 kam nach einer ausführlichen Befragung von PersonalleiterInnen zu dem Schluss, dass eine systematischere Befassung der Personalverantwortlichen mit dem Arbeitsrecht und somit eine bessere Kenntnis der Norminhalte, zu einer positiveren Einstellung ihm gegenüber führen würde.¹⁶⁴ Wie groß das Wissensdefizit der Personalverantwortlichen im Arbeitsrecht zum Teil ist, zeigt sich daran, dass 64 Prozent der befragten Betriebe mit bis zu fünf Beschäftigten davon ausgingen, dass das KSchG bei ihnen gelten würde.¹⁶⁵ Hierbei konnte ein signifikanter Zusammenhang dergestalt gefunden werden, dass Betriebe in denen bereits arbeitsrechtliche Erfahrungen mit Kündigungen gemacht wurden, in der Regel über bessere Kenntnis in diesen Bereichen verfügten.¹⁶⁶ Grundsätzlich ist bei großen Betrieben, in denen eine eigene Personalabteilung vorhanden ist, von fundierteren Kenntnissen bezüglich des Arbeitsrechts auszugehen.¹⁶⁷

161 *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008.

162 *Worobiej*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 200 (223).

163 *Raasch/Rastetter*, in: *Aleweli* (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 78 (83).

164 *Pfarr et al.*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, 2005, S. 91; ebenso: *Bradtko-Hellthaler*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 117 (144).

165 *Pfarr et al.*, BB 2003, 2061 (2061).

166 *Pfarr et al.*, BB 2003, 2061 (2063).

167 *Aleweli/Koller*, BB 2002, 990 (992); *Griffiths*, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (318); *Krawetzki*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 262 (277); *Kelly*, LSR 2010, 33 (37); *Zachert*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 33 (44).

bb) Informiertheit der ArbeitnehmerInnen als besonders Adressierte

Aufschlüsse darüber, wie umfassend die Informationen bezüglich des Arbeitsrechts aufseiten der Beschäftigten sind, kann das Projekt Agenda Moderne Regulierung aus 2007 geben.¹⁶⁸ Hierbei wurden 1.500 sozialversicherungspflichtig beschäftigte Personen zu ihren Wahrnehmungen und Kenntnissen über das Arbeitsrecht befragt. Bei der eigenen Einschätzung über die Informiertheit gaben 20 Prozent an, sich über das Arbeitsrecht nur unzureichend informiert zu fühlen. 37 Prozent fühlten sich hingegen gut oder sehr gut informiert.¹⁶⁹ Vergleicht man diese Selbsteinschätzung mit Fragen zu Kenntnissen im Miet- und Steuerrecht, so schneidet das Arbeitsrecht vergleichsweise gut ab.¹⁷⁰ Es wurde auch nach der Einschätzung zur Informiertheit in einzelnen arbeitsrechtlichen Themenbereichen gefragt. So fühlen sich 45 Prozent über den Kündigungsschutz gut informiert, beim Thema Entgeltfortzahlung sind es sogar 49 Prozent.¹⁷¹ Ein anderes Bild ergibt sich bei Befristung und Teilzeit. Hier fühlen sich lediglich 33, beziehungsweise 23 Prozent gut informiert. Als mögliche Ursache wird von *Schramm* zum einen erwähnt, dass diese Aspekte der Arbeitswelt nicht für alle ArbeitnehmerInnen interessant erscheinen könnten. Zum anderen gab es das TzBfG im Jahre 2007, in welchem die Befragung stattfand, erst seit sechs Jahren. Möglicherweise seien also die neuen Regelungen aus diesem Grund (noch) nicht in höherem Maße im Bewusstsein der Befragten angekommen.¹⁷² Dementsprechend konnten auch die inhaltlichen Ausgestaltungen von Abfindungen und Arbeitsverträgen wirklichkeitsnäher eingeschätzt werden, als Angaben zum Teilzeitan spruch. Bei der Frage, welche der aufgelisteten arbeitsrechtlichen Gesetze den Beschäftigten bekannt sind, wurde von 99 Prozent aller Befragten das Kündigungsschutzgesetz genannt. 90 Prozent haben auch das BGB als ein bekanntes Gesetz erkannt. Interessant ist aber ebenso, dass bei dieser Befragung, in welcher Gesetzentitel vorgeschlagen wurden, über zwei Drittel der Befragten, angaben, sowohl ein Arbeitsvertragsgesetz als auch ein Abfindungsgesetz zu kennen. Der Autor gibt als mögliche Erklärung zu bedenken, dass in der medialen Öffentlichkeit bei der Diskussion um Ände-

168 Vgl.: *Schramm*, RdA 2007, 267 ff.

169 *Schramm*, RdA 2007, 267 (270).

170 *Schramm*, RdA 2007, 267 (270).

171 *Schramm*, RdA 2007, 267 (270).

172 *Schramm*, RdA 2007, 267 (271).

rungen im KSchG insbesondere den Abfindungen reichlich Aufmerksamkeit geschenkt wurde.¹⁷³

Bezüglich der Interpretation der Ergebnisse ist generell zu beachten, dass es sich hier um eine reine Selbsteinschätzung handelte. Weder sind Aussagen darüber möglich, wann sich eine Person als „gut informiert“ fühlt, noch wann objektiv „gut informiert“ vorliegen soll.

cc) Die Informationsquellen arbeitsrechtlichen Sachverstands

Bei der Frage, auf welche Weise sich die AdressatInnen von arbeitsrechtlichen Vorschriften über diese informieren, scheint es sinnvoll, wiederum zwischen den generell und den besonders Adressierten einerseits, sowie innerhalb der besonders Adressierten zwischen den ArbeitgeberInnen und den ArbeitnehmerInnen zu unterscheiden, wobei die letzte Gruppe aufgrund fehlendem belastbarem Datenmaterial hier nicht weiter erörtert werden wird. Hierbei wird freilich nicht außer Acht gelassen, dass die besonderen AdressatInnen als Teil der Gesamtgesellschaft teilweise ebenfalls die Informationsquellen der generellen AdressatInnen nutzen.

(1) Informationsquellen der generell Adressierten

Es ist nicht anzunehmen, dass sich der Großteil der Informationsgewinnung der Gesamtbevölkerung per Lektüre des Gesetzesstextes vollzieht.¹⁷⁴ Die von *Ruys* und *Schuyt* befragten Personen gaben im Schnitt fünf verschiedene Informationsquellen an.¹⁷⁵ Es wurde deutlich, dass sich Informationsgewinnung durch das Fernsehen besonderer Beliebtheit erfreute: Über 60 Prozent der befragten Personen sahen mindestens eine Fernsehinformationssendung.¹⁷⁶ Bedenkt man die exponentielle Gebrauchssteige-

173 *Schramm*, RdA 2007, 267 (270).

174 so auch: *Tinkler*, LSR 2008, 417 (421); *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 117.

175 *Ruys/Schuyt*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 565 (572): Ihre Studie wurde allerdings noch vor Einführung des Gesetzes erhoben, weswegen sie keine Aussagen über die mögliche Informationsquelle „Gesetzesstext“ liefern konnte.

176 *Ruys/Schuyt*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 565 (573).

rung von Fernsehen und vor allem Internet, wird man diese Medien heutzutage vermutlich als vorherrschende Informationsquellen in allen Bereichen ansehen müssen. Aber auch die Printmedien erscheinen immer noch als wichtige Quelle von Informationen.¹⁷⁷ Eine Variable der Informationsvermittlung könnte also die „Verbreitung durch Massenmedien“ sein. Diese Medien werden sowohl von privaten AkteurInnen (beispielsweise Verlagen oder Rundfunkanstalten) als auch von der öffentlichen Hand zur allgemeinen oder gezielten Informationsverbreitung genutzt. Der Vorteil der Informationsverbreitung von Norminhalten via Fernsehen und Internet besteht zweifelohne in der relativ einfachen Bekanntmachung an eine Vielzahl potenzieller AdressatInnen. Unsicher ist aber, ob und inwieweit hierdurch zutreffende und vollständige Informationen geliefert werden können. *Friedmann* sieht die öffentliche Verbreitung gar als das „unsicherste, unwirksamste Kommunikationsmittel“ an.¹⁷⁸ Er führt dies darauf zurück, dass eine Nachricht umso unverfälschter ihre AdressatInnen erreiche, je unmittelbarer sie an sie übermittelt werde.¹⁷⁹ Das bedeutet, wird ein Gesetz von der Regierung über eine Pressemitteilung an JournalistInnen verbreitet, von diesen an die Öffentlichkeit, und von dort schließlich an die BürgerInnen, läuft die Botschaft auf jeder Ebene Gefahr, simplifiziert repektive verfälscht zu werden.

Neben der Verbreitung von Gesetzesinformationen durch die Massenmedien werden Diskriminierungsverbote im Arbeitsleben insbesondere durch die ArbeitgeberInnen an ihre Beschäftigten weitergegeben.¹⁸⁰ Bereits Ende der 1980er Jahre hatten fast 90 Prozent der Bundesorganisationen in der Vereinigten Staaten von Amerika spezielle Regeln zur Chancengleichheit ihrer Beschäftigten. Die Frage, inwieweit ArbeitgeberInnen die Beschäftigten über ihre Rechte informieren, ist selbstverständlich eng verknüpft mit der Frage, wie die ArbeitgeberInnen ihre Macht gegenüber den Beschäftigten ausüben. Studien zufolge werden hier von Arbeitgeber-

177 *Hensche*, in: *Schäfer/Seifert* (Hrsg.), Kein bisschen leise: 60 Jahre WSI 2006, S. 13 (21); *Speth*, Die zweite Welle der Wirtschaftskampagnen, 2006, S. 16ff.

178 *Friedman*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 206 (216).

179 *Friedman*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 206 (216); ebenso: *Gusy*, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1990, S. 289 (289).

180 *Tinkler*, LSR 2008, 417 (421).

rInnen teilweise Informationen aus taktischen Gründen zurückgehalten.¹⁸¹ Dies erschwert die Situation der Beschäftigten zusätzlich.

(2) Informationsquellen der ArbeitgeberInnen als besonders Adressierte

Aus der Annahme, dass die Medien für die gesamte Bevölkerung eine wichtige Informationsquelle darstellen, zieht *Zachert* den Schluss, dass dies auch für Personalverantwortliche von Unternehmen grundsätzlich nicht anders sein dürfte. Es werde aber auch verstärkt auf Fachmedien zurückgegriffen, wobei teilweise auch dort beträchtliche Fehlinformationen verbreitet würden.¹⁸²

Wie oben erörtert, setzen sich Unternehmen, die keine Ressourcen für eigene Personalverwaltung haben, kaum mit dem Arbeitsrecht auseinander.¹⁸³ Die Frage, woher die ArbeitgeberInnen ihre arbeitsrechtlichen Kenntnisse erhalten, wurde in der vergangenen Dekade bereits mehrfach untersucht.¹⁸⁴ Hierbei sind teilweise erhebliche Unterschiede, entsprechend der Betriebsgröße, zu verzeichnen. Betriebs- oder unternehmenseigene Informationsmöglichkeiten bestehen vermehrt in größeren Betrieben, während kleinere Betriebe stärker auf externe Beratung zurückgreifen oder gar keine Beratung in Anspruch nehmen.¹⁸⁵ Auffällig ist hierbei, dass offensichtlich zwischen 70 und 77 Prozent der Betriebe mit unter 100 Beschäftigten ihre SteuerberaterInnen als Informationsquelle für arbeitsrechtliche Belange nutzen. Von VolljuristInnen lassen sich hingegen nur zwischen 40 Prozent (Betriebe mit bis zu fünf Beschäftigten) und 61 Prozent (Betriebe mit einer Beschäftigtenzahl zwischen sechs und 19) der kleinen und mittleren Betriebe beraten. Bei Betrieben mit 100 oder mehr Beschäftigten ergibt sich ein umgekehrtes Bild: Lediglich 39 Prozent nutzen ihre

181 *Albiston*, LSR 2005, 11 (24 f.); *Hirsh*, LSR 2008, 239 (249 f.).

182 *Zachert*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, 2008, S. 33 (43).

183 Siehe oben unter: C. III. 3. a) aa).

184 Siehe nur: *Aleweli/Koller*, BB 2002, 990; *Krawetzki*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, 2008, S. 262; *Pfarr et al.*, *Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit*, 2005, S. 31; *Zachert*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, 2008, S. 33.

185 *Aleweli/Koller*, BB 2002, 990 (990 f.); *Krawetzki*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, 2008, S. 262 (267).

C. Rechtssoziologische Ansätze

SteuerberaterInnen als Beratung, 79 Prozent gaben externe AnwältInnen als Informationsquelle an.¹⁸⁶

Ebenfalls scheint die Art und Weise arbeitsrechtlicher Kenntnisgewinnung von ArbeitgeberInnen von Bedeutung zu sein. Es leuchtet ein, dass diejenigen ArbeitgeberInnen, die sich systematisch und mit einer gewissen Regelmäßigkeit mit arbeitsrechtlichen Thematiken auseinandersetzen, häufig einen umfassenderen Informationsstand bezüglich dieses Rechtsgebiets aufweisen, als solche ArbeitgeberInnen, die sich nur in konkreten Problemsituationen mit einem gerade relevanten Teil des Arbeitsrechts befassen.¹⁸⁷ Verschiedene WissenschaftlerInnen fanden heraus, dass sich die Informationsgewinnung von ArbeitgeberInnen über das Arbeitsrecht zunehmend aus ex-post Erfahrungen (durch arbeitsrechtliche Prozesse oder Urteile) zusammensetzt, anstatt von systematischen ex-ante Betrachtungen.¹⁸⁸ Dies wird auf die immer komplexer werdenden Gesetze und die teilweise sehr begrenzten arbeitsrechtlichen Ressourcen der Betriebe zurückgeführt.¹⁸⁹ Auch hier findet sich die Aufteilung in große Betriebe, die sich eher regelmäßig informieren und kleine, die dies selten tun, wieder.¹⁹⁰

dd) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente

Schließlich stellt sich die Frage, durch welche anderen Faktoren und Instrumente Informiertheit über Gesetze besonders effektiv gestaltet werden kann.¹⁹¹ Einfluss auf die Informiertheit der NormadressatInnen könnte zunächst die Variable Verständlichkeit des Gesetzes haben.¹⁹² Es liegt nahe, dass der Grad der Informiertheit bei solchen Gesetzen größer ist, die ers-

186 Pfarr et al., Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, 2005, S. 31 f.

187 Pfarr et al., Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, 2005, S. 91.

188 Alewell/Koller, BB 2002, 990 (992); Hübner, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit, 2005, S. 439 (469); Schramm/Zachert, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit, 2005, S. 477 (482).

189 Alewell/Koller, BB 2002, 990 (992).

190 Krawetzki, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 262 (269; 277).

191 Davon ausgehend, dass Informiertheit am effektivsten in Kombination mit weiteren Faktoren ist: Opp, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 35 (51).

192 Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 64 ff., m.w.N.

tens eine nachvollziehbare Lebenssituation regeln und bei denen zweitens die Regelungsart, das heißt die Sprache, eine verständliche ist. Geht man davon aus, dass sich zumindest ein Teil der besonders Adressierten der ArbeitgeberInnen über gesetzliche Inhalte direkt mithilfe des Normtextes informieren, so müsste dieser einfach und verständlich formuliert sein. Gleches gilt aber für den Fall, dass Massenmedien Norminhalte an AdressatInnen weitergeben. Hierbei wird jedoch deutlich, dass es auch bei der Verbreitung neuer oder veränderter Vorschriften hilfreich ist, zwischen den verschiedenen AdressatInnen einer Norm zu unterscheiden.¹⁹³ Während bei Normen, die in erster Linie für einen kleineren ExpertInnenkreis relevant sind, die Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt sowie in der einschlägigen Fachliteratur ausreichen mag, könnte der Verzicht auf Massenmedien bei Vorschriften, die einen Großteil der BürgerInnen erreichen will, schwerlich anderweitig kompensiert werden.¹⁹⁴

Informationen könnten ebenfalls durch eine Verbreitung durch die öffentliche Hand zu den Adressierten gelangen. Diese Verbreitungsart kann mit den Massenmedien verknüpft sein, beispielsweise wenn der Staat Informationen über Gesetze mit Hilfe von Informationsmaterialien im Internet zusammenstellt. Häufig wird sie sich aber dergestalt vollziehen, dass Kenntnisse über Vorschriften vom Rechtsstab mittelbar an die Adressierten gelangen.¹⁹⁵ Bei Fragen der Entgeltgleichheit der Geschlechter würde beispielsweise ein Teil der Informationsgewinnung von Privatpersonen über Quellen oder Auskünfte der Antidiskriminierungsstelle des Bundes laufen. Dementsprechend hinge die wirksame Informierung der Bevölkerung auch davon ab, wie effektiv der Rechtsstab selbst informiert und befähigt ist, die relevanten Informationen zu vermitteln.

Schließlich müssten die bereitgestellten Informationen von den AdressatInnen auch wahrgenommen und als wichtig empfunden werden. Insofern lässt sich der Faktor Information zugleich von den Faktoren Sensibilisierung beziehungsweise Rechtsbewusstsein/Rechtsgefühl beeinflussen. Informationen zur Lösung eines Problems (dem Umweltschutz soll mit einer bestimmten Art von Mülltrennung geholfen werden) werden eher

193 Krüger, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 68 ff.

194 Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 255 f.; Ryffel, in Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 225 (235); aA: Krüger, Der Adressat des Rechtsgesetzes 1969, S. 100 ff.

195 Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 126.

C. Rechtssoziologische Ansätze

wahrgenommen und gespeichert, wenn das Problem (vermehrte Umweltverschmutzung durch Vermüllung) überhaupt als solches erkannt wird.

ee) Zwischenfazit

Es ist festzustellen: Der Grad der Informiertheit über rechtliche Vorschriften der Bevölkerung im Allgemeinen und der besonders Normadressierten im Besonderen kann zu einer erhöhten Wirksamkeit einer Vorschrift beitragen. Information über Vorschriften kann also als ein erster Effektivitätsfaktor von Normen identifiziert werden. Anders ausgedrückt: je besser generelle und besonders Adressierte über die Existenz und den Inhalt einer Norm informiert sind, desto wahrscheinlicher ist es, dass diese Norm auch angewendet wird. Normbefolgung ohne Normkenntnis wird in der Regel nur vorkommen, wenn die Regelung ohnehin mit dem eigenen Wert- und Moralvorstellungen übereinstimmt. Wie bereits angesprochen ist hiervon die Frage zu unterscheiden, wie gut die Adressierten darüber informiert sind, ob die tatsächlichen Gegebenheiten den Tatbestand einer Regelung erfüllen oder nicht.¹⁹⁶ Mehrheitlich gaben befragte Personen in Geschäftsführung und Personalleitung an, das Arbeitsrecht als unübersichtlich und zu komplex zu empfinden. Die Wissensdefizite verringern sich mit der steigenden Größe des Unternehmens. Informationen über das Arbeitsrecht erhalten circa $\frac{3}{4}$ der Betriebe mit unter 100 Beschäftigten von Ihren SteuerberaterInnen. Größere Betriebe lassen sich zum fast 80 Prozent von externen AnwältInnen beraten. Die Beschäftigten fühlen sich nach eigenen Angaben in der Mehrzahl eher gut über das Arbeitsrecht allgemein informiert. Es ist auch deutlich geworden, dass die Wirksamkeit der Informationsvermittlung ihrerseits von weiteren Faktoren und Instrumenten abhängt, unter anderem davon, ob eine Sensibilisierung bereits stattgefunden hat.

b) Sensibilisierung

Es kann vermutet werden, dass die Sensibilisierung für ein bestimmtes Thema einer Vorschrift dieser größere Wirkungschancen verleiht. Unter

196 Siehe hierzu ausführlich unter: D.

Sensibilisierung soll die Empfänglichmachung für bestimmte Themenbereiche beziehungsweise bestimmte Problemkomplexe verstanden werden. Eine solche Variable findet sich nicht bei den Modellen von *Opp*, *Diekmann* und *Rottleuthner*. Die folgenden Studien zeigen aber, dass ein solcher Effektivitätsfaktor durchaus in Betracht gezogen werden sollte. Sensibilisierung findet in erster Linie bei besonderen NormadressatInnen statt. Sensibilisierung als Wirksamkeitsfaktor könnte aber, mehr noch als die Information, ein Stück weit auch die gesamte Gesellschaft betreffen. Sieht die Bevölkerung eine bestimmte Situation als problematisch an, so kann dies Einfluss auf die Stimmung in der Gesellschaft haben. Dies könnte wiederum dazu führen, dass Gesetze zu Problemlösungen einfacher auf eine breite Akzeptanz stoßen.

Trennt man die Faktoren Sensibilisierung und Rechtsbewusstsein/ Rechtsgefühl voneinander, so findet man im rechtssoziologischen Schrifttum nur begrenzt Informationen zu Ersterem. *Noll* ist überzeugt davon, dass die Annahme der Notwendigkeit eines Gesetzes zugleich seine wichtigste Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt.¹⁹⁷ Es kann weiter vermutet werden, dass die Annahme, ein Gesetz sei notwendig, dann verstärkt vorliegt, wenn zuvor ein Problem als lösungsbedürftig erkannt wurde. Dies kann bei Diskriminierungsfällen problematisch sein. Strukturelle Benachteiligungen werden teilweise vielmehr als natürliche Differenzen verstanden.¹⁹⁸ Liegt jedoch ein generelles Problembewusstsein für einen Themenkomplex vor, so ist die Wahrscheinlichkeit relativ hoch, dass viele Regelungen, die mit diesem Komplex in Zusammenhang stehen, auch von den Adressierten befolgt, beziehungsweise durchgesetzt werden können.¹⁹⁹

Aubert machte in seiner Studie zum Hausangestelltengesetz auch Angaben über mögliche Versagungsgründe dieses Gesetzes. Er zeigte, dass sowohl die Hausangestellten als auch die Hausfrauen tendenziell von einer gänzlichen Vertragsfreiheit ihrer Angestelltenverträge überzeugt waren. *Aubert* vermutete, dass sie die Gefahr für die Angestellten aufgrund des Machtgefälles (welches typisch ist für das Arbeitsrecht und aufgrund dessen auch gerade Gesetze wie das Hausangestelltengesetz erlassen werden)

197 *Noll*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 259 (269).

198 *Baer*, in: *Festschrift für Rottleuthner*, 2011, S. 245 (255).

199 *Kelly*, LSR 2010, 33 (52).

C. Rechtssoziologische Ansätze

nicht wahrgenommen haben.²⁰⁰ Unter anderem mit mangelndem Problem bewusstsein erklärte er weiter, warum das Hausangestelltengesetz so schwache Durchsetzungsmechanismen und Sanktionen zur Verfügung stellte. Die ParlamentarierInnen waren offensichtlich der Ansicht, die Arbeitsbedingungen der Hausangestellten würden bereits vom Markt selbst verbessert. Das Gesetz würde somit lediglich für besondere Ausnahmefälle gebraucht.²⁰¹ In dieselbe Richtung gingen zum Teil auch Argumentationen in Politik und Gesellschaft gegen die Einführung des AGG. Da in Deutschland grundsätzlich ohnehin alle die gleichen Chancen hätten, würde ein so weit reichendes Gesetz hier gar nicht benötigt.²⁰² Ein Problem bewusstsein für Diskriminierungsfragen und die damit einhergehende Ansicht, dass Gesetze den jetzigen Zustand ändern sollten, scheint also auch in unserer Gesellschaft nicht flächendeckend vorhanden.

Auch *Rehbinder* geht davon aus, dass Normakzeptanz der AdressatInnen die Wirkungschance eines Gesetzes erhöht.²⁰³ Voraussetzung einer Normakzeptanz (abgesehen von Fällen, in denen die Vorschrift gänzlich aufgrund von Anerkennung der Befugnis des Gesetzgebers akzeptiert wird) ist aber, dass die Norm als richtig, somit auch als notwendig angesehen wird.²⁰⁴

Es kann also geschlussfolgert werden, dass die Sensibilisierung gewisser Teile der Bevölkerung einen positiven Einfluss auf die Effektivität eines Gesetzes haben kann. Anders ausgedrückt: Ohne ein entsprechendes Problembewusstsein kann kaum mit Verständnis für eine hiermit zusammenhängende Regelung gerechnet werden. Es muss verinnerlicht werden, dass ein bestimmter (Teil-)Lebensbereich nicht oder nur unzureichend geregelt ist und warum dies ein gesellschaftliches Problem darstellt.

200 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (294).

201 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (298 f.).

202 *Baer*, in: *Festschrift für Rottleuthner*, 2011, S. 245 (258).

203 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 119.

204 *Noll*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 259 (269).

aa) Sensibilisierung der generell Adressierten

Eine starke Sensibilisierung von Teilen der Bevölkerung kann dazu führen, dass diese sich in sozialen Bewegungen organisieren. Diese sollen besonders dann in breiten Bevölkerungsschichten für politische Veränderungen mobilisieren, wenn sie annehmen, dass das fragliche Thema gerade bei dem Gesetzgeber Konjunktur hat.²⁰⁵ Dies ist beim Entgeltgleichheitsanspruch zwischen den Geschlechtern zwar grundsätzlich momentan der Fall.²⁰⁶ Aufgrund des komplexen Tatbestandes ist es für etwaige FürsprecherInnen jedoch schwer, größere Bevölkerungsteile anzusprechen.²⁰⁷

Aufschlüsse über den Grad der Sensibilisierung der Bevölkerung beim Thema Diskriminierung gibt die Studie der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) zur Wahrnehmung von Diskriminierung. In dieser zeigt sich, dass Diskriminierungen „an sich“ in allen Gesellschaftsschichten abgelehnt werden.²⁰⁸ Hierbei stehen aber offenbar nicht die im AGG aufgezählten Gruppen als benachteiligt im Fokus. Vielmehr wird das dringendste Problem, gepaart mit einer entsprechenden Betroffenheit, in der Diskriminierung von sozial schwachen Personen gesehen. In der Tat werden als „die wahren Probleme des Landes“ (in dieser Reihenfolge:) fehlende Arbeitsplätze, bedrohte soziale Sicherungssysteme, der Missbrauch von Sozialleistungen, Zuzugsbegrenzungen und Klimaschutz gesehen.²⁰⁹ Bei der Frage, welche der im AGG geschützten Gruppen im Vergleich zu den anderen als mehr oder weniger schutzwürdig angesehen werden, unterscheidet die Studie zwischen verschiedenen sozialen Gesellschaftsschichten: während die Oberschicht alle im AGG aufgezählten Gruppen als gleich viel, beziehungsweise wenig schützenswert ansieht interessiere sich Mittel- und Unterschicht mehr für solche Diskriminierungen, die sie jeweils selbst betreffen.²¹⁰

Bei der Frage der Sensibilisierung der Bevölkerung für bestimmte Themen mit Blick auf die Wirksamkeit von Gesetzen geht es vor allem um die

205 McMahon-Howard, LSR 2011, 401 (405).

206 Siehe nur: Entgeltgleichheit, BMFSFJ, 2012, abrufbar unter: <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=88096.html>, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

207 Siehe hierzu ausführlich: D. I.

208 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 47.

209 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 38 f.

210 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 42 ff., wo jedoch auf die Abgrenzung der einzelnen Schichten nicht näher eingegangen wurde.

Einsicht einer Notwendigkeit politisch-regulierender Maßnahmen, um mit Akzeptanz für sie rechnen zu können. Die Gleichstellung der Geschlechter empfinden 26 Prozent der Befragten als eine sehr wichtige Aufgabe der Politik.²¹¹ Bei der Frage, wer für dafür verantwortlich ist, der Diskriminierung von Frauen entgegenzutreten, wurden in 53 Prozent der Fälle die Frauen selbst genannt. Für eine Zuständigkeit staatlicher Einrichtungen sprachen sich 38 Prozent der Befragten aus.²¹² Dies könnte einen Hinweis auf mögliche Akzeptanzprobleme neuer rechtlicher Maßnahmen für Geschlechtergleichstellung sein. In den USA ergibt sich hier offensichtlich ein anderes Bild. Die Frage, ob es aktive Förderungsmaßnahmen für Farbige, Frauen und andere Minderheiten geben sollte, bejahten über 60 Prozent der Befragten.²¹³

Die ADS-Studie gibt aber auch Anhaltspunkte, dafür, dass generell ein Problembewusstsein beim Thema der Diskriminierung durchaus gegeben ist. So nimmt sie aufgrund ihrer Befragungen an, dass circa ein Drittel der Bevölkerung von einer Zunahme der Diskriminierungen in den letzten fünf Jahren ausgeht. Ebenfalls von gut einem Drittel wird weiterhin angenommen, dass Diskriminierungen in den kommenden Jahren weiter zunehmen werden.²¹⁴ Die Europäische Kommission kam bei ihrer Befragung 2006 hingegen zu einem etwas anderen Ergebnis. Die Frage, ob die Diskriminierung von Frauen in den letzten fünf Jahren zugenommen habe, beantworteten hier lediglich 18 Prozent der Deutschen mit Ja.

Die Umfrage der ADS umfasste neben den Fragen zu allgemeinen Einstellungen gegenüber Diskriminierungen auch spezielle Fragen zu den einzelnen vom AGG geschützten Gruppen. Es zeigte sich, dass sich lediglich elf Prozent der weiblichen Befragten deshalb diskriminiert fühlen, „weil ich eine Frau bin“.²¹⁵ Die Frage, ob sie das Gefühl haben, dass Frauen in unserer Gesellschaft diskriminiert werden, beantworteten neun Prozent mit „sehr stark“, 35 Prozent mit „sehr stark/stark“ und 21 Prozent mit „überhaupt nicht“.²¹⁶ Speziell beim Thema Arbeit und dort bei der Entlohnung und dem Gelangen in Führungspositionen werden in allen Sozialmilieus und von beiden Geschlechtern häufig Benachteiligungen von Frauen

211 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 40.

212 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 100.

213 Daum/Ishiwata, LSR 2010, 843 (867).

214 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 92 ff.

215 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 53.

216 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 56.

gesehen. Hier werden sogar gezielte Förderungsmaßnahmen als gerechtfertigt angesehen.²¹⁷ Nicht weiter erläutert wird jedoch, wie hoch der prozentuale Zustimmungsanteil zu diesen Aussagen ist und wie sie mit den 53 Prozent in Einklang zu bringen sind, die der Meinung sind, Frauen seien in erster Linie selbst dafür zuständig, nicht diskriminiert zu werden.

In der gesellschaftlichen Mitte scheint man mit der gegenwärtigen Situation von Frauen vergleichsweise zufrieden zu sein. Sie kann folglich als gesellschaftlicher Teil der Bevölkerung angesehen werden, in welchem ein klassisches Rollenmodell der Geschlechter (die Frau ist erwerbslos oder „Hinzuverdienerin“) immer noch hoch im Kurs steht.²¹⁸

Die höchste Zustimmung aller dargestellten gleichstellungsbezogenen Aussagen, findet die Aussage bezüglich der Entgeltgleichheit der Geschlechter. So stimmten 98 Prozent der Frauen und 94 Prozent der Männer der Aussage zu „Frauen und Männer sollten für gleiche Arbeit selbstverständlich auch gleichwertig bezahlt werden“.²¹⁹ Andererseits stimmten 40 Prozent der Frauen und 59 Prozent der Männer der Aussage zu „Frauen sind heute in der Gesellschaft nicht mehr benachteiligt“.²²⁰ Die hohe Zustimmungsrate bei der Frage nach Entgeltgleichheit ohne Unterschied des Geschlechts muss deshalb mit Vorsicht behandelt werden, da durch die Art der Fragestellung („selbstverständlich“) den Befragten bereits suggeriert werden könnte, eine Bejahung sei an dieser Stelle das sozial erwünschte Verhalten. Dennoch zeigt diese Ambivalenz: ein konkretes Problembewusstsein zum Thema „Entgeltdiskriminierung von Frauen“ ist im Bewusstsein der Bevölkerung offenbar nicht durchgängig verankert. Generell fällt auf, dass die Zustimmung bei allen gleichstellungsbefürwortenden Aussagen aufseiten der Frauen größer ist: Bei gleichstellungskritischen Aussagen hingegen stimmten stets mehr Männer als Frauen zu.

In einem anderen Bereich kann momentan ein deutlicher Trend hin zu mehr Sensibilisierung beobachtet werden. VerbraucherInnen zeigen ein gesteigertes Bewusstsein gegenüber fairen Arbeitsbedingungen bei der Erstellung von Produkten. So konnte festgestellt werden, dass die Zahl derjenigen KonsumentInnen anstieg, die bei ihren Einkäufen auf soziale Siegel achten.²²¹ Dabei schien die Erkenntnis förderlich, dass schlechte Arbeits-

217 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 62.

218 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 63.

219 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 65.

220 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 65.

221 Schwan, WISO direkt, August 2011, S. 3.

C. Rechtssoziologische Ansätze

bedingungen nicht lediglich in Dritte-Welt-Ländern, sondern auch in Deutschland vorkommen. Das Institut für Handelsforschung in Köln legte kürzlich eine repräsentative Studie von 1.000 Befragten zum Thema Nachhaltigkeit vor.²²² Danach ließen sich 24 Prozent der Befragten bei ihrer Kaufentscheidung von den Gesichtspunkten einer nachhaltigen Produktgestaltung und Unternehmensführung leiten. Solche Ergebnisse sind nicht nur für das produzierende Gewerbe von Bedeutung. Das Interesse der Öffentlichkeit an fairen Arbeitsbedingungen und den Druck, den sie auf Unternehmen ausüben kann, könnte durch eine Bekanntmachungspflicht entsprechender Daten aller Unternehmen zum Zwecke der Verwirklichung der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern genutzt werden.²²³

bb) Sensibilisierung der besonders Adressierten

Studien zum Thema Sensibilisierung bezüglich Diskriminierungen speziell über ArbeitgeberInnen und/oder Beschäftigte sind kaum vorhanden. Die bereits zitierte Studie *Kellys* von 2010 fand allerdings heraus, dass unterschiedlich große Organisationen auch unterschiedlich stark bestimmte Beschäftigtenrechte befolgen. Es ging um die Frage, wann Ansprüche auf Freistellung von der Arbeit aufgrund von Sorgeverpflichtungen durchgesetzt werden können. Im Ergebnis konnte festgestellt werden, dass bei großen Organisationen mit eigenen Ressourcen im Personalbereich, eine solche Freistellung eher möglich war als bei kleinen Organisationen ohne eigenen Personalbereich.²²⁴ Ob dies jedoch mit einem höheren Grad an Sensibilisierung in großen Organisationen für diskriminierungsrechtliche Themen zu tun hatte oder ob eine Freistellung für diese Organisationen schlicht weniger Aufwand bedeutete, wurde nicht erörtert.

Wie sehr es an einem Problem bewusstsein für Diskriminierungen im eigenen Unternehmen fehlt, zeigt die Studie von *Raasch* und *Rastetter*. Hier beschrieben zwar viele der Befragten Verhaltensweise, die deutlich als Diskriminierung im Sinne des AGG eingestuft werden müssen. Bei Nachfrage nach der Notwendigkeit dieses Gesetzes waren dieseleben Befragten

222 www.ifhkoeln.de/News-Presse/Nachhaltigkeit-beeinflusst-bei-jedem-Vierten-die-Einkaufsstaette, zuletzt aufgerufen am: 31.10.2012.

223 Siehe unter E. IV. 1.

224 *Kelly*, LSR 2010, 33 (38, 49).

jedoch der Ansicht, dass das AGG für ihr Unternehmen überflüssig sei, da bei ihnen ohnehin niemand benachteiligt würde.²²⁵

Eine geringe Sensibilisierung sowohl von ArbeitgeberInnen- wie auch von Beschäftigertenseite bezüglich der Entgelddiskriminierung aufgrund des Geschlechts lässt sich aus der Tatsache ableiten, dass Benachteiligungen eines Geschlechts beim Entgelt bei einem Gerichtsverfahren häufig von keiner am Rechtsstreit beteiligten Partei geltend gemacht werden, obwohl diese eigentlich die Ursache des Problems sind. Stattdessen wird generell über die korrekte Eingruppierung einzelner Beschäftigter gestritten, obwohl die Ursache in einigen Fällen eigentlich in einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liegt.²²⁶ Eine Equal Pay Task Force, welche im Vereinten Königreich die Verwirklichung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes aufgrund des Geschlechts überprüfen sollte, kam 2001 zu dem Ergebnis, dass freiwillige Überprüfungen des eigenen Entgeltsystems von ArbeitgeberInnen kaum wahrgenommen wurden. Die Task Force begründete ihren Befund unter anderem damit, dass viele ArbeitgeberInnen davon ausgingen, dass ihr System der Entgeltfindung ohnehin frei von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts sei.²²⁷ Auch hier wird das fehlende Problembewusstsein bei den ArbeitgeberInnen für immer noch vorhandene Benachteiligungen bei der Entlohnung aufgrund des Geschlechts deutlich.

Im Rahmen ihres Forschungsprojekts untersuchten *Deakin et al.* unter anderem die WERS-Daten von 2004. WERS ist eine repräsentative Studie bezüglich Arbeitsplätze mit mehr als fünf ArbeitnehmerInnen in Großbritannien.²²⁸ Die AutorInnen konnten anhand der Studie aufzeigen, dass zwar immerhin die Hälfte aller ArbeitgeberInnen im privatrechtlichen Bereich Gleichstellungsstrategien verfolgten. 12,5 Prozent der Betriebe überwachten ihre Einstellungspraxis, sechs Prozent ihre Beförderung. Lediglich vier Prozent überwachten allerdings ihre Entgeltpraxis bezüglich

225 Raasch/Rastetter, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 78 (88 f.).

226 Vgl. beispielhaft: *BAG*, Beschl. v. 28.01.2009 – 4 ABR 92/07 = NZA 2009, 1042 ff., entnommen aus: Winter, in: *Festschrift für Pfarr*, 2010, S. 320 (331).

227 Deakin et al., in: Dickens (Hrsg.), Making Employment Rights Effective, 2012, S. 115 (116).

228 Deakin et al., in: Dickens (Hrsg.), Making Employment Rights Effective, 2012, S. 115 (130).

eventueller Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts.²²⁹ Daran ist einmal mehr zu erkennen, dass im Rahmen der Gleichstellungs- politik der Entgeltgleichheit ein deutlich untergeordneter Stellenwert zu kommt.²³⁰

cc) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente

Es fragt sich nunmehr, wie Sensibilisierung vonstattengehen sollte, um optimale Resultate zu erzielen, beziehungsweise welche anderen Variablen sie verstärken oder abschwächen kann. Eine Studie über Alkohol am Steuer in den 1990er Jahren ergab, dass intensiv geführte öffentliche Diskussionen zu diesem Thema zu einer „stärkere[n] moralische[n] Ablehnung des Fahrens unter Alkohol“ geführt haben.²³¹ *Schöch*, der gemeinsam mit *Krüger* diese Studie durchgeführt hat, vermutete, dass auch „öffentliche Aufklärungs- und Erziehungskampagnen“ zu einem stärkeren Problembewusstsein und damit zu einer negativeren Einstellung gegenüber dem Fahren unter Alkoholeinfluss führen.²³² Eine solche Korrelation zwischen medialer Aufmerksamkeit und Sensibilisierung der Bevölkerung für bestimmte Themenbereiche konnte ebenfalls in der 2008 von der ADS herausgegebenen Studie zu Diskriminierung im Alltag festgestellt werden: Die Befragten wurden aufgefordert, spontan die vom AGG geschützten Gruppen zu nennen. Die Antworten ließen darauf schließen, dass die jeweilige Nennung von Gruppen stark mit ihrem quantitativen Auftauchen als schutzwürdige Einheit in der Öffentlichkeit zusammenhang, also auch der „aktuellen Themenkonjunktur unterworfen“ war.²³³ Eine zu intensive mediale Beschäftigung mit einem Gegenstand kann unter Umständen jedoch auch desensibilisierend wirken. Insgesamt wurde von den Befragten überwiegend die Meinung vertreten, Diskriminierung sei in den letzten Jahren stark in den Fokus genommen worden. Die Befragten waren größ-

229 Deakin et al., in: Dickens (Hrsg.), Making Employment Rights Effective, 2012, S. 115 (131).

230 Ebenso: Raasch/Rastetter, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 78 (95).

231 Krüger, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1990, S. 223 (233).

232 Schöch, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 235 (237).

233 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 49.

tenteils der Meinung, dass Medien und Politik neben den wirklich Benachteiligten auch die Schutzwürdigkeit nur scheinbar diskriminierter Personengruppen propagiert, sodass sie „auf der öffentlichen Bühne quasi beliebig nebeneinander“²³⁴ gestellt würden. Zumindest in den „traditionellen Milieus“²³⁵ der Gesellschaft, beziehungsweise in der gesellschaftlichen Mitte ist die Empfindung verbreitet, dass durch eine übertriebene öffentliche Aufmerksamkeit für Benachteiligte, diese Themen aufgebauscht und überspitzt würden. Diese Empfindungen sollen insgesamt zu einem Vertrauensverlust der medialen Öffentlichkeit und der Politik in diesen Themenbereichen geführt haben.²³⁶

Sensibilisierung kann also durch die öffentliche Artikulierung gesellschaftlicher Problemstellungen erzeugt, beziehungsweise verstärkt, werden. Der Versuch, bei den BürgerInnen für bestimmte Themen eine Sensibilisierung zu erreichen, ist in der Politik bereits beobachtbar gewesen. Mitte März 2011 startete die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) eine Informationstour, um für einen verantwortungsvoller Umgang mit Alkohol zu werben.²³⁷ „Ziel der Kampagne ‚Alkohol? Kenn dein Limit‘, ist es die Bevölkerung für die negativen Folgen übermäßigen Alkoholkonsums zu sensibilisieren und die Entwicklung eines riskanten Trinkverhaltens zu verhindern.“²³⁸ Die öffentliche Hand setzt also darauf, durch starke Präsenz dieses Themas – in Fernsehclips, in Form von Postkarten, Flyern, Plakaten und mit einer breiten Internetpräsenz – die Gesellschaft zu einer kritischeren Einstellung gegenüber Alkoholkonsum zu bewegen. Eine ebensolche Maßnahme mit dem Ziel der Sensibilisierung der Bevölkerung ist auch die bereits früher gestartete Kampagne zur HIV-Prävention „Gibt AIDS keine Chance“.²³⁹ Offensichtlich geht auch die Regierung von einer Sensibilisierung durch gezielte Verbreitung bestimmter Probleme durch den Staat und mithilfe der Massenmedien aus.

234 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 92.

235 Nach einer Einteilung in Sinus-Milieus, siehe: Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 31 ff.

236 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 91 f.

237 Pressemitteilung der BZgA vom 17.03.2011, abrufbar unter: [www.bzga.de/presse/pressemitteilungen/bundesweite-informationstour-alkohol-kenn-dein-limit-gesta](http://www.bzga.de/presse/pressemitteilungen/bundesweite-informationstour-alkohol-kenn-dein-limit-gestartet)rtet, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

238 Website der BZgA, abrufbar unter: www.bzga.de/die-bzga-im-internet/?do=sitesuche#listenr48, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

239 Website der BZgA, abrufbar unter: www.gib-aids-keine-chance.de, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

Des Weiteren entnahm *Schöch* den Ergebnissen seiner Studie, dass die öffentlichkeitswirksam durchgeföhrten verstärkten Verkehrskontrollen und damit einhergehende konsequente Sanktionierungen ebenfalls zu einer stärkeren Sensibilisierung gefördert haben. Gleichzeitig wies er aber darauf hin, dass diese Interdependenz von Sanktion und Normakzeptanz nicht beliebig erhöht werden können.²⁴⁰ Dieses Ergebnis lässt sich dennoch so interpretieren, dass staatliche Sanktionierung bestimmten Verhaltens das Bewusstsein steigern kann, es mit einem Problem zu tun zu haben, welches von staatlichen Stellen als nicht hinnehmbar angesehen wird. Es ist möglich, dass über das Problem schon aus diesem Grund ernster nachgedacht wird.

Wie sensibel und verständnisvoll mit einem Problem, beziehungsweise seiner Lösung (in Gesetzesform) umgegangen wird, ist auch abhängig davon, als wie dringend das Problem angesehen wird. In der ADS-Studie von 2008 wurde festgestellt, dass das AGG neben anderem deshalb unter einem Akzeptanzproblem leide, weil es sich nicht auf die Probleme konzentriere, die die Gesellschaft tatsächlich habe, sondern auf „ungeliebte Randgruppen (wie Ausländer, Homosexuelle, Fremdreligiöse)“.²⁴¹ Die soziale Stellung, die die in der Norm festgelegten Werte in der Gesellschaft genießen, somit ebenfalls als eine Variable anzusehen, die auf die Sensibilisierung Einfluss haben kann. Haben die Werte dementsprechend einen hohen sozialen Stellenwert (in der Studie der Respekt vor dem Alter und die Anerkennung der Lebensleistung),²⁴² so steigt die Wahrscheinlichkeit, dass Diskriminierungen aufgrund des Alters als Problem angesehen wird, was mitunter auch einer gesetzlichen Lösung bedarf.

Die meisten Berührungspunkte hat der Faktor Sensibilisierung schließlich mit dem Faktor Rechtsbewusstsein/Rechtsgefühl. Die Faktoren bedingen sich gegenseitig und bauen aufeinander auf. Im Wege der gezielten Sensibilisierung kann zunächst ein Problembewusstsein für ein bestimmtes Thema geschaffen werden. Damit einher, geht in der Regel eine Bewertung der Situation, woraus sich dann das Rechtsbewusstsein beziehungsweise ein Rechtsgefühl bilden kann. Hier soll der Hinweis genügen, dass trotz der engen Verflechtung, die Sensibilisierung in der Regel vor der Bildung eines Rechtsbewusstseins/-gefühls stattfindet, Letztere also

240 *Schöch*, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1990, S. 235 (237 f.).

241 *Flaig*, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 114.

242 *Flaig*, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 41.

gleichsam auf eine Sensibilisierung der Gesellschaft (beziehungsweise der NormadressatInnen) angewiesen ist.

dd) Zwischenfazit

Die Chance, dass ein Gesetz befolgt wird, erhöht sich in dem Maße, in dem die Adressierten die Situation, welche das Gesetz zu regeln sucht, als problematisch und damit als änderungswürdig ansehen. Die Sensibilisierung einzelner Adressierten, respektive der Gesamtgesellschaft ist somit ein Faktor, der die Effektivität von Normen beeinflussen kann. Problembeusstsein für Benachteiligungen im Beruf ist in der Bevölkerung nur teilweise vorhanden. Lediglich gut $\frac{1}{4}$ der Befragten gab an, die Gleichstellung der Geschlechter als eine sehr wichtige Aufgabe der Politik anzusehen. Mehrheit wurde die Ansicht vertreten, dass Frauen selbst für ihre Gleichbehandlung verantwortlich seien. Bei Diskriminierungen von Frauen in der Arbeitswelt wird in Unternehmen erster Linie an die Vereinbarkeitsproblematik angeknüpft. Für ungleiche Entlohnung zwischen den Geschlechtern sind hingegen weder die generell, noch die besonders Adressierten in nennenswertem Umfang sensibilisiert.

c) Rechtsbewusstsein/Rechtsgefühl

Rechtsbewusstsein und -gefühl könnten deshalb für die Frage der Wirksamkeit von Normen relevant sein, weil Sanktionen und Kontrollen bezüglich der Einhaltung von Normen immer nur im begrenzten Umfang möglich sind.²⁴³ Eine totale staatliche Normkontrolle zu etablieren ist weder wünschenswert noch machbar. Da der Staat also nicht in der Lage ist, die Normwirksamkeit einer gesamten Bevölkerung zu gewährleisten, muss nach anderen Effektivitätsmechanismen gefragt werden.²⁴⁴ Dazu könnten eben auch die inneren Einstellungen einzelner Personen zu den Gesetzen zählen. Anknüpfend an die Modelle von *Opp*, *Diekmann* und *Rottlenthner*,²⁴⁵ kann dieser Effektivitätsfaktor mit der Variablen des

243 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 115.

244 In diesem Sinne auch: *Noll*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 259 (265 f.).

245 Siehe oben unter: C. III. 2.

C. Rechtssoziologische Ansätze

Grads der sozialen Ablehnung bei einem Normverstoß verglichen werden.²⁴⁶

Bevor untersucht werden kann, ob und wann Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl Einfluss auf die Normeffektivität haben können, ist es notwendig, sich über die genaue Bedeutung und die Abgrenzung der Begrifflichkeiten zueinander zu verständigen. Dabei wird sich in der vorliegenden Arbeit an den Definitionen orientiert, die *Rehbinder* als in der Fachliteratur vorherrschend bezeichnet.²⁴⁷ Folgend soll demnach von Rechtsbewusstsein gesprochen werden, wenn es um die kognitiven Elemente der menschlichen Psyche geht. Anders als bei der Rechtskenntnis setze Rechtsbewusstsein aber Normakzeptanz voraus. Beim Rechtsgefühl hingegen seien die emotionalen Elemente die ausschlaggebenden.²⁴⁸

Die innere Einstellung gegenüber dem Recht ist eng verknüpft mit den Vorstellungen über Sitte und Moral sowie mit den Bräuchen und der Kultur einer Gesellschaft. Dies gilt so weit, als dass diese innere Einstellung Einfluss auf die individuellen Annahmen hat, wann eine Handlung als tatbestandserfüllend angesehen wird.²⁴⁹ Das bedeutet, Vorschriften, die mit den gesellschaftlich vorherrschenden Werten übereinstimmen, werden eher akzeptiert und befolgt.²⁵⁰ *Friedmann* ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber diese Wertgebundenheit der AdressatInnen teilweise sogar voraussetzt.²⁵¹ Problematisch wird es freilich dann, wenn Normen erlassen werden, die im Gegensatz zu den herkömmlichen Wertvorstellungen stehen. Dies ist bei Antidiskriminierungsrecht teilweise der Fall. Das Einfordern neuer Rechte kann hier bei AnspruchsgegenerInnen zu Irritationen führen.²⁵² Warum die AdressatInnen manche Normen befolgen oder in Anspruch nehmen, hängt auch mit ihrer Überzeugung von Recht und Un-

246 Siehe oben unter: C. III. 2. a) aa) (1).

247 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 118.

248 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 118.

249 *Tinkler*, LSR 2008, 417 (426).

250 *Baer*, in: Festschrift für *Rottleuthner*, 2011, S. 245 (253); *Noll*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 259 (265); *Opp*, in: *Wagner* (Hrsg.), *Kraft Gesetz*, 2010, S. 35 (57); *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 258; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 111.

251 *Friedman*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 206 (220 f.).

252 *Albiston*, LSR 2005, 11 (13).

recht, das heißt von Moral, Brauchtum, et cetera, zusammen.²⁵³ Besonders bei starren Ge- und Verboten hänge die Frage der Wirkung der Vorschriften von Normkenntnis und Normakzeptanz ab.²⁵⁴ Hierbei darf auch die symbolische, beziehungsweise die deklarative Wirkung von Vorschriften nicht unterschätzt werden.²⁵⁵ Durch das gesetzliche Verbieten bestimmter Verhaltensmuster zeigen sich Moralvorstellungen, die der Gesetzgeber auf diese Weise an die Bevölkerung weitergeben können.²⁵⁶ So soll allein das Vorhandensein eines Gesetzes zum Kündigungsschutz gewisse Erwartungen in der Bevölkerung bezüglich einer gerechten Behandlung im Kündigungsfall hervorrufen.²⁵⁷ Auch durch das Schaffen von Gesetzen kann folglich das Rechtsbewusstsein in eine bestimmte Richtung hin verstärkt werden.

Nicht zuletzt können die nach außen getragenen Rechtsurteile zu der Konkretisierung eines allgemeinen Rechtsbewusstseins oder Rechtsgefühls der Bevölkerung beitragen. Da das Verbreiten von Urteilen in erster Linie durch die Medien vonstatten geht, wird hierbei jedoch stark nach vermeintlichen Interessen der Allgemeinheit selektiert.²⁵⁸ Ohne ein solches Verbreiten kann es schwierig werden, Verständnis für Sanktionen bei Zu widerhandlung zu erhalten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Reaktionen auf Normbrüche bei fehlendem Rechtsbewusstsein als unfaire Behandlung empfunden werden.²⁵⁹

Unter anderem *Rehbinder* geht davon aus, dass die Normwirksamkeit generell von einem entsprechenden Rechtsbewusstsein positiv beeinflusst wird.²⁶⁰ Auch *Holzleithner* ist der Ansicht, dass Rechtssubjekte ihre Rechte nur dann in Anspruch nehmen werden, wenn sie bereits mit einem ausreichenden Rechtsbewusstsein ausgestattet sind.²⁶¹ Dies sei entscheidend dafür, ob eine negative Situation als Schicksalsschlag oder aber als Verlet-

253 *Baer*, Rechtssoziologie, 2011, S. 245; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 258 ff., m.w.N.

254 *Röhl*, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1990, S. 413 (430).

255 Zur Unterscheidung siehe: *Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter*, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 13 (15).

256 *Baer*, in: Festschrift für *Rottleuthner*, 2011, S. (245) 254.

257 *Höland*, ZfR 2009, 23 (40).

258 *Höland*, ZfR 2009, 23 (39).

259 *Parker*, LSR 2006, 591 (614).

260 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 119.

261 Ebenso: *Gallagher*, LSR 2006, 783 (784).

zung der dem Rechtssubjekt zustehenden Rechte angesehen wird.²⁶² In dieselbe Richtung deuten die Ergebnisse von *Barnes* und *Burke*. Diese beobachteten die Umsetzung eines Gesetzes über den erleichterten Zugang von Menschen mit körperlichen Einschränkungen in zehn Organisationen.²⁶³ Sie gehen ebenfalls davon aus, dass es bei der Frage, inwieweit das Gesetz befolgt wird entscheidend darauf ankommt, wie verpflichtet sich die einzelnen Organisationen dem Ziel eines besseren Zugangs fühlten. Fühlten sich die untersuchten Organisationen diesem Ziel besonders stark verpflichtet, so übertrafen sie sogar die gesetzlichen Vorgaben, während Organisationen, bei denen eine entsprechende Verpflichtung nicht zu finden ist, wenn überhaupt, die Mindestanforderungen erfüllen würden, um den Sanktionen zu entgehen.²⁶⁴

Die Implementierung von Normen, im Sinne einer Akzeptanz und Übernahme der Wertvorstellungen, soll dann besonders wirksam sein, wenn es sich um eine kleine, homogene AdressatInnengruppe handelt.²⁶⁵ Diese könne auf eine Art angesprochen werden, die für alle Gruppenmitglieder gleich attraktiv erscheint.

aa) Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl der generell Adressierten

Bezüglich der inneren Einstellung gegenüber Antidiskriminierungsrecht kann ebenfalls auf die ADS-Studie von 2008 Bezug genommen werden. Laut dieser Studie lassen sich lediglich 15 Prozent der Bevölkerung als „harter Kern der Gleichbehandlungsbefürworter“ bezeichnen.²⁶⁶ Damit sind diejenigen gemeint, die eine entschieden ablehnende Haltung gegenüber der Aussage „Antidiskriminierungspolitik halte ich für überflüssig“ einnehmen. 37 Prozent sind an Antidiskriminierungspolitik „eher nicht“ oder „überhaupt nicht“ interessiert. 40 Prozent stimmen sogar der Aussage zu: „Antidiskriminierungspolitik halte ich für überflüssig“. Knapp die Hälfte der Befragten gab an, Gleichbehandlung „etwas interessiert“ zu sein.²⁶⁷

262 *Holzleithner*, KJ 2008, 250 (254).

263 *Barnes/Burke*, LSR 2012, 167.

264 *Barnes/Burke*, LSR 2012, 167 (172 f.).

265 *Katsas*, Effektivität und Geltung von Rechtsnormen, 2002, S. 83.

266 *Flaig*, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 41.

267 *Flaig*, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 41.

Bei der Bewertung der einzelnen geschützten Gruppen untereinander wurde von der Studie zunächst zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Schichten unterschieden. Nimmt man diese Trennung nicht mehr vor, zeigt sich bei einer Gesamtbetrachtung der Bevölkerung, dass für die Gleichbehandlung von älteren, besonders aber von behinderten Menschen eine relativ flächendeckende Zustimmung besteht. Die Gleichstellung von Frauen rangiert hingegen eher im Mittelfeld.²⁶⁸ Im konservativeren Lager der Gesellschaft wird dem Thema der geschlechtlichen Gleichstellung am wenigsten Aufmerksamkeit geschenkt. Gleichwohl wird in der Studie explizit darauf hingewiesen, dass die Doppelbelastung und „die schlechtere Entlohnung bei Berufsarbeit“ auch hier als Probleme wahrgenommen werden. Subjektiv fühlen sich die Frauen aus diesem Milieu dennoch kaum benachteiligt.²⁶⁹ So könnte auch die niedrige Anzahl der Frauen, erklären werden, die sich aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert fühlen.²⁷⁰ Schließlich wird darauf hingewiesen, dass die Spontanreaktion auf das Wort „Antidiskriminierungspolitik“ meist eine negative ist. Dies läge nicht zuletzt an den beiden negativen Vorsilben „Anti“ und „Dis“.²⁷¹ Die Mehrheit der Befragten empfindet die Antidiskriminierungspolitik als zu einmischend. Ihre Vorschriften stoßen daher nicht selten auf eine ablehnende Haltung in der Gesellschaft. Dies ist umso erstaunlicher, da die generellen Werte der Antidiskriminierungspolitik von den allermeisten befürwortet werden.²⁷²

Ebenfalls im Auftrag des BMFSFJ wurde eine bevölkerungsrepräsentative Befragung unter der Leitung von *Carsten Wippermann* durchgeführt und 2009 zum ersten Mal veröffentlicht.²⁷³ Die Studie befasste sich explizit mit den Einstellungen zur Entgeltungleichheit aufgrund des Geschlechts. Danach stimmten 97 Prozent der Gesamtbevölkerung (98 Prozent der Frauen, 96 Prozent der Männer) der Aussage zu „Es ist empörend, dass es solche Lohnungleichheiten [zwischen Frauen und Männern] heutzutage immer noch gibt.“²⁷⁴ Auch wenn es explizit um gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit geht, liegt nahezu einhellig große Empörung

268 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 36, 44, 50.

269 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 41.

270 Siehe oben unter: C. III. 3. b) aa).

271 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 98.

272 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 114.

273 Wippermann, Entgeltungleichheit – gemeinsam überwinden, 2010.

274 Wippermann, Entgeltungleichheit – gemeinsam überwinden, 2010, S. 15.

und der Wunsch nach Verbesserung der Umstände vor.²⁷⁵ Dieses Ergebnis sollte aber lediglich zurückhaltend positiv interpretiert werden. Hier stellt sich zunächst die Frage, inwieweit die Befragten überhaupt eine Vorstellung von Gleichwertigkeit (im Gegensatz zu Gleichheit) zweier unterschiedlicher Tätigkeiten besaßen. Hinzu kommt dass die Aussage, zu welcher sich die ProbandInnen verhalten sollten, wie dies auch der der Befragung von *Flaig* der Fall war,²⁷⁶ suggestive Elemente aufweist („empörend“). Dass generell in der Bevölkerung das Gefühl vorherrscht, beim Thema Entgeltungleichheit zwischen den Geschlechtern müsste sich etwas ändern, legt schließlich die folgende Erkenntnis nahe: 70 Prozent der Befragten stimmten ausdrücklich nicht der Aussage zu, dass Lohnungleichheit (zwischen Frauen und Männern) ein Problem wäre, um das man sich nicht dringend kümmern müsste.²⁷⁷

Andere Studien weisen hingegen darauf hin, dass tradierte Rollenbilder von Männern und Frauen im Berufsleben immer noch stark im Bewusstsein eines Großteils der Bevölkerung vorhanden sind. So sei es für Männer immer noch um ein Vielfaches schwieriger, Akzeptanz für eine Freistellung aufgrund von Sorgearbeiten zu erhalten als für Frauen.²⁷⁸

bb) Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl der ArbeitgeberInnen als
besonders Adressierte

Das Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl von ArbeitgeberInnen kann aufgrund fehlender spezieller Studien lediglich zum Arbeitsrecht allgemein analysiert werden. In der AribA-Studie von *Schramm* und *Zachert* wurde deutlich, dass die ArbeitgeberInnen dem Arbeitsrecht gegenüber nicht so negativ eingestellt sind, wie die öffentliche Diskussion zu der Zeit suggerierte.²⁷⁹ Auch bei Fragen speziell zum Kündigungsschutz, respektive zur Arbeitsplatzsicherheit, konnte eine deutliche Akzeptanz festgestellt werden. Arbeitsplatzsicherheit sorge für Motivation bei den Beschäftigten und

275 *Wippermann*, Entgeltungleichheit – gemeinsam überwinden, 2010, S. 16 f.

276 Siehe oben unter: C. II. 3. b) aa).

277 *Wippermann*, Entgeltungleichheit – gemeinsam überwinden, 2010, S. 17.

278 *Kelly*, LSR 2010, 33 (57).

279 *Bradtke-Hellthaler*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 117 (120 ff.).

sei daher auch betriebswirtschaftlich von Vorteil.²⁸⁰ Arbeitsrecht bedeute für die Betriebe ein Werkzeug, auf das sie in unterschiedlicher Intensität zurückgreifen können, um ihren Alltag zu regeln.²⁸¹ Besonders sei von Vorteil, dass einem die Verantwortung für bestimmte Entscheidungen durch das Arbeitsrecht abgenommen würde, sodass diese keinen negativen Einfluss auf die betriebliche Stimmung nehmen könnten.²⁸² Weiter wurden Weisungsbefugnis, Berechenbarkeit und sichere Arbeitsbedingungen als positive Seiten des Arbeitsrechts genannt.²⁸³ Freilich gab es auch Aussagen, die auf eine kritischere Einstellung hindeuteten. So werde das Arbeitsrecht zum Teil als einmischend, unflexibel und als die Handlungsmöglichkeiten einschränkend empfunden. Hierbei schienen das Arbeitszeitrecht und das Kündigungsschutzrecht die störensten Faktoren zu sein.²⁸⁴ Negativ seien weiterhin die notwenigen hohen Kosten zur Betriebsprofessionalisierung sowie dass im Arbeitsrecht die betrieblichen Belange nicht ausreichend berücksichtigt würden. Teilweise wurde zudem angemerkt, das Arbeitsrecht sei kompliziert, unübersichtlich, praxisfern und unberechenbar.²⁸⁵ Insgesamt kommen die Autoren aber zu dem Schluss, die Einstellungen der ArbeitgeberInnen zum Arbeitsrecht werden von der Öffentlichkeit negativer wahrgenommen, als sie sich in Wirklichkeit darstellen.²⁸⁶

Das Argument der ArbeitgeberInnen, eine höhere Motivation bei den Beschäftigten sei auch für den Betrieb von Vorteil, lässt sich generell auf den Bereich der gerechteren Löhne übertragen. Somit könnte geschlussfol-

280 Bradtke-Hellthaler, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 117 (125 ff.).

281 Bradtke-Hellthaler, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 117 (136).

282 Bradtke-Hellthaler, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 117 (121).

283 Schlese/Schramm, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 156 (162).

284 Bradtke-Hellthaler, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 117 (142 ff.); Schlese/Schramm, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 317 (327 f.).

285 Bradtke-Hellthaler, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 156 (162 f.).

286 Bradtke-Hellthaler, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 117 (134, 152); Schlese/Schramm, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 156 (193).

C. Rechtssoziologische Ansätze

gert werden, dass eine grundsätzliche Akzeptanz der ArbeitgeberInnen für geschlechtergerechte Entlohnung vorhanden ist. Fraglich ist jedoch, ob diese generelle Akzeptanz auch dann noch erwartet werden könnte, wenn die Lohnkosten durch geschlechterneutrale Bezahlung für die ArbeitgeberInnen tatsächlich steigen würden.

cc) Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl der ArbeitnehmerInnen als besonders Adressierte

In der Befragung von *Schlese* und *Schramm* zu Einstellungen gegenüber dem Arbeitsrecht von ArbeitnehmerInnen wurde unter anderem das Image des Arbeitsrechts untersucht. Es stellte sich heraus, dass die Einstellungen gegenüber diesem aufseiten der Beschäftigten eher negativ sind. Die ArbeitnehmerInnen sehen das Arbeitsrecht als unverständlich und praxisfern an.²⁸⁷ 61 Prozent der Befragten gaben an, das Arbeitsrecht als widersprüchlich zu empfinden. Anderseits wird es von einer knappen Mehrheit (51 Prozent) auch als berechenbar angesehen. Vom Gefühl empfinden es 60 Prozent zwar nicht als parteiisch, 55 Prozent halten es aber dennoch nicht für gerecht. Schließlich gab eine Mehrheit der befragten ArbeitnehmerInnen an, mit dem Arbeitsrecht eher „wirtschaftlich ungünstige Folgen“ zu verbinden.²⁸⁸

dd) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente

Wie oben dargestellt, sind das Rechtsbewusstsein und insbesondere das Rechtsgefühl eng verknüpft mit den inneren Werten der Menschen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann Recht auch die Werte einer ganzen Gesellschaft oder zumindest von Teilen derselben verändern. Wenn *Schüler-Springorum* davon ausgeht, dass die Internalisierung, also die Verinnerlichung von Werten strafrechtlicher Normen diese gleichsam als nicht mehr nötig erscheinen lassen, da sie nunmehr ohnehin befolgt werden würden,²⁸⁹ kann bei der Frage der Bildung und Veränderungen solcher Werte

287 *Schramm*, RdA 2007, 267 (269).

288 *Schramm*, RdA 2007, 267 (269).

289 *Schüler-Springorum*, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.) *Wirkungsforschung zum Recht I*, 1999, S. 293 (295 f.).

nicht diejenige Instanz außer Acht gelassen werden, die versucht mit Hilfe des Rechts, innere Einstellungen zu verändern. Eine Variable, die Einfluss auf die Wertebildung und damit auf das Rechtsbewusstsein und -gefühl hat, muss also die Legislative sein. Auch *Ryffel* ist der Meinung, dass die innere Akzeptanz (nicht die bloße äußerliche Befolgung) von Normen besonders durch positive Anreize gefördert werden kann. Voraussetzung hierfür sei aber eine gewisse Voreinstellung der RechtsadressatInnen, im Sinne einer nicht grundsätzlich ablehnenden Haltung gegenüber dem Rechtsstaat.²⁹⁰ Nach *Raiser* ist die Akzeptanz von Vorschriften eng damit verknüpft, ob die AdressatInnen dem Staat grundsätzlich vertrauen.²⁹¹ In diese Richtung gehen auch die *Opp-Diekmann-Rottleuthner*-Modelle, wenn sie von der wahrgenommenen moralischen Kompetenz des Gesetzgebers (als eine Variable für den Grad der normativen Abweichung) sprechen.²⁹²

Doch nicht nur der Staat kann Einfluss auf Rechtsbewusstsein und -gefühl des Einzelnen ausüben. Soziale Gruppen können ihre eigenen Regeln haben, welche dann Vorrang vor den staatlichen Normen genießen.²⁹³ *Noll* geht davon aus, dass die Mitglieder einer Gruppe einen großen Einfluss auf die Normbefolgung, beziehungsweise -inanspruchnahme, der einzelnen AdressatInnen haben können.²⁹⁴ So können die individuellen Einstellungen bei Entgegenstehen von informellen Gruppennormen hinter diesen zurückfallen. Beispielhaft beschreibt *Noll* dieses Phänomen bei einer fiktiven Geschwindigkeitsbegrenzung: Wegen einer Baustelle auf der Autobahn sei die Höchstgeschwindigkeit auf 60 km/h begrenzt. Dennoch führen alle AutofahrerInnen hier 100 km/h und sanktionierten die AutofahreInnen mit Hupen, die sich an die Geschwindigkeitsbegrenzung halten wollten.²⁹⁵

Die Einflussnahme von Gruppenmeinungen zu bestimmten Normen kann auch gegeben sein, wenn es sich bei der Gruppe weitestgehend um

290 Ryffel, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 225 (236).

291 Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 259, 345.

292 Siehe oben unter: C. III. 2., a). cc).

293 Griffiths, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (316).

294 Noll, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), 1972, Zur Effektivität des Rechts, S. 259 (266).

295 Noll, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), 1972, Zur Effektivität des Rechts, S. 259 (267).

die gesamte Gesellschaft handelt.²⁹⁶ Insofern spielt die Verbreitung der (vermeintlich) öffentlichen Meinung durch Massenmedien auch bei der Bildung von Bewusstsein und Gefühl von Recht eine Rolle.²⁹⁷ Das Bild des Umgangs der Wirtschaft mit Antidiskriminierungsrecht scheint durch die mediale Öffentlichkeit in eine gewisse Richtung geprägt zu sein. Die Befragten der ADS-Studie von 2008 waren sich zum Großteil darin einig, dass Unternehmen Gleichstellung nur im Rahmen von Propagandamaßnahmen betrieben, da sie betriebswirtschaftlich gesehen kein Interesse hieran haben könnten.²⁹⁸ Diese Auffassung lässt jedoch die gesamte Diversity-Forschung²⁹⁹ außer Acht und könnte als Zeichen medial gesteuerter Meinungsverbreitung gewertet werden. Betriebe, die sich in Gleichstellungsfragen engagieren, könnten demnach ein Glaubwürdigkeitsproblem bekommen.

Um in das Rechtsbewusstsein beziehungsweise das Rechtsgefühl der AdressatInnen einzudringen, ist es hilfreich, wenn der Sinn der Normen einleuchtend ist.³⁰⁰ Dabei wird die Interdependenz der verschiedenen Wirksamkeitsfaktoren einmal mehr deutlich: Für den Faktor Rechtsbewusstsein/-gefühl sind demnach sowohl gewisse Informationen über das Gesetz relevant als auch die Frage, in welchem Maße die Vorschriften für DurchschnittsadressatInnen überhaupt verständlich sind. Im Umweltrecht, und dort bei der Frage der Mülltrennung, war eine solche Akzeptanz und Plausibilität gesellschaftlicher Konsens. Ist aber der Sinn und Zweck mancher diesbezüglicher Vorschriften nicht mehr erkennbar, scheint die Akzeptanz wieder nachzulassen.³⁰¹ Auf der anderen Seite ist jedoch davon auszugehen, dass gerade das Rechtsbewusstsein und das Rechtsgefühl dazu genutzt werden, fehlende Gesetzeskenntnis zu kompensieren.³⁰² So konnte nachgewiesen werden, dass Menschen die strafrechtliche Normen

296 Geiger, Vorstudien, 1987, S. 79.

297 Schöch, in: Hof/Lübbecke-Wolff (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 235 (241).

298 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 116f..

299 Siehe nur: Krell/Sieben, in: Krell et al. (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011, S. 155 ff.

300 Röhl, in: Hof/Lübbecke-Wolff (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 413 (430).

301 Röhl, in: Hof/Lübbecke-Wolff (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1990, S. 413 (430).

302 Gallagher, LSR 2006, 783 (800).

nicht kennen, dazu tendieren, als Recht anzusehen, was ihrer Meinung nach Recht sein sollte.³⁰³

Stärker noch als die Information über Gesetze und ihre Verständlichkeit, ist jedoch die Sensibilisierung der Bevölkerung mit dem Effektivitätsfaktor Rechtsbewusstsein/-gefühl verknüpft. Ohne ein entsprechendes Problembewusstsein für eine Situation kann kaum mit einer inneren Akzeptanz für eine Regelung gerechnet werden, die diese Angelegenheit lösen will.

Eine Variable, die ebenfalls Einfluss auf das Rechtsbewusstsein und das Rechtsgefühl haben kann, ist die Persönlichkeitsstruktur der NormadressatInnen. Diese wird in der vorliegenden Arbeit nicht gesondert behandelt. Das Thema ist sehr komplex und eher für eine psychologische denn für eine juristische Arbeit geeignet. Zudem geht es hierbei vordringlich um strafrechtliche Fragestellungen, die für die Durchsetzung von Entgeltgleichheit nur bedingt relevant sind. Gleichwohl ist es wichtig zu wissen, dass die Erfahrungen und Vorstellungen einer Person auch bei der Frage der Normeffektivität mitunter eine entscheidende Rolle spielen können.³⁰⁴

ee) Zwischenfazit

Stimmen gesetzliche Vorschriften mit dem Gerechtigkeitsempfinden von Personen überein, ist die Wahrscheinlichkeit höher, dass sie diese Normen auch erfüllen, als wenn sie hiermit nicht übereinstimmen. Als dritter personenbezogener Effektivitätsfaktor konnte somit das Rechtsbewusstsein beziehungsweise das Rechtsgefühl identifiziert werden. Dabei ist in der Bevölkerung zunächst eine generell ablehnende Haltung gegenüber Benachteiligungen zu erkennen. Allerdings scheint dies eher als abstrakte Einstellung zu gelten. Wenn es um konkrete Diskriminierungen geht, steht die ungleiche Entlohnung von Frauen und Männern nicht unbedingt im Mittelpunkt des Interesses. Als diskriminierte Gruppen werden insbesondere ältere und behinderte Menschen als schützenswert angesehen. Bei den ArbeitgeberInnen hat sich gezeigt, dass diese dem Arbeitsrecht positiver gegenüberstehen, als oftmals vermutet wird. Die Beschäftigten hingegen empfinden das Arbeitsrecht überwiegend als unfair.

303 Tinkler, LSR 2008, 417 (421), m.w.N.

304 Eingehend: Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 115 ff., m.w.N.; Ryffel, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 225 (244).

d) Positive Kosten-Nutzen-Bilanz

Erklärungsmuster menschlichen Verhaltens mit Hilfe von Kosten-Nutzen-Analysen werden vor allem in den Wirtschaftswissenschaften genutzt.³⁰⁵ Kosten müssen nicht zwangsläufig monetäre Ausgaben sein. Hierunter kann vielmehr all das verstanden werden, was die Entscheidung gegen die Befolgung/Inanspruchnahme eines Gesetzes beeinflussen kann.³⁰⁶ Das können Verhaltenswände einer Bezugsgruppe ebenso sein, wie entgangene Einnahme durch die Inanspruchnahme staatlicher Subventionen. Dementsprechend kann unter Nutzen sowohl ein größerer Grad an persönlicher Zufriedenheit stehen als auch eine positive Reputation in der Öffentlichkeit. Die Kosten-Nutzen-Bilanz ist auf der einen Seite relevant als Erklärungsmodell dafür, warum Leute Gesetze übertreten oder nicht. Auf der anderen Seite legt sie dar, unter welchen Voraussetzungen Menschen gesetzliche Möglichkeiten im Anspruch nehmen oder eben nicht. Sie ist ein weites und umfassendes Erklärungsmodell menschlichen Verhaltens. Zur besseren Überschaubarkeit soll sich hier jedoch auf die für die vorliegende Arbeit relevanten Punkte konzentriert werden.

Was die Modelle von *Opp-Diekmann-Rottleuthner* unter vier verschiedenen Punkten als Variablen erster Stufe bei der Frage der Befolgung und Inanspruchnahme von Gesetzen ansprechen, soll im Folgenden unter den einheitlichen Faktor der Kosten-Nutzen-Bilanz fallen.³⁰⁷ Es handelt sich um die erwarteten Nachteile bei Nicht-Befolgung/Inanspruchnahme und die erwarteten Vorteile bei Befolgung/Inanspruchnahme als positive Einflüsse, sowie die erwarteten Nachteile bei Befolgung/Inanspruchnahme und die erwarteten Vorteile bei Nicht-Befolgung/Inanspruchnahme als negative Einflüsse. Sie stützen sich alle auf dieselbe Grundannahme: je mehr Gründe es für eine Normbefolgung/-inanspruchnahme gibt und je weniger dagegen, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit ihrer Wirksamkeit.³⁰⁸ Dabei werden die Kosten als Nachteile einer Befolgung oder Inanspruchnah-

305 Siehe nur: *Becker*, Ökonomische Erklärungen, 1993; aber auch: *Höland*, ZfR 2009, 23 (36).

306 Die ökonomische Analyse des Arbeitsrechts bezieht sich hier lediglich auf die für die Arbeit relevanten Erkenntnisse zu Analysen um das AGG.

307 *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 193 ff.; *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen, 1980, S. 33 ff.; *Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, S. 62 ff.

308 Ebenso: *Baer*, Rechtssoziologie, 2011, S. 217.

me von Normen gesehen, der Nutzen spiegelt die Vorteile wider. Eine positive Kosten-Nutzen-Bilanz wäre demnach dann erreicht, wenn mehr Gründe für als gegen die Befolgung oder Inanspruchnahme einer Norm sprächen.

aa) Sanktionen als Kosten

Auch könnten, als ein Kostenaspekt, verschiedene Sanktionen bei unterschiedlichen AdressatInnen unterschiedliche Anreize bezüglich der Befolgung/Inanspruchnahme von Normen setzen. *Röhl* unterscheidet zwischen Ge- bzw. Verboten und Angebotsgesetzen. In dem hier verwandten Schema entspricht dies der Einteilung in Gesetze, die befolgt werden, und solchen, die in Anspruch genommen werden können. Letzteren sei mit negativen Sanktionen allenfalls bedingt zur Wirksamkeit zu verhelfen.³⁰⁹ Hier muss auf positive Sanktionen (Belohnungen) gesetzt werden, welche ohnehin als sehr effektives Mittel angesehen werden.³¹⁰ Die Befolgung oder Inanspruchnahme von Vorschriften kann neben den staatlichen oder formellen auch informelle Reaktionen, beispielsweise von Bezugspersonen auslösen. Die Reaktionen und die Erwartungen Dritter sollen ebenfalls eine große Bedeutung bei der Frage haben, ob ein Gesetz befolgt/in Anspruch genommen wird oder nicht.³¹¹ Informelle Sanktionen können freilich auch konträr zu den staatlichen vorkommen. So können bei Nichtbefolgung von Normen auch positive, bei Befolgung oder Inanspruchnahme negative Sanktionen erfolgen. Auch diese Folgen sollen auf normrelevantes Verhalten Einfluss haben.³¹² Bei Normen, für deren Inhalte eher geringe Akzeptanz vorhanden ist, soll Wirksamkeit bereits durch die Erhöhung des Entdeckungsrisikos gefördert werden können.³¹³ Grundsätzlich erscheinen Sanktionen als ein geeignetes Mittel, die Kosten einer Nichtbefolgung von Vorschriften erhöhen zu können und so ihre Effektivität zu

309 *Röhl*, in: *Hof/Lübbecke-Wolff* (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 413 (429).

310 *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 222; *Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter*, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 13 (18).

311 *Opp*, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 35 (48).

312 *Opp*, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 35 (51 ff.).

313 *Schöch*, in: *Hof/Lübbecke-Wolff* (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 235 (240).

steigern.³¹⁴ Dieser Effekt kann jedoch nur bis zu einer gewissen Höhe der Sanktionen Gültigkeit besitzen.³¹⁵ Grundsätzlich sei eine Kombination bei den Adressierten von Befolgung aus Furcht vor Sanktionen und Befolgung aus freier Überzeugung die vielversprechendste Variante.³¹⁶ Bei Vorschriften, die in emotionale Situationen eingreifen wollen (wie dies häufig bei Verbotsnormen bezüglich Gewalttaten der Fall ist), sollen Sanktionen generell kaum Effekte bringen.³¹⁷

Ein Unwirksamkeitsfaktor, den *Aubert* in seiner Studie identifizieren konnte, war das Fehlen einer öffentlichen Sanktionierung bei Nichtbefolgung des Gesetzes.³¹⁸ Geht man davon aus, dass negative Sanktionierungen mit Kosten gleichgesetzt werden können, so bedeutet *Auberts* Feststellung auch, dass er von einem Zusammenhang zwischen geringeren Kosten einer Nichtbefolgung (keine hohe Verfolgungswahrscheinlichkeit) und einer höheren Wahrscheinlichkeit der Nichtbefolgung ausging. Wie gesehen, fand *Aubert* im Fehlen von negativen Sanktionen einen Grund für die Unwirksamkeit des Hausangestelltengesetzes.³¹⁹ Ebenso scheint *Noll* von dem Einfluss einer Kosten-Nutzen-Bilanz auf den Grad der Befolgung und damit auf Normwirksamkeit auszugehen: er nimmt an, dass Vorschriften dann besonders oft übertreten werden, wenn das Sanktionierungsrisiko (Kosten) ein geringes ist, die persönlichen Gründe für die Nichtbefolgung (Nutzen) aber vergleichsweise hoch sind.³²⁰ *Parson* geht davon aus, dass positive Sanktionen³²¹ einen tauglichen Anreiz, also gleichsam einen Punkt auf der Nutzen-Seite für eine Befolgung oder Inanspruchnahme bieten können, wobei hier stets die Gefahr des sogenannten

314 Friedman, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 206 (220); Garrn, ARSP 1969, 161 (178); Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 251.

315 Opp, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 35 (52 f.); siehe bereits oben unter C. III. 3. b) cc).

316 Parker, LSR 2006, 591 (592); ebenso: Opp, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 35 (51).

317 Röhl, in: *Hof/Lübbecke-Wolff* (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 413(431).

318 Aubert, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (348).

319 Aubert; in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (348).

320 Noll, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), 1972, Zur Effektivität des Rechts, S. 259 (263).

321 Zur Terminologie siehe z.B.: Baer, Rechtssoziologie, 2011, S. 242.

Mitnahmeeffekts beachtet werden sollte.³²² Insgesamt kann angenommen werden, dass positive und negative Sanktionen als Kosten und Nutzen der Befolgung oder Inanspruchnahme einer Vorschrift wirken.³²³

bb) Entdeckungsrisiko als Kosten

Negative Sanktionen sollen abschreckend, also präventiv, wirken.³²⁴ Dies können sie freilich nur dann, wenn sie auch wahrgenommen und als potentielle persönliche Gefährdung verstanden werden. Dabei spielen viele unterschiedliche Variablen eine Rolle. Unter anderem kommt es darauf an, als wie groß die Gefahr der Aufdeckung eines Normbruchs eingeschätzt wird.³²⁵ Das Entdeckungsrisiko könnte somit eine weitere Variable sein, welche die Kostenseite einer Nichtbefolgung von Vorschriften erhöht. Das Entdeckungs- und Sanktionierungsrisiko eines Normbruchs wird beeinflusst von der Effektivität der formalen Umsetzungsvorschriften, welche die entsprechende Norm flankieren. Hierfür ist der öffentliche Vollzugsapparat zuständig. Insbesondere wenn es um den Vollzug von Sanktionen geht, kann angenommen werden, dass der Vollzugsapparat so arbeiten muss, dass die Durchsetzung auch für Außenstehende transparent wird.³²⁶ Da die Entdeckungswahrscheinlichkeit und die Verfolgungsintensität (und sei sie auch nur subjektiv vorhanden) bei der Überschreitung von Normen einen direkten Einfluss auf die Effektivität dieser Vorschrift haben können soll,³²⁷ erfüllt der Vollzug eine wichtige Rolle bei der Präventionswirkung von Sanktionsandrohungen.³²⁸ Aber nicht nur für die Sanktionierung von

322 Parsons, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 121 (123); ebenso z.B.: *Katsas*, Effektivität und Geltung von Rechtsnormen, 2002, S. 80; *Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter*, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 13 (18 f.).

323 So auch: *Friedman*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 206 (222); *Katsas*, Effektivität und Geltung von Rechtsnormen, 2002, S. 39f., 81.

324 *Miebach*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 36 ff.; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssociologie, S. 222; *Streng*, in: *Kindhäuser et al.* (Hrsg.), StGB, § 46 Rn. 44.

325 Siehe bereits oben unter: C. III. 2. a) aa) (2).

326 *Raiser*, Grundlagen der Rechtssociologie, 2009, S. 254.

327 *Noll*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), 1972, Zur Effektivität des Rechts, S. 259 (269); *Schöch*, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 235 (236, 241).

328 *Katsas*, Effektivität und Geltung von Rechtsnormen, 2002, S. 80.

Normübertretungen spielt der konsequente Vollzug einzelner Vorschriften eine entscheidende Rolle. Auch bei Vorschriften, durch die keine direkten Verbote statuiert werden, kann die Effektivität der Verwaltung einen entscheidenden Einfluss auf den Nutzen von Normbefolgung haben. Beispiele hierfür sind die Vergabe von Subventionen oder die Bescheidung über Anträge.

In der Bundesrepublik ist es innerhalb der rechtssoziologischen Forschung praktisch unbestritten, dass in der Verwaltung massive strukturelle Vollzugsdefizite vorhanden sind.³²⁹ Begründet ist dies zum einen in Resourcenmangel, zum anderen in der Tatsache, dass sich der Aufgabenbereich der Verwaltung gewandelt hat. Dabei ist mit mangelnden personellen Ressourcen einmal die fehlende Quantität von Personen gemeint, welche in der Verwaltung tätig sind. Weiterhin soll das Fachwissen zur Einordnung und Bewertung einzelner Vorgänge bei dem vorhandenen Personal stark ausbaufähig sein.³³⁰ Aber auch Sachgüter stünden den Vollzugsbediensteten in lediglich unzureichendem Umfang zur Verfügung.³³¹ In diesem Zusammenhang wird auch angenommen, dass konsequente Gesetzesvollzüge zu einem verstärkten Vertrauen in den Rechtsweg als solchen beitragen und einer Anspruchsdurchsetzung damit weniger Unsicherheit – sprich weniger Kosten – entgegenstehen.³³²

Schöch geht davon aus, dass das Entdeckungsrisiko gerade dann entscheidenden Einfluss auf das Verhalten von NormadressatInnen haben kann, wenn sie die entsprechenden Vorschriften (noch) nicht in ihr inneres Wertesystem aufgenommen haben.³³³ *Raiser* hält das Entdeckungs- und Ahndungsrisiko sogar für entscheidender als die Höhe der zu erwarteten Strafe.³³⁴ Das Entdeckungsrisiko im Antidiskriminierungsrecht scheint bei jetziger Rechtslage relativ gering. Die Tatsache, dass Beschäftigte in der Regel persönlich dafür verantwortlich sind, dass unzulässige Benachteiligungen geahndet werden hat zur Folge, dass dies faktisch äußerst selten

329 Statt aller: *Andresen et al.*, Verwaltungsmodernisierung als moderne Praxis, 2003, S. 15 ff.

330 *Hesse*, Einführung in die Rechtssoziologie, 2004, S. 157.

331 *Katsas*, Effektivität und Geltung von Rechtsnormen, 2002, S. 80; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 251.

332 *Fuchs et al.*, KJ 2009, 253 (254).

333 *Schöch*, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 235 (240).

334 *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 257, m.w.N.

geschieht.³³⁵ *Schlachter* zieht hieraus die Konsequenz, dass Sanktionen bei Benachteiligungen nur sehr wenig nützen, solange die Benachteiligten selbst für die Verfolgung ihrer Diskriminierung zuständig sind.³³⁶ Der *EuGH* ist dennoch der Ansicht, dass Sanktionen gerade bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts durchaus einen abschreckenden Charakter besitzen sollten. Rein symbolische Strafen sollen hier nicht ausreichen.³³⁷

cc) Kritik

Den Modellen des rationalen Verhaltens, in dem alle Handelnden ihr Tun stets und ausschließlich an einer Nützlichkeitsprognose messen,³³⁸ steht eine Kritik der Simplifizierung entgegen. Menschliches Verhalten lasse sich nicht schlicht mit überlegten Kosten-Nutzen-Analysen erklären, sondern sei vielmehr häufig durch unvernünftiges Handeln bestimmt.³³⁹ Auch *Friedmann* ist nicht davon überzeugt, dass sich mit einem Modell, welches schlicht Kosten und Nutzen gegeneinander aufwiegt, ein Großteil des menschlichen Verhaltens gegenüber dem Recht erklären lässt.³⁴⁰

Die Kritik an dem Kosten-Nutzen-Modell als Erklärung menschlichen Verhaltens erscheint berechtigt, soweit man es als alleiniges Erklärungsmodell bemühen will. Soll dieser Faktor – wie hier – dagegen nur eine kumulative Variable in einem komplexen Gefüge verschiedenster Faktoren zur Erklärung von Normwirksamkeit sein, so scheint er durchaus seine Berechtigung zu haben. So erklärt auch *Röhl*, dass von einer subjektiven Rationalität eines Normbruchs, und damit von einer geringeren Wirkungs-

335 Siehe sogleich unter: C. III. 3. f) cc).

336 *Schlachter*, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 437.

337 *EuGH*, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 14/83 = NZA 1984, 157 (157); *Wendeling-Schröder/Buschkröger*, Festschrift für *Däubler*, 1999, S. 127.

338 Siehe ausführlich: *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 2008, S. 551 ff.

339 *Röhl*, in: *Hof/Lübbecke-Wolff* (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 413 (419 f.).

340 *Friedman*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 206 (220).

C. Rechtssoziologische Ansätze

wahrscheinlichkeit auszugehen ist, wenn die Verletzung der Vorschrift individuelle Vorteile mit sich bringt.³⁴¹

Zumindest teilweise wird in der rechtssoziologischen Literatur also von einem Zusammenhang einer Kosten-Nutzen-Bilanz und dem Grad der Befolgung oder der Inanspruchnahme einer Vorschrift ausgegangen. Daher gilt es im Folgenden, dieses Modell auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts anzuwenden.

dd) Die Kosten-Nutzen-Analyse im Arbeitsrecht

Die von *Hermann* beschriebenen Ansätze dienen als Beispiele dafür, welchen unmittelbaren Einfluss die ursprünglich ökonomische Kosten-Nutzen-Theorie auch auf arbeitsrechtliche Bereiche haben kann.³⁴² Unter anderem geht es um ein Aufwiegen der betrieblichen Kündigungskosten mit dem Nutzen der Kooperations- und Leistungsfähigkeit der ArbeitnehmerInnen, ausgelöst durch die entstandene Arbeitsplatzsicherheit. Zum anderen könnten die Kosten der Kündigung für ArbeitgeberInnen dadurch erhöht werden, dass sie bei einer solchen beispielsweise monetären Ersatz von Wiedereingliederungskosten der ArbeitnehmerInnen in den Arbeitsmarkt tragen müssten.

Als Nutzen der ArbeitgeberInnen bei Befolgung des AGG konnten Loyalität und Motivation der ArbeitnehmerInnen, und dadurch letztlich eine Steigerung des Sozialkapitals, identifiziert werden.³⁴³ Des Weiteren wird Diversity, wie es durch Antidiskriminierungsmaßnahmen entstehen kann, als „wertbildender Faktor auf dem Kapitalmarkt“ bezeichnet.³⁴⁴ Hierdurch soll die Attraktivität bei den KundInnen, respektive bei potenziellen ArbeitnehmerInnen gesteigert werden können. Insofern bestätigt sich auch beim AGG, dass das Arbeiten mit positiven Sanktionen einen starken Einfluss auf die Wirksamkeit von Normen haben kann.

341 Röhl, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.) *Wirkungsforschung zum Recht I*, 1999, S. 413 (430); Ebenso: Griffiths, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), *Non-Discrimination Law*, 1999, S. 314 (315, 321).

342 Hermann, in: in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), *Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit*, 2005, S. 65 (80).

343 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Nutzen und Kosten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, 2008, S. 56.

344 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Nutzen und Kosten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, 2008, S. 54.

ee) Einflüsse anderer Faktoren und Instrumente

Zunächst können Vorschriften dann mit geringerem Aufwand, also mit geringeren Kosten Wirksamkeit erlangen, wenn sie und ihre Tatbestandsvoraussetzungen den potentiellen AnwenderInnen oder BefolgerInnen bekannt sind. Informationen über Normen ist foglich ein Faktor, der die Kosten-Nutzen-Bilanz besonders beeinflussen kann. Ein anderer entscheidender Punkt, der bei einer rational abwägenden Analyse von Normbefolgung oder -bruch mit einfließt, sind die außerrechtlichen Reaktionen. So wird davon ausgegangen, dass die zu erwartenden (positiven oder negativen) Wirkungen der NormbrecherInnen auf die „peer group“ ebenfalls in eine entsprechende Bilanz einfließen.³⁴⁵ Hierbei geht es einmal um die Gruppe, die eine Wertung vornimmt. Auch geht es jedoch um die Frage, um was für eine Norm es sich handelt, also um die soziale Stellung der in der Vorschrift festgelegten Werte. Ebenso kann davon ausgegangen werden, dass (vorausgesetzt, dass jeder Mensch nach innerer Zufriedenheit strebt) die Beruhigung des Gewissens die Kosten-Nutzen-Bilanz in die eine oder andere Richtung beeinflussen kann.³⁴⁶ Es käme dann darauf an, inwieweit die Vorschrift mit dem eigenen Gefühl von Gerechtigkeit übereinstimmt.³⁴⁷ Insofern hat auch der Faktor Rechtsbewusstsein/Rechtsgefühl Einfluss auf die Kosten-Nutzen-Bilanz. Das Gesamtgebilde der subjektiven Rechtsordnung einer Person ist idealerweise inhaltlich stimmig und ohne größere Widersprüche aufgebaut.³⁴⁸ Neue Vorschriften sollten demnach möglichst in das bestehende Wertesystem eingebunden werden können. Schließlich ist damit zu rechnen, dass die Bevölkerung durch eine konsequente Durchsetzung von Vorschriften für diese sensibilisiert wird.

345 Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2009, S. 261, m.w.N.

346 Friedman, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), *Zur Effektivität des Rechts*, 1972, S. 206 (221); *Rehbinder*, *Rechtssoziologie*, 2009, Rn. 123.

347 In diesem Sinne: Gusy, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.) *Wirkungsforschung zum Recht I*, 1990, S. 289 (290).

348 Parsons, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), *Studien und Materialen*, 1967, S. 121 (122).

C. Rechtssoziologische Ansätze

ff) Zwischenfazit

Aus dem vorherigen muss also gefolgert werden, dass Personen dann geneigter sind, Normen zu befolgen oder in Anspruch zu nehmen, wenn ihnen die Befolgung/Inanspruchnahme mehr Vorteile bringt als Nachteile. Die Kosten einer Normanwendung sind unter anderem dann geringer, wenn Informationen, die zur Anwendung einer Norm benötigt werden, vergleichsweise einfach erlangt werden können. Die Vorteile können dabei auch im außerrechtlichen Bereich liegen, beispielsweise eine positive Reaktion der „peer group“. Ebenso kann die Übereinstimmung von äußerlichem Handeln und eigenen Werten einen persönlichen Nutzen bringen. Als letzten personenbezogenen Effektivitätsfaktor lässt sich somit eine positive Kosten-Nutzen-Bilanz identifizieren. Auch aus ökonomischer Perspektive gibt es einige Gründe, die aus Sicht der ArbeitgeberInnen für die Befolgung der Normen des AGG sprechen.

e) Verständlichkeit und klare Zielsetzung des Gesetzes

Der Einfluss von Verständlichkeit und einer klaren Zielsetzung eines Gesetzes auf die Effektivität von Normen kann lediglich ein mittelbarer sein. Nicht zu Unrecht ist diese Variable in den *Opp-Diekmann-Rottlenthner-Modellen* als eine unabhängige Variable zweiter Stufe eingeordnet.³⁴⁹ Doch auch mittelbare Einflüsse können mitunter erheblich zur Effektivität oder eben Ineffektivität von Regelungen beitragen. Dies könnte hier umso mehr gelten, da ohne den Sinn des Gesetzes verstanden zu haben nur schwerlich Informationen darüber zu generieren sind respektive für die Problemstellung sensibilisiert werden kann, die das Gesetz behandelt.

aa) Zur Verständlichkeit des Gesetzestextes

Aubert hat in seiner Studie zum Hausangestelltengesetz betont, dass ein Grund für die Ineffektivität des Gesetzes die unklaren Formulierungen der einzelnen Paragraphen war.³⁵⁰ Auch *Friedmann* sieht in einer klaren Geset-

349 Siehe oben unter: C. III. 2. a) aa) (1).

350 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), *Studien und Materialen*, 1967, S. 284 (293 ff.); ebenso: *Riddell*, LSR 2004, 583 (594), m.w.N.

zesssprache einen entscheidenden Wirksamkeitsfaktor.³⁵¹ Bereits 1767 vertrat *Beccaria* die Ansicht, dass Gesetze klar und einfach sein müssen, damit sie wirken können.³⁵² Hierzu passen auch die Ergebnisse der Studie von *Barnes* und *Burke*.³⁵³ Es bestätigte sich die Vermutung, dass, sobald die Vorschriften sprachlich offener wurden und Spielraum bei der Umsetzung ließen, die Art und Weise sowie die Intensität der Umsetzung in den einzelnen Organisationen extrem variierte.³⁵⁴

Ebenso könnte die Masse einzelner Normen im gesamten rechtlichen System einen Einfluss auf ihre Wirksamkeit haben. Im Rahmen der RE-GAM-Studien wurde festgestellt, dass 31 Prozent der befragten Personalverantwortlichen Probleme haben, sich im Arbeitsrecht zurechtzufinden.³⁵⁵ Von diesen 31 Prozent führten über 70 Prozent diese Probleme auf die Menge der verschiedenen Arbeitsgesetze zurück. Zum Teil wird sogar die Meinung vertreten, dass die arbeitsrechtlichen Vorschriften derart unübersichtlich wären, dass es bei den Personalverantwortlichen zu einer innerlichen Verabschiedung vom realen Arbeitsrecht käme und arbeitsrechtliche Probleme nur noch mithilfe einer Art „Legendenbildung“ gelöst würden.³⁵⁶ *Stein* hält dagegen, dass man bei 600.000 arbeitsrechtlichen Klagen im Jahr schwerlich von einem generellen Unverständnis des Arbeitsrechts sprechen könne.³⁵⁷ Die stets kritisierte Normflut und damit verbundene Unübersichtlichkeit röhre daher, dass dem Markt per se keine moralischen Standards innewohnten. Diese müssten daher vom Staat eingebracht werden.³⁵⁸

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, was für ein Wissensstand der potenziell Adressierten bei Gesetzen überhaupt vorausgesetzt werden sollte.³⁵⁹ Dabei ist erneut zwischen den verschiedenen AdressatInnengruppen zu unterscheiden die ein Gesetz allgemein ansprechen kann,

351 Friedmann, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 206 (217).

352 *Beccaria*, Von den Verbrechen und Strafen, 1767, S. 177.

353 *Barnes/Burke*, LSR 2012, 167; siehe bereits oben unter: C. III. 3. c).

354 *Barnes/Burke*, LSR 2012, 167 (177); ebenso: *Tinkler*, LSR 2008, 417 (423).

355 Pfarr et al., Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, 2005, S. 13f.

356 Kania, WSI-Mitteilungen 2005, 596 (597 f.).

357 Stein, WSI-Mitteilungen 2006, 110 (110).

358 Stein, WSI-Mitteilungen 2006, 110 (111).

359 Baer, in: *Cottier et al.* (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, S. 181 (182); Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 257.

C. Rechtssoziologische Ansätze

beziehungsweise die AdressatInnengruppen, die von Vorschriften über Entgeltgleichheit von Männern und Frauen und ihre Durchsetzung angesprochen würden.³⁶⁰ Ein Großteil der Gesetze wird bestimmungsgemäß von normalen BürgerInnen genutzt. Sie können Vorschriften aber nur dann befolgen, wenn sie sie wenigstens im Ansatz kennen, beziehungsweise ihren Inhalt erfassen können.³⁶¹

Deutlich wird, dass bei dem Bemühen um Verständlichkeit und Präzision des Gesetzestextes das eine häufig auf Kosten des anderen verwirklicht wird.³⁶² Normative Präzision führt dann nicht weiter, wenn Vorschriften so technisch formuliert sind, dass sie von ihren AdressatInnen nicht mehr genutzt werden können. Handelt es sich um Vorschriften, die an Adressiertengruppen aus eher bildungsfernen bis normalen Mittelschichten gerichtet sind, so sollten sie in einer relativ eingängigen Sprache verfasst werden.³⁶³ Freilich wird dies nur bei sehr einfach zu fassenden Tatbeständen der Fall sein können. Es müsste dann aber ausreichend sein, wenn von der Bevölkerung lediglich die Grundaussage der Norm erfasst würde. Detailfragen könnten (und sollten bestimmungsgemäß) von kundigen JuristInnen gelöst werden.³⁶⁴ Geht es dagegen eher um prozessuale Bestimmungen, die sich nicht in erster Linie an die Öffentlichkeit richten, kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem besonderen Adressierkreis tendenziell um juristisch vorgeschulte Personen handelt. Als Konsequenz könnte hier weniger auf eine leichte Sprache, als auf präzise Formulierungen geachtet werden.

Schließlich müssen nicht nur solche Gesetze verständlich sein, welche sich unmittelbar an die BürgerInnen richten. Auch in der Verwaltung können unklare Formulierungen in Normen zu teils stark variierenden Ergebnissen führen. Das Bürokratiemodell *Max Webers* basiert auf der Vorstellung, der Vollzugsapparat³⁶⁵ funktioniere wie eine Maschine, in welche oben die Vorschriften und der konkrete Sachverhalt eingegeben werden

360 Ebenso generell: *Krüger*, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 63.

361 *Griffiths*, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (329).

362 *Krüger*, der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 92.

363 *Aleweli/Koller*, BB 2002, 990 (992); *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialien, 1967, S. 284 (292); *Griffiths*, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (318); *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 257; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 129.

364 Ebenso: *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 256.

365 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 2008 (1956), S. 718.

und unten ein subsumiertes Ergebnis herauskommt.³⁶⁶ Dieses Modell kann jedoch nur solange gelten, wie Vorschriften klare Vorgaben beinhalten. Moderne Vollzugsnormen sind aber häufig nur in ihrem Ziel festgelegt, während bezüglich der Wahl der Mittel ein Ermessensspielraum besteht.³⁶⁷ Es wird bemängelt, Verwaltungsvorschriften seien mittlerweile so unpräzise, dass die konkreten Überlegungen darüber, wann Tatbestände unter eine Norm zu subsumieren sind, eigentlich eine ureigene Aufgabe der Legislative, zum Teil auf die Exekutive übergegangen ist.³⁶⁸ Auch Sachverhaltsermittlungen, beispielsweise zur Beurteilung der Einhaltung von Technikstandards, können mittlerweile hochkomplex sein.³⁶⁹ Hierdurch kommt es zur Gefahr, dass das eigentliche Ziel des Gesetzgebers nur noch erfüllt wird, wenn der Verwaltungsapparat gleichsam zufällig den Sachverhalt korrekt ermittelt und im Rahmen der Ermessensentscheidung so wie von dem Gesetzgeber intendiert reagiert. Die mangelnde Verständlichkeit der Gesetzesmodelle könnte demnach beträchtliche Folgen haben.

(1) Voraussetzungen für die Verständlichkeit des Gesetzes bei den ArbeitgeberInnen als besonders Adressierte

Ist es also von Bedeutung, dass das Recht für die potentiellen AnwenderInnen verständlich ist, stellt sich die Frage, inwieweit für ArbeitgeberInnen, als ein Teil derjenigen, die durch Vorschriften zu Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen besonders berechtigt oder verpflichtet werden, das Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht verständlich ist. Diese Frage kann aufgrund des hier verwendeten extensiven ArbeitgeberInnenbegriff schwerlich einheitlich beantwortet werden. Zu vermuten ist allerdings, dass gerade ArbeitgeberInnen von Kleinst- und Kleinbetrieben über keinen tieferen juristischen Sachverstand im Betrieb verfügen. Im Rahmen der REGAM-Befragung gaben lediglich zwei Prozent aller befragten Betriebe an, als arbeitsrechtliche Informationsquelle eine/n Volljuristin/en in der Personalabteilung zu nutzen. Erwartungsgemäß stieg dieser Wert mit

366 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 2008 (1956), S. 720.

367 Hesse, Einführung in die Rechtssoziologie, 2004, S. 149.

368 Kaiser, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 183 (187); Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 198.

369 Hesse, Einführung in die Rechtssoziologie, 2004, S. 158.

der Größe der Betriebe.³⁷⁰ Die Ergebnisse der REGAM-Studie decken sich mit den Ergebnissen der von *Aleweli und Koller* 2002 vorgestellten Studie. Die WissenschaftlerInnen fanden heraus, dass 60 Prozent der Unternehmen mit bis zu 100 Beschäftigten keine MitarbeiterInnen haben, die sich schwerpunktmäßig mit arbeitsrechtlichen Sachverhalten befassen.³⁷¹ Bei Unternehmen mit über 10.000 Beschäftigten lag der Anteil hingegen bei lediglich zehn Prozent. Auch nach diesen Ergebnissen steigt demnach der Anteil der internen juristischen Beratung mit Unternehmensgröße. Einen weiteren Hinweis gibt die im Rahmen des AribA-Projekts durchgeführte Studie: Von den 41 untersuchten Unternehmen hatten circa 15 Prozent eine personalverantwortliche Person mit einer juristischen Ausbildung.³⁷² Es zeigt sich also, dass kaum von einem flächendeckenden juristischen Sachverständnis der ArbeitgeberInnen auszugehen ist. Sollen ArbeitgeberInnen die arbeitsrechtlichen Gesetze verstehen, sollten daher eher geringere Maßstäbe an die Komplexität dieser Gesetze gestellt werden.

(2) Voraussetzungen für die Verständlichkeit des Gesetzes bei den ArbeitnehmerInnen als besonders Adressierte

Auch bei den ArbeitnehmerInnen ist zunächst nicht davon auszugehen, dass es sich bei ihnen in der Regel um juristisch vorgeschulte Personen handelt. Es sollte daher auch im Hinblick auf diese AdressatInnen auf eine verständliche Gesetzessprache Wert gelegt werden. Die Studie zu Wahrnehmung und Kenntnissen des Arbeitsrechts bei ArbeitnehmerInnen von *Schramm* zeigte bereits, dass die arbeitsrechtlichen Vorschriften unter den Erwerbstätigen im Allgemeinen als unverständlich und unsystematisch gelten.³⁷³ Spezielle arbeitsrechtliche Gesetze und Vorschriften sind kaum bekannt. Lediglich der grundsätzliche Inhalt von Kernnormen aus dem Kündigungsschutz- sowie dem Entgeltfortzahlungsgesetz scheint den meisten Befragten bekannt zu sein.³⁷⁴ Die Ergebnisse sind Hinweise da-

³⁷⁰ *Pfarr et al.*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, 2005, S. 31.

³⁷¹ *Aleweli/Koller*, BB 2002, 990 (990).

³⁷² *Krawetzk*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 262 (267).

³⁷³ *Schramm*, RdA 2007, 267 (273).

³⁷⁴ Siehe oben unter: C. III. 3. a) bb).

rauf, dass die ArbeitnehmerInnen als besonders Adressierte, von denen grundsätzlich ein erhöhtes Interesse an arbeitsrechtlichen Normen zu erwarten wäre, als nicht besonders erfahren im Umgang mit diesen Gesetzen angesehen werden müssen. Bei einer Bewertung von Vorschriften aus rechtsssoziologischer Sicht kommt es also auch darauf an, wer die besonders Adressierten der Norm sind. Fallen hierunter auch die ArbeitnehmerInnen, so muss mitbedacht werden, dass auch sie grundsätzlich lediglich über begrenzten antidiskriminierungs- und arbeitsrechtlichen Sachverstand verfügen, sich aber mitunter (wohl, wenn es für sie als elementar angesehen wird, wie beispielsweise beim Kündigungsschutz) partielle Kenntnisse aneignen.

bb) Zur klaren Zielsetzung des Gesetzes

Genauso wichtig wie die Gesetzessprache scheint die Wahrnehmung der hinter dem Gesetz stehenden Zielrichtung der Vorschriften zu sein. So sollen unklare oder sich widersprechende Gesetzesziele ein Faktor sein, welcher zur Ineffektivität von Vorschriften führen kann.³⁷⁵ Ebenso sieht *Katsas* die Formulierung exakter Zielvorstellungen neuer Gesetze als einen wichtigen Schritt zu einem effektiven Gesetz an.³⁷⁶ Problematisch ist hier jedoch der Balanceakt zwischen ausdrücklicher Zielsetzung eines Gesetzes bei gleichzeitigem Anspruch einer abstrakten und generellen Geltung. Eine zu große Interpretationsmöglichkeit beim Gesetzesstext kann zu Unklarheiten über den Inhalt führen (insbesondere, aber nicht nur bei Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen).³⁷⁷ Es kann weiterhin davon ausgegangen werden, dass eine Norm dann als weniger verbindlich angesehen wird, wenn sie sehr abstrakte Verhaltensweisen für die gesamte Gesellschaft festlegen will (zum Beispiel Handeln nach „Treu und Glauben“).³⁷⁸ Hier müsste ein angemessener Mittelweg gefunden werden, der jeweils auf die individuelle Komplexität der verschiedenen zu regelnden

375 Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 251; Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 125.

376 Katsas, Effektivität und Geltung von Rechtsnormen, 2002, S. 83; Ebenso: Ryffel, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 225 (239).

377 Friedman, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 206 (217).

378 Podgorecki, in: Hirsch/Rehbinder (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 271 (273).

C. Rechtssoziologische Ansätze

Situationen angepasst würde.³⁷⁹ In neueren Gesetzen werden teilweise die Beweggründe des Gesetzes in den ersten Paragrafen benannt. Aber gerade wenn die Ziele des Gesetzes ausdrücklich in ihm benannt werden (so beispielsweise in § 1 AGG), sollten sie auch tatsächlich volle Gültigkeit besitzen und nicht etwa in späteren Vorschriften wieder eingeschränkt werden.³⁸⁰ Alles andere kann zu Verwirrungen und Missverständnissen führen.

cc) Einflüsse anderer Faktoren und Instrumente

Mit dem Effektivitätsfaktor Information hängt die Verständlichkeit und klare Zielsetzung des Gesetzes insoweit zusammen, als dass Informationen über Normen und ihre Beweggründe dann besser weitergegeben und verarbeitet werden können, wenn sie sich für die Öffentlichkeit präzise und verständlich darstellen.

Ein nachvollziehbarer Gesetzestext, seine erkennbaren Beweggründe und eine verständliche Sprache können auch seine Verbreitung durch die Massenmedien fördern, was wiederum positiven Einfluss auf die Informiertheit und Sensibilisierung, bis hin zum Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl haben kann.³⁸¹ Das heißt, dass ein entsprechendes Bewusstsein oder Gefühl dann wirksamer gebildet werden kann, wenn die Gründe für eine bestimmte Gesetzgebung, beziehungsweise die dahinter stehenden Ziele den AdressatInnen dargelegt werden.³⁸² Denn eine Norm wird dann von den BürgerInnen anerkannt, wenn ihre Begründung eine nachvollziehbare ist.³⁸³ Ist der Bevölkerung nicht klar, welchen Zweck eine Norm erfüllen soll, so hat sie keinen höheren Wert, an dem sie sich orientieren kann. Eine Internalisierung des Normethos ist dann kaum möglich. Auch ist zu beachten, dass bei sinkender Klarheit der Rechtsvorschrift der Interpretationsspielraum der einzelnen Adressierten wächst.³⁸⁴ Es ist zu erwarten, dass dieser Spielraum dann von den verschiedenen AkteurInnen so

379 *Gusy*, in: *Hof/Lübbecke-Wolff* (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht I, 1990, S. 289 (289 f.).

380 *Klose*, in: *Cottier et al.* (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, S. 347 (353).

381 Siehe oben unter: C. III. 3. a) cc) (1), C. III. 3. b) cc), C. III. 3. c).

382 Vergleiche nur: *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 127.

383 *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 348.

384 Siehe bereits oben unter: C. III. 6. a) a).

genutzt wird, wie es am ehesten dem individuellem Gefühl darüber entspricht, wie diese Norm angewendet werden sollte, was also Recht sein sollte.³⁸⁵ Mit abnehmender Präzision des Gesetzestextes gewinnt also das Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl der Adressierten an Bedeutung.

Es wurde bereits angedeutet, dass die Frage, wann ein Gesetzestext verständlich, wann eine Begründung klar ist, unter anderem davon anhängt, für welchen AdressatInnenkreis Geltung beansprucht wird. Für AdressatInnen aus eher bildungsfernen Schichten können bereits gängige Gesetzesformulierungen zu Verständnisproblemen führen.³⁸⁶ Die meisten Gesetze sind nicht für juristische Laien verfasst, sondern richten sich mit ihrer präzisen und exakten Ausdruckweise an geschulte ExpertInnen. Soll ein Gesetz jedoch bewirken, dass eben gerade juristischen Laien es vermehrt in Anspruch nehmen, so wie es beim norwegischen Hausangestelltengesetz erklärtes Ziel war, sollte es, um Ineffektivität zu vermeiden, in einer Art und Weise abgefasst sein, welche für die erklärten AdressatInnen einleuchtend ist.³⁸⁷

dd) Zwischenfazit

Wie von *Opp*, *Diekmann* und *Rottleuthner* bereits dargestellt haben, steigt die Wahrscheinlichkeit der Effektivität von Gesetzen mit ihrer Verständlichkeit. 1/3 der Personalverantwortlichen haben Probleme, sich im Arbeitsrecht zurecht zu finden. Dabei ist zu beachten, dass vielen ArbeitgeberInnen offensichtlich kein juristischer Sachverstand zur Verfügung steht. Auch die Beschäftigten müssen als eher unerfahren im Umgang mit dem Arbeitsrecht angesehen werden. Beide Gruppen sind folglich darauf angewiesen, bestimmte Regelungen selbst nachvollziehen zu können. Hierfür ist es hilfreich, wenn sich den Vorschriften entnehmen lässt, was ihre eigentliche Intention ist. Eine klare Zielsetzung des Gesetzes ist damit ein weiterer Punkt, der die Effektivität von Normen erhöht. Hier muss jedoch

385 Tinkler, LSR 2008, 417 (423), m.w.N.

386 Aubert, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (292).

387 Aubert, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (295); Ebenso: Griffiths, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (327); Krüger, der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 70 f.; Ryffel, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 225 (245f.).

C. Rechtssoziologische Ansätze

stets ein Mittelweg gefunden werden zwischen eindeutiger Zielsetzung und abstrakt genereller Geltung von Gesetzen.

f) Abbau von Zugangsbarrieren zu Gericht

Die zuvor herausgearbeiteten Effektivitätsfaktoren von Normen beziehen sich primär auf die einzelne Person, indem sie darstellen, welche persönlichen Eigenschaften einen Einfluss auf die Wirksamkeit von Rechtsvorschriften haben können. Hierin erschöpfen sich auch die Überlegungen der Modelle von *Opp*, *Diekmann* und *Rottlenthner*.³⁸⁸ Es besteht jedoch Grund zur Annahme, dass es darüber hinaus auch institutionelle Faktoren gibt, welche die Effektivität von Normen beeinflussen können. Dazu könnten beispielsweise diverse Zugangsbarrieren zu Gericht zählen, welche die Mobilisierung von Recht verhindern oder zumindest erschweren könnten und somit zur effektiven Durchsetzung von Normen abgebaut werden müssten. Relevante AdressatInnen beim Zugang zur Arbeitsgerichtsbarkeit sind hier allein die besonderen AdressatInnen der ArbeitnehmerInnen. Zum einen geht es gerade nicht um die generellen AdressatInnen von Gesetzen, also um die gesamte Bevölkerung, sondern um die Personen, die tatsächlich bestimmte Rechte (in dieser Arbeit: Rechte, die ihre Beschäftigung betreffen) haben. Genauer geht es um die Frage, in welcher Weise institutionelle Faktoren Einfluss auf die Mobilisierung dieser Rechte haben können. Zum anderen muss auch die ArbeitgeberInnenseite deshalb nicht verstärkt in den Blick genommen werden, weil diese nur in einem Bruchteil aller arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ein Gericht einschaltet. So wurden die in 2011 von den Arbeitsgerichten erledigten Klagen in 98,4 Prozent der Fälle von der ArbeitnehmerInnenseite (inklusive Gewerkschaften und Betriebsräte) erhoben.³⁸⁹

Die Gründe, die für oder gegen eine Mobilisierung des eigenen Rechts sprechen, sind vielfältig. Bevor diese näher beleuchtet werden, sollen allerdings zunächst einige allgemeinere Überlegungen zu Rechtsmobilisierung im Arbeitsrecht angestellt werden.

Grundsätzlich ist das klassische Privatrecht für Parteien konzipiert, die sich auf Augenhöhe begegnen. Das Zivilrecht spricht denjenigen Personen

388 Siehe obdenn unter: C. III. 2.

389 *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, Reihe 2.8, 2011, S. 104.

Rechte zu, deren Interessen es schützen möchte.³⁹⁰ Es wird davon ausgegangen, dass Verträge zwischen gleichberechtigten Parteien fair ausgehandelt werden, weil jeder stark genug ist, seine individuellen Interessen zu vertreten. In Arbeitsverhältnissen ist dies in aller Regel nicht der Fall. Grundsätzlich gilt, dass die Barrieren zu Gericht höher sind, wenn die potenziell klagende Partei bei ihrer rechtlichen Auseinandersetzung auf sich allein gestellt ist.³⁹¹ Zudem sind Arbeitsverhältnisse typischerweise geprägt von persönlicher (weisungsgebundene, persönliche Arbeitsleistung) sowie wirtschaftlicher (Sicherung des Lebensunterhalts) Abhängigkeit der ArbeitnehmerInnen von den ArbeitgeberInnen.³⁹² Dieses Phänomen wurde vom BVerfG bereits Anfang der 90er Jahre als „strukturelle Unterlegenheit“³⁹³ bezeichnet. Dem trägt das Arbeitsrecht Rechnung.³⁹⁴ Als ArbeitnehmerInnenschutzrecht soll es in erster Linie ihre Stellung in Verhandlungen mit den ArbeitgeberInnen stärken. Fühlen sich Beschäftigte dennoch unrechtmäßig behandelt, haben sie – anders als die ArbeitgeberInnen – neben der gerichtlichen Geltendmachung kaum Möglichkeiten gegen die ArbeitgeberInnen vorzugehen.³⁹⁵ Dies erklärt auch, warum die Klagen, die zu den Arbeitsgerichten gelangen, fast ausschließlich von ArbeitnehmerInnenseite erhoben werden. Das einzelne Arbeitsverhältnis ist für die ArbeitgeberInnen typischerweise nicht von so einem existenziellen Wert wie für die Beschäftigte. Auf Konfliktsituationen können ArbeitgeberInnen auf andere Art und Weise als dem Einschalten von Gerichten reagieren, nämlich mit Lohnvorenthalterung oder Kündigungen. Auch bei diesen Methoden haben die Beschäftigten, auch aufgrund ihrer Vorleistungspflicht, kaum eine andere Option sich zu Wehr zu setzen, als Klage zu erheben.³⁹⁶

Vorliegend geht es um die Untersuchung der These, dass Zugangsbarrieren einen negativen, der Abbau solcher dementsprechend einen positiven Einfluss auf die Effektivität von Vorschriften haben kann. Um sich der Problematik der vorhandenen Zugangsbarrieren zu Arbeitsgerichten

390 Kocher, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 41 (45).

391 Holzleithner, KJ 2008, 250 (255).

392 Linck, in: Schaub (Hrsg.), ArbR-Hdb., § 1 Rn. 4.

393 BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85 = NJW 1991, 809 (11).

394 Höland, AuR 2010, 452 (452).

395 Kocher, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 41 (42).

396 Höland, AuR 2010, 452 (455).

anzunähern, ist es hilfreich, sich die Klagebereitschaft von ArbeitnehmerInnen in Zahlen vor Augen zu führen. Laut Angaben des Statistischen Bundesamtes wurden im Jahre 2011 bei den deutschen Arbeitsgerichten 404.434 Klagen eingereicht, insgesamt wurden dort in dem Jahr 523.698 Klagen behandelt.³⁹⁷ Bei 35.228.000 abhängig Erwerbstätigen³⁹⁸ im Jahr 2011 befanden sich also weniger als 1,5 Prozent aller Erwerbstätigen in einem Rechtsstreit vor den Arbeitsgerichten.³⁹⁹ Dabei fällt auf, dass Kündigungsstreitigkeiten mit 37 Prozent aller Streitgegenstände 2011 die größte Gruppe ausmachen.⁴⁰⁰ Freilich sagen die reinen Prozentzahlen noch nichts über mögliche Schwierigkeiten einer Mobilisierung von ArbeitnehmerInnenrechten aus. Denkbar wäre schließlich auch, dass ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn sich schlicht stets zur Zufriedenheit aller Beteiligten einigen. Berechtigte Zweifel hieran sät aber zum einen das gerade beschriebene, strukturelle Ungleichgewicht der beiden Parteien. Zum anderen lassen auch die bereits dargestellten Ergebnisse zum Verhältnis der ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen gegenüber dem Arbeitsrecht und seiner Anwendung eher den Schluss zu, dass in weit mehr als 1,5 Prozent aller Arbeitsverhältnisse vom geltenden Arbeitsrecht abgewichen wird – zu Lasten der ArbeitnehmerInnen.⁴⁰¹

Geht man davon aus, dass Beschäftigte häufig nicht gegen ihre ArbeitgeberInnen vor Gericht ziehen, obwohl ihnen materiell-rechtlich Ansprüche durchaus zustehen würden, so stellt sich die Frage, warum sie dies nicht tun. Da angenommen werden kann, dass sich für die ArbeitnehmerInnen keine homogenen Persönlichkeitsstrukturen zur Erklärung finden lassen, ist nach strukturellen Barrieren des Gerichtszugangs zu suchen. Hier werden unterschiedlicher Merkmale diskutiert, welche kumulativ vorliegen können und so eine effektive Mobilisierung von Recht mit jedem Merkmal unwahrscheinlicher machen.⁴⁰² Diese sollen im Folgenden näher untersucht werden.

397 *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, Reihe 2.8, 2011, S. 104.

398 Hierunter fasst das *Statistische Bundesamt* BeamteInnen, Angestellte, ArbeiterInnen und Auszubildende.

399 *Statistisches Bundesamt*, Tabellen, abrufbar unter: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/12211-0010>, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

400 *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, Reihe 2.8, 2011, S. 104.

401 Siehe oben unter: C. III. 3. c). bb).

402 Höland, AuR 2010, 452 (453).

aa) Informationsdefizite

Erste Barrieren, welche auf dem Weg zu einem gerichtlichen Verfahren hinderlich erscheinen und abgebaut werden müssten, sind Informationsdefizite.⁴⁰³ Diese können sowohl den Sachverhalt an sich als auch seine rechtliche Würdigung beziehungsweise die weitere Vorgehensweise betreffen. Wer nicht weiß, dass er oder sie lediglich befristet beschäftigt ist, kann keine Maßnahmen in Richtung einer Entfristungsklage unternehmen, unabhängig davon, ob er oder sie um eine solche Klagemöglichkeit weiß oder nicht. Die Kenntnis der tatbestandsbegründenden Voraussetzungen ist also ein logisch zwingend vorgelagerter Schritt zu einer Inanspruchnahme oder Befolgung von Recht. Wie die Arbeit noch zeigen wird, ist diese Kenntnis aber gerade beim Entgeltgleichheitsanspruch der Geschlechter für die Beschäftigten nach jetziger Rechtslage nur äußerst schwer zu rekrutieren.⁴⁰⁴ ArbeitnehmerInnen können somit regelmäßig bereits bei der Sachverhaltsermittlung auf kaum überwindbare Hindernisse stoßen. Das Zugangsproblem zu Informationen, insbesondere bei informellen Quellen (beispielsweise durch fehlende Netzwerke), beschreibt *Pfeifer* als typisches Problem von Minderheiten in einem Betrieb.⁴⁰⁵ Selbstverständlich kann nicht davon ausgegangen werden, dass Frauen in der Regel die Minderheit in Betrieben stellen. Anders wird es aber wohl zu beurteilen sein, wenn man nach Beschäftigten (Frauen) unterscheiden kann, die eine gleiche Entlohnung bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit aktiv vorantreiben wollen. Dort wo diese Beschäftigten eine Minderheit darstellen – und sei es auch nur auf die Abteilung oder die Entgeltgruppe bezogen – stellt sich das Fehlen entsprechender informeller Informationen als zusätzliche Er schwernis dar.

Sodann geht es um die korrekte rechtliche Einordnung der erhaltenen Informationen.⁴⁰⁶ Denn wird ein Sachverhalt gar nicht erst als mögliche Diskriminierung erkannt, können auch keine weiteren Schritte zu dessen Beseitigung unternommen werden.⁴⁰⁷ Bei Diskriminierungsfällen sind meist Fachkenntnisse notwendig, um eine Benachteiligung als solche

403 Ebenso: *Deakin et al.*, in: *Dickens* (Hrsg.), *Making Employment Rights Effective*, 2012, S. 115 (135).

404 Siehe hierzu ausführlich unter: D. I.

405 *Pfeifer*, *Die Akzeptanz von Kündigungen in Deutschland*, 2003, S. 46.

406 *Schramm*, RdA 2007, 267 (271).

407 *Blankenburg*, *Mobilisierung des Rechts*, 1995, S. 2.

überhaupt erkennen zu können.⁴⁰⁸ In einer Studie von *Rottleuthner* und *Mahlmann* zu Diskriminierungen in Deutschland wurden zwischen 2009 und 2010 unter anderem 48 AnwältInnen mit AGG-Erfahrung interviewt.⁴⁰⁹ Die AnwältInnen waren sich einig, dass eine Mobilisierung des Rechts bei Diskriminierungsfällen mit großen Barrieren für die Betroffenen verbunden ist. Besonders bei der hohen Anzahl von zunächst unerkannten Diskriminierungen sei es häufig schlicht dem Zufall zu verdanken, wenn solche entdeckt werden könnten.⁴¹⁰ Bei der Informiertheit der ArbeitnehmerInnen wurde eine Studie von *Schramm* vorgestellt.⁴¹¹ Diese hilft für die Beantwortung der Frage nach der Informiertheit über Rechte bei Benachteiligungen jedoch nur bedingt weiter, da hier keine Kenntnisse bezüglich Ansprüchen bei Diskriminierungen abgefragt wurden. Wird aber die Interpretation des Autors, dass das TzBfG unter anderem deshalb so unbekannt war, weil es zum Befragungszeitpunkt erst seit sieben Jahren galt, weitergeführt, so könnte bezüglich des AGG ein ähnlich geringer Informationsgrad erwartet werden. Zwar hat das AGG den Entgeltgleichheitsanspruch zwischen Männern und Frauen nicht originär festgesetzt. Wohl aber sind einige prozessuale Besonderheiten bei Benachteiligungsfällen im AGG verankert, dessen Kenntnisse für die Entscheidung für oder gegen eine Rechtsmobilisierung mitursächlich sein könnten. Auch *Fuchs et al.* vermuten, dass weder die Rechtslage noch konkrete Ansprüche im Rahmen von Benachteiligungen ausreichend bei den betroffenen ArbeitnehmerInnen bekannt sind.⁴¹² Im Diskriminierungsrecht werden darüber hinaus auch bei RechtsanwältInnen und zuständigen Organisationen zum Teil erhebliche Wissenslücken angenommen.⁴¹³

Schließlich könnten für eine tatsächliche Durchsetzung von Rechten auch Informationsdefizite über den allgemeinen Verfahrensablauf hinder-

408 European Union Agency for Fundamental Rights, Zugang zur Justiz in Europa - Factsheet, 2011, abrufbar unter: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Factsheet-Access-to-justice_DE.pdf, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013; *Fuchs et al.*, KJ 2009, 253 (255); *Kocher*, KJ 2007, 22 (26); *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 333.

409 *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 329 ff.

410 *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 332 f.

411 *Schramm*, RdA 2007, 267 ff.

412 *Fuchs et al.*, KJ 2009, 253 (256).

413 *Fuchs*, Mit Recht zur Lohngleichheit?, 2009, S. 5; *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 333.

lich sein.⁴¹⁴ Die 2009 vorgestellte Erhebung der Europäischen Union zu Minderheiten und Diskriminierung fragte unter anderem danach, ob Opfer von Diskriminierungen, aufgrund der Rasse, Organisationen kennen, welche ihnen Unterstützung bei der Durchsetzung ihrer Rechte bieten könnten.⁴¹⁵ Diese Frage verneinten in Deutschland lebende TürkInnen zu 75 Prozent, hier lebende Menschen jugoslawischer Herkunft sogar zu 80 Prozent.⁴¹⁶ Auch wenn diese Werte freilich nicht ohne Weiteres auf alle Beschäftigten in Deutschland übertragen werden können, so müssen sie dennoch als alarmierend empfunden werden. Zum einen ist davon auszugehen, dass ein nicht unerheblicher Teil dieser Bevölkerungsgruppen zu den ArbeitnehmerInnen gezählt werden kann. Zum anderen können durch dieses Ergebnis vorsichtige Schlussfolgerungen auf nicht gänzlich andere Resultate auch für weitere Teile der Bevölkerung – und damit auch der Beschäftigten – gezogen werden.

Es wird demnach deutlich, dass bereits bei der Beschaffung und Bewertung solcher Informationen, die einen Diskriminierungsverdacht überhaupt erst aufkommen lassen können, erhebliche Hindernisse vorhanden sind. Hinzu kommen Probleme bei der korrekten Bewertung der Informationen beziehungsweise Schwierigkeiten beim Auffinden kompetenter Beratungsangebote. Diese erste Facette des Effektivitätsfaktors Abbau von Zugangsbarrieren zu Gericht lässt daher bereits die Schlussfolgerung zu, dass hiermit durchaus Einfluss auf die Wirksamkeit von Normen ausgeübt werden kann.

bb) Soziale Hemmnisse

Neben Problemen bei der konkreten Informationsbeschaffung und Verarbeitung können sich gerade im Arbeitsrecht einer erfolgreichen Mobilisierung von Beschäftigtenrechten weitere Barrieren in den Weg stellen.⁴¹⁷ Ist ein Diskriminierungsverdacht soweit fortgeschritten, dass nunmehr Klage

414 So etwa: *De Langen/Barendrecht*, in: *Brookings Institution* (Hrsg.), *The state of access*, 2008, S. 250 (253).

415 *European Union Agency for Fundamental Rights*, Erhebung der Europäischen Union zu Minderheiten und Diskriminierung – Bericht über die wichtigsten Ergebnisse, 2009.

416 Aufgearbeitet von: *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 34.

417 Statt vieler: *Baer*, Rechtssoziologie, 2011, S. 219.

C. Rechtssoziologische Ansätze

zu erheben wäre, obliegt diese Entscheidung allein der potenziell diskriminierten Person. Im Arbeitsrecht bedeutet das, dass die ArbeitnehmerInnen gegen ihre eigenen ArbeitgeberInnen Klage erheben müssten. Wann Beschäftigte dies tun, ist am weitreichendsten für Bestandsstreitigkeiten evaluiert worden. Diese sind, wie gesehen, die häufigsten Klagegründe vor den Arbeitsgerichten, mit 50 Prozent der erledigten Klagen in 2011.⁴¹⁸ Dennoch ergab eine WSI-Befragung von 1998 bis 2003 eine Klagequote bei gekündigten ArbeitnehmerInnen von lediglich 15 Prozent.⁴¹⁹ Das Kündigungsschutzrecht möchte grundsätzlich den Bestand des Arbeitsverhältnisses sichern. Im Rahmen des Forschungsprojekts „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis“ haben ArbeitsrichterInnen für das Jahr 2002 geschätzt, wie viele ihrer Verfahren durch welche Erledigungsart beendet wurden. Danach sollen lediglich 11 Prozent der Klagen bezüglich Bestandsstreitigkeiten mit streitigen Urteilen geendet haben, welche über die Wirksamkeit der Kündigung entscheiden und so einen Weiterbeschäftigungsanspruch geben können.⁴²⁰ Nach diesen Angaben wurde in 65 Prozent der Klagen vor den Arbeitsgerichten ein Vergleich geschlossen. In 95 Prozent solcher Vergleiche vor den Arbeitsgerichten wurde die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart.⁴²¹ Die Daten erwecken den Anschein, dass das primäre Ziel vieler gekündigter ArbeitnehmerInnen nicht die Weiterbeschäftigung ist. Diese erscheint ihnen wohl oft als nicht mehr zumutbar.⁴²² Das erklärt auch, warum im Falle einer Kündigung häufiger geklagt wird, als in anderen Bereichen des Arbeitsrechts.⁴²³ Die Sorge erscheint nachvollziehbar, dass eine Klage gegen die eigenen ArbeitgeberInnen das innerbetriebliche Verhältnis stark belas-

418 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.8, 2011, S. 104.

419 Pfarr et al., der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, 2005, S. 58.

420 Höland et al., Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2007, S. 139.

421 Höland et al., Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2007, S. 148.

422 Höland et al., Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2007, S. 85.

423 Kocher, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 41 (43).

ten würde.⁴²⁴ Dies betrifft auch die Angst vor tatsächlichen negativen Folgen für die KlägerInnen.⁴²⁵ Dazu passt die Erkenntnis, dass lediglich ein Prozent aller befristet Beschäftigten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen die Befristung klagen.⁴²⁶ Auch hier scheint eine Tätigkeit bei ArbeitgeberInnen unzumutbar, bei denen eine Weiterbeschäftigung lediglich aufgrund eines gerichtlichen Urteils möglich ist. Diese Problematik ist bei einer Kündigungsschutzklage, in der die Weiterbeschäftigung gar nicht angestrebt wird, nicht gegeben.⁴²⁷

Generell ist in der Rechtssoziologie weithin anerkannt, dass fortlaufende zwischenmenschliche Beziehungen wie eine Ehe, eine fortlaufende Geschäftsbeziehung oder ein Arbeitsverhältnis dazu führen, dass das Recht lediglich als letzte Möglichkeit einer Konfliktbeilegung mobilisiert wird.⁴²⁸ Anders ausgedrückt: je individueller ein Verhältnis zwischen zwei Personen ist, desto größer sind die sozialen Hemmnisse der einen Person, gegen die andere Person gerichtlich vorzugehen.⁴²⁹ Umso mehr muss dies bei Arbeitsverhältnissen gelten. Wie gesehen, sind hier strukturelle Ungleichheiten der Vertragsparteien die Regel. Es kann also davon ausgegangen werden, dass die ArbeitnehmerInnen, welche den schwächeren Part dieser Herrschaftsbeziehung einnehmen, sich kaum ohne Weiteres ihren ArbeitgeberInnen widersetzen werden.⁴³⁰ Viele Beschäftigte scheinen nicht nur die Befürchtung des Arbeitsplatzverlustes zu teilen, sondern auch die Angst, dass sie bei Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund einer rechtlichen Auseinandersetzung mit den ArbeitgeberInnen Probleme haben könnten, eine neue Anstellung zu finden.⁴³¹ Damit kann als ein sozia-

424 Albiston, LSR 2005, 11 (17); vgl. auch: Kania, WSI-Mitteilungen 2005, 596 (598), der die Klage auf Weiterbeschäftigung trotz Kündigung als „lebensfremd“ bezeichnet.

425 European Union Agency for Fundamental Rights, Zugang zur Justiz in Europa - Factsheet, 2011, abrufbar unter: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Factsheet-Access-to-justice_DE.pdf, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013; Kaiser (Hrsg.), *Wir wollen gleiche Löhne!*, 1980, S. 35; Kocher, KJ 2007, 22 (26).

426 Gensicke et al., AuR 2008, 431 (436).

427 Kocher, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, 2008, S. 28.

428 Baer, Rechtssoziologie, 2011, S. 218; Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 1995, S. 26; Griffiths, in: Loenen/Rodrigues (Hrsg.), *Non-Discrimination Law*, 1999, S. 314 (322); Höland, AuR 2010, 452 (457), m.w.N.

429 Baer, Rechtssoziologie, 2011, S. 219.

430 Höland, AuR 2010, 452 (457); Kahn Best et al., LSR 2011, 991 (992).

431 Albiston, LSR 2005, 11 (31); Feldman/Lobel, RG 2008, 165 (181); Gallagher, LSR 2006, 783 (805).

les Hemmnis bei der Durchsetzung des Entgeltgleichheitsanspruchs der Charakter des Arbeitsverhältnisses als ungleiches Dauerschuldverhältnis identifiziert werden.⁴³² Offenbar scheuen sich viele ArbeitnehmerInnen vor einem persönlichen Konflikt mit ihren ArbeitgeberInnen. Diese Annahme wird von einem weiteren empirischen Ergebnis gestützt: Die Klagequote steigt konstant mit der Größe des Betriebs, beziehungsweise mit der damit einhergehender Verringerung der direkten persönlichen Beziehung zwischen Beschäftigten und ArbeitgeberInnen an.⁴³³

Unter diesen Umständen relativiert sich freilich das zunächst recht positive Ergebnis der Studie von *Raasch* und *Rastetter*, dass es in 75 Prozent der von ihnen Befragten Unternehmen keine juristischen Auseinandersetzungen bezüglich des AGG in ihrem Betrieb gab.⁴³⁴ Dies allein kann folglich nicht zu der Annahme führen, die genannten Unternehmen würden nicht gegen Regelungen des AGG verstößen. Aus den oben genannten Gründen ist ebenso denkbar, dass etwaige Verstöße von den Beschäftigten nicht beanstandet werden und bereits aus diesem Grund keine rechtlichen Konsequenzen nach nicht ziehen.

Hinderlich gegenüber gerichtlicher Geltendmachung von Ansprüchen ist auch eine zum Teil vorhandene generelle Skepsis gegenüber gerichtlichen Verfahren, welche auch mit der speziellen juristischen Sprache zusammenhängen mag.⁴³⁵ Darüber hinaus werden die rechtlichen Möglichkeiten häufig zunächst überschätzt, was nach ersten gerichtlichen Erfahrungen nicht selten zu Ernüchterungen bis hin zur völligen Verweigerung rechtlicher Mittel führt.⁴³⁶

Weiterhin wird angenommen, dass die Erwartungen an betriebliche und soziale Reaktionen auf eine Klage, Auswirkungen auf die Frage der Rechtsmobilisierung haben können.⁴³⁷ Insofern geht es auch darum, ob das jeweilige Thema vom Umfeld der infrage stehenden Person als legitim

432 Kocher, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 41 (42).

433 Höland, AuR 2010, 452 (457); Pfarr et al., der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, 2005, S. 59 f.

434 Raasch/Rastetter, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 78 (84).

435 Höland, AuR 2010, 452 (454); Kocher, juridikum, 2012 63 (68); Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 35.

436 Gallagher, LSR 2006, 783 (792).

437 Fuchs, Mit Recht zur Lohngleichheit?, 2009, S. 7; Kaiser (Hrsg.), Wir wollen gleiche Löhne!, 1980, z.B. S. 50; Kocher, juridikum 2012, 63 (68).

angesehen wird.⁴³⁸ *Albiston* geht sogar davon aus, dass Ansichten von FreundInnen und der Familie eine entscheidende Rolle bei der Frage spielen können, wie mit einem arbeitsrechtlichen Konflikt umgegangen werden sollte.⁴³⁹ An diesem Beispiel wird deutlich, dass die Entscheidung, ob ein Anspruch mit rechtlichen Mitteln durchgesetzt wird oder nicht, auch von kulturellen Faktoren abhängt, die mit dem Anspruch oder seinen Durchsetzungsmöglichkeiten an sich gar nichts zu tun haben.⁴⁴⁰ Interessant sind die Feststellungen, die *Fuchs* zum medialen Umgang von geschlechtsspezifischer Diskriminierung am Arbeitsplatz getroffen hat.⁴⁴¹ In Deutschland, so die Autorin, seien die Reaktionen auf entsprechende Klagen überraschend gering gewesen. Vermehrte Aufmerksamkeit wurde ihnen bezeichnenderweise dann gewidmet, wenn ein männlicher Arbeitnehmer gegen eine Quotenregelung geklagt hatte.⁴⁴² Wie die betrieblichen Reaktionen auf eine Entgeltgleichheitsklage ausfallen, unterscheidet sich vermutlich von Betrieb zu Betrieb. Entscheidenden Einfluss könnten hier die Tradition und das betriebliche Klima bezüglich der Konfliktbereitschaft von Beschäftigten haben. Inwieweit eine höhere Konfliktbereitschaft positiv mit bestimmten Branchen korreliert wurde noch nicht umfassend erforscht. Es kann aber angenommen werden, dass eher in solchen Betrieben eine Bereitschaft zu klagen besteht, in denen ein aktiver Betriebsrat vorhanden ist, ein hoher Organisationsgrad besteht und in denen es keine oder wenige negative Klageerfahrungen von KollegInnen gibt.

Pfeifer nimmt an, dass durch die verschiedenen Merkmale, welche Frauen und Männern typischerweise zugeschrieben werden, die Leistungen von Frauen tendenziell abgewertet werden.⁴⁴³ Die mit der Abwertung einhergehenden Stereotype werden von Männern wie Frauen in gleichem Maße antizipiert. Für die vorliegende Arbeit bedeutet diese generelle Abwertung der Leistungen von Frauen, dass gerade Frauen die für Lohnungleichheit mit (vergleichbaren) Männern eintreten, eher mit Unverständnis als mit Zustimmung rechnen müssten. *Sohr* vermutet weiter, dass für

438 *Griffiths*, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (326); *Kocher* juridikum 2012, 63 (68); *Kocher*, in: *Schieck* (Hrsg.), AGG, Vorbem. zu § 13 Rn. 9.

439 *Albiston*, LSR 2005, 11 (26).

440 *Albiston*, LSR 2005, 11 (37); *Gallagher*, LSR 2006, 783 (805).

441 *Fuchs*, Mit Recht zur Lohngleichheit?, 2009, S. 17 f.

442 *Fuchs*, Mit Recht zur Lohngleichheit?, 2009, S. 17 f.; ebenso: *Pfarr/Kocher*, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998, S. 22.

443 *Pfeifer*, Die Akzeptanz von Kündigungen in Deutschland, 2003, S. 46.

Frauen eine gerechte Verteilung der vorhandenen Ressourcen tendenziell dann vorhanden ist, wenn alle Beteiligten in etwa gleich behandelt werden, Männer hingegen tendenziell, wenn nach dem Leistungsprinzip entlohnt wird.⁴⁴⁴ Nimmt man diese Erkenntnisse zusammen, ist zu erwarten, dass gerade männliche Kollegen einer solchen Klage kritisch gegenüberstehen. Ebenso soll die benannte Rollenzuschreibung, in der Frauen den verständnisvollen und zurückhaltenden Part innehaben, dazu führen, dass ein aktives Eintreten für die eigenen Rechte als unweiblich angesehen wird.⁴⁴⁵ Auch die Untersuchung von *Albiston* zu der Frage, wann und warum Beschäftigte ihr Recht auf Freistellung aufgrund familiärer Sorgeverpflichtung einfordern, lassen den Schluss zu, dass traditionelle Rollenbilder häufig immer noch eine entscheidende Rolle spielen.⁴⁴⁶ So würde es nicht selten als unproblematisch angesehen, wenn Frauen nach einer Babypause nicht auf ihren alten Arbeitsplatz zurückkehren können, da ihr Ehemann ja ausreichend für das Familieneinkommen sorgen könne.⁴⁴⁷

Personen, die eine diskriminierende Entlohnung nicht länger hinnehmen wollen, müssten nicht nur der Mut aufbringen, gegen die eigene Rollenzuschreibung aufzugehen. Ebenso kann es passieren, dass mit einer Forderung nach gleicher Entlohnung ein gesamtes Entgeltsystem in Zweifel gezogen wird, welches zuvor von den Tarifvertragsparteien oder auch dem Betriebsrat mit ausgestaltet und befürwortet wurde.⁴⁴⁸ Hier müssten ArbeitnehmerInnen sich also zudem offen gegen die eigene Interessenvertretung stellen.

Die Frage, ob Frauen generell zurückhaltender beim gerichtlichen Einfordern ihrer Rechte sind, war bereits mehrfach Gegenstand rechtssoziologischer Untersuchungen. Signifikante Unterschiede konnten jedoch bis dato nicht festgestellt werden.⁴⁴⁹ Die unterschiedlichen Fallzahlen bei Klagen ließen sich vielmehr darauf zurückführen, dass Frauen in der Regel – aufgrund ihres hohen Anteils im prekären Beschäftigungssektor – weniger

444 Sohr, in: *Struck et al.* (Hrsg.), *Arbeit und Gerechtigkeit*, 2006, S. 71 (72).

445 Fuchs et al., KJ 2009, 253 (256).

446 Ebenso: Kelly, LSR 2010, 33 (53).

447 Albiston, LSR 2005, 11 (30 f.).

448 Fuchs et al., KJ 2009, 253 (256).

449 Blankenburg, in: *Gerhard/Limbach* (Hrsg.), *Rechtsalltag von Frauen*, 1988, S. 143 (153); Höland, in: *Festschrift für Pfarr*, 2010, S. 262 (274); Pfarr/Kocher, *Kollektivverfahren im Arbeitsrecht*, 1998, S. 22 f.

in Situationen kämen, in denen eine Klage lohnenswert erscheine, als Männer.

Auch wenn gegen große Unternehmen, aufgrund geringerer persönlicher Bindungen, häufiger geklagt wird als gegen kleine, so haben Erstere doch einen entscheidenden Vorteil, sowohl gegenüber kleineren Unternehmen als auch gegenüber einzelnen Beschäftigten auf KlägerInnenseite. Sie sind in der Regel daran gewöhnt und entsprechend darauf vorbereitet, mit Gerichten in Berührung zu kommen. *Galanter* bezeichnetet solche Unternehmen dementsprechend als repeat player, welchen oft Parteien gegenüber stehen, die keine oder kaum Erfahrung mit gerichtlichen Prozessen haben, so genannte one-shotter.⁴⁵⁰ Repeat player haben nicht nur mehr Erfahrung mit rechtlichen Sachverhalten, sie verfügen auch über weitaus mehr Ressourcen als die Beschäftigten.⁴⁵¹ Die bereits erwähnten Besonderheiten in der juristischen Sprache sind dabei nur ein Aspekt am Rande. Diese Vorteile führen laut *Hirsh* dazu, dass repeat player überdurchschnittlich oft einen für sie negativen Verfahrensausgang vermeiden können.⁴⁵² Damit wird deutlich, dass ein nicht unbeachtliches Problem bei der Überlegung, ob gegen eine benachteiligte Entlohnung gerichtlich vorgegangen werden sollte, in dem erheblichen Ungleichgewicht der Parteien während des Prozesses liegt.

Es konnten mehrere soziale Hemmnisse identifiziert werden, welche die Effektivität einer Norm im Allgemeinen und des Entgeltgleichheitsgrundsatzes der Geschlechter im Besonderen beeinflussen können. Diese finden sich zumeist in zwischenmenschlichen Interaktionen im betrieblichen oder persönlichen Bereich der potenziell diskriminierten Person.

cc) Prozessuale Hemmnisse

Schließlich dürfte, wie bei den meisten gerichtlichen Verfahren, auch im Arbeitsrecht ein Grund für die Differenz zwischen dem Vorliegen und dem Durchsetzen eines Rechtsanspruchs im Kosten- und Zeitaspekt zu finden sein, den eine Klage üblicherweise mit sich bringt.⁴⁵³ Im Jahre 2011 galt immerhin für knapp 36 Prozent aller „übrigen Verfahren“ (keine

450 *Galanter*, LSR 1974, 95 (97).

451 *Hirsh*, LSR 2008, 239 (248 f.).

452 *Hirsh*, LSR 2008, 239 (263 f.).

453 Ebenso: *Fredman*, EuZADR 2008, 49 (50).

Bestandsstreitigkeiten) eine Verfahrensdauer von länger als drei Monaten. 7.860 der „übrigen Verfahren“ wurden erst nach mehr als zwölf Monaten erledigt.⁴⁵⁴ Zwar liegen arbeitsrechtliche Streitigkeiten damit im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten, beispielsweise dem Sozialrecht, zum Teil deutlich unter dem Durchschnitt. Die in dieser Zeit aufzubringenden psychischen Belastungen dürften aber auch in diesen Zeiträumen, gerade bei Streitigkeiten mit den ArbeitgeberInnen – aufgrund der aufgezeigten persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der Beschäftigten – erheblich sein.⁴⁵⁵ Auch die Angst vor unverhältnismäßig hohen Kosten, die mit einem Rechtsstreit einhergehen können, kann abschreckend auf ArbeitnehmerInnen wirken.⁴⁵⁶ Der Beschluss des *BVerfG* von 2012, nachdem die Kosten eines Rechtsstreits keine faktische rechtsschutzhemmende Wirkung haben dürfen, hilft hier nur unzureichend ab.⁴⁵⁷ In einer Untersuchung aus dem Jahre 2008 gaben 32 Prozent der Befragten an, dass die monetären Kosten ein wichtiger Grund gewesen seien, in einer bestimmten Situation keine AnwältInnen einzuschalten.⁴⁵⁸ Tatsächliche Konsequenzen lassen sich den allgemein gehaltenen Formulierungen kaum entnehmen. Bei Entgeltgleichheitsfragen spielt häufig die Gleichwertigkeit der Arbeit und/oder Diskriminierungen in komplexen Entgeltsystemen eine entscheidende Rolle. Da es sich hierbei um Fragen handelt, die oft nur von ExpertInnen zutreffend beantwortet werden können, ist die Erstellung von kostenintensiven Gutachten nicht selten unumgänglich.⁴⁵⁹ Im arbeitsgerichtlichen Verfahren kommt hinzu, dass gem. § 12a I, 1 ArbGG die Anwaltskosten sowie eventuelle Entschädigungen wegen Zeitversäumnis in der ersten Instanz von jeder Partei selbst getragen werden müssen. Die Bewertung dieser Regelung ist jedoch ambivalent. Grundsätzlich dient die Norm dazu, die Beschäftigten vor unverhältnismäßig hohen Anwalts-

454 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.8, 2011, S. 104.

455 So auch: Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 35; Röhl, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 413 (430).

456 Fuchs, Mit Recht zur Lohngleichheit?, 2009, S. 5; Griffiths, in: Loenen/Rodrigues (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (325); Kocher, juridikum 2012, 63 (6); Kocher, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, 2008, S. 22; Röhl, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 413 (430.).

457 *BVerfG*, Beschl. V. 01.12.2010 – 1 BvR 1682/07 = NZA 2011, 354 (355).

458 Vgl.: Baer, Rechtssoziologie, 2011, S. 218.

459 Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998, S. 23.

kosten der Gegenseite zu bewahren.⁴⁶⁰ Damit ist sie zunächst einmal als Schutzvorschrift für die Beschäftigten anzusehen. Auf der anderen Seite kann sie die monetären Anreize einer Klage für die Beschäftigten reaktivieren, denn ohne Hilfe von Dritten (Gewerkschaft, Rechtsschutzversicherung, Prozesskostenhilfe) können die Kosten des Rechtsstreits auch im Falle des Obsiegens erheblich sein. Nicht nur Dauer und Kosten sind vor Beginn des Prozesses häufig schwer kalkulierbar. Nach einem Vergleich von *Höland* ist der Ausgang von Verfahren, die mit einem Urteil oder einem Beschluss enden, extrem ungewiss.⁴⁶¹ Insbesondere Opfer von Diskriminierungen wären sich ihrer Rechte aus dem AGG teilweise gar nicht bewusst. Im Falle der Entgeltdiskriminierungsklagen aufgrund des Geschlechts ist weiterhin zu bedenken, dass das Prozessrisiko bei Eingruppierungsklagen, insbesondere gegen ganze Entgeltsysteme, höher ist als gewöhnlich.

Auch die Anwendung des § 22 AGG ist mit Unklarheiten verbunden, welche sich hemmend auf die Klagebereitschaft von potenziell Diskriminierten auswirken kann. Der § 22 AGG soll die Beweislast für die KlägerInnen eines Antidiskriminierungsprozesses erleichtern. Damit trägt er also grundsätzlich zu einer Besserstellung der Beschäftigten im Prozess bei.⁴⁶²

Als letzter Unterpunkt des Effektivitätsfaktors Abbau von Zugangsbarrieren zu Gericht konnten prozessuale Hindernisse ausgemacht werden. Es konnte gezeigt werden, dass deren Vorhandensein einen negativen Einfluss auf die Effektivität einer Norm – genauer, eines Anspruchs – haben kann. Ebenso scheinen gewisse Hindernisse in Normen selbst vorhanden sind. Insofern gilt die Anmerkung *Baers* für Entgeltgleichheitsansprüche der Geschlechter als Teil des Arbeits- und Antidiskriminierungsrechts in besonderem Maße: „(...) rechtliche Regelungen verteilen Mobilisierungskosten ungleich.“⁴⁶³

460 *Kalb*, in: HWK, § 12a ArbGG Rn. 1.

461 *Höland*, ZfR 2009, 23 (38).

462 Siehe hierzu ausführlich unter: D. I. 3.

463 *Baer*, Rechtssoziologie, 2011, S. 218.

C. Rechtssoziologische Ansätze

dd) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente

Zweifelsohne hat der Effektivitätsfaktor Information einen erheblichen Einfluss auf die Informationsdefizite, welche einen Teil der Zugangsbarrieren zu Gericht darstellen. Sind alle Betroffenen ausreichend über die Norm und ihre Rahmenbedingungen informiert, werden einzelne ArbeitnehmerInnen gezielter nach Angaben über Entgelte in ihrem Betrieb suchen können. Zudem könnten auch die Reaktionen der Umwelt durch größeres Verständnis positiver ausfallen. Insofern ist auch das Rechtsbewusstsein beider AdressatInnengruppen von Bedeutung.⁴⁶⁴ Auch kann die Verständlichkeit von Gesetzen dazu beitragen, dass Informationsdefizite verringert und insgesamt dem Misstrauen gegenüber staatlichen Regelungen, beziehungsweise einer komplizierten juristischen Fachsprache entgegengewirkt wird. Als eine Barriere auf dem Weg zur Mobilisierung des Rechts konnte insbesondere bei Diskriminierungen die Gefahr des Nichterkennens einer Benachteiligung identifiziert werden. Ein höheres Maß an Sensibilisierung der ArbeitnehmerInnen könnte dieses Problem verringern.

Die Zugangsbarrieren zu Gericht können bei den ArbeitnehmerInnen die persönlichen Kosten erhöhen. Stehen diese jedoch einem weitaus höheren Nutzen gegenüber, so kann auch der an sich negative Einfluss der Zugangsbarrieren eine Mobilisierung des Rechts nicht verhindern.

ee) Zwischenfazit

Die verschiedenen untersuchten Hemmnisse haben sich auf institutioneller Ebene als einflussreiche Zugangsbarrieren zu Gericht herausgestellt. Damit beeinflussen sie direkt die Effektivitätswahrscheinlichkeit von Normen. Ohne die Kenntnis der tatbestandsbegründenden Voraussetzungen von Normen kann bereits der erste Schritt zu einer Inanspruchnahme von Vorschriften nicht gelingen. Auch ist erforderlich, dass der Sachverhalt zumindest im Ansatz korrekt unter die Norm subsumiert wird. Dies scheint bei Ansprüchen aufgrund von Diskriminierungen selbst unter JuristInnen immer noch vergleichsweise selten zu geschehen. Ein weiteres großes Problem stellt der soziale Kontext dar, in welchem Klagen erhoben

464 Kocher, juridikum 2012, 63 (67 ff.).

werden müssten. Geht es nämlich wie vorliegend um Entgeltungleichheitsklagen, müssten Beschäftigte in ihrem bestehenden Arbeitsverhältnis gegen ihre eigenen ArbeitgeberInnen klagen. Es konnte nachgewiesen werden, dass sie dies erwartungsgemäß kaum tun. Schließlich sind als institutionelle Barriere prozessuale Gegebenheiten von Bedeutung. Klagen sind in aller Regel zeit- und kostenintensiv. Wenn dies bei Klagen vor den Arbeitsgerichten auch in vergleichsweise geringem Maße der Fall ist, so müssen diese Posten dennoch bei möglichen Zugangsbarrieren zu Gericht mitkalkuliert werden.

g) Kreis der Adressierten und Art der zu regelnden Materie

Ob die bisher besprochenen Effektivitätsfaktoren wirksam eingesetzt werden können, hängt stark davon ab, für wen die Gesetze, denen sie zu höherer Effektivität verhelfen sollen, in erster Linie gedacht sind und um was für Vorschriften es sich inhaltlich handelt. Damit liegt die Vermutung nahe, dass solche Normen besonders wirksam sind, die sowohl auf ihren besonderen AdressatInnenkreis als auch auf den von ihnen zu regelnden Inhalt speziell angepasst sind. Diesen beiden Aspekten soll hier noch einmal besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Kann die Wirkung von Vorschriften dadurch erhöht werden, dass bei der Normgebung die Besonderheiten hinsichtlich AdressatInnen und Art der Materie wahrgenommen und berücksichtigt werden?

In den Modellen von *Opp*, *Diekmann* und *Rottlenthner* werden diese möglichen Variablen lediglich bei dem Modell zur Befolgung von Gesetzen, und dort als „Anzeigeneigung“, beziehungsweise „Privatheit der Übertretungssituation“ erwähnt.⁴⁶⁵

Wer die AdressatInnen einer Rechtsnorm sein können, wurde bereits erörtert.⁴⁶⁶ Mit der Art der zu regelnden Materie ist einmal die bereits angesprochene soziale Stellung, der in der Norm festgelegten Werte gemeint. Es geht aber auch um die Materie im technischen Sinne, also beispielsweise darum, ob es sich um eher prozessuale oder materiell-rechtliche Vorschriften handelt.

465 Siehe oben unter: C. III. 2. a) aa) (2), C. III. 2. a) aa) (3).

466 Siehe oben unter: C. II. 6.

Die Aspekte Kreis der Adressierten und Art der zu regelnden Materie, stellen, im Gegensatz zu den zuvor untersuchten Faktoren, nicht auf die NormadressatInnen ab. Hier geht es nicht darum, dass die AdressatInnen einer bestimmten Norm informiert werden, Rechtsbewusstsein entwickeln oder das Gesetz verstehen können. Sie sind damit gerade nicht Zielgruppe, sondern Untersuchungsgegenstand. Die hier zu untersuchenden Aspekte richten sich vielmehr direkt und ausschließlich an den Gesetzgeber.

aa) Die Art der zu regelnden Materie

Griffiths führt aus, dass die besonderen Begebenheiten, auf die eine Norm Einfluss ausüben soll, noch immer zu wenig von dem Gesetzgeber berücksichtigt werden.⁴⁶⁷ Dies sei aber eine der wichtigsten Voraussetzungen, um die Effektivität einer Norm zu fördern. Weiter *Höland* geht davon aus, dass unterschiedliche Verfahrensabläufe bei den verschiedenen Gerichten unterschiedlich stark ausgeprägte Zugangsbarrieren zu Gericht hervorrufen.⁴⁶⁸

In diesem Zusammenhang muss auf die Ansicht einiger WissenschaftlerInnen hingewiesen werden: Es wird angenommen, dass Gesetze vorwiegend für solche Personen gemacht werden, die sich in Machtpositionen befinden.⁴⁶⁹ In der Vergangenheit waren dies in der Regel weiße Männer aus der Mittelschicht. Bei unveränderten Machtverhältnissen wäre also nicht zu erwarten, dass einer Regelung besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird, in welcher es um Rechte des weiblichen Teils der Bevölkerung geht. Aufgrund der steigenden Anzahl von Frauen in Machtpositionen könnte sich hieran jedoch perspektivisch etwas ändern. Gewinnen Frauen also mehr ökonomischen und politischen Einfluss, besteht die Möglichkeit, dass sie auch mit für sie relevanten rechtlichen Belangen gehört werden.⁴⁷⁰ So könnte die zu regelnde Materie der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern an Bedeutung gewinnen.

Bei den zu untersuchenden Normen handelt es sich um Vorschriften über geschlechtliche Gleichstellung beziehungsweise Antidiskriminierung

⁴⁶⁷ *Griffiths*, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (329 f.).

⁴⁶⁸ *Höland*, AuR 2010, 452 (453).

⁴⁶⁹ *McMahon-Howard*, LSR 2011, 401 (407), m.w.N.

⁴⁷⁰ *McMahon-Howard*, LSR 2011, 401 (408).

und solche über die Entlohnung von Erwerbsarbeit. Wie bereits bei den Informationsdefiziten im Rahmen des Abbaus der Zugangsbarrieren zu Gericht erörtert, vermutet auch *Klose*, dass generell eine Schwierigkeit in der Durchsetzung von Antidiskriminierungsvorschriften darin besteht, dass Benachteiligungen oft „unsichtbar“ seien.⁴⁷¹ Werden die wahren Gründe für eine Schlechterstellung überhaupt offen genannt, so erfolgt dies in der Regel ohne ZeugInnen. Das führe dazu, dass es bei dieser Materie eine relativ geringe Aufklärungsquote gebe, wodurch ein niedrigerer Grad an Befolgung vermutet werden könne. An dieser Stelle wird vom Autor angemerkt, dass das AGG auf diese offensichtliche Schwierigkeit mit einer in § 22 geregelten Beweislastumkehr reagiert. Die Diskriminierung von Frauen ist ein Thema, welches in der Bevölkerung – wie gesehen – nicht oberste Priorität im Rahmen der verschiedenen geschützten Gruppen des AGG genießt.⁴⁷² Als im Rahmen der ADS-Studie 2008 nach der spontanen Nennung der vom AGG geschützten Gruppen gefragt wurde, bestätigte sich dies erneut. Am häufigsten wurden Behinderung, Alter und bei dieser Fragestellung zusätzlich noch Rasse/Herkunft genannt. Das Geschlecht wurde in lediglich 13 Prozent der spontanen Nennungen erwähnt.⁴⁷³ Die zu regelnde Materie mit, welcher sich die vorliegende Arbeit befasst, muss damit zumindest als eine angesehene werden, die keine allzu große Aufmerksamkeit in der Bevölkerung genießt.

Um gleichstellungspolitischen Maßnahmen, respektive Gesetzen, Wirksamkeit zu verleihen, könnte es also hilfreich sein, wenn die Materie, mit der sich die Vorschriften befassen, von den Adressierten als bisher unzureichend geregelt angesehen würde.⁴⁷⁴ Obwohl der Grundsatz „durch Gestaltung der politischen Rahmenbedingungen mehr Gerechtigkeit“⁴⁷⁵ in der Bevölkerung herzustellen, von der ganz großen Mehrheit der befragten Personen befürwortet wird, stoßen politische beziehungsweise rechtliche Maßnahmen von Antidiskriminierung bestimmter Gruppen insgesamt auf wenig Anklang. 86 Prozent der Befragten stimmten der Aussage zu: „Antidiskriminierung lässt sich von der Politik nicht verordnen, sondern muss von den Menschen selbst kommen.“⁴⁷⁶ Speziell für Antidiskriminierungs-

471 *Klose*, in: *Cottier et al.* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010, S. 347 (361).

472 Siehe oben unter: C. III. 3. b) aa).

473 *Flaig*, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 49.

474 Siehe bereits oben unter: C. III. 3. b).

475 *Flaig*, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 99.

476 *Flaig*, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 99.

maßnahmen von Frauen ergab sich folgendes Meinungsbild: Laut ADS-Studie stimmten 13 Prozent der Aussage zu „Dafür [für Frauen] sollte mehr getan werden“, 12 Prozent waren der Ansicht „Dafür sollte weniger getan werden“ und weitere 30 Prozent meinten „Dafür sollte nichts getan werden“.⁴⁷⁷ Andererseits ist, wie oben aufgezeigt, die Akzeptanz in der Bevölkerung für Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern enorm groß.⁴⁷⁸ Die zu regelnde Materie „Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen“ vereint demnach zwei Gebiete, die in unterschiedlich starkem Maße als problematisch und veränderungswürdig angesehen werden. Ebenso wurde deutlich, dass sich diese Materie, beziehungsweise ihre Durchsetzungsmechanismen de lege lata, kaum für eine effektive Rechtsmobilisierung eignen. Ein Teil der Erklärung liegt offensichtlich in dem spezifischen Thema der Entgeltgleichheit der Geschlechter begründet.

Um die Materie der Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts als ArbeitnehmerIn einschätzen zu können, ist es in der Regel wichtig, dass von der ArbeitgeberInnenseite zunächst gewisse Informationen preisgegeben werden.⁴⁷⁹ Das bedeutet bei jetziger Rechtslage, die Beschäftigten müssen aktiv werden und von den ArbeitgeberInnen Informationen verlangen. Um dieses Verlangen rechtfertigen zu können, muss sich hierbei dann unter Umständen negativ über das Verhalten von unmittelbaren Vorgesetzten (bezüglich der Arbeitsbewertung, Eingruppierung, dem Verteilen von Sonderzulagen et cetera) geäußert werden. In diesem Zusammenhang haben *Feldman* und *Lobel* untersucht, unter welchen Umständen Beschäftigte negatives Verhalten ihrer KollegInnen bei der Unternehmensleitung melden. Es zeigte sich eine Tendenz, dass Fehlverhalten von Beschäftigten auf niedrigeren Hierarchiestufen häufiger angezeigt wurde als solches von Beschäftigten auf höheren Posten.⁴⁸⁰ Weiterhin besteht ein größeres Hemmnis, Fehlverhalten anzudeuten, die weitreichende Folgen für das Unternehmen haben könnten.⁴⁸¹ Solche müssten jedoch bei dem geäußerten Verdacht auf strukturell diskriminierende Bezahlung wohl angenommen werden. Für die der Arbeit zugrunde liegende Thematik kann hieraus der Schluss gezogen werden, dass die Wahrscheinlichkeit, dass Beschäftigte das Fehlverhalten ihrer Vorgesetzten bezüglich potenziellen

477 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 50.

478 Siehe bereits oben unter: C. III. 3. c) aa).

479 Siehe hierzu ausführlich unter: D. I.

480 Feldman/Lobel, RG 2008, 165 (171).

481 Feldman/Lobel, RG 2008, 165 (180).

Diskriminierungen bei der Unternehmensleitung zum Thema machen würden, gering ist.

Aubert konnte in seiner Studie zur Wirksamkeit des Hausangestellten gesetzes in Norwegen als eine Ursache der Unwirksamkeit den zu regelnden Gegenstand der Vorschriften ausmachen. Das Gesetz sollte die Beziehungen zwischen den Hausfrauen und den im Haushalt der Hausfrauen lebenden Hausangestellten regeln, einen Lebensbereich also, welcher als sehr privat angesehen wurde. Wie *Opp et al.*, vermutet auch *Aubert*, dass der Grad der Intimität der Lebenssituation negativ mit der Gesetzeswirksamkeit zusammenhängt.⁴⁸² Das bedeutet, dass die Wirksamkeitswahrscheinlichkeit eines Gesetzes umso mehr sinkt, je intimer die Lebenssituation ist, die es regeln soll. Über die Höhe des eigenen Entgelts wird in Deutschland immer noch sehr wenig gesprochen. Obwohl eine Verschwiegenheitsverpflichtung bezüglich des Gehalts in Arbeitsverträgen spätestens seit dem Urteil des *Landgerichts Mecklenburg-Vorpommern* von 2009 ausdrücklich unwirksam ist,⁴⁸³ herrscht oft noch eine Kultur der Geheimhaltung zwischen KollegInnen und Bekannten vor.⁴⁸⁴

bb) Der Kreis der generell Adressierten

In der adressatInnenbewussten Durchsetzung sieht auch *Ryffel* eine grundlegende Wirksamkeitsbedingung von Normen.⁴⁸⁵ *Griffiths* warnt gerade bei Vorschriften, welche für „die ArbeiterInnen“ erlassen werden, vor zu großen Generalisierungen.⁴⁸⁶ Stattdessen setze eine wirksame Implementierung von Recht voraus, sich mit den Besonderheiten dieser sozialen

482 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (292); siehe bereits oben unter: C. III. 2. a) aa) (3).

483 *LAG Mecklenburg-Vorpommern*, 21.10.2009 - 2 Sa 237/09, abrufbar bei beckonline unter: BeckRS 2010, 74409; *Winter*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 1 Rn. 493.

484 Vgl. zum Beispiel: *Bax*, Tabuthema Gehalt: darüber sprechen oder nicht?, 31.03.2011, abrufbar unter: <http://www.bildungxperten.net/job-karriere/tabutHEMA-gehalt-darueber-sprechen-oder-nicht/>, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

485 *Ryffel*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 225 (235); Ebenso: *Krüger*, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 57; *Parson*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 121 (123).

486 *Griffiths*, in: *Loenen/Rodrigues* (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999, S. 314 (327).

Gruppe auseinanderzusetzen. Die AutorInnen der ADS-Studie kamen zu dem Schluss, dass Antidiskriminierungsmaßnahmen dann eher akzeptiert werden, wenn die Diskriminierten als unverschuldet benachteiligt und als Teil des eigenen Sozialverbands angesehen werden.⁴⁸⁷ Die Bedingung, die Diskriminierten müssten unverschuldet in die diskriminierende Lage gekommen sein, muss als innere Einstellung der Mehrzahl der Bevölkerung angezweifelt werden. Grund hierfür ist unter anderem die von 53 Prozent der Befragten getätigte Aussage, Frauen seien selbst für ihre Gleichbehandlung zuständig.⁴⁸⁸ Damit einher geht die Annahme, dass Frauen auch fähig sind, sich gegen etwaige Diskriminierungen zur Wehr zu setzen und dass sie, wenn sie dies nicht tun, gewisser Maßen selbst für ihre Lage verantwortlich sind. Sonst würden (wie dies für „Behinderte“ in 80 Prozent angenommen wurde) staatliche Einrichtungen als primär zuständig angesehen werden. Da aber offensichtlich über die Hälfte der Befragten der Meinung sind, Frauen könnten, und sollten, sich bei Benachteiligungen selbst helfen, kann weiter angenommen werden, dass diskriminierte Frauen eher selten zu der Gruppe von unverschuldet Benachteiligten gezählt werden. Sie könnten der Diskriminierung ja selbst abhelfen. Es erscheint des Weiteren fraglich, inwieweit sich die verschiedenen besonderen Adressiertengruppen von Normen zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit der Geschlechter untereinander als Teil eines Sozialverbandes ansehen. Bereits zweifelhaft ist, ob sich alle beim Entgelt diskriminierten Frauen als einem Sozialverband angehörig angesehen. So kann die Vermutung aufgestellt werden, dass Frauen in prekären Beschäftigungsverhältnissen kaum im Sinn haben, sich mit Frauen zu solidarisieren, die unverdienterweise lediglich nach Maßstäben der zweiten Führungsriege entlohnt werden, anstatt nach Maßstäben der Ersten. Jedenfalls, wenn größere soziale Unterschiede zwischen diesen Gruppen bestehen (die gut verdienende Personalleiterin und die ungelernte Reinigungskraft), wird ein gemeinsamer Sozialverbund wohl nicht anzunehmen sein. Geht man von der Richtigkeit der Schlüsse aus der ADS-Studie aus, so könnte nicht ohne Weiteres mit einer Akzeptanz von Vorschriften gerechnet werden, welche die Geschlechtergleichstellung im Bereich der Entlohnung fördern sollen.

487 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 90. .

488 Siehe bereits oben, Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 100.

cc) Der Kreis der besonders Adressierten der ArbeitgeberInnen

Welche Stellung die zu regelnde Materie der vorliegenden Arbeit – Vorschriften zur Durchsetzung von Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern – unter den besonders Adressierten der ArbeitgeberInnen einnimmt, wurde in den untersuchten Studien nicht explizit erfragt. Es muss daher auf die Ergebnisse aus dem Bereich des allgemeinen Arbeitsrechts zurückgegriffen werden. In diesem Zusammenhang kann auf die obigen Angaben über ArbeitgeberInnen verwiesen werden.⁴⁸⁹ Herausgestellt sei hier jedoch noch einmal die hohe Akzeptanz und Wertschätzung, die die ArbeitgeberInnen dem Arbeitsrecht erweisen.⁴⁹⁰

Um zu ermitteln, wie die ArbeitgeberInnen zum Arbeitsrecht im Allgemeinen stehen, ist die Studie von *Schlese* und *Schramm* hilfreich. *Schlese* und *Schramm* konnten unter den untersuchten Personalverantwortlichen zwei unterschiedliche Typen im Umgang mit dem Arbeitsrecht ausmachen: den Situativen und den Strategen.⁴⁹¹ Ersterer prüft das Arbeitsrecht in der Regel nur aufgrund einer konkreten Problemstellung. Dementsprechend wird tendenziell weniger auf die stete Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften geachtet. Der situative Typ taucht eher in kleinen Betrieben, oft ohne Betriebsrat auf. Auch sind in diesen Betrieben die relativen Personalkosten eher höher. Da dem Arbeitsrecht generell weniger Beachtung geschenkt wird, kommt es im Anwendungsfall häufiger zu Komplikationen. Vom Profil her ist der situative Typ ein älterer Mann. Dem Strategen sind nach diesem Modell die gegensätzlichen Attribute zugeordnet: Er geht eher strategisch und vorausschauend mit dem Arbeitsrecht um. Das Arbeitsrecht wird sogar als Instrument der Personalführung gesehen und entsprechend genutzt. Der strategische Typ ist eher in größeren Betrieben anzutreffen, in denen ein Betriebsrat vorhanden ist. Die relativen Personalkosten sind hier niedriger. Auch das persönliche Profil des strategischen Typs, eher weiblich und jung, ist dem des Situativen entgegengesetzt. Die beiden Gruppen von Typen im Umgang mit dem Arbeitsrecht sind in der Analyse von *Schlese* und *Schramm* ungefähr gleich groß. An dieser Auswertung wird einmal mehr deutlich, dass sich selbst die zah-

489 Siehe oben unter: C. III. 3. b) aa), C. III. 3. c) bb).

490 *Bradtko-Hellthaler*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, 2008, S. 117 (134).

491 *Schlese/Schramm*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, 2008, S. 317 (347 ff.).

C. Rechtssoziologische Ansätze

lenmäßig vergleichsweise kleine Gruppe der ArbeitgeberInnen nicht homogen darstellt.

dd) Der Kreis der besonders Adressierten der ArbeitnehmerInnen

In seiner Studie zum Hausangestelltengesetz konnte *Aubert* die Nichtbeachtung der besonderen Belange der diskriminierten Gruppe, ebenso wie die in der Norm zu regelnde Lebenssituation als einen entscheidenden Faktor für die spätere Unwirksamkeit des Hausangestelltengesetzes identifizieren.⁴⁹² Das Gesetz sah vor, dass die Hausangestellten selbst Strafanzeige gegen ihre ArbeitgeberInnen stellen, ein Gerichtsverfahren während ihres bestehenden Arbeitsverhältnisses durchführen und danach weiter bei ihren ArbeitgeberInnen arbeiten sollten. *Aubert* merkte an dieser Stelle an, dass es dem Gesetzgeber hätte klar sein müssen, dass sich dies als inakzeptable Lösung für die zumeist unorganisierten Hausangestellten darstellte, die aufgrund ihrer Herkunft kaum mit dem Recht zu tun hatten.⁴⁹³ Die Behandlung der Angestellten und Hausfrauen als egalitäre PartnerInnen durch den Gesetzgeber schien *Aubert* dabei umso erstaunlicher, da es sich bei der zu regelnden Lage um eine Situation aus dem Sozial- und Arbeitsrecht handelte. Hier werde – anders als in den meisten Bereichen des Privatrechts – eine Partei regelmäßig als schützenswerter angesehen.⁴⁹⁴

Die kritischen Anmerkungen *Auberts* lassen sich ohne Weiteres auf die Problemstellung, dieser Arbeit übertragen. Auch die jetzige Rechtslage sieht vor, dass die beim Entgelt benachteiligte Person innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses individuell gegen ihre ArbeitgeberInnen klagt.⁴⁹⁵ Dass auch in Deutschland das Arbeitsrecht in erster Linie eine Schutzfunktion für ArbeitnehmerInnen erfüllen soll, wurde bereits erläutert.⁴⁹⁶ Dies gilt umso mehr für das Antidiskriminierungsrecht. Die gegenwärtige Situation der ArbeitnehmerInnen im Antidiskriminierungsrecht weist dieselben Schwachstellen bei der Gesetzesdurchsetzung auf, welche

492 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (292 ff.).

493 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (292, 297).

494 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (297).

495 Siehe oben unter: C: III. 3. f) bb).

496 Siehe oben unter: C. I.

Aubert bereits vor 50 Jahren als maßgebliche Unwirksamkeitsgründe identifizieren konnte. Einige dieser Schwachstellen zeigen sich deutlich in den Zugangsbarrieren zu Gericht, die speziell für ArbeitnehmerInnen bei der Abwehr von Benachteiligungen identifiziert werden konnten.⁴⁹⁷

In der Studie von *Feldman* und *Lobel* zeigten sich geschlechtsspezifische Unterschiede bei der Frage, ob Fehlverhalten anderer Beschäftigter intern oder extern gemeldet wurde. So zeigten Frauen negative Handlungen von KollegInnen eher extern an, während Männer dies vermehrt intern taten. Die Autoren vermuteten einen Grund hierfür in einer schwächeren Stellung von Frauen in Unternehmen, welche einer Stellung von Außenseiterinnen ähnelte.⁴⁹⁸ Wird also, wie soeben aufgezeigt, davon ausgegangen, dass eine Vorstufe zur Durchsetzung von Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen das interne Herantreten an Vorgesetzte oder die Unternehmensleitung ist, um eben diese der diskriminierenden Handlungen zu verdächtigen, so kann aufgrund dieser Ergebnisse nicht davon ausgegangen werden, dass Frauen vermehrt diesen Weg einschlagen.

Als weitere Ursache der Ineffizienz des Gesetzes beschrieb *Aubert* die Tatsache, dass die bisher benachteiligten Hausangestellten ihre Beschwerden nicht ohne Rechtshilfe durchsetzen konnten. Gerade diese besonderen AdressatInnen nahmen diese Optionen aber erwartungsgemäß (*Aubert* vermutete dies aufgrund ihrer häufigen Zugehörigkeit zu bildungsfernen Schichten) kaum in Anspruch.⁴⁹⁹ Auch die Gesetzessprache sei nicht angemessen auf die besonderen AdressatInnen des Gesetzes angepasst gewesen, was ebenfalls einen negativen Einfluss auf seine Wirksamkeit hatte.⁵⁰⁰ Wie festgestellt, ist dies auch heute noch ein Teil des Mobilisierungsproblems beim Entgeltgleichheitsanspruch der Geschlechter.

Nicht selten wird in Gesetzen ein bestimmtes Verhalten der AdressatInnen antizipiert. Dies kann folglich nur dann wirksam geschehen, wenn der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung auch den konkreten AdressatInnenkreis vor Augen hat. Möchte er Vorschriften entwerfen, welche diskriminierte Personen in Anspruch nehmen sollen, sollte er sich nicht von einem typischen Verhaltensmuster von den BürgerInnen der Bundesrepublik leiten

497 Siehe oben unter: C. III. 3. f).

498 *Feldman/Lobel*, RG 2008, 165 (179).

499 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (301).

500 *Aubert*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialen, 1967, S. 284 (294 ff.).

lassen. Vielmehr müssten sie gerade der Verhaltensweisen der Diskriminierten besondere Aufmerksamkeit schenken.⁵⁰¹ Probleme bei der adressatInnenbewussten Normgebung könnte es aufgrund fehlender Homogenität bei den besonderen NormadressatInnen der ArbeitnehmerInnen geben. Hiermit ist jede potenziell aufgrund des Geschlechts diskriminierte Person mit ArbeitnehmerInnenstatus gemeint. Da hiervon mitnichten ausschließlich Frauen betroffen sind, sondern beispielsweise auch Männer in „typischen Frauenberufen“, handelt es sich um einen AdressatInnenkreis von über 30 Mio. Menschen.⁵⁰²

Zu den besonders Adressierten auf Beschäftigtenseite zählen schließlich auch „Dritte“, beispielsweise Verbände, welche gegen Diskriminierungen ankämpfen. Bei Verbänden oder Gewerkschaften handelt es sich aus ökonomischer Sicht um Makrosysteme. Auf Makrosysteme als Normadressaten sei, so *Helmrich*, die Gesetzgebung aber nicht ausreichend eingestellt. Vielmehr richte sie ihre Vorschriften immer noch primär an Einzelpersonen.⁵⁰³ *Barnes* und *Burke* kommen aufgrund ihrer Befragung von zehn Organisationen bezüglich Zugangsrechten von Menschen mit körperlichen Einschränkungen zu dem Schluss, dass obwohl alle Institutionen das gleiche Gesetz anwenden, die verschiedenen Organisationen sehr unterschiedlich mit den Normen umgehen.⁵⁰⁴ Die Größe der Organisationen war dabei nur eine Variable.⁵⁰⁵ Konsequenz hieraus ist unter anderem, das bei Vorschriften, die sich an solche Makrosysteme richten, stets genau geschaut werden muss, um was für Systeme es sich handelt, und welche Besonderheiten dort vorliegen.

ee) Einfluss anderer Faktoren und Instrumente

Die Frage nach anderen Faktoren oder Instrumenten, die die Wirksamkeit der Variablen beeinflussen könnten, ist hier schwierig zu beantworten. Der Kreis der Adressierten und die Art der zu regelnden Materie sind bei-

501 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 116.

502 *Schmidt/Worobiej*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008, S. 53 (56).

503 *Helmrich*, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 515 (517).

504 *Barnes/Burke*, LSR 2012, 167.

505 *Barnes/Burke*, LSR 2012, 167 (186).

spielsweise nicht durch die Gesetzessprache beeinflussbar. Vielmehr müssen alle anderen Faktoren und Instrumente an diese Begebenheiten angepasst werden. Da die Besonderheiten verschiedener AdressatInnen und Lebenssituationen, wie festgestellt, mitunter entscheidenden Einfluss auf die Wirksamkeit der Vorschriften haben, sollten diese beiden Faktoren stets mit-, beziehungsweise vorweg gedacht werden, wenn es um die Entwicklung und Bewertung effektiver Gesetzesvorhaben geht.

ff) Zwischenfazit

Je stärker eine Norm an die Personen angepasst ist, für welchen sie schwerpunktmäßig erlassen worden ist, desto stärker steigt die Chance, dass die Norm Wirksamkeit entfalten kann. Das Gleiche gilt bezüglich der Berücksichtigung der unterschiedlichen Sachverhalte von Regelungen. Bisher geht der Gesetzgeber nicht ausreichend auf diese Aspekte ein. Bei Normen im Bereich des Arbeitsrechts besteht die zusätzliche Schwierigkeit, dass ArbeitgeberInnen und Beschäftigte bereits für sich genommen keine homogenen Gruppen bilden. Die ArbeitgeberInnen können vielmehr in zumindest zwei Gruppen, den situativen Typen, der vornehmlich in kleinen Unternehmen vorkommt, und den Strategen, eher in Großunternehmen, unterteilt werden. Gemeinsam aber lassen sich sich kaum sinnvoll als eine Gruppe mit einheitlichen Merkmalen zusammenfassen.

h) Zusammenfassung

Vorgestellt und analysiert wurden verschiedene personenbezogene und institutionelle Faktoren, die die Wirksamkeit und Effektivität von Gesetzen beeinflussen können. Es wurde deutlich, dass Informationen über Vorschriften und deren Beweggründe nicht nur direkt die Effektivität dieser Normen beeinflussen können. Sie tragen vielmehr ebenfalls dazu bei, die Adressierten für bestimmte Themenbereiche und Probleme zu sensibilisieren. So kann – nicht zuletzt durch die Bildung von entsprechendem Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl – mit einer höheren Akzeptanz, und dadurch mit mehr Effektivität der Regeln gerechnet werden. Damit sich Werte im Sinne bestimmter Vorschriften überhaupt bilden, und damit Informationen über sie verbreitet werden können, müssen die entsprechenden

C. Rechtssoziologische Ansätze

den Normen (jeweils von dem anzusprechenden AdressatInnenkreis) verstanden werden können und ihre Ziele dürfen nicht verborgen bleiben.

Bei den Überlegungen, wann Regeln befolgt werden, müssen weiterhin die Kosten und Nutzen der potenziellen NormbefolgerInnen beziehungsweise NormbrecherInnen analysiert werden. Hierfür sind die Entdeckungswahrscheinlichkeit, die Härte der Sanktionen sowie die Reaktionen der peer group besonders entscheidend.

Als hinderlich für die Durchsetzung von Normen hat sich eine Reihe von institutionell bedingten Merkmalen erwiesen, die unter dem Stichwort Zugangsbarrieren zu Gericht zusammengefasst werden können. Hierunter fallen sowohl strukturelle Probleme einzelner Beschäftigter, sich Informationen über die konkrete Entgeltssituation in ihrem Betrieb zu beschaffen, als auch die Scheu, in einem bestehenden Arbeitsverhältnis gegen die eigenen ArbeitgeberInnen vorgehen zu müssen. Auch die mitunter erhebliche Dauer, die Kosten und ein gerade bei Entgeltgleichheitsfragen nicht unerhebliches Prozessrisiko wirken sich negativ auf die Mobilisierung von Beschäftigtenrechten aus. Die verschiedenen Faktoren können schließlich nur dann ideale Wirkung entfalten, wenn sie stets konkret unter die Materie subsumiert werden, die geregelt werden soll, und wenn die generellen und insbesondere die besonders Adressierten und ihre jeweiligen Eigenheiten miteinbezogen werden.

Der Fragestellung der Arbeit – mit welchen rechtlichen Instrumenten könnte die Durchsetzung von Entgeltgleichheit effektiv vorangetrieben werden? – kann also bisher dahin gehend beantwortet werden, dass diese Instrumente möglichst die identifizierten Effektivitätsfaktoren beinhalten, beziehungsweise aktivieren sollten. Die Arbeit hat sich in der vorangegangenen Analyse in erster Linie auf Faktoren fokussiert, die auf die einzelnen Personen bezogen sind. Nur teilweise wurde sich mit gesellschaftlichen und politischen Faktoren befasst. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass nicht davon ausgegangen wird, der Einfluss dieser Faktoren sei unbedeutend. Für die Beantwortung der Fragestellung der vorliegenden Arbeit haben sich die besprochenen Faktoren allerdings als besonders entscheidend herausgestellt. Eine ausführliche Behandlung des Einflusses politischer Prozesse auf die Übernahme von Normen aus neuerer Zeit gibt beispielsweise *McMahon-Howard*⁵⁰⁶ oder *Feldman/Lobel*.⁵⁰⁷

506 *McMahon-Howard*, LSR 2011, 401.

507 *Feldman/Lobel*, RG 2008, 165.

Es wurde deutlich, dass die verschiedenen Faktoren die Effektivität von Normen nicht allein, sondern in der Regel im Zusammenspiel mit weiteren Faktoren beeinflussen.⁵⁰⁸ Die Frage der Effektivität von Rechtsnormen wird dadurch komplex. Hinzu kommt, dass die identifizierten besonders adressierten Beschäftigten eine stark heterogene Gruppe bilden, was Einheitslösungen erschwert. Aufgrund der aufgezeigten Effektivitätsfaktoren beziehungsweise der Erkenntnisse aus den verschiedenen Studien ist bereits ein relativ genaues Bild darüber möglich, warum beim Entgeltungleichheitsanspruch bei jetziger Rechtslage ein Durchsetzungsdefizit besteht. Es gäbe nun mehrere Möglichkeiten, dieses Defizit zu verkleinern. Die Ergebnisse dieses Kapitels lassen Schlüsse dahin gehend zu, worauf generell bei der Erstellung und dem Verbreiten neuer Vorschriften geachtet werden sollte, um diese effektiver zu gestalten. Eine Beispielhafte Darstellung solcher Instrumente, welche Faktoren aktivieren, um die Durchsetzung von Entgeltgleichheit im Allgemeinen effektiver auszustalten, würde an dieser Stelle daher lediglich bedingten Neuwert bringen können.

Bei der Befassung mit der Thematik der geschlechtsspezifischen Entgeldiskriminierung wurde jedoch relativ schnell deutlich, dass es hierbei einige spezifische Problemstellungen geben könnte. Zunächst ist bereits in Kapitel B. aufgefallen, dass der Sachverhalt der Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts sehr komplex ist. Bisher ist es weiterhin so, dass den Beschäftigten bei der Durchsetzung des Entgeltungleichheitsanspruchs zwischen Männern und Frauen eine tragende Rolle zukommt. Es ist also entscheidend, dass die Beschäftigten selbst den Sachverhalt durchschaut haben und ihn zumindest ansatzweise unter den Tatbestand subsumieren können. Es wurde schließlich deutlich, dass diese in der Regel nicht gut mit dem Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht vertraut sind.

Die Tatsache, dass sich die unterschiedlichen Effektivitätsfaktoren gegenseitig verstärken, hat zum Teil weitreichende Auswirkungen auf ihre Anwendungsmöglichkeiten: Ist ein Faktor im konkreten Fall nur schwach vorhanden, kann dies in der Regel durch andere Faktoren kompensiert werden. Ihre optimale Wirkung können sie freilich nur bei Vorliegen aller Faktoren entfalten. Es fällt jedoch auf, dass die Eigenschaft der Faktoren, das geringe Vorhandensein des einen durch stärkere Präsenz eines anderen kompensieren zu können, bei dem Aspekt der Informationsbeschaffung über Tatbestandsvoraussetzungen in diesem Punkt eine einschränkende

508 Ebenso: Barnes/Burke, LSR 2012, 167 (189).

C. Rechtssoziologische Ansätze

Sichtweise angebracht ist. Fehlt das Problembewusstsein dafür, mit dem Auto Geschwindigkeitsbegrenzungen einzuhalten, so kann trotz fehlender Sensibilisierung von der Befolgung der Vorschrift ausgegangen werden, wenn Sanktionen und Entdeckungsrisiko des Rechtsübertritts hoch genug sind, das heißt wenn die Kosten der Nichtbefolgung für die Adressierten höher sind als ihr Nutzen. Ist für die AutofahrerInnen aber gar nicht erst erkennbar, wie schnell sie tatsächlich fahren, so kann selbst die Sorge vor Sanktionen kein rechtskonformes Verhalten sicherstellen. Noch deutlicher wird die zentrale Stellung der Informationen über tatbestandliche Voraussetzungen, wenn es nicht um die Befolgung, sondern um die Inanspruchnahme von Rechten geht. Dem ließe sich entgegenhalten, Voraussetzungen des Tatbestands einer Norm lassen sich nur dann finden, wenn Kenntnis über die Norm und damit über deren Tatbestand besteht. Diese Argumentation übersieht jedoch den Grad der Interdependenz der unterschiedlichen Faktoren. Ist den Adressierten eine konkrete Norm unbekannt, so ist es dennoch möglich, dass sie ein Rechtsgefühl haben, das ihnen sagt, wie das Recht solche Fälle lösen sollte. Es kann jedoch angenommen werden, dass wenn ihnen unbekannt ist, in welchen konkreten Verhältnissen sie sich derzeit befinden, es kein entsprechendes rechtssoziologisch definierbares Bewusstsein oder Gefühl gibt, welches dieses Wissensdefizit kompensieren könnte.

Sind die Beschäftigten für ein Thema ausreichend sensibilisiert, könnten sie zwar eher in Betracht ziehen, selbst von einer Problemlage betroffen zu sein, und damit auch einen entsprechenden Anspruch zu haben. Dies könnte dann dazu führen, dass sie sich über die Notwendigkeit von Informationen der Tatbestandsvoraussetzungen bewusst werden. Die eigentlichen Informationen müssten jedoch immer noch beschafft werden. Sensibilisierung kann daher das Fehlen solcher Informationen nicht in demselben Maße kompensieren, wie eine negative Kosten-Nutzen-Bilanz das fehlende Rechtsbewusstsein im obigen Beispiel. Folglich handelt es sich um einen Aspekt innerhalb der Effektivitätsfaktoren von Normen, welcher nicht durch andere Mechanismen ausgeglichen werden kann. Es geht hierbei vielmehr um eine essenzielle Grundvoraussetzung für die Effektivität von Recht.

Auch ein Ausweichen von den Beschäftigten hin zu anderen AkteurInnen scheint bei dieser besonderen Problemstellung nur bedingt Abhilfe schaffen zu können. Konzentrierte sich die Arbeit im Folgenden verstärkt auf die Erweiterung von Verbandsklagerechten, so könnten dadurch zwar einige der identifizierten Durchsetzungsdefizite, insbesondere die sozialen

und prozessualen Hemmnisse der Zugangsbarrieren zu Gericht, umgangen werden.⁵⁰⁹ Fehlende Informationen über die tatbestandsbegründenden Voraussetzungen könnten hierdurch hingegen kaum kompensiert werden. Das wird deutlich, wenn ein Blick auf die AkteurInnen geworfen wird, für welche eine Erweiterung kollektiver Klagerechte diskutiert wird. Das sind einmal außerbetriebliche AkteurInnen wie Gewerkschaften oder Antidiskriminierungsverbände. Als außerbetriebliche AkteurInnen hätten sie jedoch keine Auskunftsansprüche bezüglich der relevanten Informationen. Diese müsste sie im Zweifel wieder über die Beschäftigten beziehen. Das heißt, es würde ihnen auch bei einer Ausdehnung ihrer Klagerechte schlicht an Informationen fehlen, um ihre Rechte effektiv nutzen zu können. Die innerbetrieblichen AkteurInnen, für welche eine entsprechende Erweiterung diskutiert wird, sind die Betriebsräte. Diese könnten zwar einige relevante Informationen über § 80 BetrVG generieren. Zum einen ist der genaue Umfang der Offenlegungspflichten des Absatzes 2 jedoch unklar.⁵¹⁰ Zum anderen könnten von einem kollektiven Klagerecht von Betriebsräten nur Beschäftigte profitieren, die in Betrieben mit Betriebsrat tätig sind. Dies sind in Gesamtdeutschland 42,6 Prozent (44 Prozent West-, 36 Prozent in Ostdeutschland)⁵¹¹ aller Beschäftigten.⁵¹² Klagerecht für Betriebsräte würden demnach weniger als der Hälfte aller Beschäftigten zugutekommen. Hinzu kommt, dass die Lohnlücke in Betrieben mit Betriebsrat in der Regel ohnehin geringer ist, als in Betrieben ohne Betriebsrat.⁵¹³ Eine entsprechende Regelung könnte also nur solchen Beschäftigten Verbesserungen bringen, von denen erwartet werden kann, dass sie ohnehin über bessere Arbeitsbedingungen verfügen. Die Anderen wären weiterhin auf sich selbst gestellt.

Aufgrund dieser Schlussfolgerungen scheint es unumgänglich, sich speziell mit der Frage der Informationsbeschaffung von Beschäftigten auseinanderzusetzen. Im Folgenden wird untersucht, welche Beschaffungsmög-

509 Baer, Rechtssoziologie, 2011, S. 220.

510 Siehe nur: *BAG*, Beschl. v. 10.10.2006 – 1 ABR 68/05 = NZA 2007, 99; *Kania*, in: ErfK, § 80 Rn. 17 ff., m.w.N.

511 *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen 2012, 297 (301).

512 *Statistisches Bundesamt*, Arbeitnehmer, die durch Betriebsräte vertreten werden, 2011, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension5/5_1_AnteilArbeitnehmerVertretungBetriebsraete.html, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

513 *Ziegler/Gartner/Tondorf*, in: *Achatz et al.* (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (291); siehe auch oben unter: B. I.

C. Rechtssoziologische Ansätze

lichkeiten die Beschäftigten bezüglich Informationen über den Sachverhalt des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Frauen und Männern besitzen.

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

Das folgende Kapitel beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob die Möglichkeiten der Informationsbeschaffung über die Tatbestandsvoraussetzungen beim Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen Frauen und Männern besondere Schwierigkeiten bereiten. Neben den Beschäftigten selbst gibt es weitere AkteurInnen die in unterschiedlicher Art und Weise auf die Informationsbeschaffung zur besseren Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern Einfluss nehmen können. Diese werden im zweiten Teil des Kapitels behandelt.

I. Informationsbeschaffung

1. Informationsbeschaffung als besonderes Problem

Erste Voraussetzung für eine Anspruchsdurchsetzung ist, dass die InhaberInnen der Ansprüche überhaupt von diesen wissen. Dafür müssen die AnspruchsinhaberInnen, vorliegend die Beschäftigten zunächst Informationen erlangen können, die für die Einschätzung eines Sachverhalts als rechtlich relevant benötigt werden. Die bisherigen Studien und Ergebnisse legen die Vermutung nahe, dass es in Arbeitsverhältnissen für ArbeitnehmerInnen erheblich schwieriger sein könnte, an die Informationen zu gelangen, als für die Gegenseite. Dies könnte der Fall sein, wenn die fraglichen Informationen überwiegend oder ausschließlich in der Sphäre der ArbeitgeberInnen liegen. Bergen diese Informationen Konfliktpotenzial zwischen den Parteien, etwa weil eine Partei sie zur Vorbereitung einer Klage gegen die andere Partei nutzen will, könnte eine freiwillige Herausgabe nach den bisher gesehenen Verhaltensmustern der Beschäftigten wie ArbeitgeberInnenseite Schwierigkeiten bereiten.

Für die ArbeitnehmerInnen könnte es also auf der einen Seite von erheblicher Bedeutung sein, Informationen über Daten anderer MitarbeiterInnen sowie in der Regel auch über das betriebliche oder tarifliche Entgeltsystem zur Verfügung zu haben. Auf der anderen Seite können betriebliche Entgeltsysteme aber nicht ohne Weiteres von den Arbeitnehme-

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

rInnen überprüft werden.⁵¹⁴ Schwierigkeiten bei den Beschäftigten nachzu vollziehen, ob sich die ArbeitgeberInnen an Tarifverträge oder Betriebs vereinbarungen halten oder ob sie bestimmten ArbeitnehmerInnen übertarifliche Zulagen zahlen, die nicht in Betriebsvereinbarungen festgelegt sind, scheinen somit vorprogrammiert.

Informationen über Entgelte von KollegInnen können Beschäftigte in der Regel nur erlangen, indem die betreffenden KollegInnen ihnen die Informationen freiwillig zur Verfügung stellen. Dabei kann es für un geschulte Personen bezüglich Fragen der Arbeitsbewertung bereits schwierig sein, die richtige Beschäftigtengruppe für einen Gleichwertigkeitsver gleich zu finden. Auch ist es vorstellbar, dass Beschäftigte, deren Arbeit wohlmöglich besser bewertet wird, kein großes Interesse daran haben, Details über ihre Arbeitsaufgaben, Betriebszugehörigkeit, tatsächliche Arbeitsanforderungen, Entlohnung et cetera preiszugeben.

Selbst wenn die Beschäftigten an die benötigten Informationen von KollegInnen und ArbeitgeberInnen gelangen sollten, bliebe die Problematik der richtigen Interpretation dieser Daten. Für die Überprüfung von Lohngleichheit der Geschlechter gibt es in Deutschland im Wesentlichen zwei gängige Prüfinstrumente.⁵¹⁵ Logib-D ist ein Instrument, mit dem Unternehmen die Löhne in ihren Betrieben überprüfen können. Es ist also gar nicht darauf angelegt, von Privatpersonen zur individuellen Lohnüberprü fung angewendet zu werden.⁵¹⁶ Dieses kann den Beschäftigten also auch nicht bei der Informationsbeschaffung weiterhelfen. Anders ist eg check.de aufgebaut. Dieses Instrument kann und soll explizit auch von den Beschäftigten genutzt werden.⁵¹⁷ Hierfür bieten *Jochmann-Döll* und *Tondorf* Erklärungen, wie die einzelnen Kriterien zu verstehen sind.⁵¹⁸ Trotz dieser weitreichenden Hilfestellungen ist die Arbeitsbewertung noch immer ein kompliziertes Verfahren, was nicht ohne Weiteres vorkenntnisfrei vorgenommen werden kann.

514 So auch: *Fuchs et al.*, KJ 2009, 253 (255); zu generellen Schwierigkeiten der Beschäftigten bei AGG-Ansprüchen: *Raasch/Rastetter*, in: *Aleweli* (Hrsg.), Rechts tatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 78 (89).

515 Siehe bereits oben unter: B. III. 6.

516 Was ist Logib-D?, abrufbar unter: www.Logib-D.de, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

517 Wer kann eg-check.de nutzen?, abrufbar unter: www.eg-check.de, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

518 *Jochmann-Döll/Tondorf*, Entgeltgleichheit prüfen mit eg-check.de, 2010, S. 41 ff.

Damit scheint es geboten herauszuarbeiten, as für eine Bedeutung den Informationen über Entgeltsysteme tatsächlich zukommt. In den nächsten Kapiteln dieser Arbeit wird sich daher vor allem hierauf zu beziehen sein. Nachdem zunächst das Verhältnis der Anspruchsgrundlagen des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Männern und Frauen zueinander beleuchtet wird, werden sodann die materiellen und prozessualen Anforderungen im Zusammenhang mit fehlenden Informationen auf Beschäftigtenseiten herauszuarbeiten sein, bevor diese mit den für die ArbeitnehmerInnen real zu verwirklichenden Informationsmöglichkeiten verglichen werden. Der abschließende Teil von Kapitel D. beschäftigt sich in der gebotenen Kürze mit den verschiedenen AkteurInnen, die bei der Beseitigung der Informationsdefizite eine Rolle spielen können.

2. Verhältnis der Anspruchsgrundlagen zueinander

Um zu wissen welche Anforderungen der Entgeltgleichheitsanspruch besitzt, ist es nötig sich klar zu machen, von welchem Anspruch überhaupt die Rede ist. Schwierig kann die Beantwortung dieser Frage deshalb sein, weil es für den Entgeltgleichheitsanspruch zwischen Frauen und Männern im deutschen Recht zwei Anspruchsgrundlagen gibt, welche unmittelbar zur Anwendung kommen können. Das *BAG* stützt sich bei Entgeltgleichheitsansprüchen der Geschlechter bisher, anders als vereinzelte Stimmen in der Literatur,⁵¹⁹ auf das AGG. Da aber der Entgeltgleichheitsanspruch (wie alle Antidiskriminierungsansprüche) in diesem Gesetz nicht ausdrücklich normiert ist, geht es bei der Formulierung der Anforderungen von dem Begriff der mittelbaren Benachteiligung nach § 3 II AGG aus.⁵²⁰ Daneben findet, wie gesehen, auch Art. 157 I AEUV in Deutschland unmittelbare Anwendung.⁵²¹ Es stellt sich damit die Frage, ob beide Anspruchsgrundlagen identische Anforderungen stellen, beziehungsweise wo ihre Unterschiede liegen.

Zwar ist der Art. 157 I AEUV vom Wortlaut anders aufgebaut als die Benachteiligungsdefinitionen des § 3 I, II AGG. Das gilt insbesondere für

519 So geht beispielsweise *Winter*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 1 Rn. 510, von einer regelmäßigen Anwendung des Art. 157 AEUV aus.

520 *BAG*, Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 = NZA 1998, 599; siehe ausführlich unter: D. I. 3. c) cc).

521 Siehe oben unter: B. III. 1. a).

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

das Fehlen einer (hypothetischen) Vergleichsperson und einer Rechtfertigungsmöglichkeit, wie sie in § 3 II AGG ausdrücklich genannt ist. Es wird jedoch weder vom *EuGH* noch von der Literatur in Zweifel gezogen, dass beide Aspekte auch bei Art. 157 I AEUV entweder tatsächlich vorhanden sein müssen (bei der Vergleichsperson),⁵²² oder zumindest theoretisch vorhanden sein können (im Rahmen einer Rechtfertigung).⁵²³ Bei den materiell-rechtlichen Anforderungen scheint es demnach keine Unterschiede zwischen den Ansprüchen zu geben.⁵²⁴ Das beruht unter anderem darauf, dass die Ausgestaltung des Art. 157 I AEUV durch die Richtlinie 2006/54/EG, welche ebenfalls die Grundlage des AGG darstellt, ein Stück weit vorgegeben wurde.⁵²⁵ Außerdem werden alle Entscheidungen bezüglich Entgeltgleichheitsansprüchen zwischen Frauen und Männern des *EuGH*, vom *BAG* wie der arbeitsrechtlichen Literatur stets unmittelbar zur Konkretisierung des nationalen Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Männern und Frauen herangezogen. Aus denselben Gründen scheint es auch im Rahmen der prozessualen Anforderungen inhaltlich keine nennenswerten Unterschiede zwischen der nationalen und der europäischen Anspruchsgrundlage zu geben. Beide Ansprüche erfahren auf prozessualer Ebene dieselben beweisrechtlichen Erleichterungen. Auch dieser Gleichklang verwundert nicht, da die Auslegung von Beweisregelungen bei Antidiskriminierungstatbeständen auf europäischer Ebene die Auslegung des § 22 AGG entscheidend beeinflusst.⁵²⁶

3. Materiell-rechtliche Schwierigkeiten beim Entgeltgleichheitsanspruch

Wie festgestellt, stellt sich das Fehlen von Informationen über die Tatbestandsvoraussetzungen als elementares Problem bei der Durchsetzung von Rechten dar. Gravierend kann sich das besonders dann auswirken, wenn

522 *EuGH*, Urt. v. 13.01.2004 (*Allonby*) – Rs. C-256/01 = NZA 2004, 201 (203); Krebber, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 49; Schlachter, in: *ErfK*, Art. 157 AEUV Rn. 18 f.

523 *EuGH*, Urt. v. 26.06.2001 (*Brunnhöfer*) – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883 (884); Krebber, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 57; Schlachter, in: *ErfK*, Art. 157 AEUV Rn. 20 ff.

524 Winter, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 1 Rn. 510; zur Frage der richtigen Vergleichpersonen, siehe unter: D. I. 4. c) cc).

525 Krebber, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 40.

526 Siehe nur: Bertzbach, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 20 f.

auch Informationen über Dritte benötigt werden. Dies ist bei Ansprüchen gegen eine Diskriminierung nach dem AGG in der Regel der Fall und wie gesehen beim Entgeltgleichheitsanspruch zwischen Frauen und Männern stets. Bereits nach dem Gesetzestext liegt eine unmittelbare Diskriminierung dann vor, wenn eine Person „(...) eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“⁵²⁷ Eine mittelbare Benachteiligung soll darüber hinaus gegeben sein, wenn eine entsprechende Vergleichsgruppe gebildet werden kann.⁵²⁸ Damit eine zurückgewiesene Bewerberin beispielsweise einschätzen kann, ob sie aufgrund eines der in § 1 AGG genannten Gründe nicht eingestellt wurde, benötigt sie in jedem Fall Informationen über die Qualifikationen der bevorzugten Person. Dass das Beschaffen von Informationen über Tatbestandsvoraussetzung einer Diskriminierung im Falle von abgelehnten BewerberInnen häufig problematisch sein kann, zeigen bereits diverse Gerichtsentscheidungen zu entsprechenden Auskunftsansprüchen.⁵²⁹ Sie machen deutlich, dass potenziell diskriminierten Personen bei fehlender Kooperationsbereitschaft der ArbeitgeberInnen, im Regelfall kaum Möglichkeiten zur Verfügung stehen, Auskunft über die für sie notwendigen Informationen zu erhalten. Diese Problematik stellt sich folglich im Grundsatz bei jeglichem Diskriminierungsverdacht von (potenziellen) Beschäftigten gegenüber ihren (potenziellen) ArbeitgeberInnen.

Der Entgeltgleichheitsanspruch ist begründet, wenn eine Person des einen Geschlechts, obwohl sie gleiche oder gleichwertige Arbeit leistet, aufgrund dieses Geschlechts weniger Entgelt erhält als eine Person des anderen Geschlechts. Um herausfinden zu können, ob eine Person beim Entgelt diskriminiert wird, muss sie folglich zum einen Kenntnis darüber besitzen, welche Person, respektive Personen des anderen Geschlechts (aufgrund einer einheitlichen Quelle)⁵³⁰ gleiche oder gleichwertige Tätigkeiten ausführt, beziehungsweise ausführen. Weiterhin muss bestimmt werden können, ob das Entgelt bei vergleichbarer Tätigkeit gleich, beziehungsweise bei Nicht-Vergleichbarkeit der Tätigkeit auch entsprechend un-

527 § 3 I AGG.

528 § 3 II AGG; BR-Drs. 329/06, S. 33.

529 *EuGH*, Urt. v. 19.05.2012 (*Meister*) – C-415/10 = NZA 2012, 493 ff.; *EuGH*, 21.07.2011(*Kelly*) – C-104/10 = EzA Richtlinie 97/80 EG-Vertrag 1999 Nr 1; siehe zu Auskunftsansprüchen ausführlich unter: E. IV. 2.

530 Siehe hierzu oben unter: B. II. 2.

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

gleich ist. Nachdem andere Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen wurden, wären aus materieller Sicht grundsätzlich Informationen über die Motivation der Benachteiligung notwendig, um Kenntnis darüber zu erlangen, ob die Benachteiligung tatsächlich „wegen“ des Geschlechts erfolgt.

a) Vergleichbarkeit der Tätigkeit

Bei der Informationsbeschaffung über Tatbestandsvoraussetzungen bezüglich des geschlechtsspezifischen Entgeltgleichheitsgrundsatzes tauchen ähnliche Schwierigkeiten auf wie beispielsweise bei der Beschaffung nötiger Daten für abgelehnten BewerberInnen. Auch bei diesen geht es um ihre vergleichbare Eignung gegenüber den bevorzugten BewerberInnen. Während den abgelehnten BewerberInnen jedoch einzelne Fakten aus der Bewerbung, wie der höchste Ausbildungsabschluss, Berufserfahrung und etwaige Zusatzqualifikationen, genügen können (Informationen, die für abgelehnte BewerberInnen freilich auch nur sehr schwierig zu erhalten sind), sind potenzielle Diskriminierungspfer beim Entgelt darauf angewiesen, möglichst vollständige Informationen über die auszuübenden Tätigkeiten der anderen Person zu erlangen. Denn es soll nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen von Eingruppierungsklagen gerade nicht genügen, lediglich die Qualifizierung der eigenen Tätigkeit darzustellen. Vielmehr muss auch der Vortrag über die andere Tätigkeit so umfassend sein, dass sich hieraus eine Vergleichbarkeit erkennen lässt.⁵³¹ Hierbei kann zwar die Arbeitsplatzbeschreibung der zu vergleichenden Person hilfreich sein. Auf Einsicht in diese haben die Beschäftigten jedoch keinen Anspruch.⁵³² Zudem besteht stets die Gefahr, dass die Tätigkeitsbeschreibungen selbst nicht diskriminierungsfrei sind. Im Grunde geht es also um eine faktische Vergleichbarkeit der Tätigkeiten, nicht um eine lediglich deskriptive.

Der Grund für die Differenzen zu einer Diskriminierung im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens liegt auf der Hand: Sanktioniert werden soll

531 Ständige Rechtsprechung, siehe zuletzt: *BAG*, Urt. v. 04.07.2012 – 4 AZR 694/10 = DB051724, m.w.N.

532 Nach § 82 II S. 1 BetrVG können die Beschäftigten lediglich verlangen, dass ihre eigenen Tätigkeitsbeschreibung erläutert wird, vgl.: *BAG*, Beschl. v. 20.04.2010 – 1 ABR 85/08 = ArbRAktuell 2010, 403; Siehe hierzu ausführlich unter: E. IV. 2. a) aa).

durch das Antidiskriminierungsrecht eine unerwünschte (diskriminierende) Motivation von ArbeitgeberInnenhandeln.⁵³³ Da Arbeitsplatzbeschreibungen in der Regel auf Betriebsebene – also unter Kontrolle der ArbeitgeberInnen – erstellt werden, sind diese bereits Teil der ArbeitgeberInnenhandlung, die es zu überprüfen gilt. Bewerbungen anderer StellenanwärterInnen werden hingegen von diesen selbst verfasst. Die ArbeitgeberInnen stützen ihre Entscheidungen bei der Personalwahl demnach im Wesentlichen auf diese – fremd-verfassten – Qualifikationsbeschreibungen. Damit können bei Bewerbungen eben diese Beschreibungen objektive Ausgangspunkte für das Handeln von ArbeitgeberInnen und damit auch für eine Überprüfung auf Benachteiligung im Rahmen dieses Handelns sein. Die objektiven Ausgangspunkte für die Frage nach der gleichen, beziehungsweise gleichwertigen Tätigkeit sind hingegen im Zweifelsfall keine verschriftlichten Informationen, sondern die tatsächlichen Tätigkeiten, die eine andere Person im Rahmen ihres Anstellungsverhältnisses zu erbringen hat.⁵³⁴ Wenn sich für abgelehnte BewerberInnen auch nicht das Erlangen von Daten einfacher darstellt als für potenziell beim Entgelt aufgrund des Geschlechts diskriminierte Personen, so sind doch wenigstens die erlangten Daten bei Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren einer objektiven Überprüfung zugänglich. Daten (in der Regel Arbeitsplatzbeschreibungen) die für potenziell beim Entgelt aufgrund des Geschlechts diskriminierte Personen von Bedeutung sind hingegen, können von diesen Personen nicht unhinterfragt übernommen werden. Dies ist ein wesentlicher Unterschied, welcher die Überprüfung des Entgelts komplexer macht als die Kontrolle anderer Diskriminierungstatbestände im AGG.

Hinzu kommt, dass es bei Bewerbungsverfahren (wie auch bei anderen Diskriminierungen im Erwerbsleben, beispielsweise bei Beförderungen) nur einen sehr beschränkten Personenkreis gibt – nämlich die Personen, die aufgrund des Bewerbungsverfahrens eingestellt wurden – mit welchen sich potenziell Diskriminierte überhaupt vergleichen müssen, um eine Benachteiligung zu erkennen. Das heißt, sie benötigen lediglich Informationen über diesen vergleichsweise einfach zu identifizierenden Personenkreis. Auch bei abgelehnten BewerberInnen ist zu berücksichtigen, dass diese in der Regel keinen Zugang zu den benötigten Informationen haben. Hierzu ist bereits an dieser Stelle auf das noch zu besprechende *Meister-*

533 Melms, in: Moll (Hrsg.) MüAnwHandBArB, § 43 Rn. 38.

534 Winter, in: Däubler (Hrsg.), TVG, § 1 Rn. 515.

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

Urteil des *EuGH* hinzuweisen, welches einen generellen Auskunftsanspruch für abgelehnte BewerberInnen verneint.⁵³⁵ Bei der Suche nach gleichwertigen Tätigkeiten aber, lässt sich aufgrund der Komplexität dieses Tatbestandsmerkmals eine Beschränkung auf einige wenige Berufsgruppen kaum sinnvoll durchführen. Hinzu kommt, dass das *BAG* bei mittelbarer Entgelddiskriminierung aufgrund kollektiver Regelungen von der klagenden Partei offenbar erwartet, dass sie alle gleichen oder gleichwertigen Tätigkeiten innerhalb dieses kollektiven Systems identifiziert, um vollständige Vergleichsgruppen bilden zu können.⁵³⁶ Folglich müsste mitunter ein Vielfaches an Informationen über die verschiedenen Tätigkeiten anderer KollegInnen beschafft werden, bevor eine Benachteiligung überhaupt entdeckt werden könnte. Auch insofern stellt sich die Informationsbeschaffung beim Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen Männern und Frauen als noch problematischer dar, als bei abgelehnten BewerberInnen.

Sollten potenziell diskriminierte Personen trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten an die notwendigen Informationen über die tatsächlichen Arbeitsanforderungen von Tätigkeiten der KollegInnen gelangen, so müssen diese Anforderungen neu und diskriminierungsfrei bewertet werden, um überprüfen zu können, ob die Tätigkeiten tatsächlich (nicht) gleichwertig mit der eigenen sind. Dazu benötigen sie ein diskriminierungsfreies Bewertungssystem, inklusive einer fairen Gewichtung der einzelnen Kriterien.⁵³⁷

b) Ungleicher Entgelt

Zu den materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Männern und Frauen gehört weiterhin, dass das Entgelt von Personen, die gleiche oder gleichwertige Tätigkeiten ausüben nicht gleich ist. Entsprechend kann auch eine Diskriminierung beim Entgelt vorliegen, wenn ein gleiches Entgelt für Tätigkeiten bezahlt wird, welche nicht miteinander vergleichbar sind. Das Entgelt spiegelt hier die tatsächliche Ungleichbehandlung trotz gleicher Voraussetzungen, beziehungsweise die Gleichbehandlung von Ungleichem wider. Bei dem Vergleich mit Be-

535 *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10 = NZA 2012, 493; siehe ausführlich unter: E. IV. 2. a) ee).

536 Siehe unter: D. I. 4. c) cc).

537 Siehe oben unter: B. III. 5.

nachteiligungen im Bewerbungsverfahren bleibend, entspricht das Entgelt der Nicht-Einstellung. Bei letzterer gibt es nur zwei mögliche Optionen: Entweder eine andere Person wurde eingestellt oder sie wurde nicht eingestellt. Unabhängig von der faktischen Problematik, herauszufinden, wer im Einzelnen eingestellt wurde, ist das „Was“ der benötigten Informationen unmissverständlich. Es kann niemand halb eingestellt werden.

Das „Was“, sprich das Entgelt, ist beim Entgeltgleichheitsgrundsatz der Geschlechter hingegen nicht bereits dann gleich, wenn es in der Höhe identisch ist. Vielmehr muss jeder Entgeltbestandteil für sich betrachtet bei gleich(wertig)er Arbeit auch gleich sein.⁵³⁸ Folglich müsste eine potenziell beim Entgelt diskriminierte Person die genaue Zusammensetzung des Entgelts der Personen kennen, welche zuvor als Personen mit vergleichbaren Tätigkeiten identifiziert werden konnten. Das Entgelt kann sich aus vielen unterschiedlichen Komponenten zusammensetzen. Das Grundentgelt kann beispielsweise nach bestimmten Stufen gesteigert werden, es können Leistungs- oder Erschwerniszulagen ebenso gewährt werden wie Jahressonderzahlungen, Überstundenzuschläge oder Sachleistungen.⁵³⁹ Ungleiche Vergütungsstrukturen haben ihren Ursprung häufig in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder einseitig von den ArbeitgeberInnen erstellten Entgeltsystemen. Die nachteilige Wirkung ergibt sich also häufig aus dem Anschein nach neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren (§ 3 II AGG). Die Beschaffung solcher Informationen ist mit deutlich mehr Aufwand verbunden, als dies bei einer eventuellen Benachteiligung im Bewerbungsverfahren der Fall wäre. Auch wenn diese zum Teil abstrakten Entgeltsystemen entnommen werden können,⁵⁴⁰ scheint die Überprüfung des konkreten Entgelts einzelner Personen doch häufig unerlässlich. Die betriebliche Praxis kann von den abstrakten Vergütungsvorgaben abweichen (die Leistungszulage wird beispielsweise für eine Berufsgruppe im Regelfall stets gezahlt)⁵⁴¹, individuelle Absprachen können zu übertariflichen Leistungen oder sonstiger zusätzlicher Entlohnung führen. Schließlich, und in der Praxis wohl nicht selten, können betriebliche Entlohnungssysteme, so sie denn überhaupt vorhanden sind, ebenso wie die ta-

538 *EuGH*, Urt. v. 26.06.2001 (*Brunnhöfer*) – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883.

539 vgl. z.B.: *Jochmann-Döll/Tondorf*, Entgeltgleichheit prüfen mit eg-check.de, 2010, S. 21.

540 Siehe unter: D. I. 5.

541 *Ziegler/Gartner/Tondorf*, in: *Achatz et al.* (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010, S. 271 (317).

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

riflichen, den ArbeitgeberInnen immer noch einen großen Spielraum lassen, welcher sich anhand keines abstrakten Systems, und deshalb lediglich durch personenbezogener Entgelddaten überprüfen lässt.⁵⁴²

Die Annahme, dass der Wert einer Tätigkeit ihr Entgelt definiert, kann also lediglich für das (anforderungsbezogene) Grundentgelt Richtigkeit besitzen. Die weiteren Entgeltbestandteile haben jeweils eigene Begründungen, wie zum Beispiel Berufserfahrung bei den Stufensteigerungen oder eine besondere Belastung bei der Erschwerniszulage. Ob die Begründung für ein ungleiches Grundentgelt eine diskriminierungsfreie ist, wird demnach mit der Frage überprüft, ob die Tätigkeiten tatsächlich nicht gleich(wertig) sind.⁵⁴³ Entsprechend müssen die Anforderungen und die Höhe der anderen Entgeltbestandteile daraufhin überprüft werden, ob sie von ihrem Anforderungsprofil her ein Geschlecht benachteiligen. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn die benötigte Stückzahl zur Erreichung einer Leistungszulage einer Berufsgruppe, die überwiegend mit männlichen Beschäftigten besetzt ist, geringer ist als bei einer vergleichbaren Berufsgruppe mit vornehmlich weiblichen Beschäftigten.

Auf Grundlage der *Danfoss*-Entscheidung⁵⁴⁴ des *EuGH* wird davon ausgegangen, dass es bei der Frage der ungleichen Entlohnung grundsätzlich nicht ausreichen soll, wenn lediglich auf das Gesamtentgelt der besser gestellten KollegInnen abgestellt würde. Vielmehr müsse im Regelfall dargestellt werden, aus welcher diskriminierenden Regelung des Entgeltsystems die ungleiche Entlohnung im Einzelnen resultiere.⁵⁴⁵

Als weiteres Erfordernis kommt hinzu, dass für die unterschiedlichen Entgeltbestandteile stets der richtige Bezugspunkt gefunden werden muss. Soll etwa das Grundentgelt verglichen werden, bedarf es der Information, wie viel vertragliche Arbeitszeit generell zu leisten ist. Dazu muss entweder in Anzahl der Arbeitsstunden bekannt sein, oder es wird direkt der Stundenlohn des Grundentgelts angegeben. Bei der Leistungszulage muss dementsprechend Kenntnis über den genauen Umfang der geleisteten Tätigkeiten et cetera vorliegen.

542 *Tondorf*, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit!, 2003, S. 17 ff.; *Winter*, in: Festschrift für *Pfarr*, 2010, S. 320 (324 f.).

543 Siehe oben unter D. I. 3. a).

544 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772 f.

545 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772 (773); siehe auch: *Schlachter*, NZA 1995, 393 (396); zu den Anforderungen bei undurchschaubaren Entlohnssystemen siehe unten unter: D. I. 4. c) bb).

Auch in Bezug auf das gleiche Entgelt kann der Personenkreis, über welchen entsprechende Informationen benötigt werden, mitunter sehr viel größer sein als bei den klar abzugrenzenden bevorzugten BewerberInnen. Denn der Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen Frauen und Männern ist wie dargelegt auch dann verletzt, wenn Personen unterschiedlichen Geschlechts für nicht gleich(wertige) Arbeit gleiches Entgelt erhalten. Konsequenterweise müssten potenziell diskriminierte Personen, all diejenigen KollegInnen auf gleich(wertig)e Tätigkeiten überprüfen, die gleiches Entgelt erhalten.

Allein ausreichende Informationen bezüglich des Entgelts zu erhalten, ist folglich mit einem extrem hohen Aufwand verbunden. Ein großes Hindernis wird hier regelmäßig die Beschaffung der Gründe für unterschiedliche Voraussetzungen von Entgeltbestandteilen neben dem Grundentgelt sowie deren Überprüfung auf Diskriminierungsfreiheit sein. Insofern geht es um die Frage einer Rechtfertigung.

c) Rechtfertigungsgründe

Es ist nicht ausgeschlossen, dass nach der Überprüfung von Vergleichbarkeit der Tätigkeit sowie des Entgelts eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung bei der Vergütung eines Geschlechts anzunehmen ist. Eine Entgeldskriminierung aufgrund des Geschlechts ist jedoch erst dann gegeben, wenn diese Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann.⁵⁴⁶ Konnte also im Rahmen der Entgeltüberprüfung beispielsweise festgestellt werden, dass unterschiedliche Maßstäbe für Sonderzahlungen oder Leistungsvergütungen bei gleich(wertig)en Tätigkeiten gelten, so ist nun Wissen darüber nötig, welche Begründungen Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder die ArbeitgeberInnen selbst für diese Ungleichbehandlung geben. Die Kenntnis der Begründungen ist essenziell für die Frage, ob der Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen Frauen und Männern verletzt wurde oder nicht. Denn daran schließt sich unmittelbar die Bewertung an, ob die gegebene Begründung die Ungleichbehandlung rechtfertigen kann. Diese Frage betrifft die Informiertheit der von dem Gleichheitsgebot Adressierten, über rechtmäßige Differenzierungsgründe der Ungleichbehandlung, also über die rechtliche Situation. Rechtfertigungsgründe spie-

546 Vgl. § 3 II AGG.

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

len gerade bei mittelbaren Benachteiligungen eine große Rolle. Es soll aber an dieser Stelle nicht unterschlagen werden, dass es auch bei einer unmittelbaren Diskriminierung im nationalen Recht zulässige Rechtfertigungsgründe geben kann.⁵⁴⁷ Daher sind auch bei einer solchen, Informationen über die Gründe der Ungleichbehandlung unerlässlich.

Vorliegend soll es um die Herausarbeitung solcher Informationen gehen, die den Tatbestand des Entgeltgleichheitsanspruchs erfüllen können und gerade nicht um die juristische Einordnung dieser Informationen. Folglich kann eine Auseinandersetzung beispielsweise mit Personalmangel als Rechtfertigungsgrund unterbleiben.⁵⁴⁸ Nötig, aber auch ausreichend sind vielmehr Informationen über die Gründe für die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte. Da diese auch in gesamtgesellschaftlichen Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt begründet sein können, kann es notwendig sein, auch hierüber Informationen zu besitzen.

d) Zwischenfazit

Deutlich wurde, dass bereits der materiell-rechtliche Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche und gleichwertige Arbeit der Geschlechter ein Maß an Informationen verlangt, das über die Anforderungen anderer Diskriminierungstatbestände – wie dem der Benachteiligung im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens – deutlich hinausgeht. Grund hierfür ist unter anderem die Multivariabilität des Faktors Entgelt sowie das Erfordernis, Informationen über die tatsächliche Bewertung anderer als der eigenen Tätigkeiten zu erhalten. Auch um das negative Tatbestandsmerkmal der Nicht-Rechtfertigung zu erfüllen, werden beim Entgeltgleichheitsanspruch zwischen Männern und Frauen hoch komplexe Informationen über andere Beschäftigte oder gesamtgesellschaftliche Verhältnisse benötigt.⁵⁴⁹

547 §§ 5, 8-10 AGG; vgl. auch: Bros, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, § 8 Rn. 2; Fuchs, in: BeckOK ArbR, § 3 AGG Rn. 1; Rupp, RdA 2009, 307 ff.

548 Siehe hierzu z.B.: Winter, in: *Festschrift für Pfarr*, 2010, S. 320 (326).

549 Siehe hierzu beispielhaft: *EuGH*, Urt. v. 28.02.2013 (*Kenny*) – C-427/11 = NZA 2013, 315.

4. Prozessuale Anforderungen

Der Entgeltgleichheitsanspruch zwischen Männern und Frauen hat nur dann Aussicht auf Effektivität, wenn er auch gerichtlich durchgesetzt werden kann. Dafür reichen Informationen aufseiten der AnspruchstellerInnen über das Vorliegen der materiell-rechtlichen Tatbestandsmerkmale allein nicht aus. Im Rahmen der Informationsbeschaffung über sachverhaltsrelevante Tatsachen sind auch die besonderen prozessualen Anforderungen an den Nachweis bestimmter Tatsachen zu berücksichtigen. So scheint es für Beschäftigte zum Teil besonders problematisch sich darüber klar zu werden, welche Informationen sie als Beweise benötigen und wie sie diese erlangen können, da zumeist lediglich die ArbeitgeberInnen über sie verfügen.⁵⁵⁰ Auch leuchtet es ein, dass gerade bei der problematischen Informationslage im Antidiskriminierungsrecht die jeweiligen Beweisregeln von elementarer Bedeutung für die Durchsetzung desselben sind.⁵⁵¹ Bei Ansprüchen nach dem AGG gibt es nicht nur besondere Regeln zur Beweislast. Im Rahmen von Entgeltgleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts stellt sich zudem die Frage, wer als Vergleich herangezogen werden muss und inwieweit statistische Daten des Betriebs vor Gericht Beweiswert haben können. Überlegungen zu diesen Fragen lassen sich zur Gänze in die Systematik des § 22 AGG einordnen, weshalb dieser Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen sein soll.

a) Verteilung der Beweislast nach § 22 AGG

Der Grundsatz der Beweislastverteilung im deutschen Privatrecht erfolgt auch heute noch im Wesentlichen auf Grundlage der so genannten *Rosenberg'schen Formel*.⁵⁵² Verkürzt ausgedrückt besagt diese, dass jede Partei die Beweislast für die für sie vorteilhaften Tatbestandsmerkmale zu tragen hat.⁵⁵³ Hiervon wird jedoch nicht selten aufgrund von Gerechtigkeitserwä-

550 Gallagher, LSR 2006, 783 (800).

551 Grobys, NZA 2006, 898 (898); Prütting, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1311 (1312); Wenckebach, KJ 2011, 370 (372 f.); Schmidt, ZESAR 2012, 417 (417); Windel, RdA 2011, 193 (199).

552 Siehe nur: Foerste, in: Musielak (Hrsg.), ZPO, § 286 Rn. 34 f.

553 Ausführlich auch zur Kritik dieser Normtheorie: Prütting, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrgs.), Handbuch der Beweislast, 2009, § 5 Rn. 19 ff.

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

gungen abgewichen. Dies ist unter anderem angezeigt, wenn der Nachweis eines Tatbestandsmerkmals für die Person, zu dessen Vorteil er wäre, gar nicht oder nur mit übermäßigem Aufwand erbracht werden kann, weil das Tatbestandsmerkmal in der Sphäre der anderen Partei liegt.⁵⁵⁴ Wie bereits dargestellt, ist es den Beschäftigten im vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres möglich, eine geringere Entlohnung bei vergleichbarer Tätigkeit aufgrund ihres Geschlechts nachzuweisen. Insbesondere das Motiv der ArbeitgeberInnen (als innere Tatsache)⁵⁵⁵ für die ungleiche Entlohnung lässt sich für von den ArbeitnehmerInnen schwerlich beweisen. Daher wurde in verschiedenen europäischen Richtlinien die Beweislastverteilung für Gleichstellungsverfahren besonders geregelt.⁵⁵⁶ Der Umsetzung dieser Richtlinien im Bereich der Beweislast dient der § 22 AGG.

Gemäß § 22 AGG muss in einem Rechtsstreit eine Seite (in der Regel die klagenden Parteien) Indizien beweisen, die eine Benachteiligung wegen (hier) des Geschlechts vermuten lassen. Ist den KlägerInnen dies gelungen, kehrt sich die Beweislast insofern um, als dass sodann die beklagte Partei nachweisen muss, dass keine Benachteiligung vorliegt, respektive, dass die Benachteiligung gerechtfertigt ist. Die Beweislastumkehr des § 22 AGG will also dem Umstand Rechnung tragen, dass die Beschäftigten das Motiv, welches die ArbeitgeberInnen zu einer Ungleichbehandlung bewogen hat, in aller Regel nicht nachweisen können. Der Wortlaut der Norm ist in zweierlei Hinsicht zumindest missverständlich. Zum einen besteht Uneinigkeit über die Reichweite der Beweismaßreduzierung: Gilt diese lediglich für das Motiv der ArbeitgeberInnen oder bereits für die Frage, ob eine Benachteiligung vorliegt? Andererseits ist unklar, inwieweit die Indizien tatsächlich „bewiesen“ werden müssen.

554 BT-Drs. 16/1780, S. 47; *Laumen*, in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrgs.), Handbuch der Beweislast, 2009, § 3 Rn. 86; *Prütting*, in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrgs.), Handbuch der Beweislast, 2009, § 19 Rn. 11 ff.

555 Zum Begriff: *Laumen*, in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrgs.), Handbuch der Beweislast, 2009, § 13 Rn. 5 ff.

556 97/80/EG (Art. 4 I), 2000/43/EG (Art. 8 I), 2000/78/EG (Art. 10 I), 2004/113/EG (Art. 9 I).

aa) Reichweite der Beweismaßreduzierung

Im Rahmen des § 611a I 3 BGB a.F. war umstritten, wie weit diese Vorschrift das Beweismaß verringern wollte. Damals ging die überwiegende Meinung von einer Reduzierung des Beweismaßes lediglich beim Nachweis für den Grund der Benachteiligung aus.⁵⁵⁷ Nach heute wohl immer noch herrschender Meinung bezieht sich auch die mit § 22 AGG vorgenommene Beweismaßreduzierung lediglich auf den Nachweis, dass die Diskriminierung aufgrund eines verpönten Merkmals erfolgt sei.⁵⁵⁸ Die Tatsache, dass eine Diskriminierung überhaupt stattgefunden hat, respektive immer noch stattfindet, soll nach dieser Meinung zuvor von der klagenden Partei voll bewiesen werden müssen. Dies kann, gerade auch bei Entgeltgleichheitsklagen, zu entscheidenden Problemen führen. Wie bereits bei der Darstellung der materiell-rechtlichen Anforderungen festgestellt wurde, sind die Tatsachen, die beweisen, dass Angehörigen unterschiedlichen Geschlechts ungleiches Entgelt gezahlt wird, obwohl ihre auszuübenden Tätigkeiten vergleichbar sind, häufig nur schwer erkennbar. Dementsprechend problematisch wird daher regelmäßig auch ein Nachweis in Form des Vollbeweises dieser Benachteiligung ausfallen.

In diesem Teil der vorliegenden Arbeit soll es in erster Linie um eine Herausarbeitung der tatsächlichen Probleme der Informationsbeschaffung bei Entgeltgleichheitsklagen gehen. Daher beschränkt sie sich an dieser Stelle auf die Darstellung der herrschenden Meinung. Die Argumente der gegenteiligen Meinung, sowie ihre möglichen Konsequenzen, werden in Kapitel E. als eigenes Instrument zur Verbesserung der Informationen

557 *BAG*, Urt. v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 = NZA 2004, 540 (543); *Hanau*, in: *Festschrift für Gnade* 1992, S. 351 (351); *Klumpp*, NZA 2005, 848 (852); *Knigge*, BB 1980, 1272 (1273); *Prütting*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, 2004, S. 1311 (1316); *Schlachter*, RdA 1998, 321 (325); a.A., *Zwanziger*, in: *Appel et al.* (Hrsg.), *Handbuch zur Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsrecht*, 1998, Rn. 230.

558 *BAG*, Beschl. v. 20.05.2010 – 8 AZR 287/08 (A), 8 AZR 287/08 = NZA 2010, 1006 (1007); *Annuß*, BB 2006, 1629 (1635); *Grobys*, NZA 2006, 989 (900); *Kocher*, in: *Wedde* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, § 22 AGG Rn. 1; *Mohr*, in: *Adomeit/Mohr* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 20; *Rupp*, in: *HWK*, § 22 AGG Rn. 2; *Schlachter*, in: *ErfK*, § 22 Rn. 2, 8; *Willenssen/Schweibert*, NJW 2006, 2583 (2591); v. *Steinau-Steinrück/Schneider*, in: *Hümmerich/Boecken/Düwell* (Hrsg.) *AnwK-ArbR*, §§ 22, 23 AGG Rn. 5; *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, § 22 AGG Rn. 6.

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

über Tatbestandsvoraussetzungen des zu untersuchenden Anspruchs genauer zu überprüfen sein.⁵⁵⁹

Nach herrschender Meinung ist folglich von der klagenden Partei der Vollbeweis dafür zu erbringen, dass es eine Person, beziehungsweise eine Gruppe im Betrieb gibt, die gleichwertige Arbeit verrichtet und dass diese Person/Gruppe ungleich (besser) entlohnt wird. Die Tatsache, dass zwei unterschiedliche Tätigkeiten in derselben Tätigkeitsgruppe eines Kollektivvertrags eingestuft sind, reicht für sich genommen nicht aus, um eine Vergleichbarkeit der Tätigkeiten nachweisen zu können.⁵⁶⁰ Das Fehlen von Rechtfertigungsgründen einer Diskriminierung muss von der klagenden Partei nicht nachgewiesen werden.⁵⁶¹ Dies wäre schlicht nicht durchführbar und würde die Effektivität des AGG konterkarieren.⁵⁶² Reichen also zum Nachweis darüber, dass die Ungleichbehandlung auf dem Geschlecht beruht, zunächst lediglich Indizien aus, die dies vermuten lassen, so schließt sich damit die Frage an, welche (Hilfs-)Tatsachen als ausreichende Indizien in Entgeltgleichheitsprozessen aufgrund des Geschlechts angesehen werden können. Dies soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

bb) Nachweis der Indizien

Ursprünglich sollte § 22 AGG lauten: „Wenn im Streitfall die eine Partei Tatsachen glaubhaft macht, (...).“⁵⁶³ Kurzfristig wurden jedoch die Worte „Tatsachen glaubhaft macht“ durch „Indizien beweist“ ersetzt.⁵⁶⁴ Unklar ist seit Einführung des AGG, ob die Formulierung „Indizien beweist“ dahin gehend zu verstehen ist, dass zum Nachweis der Indizien tatsächlich ein Vollbeweis erbracht werden muss, oder ob auch weniger ausreichend

559 Siehe unten unter: E. III. 1. b) aa).

560 *EuGH*, Urt. v. 26.06.2001 (*Brunnhöfer*) – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883 (885).

561 *Bertzbach*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 37 m.w.N.; *Klumpp*, NZA 2005, 848 (852); *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, § 22 AGG Rn. 17; *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 115 f.; a.A.: *Rupp*, in: *HWK*, § 22 AGG Rn. 1.

562 Zum Gebot des effektiven Rechtschutzes in ähnlichem Zusammenhang: *EuGH*, Urt. v. 22.09.1998 – Rs C- 185/97 = NZA 1998, 1223 ff.

563 BT-Drs. 15/4538, S. 9.

564 BT-Drs. 16/2022, S. 6.

sein kann.⁵⁶⁵ Anders ausgedrückt: Müssen die KlägerInnen darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass bestimmte Indizien tatsächlich vorliegen, oder reicht es aus, wenn die Indizien von den KlägerInnen nur überwiegend wahrscheinlich gemacht werden? Bei Zweitem müssten die klagenden Parteien nicht voll beweisen, dass sie beispielsweise bei einem Vorstellungsgespräch nach einer Behinderung gefragt (was einem Indiz entsprechen würde) worden wären. Vielmehr würde ausreichen, wenn sie Tatsachen nachweisen könnten, die das Vorliegen des Indizes (der Frage) „überwiegend wahrscheinlich“ erscheinen lassen.⁵⁶⁶ Dies wäre beispielsweise durch die Benennung von ZeugInnen möglich, denen die ArbeitgeberInnen beim Vorstellungsgespräch dieselbe Frage gestellt haben. Zwar könnte damit nicht der Vollbeweis erbracht werden, dass die ArbeitgeberInnen Selbiges zu den KlägerInnen gesagt haben. Solche ZeugInnenaussagen könnten dies jedoch überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen.

Solange diese Frage nicht geklärt ist, ist es für potenziell beim Entgelt aufgrund ihres Geschlechts diskriminierte Personen sehr schwierig einzuschätzen, ob ihre Informationen den Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast vor Gericht genügen werden. Damit zeigt sich ein weiterer Punkt, an dem sich die geringen Informationen der Beschäftigten für sie nachteilig auswirken würden.

b) Zulässige Indizien im Rahmen des § 22 AGG

Welche Indizien als ausreichend betrachtet werden können, um die Beweislast umzukehren, muss in jedem Einzelfall gesondert festgestellt werden.⁵⁶⁷ Gleichwohl ließe sich aus der Rechtsprechung von *BAG* und *EuGH* einige Grundsätze erkennen.

Dabei ist zunächst festzustellen, dass mehrere Indizien, die für sich genommen nicht ausreichen würden, um die Vermutungswirkung des § 22 AGG herbeizuführen, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung dennoch geeignet sein können, diese Wirkung zu begründen.⁵⁶⁸ Dies hat Anfang 2013

565 Siehe unter: E. III. 2.

566 Siehe ausführlich unter: E. III. 2.

567 Für falsche oder in sich widersprüchliche Begründungen als zu berücksichtigendes Indiz siehe beispielsweise: *BAG*, Urt. v. 21.06.2012 – 8 AZR 364/11 = NZA 2012, 1345.

568 *BAG*, Urt. v. 24. 4. 2008 – 8 AZR 257/07 = NZA 2008, 1351 (1354).

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

der *EuGH* noch einmal bestätigt, indem er von einem „Bündel übereinstimmender Indizien“ sprach, durch die der Anschein einer Diskriminierung widerlegt werden könnte.⁵⁶⁹

Unter der Prämisse des effektiven Rechtsschutzes müssen sich die Anforderungen an die Aussagekraft der Indizien auch danach richten, welche Informationen die Beschäftigten überhaupt über die tatbestandsrelevanten Merkmale erlangen können.⁵⁷⁰ So geht auch der *EuGH* in der Entscheidung *Danfoss* davon aus, dass wenn ArbeitgeberInnen ein Entlohnungssystem nutzen, welchem jede Durchschaubarkeit fehlt, es zur Umkehr der Beweislast ausreicht, wenn „(...) der weibliche Arbeitnehmer auf der Grundlage einer relativ großen Zahl von Arbeitnehmern belegt, dass das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Arbeitnehmer niedriger ist, als das der männlichen Arbeitnehmer.“⁵⁷¹

Besonderer Aufmerksamkeit bedürfen im Rahmen des § 22 AGG die Fragen ob, beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen zum einen die Benachteiligung selbst, zum anderen ein statistischer Nachweis als Indiz ausreicht.

aa) Benachteiligung

Im Falle der Nicht-Beförderung einer Schwangeren machte das *BAG* deutlich, dass die Benachteiligung selbst noch kein Indiz dafür sei, dass diese aufgrund des verpunkteten Merkmals erfolgt.⁵⁷² In dem Urteil ging es jedoch auch davon aus, dass solche Indizien zur Umkehr der Beweislast ausreichen können, die aus einem regelhaft einem Geschlecht gegenüber ausgeübten Verhalten auf eine solchermaßen motivierte Entscheidung schließen lassen.⁵⁷³ Ob die regelmäßig niedrigere Entlohnung eines Geschlechts für die Annahme eines regelhaft einem Geschlecht gegenüber geübten Verhaltens ausreicht, ist fraglich. Jedenfalls aber kann davon ausgegangen werden, dass es im Falle einer unmittelbaren Entgeltdiskriminierung als Indiz ausreicht, wenn eine nachteilige Behandlung trotz Vergleichbarkeit

569 *EuGH*, Urt. v. 25.04.2013 – C-81/12 = NZA 2013, 891 (894).

570 So bereits: BT-Drs. 16/1780, S. 47.

571 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772 (773).

572 *BAG*, Urt. v. 24. 4. 2008 – 8 AZR 257/07 = NZA 2008, 1351 (1353).

573 *BAG*, Urt. v. 24. 4. 2008 – 8 AZR 257/07 = NZA 2008, 1351 (1352 f.); ebenso: *BAG*, Urt. v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 = NZA 2004, 540 (543).

der Personen nachgewiesen wird und wenn keine sachlichen Gründe für die Ungleichbehandlung ersichtlich sind.⁵⁷⁴

Die Abweichung, beispielsweise von Einstellungs- und Beförderungsfällen lässt sich damit erklären, dass bei diesen stets lediglich eine von vornehmlich begrenzte Anzahl von Vorzügen zu verteilen ist (ein Posten). Dass es dabei zu Ungleichbehandlungen kommt, ist eine logische Konsequenz hieraus. Eine Gleichbehandlung aller BewerberInnen ist nicht möglich und auch von niemandem – inklusive der BewerberInnen selbst – gewünscht. Ist eine Ungleichbehandlung aber der Art des Vorzugs immanent, so kann diese nicht Teil eines Indiz' für eine Diskriminierung bei der Verteilung desselben sein. Bei der Verteilung von Entgelt gibt es zwar eine faktische Begrenzung der Vorzüge in Form von begrenzten Ressourcen der ArbeitgeberInnen. Keinesfalls hat diese tatsächliche Grenze jedoch Auswirkungen auf die Art der Verteilung. Die begrenzte Ressource Entgelt lässt sich leicht zwischen gleich qualifizierten AnwärterInnen auf diesen Vorzug aufteilen – anders als eine zu besetzende Position.

Liegt hingegen eine mittelbare Entgeltdiskriminierung vor, so ist es möglich, dass auch in der benachteiligten Gruppe Personen des im Übrigen bevorzugten Geschlechts zu finden sind, beziehungsweise dass in der bevorzugten Gruppe, Beschäftigte des im Übrigen benachteiligten Geschlechts arbeiten. In diesen Fällen reicht die Benachteiligung (also die ungleiche Entlohnung trotz vergleichbarer Tätigkeit) für sich genommen in der Regel als Indiz nicht aus.⁵⁷⁵ Denn der (zumindest theoretische) Gegenbeweis der ersten Vermutung, dass die Benachteiligung auf dem Geschlecht beruht, liegt in Form von Frauen die besser, respektive Männer, die schlechter entlohnt werden, ebenfalls vor. Es ist der mittelbaren Diskriminierung immanent, dass diese nicht sofort erkennbar ist, sondern sich erst mit Untersuchung der scheinbar neutralen Vorschrift als Auswirkungen auf die verschiedenen Gruppen zeigt.⁵⁷⁶ Als zusätzliches Indiz muss hier, anders als bei der unmittelbaren Benachteiligung, anhand einer Vergleichsgruppe aufgezeigt werden, dass der Anteil des einen Geschlechts in der benachteiligten Gruppe wesentlich höher ist, als in der bevorzugten

574 In diesem Sinne auch: *EuGH*, Urt. v. 26.06.2001 (*Brunnhöfer*) – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883 (886); *Alenfelder*, ZfAD 3/07, 5 (8), *Kocher*, in: *Schiek*, AGG, § 22 Rn. 36; *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 74; *Röthel*, NJW 1999, 611 (612).

575 *EuGH*, Urt. v. 27.10.1993 (*Enderby*) – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797 (798).

576 *Winter*, ZTR 2001, 7 (11).

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

Gruppe.⁵⁷⁷ Solche Nachweise können unter anderem mittels statistischer Angaben geführt werden.

bb) Statistik

Bereits im Gesetzesentwurf zum AGG wurde festgehalten, dass als Indizien im Sinne des § 22 AGG Ergebnisse von Statistiken tatsächliche Anhaltspunkte darstellen können.⁵⁷⁸ Der *EuGH* lässt seit dem Fall *Enderby* ausdrücklich Statistiken als Indiz für eine Entgeltdiskriminierung zwischen Frauen und Männern zu, wenn diese aussagekräftig sind.⁵⁷⁹ Die Beurteilung hierüber überlässt er jedoch den nationalen Gerichten. Lediglich beispielhaft führt er an, die Statistik müsse „(...) sich auf eine ausreichende Anzahl an Personen beziehen und nicht rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen widerspiegeln (...).“⁵⁸⁰

Das *BAG* hat, nachdem es festgestellt hatte, dass Statistiken für die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung nicht zwingend erforderlich sind,⁵⁸¹ nun die Ansicht bestätigt, dass aussagekräftige Statistiken dennoch als Nachweis der Benachteiligung eines Geschlechts infrage kommen können.⁵⁸² In dem Fall klagte eine Frau, da sie der Ansicht war, aufgrund ihres Geschlechts nicht befördert worden zu sein. Eine generell diskriminierende Praxis in dem entsprechenden Betrieb stellte sie anhand von statistischen Daten über die Frauenanteile in der Gesamtbelegschaft und in der Führungsetage dar. Für die Annahme der ausreichenden Aussagekraft einer Statistik stellt das *BAG* jedoch relativ hohe Hürden auf. Zunächst stellt es klar, dass freilich auch solche statistischen Daten verwendet werden können, bei denen von Benachteiligungen in der Vergangenheit auf die Gegenwart geschlossen wird. Da das Gericht davon ausgeht, dass solche Tatsachen wirksame Indizien im Sinne des § 22 AGG sind, welche ein

577 *Colneric*, in: *Festschrift für Dieterich*, 1999, S. 46 (55).

578 BT-Drs. 16/1780, S. 47.

579 *EuGH*, Urt. v. 28.02.2013 (*Kenny*) – C-427/11 = NZA 2013, 315 (318); *EuGH*, Urt. v. 27.10.1993 (*Enderby*) – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797 (798); ebenso: *EuGH*, Urt. v. 13.01.2004 (*Allonby*) – Rs. C-256/01 = NUA 2004, 201 (205).

580 *EuGH*, Urt. v. 28.02.2013 (*Kenny*) – C-427/11 = NZA 2013, 315 (318); *EuGH*, Urt. v. 27.10.1993 (*Enderby*) – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797 (798).

581 *BAG*, Urt. v. 22.04.2010 – 8 AZR 966/08 = NZA 2010, 947 (950); *BAG*, Beschl. v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08 = NZA 2010, 222 (224).

582 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (99).

regelhaft einem Geschlecht gegenüber ausgeübtes Verhalten aufzeigen,⁵⁸³ kann Vergangenes naturgemäß nicht ausgeblendet werden.⁵⁸⁴ Damit die Statistik eine Aussagekraft besitzt, die sie als Indiz im Sinne des § 22 AGG klassifiziert, reichte jedoch nicht allein das Verhältnis zwischen dem Anteil der weiblichen Arbeitnehmerinnen an der Gesamtbelegschaft und dem „(...)“ unstreitig weit unterdurchschnittliche(n) Frauenanteil in den oberen Führungsebenen (...) aus.⁵⁸⁵ Darüber hinaus bedürfe es noch der Feststellung, wie viele Frauen überhaupt unterhalb der von der Klägerin geltend gemachten gläsernen Decke im Unternehmen angekommen seien. Auch müsse dargelegt werden, welche Positionen oberhalb einer gläsernen Decke im Einzelnen existierten und bei welchen Frauen auf den darunter liegenden Ebenen eine Beförderung auf diese Posten überhaupt denkbar wäre. Weiter führt das *BAG* aus, dass auch wenn angenommen werden könnte, es hätte ein „Reservoir für Beförderungen“ von Arbeitnehmerinnen auf Positionen oberhalb einer gläsernen Decke gegeben, dies für sich allein betrachtet den Schluss auf eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts noch nicht überwiegend wahrscheinlich mache.⁵⁸⁶ Bei dieser Betrachtungsweise hätte das *LAG* fehlerhaft andere Umstände, wie die lange Betriebszugehörigkeit vieler Direktoren und die gesamtgesellschaftlichen Verhältnisse, nicht berücksichtigt. Auch die Tatsache, dass in anderen Unternehmen der gleichen Branche eine höhere Frauenquote in Führungspositionen zu verzeichnen ist, sei grundsätzlich kein taugliches Indiz im Sinne des § 22 AGG.⁵⁸⁷ Generell bedürfe es für die Annahme einer Benachteiligung bei Beförderungen aufgrund des Geschlechts neben den statistischen Daten weiterer Anhaltspunkte.

Diese eher restriktive Handhabung des *BAG* der Statistik als Indiz ist zwar insbesondere unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes kritisch zu betrachten. Eine tiefer gehende Auseinandersetzung mit den Konsequenzen der Entscheidung, sowie dem Potenzial von Statistikbeweisen muss jedoch an anderer Stelle erfolgen.⁵⁸⁸ Gegenwärtig genügt die

583 Siehe bereits oben unter: D. I. 4. c) aa); *BAG*, Urt. v. 24. 4. 2008 – 8 AZR 257/07 = NZA 2008, 1351 (1352 f.); ebenso: *BAG*, Urt. v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 = NZA 2004, 540 (543).

584 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (99).

585 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (99).

586 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (99).

587 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (100).

588 Siehe unten unter: E. III. 3.; ebenso die kritische Darstellung bei: *Wenckebach*, KJ 2011, 370.

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

Annahme, dass das *BAG* in absehbarer Zeit nicht ohne Weiteres seine Rechtsprechung in diesem Punkt ändern wird. Damit stellt sich die Frage, welche Auswirkung das Urteil auf die hier zu erörternde Problemlage der Informationsbeschaffung bei geschlechtsspezifischen Entgeltgleichheitsfragen hat.

Die Fixierung des Gerichts auf das Unternehmen, in welchem die Beschäftigten arbeiten, lässt zunächst statistische Lohnvergleiche mit Beschäftigten in anderen Unternehmen, die unstreitig die gleiche Arbeit ausführen, ausscheiden. Sind Unternehmen betroffen, welche kein undurchschaubares Entlohnssystem nutzen, so deutet das Urteil darauf hin, dass eine statistische Erhebung als Indiz bei Entgeltgleichheitsklagen mitnichten weniger aufwendig für die KlägerInnen wäre, als sonstige Nachweise. Denn auch die Statistik müsste wohl, um aussagekräftig zu sein, zumindest Auflistungen darüber enthalten, welche Entgeltbestandteile bei welchen Beschäftigten welche Höhe haben.⁵⁸⁹ Auch müssten innerhalb der Statistik die Entgelte zu der jeweils ausgeübten Tätigkeit ins Verhältnis gesetzt werden.⁵⁹⁰ Geringere Anforderungen sind im Lichte der soeben dargestellten Entscheidung vom *BAG* nicht zu erwarten. Damit müssten die potenziellen KlägerInnen auch bei statistischen Nachweisen über detaillierte Informationen über die Entgeltzusammensetzung ihrer KollegInnen, sowie über ihre Tätigkeiten verfügen.

Weiterhin – auch das machte das *BAG* deutlich – ist es von entscheidender Bedeutung, welche Personen miteinander verglichen werden. Der Schwierigkeit, eine richtige Vergleichsgruppe zu bilden, wird sich im Folgenden zugewandt.

cc) Bildung der richtigen Vergleichsgruppe

Der Vergleich mit anderen Beschäftigten lässt sich bei § 22 AGG dogmatisch auf zwei Ebenen aufteilen. Zunächst ist im Rahmen der Benachteiligung darzulegen, dass eine (hypothetische) Person bei denselben ArbeitgeberInnen tätig ist, welche trotz vergleichbarer Situation eine bessere Behandlung erfährt. Damit ist der Nachweis einer Benachteiligung geführt. Sodann können andere Beschäftigte als Indiz dafür angeführt werden, dass

589 Ebenso: *Tondorf/Jochmann-Döll*, Newsletter zur Entgeltgleichheit Nr. 5/2011.

590 *Tondorf/Jochmann-Döll*, Newsletter zur Entgeltgleichheit Nr. 5/2011, genauer hierzu unter: E. III. 3. a).

die Ungleichbehandlung auf einem verpönten Merkmal beruht. Bei Entgeltgleichheitsstreitigkeiten aufgrund des Geschlechts ist dies vor allem bei dem Verdacht einer mittelbaren Entgeltdiskriminierung erforderlich.⁵⁹¹ Bei unmittelbarer Benachteiligung ist eine Vergleichsgruppenbildung hingegen nicht erforderlich. Um welche/n ArbeitnehmerIn oder ArbeitnehmerInnengruppe es sich konkret handelt, muss sodann im jeweiligen Einzelfall gesondert entschieden werden.

Grundsätzlich (so auch bei Art. 157 AEUV) ist die potenziell diskriminierte Person frei in der Auswahl der Beschäftigten (des anderen Geschlechts), mit denen sie sich vergleichen möchte.⁵⁹² Das *BAG* jedoch scheint zur Feststellung einer mittelbaren Entgeltdiskriminierung lediglich auf die Grundsätze zur mittelbaren Benachteiligung nach § 3 II AGG abstellen zu wollen.⁵⁹³ Wesentlicher Unterschied zwischen diesen Methoden ist, dass für die Frage, ob eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des § 3 II AGG vorliegt, alle vergleichbaren Tätigkeiten auch tatsächlich verglichen werden müssen. Die Grundgesamtheit, aus welcher sodann die Vergleichsgruppen zu ermitteln sind, besteht hierbei aus allen Personen, die von den Vorschriften, Kriterien oder Verfahren betroffen sind. Bei Entgeltgleichheitsklagen aufgrund eines diskriminierenden Tarifvertrags soll die Grundgesamtheit aus allen bei den ArbeitgeberInnen Beschäftigten bestehen, die eine gleiche oder gleichwertige Arbeit wie die klagende Person ausführen.⁵⁹⁴ Eine mittelbare Entgeltdiskriminierung sei in diesem Falle nur dann anzunehmen, wenn in der Vergleichsgruppe der besser gestellten Beschäftigten wesentlich mehr Beschäftigten des einen Geschlechts (im 1997 zu entscheidenden Fall: Männer), in der Vergleichsgruppe der schlechter gesellten Beschäftigten insgesamt aber wesentlich mehr Beschäftigte des anderen Geschlechts (Frauen) vorhanden wären. Unzulässig wäre es hingegen, die Vergleichsgruppe der besser gestellten (Männer) lediglich einem Teil der schlechter gestellten Vergleichsgruppe, nämlich ihrer eigenen Berufsgruppe gegenüberzustellen, wie dies die Klä-

591 Siehe unter: D. I. 4. c) aa).

592 Kocher, KJ 2007, 22 (28).

593 *BAG*, Urt. v. 22.04.2010 – 8 AZR 966/08 = NZA 2010, 947; *BAG*, Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 = NZA 1998, 599; Vgl. auch: Kocher, KJ 2007, 22 (27); genauer hierzu unter: E. III. 3.

594 *BAG*, Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 = NZA 1998, 599 (602); *Colneric*, in: Festschrift für Dieterich, 1999, S. 46 (58 f.); im Ergebnis ebenso: *BAG*, Urt. v. 22.04.2010 – 8 AZR 966/08 = NZA 2010, 947 (950).

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

gerin im Fall aus dem Jahr 1997 getan hatte.⁵⁹⁵ In der Rechtssache von 2010 wurde der Anspruch des Klägers mit der Begründung abgelehnt, er habe lediglich Alleinerziehende wie sich selbst mit Söhnen, die im fraglichen Zeitraum Grundwehr- oder Zivildienst leisteten, mit Alleinerziehenden KollegInnen von Töchtern, beziehungsweise von Söhnen verglichen, welche nicht im fraglichen Zeitraum Grundwehr- oder Zivildienst leisteten. Bei der Vergleichsgruppenbildung sei hingegen „(...) auf den gesamten Kreis der von der fraglichen Bestimmung erfassten Normunterworfenen abzustellen.“⁵⁹⁶ Die tarifvertragliche Norm, welche vom Kläger angegriffen wurde, benachteilige nämlich auch andere alleinstehende Beschäftigte. Dies sei vom Kläger fälschlicherweise nicht berücksichtigt worden.⁵⁹⁷

Wie *Colernic* treffend ausführt, besteht bei Entgeltungleichheitsfällen zwischen Frauen und Männern, anders als bei übrigen Antidiskriminierungsfallen, bezüglich der Vergleichspersonen eine besondere Problematik bereits in der Ermittlung des Personenkreises, aus welchem dann die Vergleichsgruppen gebildet werden sollen.⁵⁹⁸ Da dieser Personenkreis alle Beschäftigten umfassen soll, welche gleiche oder gleichwertige Arbeit innerhalb derselben kollektiven Regelung vornehmen, erfordert die Bildung der richtigen Vergleichsgruppe ein Vielfaches an Informationen über die Tätigkeiten anderer KollegInnen.

c) Zwischenfazit

Es hat sich gezeigt, dass auch um die prozessualen Anforderungen zu erfüllen, die klagenden Personen detaillierte Informationen über einen kaum abgrenzbaren Personenkreis darlegen und zum Teil auch beweisen müssen. So sind die Informationen über Gleichwertigkeit der Arbeit und ungleiche Entlohnung im Rahmen der Benachteiligung nach der herrschenden Meinung als Vollbeweis zu erbringen. Über die materiell-rechtlichen Anforderungen und deren Nachweis hinaus muss die klagende Partei in der Regel Indizien nachweisen, welche eine Diskriminierung aufgrund des

595 *BAG*, Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 = NZA 1998, 599 (601 f.).

596 *BAG*, Urt. v. 22.04.2010 – 8 AZR 966/08 = NZA 2010, 947 (950).

597 *BAG*, Urt. v. 22.04.2010 – 8 AZR 966/08 = NZA 2010, 947 (950).

598 *Colneric*, in: *Festschrift für Dieterich*, 1999, S. 46 (58).

Geschlechts vermuten lassen. Hierzu benötigen sie, wie aufgezeigt, zusätzliche Informationen.

Es wurde festgestellt, dass die folgenden spezifischen Informationen bei einem Entgeltgleichheitsanspruch zwischen den Geschlechtern benötigt werden: Welche anderen Tätigkeiten im Vergleich zur eigenen als (nicht-)gleichwertig angesehen werden müssen, wie hoch das Entgelt (inklusive Sonderleistungen) ist, was die betreffenden KollegInnen hierfür erhalten, und ob respektive welche möglichen Rechtfertigungsgründe hier vorliegen. Hingegen konnte noch nicht geklärt werden, weshalb die Beschaffung dieser Informationen solche Schwierigkeiten bereitet. Dies soll im Folgenden geschehen.

5. Konkrete Möglichkeiten der Informationsbeschaffung von potenziell Benachteiligten

Für Beschäftigte kann es verschiedene Quellen geben, aus denen sie ihre Informationen erhalten können. Im BetrVG gibt es im Wesentlichen zwei Bestimmungen, aus denen die Beschäftigten Informationen zu geschlechtsspezifischen Entgeltgleichheitsfragen generieren könnten. Nach § 82 II 1 BetrVG haben ArbeitnehmerInnen zwar einen Anspruch auf Erläuterung der Zusammensetzung des persönlichen Gehalts. Dieser Auskunftsanspruch erschöpft sich jedoch in Informationen zu ihrem eigenen Gehalt. Keine Auskünfte können sie bezüglich der Entgelte von KollegInnen erhalten.⁵⁹⁹ Es ist also festzustellen. Dass der § 82 BetrVG durch die Beschränkung auf das persönliche Gehalt, bei der Beschaffung der hier benötigten Informationen nicht weiterhilft. Um an diese Informationen zu gelangen, sind die Beschäftigten darauf angewiesen, dass die infrage stehenden KollegInnen ihnen ihre Daten freiwillig zur Verfügung stellen. Dabei kann es bezüglich Fragen der Arbeitsbewertung für ungeschulte Personen bereits schwierig sein, die richtige Beschäftigtengruppe für einen Gleichwertigkeitsvergleich zu finden. Auch ist es vorstellbar, dass Beschäftigte, deren Arbeit möglicherweise besser bewertet wird, kein großes Interesse haben, Details über ihre Arbeitsaufgaben, Betriebszugehörigkeit, tatsächliche Arbeitsanforderungen, Entlohnung, et cetera offen zu legen.

599 Siehe hierzu aber unter: E. IV. 2. a) aa).

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

Weiter ist im BetrVG in § 43 II 2 eine Berichtspflicht der ArbeitgeberInnen, unter anderem über den Stand der betrieblichen Gleichstellung von Frauen und Männern, normiert. Der Inhalt dieser Pflicht ist jedoch gesetzlich nicht weiter ausgestaltet. Im Ergebnis ist hier (wie die Arbeit im Verlauf noch zeigen wird)⁶⁰⁰ festzuhalten, dass die Beschäftigten bei dieser Berichtspflicht kaum Informationen erhalten werden, die über die Frauenquote in verschiedenen Vergütungsgruppen hinausgehen.

In kollektiven Regelungen wie Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen sind in der Regel Informationen über das Entgeltsystem vorhanden, welches im betreffenden Unternehmen verwendet wird. Diese Regelungen müssen „an geeigneter Stelle“ im Betrieb ausgelegt werden, sollten also für die Beschäftigten unproblematisch einsehbar sein (§ 8 TVG, § 77 II 3 BetrVG). Allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge sind nach § 9 II DVO-TVG im Betrieb auszulegen. Im Tarifregister beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales werden die Tarifverträge lediglich benannt, ihr Inhalt steht damit gerade nicht zur Einsicht nach § 16 DVO-TVG zur Verfügung.⁶⁰¹ Die Regelungen, die in Tarifverträgen über die Entlohnung getroffen werden, sind zumeist eher oberflächlich. Häufig werden sie erst auf betrieblicher Ebene so ausgestaltet, dass sie hinsichtlich der hier benötigten Informationen überhaupt aussagekräftig sein können. In Betrieben, in denen es einen Betriebsrat gibt, geschieht diese Ausgestaltung häufig in Form von – für die Beschäftigten einsehbaren – Betriebsvereinbarungen. In Deutschland sind, wie bereits dargestellt, 42,6 Prozent aller Beschäftigten (44 Prozent in Westdeutschland und 36 Prozent in Ostdeutschland)⁶⁰² in Betrieben tätig, in denen es einen Betriebsrat gibt.⁶⁰³ Gerade Wirtschaftszweige, in denen vermehrt Frauen tätig sind, wie Gesundheit, Erziehung und Lehre, oder Gastgewerbe und sonstige Dienstleistungen, liegen deutlich unter diesen Durchschnittswerten.⁶⁰⁴ Das bedeutet, dass gerade bei Frauen, für die solche Betriebsvereinbarungen in dem hier interessierenden Kontext von verstärktem Interesse sind, aufgrund der Strukturen

600 Siehe zur Berichtspflicht nach § 43 II 2 BetrVG ausführlich unter: E. IV. 1. a) aa).

601 Franzen, in: ErfK, § 6 TVG, Rn. 2 f.

602 Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2012, 297 (301).

603 Statistisches Bundesamt, Arbeitnehmer, die durch Betriebsräte vertreten werden, 2011, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension5/5_1_AnteilArbeitnehmerVertretungBetriebsraete.html, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013; Siehe auch oben unter: C. III. 3. h).

604 Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2012, 297 (303).

in ihren Betrieben noch häufiger als Männer keine Betriebsvereinbarungen über das abstrakte Entgeltsystem in ihren Betrieben vorhanden sind.

Betriebliche Entgeltsysteme können darüber hinaus nicht ohne Weiteres von den ArbeitnehmerInnen überprüft werden.⁶⁰⁵ Folglich ist für die Beschäftigten nicht nachvollziehbar, ob sich die ArbeitgeberInnen auch tatsächlich an die Vorgaben aus Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen halten oder ob sie bestimmten ArbeitnehmerInnen übertarifliche Zulagen zahlen, die nicht in Betriebsvereinbarungen festgelegt sind. *Frenzel* fasst hierzu treffend zusammen: „In den seltensten Fällen weiß eine diskriminierte Person, die sich auf Gleichbehandlung beruft, ob und in welcher Höhe andere Personen im Unternehmen unter welchen Voraussetzungen Leistungen erhalten oder kennt die ‚ungeschriebenen Gesetze‘ des Unternehmens hinsichtlich Gleichbehandlung.“⁶⁰⁶ Insofern bestätigt sich auch *Hirshs* Annahme, dass die ArbeitgeberInnen – zumindest bei größeren Unternehmen – oft die für ein Verfahren relevanten Beweise exklusiv besitzen und den Zeitpunkt der Freigabe unter taktischen Gesichtspunkten wählen könnten.⁶⁰⁷ Hinzu kommt, dass das *BAG* (noch) die Auffassung vertritt, § 8 TVG sei eine reine Ordnungsvorschrift und kein Schutzgesetz.⁶⁰⁸ Konsequenz hieraus ist, dass bei Verstoß der ArbeitgeberInnen gegen § 8 TVG kein Schadensersatzanspruch ausgelöst werden kann.⁶⁰⁹ Ein Anreiz, aus Furcht vor Sanktionen die Auslegungspflicht einzuhalten, besteht für die ArbeitgeberInnen nach bisheriger Rechtsprechung demnach kaum.

§ 2 I, IV NachwG schließlich bestimmt, dass die ArbeitgeberInnen den Beschäftigten innerhalb eines Monats ab Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Arbeitsbedingungen mitteilen müssen. Dazu gehören gemäß Absatz 1 S. 2 Nr. 5 und 6 sowohl eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der von den Beschäftigten zu leistenden Tätigkeit als auch

605 So auch: *Fuchs et al.*, KJ 2009, 253 (255).

606 *Frenzel*, ZESAR 2010, 62 (64).

607 *Hirsh*, LSR 2008, 239 (249 f.).

608 *BAG*, Urt. v. 23.01.2002 – 4 AZR 56/01 = NZA 2002, 800 (805), m.w.N.; hingegen ausdrücklich offen gelassen und damit möglicherweise in Vorbereitung auf einen Rechtsprechungswechsel: *BAG*, Urt. v. 21.02.2007 – 4 AZR 258/06 = AP TVG § 1 Tarifverträge: Dachdecker Nr. 8.; a.A.: *Bepler*, in: *Henssler/Moll/Bepler* (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2012, Teil 3 Rn. 115 ff.; *Fischer*, BB 2000, 354 (354 ff.), jeweils m.w.N.

609 Vgl. zu dieser Debatte ausführlich: *Zachert*, in: *Kempen/Zachert* (Hrsg.), TVG § 8 Rn. 8 ff.

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

Zusammensetzung und Höhe des eigenen Entgelts. Die kurze Tätigkeitsbeschreibung soll Dienstgrad, Amtsbezeichnung und Art der Stelle umfassen.⁶¹⁰ Es geht im Kern darum, durch die Tätigkeitsbeschreibung eine Einstufung in tarifvertragliche Entgeltgruppen zu ermöglichen.⁶¹¹ Die Nachweispflicht von Nr. 6 kann durch einschlägige Bestimmungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen ersetzt werden. Umfasst hiervon sind sämtliche Entgeltbestandteile, inklusive entgeltwirksamen und freiwilligen Leistungen.⁶¹² Bei der Nichtbeachtung der Nachweispflicht aus § 2 ist insbesondere auf zwei mögliche Folgen hinzuweisen. Wird es zum einen durch die Nichttaushändigung der Arbeitsvertragsbedingungen von ArbeitgeberInnenseite aus versäumt, auf im Betrieb gültige Tarifverträge hinzuweisen, ist es den ArbeitgeberInnen in einem späteren Prozess zwar nicht verwehrt, sich auf darin befindliche Ausschlussfristen zu berufen. Bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen kann sich jedoch aus der Verletzung der Pflicht aus § 2 I NachwG ein Schadensersatzanspruch nach §§ 286 I, 284, 249 BGB ergeben⁶¹³. Dies könnte – anders als bei § 8 TVG – den Grad der Einhaltung des § 2 I NachwG erhöhen. Die zweite mögliche Folge der Nichtbeachtung der Nachweispflicht ist eine Verringerung des Beweismaßes. Bei einer non-liquet Situation bezüglich der Vertragsbedingungen (worunter auch die Höhe des Entgelts fällt), geht diese bei Verletzung von § 2 NachwG zulasten der ArbeitgeberInnen.⁶¹⁴

Die Nachweispflicht der eigenen Tätigkeitsbeschreibung hilft bei der infrage stehenden Informationsbeschaffung kaum weiter. Im Zweifel werden die eigenen Aufgaben ohnehin von der Person am treffensten eingeschätzt, die sie selbst ausführt. Auch die Angaben über das Entgelt werden wohl der individuellen Abrechnung zu entnehmen sein. Ein Erkenntnisgewinn bezüglich der fraglichen Informationen geht daher mit § 2 I, IV NachwG schwerlich einher.

Abgesehen von den soeben aufgezeigten, gibt es für die Beschäftigten keine rechtlichen Möglichkeiten, an die Informationen zu gelangen, die

610 Preis, in: ErfK, § 2 NachwG Rn. 16.

611 Neumann, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.) GewO, § 5 NachwG Rn. 12; Preis, in: ErfK, § 2 NachwG Rn. 16.

612 Preis, in: ErfK, § 2 NachwG Rn. 17 f.

613 BAG, Urt. v. 17.04.2002 – 5 AZR 89/01 = NZA 2002, 1096 (1097 f.); Lakies, in: Wedde (Hrsg.), Arbeitsrecht, § 2 NachwG Rn. 29 f.

614 LAG Niedersachsen, Urt. v. 21.02.2003 – 10 Sa 1683/02 = NZA-RR 2003, 520 (520); Lakies, in: Wedde (Hrsg.), Arbeitsrecht, § 2 NachwG Rn. 28; Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), KSchR, §§ 1,2,3,4,5 NachwG Rn. 2.

für die Einschätzung der eigenen Entgeltsituation im Vergleich zu den übrigen Beschäftigten im Betrieb erheblich sind. Wie gesehen, herrscht in Deutschland bei dem Thema Gehalt immer noch eine Verschwiegenheitskultur vor. Es ist schlichtweg nicht üblich, sich mit KollegInnen oder anderen Personen über sein Entgelt zu unterhalten.⁶¹⁵ Daher ist davon auszugehen, dass wichtige Informationen regelmäßig gar nicht erst an die betroffenen ArbeitnehmerInnen gelangen.

6. Zusammenfassung

Die Analyse der Informationsbeschaffung von potenziell bei Entgelt diskriminierten Beschäftigten hat gezeigt, dass fehlende Kenntnisse bezüglich der Tatbestandsvoraussetzung zwar ein generelles Problem von AGG-Ansprüchen sind. Aus den aufgezeigten Gründen, ist diese Schwierigkeit jedoch bei Ansprüchen auf Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern besonders erörterungswürdig. Insofern bestätigt sich Hirshs Annahme, dass die ArbeitgeberInnen – zumindest bei größeren Unternehmen – oft die für ein Verfahren relevanten Beweise exklusiv besitzen und den Zeitpunkt der Freigabe unter taktischen Gesichtspunkten wählen können.⁶¹⁶

Neben den materiell-rechtlichen Problemen müssen sich potenzielle KlägerInnen auch Gedanken über die Beweisfestigkeit ihrer Nachweise machen, beziehungsweise darüber, inwieweit statistische Daten vor Gericht als aussagekräftig anerkannt werden. Der benötigte Wissensstand von potenziell benachteiligten ArbeitnehmerInnen einerseits und die Möglichkeiten, betreffende Informationen erlangen zu können andererseits, stehen in einem eklatanten Missverhältnis zueinander. Es klafft also eine Lücke zwischen dem Maß an Informationen, welches von den Beschäftigten benötigt wird, um einschätzen zu können, ob sie eventuell beim Entgelt diskriminiert werden und dem Maß an Informationen, welches sie realistischerweise erhalten können. Dieser Lücke wird bisher offensichtlich weder mit materiellen Informationsrechten, respektive Offenlegungspflichten noch mit einer angemessenen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast Rechnung getragen. Der effektive Rechtsschutz, dessen Wert

615 Siehe oben unter: C. III. 3. g) aa).

616 Hirsh, LSR 2008, 239 (249 f.).

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

nicht zuletzt von dem europäischen Gesetzgeber, besonders für antidiskriminierungsrechtliche Ansprüche immer wieder betont wird,⁶¹⁷ kann so nicht gewährleistet werden.

II. Mögliche AkteurInnen im Rahmen der Informationsbeschaffung

Die Untersuchung bezüglich der Informationsbeschaffung hatte in erster Linie die potenziell Diskriminierten, also die ArbeitnehmerInnen im Blick. Denn diese sind in solchen Fällen grundsätzlich klageberechtigt. Bevor sich die Arbeit im nächsten Kapitel mit den verschiedenen Instrumenten zur Verbesserung der Informationsbeschaffung über den Sachverhalt auseinander setzt, soll im Folgenden der Blick kurz auf sämtliche AkteurInnen erweitert werden, die bei dieser Beschaffung von Informationen über Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern eine Rolle spielen können. Von diesen ausgehend, werden sodann weitere Überlegungen darüber angestellt, welche Instrumente überhaupt näher untersucht werden sollen. In der gebotenen Kürze soll daher dargestellt werden, welche der AkteurInnen bei der Sachverhaltsermittlung infrage kommen, respektive wer in welcher Weise geeignet erscheint, berechtigt oder verpflichtet zu werden, um Informationen zu erhalten, beziehungsweise (weiter) zu geben.

1. Die ArbeitnehmerInnenseite

Neben den Beschäftigten besitzen die Betriebsräte Informationsrechte gegenüber den ArbeitgeberInnen. Solche können sich beispielsweise aus §§ 75 I, 80 I Nr. 1, II 1 & 2 BetrVG ergeben. Den Betriebsräten könnte im Folgenden allein deshalb eine wichtige Rolle zukommen, weil sie die Schnittstelle zwischen dem Unternehmen auf der einen und den Beschäftigten auf der anderen Seite bilden können. So könnten Betriebsräte Informationen über die betriebliche Entgeltpaxis überprüfen und bei Handlungsbedarf auf Abhilfe hinwirken.⁶¹⁸ Bezüglich innerbetrieblicher Instru-

617 Vgl. nur die Vorgaben zu der Beweislastverteilung in den verschiedenen Richtlinien: 97/80/EG (Art. 4 I), 2000/43/EG (Art. 8 I), 2000/78/EG (Art. 10 I), 2004/113/EG (Art. 9 I).

618 Siehe unten unter: E. V. 1. b.).

II. Mögliche AkteurInnen im Rahmen der Informationsbeschaffung

mente scheinen die Betriebsräte mit den soeben genannten Normen bereits über weitreichende Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung zu verfügen.

Hierin wird erneut ein strukturelles Durchsetzungsproblem der Entgeltgleichheitsansprüche zwischen Männern und Frauen deutlich. Während die Betriebsräte vergleichsweise gute Informationsmöglichkeiten haben, liegt die hauptsächliche Klagelast bei den Beschäftigten. Damit die Betriebsräte die Information über das Entgelt der Beschäftigten auch effektiver nutzen können, wären andere Instrumententypen von Nöten (Erweiterung der Klage- und Sanktionsmöglichkeiten). Diese werden in der vorliegenden Arbeit jedoch, wie bereits erörtert, nicht weiter thematisiert werden.⁶¹⁹

Schließlich könnten Gewerkschaften die fraglichen Informationen erhalten, verarbeiten oder an andere AkteurInnen weiterleiten. Gewerkschaften könnten sich auch deshalb für die Aufgabe der Informationsverarbeitung besonders gut eignen, weil sie, noch stärker als Betriebsräte, die Asymmetrie zwischen Unternehmen und Beschäftigten kompensieren können. Auch gibt es bei ihnen ExpertInnen für Bereiche wie Entlohnungspolitik und Gleichstellung. Damit haben sie ungleich günstigere Ressourcen als einzelne Beschäftigte, die relevanten Informationen zu identifizieren und zu bewerten. Beispiel hierfür ist die Problematik, wer überhaupt als eine, eine vergleichbare Tätigkeit ausführende Person infrage kommt, und wie viele, beziehungsweise welche Informationen sodann tatsächlich benötigt werden, um die Vergleichbarkeit beurteilen zu können. Entsprechende Informationen könnten Gewerkschaften jedoch lediglich im Rahmen von § 17 II AGG, das heißt bei einem groben Verstoß im Sinne von § 23 III BetrVG selbstständig gegenüber den ArbeitgeberInnen geltend machen.⁶²⁰

2. Die ArbeitgeberInnen

Die ArbeitgeberInnen müssen in diesem Zusammenhang sinnvollerweise mehr als Verpflichtete, denn als Berechtigte angesehen werden. Ihnen könnten unterschiedlichste Berichts- und Auskunftspflichten an verschie-

619 Siehe hierzu bereits: A. I.

620 .

D. Informationsbeschaffung als spezifisches Problem der Entgeltgleichheit

dene AkteurInnen auferlegt werden. Solche finden sich bereits jetzt in §§ 43 II 2 und 82 II 1 BetrVG. Nach der Analyse der Effektivitätsfaktoren von Normen kann vermutet werden, dass den Informationspflichten der ArbeitgeberInnen eine Schlüsselrolle bei einer effektiveren Gestaltung der Durchsetzung von Entgeltgleichheit der Geschlechter zukommen wird.

3. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Bisher ist die Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) kaum mit Rechten ausgestattet. Sie hat vornehmlich beratende und vermittelnde Funktion.⁶²¹ So soll sie Personen, die sich diskriminiert fühlen bei ihrer Rechtsdurchsetzung unterstützen, § 27 II AGG. Wird eine gütliche Streitbeilegung angestrebt, kann die ADS die Beteiligten um Stellungnahmen ersuchen, § 28 I AGG. Als öffentliche Behörde erscheint sie auch bei diesem de lege lata eher geringem Handlungsspielraum grundsätzlich geeignet, als Bindeglied zwischen ArbeitgeberInnenseite und ArbeitnehmerInnenseite zu fungieren.⁶²²

621 Ernst, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, § 27 Rn 2 ff.; Laskowski, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, § 27 Rn. 2.

622 Siehe hierzu unten unter: E. V. 1. b).

E. Überprüfung einzelner Instrumente zur Verbesserung der Informationsbeschaffung über Tatbestandsvoraussetzungen

I. Vorgehensweise

In diesem Kapitel sollen nun die zuvor gewonnenen Erkenntnisse zusammengeführt und weiter verarbeitet werden. Ziel ist es, verschiedene Instrumente auf ihre Tauglichkeit zur Verbesserung der Informationsbeschaffung über Tatbestandsvoraussetzung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern zu überprüfen. Wie in Kapitel C. der Arbeit herausgestellt wurde, gibt es einige Faktoren, die die Effektivität von Normen, und damit zumindest mittelbar von den hier zu untersuchenden Instrumenten, positiv beeinflussen können. Als wirksam haben sich insbesondere gezeigt: die Informiertheit der AdressatInnen über fragliche Normen, eine Sensibilisierung bezüglich der Problemstellung, welche die Norm lösen will, ein entsprechend positives Rechtsbewusstsein, beziehungsweise Rechtsgefühl gegenüber der Vorschrift, Verständlichkeit und klare Zielsetzung des Gesetzes, eine zugunsten der Norm ausfallende Kosten-Nutzen-Bilanz, sowie der Abbau von Zugangsbarrieren zu Gericht. Bei der Anwendung dieser Faktoren muss schließlich stets auf den besonderen Kreis der AdressatInnen und die Eigenarten der zu regelnden Materie geachtet werden.

Es gilt also, diese Effektivitätsfaktoren möglichst wirksam zu aktivieren. Dies könnte durch rechtliche Instrumente geschehen. Aus den in Kapitel D. dargestellten Gründen sollen lediglich solche Instrumente untersucht werden, die die Informationsbeschaffung über die Tatbestandsvoraussetzungen verbessern können. Weiterhin werden als Berechtigte beziehungsweise Verpflichtete nur die oben genannten AkteurInnen, jeweils im Rahmen der dort aufgezeigten Möglichkeiten in die Untersuchung einbezogen. Aus den in der Einleitung genannten Gründen wird weiterhin weitgehend auf eine Behandlung kollektiver Klagerechte verzichtet.⁶²³ Bei Instrumenten zur Verbesserung der Informationsbeschaffung bezüglich der Tatbestandsvoraussetzung des Entgeltgleichheitsanspruchs der Geschlech-

623 Siehe oben unter: A. I.

ter kommen einerseits materiell-rechtliche Offenlegungspflichten, andererseits prozessuale Vereinfachungen der Beweis- und Darlegungslasten in Betracht. Letztere werden unter dem Punkt verfahrensrechtlichen Instrumenten zu untersuchen sein. Die Offenlegungspflichten lassen sich weiter unterteilen, zum einen in solche, die sich ausschließlich innerhalb des Unternehmens, respektive zwischen ArbeitgeberInnen- und ArbeitnehmerInnenseite begründen (innerbetriebliche Instrumente). Andererseits kann es Offenlegungspflichten im Verhältnis von Unternehmensinternen zu -externen geben (außerbetriebliche Instrumente).

Eine Grundvoraussetzung dafür, dass Beschäftigtenrechte – hier speziell Informationsbeschaffungsrechte – erweitert werden können, wurde bisher jedoch noch nicht erörtert. Selbstverständlich müssen sich diese Rechte beziehungsweise die zu untersuchenden Instrumente im Einklang mit höherrangigem Recht befinden, beziehungsweise mit den Grundgedanken des gesamten Normsystems konform gehen. Es ist daher notwendig, sich zunächst mit den rechtlichen Grundlagen zu befassen, auf die sich die Instrumente stützen sollen.

II. Rechtliche Grundlagen der Handlungsoptionen

Angelehnt an den von *Nickel* verfassten Beitrag zu dem Projekt „Betrieblicher Gleichstellungsbericht“ des Instituts für internationale Sozialforschung (INFIS),⁶²⁴ soll hier kurz auf die Möglichkeiten der Modifizierung des geltenden Rechts mit dem Ziel von mehr Geschlechtergerechtigkeit bei der Entlohnung hingewiesen werden. Hier geht es also – anders als bei den Rechtsgrundlagen, die unter B. II. untersucht wurden – nicht um die Vorschriften, aufgrund derer die Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern festschrieben ist. Vielmehr zeigt die Arbeit im Folgenden solche Bestimmungen auf, die es ermöglichen, die Durchsetzung von Entgeltgleichheitsansprüchen aufgrund des Geschlechts effektiver zu gestalten. Sie bilden demnach das Rückgrat der sich anschließenden Überlegungen zu den verschiedenen Instrumenten.

624 Brüggemann/Riehle, Betrieblicher Gleichstellungsbericht, INFIS 2012.

Zunächst ist neben dem bereits erwähnten Übereinkommen Nr. 100,⁶²⁵ auf das 1961 ratifizierte Übereinkommen Nr. 111 der ILO hinzuweisen.⁶²⁶ In beiden Übereinkommen ist ausdrücklich festgelegt, dass sich die Mitgliedstaaten dafür einsetzen, die Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern, respektive die gleiche Behandlung in Beschäftigungsverhältnissen, aktiv zu fördern.⁶²⁷

Weiter wird in Artikel 21 IV der Richtlinie 2006/54/EG klargestellt, dass zur Erreichung von Gleichstellung im Berufsleben ArbeitgeberInnen Berichte über Gleichstellung im Betrieb an die ArbeitnehmerInnenvertretung abgeben sollen. Durch die Verbesserung der Informationsbeschaffung bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen von geschlechtsspezifischer Entgeltungleichheit kann die de facto bestehende Diskriminierung von Frauen bei der Entlohnung aufgedeckt werden. Nur dies kann zu einer Sanktionierung und dadurch zu einer Verhinderung bestehender oder zukünftiger Benachteiligungen in dem Bereich kommen. Instrumente, die diese Informationsbeschaffung erleichtern, können also als solche ausdrücklich erlaubten spezifischen Maßnahmen angesehen werden. In Artikel 11 der genannten Richtlinie werden die Mitgliedsstaaten dazu aufgefordert, den Austausch zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen zu fördern, „(...) mit dem Ziel, die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Überwachung der betrieblichen Praxis, (...) voranzubringen.“ Die Europäische Union geht also davon aus, dass unter anderem durch eine Überwachung der Gepflogenheiten der Betriebe ein Beitrag zur Gleichstellung geleistet werden kann. Dies bedeutet dann wohl auch, dass sie eine Verbesserung der Informationen von den ArbeitgeberInnen an die Beschäftigten als zielführend ansieht.

Bei der Untersuchung des BetrVG sind insbesondere die §§ 75 und 80 als Handlungsgrundlage hervorzuheben. Der Grundsatz aus § 75 I BetrVG besagt, dass ArbeitgeberInnen und Betriebsrat (neben anderen Pflichten) darüber zu wachen haben, dass keine Personen aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt werden. Hieraus ergibt sich eine Amtspflicht des Betriebsrats zur Überwachung sowohl der ArbeitgeberInnen als auch der Beschäftigten. Der Betriebsrat soll die Einhaltung der Grundsätze des § 75 I BetrVG untersuchen. Dieses Recht ist als Initiativrecht ausgestaltet, das heißt, der

625 Siehe oben unter: B. II. 1. a).

626 Internationale Arbeitsorganisation, Arbeitsnormen, abrufbar unter: <http://www.ilo.org/berlin/lang--de/index.htm>, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

627 Art. 2 Übereinkommen Nr. 100 und Art. 2 Übereinkommen Nr. 111.

Betriebsrat kann es auch ohne besonderen Anlass (beispielsweise durch eine konkrete Beschwerde eines Beschäftigten) ausüben.⁶²⁸ In § 80 BetrVG werden die allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats beschrieben. So hat er gemäß Absatz I Nr. 1 darüber zu wachen, dass Rechtsnormen, die zugunsten der ArbeitnehmerInnen geschaffen wurden, auch durchgeführt werden. Zu solchen Normen zählen sowohl Normen der europäischen Verträge als auch das AGG.⁶²⁹ Gerade aus dem AGG sollen sich für den Betriebsrat besondere Überwachungs- und Handlungspflichten ergeben.⁶³⁰ § 80 I Nr. 2a BetrVG normiert zusätzlich eine Förderungspflicht speziell zur Frage der Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Dadurch wird der Handlungsauftrag an die Betriebsräte gerade in diesem Bereich besonders hervorgehoben. Wie die Überwachungspflichten, beziehungsweise die spezielle Förderungspflicht zu geschlechtlichen Gleichstellungsthemen jedoch konkret aussehen soll, ist nicht weiter beschrieben. Insofern ist auf *Nickel* zu verweisen, der davon ausgeht, dass es zumindest einiger empirischer Daten bedarf, um diesen Überwachungspflichten nachkommen zu können.⁶³¹

Es bleibt festzuhalten, dass sowohl nach völkerrechtlichen, nach europäischen als auch nach nationalen Rechtsgrundsätzen und Rechtsnormen durchaus Spielraum für eine konkretere Ausgestaltung des Antidiskriminierungsschutzes (unter anderem) von Frauen in der Arbeitswelt besteht. Nach Analyse der verschiedenen Rechtsquellen würde es vielmehr nicht verwundern, wenn für eine effektivere Ausgestaltung der Rechte auf Beschäftigtenseite in diesem Bereich die entsprechenden Rechte von Deutschland mittelfristig nachgebessert werden müssten.⁶³²

III. Verfahrensrechtliche Instrumente

In Kapitel D. wurde also festgestellt, was die benötigen Informationen für die Beschäftigten sind und ebenso dass sie diese de lege lata kaum erhalten können. Als Konsequenz dieser Erkenntnisse muss nun eine Analyse

628 Berg, in: DKKW, BetrVG, § 75 Rn. 15.

629 Klebe et al., BK-BetrVG, § 80 Rn. 1; Kania, in: ErfK, § 80 BetrVG Rn. 3 m.w.N.

630 Buschmann, in: DKKW, BetrVG, § 80 Rn. 8.

631 Brüggemann/Riehle, Betrieblicher Gleichstellungsbericht, INFIS 2012, S. 19.

632 Ebenso wohl: Brüggemann/Riehle, Betrieblicher Gleichstellungsbericht, INFIS 2012, S. 18.

verschiedener Optionen erfolgen, wie diesem Informationsdefizit möglichst effektiv abgeholfen werden kann. Bei den verfahrensrechtlichen Instrumenten zur Verbesserung der Informationsbeschaffung geht es nicht um eine bessere Beschaffung von Informationen im eigentlichen Sinne. Wie deutlich wurde, stellt der Gesetzgeber auch auf prozessualer Ebene erhebliche Anforderungen an die KlägerInnen, bezüglich der Darlegungs- und Beweislast. Um diese zu erfüllen, bräuchten sie weitere Informationen aus der Sphäre der ArbeitgeberInnen. In erster Linie werden daher hier Instrumente analysiert, welche diese Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast der KlägerInnen herabsetzen. Argumente, die eine solche Art der Wirksamkeitssteigerung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes der Geschlechter stützen könnten, basieren auf der Annahme, dass die ArbeitnehmerInnen kaum je den Informationsstand der ArbeitgeberInnen erlangen könnten. Das gilt sowohl für die Fragen von Vergleichbarkeit der Tätigkeiten als auch für die Entlohnung. Wenn aber die Informationsasymmetrie auf materieller Ebene ohnehin nicht zur Gänze ausgeglichen werden kann, so muss auch auf der anderen Seite angesetzt werden, indem die Anforderungen an die klagende Partei herabgesetzt werden. Dies ist auf verschiedene Arten vorstellbar.

1. Ausdehnung der Beweiserleichterung

Der § 22 AGG besagt: „Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.“ Er beinhaltet damit unstreitig eine Erleichterung der Beweislast bezüglich der diskriminierenden Motivation von ArbeitgeberInnenhandlungen. Eine Möglichkeit, die Informationen der Beschäftigten über relevante Tatbestandsvoraussetzungen zu verbessern, und so den Entgeltgleichheitsanspruch zwischen Frauen und Männern effektiver zu gestalten, ist eine Ausdehnung der Beweiserleichterung des § 22 AGG auf die Frage der Benachteiligung. Die herrschende Meinung lehnt dies bisher ab.⁶³³

633 *BAG*, Beschl. v. 20.05.2010 – 8 AZR 287/08 (A), 8 AZR 287/08 = *NZA* 2010, 1006 (1007); *Annyß*, BB 2006, 1629 (1635); *Grobys*, *NZA* 2006, 989 (900); *Kocher*, in: *Wedde* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, § 22 AGG Rn. 1; *Mohr*, in: *Adomeit/Mohr* (Hrsg.), *AGG*, § 22 Rn. 20; *Rupp*, in: *HWK*, § 22 AGG Rn. 2; *Schlachter*, in:

a) Herrschende Meinung

aa) Die Argumente im Einzelnen

Zunächst muss für die Meinung, dass sich die Beweiserleichterung lediglich auf die Kausalität zwischen Merkmal und Benachteiligung bezieht, die amtliche Begründung zum Entwurf des AGG herangezogen werden.⁶³⁴ Dort heißt es bezüglich der Beweismaßabsenkung des § 22 AGG: „Der Kläger muss daher nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst den Vollbeweis führen, dass er gegenüber einer anderen Person ungünstig behandelt worden ist.“⁶³⁵ Hier, wie in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags,⁶³⁶ wird sich als Begründung unter anderem darauf bezogen, dass „auch nach den Grundsätzen des europäischen Rechts (...), derjenige, der sich auf eine Benachteiligung beruft, in einem Rechtsstreit die Beweislast für diese anspruchsgrundende Tatsache [trägt].“⁶³⁷ Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber die Reduzierung des Beweismaßes auf die Kausalitätsprüfung beschränken wollte und sich dabei argumentativ auf die allgemeinen Beweisregeln wie sie auch im europäischen Recht gelten würden, stützte.

Weiterhin wird angeführt, Sinn und Zweck der Beweiserleichterung sei die Beseitigung der Beweisnot der potenziell benachteiligten Person. Eine solche läge aber nur bezüglich des Grundes der Diskriminierung als innere Tatsache vor, nicht bezüglich der Diskriminierung als solcher.⁶³⁸ Daneben finden sich in der aktuellen Literatur kaum inhaltliche Begründungen, warum die Beweisreduzierung auf das Motiv der Benachteiligung beschränkt sein soll. Es scheint, als würde diese Frage von weiten Teilen des Schrifttums als nicht weiter erörterungsbedürftig angesehen werden.

ErfK, § 22 Rn. 2, 8; Willemse/Schweibert, NJW 2006, 2583 (2591); v. Steinau-Steinrück/Schneider, in: Hümmerich/Boecken/Düwell (Hrsg.) AnwK-ArbR, §§ 22, 23 AGG Rn. 5; Thüsing, in: MüKo-BGB, § 22 AGG Rn. 6; Siehe bereits oben unter: D. I. 4. b) aa).

634 BT-Drs. 16/1780.

635 BT-Drs. 16/1780, S. 47.

636 BT-Drs. 16/2022.

637 BT-Drs. 16/1780, S. 47; wortgleich: BT.-Drs. 16/2022, S. 13.

638 Klumpp, NZA 2005, 848 (852) (zu § 611a BGB); Prütting, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1311 (1316); Thüsing, in: MüKo-BGB, § 22 AGG Rn 6.

bb) Rechtssoziologische Bewertung

Vorliegend hätte also die klagende Partei den Vollbeweis dafür zu erbringen, dass sie ungleich entlohnt wird, obwohl sie vergleichbare Arbeit leistet wie ein/e KollegIn (beziehungsweise trotz nicht vergleichbarer Tätigkeit gleich entlohnt wird). Zwar müsste sie auch beweisen, dass sie ein anderes Geschlechts besitzt, also ein/e MerkmalsträgerIn eines der in § 1 AGG aufgeführten Merkmale ist. Dies ist bei dem Merkmal Geschlecht in der Regel jedoch vergleichsweise einfach. Die Tatsache aber, dass Entlohnung und Gleichheit, respektive Gleichwertigkeit, von Tätigkeiten von den Beschäftigten zu beweisen ist, hebt den Aufwand, und damit auch die Kosten, einer Rechtsdurchsetzung empfindlich. Die Beschäftigten müssten hierfür also, wie oben bereits dargestellt, detaillierte Informationen über die Entlohnung und die tatsächlichen Tätigkeiten ihrer KollegInnen besitzen, und dies in beweisfester Form. Hierfür müssten die KollegInnen in gewissem Maß bereits in die Vorbereitung eines Rechtsstreits miteinbezogen werden. Dies würde aber die identifizierten sozialen Hemmnisse einer gerichtlichen Anspruchsdurchsetzung weiter erhöhen.⁶³⁹ Ein rechtliches Mittel, diese Informationen der KollegInnen zu erlangen gibt es nicht. Andere Effektivitätsfaktoren von Normen hingegen, wie Sensibilisierung, Informiertheit oder Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl könnten durch die Beschränkung der Beweismaßreduzierung nicht positiv aktiviert werden, um die negative Beeinflussung der genannten Faktoren wieder auszugleichen. Daher muss in Hinblick auf die Auswirkung der in Kapitel C. identifizierten Effektivitätsfaktoren die herrschende Meinung kritisch gesehen werden.

b) Gegenmeinung

aa) Die Argumente im Einzelnen

Anschließend an der Darstellung der Zugangsbarrieren zu Gericht⁶⁴⁰ könnte darüber nachgedacht werden, die Beweismaßabsenkung des § 22 AGG entgegen der herrschenden Meinung auch für den Nachweis der Be-

639 Siehe oben unter: C. III. 3. f) bb).

640 Siehe D. I. 4. b) aa).

nachteiligung zuzulassen.⁶⁴¹ Dann müsste die klagende Partei auch hierfür lediglich Indizien nachweisen. Den ArbeitgeberInnen obliege es sodann zu beweisen, dass eine Benachteiligung nicht vorliegt, respektive, dass diese gerechtfertigt ist.

Dagegen spräche zunächst jedenfalls nicht der Wortlaut des § 22 AGG.⁶⁴² Bei der Formulierung „(...) Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, (...)“ könnten sich die Indizien durchaus auf beide in dem Halbsatz genannten Subjekte beziehen, nämlich sowohl auf den Grund als (kumulativ) auch auf die Benachteiligung. Darüber hinaus könnte bezweifelt werden, ob eine andere Sichtweise mit den europäischen Richtlinien vereinbar ist.⁶⁴³ Die für das Diskriminierungsrecht einschlägigen Richtlinien sehen eine Beweislastumkehr vor, wenn Personen „(...) Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen (...).“⁶⁴⁴ Dies, sowie die Formulierung des Erwägungsgrundes 30 der Richtlinie 2006/54/EG („(...) wenn der Anschein einer Diskriminierung besteht.“) machen deutlich, dass die besondere Beweislastregel für die gesamte Diskriminierung gelten solle, und nicht lediglich für ihre Motivation.⁶⁴⁵ Weiterhin führte der EuGH zu Art. 6 der ersten Gender-Richtlinie⁶⁴⁶ aus, alle Mitgliedstaaten hätten solche Vorschriften zu erlassen, „(...) die notwendig sind, damit jeder, der sich durch eine Diskri-

641 Dafür: *Bertzbach*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 15ff.; *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 137; *Grüneberg*, in: *Palandt* (Begr.), § 22 AGG Rn. 2; *Windel*, RdA 2011, 193 (196); *Linck*, in: *Schaub* (Hrsg.), ArbR-Hdb. § 36 Rn. 136; *Marhold*, in: *Fuchs/Marhold* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, S. 188; *Röthel*, NJW 1999, 611 (612 f.); *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 95. *Zwanziger*, in: *Appel et al.* (Hrsg.), Handbuch zur Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsrecht, 1998, Rn. 230.

642 *Bertzbach*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.) AGG, § 22 Rn. 16; ebenso: *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 01.02.2011 – 22 Sa 67/10 = NZA-RR 2011, 237 (238); *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 137, *Schlachter*, in: *ErfK*, § 22 AGG Rn. 2.

643 Dagegen bereits: *Zwanziger*, in: *Appel et al.* (Hrsg.), Handbuch zur Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsrecht, 1998, Rn. 230.

644 2000/43/EG (Art. 8 I), aus: *Bertzbach*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 17.

645 *Bertzbach*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 17; *Windel*, RdA 2011, 193 (196); *Zwanziger*, in: *Appel et al.* (Hrsg.), Handbuch zur Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsrecht, 1998, Rn. 230.

646 76/207/EWG.

minierung für beschwert hält, seine Rechte gerichtlich geltend machen kann.“⁶⁴⁷ Daher haben die Mitgliedstaaten „(...) dafür Sorge zu tragen, dass die Betroffenen die ihnen dadurch [durch die Richtlinie] verliehenen Rechte auch tatsächlich vor den innerstaatlichen Gerichten geltend machen können.“⁶⁴⁸

Röthel will den *EuGH* aufgrund diverser Entscheidungen so verstanden wissen, dass er von einer Miteinbeziehung der Benachteiligung in die Reduzierung des Beweismaßes bei der Richtlinie 97/80/EG ausgeht.⁶⁴⁹ Der *EuGH* habe in den Entscheidungen *Danfoss*⁶⁵⁰, *Enderby*⁶⁵¹ und *Royal Copenhagen*⁶⁵² Beweiserleichterungen auch über die Frage der Motivation der beklagten Partei hinaus zugelassen. Da sich die Beweislast-Richtlinie an dieser Rechtsprechung orientiert, sei die Reduzierung des Beweismaßes bereits für den Nachweis der Benachteiligung vorgesehen.⁶⁵³

Anfang der 1980er Jahre beschäftigte das *BAG* ein Fall, in dem knapp 30 Arbeiterinnen des Foto-Unternehmens „Heinze“ die gleiche übertarifliche Zulage einforderten, wie ihre männlichen Kollegen.⁶⁵⁴ Sie waren der Ansicht, sie würden gleichwertige Arbeit leisten. Hier reichte es nach Meinung des *BAG* aus, dass die Klägerinnen Anhaltspunkte für eine regelmäßig geringere Entlohnung aufzeigen konnten. Dies allein solle dazu führen, dass daraufhin die ArbeitgeberInnen darlegen und beweisen müssen, dass „(...) die von den Männern geleistete Arbeit anders zu bewerten ist.“⁶⁵⁵ Die Tatsache, dass die weiblichen Beschäftigten benachteiligt wurden, dass sie also weniger Lohn erhielten als ihre männlichen Kollegen, musste nach Ansicht des Gerichts nicht bewiesen werden. Vielmehr sollten bereits hier „Anhaltspunkte“ ausreichen.

647 *EuGH*, Urt. v. 22. 09. 1998 (*Coote*) – C-185/97 = NZA 1998, 1223 (1224).

648 *EuGH*, Urt. v. 22. 09. 1998 (*Coote*) – C-185/97 = NZA 1998, 1223 (1224).

649 *Röthel*, NJW 1999, 611 (612 f.).

650 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs. 109/88 = NZA 1990, 772 ff.

651 *EuGH*, Urt. v. 27.10.1993 (*Enderby*) – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797 (798).

652 *EuGH*, Urt. v. 31.05.1995 (*Royal Copenhagen*) – Rs. C-400/93 = AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 68.

653 *Röthel*, NJW 1999, 611 (612 f.), ebenso: *Marhold*, in: *Fuchs/Marhold* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, S. 188.

654 *BAG*, Urt. v. 09.09.1981 – 5 AZR 1182/79 = NJW 1982, 461 (461).

655 *BAG*, Urt. v. 09.09.1981 – 5 AZR 1182/79 = NJW 1982, 461 (461).

Das *LAG Baden-Württemberg* bezog sich in seinem Urteil vom 01.02.2011 ebenfalls auf Richtlinien und Urteile der Europäischen Union.⁶⁵⁶ In den einschlägigen Richtlinien und ihren Erwägungsgründen werde stets die Terminologie der Diskriminierung genutzt. Durch diesen Begriff würden die Benachteiligung und ihre Motivation zusammengefasst. Folglich bezögen die Richtlinien die Beweiserleichterung stets auf diese beiden Teile der Diskriminierung.⁶⁵⁷ Weiter führte das *LAG* ein Urteil des *EuGH* an. Dieser gehe in der *Feryn*-Entscheidung davon aus, dass eine Diskriminierung bereits in der öffentlichen Äußerung von ArbeitgeberInnen, sie werden keine ArbeitnehmerInnen bestimmter ethnischer Herkunft oder Rasse einstellen, liege könne.⁶⁵⁸ Damit bejahe der *EuGH* eine Diskriminierung aufgrund dieses Indiz' (dieser Aussage), ohne zuvor eine Benachteiligung der potenziellen ArbeitnehmerInnen festgestellt zu haben.⁶⁵⁹ Das europäische Recht gehe also insgesamt von einer Beweiserleichterung bereits bei der Frage der Benachteiligung aus. Darüber hinaus stelle der *EuGH* an anderer Stelle klar, dass nationale Vorschriften, die unterschiedliche Auslegungen zulassen, im Zweifel so auszulegen sind, dass sie das mit der Richtlinie verfolgte Ziel erreichen.⁶⁶⁰

Neben dem europäischen Recht stellt das *LAG* auf den Sinn und Zweck der Beweiserleichterung ab. So wolle § 22 AGG die Beweislast reduzieren, da aus einer Gesamthandlung diskriminierende Teile für die klagende Person oft nur schwer nachweisbar seien.⁶⁶¹ Gerade die Frage, wie die ArbeitgeberInnen eine hypothetische Vergleichsperson behandeln würden, sei für die potenziell benachteiligte Person aber keinesfalls leichter beweisbar, als die Anknüpfung der Benachteiligung an ein verpöntes Merkmal.

Schließlich geht auch *Peick* in seiner Analyse des § 22 AGG davon aus, „(...) dass eine Erleichterung für eine Beweisführung dort ansetzen muss, wo wegen eines Informationsdefizits die Beweisschwierigkeiten beste-

656 *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 01.02.2011 – 22 Sa 67/10 = NZA-RR 2011, 237 (238).

657 *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 01.02.2011 – 22 Sa 67/10 = NZA-RR 2011, 237 (238).

658 *EuGH*, Urt. v. 10.07.2008 (*Feryn*) – C-54/07 = NZA 2008, 929.

659 *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 01.02.2011 – 22 Sa 67/10 = NZA-RR 2011, 237 (238).

660 *EuGH*, Urt. v. 05.10.2004 – C-397/01 = NZA 2004, 1145 (1151 f.).

661 *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 01.02.2011 – 22 Sa 67/10 = NZA-RR 2011, 237 (239).

hen.“⁶⁶² Solche könnten aber bei Diskriminierungsfällen eben bereits bei der Frage der Benachteiligung auftreten.

Zwar wird argumentiert, Grund der Vorgabe einer Beweismaßreduzierung sei, dass die Motivation eine innere Tatsache ist, welche von der klagenden Partei schwerlich bewiesen werden könne.⁶⁶³ Auch wenn diese Begründung in Gänze zutreffend sein mag, so bedeutet sie mitnichten, dass die Reduzierung des Beweismaßes sich hierin erschöpfen muss. Vielmehr ist weiter zu fragen, ob nicht gerade dieser Telos für ein weites Verständnis der Beweiserleichterung spricht. Denn es ist zu erwarten, dass die klagende Partei bei Antidiskriminierungs-, respektive bei Entgeltgleichheitsverfahren häufig bereits bei dem Nachweis des ungleichen Entgelts trotz vergleichbarer Situation in Beweisnot kommt. Grundsätzlich geht auch der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass es bei der Verteilung der Beweislast auch auf die tatsächlichen Möglichkeiten der einzelnen Parteien ankommt, sich die benötigten Informationen beschaffen zu können. Dazu wurde in der Gesetzesbegründung zum AGG ausgeführt: „Es entspricht ebenso den Grundsätzen des deutschen Prozessrechts, die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast danach zu bestimmen, im Einflussbereich welcher Partei sich bestimmte Vorgänge ereignet haben.“⁶⁶⁴ Wie *Hanau* und *Knigge* anführen,⁶⁶⁵ hat das *BAG* mehrfach auf eine bestehende Beweisnot einer Partei mit der Absenkung des Darlegungs- und Beweismaßes reagiert.⁶⁶⁶ So führte es bereits im Jahre 1959 in einem Fall von ungleicher Entlohnung aus: „Darlegungs- und Beweislast müssen, wenn sie einen Sinn haben sollen, den treffen, der der gebotenen Darlegung und Beweislast der Sache nach am nächsten steht. Vom Kläger können somit nur solche Darlegungen und Beweisantritte erwartet werden, die ihm nach seiner Stellung innerhalb des DGB zugänglich sind und hinsichtlich derer ihm zuzumuten ist, sich entsprechend zu äußern.“⁶⁶⁷ Auch in

662 *Peick*, Darlegungs- und Beweislast nach § 22 AGG, 2009, S. 131.

663 Siehe oben unter: E. III. 1. a).

664 BT-Drs. 16/1780, S. 47.

665 *Hanau*, in: *Festschrift für Gnade*, S. 351 (358 f.); *Knigge*, BB 1980, 1272 (1273 f.).

666 *BAG*, Urt. v. 09.12.1976 – II ZR 205/74 = BHGZ 67, 383; *BAG*, Urt. v. 24.04.1974 – 5 AZR 480/73 = AP BGB § 611 Akkordkolonne Nr. 4; *BAG*, Urt. v. 09.11.1972 – 5 AZR 224/72 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 36; *BAG*, Urt. v. 25. 04. 1959 – 2 AZR 363/58 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 15.

667 *BAG*, Urt. v. 25. 04. 1959 – 2 AZR 363/58 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 15, Rn. 17.

einem anderen Fall bezüglich Gleichbehandlung bei der Entlohnung von Beschäftigten begründete das *BAG* die Modifikation der Darlegungs- und Beweislast mit der größeren Sachnähe und dem Gesamtüberblick der ArbeitgeberInnen.⁶⁶⁸ Das *BAG* geht also im Grundsatz davon aus, dass es gerade im Verhältnis Unternehmen – Beschäftigte Fälle geben kann, in denen die Beschäftigten die ursprünglich von ihnen erwarteten Anforderungen an Darlegungs- und Beweislast aus strukturellen Gründen nicht erfüllen können. Die Beweisnot wird folglich anerkannt und ihr wird abgeholfen.

bb) Rechtssoziologische Bewertung

Bei der Bewertung einer Ausdehnung der Beweiserleichterung aus rechtssoziologischer Sicht muss zunächst bedacht werden, dass es sich bei dieser Frage um eine höchst komplexe handelt, von welcher die typischen Adressierten des Entgeltgleichheitsanspruchs der Geschlechter in der Regel frhestens beim ersten Termin bei ihren RechtsanwältInnen Kenntnis erlangen werden. Um juristischen Beistand werden sich potenziell Diskriminierte aber im Normalfall erst dann bemühen, wenn sie zumindest das unbestimmte Gefühl haben, dass ihnen eigentlich ein Recht zustehen würde. Die hier vorzustellenden verfahrensrechtlichen Instrumente sind allesamt eher technische Methoden zur Verbesserung der Informationen über Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsanspruchs der Geschlechter. Aus diesem Grund eignen sie sich kaum für eine Sensibilisierung oder die Verstärkung eines Rechtsbewusstsein, respektive Rechtsgefühls. Sie werden ihre Wirkung in der Regel erst dann entfalten können, wenn bereits erste Zweifel an der Richtigkeit des Status quo entstanden sind. Dennoch können diese Instrumente auch aus einer rechtssoziologischen Perspektive heraus zur effektiveren Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Männern und Frauen beitragen. Denn auch wenn der Weg zu rechtlichem Beistand gefunden wurde, bedeutet dies mitnichten, dass damit eine Klage bereits auf den Weg gebracht ist.

AdressatInnen des § 22 AGG sind sowohl die ArbeitgeberInnen- als auch die ArbeitnehmerInnenseite. Für Erstere könnte das hier zu diskutie-

668 *BAG*, Urt. v. 09.11.1972 – 5 AZR 224/72 = AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 36.

rende Instrument zuvorderst eine abschreckende Wirkung haben. Durch Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast der klagenden Partei stünde für die ArbeitgeberInnen zu befürchten, dass die Gegenseite nun eher geneigt ist, den Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen Frauen und Männern durchzusetzen. Durch diese Furcht könnte ein höherer Befolgsgrad erreicht werden. Eine entsprechende präventive Wirkung kann von einer Norm beziehungsweise von Änderungen einer Norm nur dann ausgehen, wenn die Erschaffung oder Änderung durch die Normadressierten auch wahrgenommen wird. Werden die Daten ernst genommen, nach denen zwischen 70 und 77 Prozent aller Betriebe mit weniger als 100 Beschäftigten ihren arbeitsrechtlichen Sachverstand über ihre SteuerberaterInnen beziehen,⁶⁶⁹ entstehen ernstliche Zweifel, ob eine derart detaillierte Änderung der Beweislastregel des AGG bis zu den Personalverantwortlichen in den Betrieben durchdringen würde. Auf Beschäftigtenseite zeigt nicht zuletzt die Studie von Schramm,⁶⁷⁰ dass eine solche Änderung diese kaum ohne Weiteres zur Kenntnis genommen würde. Einerseits sollte man sich dieser Problematik durchaus bewusst sein, möchte man das Instrument der Ausdehnung der Beweismaßabsenkung zur Verbesserung der Informationen der Beschäftigten über den Sachverhalt nutzen. Andererseits ist es keinesfalls unmöglich, die benötigten Informationen über ein solches Instrument unter den speziell Adressierten gezielt zu verbreiten. Zu denken wäre hier nur an Informationsmaterial für bestimmte MuliplikatorInnen, seien dies Gewerkschaften, ArbeitgeberInnenverbände oder Interessengemeinschaften zum Thema Antidiskriminierungsrecht. Eine solche Verbesserung der Informiertheit über die rechtlichen Voraussetzungen soll jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein. Daher genügt es hier, auf das – nicht unlösbare – Problem hinzuweisen.

Durch eine Ausdehnung der Beweiserleichterung des § 22 AGG würde der Nachweisaufwand für die klagende Partei sinken. Die Kosten-Nutzen-Bilanz könnte damit zugunsten der Durchsetzung des Anspruchs verbessert werden. Erleichtert würde für die potenziell Diskriminierten zunächst nicht die Beweis-, sondern die Darlegungslast. Um eine Anwendung des § 22 AGG gewährleisten zu können, dürfen auch die Anforderungen an diese nicht zu hoch angesetzt werden.⁶⁷¹ Mit diesem Instrument könnte folglich eine merkliche Erleichterung der prozessualen Anforderungen an

669 Siehe C. III. 3. a) cc) (2).

670 Siehe C. III. 3. a) bb).

671 Frenzel, ZESAR 2010, 62 (64).

die klagende Partei entstehen. Es würden weniger detaillierte Informationen über die schwer zu erhaltenen, tatbestandsbegründenden Merkmale benötigt werden. Folglich wären auch weniger Auskünfte über und von KollegInnen einzuholen. Die Einbeziehung anderer Beschäftigter in die Vorbereitungen eines eventuellen Rechtsstreits wäre geringer als bei der herrschenden Meinung. Somit wären die sozialen Hemmnisse im Vergleich niedriger einzuschätzen. Die Frage, ob ein Anspruch durchgesetzt wird, würde mehr von einem Rechtsgefühl her bestimmt werden können und weniger von der konkreten Informiertheit, respektive der Informationen über den Sachverhalt. Aus rechtssoziologischen Erwägungen kann also bei der hier dargestellten Gegenmeinung, von einer größeren Effektivität des Entgeltgleichheitsanspruchs ausgegangen werden, als dies bei der Interpretation der herrschenden Meinung der Fall wäre.

c) Ergebnis

aa) Rechtsdogmatische Bewertung

Wie dargestellt, bestimmte bereits die mittlerweile aufgehobene Richtlinie über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Art. 4 I, dass eine Beweislastumkehr erfolgen sollte.⁶⁷² Dieser Passus wurde von mehreren Richtlinien im antidiskriminierungsrechtlichen Kontext übernommen,⁶⁷³ unter anderem von der Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen aus dem Jahre 2006.⁶⁷⁴ Auf diesen vier Richtlinien (2000/43/EG, 2000/78/EG, 2004/113/EG und 2002/73/EG, nunmehr neu gefasst als 2006/54/EG) baut das AGG auf.⁶⁷⁵ Die Formulierung der Richtlinien unterscheidet sich von der des § 22 AGG dadurch, dass nicht zwischen Benachteiligung und Grund der Benachteiligung unterschieden, sondern auf die Diskriminierung als Ganzes abgestellt wird. Dies spricht dafür, dass es ausreicht, Tatsachen nachzuweisen, die die Diskriminierung insgesamt vermuten lassen, inklusive der Ungleichbehandlung trotz vergleichbarer Situation. Zu dieser Ausle-

672 RiLi 97/80/EG; siehe oben unter: E. III. 1. b) aa).

673 RiLi 2000/43/EG (Art. 8 I), 2000/78/EG (Art. 10 I), 2004/113/EG (Art. 9 I).

674 RiLi 2006/54/EG (Art. 19 I), zuvor: 2002/73/EG.

675 Statt aller: *Schlachter*, in: ErfK, Vorbemerkung AGG Rn. 1.

gung des Wortlautes passen die Erwägungsgründe der Richtlinien zur Beweislastverteilung.⁶⁷⁶ Auch hier wird lediglich der Anschein einer Diskriminierung verlangt. Es wird gerade nicht unterschieden zwischen Tatsachen, die bewiesen werden müssen und solchen, bei denen das Beweismaß abgesenkt ist. Diese Unterteilung wäre aber wohl zu erwarten gewesen, hätten die RichtliniengeberInnen eine solche gewollt. Schließlich scheint auch der deutsche Gesetzgeber davon auszugehen, dass es das europäische Recht ausreichen lässt, wenn Personen „(...) dem ersten Anschein nach diskriminiert (...)“⁶⁷⁷ sind. Der erste Anschein bezieht sich also nicht nur auf die Motivation, sondern auf die Diskriminierung als Ganzes. Geht aber die Gesetzesbegründung des AGG von einer solchen Ansicht des europäischen Rechts aus, ist nicht erkennbar, warum der Gesetzgeber dies im deutschen Recht anders regeln sollten.

In der Rechtssache *Meister*⁶⁷⁸ geht der Generalanwalt Mengozzis davon aus, dass die Änderung der Beweislast von dem Unionsgesetzgeber trotz der Anerkennung der typischerweise vorliegenden Beweisschwierigkeiten bei Diskriminierungsverfahren auch deshalb nicht als vollständige Umkehr der Beweislast ausgestaltet wurde, „(...) da die Freiheit, die dem Arbeitgeber herkömmlicherweise bei der Entscheidung über die Einstellung seines Personals zusteht, nicht vollständig außer Acht gelassen werden konnte.“⁶⁷⁹ Diese Argumentation überzeugt jedoch in den hier interessierenden Fällen der Entgeltgleichheitsklagen nicht. Zwar gibt es auch keinen generellen Zwang, gleichwertige Arbeit ohne Rücksicht auf etwaige Besonderheiten stets gleich zu entlohnern. Die legitimen Gründe dies nicht zu tun, sind jedoch, nicht zuletzt mit Blick auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, weitaus geringer als dies bei Einstellungsentscheidungen der Fall ist, welche sich bei Vorhandensein mehrere gute BewerberInnen durch ein gewisses Maß an Willkür auszeichnen. War die Anerkennung der freiheitlichen Entscheidungswahrung der ArbeitgeberInnen aber ein Grund dafür, die Beweislasterleichterung für potenziell Diskriminierte nicht zu erweitern, so kann diese Argumentation im Umkehrschluss generell bei Fragen der Beweislastverteilung eher für eine arbeitnehmerInnenfreundliche Sichtweise angeführt werden. Das würde be-

676 Siehe oben unter: E. III. 1. b) aa).

677 BT-Drs. 16/1780, S. 47.

678 EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10 = NZA 2012, 493.

679 EuGH, Schlussanträge v. 12.01.2012 – C-C041/10 = BeckEuRS 2012, 643703, Rn. 1.

deuten, dass immer dann, wenn auf eine freiheitliche Entscheidung der ArbeitgeberInnen keine verstärkte Rücksicht genommen werden muss, weil sie – wie bei der Entgeltgleichheit – gar nicht in gesteigertem Maße vorliegt, vieles für eine Beweiserleichterung der Beschäftigten sprechen würde.

bb) Rechtssoziologische Bewertung

Relevante Informationen, beispielsweise über die Gleichwertigkeit zweier Tätigkeiten, finden sich in der Regel, ebenso wie bei der Frage der Motivation, in der Sphäre der ArbeitgeberInnen. Hierbei kann es sich um Arbeitsplatzbeschreibungen von KollegInnen handeln sowie schlicht um Wissen, welchen Tätigkeiten andere Beschäftigte tatsächlich nachgehen. Auch ist es denkbar, dass KollegInnen inoffizielle Aussagen über ihr Gehalt oder ihre Tätigkeit gegenüber der klagenden Partei treffen, welche sie in einem Gerichtsverfahren gegen ihre ArbeitgeberInnen jedoch nicht wiederholen möchten. Die Probleme bei der Informationsbeschaffung über die tatbestandsbegründenden Voraussetzungen wurden bereits erörtert.⁶⁸⁰ In diese Richtung ist auch *Grobys* zu verstehen, wenn er sagt: „Aber auch innerhalb des Betriebs sind viele Vorgänge der näheren Einsicht durch die Beschäftigten entzogen, insbesondere im Bereich der Entgeltgestaltung.“⁶⁸¹ Daher kann gerade bei Entgeltgleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts häufig bereits bei dem Nachweis der Benachteiligung von Beweisnot der klagenden Partei ausgegangen werden. Auch Sinn und Zweck der Beweislasterleichterung sprechen also im Ergebnis eher für ein weites Verständnis.

Die bei *Hanau* aufgeführten Urteile entstammen der Argumentation des Regierungsentwurfes zu § 611a BGB a.F.⁶⁸² Bei dieser werden sie als Begründung gegen eine vollständige Beweislastumkehr bei Entgeltgleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts aufgeführt. Eine solche wird hier jedoch mitnichten gefordert, sondern lediglich eine Umkehr, nachdem entsprechende Indizien nachgewiesen wurden.

Die Positionierung des *EuGH* ist nicht eindeutig. In der Sache *Brunnhöfer* führt er aus: „Es ist folglich Sache der Klägerin, mit allen rechtlich

680 Siehe oben unter D. insbesondere I. 3., D. I. 5.

681 *Grobys*, NZA 2006, 989 (898).

682 *Hanau*, in: Festschrift für *Gnade*, S. 351 (358 f.).

vorgesehenen Mitteln zu beweisen, dass die Beklagte ihr ein niedrigeres Entgelt zahlt als ihrem zum Vergleich herangezogenen männlichen Kollegen und dass sie tatsächlich die gleiche oder eine gleichwertige, mit dessen Arbeit vergleichbare Arbeit verrichtet, so dass sie dem ersten Anschein nach Opfer einer nur mit dem unterschiedlichen Geschlecht erklärbaren Diskriminierung ist.⁶⁸³ Hierbei ist zunächst unklar, ob sich das Gericht zu der Frage der Reichweite des Beweismaßes verhält, oder ob es in erster Linie um das Beweismaß der Indizien gehen soll. Unklar ist dies, da, wie bereits festgestellt, in Fällen von unmittelbarer Entgeltdiskriminierung die Benachteiligung selbst als Indiz angesehen wird.⁶⁸⁴ Auf der anderen Seite kann bei mehreren anderen *EuGH*-Entscheidungen davon ausgegangen werden, dass das Gericht eher zu einem weiten Verständnis der Beweislasterleichterung neigt.⁶⁸⁵

Werden schließlich rechtssoziologische Bewertungen der unterschiedlichen Reichweite der Beweislast in die Analyse miteinbezogen, so scheint das Instrument einer Reduzierung des Beweismaßes bereits bei der Frage, ob eine Benachteiligung vorliegt, sowohl aus rechtspolitischer als auch aus rechtsdogmatischer Sicht durchaus vertretbar. Ob die hier gegebenen Argumentationen über die Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern hinaus auch bei anderen Fällen von Benachteiligung in diesem Sinne greifen, ist in einer gesonderten Analyse zu prüfen. Wenn dies nicht der Fall sein sollte, sei weiter angemerkt, dass nichts dagegen zu sprechen scheint, den allgemeingültigen § 22 AGG in unterschiedlichen Konstellationen unterschiedlich extensiv auszulegen. Der bewusste Verzicht des Gesetzgebers auf die Weiterführung des ausdrücklichen Entgeltgleichheitsgebotes zwischen den Geschlechtern kann nicht bedeuten, dass nun alle Diskriminierungsmöglichkeiten streng nach dem gleichen Schema bearbeitet werden müssen, ohne Rücksicht auf die regelmäßig in Erscheinung tretenden Gegebenheiten bestimmter Diskriminierungsfälle. Dies würde der Vielfalt der Benachteiligungen und der hieraus resultierenden Eigenarten nicht gerecht werden. Davon geht im Übrigen auch das *BAG* nicht aus. Eine Sta-

683 *EuGH*, Urt. v. 26.06.2001 (*Brunnhofer*) – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883 (886).

684 Siehe oben unter D. I. 4. b) aa).

685 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs. 109/88 = NZA 1990, 772; *EuGH*, Urt. v. 27.10.1993 (*Enderby*) – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797 (798); *EuGH*, Urt. v. 31.05.1995 (*Royal Copenhagen*) – Rs. C 400/93 = AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 68; *EuGH*, Urt. v. 10.07.2008 (*Feryn*) – C-54/07 = NZA 2008, 929; siehe auch unter E. III. 2. a) aa).

tistik als Indiz einer Diskriminierung wurde von ihm gerade nicht allgemein, sondern lediglich bei geschlechtsspezifischer Diskriminierung anerkannt.⁶⁸⁶ Der *EuGH* beschränkt seine Ausführungen ebenfalls, wenn er davon ausgeht, dass sich die Beweislast immer dann umkehrt, „(...) wenn Arbeitnehmer, die dem ersten Anschein nach diskriminiert sind, sonst kein wirksames Mittel hätten, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen.“⁶⁸⁷

Es kann folglich angenommen werden, dass die Ausdehnung der Beweiserleichterung des § 22 AGG auch auf die Frage der Benachteiligung bei Entgeltgleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts die Effektivität der Durchsetzung dieses Anspruchs erhöhen könnte. Als Folge dieser Ansicht wird den ArbeitgeberInnen ein größeres Maß an Beweislast aufgebürdet, nämlich der Beweis, dass die Löhne gleich sind, respektive die tatsächlichen Tätigkeiten unterschiedlich. Die ArbeitgeberInnen sind diejenigen im Betrieb, denen die umfänglichsten Informationen über das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieser Tatbestandsmerkmale zur Verfügung stehen. Sie können daher ohne Weiteres darlegen, dass die Tätigkeiten gar nicht gleich sind, beispielsweise weil sie einer Person im Rahmen ihres Weisungsrechts noch weitere Aufgaben zugeteilt haben, oder dass das Entgelt doch gleich ist, weil bestimmte Zulagen faktisch nicht ausgezahlt werden.

2. Beweismaß der Indizien

Unabhängig davon, ob der oben dargestellten Meinung gefolgt wird, stellt sich ein weiteres Problem bei der Frage des Beweismaßes der Indizien. Die soeben diskutierte Beweislastumkehr tritt wie erwähnt lediglich dann ein, wenn die klagende Partei zuvor Indizien nachgewiesen hat, die die Benachteiligung, beziehungsweise den Zusammenhang mit einem verpinkten Merkmal vermuten lassen. Strittig ist hierbei, ob die Indizien tatsächlich bewiesen werden müssen, mithin die Frage, ob die Indizien zur Überzeugung des Gerichts feststehen müssen (§ 286 I ZPO),⁶⁸⁸ oder ob ein ge-

686 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93.

687 *EuGH*, Urt. v. 27.10.1993 (*Enderby*) – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797 (798).

688 *Ebert*, in: HK-BGB § 22 AGG Rn. 2; *Fricke*, VersR 2006, 1473; *Hoentzsch*, DB 2006, 2631 (2633); *Roloff*, in: BeckOK ArbR, § 22 AGG Rn. 6; *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 129.

ringerer Grad der Wahrscheinlichkeit ausreicht.⁶⁸⁹ Wäre Letzteres der Fall, so stünden den Beschäftigten mehr Optionen bei der Beibringung von Indizien einer Entgelddiskriminierung aufgrund des Geschlechts zur Verfügung. Dem Problem, dass ihnen grundsätzlich weniger gesicherte Informationen bezüglich möglicher Diskriminierungen beim Entgelt aufgrund des Geschlechts zur Verfügung stehen, könnte so abgeholfen werden.

a) Argumente für ein abgesenktes Beweismaß, Konsequenzen und rechtsssoziologische Bewertung

aa) Die Argumente im Einzelnen

In § 611a I 3 BGB a.F. hieß es noch: „Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, (...).“ Diese Formulierung sollte ursprünglich in das AGG übernommen werden. Wie bereits dargestellt, wurde der Wortlaut des § 22 AGG jedoch kurzfristig von „Tatsachen glaubhaft macht“ in „Indizien beweist“ geändert.⁶⁹⁰ In der Beschlussempfehlung und im Bericht des Rechtsausschusses ist ausdrücklich zu dieser Änderung Stellung genommen worden. Danach diene die Umformulierung lediglich als „Klarstellung für die Praxis; eine Rechtsänderung ist damit nicht verbunden.“⁶⁹¹

Es wurde auch erklärt, dass die Vorgaben der einschlägigen Richtlinien mit der neu gewählten Formulierung weiterhin erfüllt werden.⁶⁹² *Thüsing* geht davon aus, dass nach europäischem Recht potenziell Benachteiligte Tatsachen nur glaubhaft machen und gerade nicht zur überzeugenden

689 *Alenfelder*, ZfAD 3/07, 5 (6); *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774 (774); *Bayreuther*, NZA-Beil. 2011, 27 (32); *Kocher*, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 16; 43; *Mansel*, in: *Jauernig* (Hrsg.), BGB, § 22 AGG Rn. 3; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 22 Rn. 5; *Picker*, NZA 2012, 641 (643); *Preis*, in: A/P/S Kündigungsrecht, Grundlagen J Rn. 73a; *Raschka*, Darlegungs- und Beweiserleichterungen für Mobbinbetroffene, 2007, S. 150 f.; *Schlachter*, in: *ErfK*, § 22 AGG Rn. 3; *Thüsing*, MüKo-BGB, § 22 AGG Rn. 2, 10; *Windel*, RdA 2011, 193 (196 f.).

690 Siehe unter D. I. 4. b) bb).

691 BT-Drs. 16/2022, S. 13.

692 BT-Drs. 16/2022, S. 13.

Wahrscheinlichkeit des Gerichts beweisen müssen.⁶⁹³ Dies stehe sowohl mit Art. 4 der Beweislast-Richtlinie 97/80/EG als auch mit den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG (nunmehr zusammengefasst in der Richtlinie 2006/54/EG) in Einklang. Um die vom europäischen Recht gewollte einheitliche Ausgestaltung des europäischen Antidiskriminierungsschutzes durchsetzen zu können, müsse daher der § 22 AGG europarechtskonform ausgelegt werden. „Beweisen“ müsse folglich als „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ verstanden werden.⁶⁹⁴ Auf die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung stützt auch *Schlachter*⁶⁹⁵ maßgeblich ihre Argumentation. Beide nehmen – nicht ganz unproblematisch⁶⁹⁶ – an, dass dies auch ständige Rechtsprechung des *BAG* sei.

Kocher geht ebenfalls von der Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 22 AGG aus.⁶⁹⁷ Die Richtlinie 2000/78/EG führt in ihrem Erwägungsgrund 31 aus: „Eine Änderung der Regeln für die Beweislast ist geboten, wenn ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung besteht.“ Es soll somit ausreichen, „(...) wenn das Gericht das Vorliegen der Indiztatsachen für überwiegend wahrscheinlich hält oder die Diskriminierung unter Berücksichtigung der Unsicherheit überwiegend wahrscheinlich erscheint.“⁶⁹⁸ Als weiterer Beleg für diese Annahme verweist *Kocher* auf die Begründung in einem Gesetzesentwurf des AGG von 2004.⁶⁹⁹ Dort heißt es auf Seite 45: „Bleiben Vermutungstatsachen streitig, hat der Kläger sie mit den in der Zivilprozessordnung vorgesehenen Beweismitteln nachzuweisen. Die Anforderungen an das Beweismaß werden dabei jedoch abgesenkt. Es genügt, wenn das Gericht ihr Vorliegen für überwiegend wahrscheinlich hält.“⁷⁰⁰

Die Gesetzesbegründung⁷⁰¹ wiederum stützt sich auf das Grundsatzurteil des *BAG* vom 05.02.2004.⁷⁰² Das *BAG* hat vor der Einführung des

693 *Thüsing*, MüKo-BGB, § 22 AGG Rn. 2.

694 Sich ebenfalls auf eine richtlinienkonforme Auslegung stützend: *Alenfelder*, ZfAD 3/07, 5 (6); *Mansel*, in: *Jauernig* (Hrsg.), BGB, § 22 AGG Rn. 3.

695 *Schlachter*, in: *ErfK*, § 22 AGG Rn. 3.

696 Siehe unten, unter: E. III. 2. c).

697 *Kocher*, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 16; ebenso: *Windel*, RdA 2011, 193 (196 f.); *Windel*, RdA 2007, 1 (3 f.).

698 *Kocher*, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 16.

699 BT-Drs. 15/4538; *Kocher*, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 16.

700 BT-Drs. 15/4538, S. 45.

701 Ebenso: *Thüsing*, MüKo-BGB, § 22 AGG Rn. 2.

702 *BAG*, Urt. v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 = NZA 2004, 540.

AGG für den § 611 a I 3 BGB a.F. bereits festgelegt, dass der Wortlaut des Paragrafen nicht wörtlich zu verstehen ist. Die Glaubhaftmachung von Tatsachen, wie es im § 611 a I 3 BGB a.F. noch hieß, sei nicht als Glaubhaftmachung im Sinne des § 294 ZPO zu verstehen. „(...) verlangt ist lediglich eine Darlegung, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als wahrscheinlich erscheinen lässt.“⁷⁰³ Denn bereits der Sinn und Zweck einer solchen Glaubhaftmachung war bei Verfahren, in denen § 611a BGB a.F. angewendet wurde, in aller Regel nicht gegeben. Die Glaubhaftmachung des § 294 ZPO wird häufig in Fällen angewandt, in denen es um einstweilige Anordnungen geht. Hier ist es essenziell, dass das Gericht zeitnah eine Entscheidung fällen kann. Daher sind nach § 294 II ZPO auch nur solche Beweise statthaft, deren Aufnahme sofort erfolgen kann. Dies kann für Verfahren nach § 611a BGB a.F. nicht gewollt gewesen sein.⁷⁰⁴

Sehr ausführlich beschäftigte sich auch das *ArbG Berlin* mit dieser Frage.⁷⁰⁵ Es führt hierzu an, dass der Wortlaut, der von „beweisen“ spricht, keinesfalls zwingend einen Vollbeweis meinen müsse. Vielmehr sei der Ausdruck „Beweis“ mehrdeutig. Somit könne auch die Glaubhaftmachung als Beweis im weiteren Sinne angesehen werden.⁷⁰⁶ Des Weiteren stützt es sich auf die Gesetzesbegründung sowie im Zweifel auf eine richtlinienkonforme Auslegung des § 22 AGG.

bb) Konsequenz: unterschiedliche Beweisanforderungen an die Parteien

Wird davon ausgegangen, dass es für einen gelungenen „Beweis“ von Indizien nach § 22 AGG ausreicht, wenn das Gericht das Vorliegen der Indizien für überwiegend wahrscheinlich hält, können diese leichter nachgewiesen werden. Es stellt sich damit die Frage, in welchem Umfang die beklagte Partei daraufhin darlegen muss, dass diese Indizien nicht vorliegen.

Grundsätzlich ist es der gegnerischen Partei bei einer Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO gestattet, ihre Ausführungen ebenfalls lediglich

703 *BAG*, Urt. v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 = NZA 2004, 540 (543).

704 *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 75.

705 *ArbG Berlin*, Urt. v. 12. 11. 2007 – 86 Ca 4035/07 = NZA 2008, 492.

706 *ArbG Berlin*, Urt. v. 12. 11. 2007 – 86 Ca 4035/07 = NZA 2008, 492 (495); ebenso: *Peick*, Darlegungs- und Beweislast nach § 22 AGG, 2009, S. 181; *Prüting*, in: *MüKo-ZPO*, § 284 Rn. 23.

glaubhaft zu machen.⁷⁰⁷ Im Falle des § 22 AGG, respektive § 611a I 3 BGB a.F., handelt es sich aber gerade nicht um eine Glaubhaftmachung in diesem Sinne. Sinn und Zweck der Norm beachtend, kann eine bloße „Genglaubhaftmachung“ daher im vorliegenden Fall nicht ausreichend sein. Denn Sinn und Zweck des abgesenkten Beweismaßes ist vorliegend, das Informationsgefälle zwischen Beschäftigten und ArbeitgeberInnen auszugleichen.⁷⁰⁸ Deshalb ist eine Absenkung des Beweismaßes auf ArbeitgeberInnenseite nicht notwendig.⁷⁰⁹ Vielmehr wird in Literatur und Rechtsprechung wohl einhellig die Auffassung vertreten, ArbeitgeberInnen müssen, nachdem eine Diskriminierung aufgrund der Nachweise der ArbeitnehmerInnenseite zu vermuten ist, den vollen Beweis dafür erbringen, dass keine Benachteiligung vorliegt, beziehungsweise, dass diese gerechtfertigt ist.⁷¹⁰ Die hier dargestellte Meinung geht also davon aus, dass die klagende Partei Indizien zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Gerichts nachweisen muss, die eine Diskriminierung vermuten lassen, und dass daraufhin die ArbeitgeberInnenseite beweisen muss, dass diese nicht vorliegen bzw. dass die Benachteiligung dennoch gerechtfertigt ist. Bei einer non-liquet-Situation gehen die Zweifel dann aufgrund der Umkehr der Beweislast zulasten der beklagten Partei. Es werden im Prozess demnach stark unterschiedliche Anforderungen an die Parteien gestellt.

cc) Rechtssoziologische Bewertung

Betrachtet man die Absenkung des Beweismaßes der Indizien aus rechtssoziologischer Sicht, unter der Prämisse einer höheren Inanspruchnahme der Beschäftigten des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Männern und Frauen, so ergeben sich einige Parallelen zu der Bewertung der Ausdehnung der Beweislasterleichterung. Zunächst sei noch einmal auf die generelle Problematik vieler verfahrensrechtlicher Instrumente hingewiesen, dass eine Veränderung der jetzigen Rechtslage wohl einzig von spe-

707 *Prütting*, in: MüKo-ZPO, § 293 Rn. 23.

708 *Kocher*, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 1.

709 *Thüsing*, in: MüKo-BGB, § 22 AGG Rn. 20.

710 *ArbG Regensburg*, Urt. v. 05.12.2007 – 3 Ca 1161/07 S, 3 Ca 1161/07 = BeckRS 2010, 67027; *Kocher*, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 49; *Peick*, Darlegungs- und Beweislast nach § 22 AGG, 2009, S. 284 ff., m.w.N.; *Schlachter*, in: *ErfK*, § 22 Rn. 9; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, § 22 AGG Rn. 20.

zialisierten JuristInnen beziehungsweise von Gerichten zur Kenntnis genommen würde.⁷¹¹ Bei diesem speziellen Instrument kommt hinzu, dass eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ immer noch eine beweisrechtliche Hürde darstellt, die es für die klagende Partei zu überwinden gilt. *Bayreuther* weist bei Überlegungen zur Absenkung des Beweismaßes der Indizien nicht zu Unrecht darauf hin, dass diese Erleichterung die Darlegungs- und Beweisprobleme von Beschäftigten mitnichten aufhebt. Die Schwierigkeit solle nämlich schwerpunktmäßig bereits darin liegen, qualitativ und quantitativ ausreichende Indizien vorbringen zu können. Diese Problematik bleibe freilich auch dann bestehen, wenn das Beweismaß für den Nachweis der Indizien abgesenkt wird.⁷¹² In der Tat wird von den potenziell Diskriminierten auch mit dieser Auslegung des § 22 AGG immer noch verlangt, den Anfangsverdacht einer Diskriminierung zu belegen.⁷¹³ Das Erfordernis bleibt jedoch mit gutem Grund bestehen, schließlich sollen völlig hältlose Anschuldigungen gerade keine Beweislastumkehr hervorrufen können. Zur Bildung des benötigten Anfangsverdachts geben die Gesetze de lege lata allerdings nur wenig Hilfe.⁷¹⁴

Nichtsdestotrotz vermag auch das abgesenkte Beweismaß der Indizien die Kosten-Nutzen-Bilanz von potenziellen KlägerInnen zugunsten einer Klage zu verbessern. In Kumulation mit dem zuvor vorgestellten Instrument der Ausdehnung der Beweislasterleichterung wären von der klagenden Partei alle darzulegenden Tatsachen lediglich zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Hilfreich könnte dies beispielsweise für den Nachweis von Indizien sein, die in einem Vieraugengespräch aufgetreten sind. Gerade im Hinblick auf das in Kapitel D. analysierte Problem der fehlenden Möglichkeiten der Informationsbeschaffung ist anzunehmen, dass die Beweiserleichterung der Indizien hier einen erkennbaren Effekt zeigen kann. Es kann weiterhin davon ausgegangen werden, dass sich viele zum Vollbeweis benötigte Materialien wie Arbeitsplatzbeschreibungen anderer Beschäftigter oder bestimmte Informationen über verschiedene Entlohnungssysteme rein körperlich in der Herrschaftsgewalt der ArbeitgeberInnen befinden werden. Die Höhe des Beweismaßes könnte somit einen entscheidenden Unterschied bei der Frage nach den Erfolgschancen einer Klage ausmachen.

711 Siehe hierzu bereits die Ausführungen bei E. III. 1. b) bb).

712 *Bayreuther*, NZA-Beil. 2011, 27 (32).

713 So auch: *Hanau*, in: *Festschrift für Gnade* 1992, S. 351 (352).

714 Siehe sogleich unter E. IV.

b) Argumente gegen ein abgesenktes Beweismaß, Konsequenz und rechtsssoziologische Bewertung

aa) Die Argumente im Einzelnen

Die Stimmen in der antidiskriminierungsrechtlichen Literatur, die von der klagenden Partei verlangen, im Zweifel den Vollbeweis für die Indizien zu erbringen, stützen diese Ansicht vor allem auf den Wortlaut des § 22 AGG. Dieser sei insoweit eindeutig und ließe auch gerade im Vergleich zu der bewussten Änderung gegenüber § 611a I 3 BGB a.F. eine andere Interpretation als einen Vollbeweis der Indizien schwerlich zu.⁷¹⁵ Eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung hin zu einem Ausreichen einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit sei mit diesem eindeutigen Wortlaut des Beweises von Indizien nicht mehr vereinbar und würde einen unzulässigen Bruch des Wortlautes bedeuten.⁷¹⁶ Die Glaubhaftmachung im europarechtlichen Sinne sei ohnehin nicht als Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO zu verstehen. Erstere meine vielmehr, dass die klageende Partei Tatsachen zu beweise hat, welche eine Diskriminierung wahrscheinlich machen.⁷¹⁷

Wörl geht – anders als die VertreterInnen der zuvor dargestellten Ansicht – nicht davon aus, dass die Begründungserwägung Nr. 31 der Richtlinie 2000/78/EG für eine Absenkung des Beweismaßes spricht. Vielmehr entnimmt er dem Satz, dass eine Umkehr der Beweislast dann erforderlich sei „(...) wenn eine solche Diskriminierung nachgewiesen ist“, eher die gegenteilige Auffassung.⁷¹⁸ Des weiteren stelle der Erwägungsgrund Nr. 30 der Richtlinie 2006/54/EG klar, dass auch die Frage, welche Anforderungen an das Beweismaß der Indizien gestellt werden können, den einzelnen Mitgliedsstaaten obliege.⁷¹⁹ Sowohl die Rechtsprechung des *EuGH*, als auch die des *BAG* bestätige diese Ansicht. Bereits in der *Danfoss*-Entscheidung gehe der *EuGH* davon aus, dass die weiblichen Arbeitnehmer nur einen Unterschied zwischen den durchschnittlichen Entgelten nachweisen könnten, wenn ein System von Lohnzulagen streitig sei, dem

715 Fricke, VersR 2006, 1473; *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 54 f.

716 *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 57 f.

717 Hoentzsch, DB 2006, 2631 (2634).

718 *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 125 f.

719 *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 126.

jede Durchschaubarkeit fehle.⁷²⁰ Durch die Formulierung „nachweisen“ werde deutlich, dass der *EuGH* von einem Beweis der Hilfstatsachen ausgehe und gerade kein abgesenktes Beweismaß vor Augen hatte.⁷²¹ In der Rechtssache *Enderby* sei diese Tatsache für den *EuGH* so selbstverständlich, dass er einen Beweis der Hilfstatsachen zwar nicht ausdrücklich fordert, ihn aber gleichsam voraussetze.⁷²² Auch *Peick* geht, insbesondere aufgrund der *Brunnhöfer*-Entscheidung,⁷²³ davon aus, „(...) dass die Rechtsprechung eher gegen eine solche Beweismaßreduzierung spricht (...).“⁷²⁴ Hier führe der *EuGH* (wie oben dargestellt) zur Frage der Beweislast aus: „Es ist folglich Sache der Klägerin, mit allen rechtlich vorgeesehenen Mitteln zu beweisen, dass die Beklagte ihr ein niedrigeres Entgelt zahlt als ihrem zum Vergleich herangezogenen männlichen Kollegen und dass sie tatsächlich die gleiche oder eine gleichwertige, mit dessen Arbeit vergleichbare Arbeit verrichtet, so dass sie dem ersten Anschein nach Opfer einer nur mit dem unterschiedlichen Geschlecht erklärbaren Diskriminierung ist.“⁷²⁵

Schließlich werde im Urteil des *BAG* vom 05.02.2004 deutlich, dass das Gericht trotz Kenntnis der Richtlinien von der Notwendigkeit eines Vollbeweises der Indizien ausgehe.⁷²⁶ Dies sei an der Formulierung der Entscheidung zu erkennen, in welcher das *BAG* verlange, dass Hilfstatsachen dargelegt und ordnungsgemäß unter Beweis gestellt werden.⁷²⁷

bb) Konsequenz

Im Gegensatz zur Konsequenz aus der Gegenmeinung wäre hier ein geringeres Maß an Ungleichheit bei den Beweisanforderungen zwischen klagender und beklagter Partei gegeben. Zwar hätte die klagende Partei auch hier nicht die Kausalität zwischen Benachteiligung und eines in § 1 AGG genannten Merkmals zu beweisen. Durch den Vollbeweis der Indizien

720 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772 (773).

721 *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 129.

722 *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 129; *EuGH*, Urt. v. 27.10.1993 (*Enderby*) – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797, Rn. 14.

723 *EuGH*, Urt. v. 26.06.2001 (*Brunnhöfer*) – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883.

724 *Peick*, Darlegungs- und Beweislast nach § 22 AGG, 2009, S. 172.

725 *EuGH*, Urt. v. 26.06.2001 (*Brunnhöfer*) – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883 (886).

726 *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 129 f.

727 *BAG*, Urt. v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 = NZA 2004, 540 (543).

aber, wären ihre Beweisanforderungen kaum geringer als die, die an die beklagte Partei gestellt werden.

cc) Rechtssoziologische Bewertung

Bezüglich der rechtssoziologischen Bewertung dieser Ansicht bleibt auf die bereits getätigte Analyse im Rahmen der Gegenmeinung zu verweisen.⁷²⁸ Was dort als positive Folge einer Beweismaßsenkung für Indizien aufgezeigt wurde, gilt hier dementsprechend gerade nicht. Aus Sicht einer rechtssoziologischen Untersuchung mit dem Ziel einer Effektivitätssteigerung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern ist die zuerst dargestellte Ansicht daher vorzugswürdig.

c) Ergebnis

aa) Rechtsdogmatische Bewertung

Der Gesetzgeber wollten mit der kurzfristig geänderten Formulierung des § 22 AGG klarstellen, dass eine Glaubhaftmachung im Sinne des § 294 ZPO nicht gewollt war.⁷²⁹ Insbesondere sollte damit die Versicherung an Eides statt als Beweismittel ausgeschlossen werden. Die Tatsache, dass dies lediglich eine redaktionelle, ausdrücklich jedoch keine inhaltliche Änderung sein sollte, lässt die zuerst dargestellte Meinung als durchaus vertretbar erscheinen.⁷³⁰ Dass aus den Gesetzgebungsmaterialien lediglich ein Abgrenzungswille gegenüber dem § 294 ZPO bei Beibehaltung der Höhe des Beweismaßes auf Niveau des § 611a I 3 BGB a.F. zu erkennen ist, wird zum Teil auch von VertreterInnen des Vollbeweises der Indizien nicht bestritten.⁷³¹ Vor Inkrafttreten des AGG war weitgehend umstritten, dass mit der Glaubhaftmachung des § 611a I 3 BGB a.F. keine Glaubhaft-

728 Siehe unter E. III. 2. a) cc).

729 BT-Drs. 16/2022, S. 13.

730 Siehe auch oben unter: E. III. 2. a) aa).

731 Wörl, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 55f.; so wohl auch: Hoentzsch, DB 2006, 2631 (2633).

machung im Sinne des § 294 ZPO gemeint war.⁷³² Damit sollte insbesondere die Beschränkung auf Beweismittel, die sofort erhoben werden können (§ 294 II ZPO), nicht gelten.⁷³³

Dem Gesetzgeber ging es bei § 22 AGG folglich nicht um die Änderung der Beweisart, sondern lediglich um ein Absenken des Beweismaßes. Das Urteil von 2004 gibt die Richtung vor, welcher der Gesetzgeber folgen wollte, da er seine Ausführungen zur Beweismaßabsenkung der Hilfstatsachen hiermit untermauerte.⁷³⁴ Verkompliziert wird die Thematik dadurch, dass dieses Urteil von VerfechterInnen beider Ansichten als Bestätigung ihrer jeweiligen Meinung herangezogen wird.⁷³⁵ Die Ansicht der RichterInnen ist jedoch eindeutig erkennbar, wenn die fraglichen Sätze aus dem Urteil im Zusammenhang gelesen werden. In dem betreffenden Abschnitt geht es zunächst um die Glaubhaftmachung des damals noch gültigen § 611a I 3 BGB a.F. Hierzu wird im Urteil erklärt: „Dabei ist die Glaubhaftmachung nicht als Glaubhaftmachung im Sinne des § 294 ZPO zu verstehen; verlangt ist lediglich eine Darlegung, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als wahrscheinlich erscheinen lässt.“⁷³⁶ Damit verlangt das *BAG* hier im Grunde noch weniger als eine Glaubhaftmachung. Wenig später geht die Entscheidung zwar in der Tat davon aus, dass die Hilfstatsachen von der klagenden Partei „(...) ordnungsgemäß unter Beweis (...)“ gestellt werden müssen. Mit dem unmittelbaren Bezug auf die Klarstellung der Bedeutung des Wortes Glaubhaftmachung wird jedoch deutlich, dass mit ordnungsgemäßem Beweis nicht das Maß der richterlichen Überzeugung, sondern die Art des Beweises gemeint ist. Es soll klargestellt werden, dass hier im Grundsatz alle gesetzlich aufgeführten Beweismittel von den KlägerInnen verwendet werden können.

Das Urteil aus 2009 wird von einem großen Teil der Literatur als Bestätigung der Rechtsprechung von 2004 und der Gesetzesbegründung angesehen. Dass dieses Urteil aber das Beweismaß der Indizien tatsächlich senken möchte, lässt sich aus der isolierten Betrachtung des Wortlauts nicht entnehmen. Dort heißt es: „Nach der gesetzlichen Beweislastregelung gem. § 22 AGG genügt es, dass der Anspruchsteller Indizien vorträgt und

732 Statt vieler: *Prütting*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1311 (1316 f.).

733 Siehe oben unter: E. III. 2. a) aa).

734 Siehe auch oben unter: E. III. 2. a) aa).

735 Siehe oben unter: E. III. 2. a) aa), E. III. 2. b).

736 *BAG*, Urt. v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 = NZA 2004, 540 (543).

im Streitfalle beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. An diese Vermutungsvoraussetzungen ist kein zu strenger Maßstab anzulegen. Es ist nicht erforderlich, dass die Tatsachen einen zwingenden Indizienschluss für eine Verknüpfung der Benachteiligung mit einem Benachteiligungsmerkmal zulassen. Vielmehr reicht es aus, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung hierfür eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht.“⁷³⁷ Die Entscheidung muss aber wohl im Lichte der Entscheidung von 2004 und der Gesetzesbegründung gelesen werden. Hätte das *BAG* eine Abkehr von dieser Rechtsauffassung vornehmen wollen, ist anzunehmen, dass es dies kenntlich gemacht hätte. Das Urteil aus 2010,⁷³⁸ welches zum Teil ebenfalls als Nachweis für ein abgesenktes Beweismaß in der Rechtsprechung herangezogen wird, verhält sich im Grunde gar nicht zu dem Beweismaß der Indizien, wohl deshalb, weil diese im konkreten Fall umstritten waren.

An dieser Stelle wird ein Problem dieses Meinungsstreits deutlich, welches bereits von *Wörl* treffend benannt, bisher jedoch immer noch vorzufinden ist.⁷³⁹ Sowohl in der Rechtsprechung⁷⁴⁰ als auch in der antidiskriminierungsrechtlichen Literatur⁷⁴¹ wird nicht selten die Frage danach, ob die Indizien ausreichend nachgewiesen worden sind, und die Frage, ob die Vermutung durch die Indizien ausreichend nachgewiesen worden ist, vermischt.

Die Ausführungen *Wörls* in Bezug auf verschiedene *EuGH*-Urteile, überzeugen hingegen kaum.⁷⁴² Seine Annahme, der *EuGH* ginge von einem Vollbeweis der Hilfstatsachen aus, belegt er damit, dass im *Danfoss*-Urteil angeführt wird, die Beschäftigten müssten diese nachweisen. Die Erklärung dafür, warum er davon ausgeht, der *EuGH* habe nachweisen geschrieben und (voll) beweisen gemeint, bleibt er jedoch schuldig. Auch geht *Wörl* nicht auf den Umstand ein, dass die Entscheidung im Weiteren (und so auch in ihrem 1. Leitsatz) nicht von nachweisen, sondern von belegen spricht. Die Tatsache, dass das Urteil an anderer Stelle aus-

737 *BAG*, Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 = NZA 2010, 383 (385).

738 *BAG*, Urt. v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/08 = NZA 2011, 153.

739 *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 45.

740 Wie soeben dargestellt bei diesen Fragen nicht eindeutig unterscheidend: *BAG*, Urt. v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 = NZA 2004, 540, sowie *BAG*, Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 = NZA 2010, 383.

741 *Grobys*, NZA 2006, 898; siehe weitere Beispiele auch bei: *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 45.

742 Siehe oben unter: E. III. 2. b).

drücklich von Beweis spricht, wird ebenso wenig erörtert.⁷⁴³ Weiterhin überzeugt es nicht, in der Nicht-Forderung eines Beweises (der *Enderby-Entscheidung*) einen Beleg für dessen Notwendigkeit zu sehen. Ohne weitere Erläuterung lässt sich diesem Argument schwerlich folgen. Schaut man in die angegebene Stelle des Urteils, ist zu sehen, dass auch hier ausdrücklich davon gesprochen wird, dass die Hilfstatsachen von den Beschäftigten zu belegen seien, wobei es sich wiederum auf die vorangegangene *Danfoss*-Entscheidung stützt. Aufgrund der aufgezeigten Unstimmigkeiten kann jedenfalls aus diesem Begründungsansatz kein Argument für den Beweis von Indizien gefolgert werden. Auch *Peick* räumt ein, dass der *EuGH* mit Ausnahme der Rechtssache *Brunnhöfer* keine eindeutige Aussage bezüglich der Höhe des Beweismaßes der Indizien tätigt.⁷⁴⁴ Es scheint insoweit nur wenig überzeugend, allein aufgrund dieser Entscheidung von einer nach außen erkennbaren Überzeugung des *EuGH* zu sprechen. Dies gilt umso mehr, da er bei der zeitlich späteren *Feryn*-Entscheidung wieder von glaubhaften Tatsachen spricht.⁷⁴⁵

Fraglich ist weiterhin, ob die Richtlinie 2006/54/EG die Höhe des Beweismaßes tatsächlich in die Hände der Mitgliedstaaten legen wollte.⁷⁴⁶ Zwar führt die Richtlinie zur Beweislast unter anderem aus: „Es ist jedoch klarzustellen, dass die Bewertung der Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, weiterhin der einschlägigen einzelstaatlichen Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten obliegt.“⁷⁴⁷ Unmittelbar davor bestimmt sie jedoch: „Der Erlass von Bestimmungen zur Beweislast ist wesentlich, um sicherzustellen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung wirksam durchgesetzt werden kann. Wie der Gerichtshof entschieden hat, sollten daher Bestimmungen vorgesehen werden, die sicherstellen, dass die Beweislast (...) auf die beklagte Partei verlagert wird, wenn der Anschein einer Diskriminierung besteht.“ Ebenso vertretbar scheint es daher anzunehmen, dass aufgrund dieser relativ eindeutigen Positionierung der Richtlinie für das Ausreichen eines Diskriminierungsanscheins, mit der Bewertung von Tatsachen eher die Frage gemeint sein

743 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772 (773).

744 *Peick*, Darlegungs- und Beweislast nach § 22 AGG, 2009, S. 172.

745 *EuGH*, Urt. v. 10.07.2008 (*Feryn*) – C-54/07 = NZA 2008, 929 (931).

746 *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 128, siehe oben unter: E. III. 2. b).

747 Erwägungsgrund 30 der Richtlinie 2006/54/EG, S. 3.

dürfte, welche Indizien in welchem konkreten Einzelfall als ausreichend für eine Umkehr der Beweislast angesehen werden können.⁷⁴⁸ Im Übrigen könnte auch bei Annahme einer ausdrücklichen Übertragung der Frage der Beweismaßhöhe an die Mitgliedstaaten argumentiert werden, dass der deutsche Gesetzgeber sich laut Gesetzesbegründung des AGG gerade eigenständig für ein identisches Beweismaß wie das des § 611 a I 3 BGB a.F. entschieden haben.

Die oben dargestellte Konsequenz der Ansicht, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismaß von Indizien des § 22 AGG ausreicht, kann die ArbeitgeberInnenseite bei dem Beweis von Inhalten aus einem Vieraugengespräch mitunter stark treffen. Nach der Klarstellung des *BAG*, dass die beweisbelastete Partei bei einem solchen Gespräch ihre eigene Anhörung beantragen kann,⁷⁴⁹ könnte die unterschiedliche Höhe des Beweismaßes hier zu problematischen Ergebnissen führen. Die klagende Partei hat dann ihre Behauptung, dass in dem Gespräch Formulierungen gefallen seien, die eine Kausalität zwischen Benachteiligung und verpunktetem Merkmal vermuten lassen, lediglich überwiegend wahrscheinlich zu machen. Hat sich daraufhin die Beweislast umgekehrt, so ist nun die beklagte Partei in der Pflicht, den Vollbeweis für das Gegenteil zu erbringen. Der Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör, sowie Art. 6 EMRK verbieten es in solchen Situationen jedoch den Antrag auf Parteivernehmung anzulehnen, ohne zuvor die Partei zumindest informell nach § 141 ZPO anzuhören.⁷⁵⁰ Damit ist es den ArbeitgeberInnen auch mit einem abgesenkten Beweismaß der Indizien im Rahmen des § 22 AGG möglich, die von der KlägerInnenseite vorgebrachten Indizien zu entkräften, wenn es um die Inhalte eines Vieraugengesprächs geht.

bb) Rechtssoziologische Bewertung

Vergleicht man die Auswirkungen der unterschiedlichen Herangehensweisen aus rechtssoziologischer Sicht, so führt die Absenkung des Beweismaßes zu einer deutlich höheren Effektivitätswahrscheinlichkeit des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen den Geschlechtern. Bei einer vollumfänglichen Betrachtung dieses Instruments unter Berücksichtigung aller

748 Ebenso: *Windel*, RdA 2007, 1 (4).

749 *BAG*, Urt. v. 22. 05. 2007 – 3 AZN 1155/06 = NZA 2007, 885.

750 *BAG*, Urt. v. 22. 05. 2007 – 3 AZN 1155/06 = NZA 2007, 885 (886).

ermittelten Effektivitätsfaktoren, die hier eine Rolle spielen könnten, darf der Faktor Verständlichkeit und klare Zielsetzung des Gesetzes nicht außer Acht gelassen werden. Würde das Instrument der Absenkung des Beweismaßes ohne eine Gesetzesänderung in den § 22 AGG in jetziger Fassung hineingelesen, so müsste – wie von den VerfechterInnen dieser Ansicht ohnehin angenommen – das Wort „bewiesen“ als „überwiegend wahrscheinlich gemacht“ gelesen werden. Auch wenn dies aus semantischer Sicht möglich wäre,⁷⁵¹ so trüge es mitnichten zu einer besseren Verständlichkeit der Vorschrift bei. Aus rechtsssoziologischer Sicht sollte daher, so dieses Instrument umgesetzt werden würde, auch der Gesetzestext entsprechend angepasst werden.

3. Herabsetzung der Anforderungen an den Statistikbeweis

In nahezu jeder Kommentierung des § 22 AGG wird als Hilfstatsache, die eine Kausalität zwischen Benachteiligung und verpunktum Merkmal vermuten lassen kann, der statistische Vergleich genannt. Wie bereits festgestellt, hat das *BAG* zwar unlängst deutlich gemacht, dass Statistiken grundsätzlich als Indiz dienen können. Die Hürden, um eine Statistik in einem Diskriminierungsfall als aussagekräftig anzusehen, hat es jedoch relativ hoch angesetzt.⁷⁵² Bezuglich der der Arbeit zugrunde liegenden Fragestellung ist nun zu analysieren, ob die unzureichenden Informationsbeschaffungsmöglichkeiten der Beschäftigten über tatbestandsrelevante Tatsachen durch ein Herabsetzen der klägerInnenseitigen Nachweispflicht kompensiert werden könnten. Dabei soll untersucht werden, welche Anforderungen an die Statistik, respektive an die Indizien, die de lege lata neben der Statistik gefordert werden, bei Entgeltgleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts gestellt werden sollten. Hierbei könnten einerseits die Voraussetzungen an die geringe Informationslage der Beschäftigten angepasst werden. Andererseits dürfen aber keine unverhältnismäßig geringen Anforderungen an die grundsätzlich zunächst darlegungs- und beweisbelastete Partei gestellt werden. Es ist demnach zu untersuchen, welche konkreten Auswirkungen die einzelnen Anforderungen des *BAG* an den statis-

751 Siehe nur *ArbG Berlin*, Urt. v. 12. 11. 2007 – 86 Ca 4035/07 = NZA 2008, 492 (495).

752 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93; siehe oben unter D. I. 4. c) bb).

tischen Vergleich auf die Effektivität des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern haben, beziehungsweise welche Probleme hiermit verbunden sein könnten. Sodann soll überlegt werden, ob bei Absenkung der Anforderungen unter Berücksichtigung der Vorgaben des *EuGH* und der einschlägigen Richtlinien, ein positiver Einfluss auf die Effektivität zu erwarten wäre. Bei der Absenkung der Anforderungen untersucht die Arbeit zum einen die Frage, ob neben der Statistik noch andere Informationen mitgeliefert werden müssen, damit diese mit der Statistik gemeinsam als Indiz gewertet werden können.⁷⁵³ Zum anderen geht sie den konkreten Voraussetzungen nach, die an die Statistik als solche gestellt werden müssen.⁷⁵⁴

a) Das Urteil des BAG und seine Auswirkungen auf den Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen Männern und Frauen

Das *BAG* stellte in seinem Urteil zunächst klar, dass ein schlichtes Aufzeigen des Verhältnisses von Frauen in Führungspositionen zu dem Frauenanteil in der Gesamtbelegschaft als Indiz für eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht ausreicht.⁷⁵⁵ In Bezug auf die Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern dürfte damit klargestellt sein, dass außer, bei völlig undurchschaubaren Entgeltsystemen, ein erleichterter Nachweis wie bei *Danfoss*⁷⁵⁶ und *Enderby*⁷⁵⁷ ebenfalls nicht ausreichend ist.⁷⁵⁸ Die weiteren Voraussetzungen, die das *BAG* in seinem Urteil zur Anwendbarkeit von Statistiken als Indiz bei geschlechtsbezogener Benachteiligung bei Beförderung anstellt, lassen sich nicht direkt auf die Anforderungen an Statistiken zur geschlechtsspezifischen Diskriminierung beim Entgelt übertragen. Dennoch ist es möglich, aus ihnen abzuleiten, welche Angaben die Gerichte hierzu erwarten könnten.

In der fraglichen Entscheidung verlangte das *BAG* detailliertere Informationen darüber, wie viele Frauen unterhalb der gläsernen Decke angekommen sind, welche Frauen sich davon überhaupt auf Positionen befin-

753 Siehe unter: E. III. 3. b).

754 Siehe unter: E. III. 3. c).

755 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (99).

756 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772 (773).

757 *EuGH*, Urt. v. 27.10.1993 (*Enderby*) – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797 (798).

758 Siehe oben unter D. I. 4. c) bb).

den, die für eine konkrete Beförderung in Betracht kommen und welche Positionen oberhalb der gläsernen Decke im Einzelnen existieren.⁷⁵⁹ Es sollten also Situationen aufgezeigt werden, in denen Frauen nicht befördert wurden, obwohl sie für die konkret infrage kommende Position tatsächlich geeignet gewesen wären. Abgesehen davon, dass eine solche Selektion bereits vorausgegangene mögliche Beschäftigungsdiskriminierungen ausblendet,⁷⁶⁰ bedeutet es im Ergebnis nichts anderes, als dass jeweils konkrete ungleiche Behandlungen trotz vergleichbarer Situationen nachgewiesen werden müssen. Übertragen auf Statistiken zu Entgeltungleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts, müssten diese, um aussagekräftig im Sinne des *BAG* sein zu können, also angeben, dass es Tätigkeiten gibt, die überwiegend von Frauen ausgeführt werden und dass diese gegenüber gleichwertigen Tätigkeiten die überwiegend von Männern ausgeführt werden, in bestimmten Entgeltbestandteilen unsachgemäß geringer entlohnt werden.⁷⁶¹ Aufgezeigt werden müsste also in der Statistik nicht weniger als die konkrete Benachteiligung anderer Beschäftigter des gleichen Geschlechts. Das ist insofern nachvollziehbar, als dass die Statistik als Indiz lediglich dem Zweck dienen soll, die Kausalität zwischen Benachteiligung und verpöntem Merkmal nachzuweisen. Dazu würden sowohl Informationen über die konkrete Zusammensetzung der Entgelte dieser Beschäftigten benötigt, als auch Kenntnisse über ihre Tätigkeiten, um die Vergleichbarkeit mit den Tätigkeiten von KollegInnen des anderen Geschlechts, deren Daten ebenso umfänglich benötigt würden, darlegen zu können. Würden die Entgelte von Personen miteinander verglichen, die nicht gleichwertige Tätigkeiten ausüben, so müssten deren Entgelte zumindest in Verhältnis zu den jeweiligen Tätigkeiten gesetzt werden.⁷⁶² Bei Anwendung des bereits vorgestellten Instruments der Absenkung des Beweismaßes für Indizien müsste der Inhalt der Statistik lediglich überwiegend wahrscheinlich gemacht werden. Bereits ohne sich mit der Höhe des Beweismaßes und dessen Auswirkungen zu beschäftigen, erscheint es fraglich, ob die klagende Partei solche Datenmassen überhaupt darlegen kann.

759 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (99); siehe auch: *Wenckebach*, KJ 2011, 370.

760 Vgl. unter anderem: *Benecke*, DB 2011, 934 (935); *Wenckebach*, KJ 2011, 370 (376 f.).

761 Siehe oben unter D. I. 4. c) bb).

762 Diesen Schluss zieht aus dem *BAG*-Urteil auch: *Tondorf/Jochmann-Döll*, Newsletter zur Entgeltgleichheit Nr. 5/2011.

Über die konkreten Anforderungen an die Statistik hinaus verlangte das *BAG*, dass weitere Indizien über mögliche Gründe der Unterrepräsentation von Frauen in Führungspositionen dargelegt werden müssten, um eine Beweislastumkehr nach § 22 AGG herbeiführen zu können. Die Statistik kann also, auch wenn sie die Voraussetzungen erfüllt, welche das *BAG* an sie stellt, als alleiniges Indiz nicht ausreichen. Vielmehr wären als weitere Indizien laut Gericht die gesellschaftlichen Verhältnisse darzustellen, welche anstelle einer diskriminierenden Personalpolitik für die geringe Anzahl von Frauen in Führungspositionen verantwortlich sein könnten.⁷⁶³ Das *BAG* sieht eine Statistik als Indiz einer Diskriminierung bei Beförderungen demnach erst dann als ausreichend für eine Beweislastumkehr an, wenn diese in Bezug zu ihren gesellschaftlichen Rahmenbedingungen gesetzt wurde. Möchte die klagende Partei als Indiz einer Benachteiligung eine Statistik vorbringen, müsste sie zusätzlich eventuelle Rahmenbedingungen berücksichtigen und nachvollziehbar als unwahrscheinlich im konkreten Fall ausschließen. Die Argumentation, gesellschaftliche Verhältnisse „(...) die der Erwerbstätigkeit und/oder dem beruflichen Aufstieg von Frauen entgegenstehen (...)“⁷⁶⁴ seien ein für die Frage der Diskriminierung relevanter Gesichtspunkt, ist vergleichbar mit dem Argument des Personalmangels, welches als Rechtfertigung bei Entgeltungleichheitsunterschieden zum Teil angeführt wird.⁷⁶⁵ Auch hier ist es den gesellschaftlichen Verhältnissen geschuldet, welche Berufe aus unterschiedlichen Gründen gerade als erstrebenswert angesehen und dementsprechend häufig oder selten gewählt werden.⁷⁶⁶ Es könnte demnach gefolgert werden, das *BAG* übertrage eine konkludente Prüfung bestimmter Ursachen der Benachteiligung auf die klagende Partei. Denn auch wenn das *BAG* nicht ausdrücklich von der klagenden Partei verlangt, dass diese „(...) alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände“⁷⁶⁷ als Gründe der Benachteiligung analysiert, um diese dann ausschließen zu können, so müsste es nach der Entscheidung doch faktisch auf eine solche Prüfung hinaus laufen. Das *BAG* kritisierte an den Ausführungen der Vorinstanz unter anderem, dass andere Umstände, wie die gesellschaftlichen Verhältnisse, welche die ungleiche Verteilung der Geschlechter auf den Hierarchieeben-

763 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (99 f.).

764 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (99).

765 Vgl. hierzu: *Winter*, in: *Festschrift für Pfarr*, 2010, S. 320 (326).

766 Vgl. hierzu: *Wenckebach*, KJ 2011, 370 (378).

767 *BAG*, Urt. v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 (99).

nen auch erklären könnten, von dieser nicht berücksichtigt wurden. Ist den KlägerInnen also daran gelegen, dem Argument der möglichen anderen Gründe für eine Benachteiligung vorzukommen, so sind sie nunmehr darauf angewiesen, solche Umstände, welche ein Gericht als andere Möglichkeiten anführen könnte, zu identifizieren und für ihre Situation als unwahrscheinlich nachzuweisen, um die Umkehr der Beweislast auf die ArbeitgeberInnenseite herbeiführen zu können.

Wie aufgezeigt wurde, stellt das *BAG* mit dem soeben erläuterten Urteil hohe Anforderungen an Statistiken beziehungsweise ihre Rahmenbedingungen als Indizien einer Entgelddiskriminierung zwischen Frauen und Männern. *Döse* fasst die mit dem Urteil verbundenen Schwierigkeiten für klagende Parteien wie folgt zusammen: „[Es] sind nach diesem Urteil starke Zweifel daran angebracht, ob es Frauen ohne Tätigwerden des Gesetzgebers überhaupt noch möglich sein wird, anhand von statistischer Beweisführung eine bestimmte Beförderungs- oder Lohnpolitik auf dem Kla- gewege anzugreifen.“⁷⁶⁸ Diese Zweifel gelten gerade für die in dieser Arbeit im Fokus stehenden Entgeltgleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts. Die Informationsfülle, welche von der klagenden Partei in diesen Fällen gefordert wird, steht in keinerlei Verhältnis zu den Informationen, die Beschäftigte hierüber typischerweise besitzen (können).⁷⁶⁹ Im Rahmen der effektiveren Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Männern und Frauen scheint es folglich angebracht, Handlungsoptionen bezüglich der Statistik als Indiz zu prüfen, welche den Informati- onsschwierigkeiten der Beschäftigten besser Rechnung tragen.

b) Die Statistik als ausreichendes Indiz

aa) Rechtsdogmatische Bewertung

Es liegt nahe, zumindest den statistischen Nachweis in der vom *BAG* vor- gegebenen Form als alleiniges Indiz im Sinne des § 22 AGG ausreichen zu lassen. Das bedeutet, dass keine Angaben zu gesellschaftlichen Gegebenheiten oder Ähnlichem überprüft werden müssten, um eine Beweislastum- kehr zu bewirken. Solche wären vielmehr lediglich Rechtfertigungsgrün- de, welche die ArbeitgeberInnenseite anführen könnte. Die Lesart des

768 *Döse*, STREIT 2011, 51 (52).

769 Siehe oben unter D. I. 5.

BAG des § 22 AGG ist nicht zwingend. Die Statistik als solche wäre immer noch aussagekräftig, da sie weiterhin Informationen beinhalten würde, die aufgrund ihrer Gültigkeit für mehr Beschäftigte als die klagende Person, auch de lege lata ein ausreichendes Indiz im Sinne des § 22 AGG darstellen würde.

bb) Rechtssoziologische Bewertung

Wären statistische Daten allein ausreichend, müsste sich die klagende Partei beispielsweise nicht mehr mit der Frage auseinandersetzen, ob die besser gestellten KollegInnen des anderen Geschlechts Berufe ausüben, welche auf dem Arbeitsmarkt stark gefragt sind. Somit könnte dieses Instrument einen Teil der Informationsproblematik der potenziellen KlägerInnen beheben. Rechtssoziologisch betrachtet sänke der zeitliche Aspekt eines gerichtlichen Verfahrens beziehungsweise seiner Vorbereitung, was einen positiven Effekt auf die Klagebereitschaft haben könnte. Auch die Kosten-Nutzen-Bilanz würde sich durch einen geringeren Aufwand einer Entgeltgleichheitsklage wegen des Geschlechts verbessern. Insgesamt stellt das Weglassen der „weiteren Umstände“ jedoch kaum eine ausreichende Kompensation der prekären Informationslage dar, in welcher sich die Beschäftigten typischerweise befinden. Die Anforderungen an die Statistik selbst würden dadurch nicht sinken. Die KlägerInnen müssten immer noch nachweisen, dass bestimmte KollegInnen trotz vergleichbarer Tätigkeiten durch bestimmte Entgeltvorteile besser gestellt sind. Um eine spürbare Verbesserung für die KlägerInnen zu schaffen, ist es also notwendig, auch bei den Anforderungen an die Statistik selbst anzusetzen.

c) Verringerte Anforderungen bei Darlegungsnot

aa) Rechtsdogmatische Bewertung

Es erscheint somit sinnvoll, sich bei der Frage, wie viele und welche Informationen die KlägerInnenseite darlegen muss, an den konkreten Möglichkeiten der Informationsbeschaffung zu orientieren. Bei dem hier zu analysierenden Instrument der verringerten Anforderungen an eine Statistik bei Darlegungsnot kann den Argumenten gefolgt werden, die vom

EuGH in der Sache *Danfoss* angeführt wurden.⁷⁷⁰ Das Gericht nahm an, dass bei Entgeltsystemen, denen jegliche Durchschaubarkeit fehlt, verringerte Anforderungen an den KlägerInnenvortrag zu stellen seien. Als Grund hierfür wurde angeführt, dass diese anderenfalls kein wirksames Mittel hätten, den Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen Frauen und Männern in den jeweiligen konkreten Fällen durchzusetzen. Nur so könne dem Effektivitätsziel von Art. 6 der Richtlinie 75/117/EWG (jetzt allgemeiner für alle Diskriminierungstatbestände aufgrund des Geschlechts in Arbeits- und Beschäftigungsfragen formuliert in Art. 25 der Richtlinie 2006/54/EG) zum Entgeltgleichheitsgrundsatz der Geschlechter Rechnung getragen werden.⁷⁷¹ Danach müssten Änderungen von nationalen Beweislastregeln in bestimmten Sonderfällen durch die Richtlinie impliziert sein. Diese Sonderfälle lägen dann vor, wenn ohne solche Änderungen eine wirksame Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern nicht möglich wäre.⁷⁷²

Die Argumentation des *EuGH* für Fälle von undurchschaubaren Entlohnssystemen lässt sich auch auf den vorliegenden Fall der unverschuldeten Darlegungsnot in Entgeltgleichheitsfällen anwenden. Auch hier haben die KlägerInnen häufig kein anderes Mittel, ihre Diskriminierung nachzuweisen. Die Pflicht, diskriminierten Personen eine wirksame Möglichkeit zu geben, sich gegen ihre Diskriminierung zur Wehr zu setzen, ist in den europäischen Richtlinien verankert.⁷⁷³ Es ist daher vertretbar, die grundsätzlich anzuerkennenden Anforderungen an statistische Daten – wie der *EuGH* dies auch bei undurchschaubaren Entgeltsystemen zulässt – in solchen Fällen abzusenken, in denen die KlägerInnen schlüssig darlegen können, dass sie die benötigten Daten aufgrund fehlender Informationen nicht nachweisen können. Wie weit die Absenkung der Anforderungen gehen soll, müsste in jedem Einzelfall anhand der konkreten Möglichkeiten der KlägerInnen, entsprechende Informationen beschaffen zu können, gesondert entschieden werden. Dem *EuGH* entsprechend sollte die Untergrenze in jedem Fall die in der *Danfoss*-Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen sein. Dort wird angeführt, dass auf Grundlage einer relativ großen Zahl von ArbeitnehmerInnen belegen werden müssen, dass das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Beschäftigten niedriger ist als das

770 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772.

771 Vgl.: *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772 (773).

772 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772 (773).

773 Siehe nur Art. 17 der RiLi 2006/54/EG.

der männlichen Beschäftigten.⁷⁷⁴ Würden KlägerInnen eine Statistik als Indiz einer geschlechtsspezifischen Entgelddiskriminierung nutzen wollen und sich sodann auf eine Darlegungsnot berufen, würde es nicht ausreichen, wenn sie lediglich ihre Darlegungsnot bezüglich der Daten nachweisen, die für eine aussagekräftige Statistik angeführt werden müssten. Vielmehr müsste auch dargelegt werden, dass es für die KlägerInnen nicht möglich war, andere Indizien anstelle der Statistik anzuführen.

Weiterhin ist zu klären, ob eine solche Herabsetzung der Anforderungen an die Statistik eine unverhältnismäßig starke Belastung der Beklagtenseite bedeuten würde. Diese müsste dann aufgrund eines relativ pauschalen Vortrags mitunter sehr detaillierte und komplexe Daten darlegen. Darin ist ein typischer Fall der sekundären Darlegungslast zu sehen.⁷⁷⁵ Da die klagende Partei hier jedoch in der Regel „(...) nicht umhin kann, von ihr zunächst nur *vermutete* Tatsachen als Behauptung in den Rechtsstreit einzuführen“⁷⁷⁶ kann ein unzulässiger Ausforschungsbeweis noch nicht angenommen werden. Darüber hinaus geht es bei den von der ArbeitgeberInnenseite nachzuweisenden Daten ausschließlich um Angaben über Gehälter und Tätigkeiten ihrer Beschäftigten. Es ist also zu erwarten, dass ArbeitgeberInnen ohnehin über diese Daten verfügen. Zudem bleibt es ihnen weiterhin unbenommen, die Vermutung bereits durch den Beweis zu entkräften, dass die klagende Partei nicht benachteiligt wurde. Auch muss es den ArbeitgeberInnen möglich sein, zu beweisen, dass die klagende Partei ohne unzumutbaren Aufwand ausreichende Informationen bezüglich statistischer Daten oder weitere Indizien erlangen könnte.

bb) Rechtssoziologische Bewertung

Um diese abgeschwächten Anforderungen an eine Statistik erfüllen zu können, müssten die KlägerInnen zumindest die Durchschnittsentgelte der übrigen Beschäftigten nach Geschlecht aufgeschlüsselt kennen. Auch diese Informationen sind nicht allen Beschäftigten ohne Weiteres zugänglich. Dennoch würde die Möglichkeit der Herabsetzung der Anforderungen an die Statistik bei nachgewiesener Darlegungsnot, eine erhebliche Erleichterung gegenüber den jetzigen Anforderungen an solche statistische Daten

774 EuGH, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772 (774).

775 Meyke, NJW 2000, 2230 (2232); Prütting, in: MüKo-ZPO, § 284 Rn. 103.

776 BGH, Urt. v. 09.07.1974 – VI ZR 112/73 = NJW 1974, 1710 (1710).

bedeuten. Die Kosten-Nutzen-Bilanz könnte sich erheblich zugunsten einer Klage verändern. Da die Detailliertheit der benötigten Informationen abgesenkt wird, wirkt der Sachverhalt der Entgeltdiskriminierung weniger komplex. Dies verringert das Problem, dass viele Beschäftigte das Arbeitsrecht tendenziell als unübersichtlich und kompliziert empfinden und ihm daher ablehnend gegenüberstehen.⁷⁷⁷ Aus rechtssoziologischer Perspektive kann also festgestellt werden, dass das hier analysierte Instrument geeignet erscheint, um die festgestellten Informationsdefizite der Beschäftigten bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsgrundsatzes der Geschlechter zu verringern, respektive zu kompensieren.

d) Ergebnis

aa) Rechtsdogmatische Bewertung

Als Ergebnis der Suche nach Möglichkeiten, die Anforderungen an den Statistikbeweis herabzusetzen, um so die schwierige Informationslage der Beschäftigten kompensieren zu können, stellt sich eine Verringerung der Anforderungen an die Statistik bei festgestellter Beweisnot aus rechtsdogmatischen Gesichtspunkten als ein effektives Instrument heraus. Dieses Instrument gilt zunächst nur für Entgeltgleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts. Ob es beispielsweise auch bei vermuteter Beförderungsdiskriminierung eingesetzt werden sollte, muss anderweitig untersucht werden. Bei letzterer könnte sich die weitgehende Verlagerung der Darlegungslast auf die ArbeitgeberInnenseite eher als unverhältnismäßig erweisen, als dies beim Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen Frauen und Männern der Fall ist. Dabei muss bedacht werden, dass bei der Entgeltdiskriminierung bereits andere Verdachtsmomente bestehen, als dies bei einer vermuteten Beförderungsdiskriminierung der Fall ist. Die Tatsache, dass eine Person nicht befördert wurde, eine andere dafür aber schon, ist unvermeidlich. Es kann aber durchaus vermieden werden, dass zwei Personen für gleichwertige Arbeit ungleiche Entlohnung erhalten. Die Möglichkeiten einer Rechtfertigung sind hierbei schlicht geringer. Einer solchen Benachteiligung ist daher generell kritischer gegenüberzustehen, als einer Benachteiligung im Rahmen eines Beförderungsverfahrens.

777 Siehe oben unter C. III. 3. c) cc).

bb) Rechtssoziologische Bewertung

Eine Verringerung der Anforderungen an die Statistik ist auch aus rechtssoziologischer Sicht wünschenswert. Es müssen weniger Informationen gesammelt und von der klagenden Partei gedeutet werden, was den in der Regel juristisch nicht vorgebildeten Adressierten des Instruments zugutekommen würde. Die Zugangsbarrieren zu Gericht könnten so gesenkt werden. Im Übrigen kann auf die obigen Ausführungen hierzu verwiesen werden.⁷⁷⁸

4. Vereinfachte Bildung einer Vergleichsgruppe

Eine weitere prozessuale Anforderung bei einer mittelbaren Diskriminierung, die mitunter einen deutlichen Mehraufwand an Informationsbeschaffung für die klagende Partei bedeutet, ist die richtige Bildung einer Vergleichsgruppe als Indiz einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Es wurde bereits festgestellt, dass durch die Urteile des *BAG*⁷⁷⁹ hier zum Teil hohe Anforderungen gestellt wurden.⁷⁸⁰ Wären aber die Voraussetzungen zur Bildung von Vergleichsgruppen einfacher als sie bisher angenommen werden, würden die Beschäftigten weniger Informationen über die Tätigkeiten und Gehälter ihrer KollegInnen benötigen. Nachfolgend ist daher zu überprüfen, in welcher Form die Vereinfachung einer Vergleichsgruppenbildung für Entgeltgleichheitsklagen aufgrund des Geschlechts vertretbar wäre und die gewünschte Verstärkung der Effektivität des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern bringen könnte.⁷⁸¹

a) Individueller Vergleich

Zunächst könnte lediglich ein Zweipersonenvergleich als Indiz bei einer Entgeltgleichheitsklage aufgrund des Geschlechts in Betracht gezogen

778 Siehe oben unter: E. III. 3. c) bb).

779 *BAG*, Urt. v. 22.04.2010 – 8 AZR 966/08 = NZA 2010, 947 (950); Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 = NZA 1998, 599.

780 Siehe oben unter: D. I. 4. c) cc).

781 Ähnlich: *Colneric*, in: Festschrift für *Dieterich*, 1999, S. 45 (59).

werden. Grundsätzlich sollte ein solch individueller Vergleich mit nur einer anderen beliebigen Person (des anderen Geschlechts), welche gleiche oder gleichwertige Arbeit ausführt, auch bei einer mittelbaren Diskriminierung möglich sein.⁷⁸² Dies wäre in jedem Fall eine partielle Kompensation der Informationschwierigkeiten der klagenden Partei.⁷⁸³ Fraglich ist aber, ob diesem individuellen Vergleich noch eine Indizwirkung im Sinne des § 22 AGG innewohnen kann.

aa) Rechtsdogmatische Bewertung

Problematisch an dem Instrument ist, dass hier dann als Indiz nicht mehr verlangt würde, als das Aufzeigen der Benachteiligung selbst. Diese hat aber in der Regel lediglich in Fällen der unmittelbaren Diskriminierung Indizwirkung.⁷⁸⁴ Bei mittelbaren Diskriminierungen reicht dagegen die Benachteiligung alleine grundsätzlich nicht aus, um die Vermutungswirkung des § 22 AGG zu aktivieren. Das Indiz soll einen Hinweis auf eine negative innere Haltung der ArbeitgeberInnen gegenüber einem bestimmten verpönten Merkmal geben.⁷⁸⁵ Eine solche kann jedoch häufig nicht aus einer einzelnen Entscheidung der ArbeitgeberInnen gefolgert werden, eine Person des einen Geschlechts anders zu entlohen, als eine Person des anderen Geschlechts. Anderes wäre lediglich dann angezeigt, wenn im betreffenden Betrieb keine weiteren Vergleichspersonen zur Verfügung stünden.

bb) Ergebnis

Ein individueller Vergleich zweier Personen unterschiedlichen Geschlechts ist bei einer mittelbaren Diskriminierung folglich als Vergleichsgruppe für ein Indiz, welches eine Vermutungswirkung nach § 22 AGG auslösen würde, selten geeignet. Ein solcher würde sich kaum in die bestehende Anwendungssystematik des AGG einbinden lassen. Diese An-

782 *Colneric*, in: *Festschrift für Dieterich*, 1999, S. 45 (51); *Kocher*, KJ 2007, 22 (28).

783 Siehe hierzu unter: D. I.

784 Siehe oben unter: D. I. 4. c) aa).

785 *Schlachter*, in: *ErfK*, § 22 AGG Rn. 3.

spruchsgrundlage ist aber immer noch der Maßstab, nachdem das *BAG* seine Rechtsprechung bezüglich Entgeltgleichheit der Geschlechter betreibt. Es scheint damit bereits aus rechtsdogmatischer Sicht kein erfolgsversprechendes Alternativinstrument zu den bereits aufgezeigten Anforderungen an eine Vergleichsgruppe.⁷⁸⁶

b) Vergleich einzelner Berufsgruppen⁷⁸⁷

Kann die Vergleichsgruppe also in der Regel nicht aus lediglich einer Person bestehen, so sollte dennoch ein angemessener Mittelweg zwischen diesem Vergleich und den Anforderungen an Vergleichsgruppen gefunden werden, welche das *BAG* stellt. Laut Gericht sollen in die Vergleichsgruppe bei mittelbarer Diskriminierung alle Tätigkeiten in einem Betrieb miteinbezogen werden, welche mit der eigenen vergleichbar sind. Genauer geht das *BAG* in der Entscheidung davon aus, dass alle Tätigkeiten in den Vergleich miteinbezogen werden müssen, unter deren Voraussetzungen die Klägerin zuvor die beiden von ihr gewählten Berufsgruppen miteinander verglichen habe. Dementsprechend müsse es um alle Berufe „(...) mit Fachhochschulabschluss und entsprechender Tätigkeit (...)“⁷⁸⁸ gehen. Konsequenterweise müsste daher grundsätzlich zumindest auch in der nächsthöheren und nächstniedrigeren Entgeltgruppe nach gleichwertigen Tätigkeiten gesucht werden. Entsprechend ging das *BAG* im dargestellten Fall von 2010 vor, als es forderte, es müsse dargelegt werden, dass „(...) von allen nach § 5 II TVÜ-Länder in den TV-L übergeleiteten Angestellten bei typisierender Betrachtung gerade alleinerziehende Eltern von Söhnen, die im maßgeblichen Monat Grund- oder Zivildienst leisteten, in besonderer Weise nachteilig betroffen wären.“⁷⁸⁹ Die Rechtssache *Royal Copenhagen* des *EuGH* legte bereits 1995 fest, dass sich der Vergleich des Durchschnittsentgelts bei Stücklohn, um aussagekräftig sein zu können, „(...) auf Gruppen beziehen [muss], die jeweils sämtliche Arbeitnehmer umfassen, die unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren (...)

786 Siehe oben unter: D. I. 4. c) cc).

787 Mit dem Begriff „Berufsgruppe“ ist im folgenden eine Mehrzahl von Beschäftigten gemeint, die innerhalb eines Unternehmens gleiche Arbeit ausführen (Bspw. Die Berufsgruppe der Kfz-MechanikerInnen oder LehrerInnen).

788 *BAG*, Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 = NZA 1998, 599 (604).

789 *BAG*, Urt. v. 22.04.2010 – 8 AZR 966/08 = NZA 2010, 947 (950).

als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können.“⁷⁹⁰ Eine „willkürliche Zusammenstellung“ von Vergleichsgruppen, um eine Gruppe von überwiegend Frauen einer Gruppe von überwiegend Männern entgegen stellen zu können, soll gerade nicht möglich sein.

aa) Argumente gegen den Berufsgruppenvergleich

Für die Sicht der Rechtsprechung lassen sich durchaus stichhaltige Argumente anführen. Der Entgeltgleichheitsgrundsatz der Geschlechter ist kein genereller Anspruch auf gleiche Behandlung durch die ArbeitgeberInnen. Das benachteiligte Geschlecht soll (lediglich) dann aufgrund dieses Prinzips Klage erheben können, wenn es gerade wegen seines Geschlechts benachteiligt wurde. Werden hingegen eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Personen des anderen Geschlechts in vergleichbarer Situation (also mit gleichwertigen Tätigkeiten) ebenfalls geringer entlohnt, so könnte die Benachteiligung tatsächlich andere Gründe haben als das Geschlecht. Insofern ist es nachvollziehbar, an eine größere Gruppe anzuknüpfen zu wollen.

bb) Argumente für den Berufsgruppenvergleich

(1) Rechtsdogmatische Bewertung

Es mag sein, dass Telos des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen den Geschlechtern nicht ist, eine allgemeine Gleichbehandlung aller Beschäftigten mit gleichwertigen Tätigkeiten zu erreichen. Ziel dieses Individualanspruchs kann es dagegen auch nicht sein, dass eine beschäftigte Person die Aufgabe der ArbeitgeberInnen, Betriebsräte und Gewerkschaften übernimmt und die Lohngerechtigkeit des gesamten Betriebs untersucht. Liegen der Ungleichbehandlung tatsächlich andere Ursachen als das Geschlecht zugrunde, steht es den Beklagten frei, diese vorzutragen und gegebenenfalls nachzuweisen. Die Gesetzesbegründungen des AGG enthalten keine Angaben zu einer Mindestgröße der Vergleichsgruppen.⁷⁹¹ Auch

790 EuGH, Urt. v. 31.05.1995 (*Royal Copenhagen*) – Rs. C-400/93 = AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 68.

791 BT-Drs. 16/1780 und BT-Drs. 16/2022.

in den einschlägigen EU-Richtlinien fehlen genauere Angaben hierzu.⁷⁹² Der Vorwurf der Willkür bei der Zusammensetzung solcher Vergleichsgruppen kann mit einer sinnvollen und nachvollziehbaren Einteilung in einzelne Berufsgruppen entkräftet werden.⁷⁹³ Dann müsste die klagende Partei lediglich die eigene Berufsgruppe mit einer anderen vergleichen (wie dies die Klägerin vor dem *BAG* 1997 auch getan hat)⁷⁹⁴.

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Aus Sicht einer (potenziell) klagenden Person sind die von *EuGH* und *BAG* gestellten Anforderungen kaum zu bewältigen. Werden die Erkenntnisse über die geringen Informationsmöglichkeiten der Beschäftigten bezüglich der Arbeitsbedingungen ihrer KollegInnen betrachtet, so kann schwerlich von ihnen erwartet werden, alle auch nur entfernt in Betracht kommenden Berufe in ihrem Betrieb auf eine eventuelle Gleichwertigkeit mit ihrem eigenen Beruf zu untersuchen. Bei einem Berufsgruppenvergleich hingegen, müsste die klagende Person wie gesehen nur eine andere Berufsgruppe mit ihrer eigenen vergleichen. Das würde den Arbeitsaufwand deutlich verringern. Damit könnte der Zeitfaktor ebenfalls erheblich gesenkt werden. Es müssten auch weniger Informationen bei KollegInnen über ihre Tätigkeiten und die Zusammensetzung ihres Einkommens eingeholt werden, was die sozialen Hemmnisse einer Klage verringern würde. Eine solche Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast würde dem Kreis der Adressierten (Beschäftigte) sowie der komplexen Art der zu regelnden Materie (Entgeltgleichheit der Geschlechter) eher gerecht, als die aktuellen Anforderungen der Gerichte.⁷⁹⁵

c) Ergebnis

Die in Kapitel C. herausgearbeiteten Effektivitätsfaktoren würden bei einer Vereinfachung der Vergleichsgruppenbildung als Indiz einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts nach § 22 AGG in höherem Maße

792 Vgl. z.B.: RiLi 2006/54/EG, sowie RiLi 2000/78/EG.

793 Ebenso: *Colneric*, in: Festschrift für Dieterich, 1999, S. 45 (58 f.).

794 *BAG*, Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 = NZA 1998, 599.

795 Ebenso: *Colneric*, in: Festschrift für Dieterich, 1999, S. 45 (59).

aktiviert werden können, als dies bei der Vergleichsgruppenbildung nach *EuGH* und *BAG* der Fall ist. Die Vergleichsgruppen nach Berufen zu bilden scheint rechtsdogmatisch vertretbar sowie aus rechtsoziologischer Perspektive begrüßenswert. Ein solches Instrument wäre demnach sowohl dafür geeignet, die Effektivität des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern im Allgemeinen zu fördern, als auch dafür, die bestehenden Informationsdefizite bei potenziell diskriminierten Personen zu kompensieren.

Offen bleibt die Frage, ab wann eine Gruppe als weiblich oder männlich dominiert gilt, respektive gelten sollte. Die Befassung mit dieser Problematik würde jedoch den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Es sei daher lediglich am Rande darauf hingewiesen, dass eine Einteilung wie sie in dem kanadischen Gesetz der Provinz Quebec vorgenommen wird, als sinnvoll erachtet wird. Hier gilt ein Beruf unter anderem dann als überwiegend weiblich, wenn mindestens 60 Prozent der den Beruf ausübenden Personen weiblich sind oder wenn das Berufsbild im Allgemeinen aufgrund von Stereotypen, mit dem weiblichen Geschlecht assoziiert wird.⁷⁹⁶

5. Ergebnis von Kapitel III.

a) Rechtsdogmatische Bewertung

Bei der vorliegenden Untersuchung ging es um Instrumente, die die Handhabung des § 22 AGG verändern würden. Bei den Analysen wurde erneut deutlich, dass vom AGG nicht erwartet werden kann, dass dieses Gesetz allein alle Probleme des Informationsdefizits der Beschäftigten lösen und so die Wirksamkeit des materiellen Diskriminierungsschutzes sicherstellen kann. Wie *Wendeling-Schröder* treffend bemerkt, kann jedoch ein anderes Ziel, welches durch Umsetzung der europäischen Richtlinien forciert wurde, mit dem AGG durchaus erreicht werden. Hierbei geht es darum, ArbeitgeberInnenentscheidungen transparent und geschlechtsneutral zu gestalten.⁷⁹⁷ Würden die vorgestellten Instrumente dabei behilflich sein, zumindest dem Ziel der nachvollziehbareren Personalentscheidungen näher zu kommen, so wäre damit bereits ein wichtiger Beitrag hin zu mehr Diskriminierungsfreiheit in der Arbeitswelt geleistet.

796 Vgl.: Pay Equity Act, Sec. 55.

797 *Wendeling-Schröder*, in: Festschrift für Pfarr, 2010, S. 158 (168).

E. Überprüfung einzelner Instrumente zur Verbesserung der Informationsbeschaffung

Zumindest dort, wo es bei den verfahrensrechtlichen Instrumenten auf die Besonderheiten des Einzelfalls ankommt, sind diese jedoch von mehr oder weniger großen Unsicherheiten für beide Parteien geprägt. Beispielsweise kann dafür die *Danfoss*-Entscheidung des *EuGH* herangezogen werden. Wann genau einem Entgeltsystem jegliche Durchschaubarkeit fehlt, ist für Beschäftigte wie ArbeitgeberInnen oft nicht im Vorhinein zu sagen.

b) Rechtssoziologische Bewertung

Vorgestellt und untersucht wurden verschiedene verfahrensrechtliche Instrumente, mit deren Hilfe die Informationsschwierigkeiten der klagenden Partei in Entgeltungleichheitsfällen aufgrund des Geschlechts in unterschiedlich starkem Maße kompensiert werden könnten. Die Ausdehnung der Beweislasterleichterung, insbesondere in Kumulation mit einem abgesenkten Beweismaß der Indizien könnte bereits die erste Hürde des § 22 AGG, den Nachweis der persönlichen Benachteiligung erheblich erleichtern. Durch ein Absenken der Anforderungen an einen Statistikbeweis bei im Einzelfall nachzuweisender Darlegungsnot (weil den Beschäftigten die nötigen Informationen fehlen), könnten statistische Daten effektiver für die Vermutung einer Diskriminierung genutzt werden. Die Vergleichsgruppen für eine mittelbare Diskriminierung auf verschiedene Berufe zu begrenzen, trägt schließlich dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der gerichtlichen Durchsetzung von Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern im deutschen Recht in aller Regel um Klagen einzelner Beschäftigter handelt, die entsprechend geringe Informationen über die Konditionen anderer Berufsgruppen in ihrem Betrieb haben.

Erwartungsgemäß kann durch die verfahrensrechtlichen Instrumente insbesondere der Effektivitätsfaktor Abbau von Zugangsbarrieren zu Gericht, aktiviert werden. Zudem werden für potenziell Diskriminierte die Kosten einer Entgeltungleichheitsklage aufgrund des Geschlechts durch die verfahrensrechtlichen Erleichterungen gesenkt, was sich positiv auf die Kosten-Nutzen-Bilanz einer solchen Klage auswirkt. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass es sich bei den hier vorgeschlagenen verfahrensrechtlichen Umgestaltungen um Detailänderungen bei der Anwendung des § 22 AGG handelt. Diese werden folglich in der Regel erst dann zu den potenziellen KlägerInnen durchdringen, wenn sie bereits rechtlichen Beistand in Anspruch genommen haben. Um den positiven Effekt verfahrensrechtli-

cher Instrumente zu erhöhen, müsste also über eine Flankierung mit öffentlichen Informationskampagnen nachgedacht werden.

Aus rechtsssoziologischer Sicht ist die Umsetzung einiger Instrumente realistischer als die anderer. So kann von der antidiskriminierungsrechtlichen Literatur gesagt werden, dass hier bereits vielfach die Ansicht vertreten wird, Indizien im Sinne des § 22 AGG sollten dem § 611a I 3 BGB a.F. entsprechend lediglich zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit von der klagenden Partei nachgewiesen werden müssen.⁷⁹⁸ Dagegen erscheint das Instrument der verringerten Anforderungen des Statistikbeweises bei Darlegungsnot so bisher noch nicht diskutiert worden zu sein. An dieser Stelle ist noch mal darauf hinzuweisen, dass sich alle beschriebenen Instrumente sowohl als rechtsdogmatisch vertretbar, als auch aus rechtsssoziologischer Sicht (mit Schwerpunkt auf die Kompensation von Informationsdefiziten bei Beschäftigten) als vorzugswürdig zu ihren dargestellten Alternativen erwiesen haben.

Eine tatsächliche Verbesserung der Informationsbeschaffung über verfahrensrechtliche Instrumente zu erreichen, hat sich als im Detail schwierig dargestellt. Zudem können sie mitunter weitreichende Folgen für die ArbeitgeberInnenseite haben. Problematisch ist diese Vorgehensweise insbesondere deshalb, weil sich die eigentliche Informationssituation für die ArbeitnehmerInnen erst dann verbessert, wenn sie bereits Klage gegen ihre ArbeitgeberInnen erhoben haben. Das Verfahrensrecht übernimmt damit eine kompensierende Funktion der strukturellen Informationsasymmetrie, welche ihren Ursprung jedoch im materiellen Recht findet. Vor Beginn eines Prozesses kann die klagende Partei den Ausgang kaum abschätzen. Damit bleibt das Prozessrisiko für sie weiterhin sehr hoch. Dies stellt eine große Unsicherheit für die potenziellen KlägerInnen dar, welche die Kosten eines Gerichtsverfahrens stark erhöhen. Einfacher und effektiver, sowie juristisch überzeugender könnte es daher sein, mit Instrumenten einer vorprozessualen Offenlegungspflicht zu arbeiten.

798 *Alenfelder*, ZfAD 3/07, 5 (6); *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774 (774); *Bayreuther*, NZA-Beil. 2011, 27 (32); *Kocher*, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 16, 43; *Mansel*, in: *Jauernig* (Hrsg.), BGB, § 22 AGG Rn. 3; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 22 Rn. 5; *Preis*, in: A/P/S Kündigungsrecht, Grundlagen J Rn. 73a; *Raschka*, Darlegungs- und Beweiserleichterungen für Mobbinbetroffene, 2007, S. 150 f.; *Schlachter*, in: ErfK, § 22 AGG Rn. 3; *Thüsing*, MüKo-BGB, § 22 AGG Rn. 2, 10; *Windel*, RdA 2011, 193 (196 f.).

IV. Innerbetriebliche Instrumente

Vorprozessuale Offenlegungspflichten sollen im Folgenden als Oberbegriff für jene Verpflichtungen verstanden werden, die darauf abzielen, materielle Rechtsansprüche im Bereich der Informationsbeschaffung von verschiedenen AkteurInnen zu ermöglichen. Solche können sowohl innerhalb eines Betriebs gegeben sein, als auch im Verhältnis eines Betriebs zu einer öffentlichen Stelle.⁷⁹⁹ Innerbetriebliche Instrumente lassen sich hierbei in Berichtspflichten und Auskunftsrechte unterteilen. Die Terminologie soll dabei so verstanden werden, dass Berichte solche Informationen beinhalten, welche in regelmäßigen Abständen, ereignisunabhängig gegeben werden (im vorliegenden Fall von ArbeitgeberInnenseite), während Auskünfte nur auf konkrete Nachfrage hin zu erteilen sind.⁸⁰⁰ Nicht weiter behandelt werden Informationspflichten. Darunter sind jene Auskünfte der ArbeitgeberInnen zu verstehen, welche anlassbezogen erteilt werden müssen (so beispielsweise § 14 I ArbSchG).⁸⁰¹ Die Einführung von Informationspflichten bei Diskriminierungstatbeständen würde dazu führen, dass die ArbeitgeberInnen ihre Beschäftigten darauf hinweisen müssten, dass sie unter Umständen von ihnen diskriminiert werden. Eine effektive Umsetzung ist trotz aller Sanktionsmöglichkeiten, mit der diese Pflicht ausgestaltet werden könnte, schwerlich zu erwarten.

1. Erweiterung von Berichtspflichten der ArbeitgeberInnen

Eine innerbetriebliche Möglichkeit die Informationsdefizite der Beschäftigten bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Männern und Frauen zu verbessern, könnte eine Ausweitung und Präzisierung der arbeitgeberInnenseitigen Berichtspflichten in diesem Bereich darstellen. Dies würde dazu führen, dass die Beschäftigten sich weniger aktiv um Informationen bemühen müssten, was unter anderem die sozialen Hemmnisse beim Zugang umgehen könnte. Um die Möglichkeiten und Grenzen dieses Instruments bewerten zu können, ist es sinnvoll zunächst ähnliche, bereits bestehende Berichtspflichten zu unter-

799 Siehe sogleich unter: E. V.

800 Übernommen aus: Kocher et al., Verantwortung braucht Transparenz, WISO-Diskurs, 2012, S. 19.

801 Kocher et al., Verantwortung braucht Transparenz, WISO-Diskurs, 2012, S. 19.

suchen. Davon ausgehend werden sodann konkrete Elemente identifiziert, die übernommen, respektive modifiziert werden könnten.

a) Bestehende Berichtspflichten auf ArbeitgeberInnenseite

Es sind de lege lata bereits unterschiedlich ausgestaltete Verpflichtungen für ArbeitgeberInnen vorgesehen. Diese können sowohl Integrationsbemühungen für schwerbehinderte Menschen betreffen (z.B. § 83 III SGB IX), wie auch durchgeführte Maßnahmen bezüglich Arbeits- oder Umweltschutz (z.B. § 23 ArbSchG). Im Folgenden soll sich lediglich auf zwei Arten von Berichtspflichten der ArbeitgeberInnen konzentriert werden, die bei der Beantwortung der Fragestellung der vorliegenden Arbeit hilfreich sein könnten. Dabei geht es einmal um die Pflicht gemäß § 43 II 3 BetrVG einmal jährlich auf Betriebsversammlungen den Stand der Gleichstellung zwischen Männern und Frauen im Betrieb darzustellen (**aa**)). Zum anderen werden gesellschaftsrechtliche Berichtspflichten der Unternehmensleitung untersucht (**bb**)).

aa) § 43 II 3 BetrVG

(1) Art und Umfang der Berichtspflicht

Laut § 43 II 3 BetrVG sind die ArbeitgeberInnen dazu verpflichtet, mindestens einmal in jedem Kalenderjahr in einer Betriebsversammlung über das Personal- und Sozialwesen einschließlich des Stands der Gleichstellung von Frauen und Männern im Betrieb zu berichten. Was genau diese Berichtspflicht jedoch umfasst, ist nicht weiter spezifiziert. In der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur wird die Ansicht vertreten, dass der Bericht nach Hierarchieebenen und Abteilungen sowie nach Entgeltgruppen und den jeweiligen Geschlechteranteilen in diesen aufgeschlüsselt sein muss.⁸⁰² Der Bericht muss mündlich vorgetragen werden. Im Anschluss haben die Beschäftigten das Recht, Fragen zu diesem Bericht an die Ar-

802 *Annuß*, in: *Richardi* (Hrsg.), BetrVG, § 43 Rn. 16; *Weber*, in: GK-BetrVG, § 43 Rn. 13. m.w.N.

beitgeberInnen zu stellen.⁸⁰³ Die Verletzung der Berichtspflicht kann einen groben Verstoß gegen das Betriebsverfassungsrecht darstellen, gegen den sich der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft nach § 23 III BetrVG wehren kann.⁸⁰⁴

Die Berichtspflicht der ArbeitgeberInnen findet ihre Grenze dort, wo Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse gefährdet werden (§ 43 II 3 a.E. BetrVG). Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ergibt sich bereits aus der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit der ArbeitgeberInnen, Art. 12 GG.⁸⁰⁵ Ob sie daneben auch vom Eigentumsschutz des Art. 14 GG umfasst werden, ist umstritten.⁸⁰⁶ Unter einem Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis wird „(...) jede im Zusammenhang mit einem Betrieb stehende Tatsache verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem Willen des Betriebsinhabers aufgrund eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden soll.“⁸⁰⁷ In der zitierten Entscheidung hat das *BAG* weiter festgelegt, dass die Lohn- und Gehaltsstruktur eines Betriebs dann als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis anzusehen ist, wenn die „(...) Geheimhaltung der Daten gerade dieses Betriebs (...) für den wirtschaftlichen Erfolg des Betriebs insofern von Vorteil [ist], als die Konkurrenz mit deren Kenntnis ihre eigene Wettbewerbsfähigkeit steigern könnte.“⁸⁰⁸ Ob die Lohn- und Gehaltsstruktur eines Betriebs ein solches Geheimnis darstellt, müsste also für jeden Betrieb gesondert ermittelt werden. Ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis ist weiter nur dann gegeben, wenn die ArbeitgeberInnen ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung haben.⁸⁰⁹ Inwieweit ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse gegenüber den eigenen Beschäftigten besteht, wird unterschiedlich beurteilt. *Oetker* geht davon aus, dass ein berechtigtes Informationsinteresse der Beschäftigten nur

803 *Annuß*, in: *Richardi* (Hrsg.), *BetrVG*, § 43 Rn. 17; *Berg*, in: *DKKW*, § 43 Rn. 21; *Fitting* (Begr.), *BetrVG*, § 43 Rn. 27.

804 *Annuß*, in: *Richardi* (Hrsg.), *BetrVG*, § 43 Rn. 20; *Berg*, in: *DKKW*, § 43 Rn. 30; *Fitting* (Begr.), *BetrVG*, § 43 Rn. 27.

805 *BVerfG*, Urt. v. 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03 = *MMR* 2006 375 (376); *Janssen/Maluga*, in: *MüKo-StGB*, § 17 UWG Rn. 15, m.w.N.

806 Siehe hierzu ausführlich: *Wolff*, *NJW* 1997, 98; sowie: *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas* (Begr./Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, § 17 UWG Rn. 2.

807 *BAG*, Beschl. v. 26.02.1987 – 6 AZR 46/84 = *NZA* 1988, 63 (63), m.w.N.

808 *BAG*, Beschl. v. 26.02.1987 – 6 AZR 46/84 = *NZA* 1988, 63 (64).

809 *BAG*, Beschl. v. 26.02.1987 – 6 AZR 46/84 = *NZA* 1988, 63 (63); *Fitting* (Begr.) *BetrVG*, § 79 Rn. 3; *Reichhold*, *MüHandbArbR*, § 48 Rn. 36.

in Ausnahmefällen als gewichtiger anzusehen ist, als das Geheimhaltungsinteresse der ArbeitgeberInnen.⁸¹⁰ Dagegen ist *Buschmann* der Meinung, das Informationsinteresse der Beschäftigten überwiege beispielsweise bereits bei einer Arbeitsplatzgefährdung.⁸¹¹ Beim Geheimhaltungsinteresse sei grundsätzlich abzuwägen, ob es gegenüber dem Informationsinteresse der ArbeitnehmerInnen im konkreten Fall noch als schutzwürdig anzusehen ist.

Die Frage, ob die Lohn- und Gehaltsstruktur eines Betriebs der Geheimhaltung unterliegt, ist von großem Interesse, da ohne diese Angaben nicht einmal der leiseste Verdacht einer Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts aufkommen könnte. Die Eingrenzung der Rechtsprechung, das Geheimhaltungsinteresse dieser Informationen für jeden Betrieb gesondert zu prüfen, mag zwar inhaltlich nachvollziehbar sein. Sie muss jedoch für das vorliegende Informationsinteresse in der Praxis zu großen Unsicherheiten bei der Frage führen, wann ein solcher Bericht verlangt werden kann.

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Laut Begründung zum Reformentwurf des Betriebsverfassungsgesetzes, sollte mit der Einführung der Berichtspflicht über Gleichstellung im Betrieb „(...) die Bedeutung der Gleichstellung der Geschlechter auch im Arbeitsleben unterstrichen [werden]. Die Beschäftigung mit diesem Thema wird den Arbeitgeber veranlassen, sich dieser Thematik mehr anzunehmen und offener für Anregungen und Verbesserungen zu sein.“⁸¹² Die Idee hinter diesem Passus im Gesetz war folglich die ArbeitgeberInnen särker für diese Thematik zu sensibilisieren. Anhand der immer noch vorhandenen Benachteiligung weiblicher Beschäftigter, nicht nur bezüglich des Entgelts, lässt sich jedoch vermuten, dass eine solche Sensibilisierung durch die Berichtspflicht noch nicht in dem gewünschten Maße stattgefunden hat.⁸¹³ Dies kann kaum verwundern. Selbst wenn alle ArbeitgeberInnen ihre Berichte stets so differenziert vortragen wie oben gefordert, bieten diese Angaben keine ausreichenden Informationen, um Entgelt- oder

810 *Oetker*, in: GK-BetrVG, § 79 Rn. 10.

811 *Buschmann*, in: DKKW, § 79 Rn. 8.

812 BT-Drs. 14/5741, S. 41 f.

813 Siehe auch unter: C. III. 3. b) bb).

Beförderungsdiskriminierung erkennen zu können. So ist beispielsweise nicht erkennbar, welche Berufe im Einzelnen in welche Entgeltgruppen eingruppiert sind. Daher könnte, auch wenn in allen Entgeltgruppen Männer und Frauen gleichmäßig verteilt wären, mitnichten auf einen diskriminierungsfreien Betrieb geschlossen werden.

Die Tatsache, dass der Bericht lediglich mündlich vorgetragen werden muss, erschwert ein ernsthaftes Auseinandersetzen mit seinem Inhalt zusätzlich. Ein kritisches Nachfragen seitens der Beschäftigten über genauere Angaben kann aufgrund der beschriebenen sozialen Hemmnisse gegenüber den ArbeitgeberInnen und den KollegInnen kaum erwartet werden.⁸¹⁴ Die Kosten von möglichst ausführlichem Datenmaterial wären für die Beschäftigten recht hoch, wobei auch über diese Daten hinaus noch Informationen für eine tatsächliche Klage beschafft werden müssten (etwa solche über die tatsächliche Arbeit der Vergleichsperson). Der Nutzen wäre demnach ungleich geringer. Positiv an einer ereignisunabhängigen Berichtspflicht ist jedoch, dass auf diese Weise nicht nur die ArbeitgeberInnen gezwungen sind, sich mit dem Thema auseinanderzusetzen. Vielmehr kommen auch die Beschäftigten selbst mit den berichteten Inhalten in Berührung. Es wurde bereits festgestellt, dass laut einer 2008 veröffentlichten repräsentativen Studie der ADS 37 Prozent der Befragten an Antidiskriminierungspolitik „eher nicht“ oder „überhaupt nicht“ interessiert sind, während 40 Prozent sogar der Aussage zustimmten, sie halten Antidiskriminierungspolitik für überflüssig.⁸¹⁵ Durch den Bericht der ArbeitgeberInnen werden nun unter Umständen die Beschäftigten auf Ungerechtigkeiten innerhalb ihres eigenen Betriebs aufmerksam. Durch diesen persönlichen Bezug könnte das Interesse an antidiskriminierungsrechtlichen Themen beziehungsweise an dem speziellen Thema der Entgeltungleichheit steigen. Das Rechtsbewusstsein, respektive das (unbestimmte) Rechtsgefühl, dass die aktuelle Situation als „irgendwie unfair“ wahrgenommen wird, könnte hierdurch erhöht werden. Insgesamt erscheint § 43 II 3 BetrVG in seiner jetzigen Lesart jedoch aufgrund der benannten Schwierigkeiten als unzureichendes Instrument, die identifizierten Informationsdefizite der Beschäftigten über tatbestandsbegründende Merkmale des Entgeltungleichheitsgrundsatzes der Geschlechter spürbar abmildern zu können.

814 Siehe unter: C. III. 3. f) bb).

815 Flraig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008, S. 41; Siehe ausführlich unter: C. III. 3. e) aa).

bb) Berichtspflichten aus dem Gesellschaftsrecht

(1) Art und Umfang der Berichtspflichten

Zunächst ist im HGB die Pflicht bestimmter Unternehmen aufgeführt, nach §§ 242 ff. einen Jahresabschluss zu erstellen.⁸¹⁶ In diesem geht es in erster Linie um wirtschaftliche Belange. Mittlere und große Kapitalgesellschaften (§ 267 II, III HGB) sind weiter nach § 285 I Nr. 9 HGB dazu verpflichtet, für sämtliche Mitglieder von Geschäftsführungsorgan, Aufsichtsrat, Beirat oder einer ähnlichen Einrichtung die im Geschäftsjahr gewährten Gesamtbezüge offen zu legen (zu beachten sind die Ausnahmen des § 286 IV HGB).

Aufgrund der Richtlinie 2003/51/EG, müssen große Kapitalgesellschaften gemäß § 289 III HGB in einem Lagebericht auch Angaben zu nicht-finanziellen Leistungen, wie Umwelt- und ArbeitnehmerInnenbelangen machen. Dies gilt jedoch nur, soweit diese Angaben für das Verständnis des Geschäftsverlaufs oder der Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind.⁸¹⁷ Da die Fülle an Informationen, die die Unternehmen in ihrem Bericht darlegen müssen von ihrer Größe abhängig ist, ist es ihnen etwa durch die Gründung von Tochterunternehmen möglich, die Berichtspflichten zu begrenzen.⁸¹⁸ Überprüft wird die Berichterstattung durch AbschlussprüferInnen, gemäß §§ 316 ff. HGB. Bei der Prüfung wird schwerpunktmäßig untersucht, ob in dem Bericht die gesetzlichen Wertungen eingehalten werden. Nicht nachgeprüft wird hingegen, ob er auch inhaltlich der Wahrheit entspricht.⁸¹⁹

Der Jahresabschluss, gegebenenfalls inklusive Anlagen, der Lagebericht sowie das Ergebnis der Abschlussprüfung müssen von den Unternehmen beim Bundesanzeiger elektronisch eingereicht werden (§ 325 I HGB). Wird dieser Offenlegungspflicht nicht entsprochen, ist hierin eine Ordnungswidrigkeit nach §§ 335 f. HGB zu sehen. Die Auslassung von Anga-

816 Die folgende Darstellung gesellschaftsrechtlicher Berichtspflichten ist im Wesentlichen angelehnt an: Kocher et al., Verantwortung braucht Transparenz, WISO-Diskurs, 2012, S. 19 ff.

817 § 289 III HGB.

818 Kocher et al., Verantwortung braucht Transparenz, WISO-Diskurs, 2012, S. 21.

819 Kocher et al., Verantwortung braucht Transparenz, WISO-Diskurs, 2012, S. 21.

ben über nicht-finanzielle Leistungsindikatoren stellt hingegen keine Ordnungswidrigkeit dar.⁸²⁰

Unternehmen, die am Kapitalmarkt tätig sind, müssen nach § 289a HGB ihren Lagebericht unter anderem um die Erklärung zum Corporate-Governance-Kodex gemäß § 161 AktG erweitern. Danach muss dargestellt werden, welchen Empfehlungen des Kodex entsprochen wurde, welchen nicht und warum nicht. Unrichtige Angaben der Entsprechenserklärung führen zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat.⁸²¹ Der Corporate-Governance-Kodex trifft schwerpunktmäßig Empfehlungen zum Verhalten von Aufsichtsrat und Vorstand eines Unternehmens. Bezuglich der Geschlechtergleichstellung trifft er lediglich Aussagen zur Zusammensetzung dieser Gremien. Zum Grundsatz des gleichen Entgelts bei gleicher und gleichwertiger Tätigkeit ohne Rücksicht auf das Geschlecht, äußert er sich nicht.

Die Berichtspflichten in Zusammenhang mit Jahresabschluss, Anlagen und Lagebericht sind, ebenso, wie die des § 43 II 3 BetrVG lediglich insoweit zu beachten, wie dadurch keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse offenbart werden müssten. Zu den hier besonders relevanten Informationen bezüglich der Lohn- und Gehaltsstruktur kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.⁸²²

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Der Jahresabschluss und insbesondere der Lagebericht über nicht-finanzielle Belange des Unternehmens scheinen zunächst als gute Möglichkeit, die Öffentlichkeit und die Beschäftigten des konkreten Unternehmens, über dessen Belange zu informieren. De lege lata gibt dieses Instrument aber keine Auskünfte, die eine Verbesserung der Informationsbeschaffung bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsgrundsatzes der Geschlechter zur Folge hätten. Bei der Prüfung, ob es sich hierfür sinnvoll nutzen ließe, sind zwei Aspekte von besonderer Bedeutung: Einmal kommt es entscheidend darauf an, welche Fakten konkret berichtet werden müssten. Zum anderen müssen die Angaben verlässlich sein. Dies

820 Kocher et al., Verantwortung braucht Transparenz, WISO-Diskurs, 2012, S. 22.

821 BGH, Urt. v. 21.09.2009 – II ZR 174/08 = NZG 2009, 1270 (1272); BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 185/07 = NJW 2009, 2207 (2209).

822 Siehe unter: E. IV. 1. a) aa).

setzt einen bestimmten Mindestgrad an Kontrolle voraus. Eine Comply-or-Explain-Regelung, wie sie der Corporate-Governance-Kodex in Verbindung mit §§ 161 AktG, 289a HGB darstellt, könnte einen sinnvollen Ansatzpunkt einer Selbstverpflichtung darstellen. Allerdings muss in die Erwägungen miteinbezogen werden, dass die erklärten Abweichungen der Unternehmen in der Vergangenheit auf relativ wenig öffentliches Interesse gestoßen sind. Das könnte unter anderem daran liegen, dass die Anforderungen an die Begründung für Abweichungen nicht plausibel sein müssen; sie dürfen lediglich nicht unwahr sein.⁸²³

Zurzeit wird im Bundesrat ein Richtlinievorschlag der Europäischen Kommission diskutiert, welcher eine Erweiterung der Berichtspflichten für Unternehmen ab 500 Beschäftigten über nicht-finanzielle Belange zum Gegenstand hat. So soll unter anderem in Art. 46a der Richtlinie 78/660/EWG folgender Passus eingeführt werden: „[Bestimmte Unternehmen haben eine Erklärung in ihren Lagebericht einzufügen, die zumindest] eine Beschreibung der Diversitätspolitik der Gesellschaft für deren Verwaltungs-, Leistungs- und Aufsichtsorgane in Bezug auf Aspekte wie Alter, Geschlecht, geografische Vielfalt, Bildung- und Berufshintergrund, der Ziele dieser Diversitätspolitik sowie der Art und Weise der Umsetzung dieser Politik und deren Ergebnisse im Berichtszeitraum [enthält].“⁸²⁴ Der Richtlinievorschlag macht jedoch keine weiteren Angaben darüber, wie detailliert die Erklärungen sein sollen. Haben Gesellschaften überhaupt keine Strategien zu Diversität, so müssen sie lediglich angeben, warum dies nicht der Fall ist.⁸²⁵ Solche Informationen, wie sie vorliegend benötigt werden, lassen sich also kaum aus den vorgeschlagenen Änderungen entnehmen. Allenfalls kann hierin eine allgemeine Öffnung hin zu stärkeren Verpflichtungen der Unternehmen gesehen werden, auch nicht-finanzielle Belange zu veröffentlichen.

823 Kocher et al., Verantwortung braucht Transparenz, WISO-Diskurs, 2012, S. 22.

824 Vorschlag der Europäischen Kommission 207, 2013 (KOM (2013)207), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0207:FIN:DE:PDF>, zuletzt abgerufen am: 04.10.2013.

825 Vorschlag der Europäischen Kommission 207, 2013 (KOM (2013)207), S. 8, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0207:FIN:DE:PDF>, zuletzt abgerufen am: 04.10.2013.

b) Möglichkeiten der Erweiterung um Entgeltinformationen

Im Folgenden ist nun zunächst zu untersuchen, ob die soeben analysierten Instrumente unternehmensexterner Berichterstattung so modifiziert werden könnten, dass sie der Informationsbeschaffung über Entgeltinformationen dienlich sind, welche bei Überprüfung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes der Geschlechter notwendig sind. Dabei ist – ebenso wie in den vorherigen Analysen – das Augenmerk besonders auf die rechtssoziologischen Auswirkungen verschiedener Handlungsoptionen zu richten.

aa) Ansatzpunkte aus dem Gesellschaftsrecht

(1) Rechtsdogmatische Bewertung

Ein Jahresabschluss, respektive seine Anlagen oder der Lagebericht, welcher alle für eine erste Einschätzung eines möglichen Diskriminierungspotenzials notwendigen Informationen (Tätigkeitsbeschreibungen, Geschlechteranteile in den einzelnen Berufsgruppen, sämtliche Gehälter aufgeschlüsselt in ihre verschiedenen Bestandteile) enthielte würde nicht nur deutlich den Rahmen dieser Berichterstattung sprengen. Vielmehr handelt es sich um Angaben, die in dieser Ausführlichkeit ohne Weiteres als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis angesehen werden müssten.⁸²⁶ Darüber hinaus würde die Veröffentlichung dieser Daten wohl in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten eingreifen.⁸²⁷ Dies muss in vielen Fällen auch dann angenommen werden, wenn lediglich der durchschnittliche Brutto-Stundenlohn einzelner Berufsgruppen veröffentlicht werden soll, insbesondere wenn es sich um Berufe handelt, die im Unternehmen von nur wenigen Beschäftigten ausgeführt werden. § 285 1 Nr. 9 HGB steht zu dieser Problematik weder im Widerspruch noch lassen sich seine Angaben verallgemeinern. Die Offenlegungspflicht soll die Überprüfung erleichtern, ob die Gehälter der Vorstandsmitglieder „(...) in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Ge-

826 Datenschutzrechtliche Fragen werden in dieser Arbeit aus Platzgründen nur konkret fallbezogen bearbeitet.

827 *BVerfG*, Beschl. v. 25. 2. 2008 – 1 BvR 3255/07 = NJW 2008, 1435 (1435 f.); Schmidt, in: ErfK, Art. 2 GG Rn. 46.

sellschaft stehen.“⁸²⁸ Sie soll folglich eine bessere Kontrolle durch die Öffentlichkeit und die AnlegerInnen gewährleisten. Die Zielrichtung des § 285 I Nr. 9 HGB unterscheidet sich demnach zunächst nicht von dem Ziel der besseren Informationsbeschaffung über die fraglichen Tatbestandsvoraussetzungen. Durch ihre gehobenen Positionen müssen die von § 285 I Nr. 9 HGB erfassten Personen jedoch stärkere Eingriffe in ihre Privatsphäre in Kauf nehmen, als dies bei normalen Beschäftigten der Fall ist.⁸²⁹ Die Preisgabe der Bezüge dieser Personen mag für ein Unternehmen ebenfalls nicht stets von Vorteil sein. Dennoch ist sie als weitaus geringerer Eingriff anzusehen, als die Veröffentlichung der vollständigen Lohn- und Gehaltsstrukturen. In ihrer Gesamtheit stellen Letztere ein deutlich sensibleres Feld dar, welches mehr Informationen an die Konkurrenz preisgeben würde. Es gibt also de lege lata eine gesetzliche Verpflichtung, die Vergütung bestimmter Personen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Dies kann aber nichts an der Annahme ändern, dass eine Veröffentlichung der hier in Rede stehenden Entgeltinformationen aller Beschäftigten, beziehungsweise der durchschnittlichen Bruttostundenlöhne aller Berufsgruppen wegen Eingriffs in Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens und in die Persönlichkeitsrechte der einzelnen Beschäftigten als ungeeignetes Instrument angesehen werden muss.

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Aus rechtssoziologischer Perspektive mit Fokus auf dem Informationsbedürfnis der Beschäftigten wäre eine solche Erweiterung zunächst zu begrüßen. Denn es würde sich um einen öffentlichen und damit für die sich informierenden ArbeitnehmerInnen anonymen Zugang zu diesen Daten handeln. Diese könnten sich unbemerkt von ArbeitgeberInnen und KollegInnen ausführlich mit den Informationen beschäftigen. Soziale Hemmnisse, welche anderenfalls bereits das vorprozessuale Nachforschen erschweren, wären in diesem Stadium demnach (noch) nicht vorhanden.

Allerdings stellt es sich auch rechtssoziologisch als Problem dar, dass die Frage, wann Entgeltinformationen als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis gelten, nur einzelfallbezogen beantwortet werden kann. Eine Re-

828 BT-Drs. 15/5577, S. 1.

829 Fleischer, NZG 2006, 561 (567).

gelung, bei welcher sowohl die ArbeitnehmerInnen- als auch die ArbeitgeberInnenseite vor einer gerichtlichen Klärung kaum einzuschätzen vermögen, ob die Berichterstattung zu Recht verweigert wurde, erscheint als nur schwer handhab- und daher auch aus Effektivitätsgründen nicht als brauchbar.

Weiter ist zu überlegen, ob die Angabe des Gender Pay Gap in den La-gebericht aufgenommen werden sollte. Für die Aufnahme spricht zu-nächst, dass die Ermittlung dieses Wertes für die ArbeitgeberInnen einen nur unerheblichen Aufwand bedeutet, da Informationen über Geschlecht und Bruttostundenlohn ohne Weiteres aus den Personaldaten ermittelt werden können. Dadurch, dass Teilzeit als Erklärung des Verdienstabstan-des ausgeklammert wird, ist die einfachste und naheliegendste Rechtferti-gung hinfällig. Eine Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Ursachen wird dadurch wahrscheinlicher, auch wenn beispielsweise immer noch die Arbeitsmarktsegregation als Erklärung zur Verfügung steht. Da der Ver-dienstabstand der Bruttostundenlöhne der Geschlechter so auch der Öf-fentlichkeit zur Verfügung stünde, wäre es dieser möglich, einen Ver-gleich verschiedener ArbeitgeberInnen in diesem Bereich anzustellen. Da-durch könnte eine Drucksituation auf die ArbeitgeberInnen erzeugt wer-den, sowie auch auf den Betriebsrat, welcher als verantwortlicher Akteur zur Abhilfe gesehen werden könnte. Für eine durch die Öffentlichkeit er-zeugte Drucksituation ist das gesellschaftliche Klima momentan günstig. Die erhöhte Bereitschaft von KonsumentInnen, bei ihren Kaufentschei-dungen auf fairen Arbeitsbedingungen zu achten, wurde in Kapitel C. be-reits erörtert.⁸³⁰ Der öffentliche Druck könnte sodann die ArbeitgeberInnen, respektive den Betriebsrat dazu animieren, die Einkommenslücke pro-aktiv zu verringern. In eine ähnliche Richtung geht das Projekt „Be-trieblicher Gleichstellungsbericht“ von INFIS, das vorschlägt, einen Ent-geltgruppenvergleich durchzuführen.⁸³¹ Auch hier wird davon gesprochen, dass das Aufzeigen des unterschiedlichen Vorkommens verschiedener Gruppen in den Entgeltstufen, und damit letztlich ihre Verdienstabstände, zu einer Sensibilisierung in diesem Bereich führen wird.

Jedoch ist zu beachten, dass der durchschnittliche Bruttostundenlohn aufgeschlüsselt nach Geschlecht zwar zumindest vordergründig den meis-

830 Siehe oben unter: C. III. 3. b) aa).

831 Brüggemann/Riehle, Betrieblicher Gleichstellungsbericht, INFIS 2012, S. 36.

ten Adressierten relativ leicht verständlich ist.⁸³² Damit könnte eine Sensibilisierung aller AdressatInnen erreicht werden. Gerade hierin liegt jedoch auch ein Risiko: wäre die Prozentzahl, welche den Gender Pay Gap für einen Betrieb, respektive ein Unternehmen ausdrückt sehr klein oder zumindest unterhalb des gesamtdeutschen Durchschnitts, so könnte fälschlicherweise der Eindruck entstehen, dass kein Handlungsbedarf vorliege. Dabei kann jedoch, wie bereits zu Beginn der Arbeit festgestellt, der schlichte Verdienstabstand zwischen Frauen und Männern keinerlei Auskunft über die tatsächliche Entgeltdiskriminierung innerhalb eines Betriebs geben.⁸³³ Der öffentliche Rechtfertigungsdruck könnte zwar dazu führen, dass sich auf Unternehmens-, respektive Betriebsratsseite eingehend mit dem Thema der Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern auseinandersetzt wird. Es ist jedoch auch möglich, dass ArbeitgeberInnen die weniger aufwendige Handlungsmöglichkeit wählen und je nach Ergebnis dieses als Beweis ihrer guten Arbeit, oder als schlicht nicht aussagekräftig interpretieren. Darin liegt ein entscheidender Unterschied zu dem Entgeltgruppenvergleich des betrieblichen Gleichstellungsberichts von INFIS.⁸³⁴ Diesem geht es in erster Linie um das Sichtbarmachen genereller Diskriminierung bestimmter MerkmalsträgerInnen. Dabei ist es zweitrangig, worauf die Benachteiligung im Einzelnen zurückzuführen ist. Eine Diskriminierung bei der Beförderungspraxis erfordert hier ebenso viel Handlungsbedarf, wie unzureichende Vereinbarkeitsregelungen von Familie und Beruf. Das Sichtbarmachen solcher generellen Diskriminierungen ist jedoch für die Fragestellung dieser Arbeit zu weit gefasst. Hinzu kommt, dass nicht alle Unternehmen, sondern lediglich Kapitalgesellschaften überhaupt einen Lagebericht erstellen müssen (§ 264 I HGB). Eine Regelung, den Gender Pay Gap in den Lagebericht aufzunehmen, würde folglich nur einen Teil der Beschäftigten erfassen. Eine solche Vorschrift kann demnach der Informationsbeschaffung über die hier relevanten Tatbestandsmerkmale nur sehr begrenzt dienen.

832 Zur Kritik an der Aufschlüsselung lediglich der durchschnittlichlichen Brutto-stundenlöhne siehe: *Klenner/Ziegler*, WSI-Report 03/2010; *Tondorf*, in: Fest-schrift für *Pfarr*, 2010; Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes vom 09.03.2010, abrufbar unter: <http://www.djb.de/Kom/K1/st10-3/>, zuletzt abgerufen am: 13.06.2013.

833 Siehe oben unter: B. I.

834 *Brüggemann/Riehle*, Betrieblicher Gleichstellungsbericht, INFIS 2012, S. 36.

E. Überprüfung einzelner Instrumente zur Verbesserung der Informationsbeschaffung

Grundsätzlich ist jedoch zu überlegen, ob sich das Ziel des Null-Prozent-Unterschieds zwischen den Geschlechtern bei der Entlohnung im Rahmen einer Comply-or-Explain-Regelung sinnvoll in den Corporate-Governance-Kodex integrieren ließe. Danach müssten die ArbeitgeberInnen immer dann, wenn der durchschnittliche Bruttostundenlohn eines Geschlechts niedriger ist als der des anderen Geschlechts, eine Erklärung abgeben, warum dies der Fall ist. Idealerweise würde diese Erklärung nachvollziehbare Berechnungen beinhalten. So könnte die bereits angesprochene Sensibilisierung verstärkt und ein Rechtsbewusstsein für einen geschlechtergerechten Lohn weiter ausgebildet werden. Es wäre ohne viel Aufwand möglich, diese Comply-or-Explain-Regelung so einfach und deutlich auszustalten, dass sie sowohl für ArbeitgeberInnen- und ArbeitnehmerInnen, als auch für die Öffentlichkeit verständlich und nachvollziehbar wäre. Freilich bestehen auch hier die oben genannten Gefahren der Instrumentalisierung der prozentualen Angaben beziehungsweise ihrer Kleinrechnung. Zudem ist zu untersuchen, inwieweit die Angaben über Bruttostundenentgelte in das System des Corporate-Governance-Kodex passen, in welchem es in erster Linie um Führungspositionen geht. Es ist jedoch zu betonen, dass die Zielrichtung dieses Instruments eine andere ist, als die der vorliegenden Arbeit. Während diese Arbeit sich mit der Informationsbeschaffung über Tatbestandsmerkmale des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern befasst, hätte das soeben dargestellte Instrument vor allem zum Ziel, die Öffentlichkeit über das Problem der geschlechtsspezifischen Entgeltdiskriminierung zu informieren. Eine Verbesserung der Informationssituation auf Beschäftigtenseite wäre damit hingegen nicht direkt verbunden, da, wie dargestellt, die Informationen nicht ausreichen würden, um feststellen zu können, ob eine Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts vorliegen könnte.

bb) Ansatzpunkte aus dem Arbeitsrecht (§ 43 II 3 BetrVG)

Im Rahmen des § 43 II 3 BetrVG soll zunächst die Möglichkeit untersucht werden, Informationen zum Entgelt der Beschäftigten in den ArbeitgeberInnenbericht zu integrieren. Bei diesem Punkt ist sodann, wie bereits für den Lagebericht untersucht, eine stark vereinfachte Darstellung der Entgelte denkbar. Die begrenzte Reichweite dieser Berichtspflichterweiterung

wurde soeben dargestellt.⁸³⁵ Ein Unterschied zu der Berichtspflicht im La-gebericht besteht allerdings darin, dass die Angaben im ArbeitgeberInnen-bericht nach § 43 II 3 BetrVG lediglich betriebsöffentlich zu machen sind. Damit wäre der Aufwand für die Konkurrenz oder JournalistInnen größer, an die fragliche Zahl zu gelangen.

(1) Rechtsdogmatische Bewertung

Der tatsächliche Nutzen für die konkrete Informationsbeschaffung wäre jedoch immer noch sehr gering. Nach bisheriger Rechtslage reichen die durchschnittlichen Entgelte von Männern und Frauen lediglich dann als Diskriminierungsverdacht aus, wenn dem Entgeltssystem, welches die ArbeitgeberInnen nutzen, jegliche Durchschaubarkeit fehlt.⁸³⁶ Bei einem solchen Instrument, also der Aufnahme der durchschnittlichen Bruttostun-denlöhne, getrennt nach Frauen und Männern in den ArbeitgeberInnenbe-richt, wird folglich zu erwarten sein, dass dieses Instrument zwar kleinere, aber keine nennenswerten Verbesserungen der Informationsbeschaffung der Beschäftigten bringt. Um dies zu erreichen, müssten die Informationen im Bericht weitaus detaillierter sein. Letztlich müssten die Entgeltbestand-teile aller Beschäftigten im Einzelnen dargestellt werden, um eine wirkungsvolle Überprüfung zu ermöglichen.

Um zu bewerten, ob eine solche detailliertere Offenlegungspflicht im Bereich der Entgelte von Beschäftigten ein wirksames Instrument ist, ist zunächst zu untersuchen, inwieweit diese unter dem Gesichtspunkt der Berichtspflichtgrenze bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen überhaupt möglich wäre. Wie bereits festgestellt, ist stets im Rahmen einer Einzel-fallabwägung zu ermitteln, ob Lohn- und Gehaltsdaten eines Unterneh-mens als ein schützenswertes Betriebs-, beziehungsweise Geschäftsgeheimnis angesehen werden müssen.⁸³⁷ Dabei geht es um die Frage, ob die Konkurrenz des Unternehmens durch die Daten einen Wettbewerbsvorteil erlangen könnte.⁸³⁸ Dies wäre bei Informationen über die Zusammenset-

835 Siehe oben unter: E. V. 1. b) aa).

836 *EuGH*, Urt. v. 17.10.1989 (*Danfoss*) – Rs 109/88 = NZA 1990, 772; siehe aus-führlich unter: D. I. 4. c).

837 *BAG*, Beschl. v. 26.02.1987 – 6 AZR 46/84 = NZA 1988, 63; siehe oben unter E. IV. 1. a) aa).

838 *BAG*, Beschl. v. 26.02.1987 – 6 AZR 46/84 = NZA 1988, 63 (64).

zung der Entgelte aller im Betrieb Beschäftigten, wie sie für eine aussagekräftige Einschätzung einer Benachteiligungslage benötigt würden, mit hoher Wahrscheinlichkeit der Fall. Im Lichte der *BAG*-Entscheidung vom 26.02.1987 ist daher davon auszugehen, dass bei dieser Ausführlichkeit hinsichtlich der Lohn- und Gehaltsdaten in der Regel ein Geschäftsgeheimnis anzunehmen ist. Anders könnten diese Daten zu werten sein, würden sie sich auf Rechtsverstöße beziehen. *Kloepfer* geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass die Regelung im VIG, in welchem bei Rechtsverstößen gegen das Lebensmittel- und Futtergesetzbuch kein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis vorliegt (§§ 2 3, 1 I 1 Nr. 1 VIG), als „verallgemeinerungsfähiger Rechtssatz“ für alle Informationsrechte angesehen werden kann.⁸³⁹ Dann müssten allerdings die Lohn- und Gehaltsdaten als illegal zu werten sein. Auch wenn diese einen Hinweis auf eine rechtswidrige Entgelddiskriminierung geben können, sind die bloßen Daten bezüglich dieser Entgelte schwerlich bereits als Verstoß gegen die Rechtsordnung zu werten. Der Bezug zu einer möglichen Diskriminierung, beziehungsweise einem möglichen Rechtsverstoß, ist allenfalls ein mittelbarer. Zudem würden Entgeltinformationen, bei denen relativ unproblematisch Rückschlüsse auf die Entgelte einzelner Personen geschlossen werden können, auch gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen sowie gegen das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten verstößen.⁸⁴⁰

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Neben diesem rechtlichen Argument kann sich auch die Frage gestellt werden, ob eine zumindest betriebliche Öffentlichmachung derart sensibler Daten als wünschenswert anzusehen wäre. Es wäre dann beispielsweise auch die individuelle Leistungszulage jedes/r Beschäftigten von allen KollegInnen einsehbar. Dies könnte, unabhängig vom Gesichtspunkt der Persönlichkeitsrechte einzelner Beschäftigter, zu einer Verschlechterung der Arbeitsatmosphäre führen. Abgesehen davon würde eine solche Aufstellung mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein. Nach den Entgeltbestandteilen einzelner Beschäftigter aufgeschlüsselte Informatio-

839 *Kloepfer*, Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 31 f.

840 Siehe oben unter: E. IV. 1. b) aa).

nen als Erweiterung der Berichtspflicht der ArbeitgeberInnen nach § 43 II 3 BetrVG ist somit aus mehreren Gründen abzulehnen.

Eine sinnvolle Erweiterung der Berichtspflicht müsste also sowohl den rechtlichen Grenzen als auch der praktischen Durchführbarkeit Rechnung tragen. In der vorangegangenen Analyse hat sich eine bloße Darstellung der durchschnittlichen Bruttostundenlöhne beider Geschlechter als ein zu schwaches Instrument erwiesen.⁸⁴¹ Eine Aufschlüsselung aller Entgeltbestandteile der Beschäftigten hingegen musste als ein zu intensiver Eingriff verworfen werden. Auch der Mittelweg, die Anzeige der durchschnittlichen Bruttostundenlöhne der unterschiedlichen Berufsgruppen, wäre wohl schwerlich mit den verfassungsrechtlichen Grenzen der Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vereinbar.⁸⁴² Durch die regelmäßige Angabe des Mittelwerts einzelner Berufsgruppen könnten KonkurrentInnen viele sensible Daten über die Gehaltssituation der Beschäftigten erlangen. Die Einzelfallabwägung würde zu extremer Rechtsunsicherheit führen, sowohl auf ArbeitgeberInnen- als auch auf ArbeitnehmerInnenseite. Auch wäre ein flächendeckendes Instrument damit gerade nicht gegeben. Die Beschäftigten, respektive ihr Betriebsrat könnten kaum vorhersagen, wann die ArbeitgeberInnen sich mit Recht weigern, die entsprechenden Informationen herauszugeben. Dem Effektivitätsfaktor der Verständlichkeit und klaren Zielsetzung von Gesetzen würde dies diametral entgegenstehen.

cc) Ergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass weder Berichtspflichten aus dem Gesellschaftsrecht, noch solche aus dem Arbeitsrecht dafür geeignet erscheinen, die Informationen über das Entgelt der Beschäftigten weiterzugeben, die für die Einschätzung ob eine geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung vorliegt, von Nöten sind. Im Bereich der Informationen über Entgelte scheint das Instrument der Erweiterung der Berichtspflichten von ArbeitgeberInnen folglich nicht sinnvoll.

841 Siehe oben unter: E. IV. 1. b) aa).

842 Siehe oben unter: E. IV. 1. a) aa).

c) Erweiterungsmöglichkeiten um weitere Informationen

Scheiden Informationen über die Entgelte der Beschäftigten in ArbeitgeberInnenberichten aus, bleibt die Möglichkeit, den zweiten großen Bereich bei Entgeltgleichheitsfragen in diese Berichte einzubauen. Hierbei geht es um Informationen über die einzelnen Tätigkeiten, damit gleiche oder gleichwertige Arbeiten identifiziert werden können. Um den ArbeitnehmerInnen die Möglichkeit zu geben, gleichwertige Tätigkeiten herausfiltern zu können, bedarf es zu jedem im Unternehmen ausgeübten Beruf einer Tätigkeitsbeschreibung. Solche müssten bei einem Großteil der ArbeitgeberInnen ohnehin vorhanden sein. Es ist wohl davon auszugehen, dass die ArbeitgeberInnen wissen, für welche Tätigkeiten sie ihre Beschäftigten entlohnend. Hierüber ließen sich also Informationen, soweit nicht bereits vorhanden, von den ArbeitgeberInnen relativ unproblematisch generieren. Die Tätigkeitsbeschreibungen müssten so ausführlich sein, dass sich aus ihnen entnehmen lässt, was die ArbeitnehmerInnen zu leisten haben. Auch hierzu bieten Stellenausschreibungen bereits erste Anhaltspunkte.

aa) Rechtsdogmatische Bewertung

In Betrieben, in denen sich das angewandte Entgeltsystem nicht vollständig aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen ergibt, ist es für die Beschäftigten wichtig, dass die ArbeitgeberInnen sie hierüber informieren. Dazu gehören unter anderem die Anforderungen zur Erreichung von Leistungs- oder anderen Zulagen, sowie Informationen über außertarifliche Vergütungen. Die Frage nach Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen ist in den Fällen abstrakter Entlohnssysteme anders zu bewerten als bei den oben untersuchten Informationen über tatsächlich gezahlte Entgelte. Informationen über das abstrakte Entlohnssystem sind durch die Pflicht zum Zugänglichmachen von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen bereits jetzt zu einem Großteil (betriebs-)öffentlich. Es ist demnach nicht davon auszugehen, dass entsprechende Informationen bei Betrieben ohne, oder mit nur unvollständigen kollektivrechtlichen Vereinbarungen, als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis gelten würden. Die verfassungsrechtliche Dimension der Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse ändert hieran nichts; dieser wird vielmehr durch die geringe Intensität des Eingriffs und dem hohen Nutzen, mithin durch die Angemessenheit Rechnung getragen. Auch bei diesen In-

formationen kann angenommen werden, dass ArbeitgeberInnen ohnehin über sie verfügen. Sie sollten den Beschäftigten daher schriftlich zur Verfügung gestellt werden. Eine vergleichbare Offenlegungspflicht wird im Entwurf eines Gesetzes zur Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgebotes für Frauen und Männer der SPD-Bundestagsfraktion in Form eines Auskunftsanspruchs für Beschäftigte gefordert.⁸⁴³ Anhand dieser Informationen kann es bereits möglich sein, Entgeltdiskriminierungen aufzuspüren, die unmittelbar aufgrund des Geschlechts vorliegen, soweit solche vorhanden sind. Da mittelbare geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierungen lediglich dann vorliegen sollen, wenn es sich bei den zu vergleichenden Tätigkeiten jeweils um eine männer- und eine frauendominierte Tätigkeit handelt, müsste die Aufstellung den Frauen- beziehungsweise Männeranteil der verschiedenen Berufe ausweisen. Um den Vergleich zu erleichtern, sollten schließlich die Entgeltgruppen dargestellt werden, in welchen die jeweiligen Berufe eingruppiert sind. Einmal aufgestellt, könnte eine solche Liste in Gebrauch bleiben und müssten nur bei tatsächlichen Änderungen entsprechend angepasst werden.

Eine solche Berichtspflicht sollte freilich nicht in Konkurrenz zu möglichen, sich inhaltlich überschneidenden Auskunftsansprüchen stehen. Unabhängig davon, ob viele Beschäftigte diese in Anspruch nehmen würden oder nicht, sollte ihnen zumindest die Möglichkeit eines eigenen Auskunftsanspruchs durch eine Berichtspflicht nicht genommen werden.⁸⁴⁴

bb) Rechtssoziologische Bewertung

Der Vorteil einer Berichtspflicht gegenüber einem Auskunftsanspruch liegt zum einen in der Tatsache, dass die Beschäftigten verdachtsunabhängig Informationen erhalten, ein Anfangsverdacht somit einfacher entstehen kann. Zum anderen entfällt so das soziale Hemmnis, pro-aktiv zu den ArbeitgeberInnen gehen und nach Informationen verlangen zu müssen. Allerdings sind Berichtspflichten stets mit dem Risiko der Nichteinhaltung behaftet. Auch wenn diese als Ordnungswidrigkeit verstanden würde, so wären die ArbeitnehmerInnen im Ergebnis auf ein Handeln von Betriebsrat oder Gewerkschaft angewiesen (hierzu sogleich).

843 § 4 II S. 1 EntGG-E, BT-Drs. 17/9781.

844 Siehe zur Möglichkeit entsprechender Auskunftsansprüche sogleich unter: E. IV. 2. b), E. IV. 2. c).

cc) Zur Frage der Implementierung

Für die Einführung einer solchen Berichtspflicht gibt es mehrere gesetzliche Ansatzpunkte. Bei systematischer Herangehensweise ist zunächst an das BetrVG, und dort an § 43 zu denken. Berichtspflichten von ArbeitgeberInnen könnten jedoch auch in das NachwG und das AGG implementiert werden. Die unterschiedlichen Gesetze bieten verschiedene Vor- und Nachteile, die es im Folgenden genauer zu untersuchen gilt.

(1) Implementierung im § 43 BetrVG

Würde die Erweiterung der Berichtspflicht in § 43 BetrVG normiert, könnten die Informationen einmal jährlich mit dem mündlichen Bericht der ArbeitgeberInnen an die Beschäftigten herausgegeben, sowie als elektronische Datei auf einem unternehmenseigenen Laufwerk hinterlegt werden, wie dies bei Betriebsvereinbarungen häufig der Fall ist. § 43 BetrVG könnte um einen Absatz 2a ergänzt werden. Dass dieser Teil des Berichts ein schriftlicher wäre, ist dabei nicht hinderlich. Beim Tätigkeitsbericht des Betriebsrats wird bereits de lege lata davon ausgegangen, dass dieser dann in schriftlicher Form zu erfolgen hat, wenn er sehr umfangreich ist.⁸⁴⁵ Ebenfalls umfangreich wird auch ein Bericht sein, der sämtliche Tätigkeitsbeschreibungen der Berufe eines Unternehmens enthält. Es besteht also keine Veranlassung, die Mündlichkeit des Berichts für alle Bereiche zwingend beizubehalten.⁸⁴⁶ Die verschiedenen Tätigkeiten könnten sodann von den Beschäftigten selbst, von Gleichstellungsbeauftragten oder vom Betriebsrat darauf überprüft werden, welche als vergleichbar angesehen werden müssen. Ein Vorteil des BetrVG könnte sein, dass hier die Betriebsräte unmittelbarer als bei anderen Gesetzen Befolgung und Richtigkeit der Berichtspflicht der ArbeitgeberInnen überprüfen könnten. Insbesondere wäre es hilfreich, wenn die Betriebsräte die Berichte inhaltlich überprüfen könnten, wenn ihnen mithin ein Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung der Berichte zustehen würde. Weiter könnten auch Sankti-

845 Berg, in: DKKW, BetrVG, § 43 Rn. 11.

846 In diesem Sinne wohl auch: Berg, in: DKKW, BetrVG, § 43 Rn. 26; Joost, MüHandBArB, § 224 Rn. 62; Schlachter, ErfK, § 43 BetrVG Rn. 7.

onsmöglichkeiten durch Betriebsräte einfacher als durch die Beschäftigten genutzt werden.⁸⁴⁷

(a) Zur Frage der Mitbestimmung

Ein solches Instrument wäre umso wirksamer, je stärker die Korrektheit der Angaben der von den ArbeitgeberInnen erstellten Stellenbeschreibungen sichergestellt wird. Dies könnte sich jedoch, nicht zuletzt aufgrund der geringen Sensibilisierung der ArbeitgeberInnen in diesem Bereich, schwierig gestalten.⁸⁴⁸ Bei der Erstellung von Stellenbeschreibungen hat der Betriebsrat grundsätzlich kein Mitbestimmungsrecht, da sie einen „Teil der Organisation des betrieblichen Arbeitsablaufes“ darstellen.⁸⁴⁹ Ein solches könnte jedoch nach § 99 I BetrVG gegeben sein. Zwar kann „Anlass für eine Umgruppierung i.S. von § 99 I 1 BetrVG (...) trotz unveränderter Tätigkeit des Arbeitnehmers die Änderung des bisher geltenen Vergütungsschemas sein.“⁸⁵⁰ Die abstrakten Bewertungen der Tätigkeitsanforderungen an bestimmte Arbeitsplätze sind jedoch keine personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG.⁸⁵¹ Hinzu kommt, dass der Betriebsrat bei § 99 BetrVG kein Initiativrecht hat. Er kann also lediglich seine Zustimmung zu einer Ein- oder Umgruppierung verweigern. Voraussetzung ist jedoch, dass eine solche von den ArbeitgeberInnen überhaupt angestoßen wird.

Unter Umständen könnte allerdings ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 10 BetrVG gegeben sein. Dann müssten die Tätigkeitsbeschreibungen eine Frage der betrieblichen Lohngestaltung sein. In dem *BAG-Urteil* von 1986 heißt es hierzu: „Die Beschreibung dieser Tätigkeit (...) wird erst dann Teil der betrieblichen Lohngestaltung, wenn zwischen der so beschriebenen Tätigkeit und der Entlohnung eine Verbin-

⁸⁴⁷ Siehe sogleich unter: E. IV. 1. c) (2).

⁸⁴⁸ Siehe oben unter: C. III. 3. b) bb).

⁸⁴⁹ *BAG*, Beschl. v. 14.01.1986 – 1 ABR 82/83 = NZA 1986, 531 (531); ebenso: *BAG*, Beschl. v. 31.01.1984 – 1 ABR 63/81 = NJW 1984, 1709 (1709).

⁸⁵⁰ *BAG*, Beschl. v. 19.04.2012 – 7 ABR 52/10 = NJOZ 2012, 2078 (Ls.).

⁸⁵¹ *BAG*, Beschl. v. 19.04.2012 – 7 ABR 52/10 = NJOZ 2012, 2078 (2080 f.); *BAG*, Beschl. v. 01.06.2011 – 7 ABR 138/09 = NZA 2012, 1184 (Ls.); *BAG*, Beschl. v. 17. v. 12. 01. 2011 – 7 ABR 15/09 = NZA-RR 2011, 574 (577); *BAG*, Beschl. v. 17. 11. 2010 – 7 ABR 123/09 = NZA 2011, 531 (533).

dung hergestellt wird.“⁸⁵² Eine solche Verbindung könnte in dem Zusammenhang zwischen der Eingruppierung, die auf der Tätigkeitsbeschreibung basiert und der daraus resultierenden Entlohnung gesehen werden. Einschränkend fügt das *BAG* jedoch hinzu: „Allein die Tatsache, daß zwischen der Funktionsbeschreibung als Tätigkeitsbeschreibung und der Entlohnung irgendwann einmal ein Bezug hergestellt und damit Lohngestaltung betrieben werden kann, führt noch nicht dazu, schon die bloße Beschreibung der Tätigkeit in einer Funktions- oder Stellenbeschreibung der Mitbestimmung des Betriebsrats zu unterwerfen.“⁸⁵³ In den folgenden Entscheidungen hat das *BAG* sich inhaltlich nicht weiter mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Unklar bleibt damit, wann die Verbindung zwischen Tätigkeitsbeschreibung und Entlohnung konkret genug ist. Verneint werden kann die ausreichende Verbindung wohl, wenn es lediglich um eine Tätigkeitsbeschreibung im Rahmen einer Stellenbeschreibung geht. Auf der anderen Seite müsste dieser Bezug, um überhaupt einen Anwendungsbereich zu haben, zumindest dann angenommen werden, wenn mit den Tätigkeitsbeschreibungen eine unmittelbare Eingruppierung verbunden ist. Dem Urteil von 1986 kann entnommen werden, dass es entscheidend darauf ankommt, welcher Zweck mit der Tätigkeitsbeschreibung verbunden sein soll. Ist die Eingruppierung und damit die Entlohnung der Beschäftigten die eigentliche Zielsetzung dieser Beschreibungen, so handelt es sich um eine Maßnahme der betrieblichen Lohngestaltung. Soll hingegen, wie dies bei der Entscheidung von 1986 angenommen wurde, die betriebliche Lohngestaltung lediglich ein Grund von vielen sein, aus denen die Tätigkeitsbeschreibungen vorgenommen wurden (hier wurde als weiterer Punkt die Personalplanung genannt)⁸⁵⁴, so ist der Bezug zwischen den Beschreibungen und der Entlohnung nicht mehr im ausreichenden Maße als unmittelbar anzusehen. Diese Ansicht deckt sich mit der Aussage von *Wiese*, dass Tätigkeitsbeschreibungen auch dann keine Mittel zur Lohngestaltung nach § 87 I Nr. 10 BetrVG sind, wenn sie „(...) als Hilfsmittel der Lohngestaltung verwendet werden können.“⁸⁵⁵

852 *BAG*, Beschl. v. 14.01.1986 – 1 ABR 82/83 = NZA 1986, 531 (532); zuletzt: *BAG*, Beschl. v. 19.04.2012 – 7 ABR 52/10 = NJOZ 2012 2078; *BAG*, Beschl. v. 17. 11. 2010 – 7 ABR 123/09 = NZA 2011, 531 (533).

853 *BAG*, Beschl. v. 14.01.1986 – 1 ABR 82/83 = NZA 1986, 531 (532).

854 *BAG*, Beschl. v. 14.01.1986 – 1 ABR 82/83 = NZA 1986, 531 (532).

855 *Wiese*, in: GK-BetrVG, § 87 Rn. 820.

Damit bleibt zu klären, ob die Verneinung der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 10 BetrVG in den hier diskutierten Fällen als zwingend erscheint. Soll in diesem Zusammenhang überlegt werden, aus welchen Gründen die Tätigkeitsbeschreibung erfolgt, so muss als erstes darauf hingewiesen werden, dass im Regelfall für die Erstellung der fraglichen Liste keine neuen Tätigkeitsbeschreibungen angefertigt werden. Zu erwarten ist vielmehr, dass, wie bereits erwähnt, lediglich Beschreibungen aus Stellen-ausschreibungen oder Tarifverträgen übernommen und gegebenenfalls ergänzt werden. Hierbei ist eine Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 10 BetrVG wie gesehen ausgeschlossen, beziehungsweise nach § 87 I 1 BetrVG ohnedies gesperrt. Gesetzt den Fall, ArbeitgeberInnen würden ausschließlich deshalb Tätigkeitsbeschreibungen erstellen, um die hier diskutierte Vergleichsliste erstellen zu können, kann dennoch eine Mitbestimmung aufgrund der betrieblichen Lohngestaltung nicht angenommen werden. Die ArbeitgeberInnen entlohen ihre Beschäftigten nicht aufgrund der im Rahmen einer erweiterten Berichtspflicht anzufertigenden Liste. Diese würden lediglich dem Vergleich verschiedener Berufe innerhalb des Unternehmens dienen. Zwischen den Tätigkeitsbeschreibungen und der Entlohnung stünde in den meisten Betrieben mit Betriebsrat noch der Akt der Eingruppierung. Auf diese können die Betriebsräte nach § 99 I BetrVG Einfluss nehmen, nicht jedoch nach § 87 BetrVG. Damit hätten die Betriebsräte bei der Erstellung der Tätigkeitsbeschreibungen für die Vergleichsliste kein Mitbestimmungsrecht. Eine Richtigkeitskontrolle der Beschreibungen könnte im Rahmen des Beschwerderechts der Beschäftigten nach § 84 BetrVG gewährleistet werden.

Eine Implementierung der oben dargestellten Berichtspflicht im BetrVG würde also nicht dazu führen, dass Betriebsräte in stärkerem Maße, als bei Verortung in anderen Gesetzen, einen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der Tätigkeitsbeschreibungen erhalten würden.

(b) Mechanismen der Sanktionierung

Weiterhin stellt sich die Frage, ob das BetrVG Vorteile gegenüber anderen Gesetzen birgt, wenn die ArbeitgeberInnen ihrer Berichtspflicht in der neuen Form nicht oder nur unzureichend nachkommen. Nach der Systematik des BetrVG müsste in dem Verstoß gegen diese Berichtspflicht – wie auch in dem Verstoß gegen die Berichtspflicht des § 43 II 3 BetrVG – unter Umständen ein grober Verstoß der ArbeitgeberInnen im Sinne des

§ 23 III BetrVG gesehen werden. Eine grobe Pflichtverletzung setzt eine „objektiv schwerwiegende und offensichtliche Pflichtverletzung voraus, für die es nicht auf ein Verschulden des Arbeitgebers ankommt.“⁸⁵⁶ Ab wann ein solch grober Verstoß bei unzureichender Berichtspflicht angenommen werden kann, ist stets im Einzelfall zu entscheiden. Dies birgt, wie alle Einzelfallprüfungen, größere Unsicherheiten für die AntragstellerInnen. Es ist daher zu überlegen, ob effektivere Sanktionierungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht zu finden sein könnten. Dort drohen bei schulhaftem Verstoß gegen die Pflicht aus § 325 HGB, nach welchem gesetzliche VertreterInnen von Kapitalgesellschaften ihren Jahresabschluss elektronisch bei BetreiberInnen des Bundesanzeigers einzureichen haben, Ordnungsgelder von bis zu 50.000 Euro.⁸⁵⁷ Allerdings wäre diese Art von Sanktion kaum in das System des BetrVG zu integrieren. Auch wäre es sicherlich nicht einfach zu beurteilen, wann die Tätigkeitsbeschreibungen in ausreichendem Maße detailliert sind. Grundsätzlich könnte dagegen zu überlegen sein, den Bericht über Tätigkeitsbeschreibungen als einen Punkt in den Corporate-Governance-Kodex aufzunehmen, welcher dann von den Aktiengesellschaften, die in § 289b I HGB aufgezählt sind, bei Nichterfüllung entsprechend erklärt werden müsste. Der Corporate-Governance-Kodex enthält jedoch lediglich Verhaltensregeln, die die Unternehmen freiwillig einhalten sollen. Er ist kein von GesetzgeberInnen verfasstes Regelwerk. Darüber hinaus würde die Aufnahme einer für die ArbeitgeberInnen verpflichtenden Berichterstattung der Systematik des Kodex entgegen laufen und allein deshalb Verwirrung hervorrufen. Dies wäre im Sinne einer besseren Verständlichkeit und einer klaren Zielsetzung der Norm kontraproduktiv.

In Anlehnung an die Ordnungswidrigkeit der §§ 334 ff. HGB bei Verstößen gegen Offenlegungspflichten, könnte dagegen der § 121 I BetrVG um die Berichtspflicht des zu schaffenden § 43 IIa BetrVG erweitert werden. § 121 I BetrVG zählt abschließend Aufklärungs- oder Auskunftspflichten auf, bei dessen vorsätzlicher wahrheitswidriger, unvollständiger oder verspäteter Erfüllung ein Bußgeld von bis zu 10.000 Euro droht.

856 Ständige Rechtsprechung, vgl.: *BAG*, Beschl. v. 29. 2. 2000 - 1 ABR 4/99 = NZA 2000, 1066 (1068); *BAG*, Urt. v. 28.05.2002 - 1 ABR 32/01 = NZA 2003, 166 (169); *Thüsing*, in: *Richardi* (Hrsg.), *BetrVG*, § 23 Rn. 93; *Trittin*, in: *DKKW*, *BetrVG*, § 23 Rn. 201.

857 §§ 334, 335, 335b HGB, 21 PublG; vgl. auch: *Kocher et al.*, *Verantwortung braucht Transparenz*, WISO-Diskurs, 2012, S. 22.

Auch wenn hier der Terminus „Berichtspflicht“ nicht genannt ist, so finden sich doch in den im § 121 I BetrVG aufgezählten Offenlegungspflichten die Pflichten der ArbeitgeberInnen, weitestgehend ereignisunabhängig zu berichten (§ 106 II BetrVG, Unterrichtung der UnternehmerInnen an den Wirtschaftsausschuss bezüglich wirtschaftlicher Angelegenheiten; § 110 BetrVG, vierteljährliche Unterrichtung der UnternehmerInnen der ArbeitnehmerInnen über die wirtschaftliche Lage und Entwicklung des Unternehmens). Bisher geht es in § 121 I BetrVG überwiegend um Offenlegungspflichten zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens, wie dies auch bei der Berichterstattung nach §§ 235 ff. HGB der Fall ist.⁸⁵⁸ Allerdings kann nach § 121 I BetrVG auch ein Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht aus § 80 I Nr. 2a BetrVG (Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung) geahndet werden. Es läuft daher der Systematik der Bußgeldvorschriften im BetrVG keinesfalls entgegen, eine weitere Offenlegungspflicht mit aufzunehmen, die die Stärkung der Durchsetzung von Geschlechtergleichstellung zum Ziel hat. Konsequent könnte weiter überlegt werden, ob im Sinne einer einheitlichen Regelung nicht auch die Berichtspflicht des § 43 II 3 BetrVG in den § 121 I BetrVG aufgenommen werden sollte. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der neue Bericht des Absatz IIa ebenso wie der des § 110 BetrVG ein schriftlicher wäre. Dadurch unterscheidet er sich von § 43 II 3 BetrVG. Ohne schriftliche Dokumentation kann eine Ordnungswidrigkeit schon aus Beweisgründen schwerer verfolgt werden. Es ist daher nachvollziehbar, lediglich einen neuen Absatz IIa in den § 121 I BetrVG aufzunehmen.

Eine Anzeige der Ordnungswidrigkeit kann grundsätzlich von den Beschäftigten getätigt werden. Hierbei entsteht jedoch für die ArbeitnehmerInnen die erhebliche Gefahr einer fristlosen Kündigung.⁸⁵⁹ Tatsächlich sollten entsprechende Anzeigen daher von Betriebsräten oder Gewerkschaften vorgenommen werden. Die Beschäftigten sind folglich bei der Durchsetzung der Berichtspflicht auf die Mitarbeit ihrer kollektiven Vertretungsorgane angewiesen.

⁸⁵⁸ Vgl. hierzu: Kocher et al., Verantwortung braucht Transparenz, WISO-Diskurs, 2012, S. 22.

⁸⁵⁹ BAG, Urt. v. 05.02.1959 – 2 AZR 60/56 = NJW 1961, 44; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 20.10.1976 – 6 Sa 51/76 = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr 8; einschränkend: LAG Frankfurt, Urt. v. 12.02.1987 – 12 Sa 1249/86 = BB 1987, 1320; vgl. hierzu insgesamt: Trümmer, in: DKKW, BetrVG, § 121 Rn. 24.

(c) Ergebnis

(aa) Rechtsdogmatische Bewertung

Eine Implementierung der Berichtspflicht im BetrVG würde kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei den Tätigkeitsbeschreibungen herbeiführen. Durch den § 121 BetrVG wäre aber eine Sanktionierung der ArbeitgeberInnen unabhängig vom Verhalten der ArbeitnehmerInnen durch den Betriebsrat oder Gewerkschaften möglich. Als Nachteil ist zu sehen, dass nicht alle Beschäftigten unter den Anwendungsbereich des BetrVG fallen. Ausgenommen sind beispielsweise leitende Angestellte, vgl. § 5 BetrVG. Hier müsste demnach überlegt werden, ob eine entsprechende Berichtspflicht sinnvoll in das SprAuG integriert werden könnte.

(bb) Rechtssoziologische Bewertung

Positiv ist aus rechtssoziologischer Sicht auf der einen Seite die Tatsache, dass durch eine Verankerung im BetrVG die Betriebsräte dazu angehalten werden könnten, die ArbeitgeberInnen zur Erfüllung ihrer Berichtspflicht anzuhalten. Die sozialen Hemmnisse, die die Beschäftigten davon abhalten könnten, die ArbeitgeberInnen selbst dazu zu bewegen, entsprechende Berichte abzugeben, könnten so umgangen werden. Auf der anderen Seite sind wie gesehen leitende Angestellte von den Vorschriften des BetrVG ausgenommen. Die Möglichkeit zur Überprüfung der Entgelte ist bei ihnen allerdings deshalb besonders bedeutsam, da gerade ArbeitnehmerInnen in höheren Stellungen einen überdurchschnittlichen Verdienstunterschied aufweisen.⁸⁶⁰ Hinzu kommt, dass § 43 BetrVG lediglich in solchen Betrieben Anwendung findet, in denen ein Betriebsrat existiert.⁸⁶¹ Wäre das Instrument der erweiterten Berichtspflicht also in § 43 BetrVG verortet, könnte es weniger als die Hälfte aller ArbeitnehmerInnen erreichen.⁸⁶² Die übrigen ArbeitnehmerInnen, vor allem in kleineren Betrieben, könnten von dieser Regelung nicht profitieren.

860 Statistisches Bundesamt, Verdienstunterschiede 2006, S. 38.

861 Annyß, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, § 43 Rn. 10; siehe hierzu unter: E. IV. 2. c).

862 Siehe oben unter: C. III. 3. h).

(2) Implementierung in §§ 2, 3 NachwG

(a) Rechtsdogmatische Bewertung

Es wurde bereits dargestellt, dass ArbeitgeberInnen gemäß § 2 NachwG den ArbeitnehmerInnen die wesentlichen Vertragsbedingungen des Arbeitsverhältnisses schriftlich vorlegen müssen. Hierzu zählen unter anderem die Zusammensetzung des Entgelts und die Beschreibung der zu leistenden Tätigkeit. Zwar zählen die Tätigkeitsbeschreibungen der anderen Beschäftigten, ihre geschlechtliche Verteilung und das abstrakte Entgeltssystem des Betriebs nicht zu den wesentlichen Bedingungen des Vertrags. Der Gesetzgeber wäre jedoch nicht gehindert, beispielsweise einen entsprechenden zusätzlichen Absatz in § 2 einzufügen. Thematisch wäre es durchaus vertretbar, die angesprochenen Informationen in § 2 NachwG einzubauen. Damit die Beschäftigten nicht nur zu Beginn ihres Arbeitsverhältnisses über Entgeltsysteme, verschiedene Tätigkeiten und die Geschlechterverteilung innerhalb unterschiedlicher Berufe informiert sind, sondern auch Veränderungen hierüber erfahren, müsste ebenfalls eine Erweiterung des § 3 NachwG erfolgen. § 3 NachwG legt fest, dass Änderungen der wesentlichen Vertragsbedingungen den ArbeitnehmerInnen spätestens einen Monat nach Änderung schriftlich mitzuteilen sind. Anderes gilt nur für Änderungen in solchen Vereinbarungen, die den ArbeitnehmerInnen ohnehin zur Verfügung stehen müssen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Ähnliches), wenn zuvor gemäß § 2 III NachwG auf diese verwiesen wurde.⁸⁶³ Dabei müsste jedoch die Einschränkung gelten, dass nicht jede Änderung beispielsweise der Geschlechterverteilung innerhalb verschiedener Berufe den Beschäftigten unmittelbar mitzuteilen ist. Der bürokratische Aufwand wäre anderenfalls unverhältnismäßig hoch. Es sollte daher, ähnlich wie bei der Verortung in § 43 BetrVG, ausreichen, wenn die Beschäftigten einmal jährlich über eventuelle Änderungen informiert würden.

863 Preis, in: ErfK, § 3 NachwG Rn. 1.

(b) Rechtssoziologische Bewertung

Bei Nichterfüllung der Nachweispflicht, respektive der Pflicht, Änderungen anzugeben, sieht das NachwG keine besonderen Regelungen vor.⁸⁶⁴ Es gelten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Verfahrensregeln. Beschäftigten, deren ArbeitgeberInnen die Nachweispflicht aus §§ 2, 3 NachwG nicht erfüllen, müssen diese individuell vor Gericht einklagen. Wird ein anderer Anspruch im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis eingeklagt und fehlen hierfür relevante Informationen, die der Nachweispflicht unterfallen, so können sich hieraus Änderungen bei der Beweislast ergeben.⁸⁶⁵ Streitig ist, ob die nicht (rechtzeitige) Erfüllung der Nachweispflicht ein Zurückbehaltungsrecht der Beschäftigten begründet.⁸⁶⁶

Das NachwG hat gegenüber dem § 43 BetrVG einige Vorteile. Weder muss ein Betriebsrat vorhanden sein, noch ist das NachwG lediglich auf bestimmte Beschäftigte beschränkt (vgl. § 1 NachwG). Damit wären alle diejenigen Adressierte einer entsprechenden Regelung, die auch potenziell bei Entgelt aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt werden können. Auf der anderen Seite steht bei Nichtbefolgung im NachwG lediglich eine Klage der einzelnen Beschäftigten im bestehenden Arbeitsverhältnis gegen ihre ArbeitgeberInnen als Sanktionsmöglichkeit zur Verfügung. Es ist nicht zu erwarten, dass Beschäftigte einen Prozess gegen ihre ArbeitgeberInnen anstrengen werden um Informationen zu erlangen, von denen sie nicht wissen, ob sie ihnen in irgendeiner Weise nützen können. Eine vergleichsweise niedrigschwellige Ordnungswidrigkeit, die von Gewerkschaften oder Betriebsräten nach § 34 BetrVG angestrengt werden kann, scheint eine effektivere Durchsetzungsmöglichkeit zu sein. Weiter ist auch zu bedenken, dass die Thematik an sich zwar zum § 2 NachwG passt. Systematisch wäre es jedoch verwirrend, andere Informationen also solche über die persönliche Lage in § 2 NachwG zu regeln.

864 EuGH, Urt. v. 18.01.2001 – C-350/99 = NZA 2001, 381 (383).

865 Preis, in: ErfK, Einf. NachwG Rn. 16 ff.

866 Zustimmend: Preis, in: ErfK, Einf. NachwG Rn. 15., m.w.N.; eingeschränkt: Neumann, in: Landmann/Rohmer (Begr.), GewO, § 5 NachwG Rn. 23.

(3) Implementierung in § 12 AGG

(a) Rechtsdogmatische Bewertung

Das Ziel des AGG ist in § 1 definiert. Es geht zunächst darum, Benachteiligungen aus den in § 1 AGG aufgezählten Gründen zu verhindern. Hierunter lässt sich auch das Bereitstellen bestimmter Informationen subsumieren, die für das Auffinden von Diskriminierungen notwendig sind. Allerdings ist das AGG in der Regel allgemein gehalten, damit es für alle in § 1 AGG aufgezählten Merkmalen gelten kann. Die Berichtspflicht der ArbeitgeberInnen mit ihren speziellen Anforderungen wäre damit eine Ausnahme. Dennoch muss anerkannt werden, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz grundsätzlich als geeigneter Platz für Regelungen zur Durchsetzung von Gleichbehandlung erscheint. Innerhalb des AGG käme für die Verortung der zweite Abschnitt über den Benachteiligungsschutz von Beschäftigten infrage. In diesem erscheint wiederum § 12 AGG, welcher die Organisationspflichten der ArbeitgeberInnen beschreibt, als die passenste Norm, um die Berichtspflichten zu integrieren.

Wollte man die erörterten Informationen als Berichtspflichten in den § 12 AGG verorten, müsste die genannte Norm entsprechend erweitert werden. Damit stellt sich die Frage, ob sich die Berichtspflicht, wenn schon nicht unter die Generalklausel, ausdrücklich und sinnvoll in die Systematik des § 12 AGG integrieren lässt. Wie das AGG generell, so beschreibt auch § 12 AGG mehr die allgemeine Aufforderung an ArbeitgeberInnen aktiv zu werden, als konkrete Maßnahmen zu benennen.⁸⁶⁷ Auch erscheint die Stoßrichtung des § 12 AGG nicht identisch mit der Idee einer arbeitgeberInnenseitigen Berichtspflicht. Bei letzterer steht die Intention im Vordergrund, die Beschäftigten in die Lage zu versetzen, Kenntnis über eventuelle Diskriminierungen vonseiten der ArbeitgeberInnen zu erlangen und dann entscheiden zu können, ob und wie dagegen vorgegangen werden soll. § 12 möchte hingegen, entsprechend der Bezeichnung des Unterabschnitts als Ordnungspflicht, die Beschäftigten in erster Linie präventiv vor Benachteiligungen schützen, und keine Hilfestellung zum Auffinden bereits bestehender Diskriminierungen geben. Kommentierungen zu § 12 AGG lassen darauf schließen, dass es bei dieser Norm schwer-

⁸⁶⁷ Rolof, in: BeckOK ArbR, § 12 AGG Rn. 3; Schlachter, in: ErfK, § 12 Rn. 1; Schneider/Sittard, NZA 2007, 654 (654).

punktmäßig (wenn auch nicht ausschließlich) um Schutz vor Benachteiligungen von KollegInnen oder Dritten geht.⁸⁶⁸ Den präventiven Charakter macht schließlich § 12 II 2 AGG deutlich. Nach diesem sollen die ArbeitgeberInnen ihre Pflicht aus Absatz I (erforderliche Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligung zu treffen) bereits dann erfüllt haben, wenn die ArbeitgeberInnen ihre Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen geschult haben.

Auf der anderen Seite muss beachtet werden, dass § 12 AGG genau bei dem Zweck ansetzt, für welchen auch die Berichtspflicht eingesetzt werden soll. Für den Schutz vor Diskriminierung im Beruf sind maßgeblich die ArbeitgeberInnen zuständig. Sinnvollerweise müsste für die hier infrage stehende Berichtspflicht ein neuer Absatz geschaffen werden, in welchem die zu berichtenden Pflichten normiert würden. Zwar würden Informationen über die Geschlechterverteilung nur potenziell aufgrund des Geschlechts diskriminierten Personen helfen. Die übrigen Informationen wären aber sicherlich für alle Beschäftigten von Interesse. Insbesondere detaillierte Kenntnis über das abstrakte Entgeltsystem im Betrieb könnte auch Personen helfen, die möglicherweise aus anderen Gründen als ihrem Geschlecht beim Entgelt diskriminiert werden. Es müsste aber auch hier die Einschränkung gelten, dass die Pflicht zur Herausgabe dieser Informationen nur einmal jährlich gegeben ist, um einen übermäßigen bürokratischen Aufwand für die ArbeitgeberInnen zu vermeiden.

Werden die Pflichten des § 12 AGG durch die ArbeitgeberInnen nicht befolgt, steht den Beschäftigten das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren oder eine Beschwerde nach § 13 AGG zur Verfügung. Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach § 15 AGG bestehen mangels Benachteiligung gemäß § 3 I, II AGG nicht.⁸⁶⁹ Betriebsräte oder im Betrieb vertretene Gewerkschaften können gemäß § 17 II 1 AGG gegen die ArbeitgeberInnen vorgehen. Voraussetzung ist jedoch, ebenso wie bei § 23 III 1 BetrVG, dass es sich bei dem Verstoß der ArbeitgeberInnen um einen groben handelt.⁸⁷⁰

Zwar konnte festgestellt werden, dass das AGG ein sehr allgemein formuliertes Gesetz ist. Dies ist gerade bei der Generalnorm des § 12 I AGG

868 Buschmann, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, § 12 Rn. 16; Roloff, in: BeckOK ArbR, § 12 AGG Rn. 3 f.; Thüsing, in: MüKo-BGB, § 12 AGG Rn. 4.

869 Mansel, in: *Jauernig* (Hrsg.), BGB, § 12 AGG Rn. 6; Schlachter, in: ErfK, § 12 Rn. 7.

870 Schlachter, in: ErfK, § 17 AGG Rn. 2.

der Fall. Die fraglichen Berichtspflichten wären demgegenüber sehr spezifisch und mit der Frage nach der Geschlechterverteilung innerhalb einzelner Berufe zudem auf ein Merkmal des § 1 AGG beschränkt. Auf der anderen Seite ist mit § 11 AGG, dem Neutralitätsgebot bei Stellenausschreibungen, bereits *de lege lata* eine Vorschrift vorhanden, die lediglich für eine bestimmte Situation, in welcher es häufig zu Diskriminierungen kommen kann, vorhanden.

(b) Rechtssoziologische Bewertung

§ 12 AGG trägt der Auffassung Rechnung, dass einer Diskriminierung effektiver durch präventive Maßnahmen vorgebeugt werden kann, als wenn versucht wird, diese durch repressive Schritte auszugleichen.⁸⁷¹ In Absatz I ist daher die Verpflichtung der ArbeitgeberInnen normiert, erforderliche Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligung zu treffen. Genauere Angaben, woraus diese Maßnahmen bestehen könnten, macht § 12 AGG hingegen nicht. Dies muss vielmehr jeweils in Hinblick auf den konkreten Betrieb ermittelt werden.⁸⁷² Zwar wäre es denkbar, unter die generalklauselartige Verpflichtung⁸⁷³ des § 12 I AGG die Herausgabe der hier diskutierten Informationen zu subsumieren. Diese Lösung wäre jedoch nach den analysierten Effektivitätsfaktoren für Normen als nur mäßig effektiv einzustufen.⁸⁷⁴ Unter dem Gesichtspunkt der Informationen über die Rechtslage, sind Ansprüche in Generalklauseln stets mit dem Problem der Undurchschaubarkeit behaftet. Auch könnten die neuen Pflichten der ArbeitgeberInnen so nicht ausdrücklich im Gesetz verankert werden. Dies würde nicht nur der Verständlichkeit und klaren Zielsetzung des Gesetzes zuwiderlaufen. Auch wären eine erhöhte Sensibilisierung und die Bildung eines Rechtsbewusstseins/-gefühls weder für ArbeitgeberInnen noch für ArbeitnehmerInnen möglich. Weiter würden die entsprechenden Informationen kaum in die Systematik der von § 12 I AGG intendierten Maßnahmen fallen. Hierunter sind wohl eher tatsächliche Schutzhandlungen zu verstehen, als bloße Informationen für eine nicht weiter festgestellte geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung. In der Bundestags-Drucksache

871 BT-Drs. 16/1780, S. 37; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, § 12 AGG Rn. 1.

872 *Schlachter*, in: ErfK, § 12 Rn. 1.

873 BT-Drs. 16/1780, S. 37.

874 Siehe oben insgesamt unter: C. III. 3.

che heißt es hierzu: „Zu denken ist sowohl an organisatorische Maßnahmen als auch an eine Aufklärung über die Problematik der Benachteiligung.“⁸⁷⁵

Ebenso wie das NachwG hat das AGG gegenüber dem § 43 BetrVG den Vorteil, dass es nicht das Vorhandensein eines Betriebsrats voraussetzt. Auch ist sein persönlicher Anwendungsbereich (wie auch beim NachwG) größer: Er umfasst beispielsweise leitende Angestellte sowie Organmitglieder (§ 6 AGG). Im Vergleich zum NachwG kann davon ausgegangen werden, dass das AGG bekannter ist. Die Chance auf Wahrnehmung einer neuen Berichtspflicht wäre daher allein aufgrund der Verortung in diesem Gesetz größer.

(4) Ergebnis

Es hat sich gezeigt, dass die Implementierung einer erweiterten Berichtspflicht bei allen drei Gesetzen Vor- und Nachteile bietet. Deutlicher Nachteil des § 43 BetrVG ist die Tatsache, dass ein Betriebsrat vorhanden sein muss sowie der eingeschränkte persönliche Anwendungsbereich. Um zumindest auch leitende Angestellte erreichen zu können, müsste neben dem BetrVG auch das SprAuG angepasst werden. Dagegen erscheint, mit einer entsprechenden Änderung des § 121 BetrVG, das Sanktionssystem bei Nichtbeachtung der Berichtspflicht des BetrVG dem des NachwG und des AGG überlegen. § 2 NachwG zählt lediglich die für das jeweilige Arbeitsverhältnis unmittelbar benötigten Informationen auf. Eine Erweiterung um allgemeine betriebliche Informationen mit dem Zweck, Diskriminierungen zu verhindern, würde insofern nicht gänzlich dem System des NachwG entsprechen. Die genaue Aufzählung der zu berichtenden Pflichten ist dem § 2 I NachwG hingegen bekannt. Aufgrund der Tatsache, dass § 2 NachwG bereits de lege lata spezielle Offenlegungspflichten der ArbeitgeberInnen verlangt, während § 12 AGG lediglich allgemein gehaltene Pflichten formuliert, könnte § 2, in Verbindung mit § 3 NachwG als die passendere Stelle für die Berichtspflicht angesehen werden. Zudem ist das AGG eher allgemein gehalten. Gerade § 12 AGG ist als Generalnorm formuliert, in welcher bisher keine speziellen Maßnahmen enthalten sind.

875 BT-Drs. 16/1780, S. 37.

Auf der anderen Seite hat das AGG den Zweck, Diskriminierungen besonders im Arbeitsleben zu verhindern. Es wäre daher nicht zuletzt für die Adressierten einleuchtend, eine solche Norm in diesem Gesetz zu finden. Dies würde den juristisch nicht speziell geschulten besonderen Adressierten des Entgeltgleichheitsanspruchs der Geschlechter entgegen kommen.

Letztlich ist es wohl Geschmackssache, in welches Gesetz die hier besprochene Berichtspflicht implementiert würde. Aufgrund der dargestellten Nachteile wird eine Verortung in § 43 BetrVG jedoch nicht empfohlen. Den Ausschlag könnte geben, dass im weiteren Verlauf der vorliegenden Arbeit noch Auskunftsrechte dargestellt werden, bei welchem im Ergebnis die Empfehlung einer Implementierung in § 13 AGG erfolgen wird.⁸⁷⁶ Um diese sich ergänzenden Rechte und Pflichten nicht voneinander zu trennen, wird hier einer Implementierung der dargestellten Berichtspflicht in § 12 AGG der Vorzug gegeben.

(a) Rechtsdogmatische Bewertung

Als gravierendstes Problem bei der Erweiterung von Berichtspflichten der ArbeitgeberInnen hat sich der Konflikt zwischen einer aussagekräftigen Berichtspflicht auf der einen und der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auf der anderen Seite erwiesen. Die zuletzt untersuchte Option (eine Berichtspflicht bezüglich der Tätigkeiten, der Entgeltsysteme und der Geschlechterverteilung) hat sich als einzige Möglichkeit herausgestellt, die beiden Aspekte sinnvoll in Einklang zu bringen.

Dabei sind arbeitgeberInnenseitige Berichte über soziale Belange keineswegs Neuland. In Schweden werden Unternehmen bereits seit 2007 verpflichtet, Informationen über die bei ihnen vorliegenden Sozialstandards in einem Nachhaltigkeitsbericht zu veröffentlichen.⁸⁷⁷ Allerdings handelt es sich hierbei lediglich um staatliche Unternehmen. Zudem ist der Inhalt der Berichte nicht zwingend festgelegt. Dieses Beispiel zeigt, dass Berichtspflichten von ArbeitgeberInnen über die wirtschaftlichen Verhältnisse hinaus bereits in der heutigen gesellschaftlichen Wahrnehmung erfolgreich etabliert werden können.

⁸⁷⁶ Siehe sogleich unter: E. IV. 2. b), E IV. 2. c) bb).

⁸⁷⁷ Kocher et al., Verantwortung braucht Transparenz, WISO-Diskurs, 2012, S. 24.

Können also durch eine Erweiterung der Berichtspflichten von ArbeitgeberInnen männer- und frauendominierte Berufe identifiziert werden, welche als gleichwertig anzusehen sind, so bliebe auch mit diesem Instrument zunächst die entscheidende zweite Frage offen, ob bei diesen Berufen die Entlohnung tatsächlich gleich ist. Da geschlechtsspezifische Benachteiligungen beim Entgelt auf verschiedenen Ebenen auftauchen können, gibt es verschiedene Ansatzmöglichkeiten zur Überprüfung. Bei entsprechender Ausformulierung in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen können hier die abstrakten Konditionen der gleichwertigen Berufe miteinander verglichen werden. Möglicherweise können so bereits anhand dieser Informationen diskriminierende Regelungen identifiziert werden. Es ist sogar davon auszugehen, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Diskriminierungen bereits in kollektiven Vereinbarungen begründet ist.⁸⁷⁸ Fehlen einschlägige Tarifverträge und/oder Betriebsvereinbarungen, so haben die Beschäftigten dennoch die Möglichkeit, die abstrakten Regelungen auf Diskriminierungspotenzial zu überprüfen. Dies wäre aufgrund der, ebenfalls in der Berichtspflicht zu implementierenden Pflicht der ArbeitgeberInnen, in diesen Fällen ihr tatsächlich angewandtes Entlohnungssystem mitzuteilen, der Fall

Da Tätigkeitsbeschreibungen und Geschlechterverhältnisse aller Berufe vorliegen, kann auch dem Risiko der fehlerhaften Vergleichsgruppenbildung zuvorgekommen werden, wenn dem oben dargelegten Vorschlag einer erleichterten Bildung von Vergleichsgruppen nicht gefolgt werden möchte.⁸⁷⁹

(b) Rechtssoziologische Bewertung

Es konnte festgestellt werden, dass die Erweiterung von Berichtspflichten der ArbeitgeberInnen nur in begrenztem Maße dazu geeignet ist, das Informationsdefizit der Beschäftigten zu verringern. Zunächst geht bei diesem Instrument der erste Handlungsimpuls von den ArbeitgeberInnen aus. Sie geben bestimmte Informationen, unabhängig von einer konkreten Anfrage. Damit wird der Problematik, dass Beschäftigte anderenfalls verdachtsunabhängig von den ArbeitgeberInnen Auskünfte verlangen müs-

878 Siehe nur: *Tondorf*, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit!, 2003; *Winter*, in: Festschrift für *Pfarr*, 2010, S. 320 (324 f.).

879 Siehe oben unter: E. III. 4.

ten, Rechnung getragen. Wie festgestellt, geschieht dies aufgrund der komplexen sozialen Hemmnisse, welcher sich die ArbeitnehmerInnen ausgesetzt sehen, kaum.⁸⁸⁰ Es könnte also eine der größten Hürden beim Zugang zu Gericht verringert werden. Zudem steht zu hoffen, dass die ArbeitgeberInnen ihren Blick auf diese Problematik erweitern werden. In dem Bewusstsein, dass Tätigkeitsbeschreibungen gebündelt an die Beschäftigten weitergegeben werden, werden auch bei ihnen Sensibilisierungseffekte bei der Frage auftreten, welche Tätigkeit mit welcher anderen vergleichbar ist.

Liegt nun eine Liste vor, in welcher die Tätigkeitsbeschreibungen aller Arbeitsplätze sowie der Frauen-, beziehungsweise Männeranteil in diesen Berufen ausgewiesen wird, ist es an den Beschäftigten, ihre Arbeit mit den Tätigkeitsbeschreibungen anderer Arbeitsplätze zu vergleichen, um somit eine Gleichwertigkeit oder eine Nicht-Gleichwertigkeit ermitteln zu können. Hierbei können die Entgeltgruppen, in welche die Stellen eingruppiert wurden, erste Anhaltspunkte für gleichwertige Tätigkeiten bieten. Es ist freilich auch nicht ausgeschlossen, dass eine mit dem eigenen Arbeitsplatz gleichwertige Tätigkeit ein oder zwei Entgeltgruppen höher oder niedriger eingruppiert wurde. Der Vergleich zweier Tätigkeiten ist beispielsweise mit dem im Internet kostenlos nutzbaren Instrument „eg-check.de“ möglich.⁸⁸¹ Die Angaben über die geschlechtliche Verteilung innerhalb der Arbeitsplätze dienen der Einschätzung, ob es sich bei den zwei zu vergleichenden Stellen um solche mit überwiegendem Geschlechteranteil von je einem Geschlecht handelt. Damit können auch mittelbare Diskriminierungen identifiziert werden. An dieser Stelle ist noch einmal anzumerken, dass eine professionelle Gleichwertigkeitsprüfung von Tätigkeiten durch die Beschäftigten auch hierbei nicht zu erwarten ist. Das ist jedoch auch nicht Ziel dieses Instruments. Das Ziel liegt vielmehr darin, den Beschäftigten die Möglichkeit zu geben, benötigte Informationen zu erhalten und zu nutzen. Ob sie dies persönlich tun oder sich damit an ArbeitssoziologInnen oder spezialisierte JuristInnen wenden, bleibt ihnen überlassen.

Ein Schwachpunkt des vorgestellten Instruments muss an dieser Stelle jedoch hervorgehoben werden. Den Beschäftigten werden lediglich Rohdaten zur Verfügung gestellt. Die weitere Verarbeitung liegt allein in

880 Siehe oben unter: C. III. 3. f) bb).

881 Siehe oben unter: B. III. 6. a).

ihrem Verantwortungsbereich. Es muss also darauf vertraut werden, dass die Beschäftigten willens und in der Lage sind, aus diesen Daten die für sie relevanten Informationen zu ziehen. Die unbestreitbare Schwierigkeit gleichwertige Tätigkeiten zu identifizieren ist dabei nur ein Aspekt. Auch die Untersuchung kollektiver Vereinbarung auf potenziell ein Geschlecht benachteiligende Regelungen setzt eine Expertise voraus, die von ArbeitnehmerInnen ohne Fachkenntnisse in diesem Bereich nicht ohne Weiteres erwartet werden kann. Nichtsdestotrotz erscheint dieses Instrument als ein Ansatzpunkt, mit welchem das grundlegende Ziel der Arbeit, Instrumente zur Verbesserung der Informationsbeschaffung der Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Frauen und Männern zu finden, erreicht werden kann.

Schließlich könnte im Bericht der ArbeitgeberInnen die Beschreibung des eigenen Arbeitsplatzes fehlerhaft sein. Diese Schwierigkeit, sowie die Weitergabe der noch fehlenden Informationen können jedoch nicht mit einer Berichtspflicht gelöst werden, welche als besondere AdressatInnen lediglich die ArbeitgeberInnen vorsieht. Um effektiv wirken zu können, muss das hier vorgestellte Instrument folglich mit einem individuellen Instrument einzelner Beschäftigter flankiert werden. In Betracht kommen hierfür diverse Auskunftsrechte.

2. Erweiterung von Auskunftsrechten der ArbeitnehmerInnen

Ein weiterer Ansatzpunkt für Instrumente, die die Informationsbeschaffung der Beschäftigten erleichtern sollen, sind vorprozessuale Auskunftsrechte gegenüber der ArbeitgeberInnenseite. In diesem Zusammenhang hat in jüngster Zeit das *Meister-Urteil* des *EuGH*⁸⁸² nach Vorlage des *BAG*⁸⁸³ für viel Aufsehen gesorgt.⁸⁸⁴ Ansprüche der Beschäftigten, bestimmte Auskünfte von den ArbeitgeberInnen zu erhalten, sind jedoch zum Teil bereits bei jetziger Rechtslage vorhanden. Es ist daher zunächst zu untersuchen, ob bestehende Auskunftsrechte von Beschäftigten, auch im Hinblick auf eine mögliche Ergänzung der soeben dargestellten Berichtspflicht, ausgebaut werden können.

882 *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10 = NZA 2012, 493.

883 *BAG*, Beschl. v. 20.05.2010 – 8 AZR 287/08 = NZA 2010, 1006.

884 Siehe sogleich unter: E. IV. 2. a) ee).

a) Bestehende materielle Auskunftsrechte

aa) § 82 II 1 BetrVG

(1) Art und Umfang des Auskunftsrechts

Nach § 82 BetrVG ist es den Beschäftigten jederzeit möglich, in betrieblichen Angelegenheiten, welche sie persönlich betreffen, von der ArbeitgeberInnenseite gehört zu werden sowie solche Angelegenheiten erörtert zu bekommen. Grundsätzlich gelten alle Mitwirkungs- und Beschwerderechte der §§ 81 – 86a BetrVG auch für ArbeitnehmerInnen in Betrieben, die nicht von einem Betriebsrat vertreten werden.⁸⁸⁵ Fraglich könnte demgegenüber sein, ob sie auch in Betrieben bestehen, die nicht betriebsratsfähig sind. Das *BAG* ging in einer Entscheidung aus dem Jahre 1975 davon aus, dass der § 83 I BetrVG nur in betriebsratsfähigen Betrieben Anwendung fände.⁸⁸⁶ Vielfach wird in der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur jedoch die Anwendbarkeit der §§ 81 ff. BetrVG auf alle Betriebe angenommen.⁸⁸⁷ Die andere Ansicht verkenne, dass sich die Regel der Betriebsratsfähigkeit aus § 1 I BetrVG nicht unmittelbar auf den Geltungsbereich des gesamten BetrVG auswirke. Sie bestimme vielmehr lediglich, dass Regelungen, die einen Betriebsrat voraussetzen, nur anwendbar sind, wenn der Betrieb überhaupt betriebsratsfähig ist.⁸⁸⁸ Letzter Ansicht ist zuzustimmen. Es gibt keinen Grund, betriebsratsfähige Betriebe von Regelungen des BetrVG auszuschließen, welche individuelle Ansprüche der Beschäftigten normieren. Dies muss umso mehr gelten, als dass die Individualrechte der Beschäftigten nach dem Gesetzestext auch von diesen alleine wahrgenommen werden können, dass es ihnen also frei steht, ob sie ein Betriebsratsmitglied hinzuziehen oder nicht.

Von besonderer Bedeutung für das vorliegende Thema könnte sich § 82 II 1 BetrVG erweisen. Hiernach können Beschäftigte unter anderem ver-

⁸⁸⁵ Buschmann, in: DKKW, BetrVG § 82 Rn. 1; Fitting (Begr.), BetrVG, § 82 Rn. 1; Kania, in: ErfK, § 82 BetrVG Rn. 1.

⁸⁸⁶ BAG, Beschl. v. 23.09.1975 – 1 AZR 60/74 = BetrR 1976, 172 (174 f.).

⁸⁸⁷ Buschmann, in: DKKW, BetrVG, § 81 Rn. 1; Fitting (Begr.), BetrVG, § 82 Rn. 1; Hallmen, Die Beschwerde des Arbeitnehmers, 1997, S. 6; Kania, in: ErfK § 82 Rn. 1; Preis, in: Wlotzke et al., BetrVG, Vorbem. §§ 81 ff. Rn. 3; a.A.: Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, Vorbem. §§ 81 ff.. Rn. 5; Wiese/Franzen, in: GK-BetrVG, vor § 81 Rn. 21.

⁸⁸⁸ Preis, in: Wlotzke et al., BetrVG, Vorbem. §§ 81 ff. Rn. 3.

E. Überprüfung einzelner Instrumente zur Verbesserung der Informationsbeschaffung

langen, dass ihnen im Rahmen einer Eingruppierungsmaßnahme die Tätigkeitsbeschreibung ihres Arbeitsplatzes dargelegt wird.⁸⁸⁹ Da sie ihr Verlangen nicht näher begründen müssen, können die ArbeitnehmerInnen aus rechtlicher Sicht relativ unproblematisch an Informationen über die Zusammensetzung ihres eigenen Entgeltes gelangen.⁸⁹⁰ Zum Teil wird darüber hinaus vertreten, dass bei LeiharbeitnehmerInnen in Fällen des § 13 AÜG die EntleiherInnen nach § 82 II BetrVG verpflichtet sind, den LeiharbeitnehmerInnen Informationen über das Entgelt vergleichbarer ArbeitnehmerInnen zu geben.⁸⁹¹ Generell wird jedoch angenommen, dass Informationen über andere Beschäftigte im Rahmen des § 82 BetrVG nicht erlangt werden können. Auch die abstrakte Auseinandersetzung mit der im Betrieb verwendeten Entgeltpraxis kann mit § 82 II 1 BetrVG nicht verlangt werden.

Die Beschäftigten haben ein Wahlrecht, ob beziehungsweise welches Betriebsratsmitglied bei einer Erörterung nach Absatz 2 hinzugezogen werden soll. Wird ein solches Verlangen von den Beschäftigten geäußert, ist das betreffende Mitglied des Betriebsrats verpflichtet, der Erörterung beizuwohnen.⁸⁹² Auch das Betriebsratsmitglied darf den ArbeitgeberInnen Fragen zum Thema stellen.⁸⁹³ Kommen die ArbeitgeberInnen – beziehungsweise die hierfür zuständige Person – dem Anhörungs- und Erörterungsverlangen der Beschäftigten nicht nach, können sich diese entweder nach § 80 I Nr. 3 oder nach § 85 BetrVG an den Betriebsrat wenden. Nach diesen Normen verfolgt der Betriebsrat das Verlangen der beschäftigten Person jedoch nur weiter, wenn er es für begründet hält. Im Übrigen wäre es an den Beschäftigten, ihren Anspruch nach § 82 BetrVG gegenüber den ArbeitgeberInnen individuell einzuklagen.⁸⁹⁴

889 *BAG*, Beschl. v. 20.04.2010 – 1 ABR 85/08 = NZA 2010, 1307 (1308 f.).

890 *Fitting* (Begr.), BetrVG, § 82 Rn. 9.

891 *J. Ulber*, in: *Ulber* (Hrsg.), AÜG, § 13 Rn. 9.

892 *BAG*, Beschl. v. 27.11.2002 - 7 ABR 33/01 = AP, BetrVG § 40, Nr. 76; *Fitting* (Begr.), BetrVG, § 82 Rn. 12.

893 *Fitting* (Begr.), BetrVG, § 82 Rn. 13; *Kania*, in: *ErfK*, § 82 BetrVG Rn. 12; *Thüsing*, in: *Richardi* (Hrsg.), BetrVG, § 82 Rn. 14.

894 *Buschmann*, in: *DKKW*, BetrVG, § 82 Rn. 18; *Wiese/Franzen*, in: *GK-BetrVG*, § 82 Rn. 24.

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Mit § 82 II 1 BetrVG können demnach Informationen bezüglich des eigenen Entgelts eingeholt werden, die für eine spätere Klage von Bedeutung sein könnten. Bezüglich der Beschreibung der eigenen beruflichen Tätigkeit gibt § 82 II 1 BetrVG den Beschäftigten lediglich das Recht, den ArbeitgeberInnen ihre Sichtweise auf den Inhalt ihrer Tätigkeiten darzulegen.⁸⁹⁵ Ein Recht zur Beschwerde, bei aus Sicht der ArbeitnehmerInnen unrichtiger oder unvollständiger Beschreibung, gibt die Vorschrift dagegen nicht. Hierfür gelten vielmehr die §§ 84 f. BetrVG. Durch die Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds sind die Beschäftigten in der Lage, eigene Wissensdefizite zu kompensieren. Voraussetzung hierfür ist, dass das Betriebsratsmitglied zum einen weiß, welche Fragen bezüglich des Entgelts von Bedeutung sind und zum anderen ausreichend Interesse an der Feststellung dieser Tatsachen zeigt. Die WSI-Betriebsrätebefragung von 2003 hat ergeben, dass lediglich circa vier Prozent der Betriebe mit Betriebsrat, Betriebsvereinbarungen zum Thema Chancengleichheit besaßen.⁸⁹⁶ Klenner schließt hieraus, dass viele Betriebsräte bisher kein gesteigertes Interesse an Gleichstellungsfragen gezeigt haben.⁸⁹⁷ Freilich muss ein solches Ergebnis mitnichten allein an den Betriebsräten liegen. Vielmehr ist es ebenso möglich, dass die ArbeitgeberInnen nicht willens waren, entsprechende Betriebsvereinbarungen abzuschließen. Gleichwohl sollte sich mit Blick auf die Betriebsrätebefragung nicht ohne Weiteres auf die Kenntnisse und den Veränderungswillen der Betriebsräte verlassen werden. Ohne ihren kompetenten Beistand aber, werden die Beschäftigten häufig nicht in der Lage sein, die richtigen Fragen zu stellen. Der § 82 II 1 BetrVG birgt für die Beschäftigten also das Risiko, dass wichtige Informationen deshalb nicht weitergegeben werden, weil schlicht nicht nach ihnen verlangt wird.

Hinzu kommt, dass der Anspruch aus § 82 II 1 BetrVG bereits aufgrund seines individuellen Charakters von den Beschäftigten verlangt, selbst aktiv zu werden. Denn lediglich auf ihre Initiative hin kann von diesem Recht Gebrauch gemacht werden. Damit sehen sich die Beschäftigten erneut dem Problem der fehlenden Konfliktbereitschaft im bestehenden Arbeitsverhältnis gegenüber. Überwinden die ArbeitnehmerInnen aber diese

895 *BAG*, Beschl. v. 20.04.2010 – 1 ABR 85/08 = NZA 2010, 1307 (1309).

896 Klenner, in: WSI-Mitteilungen 2003, 277 (278).

897 Klenner, in: WSI-Mitteilungen 2003, 277 (285).

Hürde, so kann § 82 II 1 BetrVG für sie einen wichtigen Schritt zur Vorbereitung entgeltgleichheitsbezogener Maßnahmen bedeuten. Die Informationen würden ihnen allerdings nur im Zusammenspiel mit Kenntnissen über Tätigkeiten und Entgeltzusammensetzung von KollegInnen des anderen Geschlechts, sowie mit Informationen über das abstrakte Entgeltsystem des Betriebs weiterhelfen. Wie gesehen, sollen solche Informationen über § 82 BetrVG nicht weitergegeben werden. Die Kenntnisse wären jedoch nötig, um einschätzen zu können, inwieweit die Umstände für einen Diskriminierungsverdacht sprechen.⁸⁹⁸ Damit erscheint auch § 82 II 1 BetrVG als nur begrenzt geeignetes Instrument, um Informationen zu erlangen, welche die Durchsetzung der Entgeltgleichheitsansprüche zwischen Frauen und Männern erleichtern.

bb) § 1 III 1, 2. HS KSchG

(1) Art und Umfang des Auskunftsrechts

Bei betriebsbedingten Kündigungen sind die ArbeitgeberInnen verpflichtet, der Person zu kündigen, welche sich gegenüber ihren KollegInnen bei der Sozialauswahl als am stärksten darstellt. Die Sozialauswahl hat nach bestimmten, von § 1 III 1, 1. HS KSchG normierten Kriterien zu erfolgen. Nach § 1 III 1, 2. HS KSchG können die gekündigten ArbeitnehmerInnen Auskunft über die Gründe der getroffenen Sozialauswahl der ArbeitgeberInnen verlangen. Damit soll ihnen die Möglichkeit eröffnet werden zu überprüfen, ob ihre Kündigung aus sozialer Sicht gerechtfertigt gewesen ist. Der Auskunftsanspruch soll die gekündigten ArbeitnehmerInnen in die Lage versetzen abschätzen zu können, ob sie andere Beschäftigte im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses als weniger schutzwürdig benennen können.⁸⁹⁹

Der § 1 III 1, 2. HS KSchG normiert folglich ein materielles vorprozessuales Auskunftsrecht der betriebsbedingt gekündigten ArbeitnehmerIn-

898 Siehe sogleich unter: E. IV. 2. c) aa).

899 Berkowsky, in: MüHandBArbG, § 113 Rn. 192; Griebeling, in: Becker/Hillebrecht (Hrsg.), KR, § 1 KSchG Rn. 679; Kiel, in: A/P/S, Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 745; Oetker, in: ErfK, § 1 KSchG Rn. 340; Ulrich, in: Moll (Hrsg.) MüAnwHandBArbR, § 43 Rn. 229.

nen gegenüber den ArbeitgeberInnen.⁹⁰⁰ Zwar hat die Vorschrift darüber hinaus Auswirkungen auf die Darlegungslast im Prozess bezüglich der Sozialauswahl.⁹⁰¹ Im Folgenden bezieht sich die Arbeit jedoch lediglich auf den vorprozessualen Anspruch. Die ArbeitgeberInnen sind hiernach verpflichtet, ihre tatsächlichen Abwägungskriterien und die Gewichtung dieser Kriterien zueinander darzulegen. Sie sind sowohl auskunftspflichtig bezüglich der ArbeitnehmerInnen, welche im Rahmen der Sozialauswahl mit den gekündigten ArbeitnehmerInnen verglichen wurden, als auch bezüglich derjenigen, die von der Sozialauswahl ausgenommen wurden.⁹⁰² Eine vollständige Auflistung der Sozialkriterien aller objektiv infrage kommenden Beschäftigten kann von den ArbeitgeberInnen nicht verlangt werden.⁹⁰³ Es wird jedoch davon ausgegangen, dass die gekündigten ArbeitnehmerInnen die anderen berücksichtigten ArbeitnehmerInnen kennen müssen.⁹⁰⁴ Auch wenn dies nicht zwingend eine namentliche Nennung voraussetzt,⁹⁰⁵ so sind die erforderlichen Daten der anderen ArbeitnehmerInnen dennoch so speziell, dass sich eine Zuordnung zu einer Person ohne unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft durchführen ließe.⁹⁰⁶ Eventuelle datenschutzrechtliche Bedenken sollen im Ergebnis jedoch aufgrund der gesetzlich festgelegten Mitteilungspflicht der ArbeitgeberInnen nicht durchgreifen, beziehungsweise im Rahmen einer Güterabwägung hinter dem Recht der ArbeitnehmerInnen ihr Kündigungsschutzrecht effektiv durchsetzen zu können, zurück stehen.⁹⁰⁷

900 So bereits: *Berowsky*, NJW 1983, 1292 (1297).

901 *Griebeling*, in: *Becker/Hillebrecht* (Hrsg.), KR, § 1 KSchG Rn. 679; *Kiel*, in: A/P/S Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 786; ; *Ulrich*, in: *Moll* (Hrsg.) MüAnwHandBArbR, § 43 Rn. 230.

902 *Ulrich*, in: *Moll* (Hrsg.) MüAnwHandBArbR, § 43 Rn. 229.

903 *BAG*, Urt. v. 05.12.2002 – 2 AZR 697/01 = NZA 2003, 849 (852).

904 *Kiel*, in: A/P/S Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 744; *Oetker*, in: *ErfK*, § 1 KSchG Rn. 340; *Ulrich*, in: *Moll* (Hrsg.) MüAnwHandBArbR, § 43 Rn. 229.

905 So aber beispielsweise: *Deinert*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger* (Hrsg.), KSchR, § 1 KSchG Rn. 742.

906 § 3 VI BDSG.

907 *BAG*, Urt. v. 24.03.1983 – 2 AZR 21/82 = NJW 1984, 78 (79); *Achenbach*, NZA 1984, 278 (278 f.); ausführlich: *Griebeling*, in: *Becker/Hillebrecht* (Hrsg.), KR, § 1 KSchG Rn. 690; *Kiel*, in: A/P/S Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 744; a.A.: *Rasch*, DB 1982, 2296 (2296 f.).

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Der Auskunftsanspruch gekündigter ArbeitnehmerInnen gegenüber ihren ehemaligen ArbeitgeberInnen scheint so weitgehend zu sein, dass er den Beschäftigten tatsächlich ermöglicht abzuschätzen, ob ihre Kündigung sozial gerechtfertigt war, mithin ob sich die Erhebung einer Kündigungsschutzklage für sie lohnen könnte. Das Prozessrisiko kann somit erheblich gesenkt werden und damit auch die prozessualen Hemmnisse, die eine Zugangsbarriere zu Gericht darstellen können. Folglich werden ebenso die Kosten einer Klage reduziert. Für Kündigungsfälle, auf die der Auskunftsanspruch ausschließlich Anwendung findet, gelten die genannten sozialen Hemmnisse ohnehin nur bedingt. Wie bereits erwähnt, machen Kündigungsschutzprozesse einen Großteil der gerichtlich ausgetragenen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten aus.⁹⁰⁸ Dies kann mit dem Auskunftsanspruch zusammenhängen. Wahrscheinlich ist der Anteil von Kündigungsschutzklagen jedoch auch deshalb so hoch, weil die Angst vor negativen Reaktionen von ArbeitgeberInnen und/oder KollegInnen nach einer Kündigung in aller Regel geringer ist, als in bestehenden Arbeitsverhältnissen.⁹⁰⁹ Die Problematik einer aktiven Vorgehensweise seitens der Beschäftigten, welche bei Auskunftsansprüchen im Arbeitsrecht sonst vorliegt, ist hier weniger stark vorhanden.

Der der Arbeit vorliegenden Problematik kann § 1 III 1, 2. HS KSchG allerdings nicht abhelfen. Im weiteren Verlauf bleibt zu prüfen, inwieweit der Grundgedanke des Auskunftsanspruchs nach betriebsbedingten Kündigungen auf einen Anspruch im Rahmen einer Vorbereitung von Entgeltdiskriminierungsklagen aufgrund des Geschlechts genutzt werden kann.

cc) § 242 BGB

(1) Art und Umfang des Auskunftsrechts

Es besteht Einigkeit darüber, dass sich neben den speziellen Auskunftsansprüchen in BetrVG und KSchG ein allgemeiner zivilrechtlicher Aus-

908 Siehe oben unter: C. III. 3.

909 Siehe oben unter: C. III. 3. f) bb).

kunftsanspruch aus § 242 BGB ergeben kann.⁹¹⁰ Dies kann der Fall sein, wenn zwischen den Parteien eine materiell-rechtliche Rechtsbeziehung besteht,⁹¹¹ und (...) wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderlichen tatsächlichen Angaben unschwer machen kann.“⁹¹² Die Auskunftspflicht ist eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB.⁹¹³ Es ist anerkannt, dass die Vorschrift Rechte originär begründen kann.⁹¹⁴ Der Auskunftsanspruch aus § 242 BGB ist eine Nebenpflicht zu einem Hauptanspruch und als solche selbstständig einklagbar.⁹¹⁵

Um Bestehen und Umfang des Entgeltgleichheitsanspruchs aufgrund des Geschlechts festlegen zu können, bräuchten die ArbeitnehmerInnen Informationen zu denen sie bisher keinen Zugang haben. Die Ungewissheit liegt also darin begründet, dass sich die benötigten Informationen bei nahe gänzlich in der Sphäre der ArbeitgeberInnen befinden. Dies liegt in der Art der Informationen und dem bisherigen gesetzlichen Umgang mit ihnen begründet und ist folglich entschuldbar. Zumindest wenn es nicht um personenbezogene Daten geht, ist die Auskunftserteilung für die ArbeitgeberInnen in der Regel zumutbar.

Bei § 242 BGB geht es um einen vorprozessualen Auskunftsanspruch, der dem Zweck dient, den eigentlichen Anspruch bezüglich Bestehen und Umfang beziffern zu können. Dieser Auskunftsanspruch kann daher nur dann gegeben sein, wenn das Vorliegen des eigentlichen Leistungsanspruchs von den AntragstellerInnen bereits als überwiegend wahrschein-

910 Statt aller: *BAG*, Beschl. v. 20.05.2010 – 8 AZR 287/08 = NZA 2010, 1006; *Laumen*, in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 2009, S. 215 ff., jeweils m.w.N.

911 *Laumen*, in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 2009, S. 220.

912 Ständige Rechtsprechung: *BAG*, Beschl. v. 20.05.2010 – 8 AZR 287/08 = NZA 2010, 1006 (1008); *BAG*, Urt. v. 19.04.2005 – 9 AZR 188/04 = NZA 2005, 983 (985); *BAG*, Urt. v. 01.12.2004 – 5 AZR 664/03 = NZA 2005, 289 (291); *BAG*, Urt. v. 21.11.2000 – 9 AZR 665/99 = NZA 2001, 1093 (1094); *BGH*, Urt. v. 18.01.1978 – VII ZR 262/76 = NJW 1978, 1002 (1002); *BAG*, Urt. v. 22.04.1967 – 3 AZR 347/66 = BB 1967, 839.

913 *BGH*, Urt. v. 16.04.2002 – X ZR 127/99 = BB 2002, 1490 (1492).

914 *Roth/Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 BGB Rn. 2.

915 *Mansel*, in: *Jauernig* (Hrsg.), BGB, § 242 Rn. 21.

lich dargelegt wurde.⁹¹⁶ Hierin besteht die Schwierigkeit des präparatorischen Auskunftsanspruchs eines Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Frauen und Männern. In vielen Fällen werden die Informationen benötigt, um in einem ersten Schritt nachvollziehen zu können, ob eine Diskriminierung vorliegt und damit, ob ein entsprechender Anspruch überhaupt besteht. Hier kann also, anders als bei den klassischen Fällen des Auskunftsanspruchs nach § 242 BGB, nicht dargelegt werden, dass ein Leistungsanspruch wahrscheinlich besteht. Unter den jetzigen Gegebenheiten hilft § 242 BGB bei der Informationsbeschaffung der Beschäftigten über Voraussetzungen, die den Tatbestand des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen den Geschlechtern begründen, folglich nicht weiter.

Dies könnte anders zu bewerten sein, wenn die oben vorgestellte erweiterte Berichtspflicht (beispielsweise in § 12 AGG) eingeführt würde.⁹¹⁷ Damit wären die Beschäftigten in der Lage zu überprüfen, ob es KollegInnen des anderen Geschlechts gibt, die bei gleichwertiger Arbeit aufgrund eines kollektiven Systems mehr Entgelt erhalten. Wäre dies der Fall, so müsste hier ein Leistungsanspruch dem Grunde nach angenommen werden, welcher sodann einen Anspruch nach weitergehenden Auskünften (beispielsweise nach möglichen Rechtfertigungsgründen) gemäß § 242 BGB eröffnen könnte.

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Als größtes Manko eines aus § 242 BGB abgeleiteten Anspruchs muss die fehlende Nachvollziehbarkeit der genauen Anspruchsvoraussetzungen angesehen werden. Selbst für JuristInnen ist es nicht einfach zu erkennen, wann die Voraussetzungen einer so grundlegenden Generalnorm vorliegen. Diese Regelung erscheint also sowohl unter dem Gesichtspunkt der Informationen über Norminhalte als auch bezüglich des Faktors Verständlichkeit und klare Zielsetzung des Gesetzes,⁹¹⁸ als ungünstig. Dem Gesetz

916 *BAG*, Beschl. v. 20.05.2010 – 8 AZR 287/08 = NZA 2010, 1006 (1008 f.); *BAG*, Urt. v. 18.01.1996 – 6 AZR 314/95 = NZA 1997, 41 (42), m.w.N.; *Kocher*, Anmerkung zu: *BAG*, Urt. v. 01.12.2004 – 5 AZR 664/03, in: AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 38; *Laumen*, in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 2009, S. 220.

917 Siehe oben unter: E. IV. 1. c).

918 Siehe oben unter: C. III. 3. d).

zestext ist dieser Anspruch schlicht nicht zu entnehmen. Eine Sensibilisierung der besonders Adressierten wird schwerfallen, wenn bereits unklar ist, ob ein entsprechender Anspruch bestehen könnte. Aus dem gleichen Grund erscheint auch die Ausbildung von Rechtsbewusstsein oder dem Rechtsgefühl, dass ein entsprechendes Auskunftsrecht der Beschäftigten besteht, als nicht sehr wahrscheinlich. Es muss davon ausgegangen werden, dass die ArbeitnehmerInnen als Teil der besonders Adressierten regelmäßig nicht in nennenswerter Weise juristisch vorgebildet sind. Zudem wären die Anspruchsvoraussetzungen lediglich dann erfüllt, wenn ohnehin bereits Informationen zur Begründung des Hauptanspruchs vorlägen. Der Nutzen des Anspruchs aus § 242 BGB für die Beschaffung der fraglichen Informationen wäre damit überschaubar, während die Kosten der individuellen Anspruchsdurchsetzung weiterhin relativ hoch blieben. Bei § 242 BGB würden die Kosten zusätzlich dadurch gesteigert, dass die Anspruchsvoraussetzungen nicht einfach nachvollziehbar sind und sich das Prozessrisiko drastisch erhöhen könnte.

Insgesamt würde § 242 BGB demnach lediglich dann weiterhelfen, wenn den Beschäftigten bereits Informationen über das Bestehen eines grundsätzlichen Leistungsanspruchs vorliegen würden. Jedoch kann auch in diesen Fällen aufgrund des Generalnormcharakters nicht von einer gesteigerten Wirksamkeit der Vorschrift ausgegangen werden. Bezuglich der Informationsbeschaffung über Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsgebots zwischen Männern und Frauen ist bei § 242 BGB daher lediglich von einem eingeschränkten Nutzen auszugehen.

dd) § 13 AÜG

(1) Art und Umfang des Auskunftsanspruchs

Das AÜG bestimmt in § 13, dass LeiharbeitnehmerInnen von ihren EntleiherInnen Auskunft über Arbeitsbedingungen, einschließlich des Entgelts, von vergleichbaren Beschäftigten der Stammbelegschaft verlangen können. Der Auskunftsanspruch beinhaltet auch die Frage, welche ArbeitnehmerInnen der Stammbelegschaft eine vergleichbare Tätigkeit ausüben.⁹¹⁹ Dies bedeutet jedoch auch, dass die EntleiherInnen zunächst selbst defi-

919 *BAG*, Urt. v. 19.09.2007 – 4 AZR 656/06 = AP AÜG § 10 Nr. 17, (2. Ls.); *Wank*, in: *ErfK*, § 13 AÜG Rn. 1.

nieren können, welche Arbeit als der der LeiharbeitnehmerInnen vergleichbar angesehen werden kann.⁹²⁰ Wird die begehrte Auskunft von den EntleiherInnen nicht gegeben, können die LeiharbeitnehmerInnen diese vor den Arbeitsgerichten einklagen. Insgesamt sollen den LeiharbeitnehmerInnen alle Auskünfte erteilt werden, die für eine Überprüfung der Gleichbehandlung von Nöten sind.⁹²¹

Obwohl sich die Auskunftsverpflichtung der EntleiherInnen als umfangreich erweisen kann, werden in der arbeitsrechtlichen Literatur zu § 13 AÜG weder die Themen Datenschutz noch Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse diskutiert.⁹²² Vergleicht man das Informationsrecht des § 13 AÜG mit anderen Auskunftsansprüchen respektive der dortigen Argumentation gegen arbeitgeberInnenseitige Offenlegungspflichten, so muss dies verwundern. Auch im Rahmen des § 13 AÜG kann es mitunter um einzeln ausgehandelte Vertragsbedingungen gehen, welche lediglich für eine so-dann identifizierbare Person oder einen kleinen Beschäftigtenkreis gilt.

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Der § 13 AÜG eröffnet damit den LeiharbeitnehmerInnen grundsätzlich einen umfangreichen Auskunftsanspruch, der zur Überprüfung eventueller Diskriminierungen beim Entgelt durchaus sinnvoll erscheint.⁹²³ Die persönliche Verantwortung, den Anspruch bei Nichterfüllung gerichtlich geltend zu machen, birgt allerdings wiederum die Gefahr, dass er aufgrund sozialer Hemmnisse nicht durchgesetzt wird. Zu bedenken ist weiterhin, dass Leiharbeitsverhältnisse in aller Regel befristet sind. Eine Klage erscheint hier, gerade bei einer kürzeren Befristung, beziehungsweise, wenn die Aussicht auf eine Verlängerung besteht, kaum lohnenswert.

Auf die der Arbeit zugrunde liegende Thematik ist der § 13 AÜG nicht direkt anwendbar. Er gilt ausdrücklich nur im Verhältnis zwischen LeiharbeitnehmerInnen und EntleiherInnen. Ein inhaltlicher Unterschied besteht zudem bei den vergleichbaren StammarbeitnehmerInnen. Es mag zwar bei LeiharbeitnehmerInnen ebenfalls nicht stets um gleiche, sondern auch um

920 *BAG*, Urt. v. 19.09.2007 – 4 AZR 656/06 = AP AÜG § 10 Nr. 17, (Rn. 54).

921 *J. Ulber*, in, *Ulber* (Hrsg.), AÜG, § 13 Rn. 10.

922 Koch/Milenk, in: BeckOK ArbR, § 13 AÜG; *J. Ulber*, in, *Ulber* (Hrsg.), AÜG, § 13; *Wank*, in: ErfK, § 13 AÜG.

923 *Gorrhardt*, in: HWK, § 13 AÜG Rn. 1.

gleichwertige Tätigkeiten gehen, die miteinander zu vergleichen sind. Vorliegend darf dennoch die Gefahr einer strukturellen, auf (unbewussten) Vorurteilen basierenden Minderbewertung der Arbeiten, die die LeiharbeiterInnen ausführen, als geringer einzuschätzen sein, als dies bei sogenannten typischen Frauenberufen der Fall ist. Zentral für die Überprüfung geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung ist daher die Möglichkeit, andere Berufe nach neutralen Bewertungskriterien eigens auf ihre Vergleichbarkeit hin zu untersuchen. Bei § 13 AÜG haben die Entleiher zwar unter Umständen anzugeben, warum bestimmte Tätigkeiten als vergleichbar angesehen werden.⁹²⁴ Die reine Beschreibung der Tätigkeit, um eine solche Bewertung selbst vornehmen zu können, scheint jedoch kein Teil des Anspruchs zu sein.

- ee) Die Auslegung von Art. 8 I Richtlinie 2000/43/EG, Art. 10 I Richtlinie 2000/78/EG und Art. 19 I Richtlinie 2006/54/EG im Fall Meister

(1) Art und Umfang des Auskunftsanspruchs

Neben den gesetzlichen Auskunftsansprüchen ist für eine umfangreiche Analyse bestehender Rechte ebenfalls von Interesse, inwieweit die europäischen Richtlinien solche Informationsansprüche zulassen. Hierzu wird im Folgenden die Auslegung der oben genannten Artikel anhand der aktuellen Rechtsprechung von *EUGH* und *BAG* in der Rechtssache *Meister* untersucht.

Am 20.05.2010 erging der Beschluss des *BAG* dem *EUGH* folgende Frage vorzulegen: Sind die europäischen Richtlinien zur Gleichbehandlung dahin gehend auszulegen, dass nicht berücksichtigten BewerberInnen ein Auskunftsanspruch gegenüber ArbeitgeberInnen über die Informationen zusteht, nach welchen Kriterien sie eine/n andere/n BewerberIn eingestellt haben?⁹²⁵ In seiner Entscheidung überprüfte das *BAG* systematisch, ob im deutschen Recht, beziehungsweise in europäischen Richtlinien eine solche Anspruchsgrundlage für BewerberInnen gegeben sein könnte, ver-

⁹²⁴ *BAG*, Urt. v. 19.09.2007 – 4 AZR 656/06 = AP AÜG § 10 Nr. 17, (54); *Brors*, in: *Schüren* (Hrsg.), AÜG, § 13 Rn. 1; *Koch/Milenk*, in: BeckOK ArbR, § 13 AÜG Rn. 3.

⁹²⁵ *BAG*, Beschl. v. 20.05.2010 – 8 AZR 287/08 = NZA 2010, 1006.

neinte dies jedoch. Die Entscheidung des *EuGH* vermag hierauf keine eindeutige Antwort zu geben. Zwar wird ein genereller Auskunftsanspruch von nicht berücksichtigten BewerberInnen ausgeschlossen. Das Gericht stellt dagegen auch klar, dass die ArbeitgeberInnenseitige Verweigerung jeglicher Informationen ein Indiz für eine Diskriminierung darstellen kann.⁹²⁶

In seiner Begründung verwies der *EuGH* auf eine im Jahr zuvor gefällte Entscheidung in einem ähnlichen Fall. In der Rechtssache *Kelly* begehrte der Kläger Auskünfte über seine MitbewerberInnen um einen Studienplatz.⁹²⁷ Er stützte dieses Verlangen auf Art. 4 I der Richtlinie 97/80 (Beweislast). Der *EuGH* führte hierzu unter anderem aus, dass die besagte Richtlinie in ihrem Art. 1 das Ziel benennt, „(...) eine wirksamere Durchführung der Maßnahmen [zu gewährleisten] (...), die von den Mitgliedstaaten in Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes getroffen werden, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, seine Rechte (...) gerichtlich geltend machen kann.“ Die Verweigerung jeglicher Informationen sei jedoch dazu geeignet, dieses Ziel zu vereiteln, indem sie Art. 4 der Richtlinie 97/80 seiner Wirksamkeit beraube.⁹²⁸ Dieses Ziel bestehe auch nach der Aufhebung der Richtlinie in Art. 8 I der Richtlinie 2000/43/EG, Art. 10 I der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 19 I der Richtlinie 2006/54/EG weiter fort. Daher sei auch hier „(...) sicherzustellen, dass eine Verweigerung von Informationen durch den Beklagten nicht die Verwirklichung der mit den Richtlinien (...) verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht.“⁹²⁹ Hierüber haben die nationalen Gerichte zu wachen.

In der arbeitsrechtlichen Literatur wurde die ausdrückliche Verweigerung eines Auskunftsrechts der abgelehnten BewerberInnen in weiten Teilen begrüßt.⁹³⁰ Die Einschränkung des Gerichts, die Verweigerung jeglicher Informationen unter Umständen doch gegen die ArbeitgeberInnen verwenden zu können, stößt jedoch vielfach auf Ablehnung. Bei Vernei-

926 *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10 = NZA 2012, 493.

927 *EuGH*, Urt. v. 21.07.2011 (*Kelly*) – C-104/10 = BeckRS 2011, 81408.

928 *EuGH*, Urt. v. 21.07.2011 (*Kelly*) – C-104/10 = BeckRS 2011, 81408, Rn. 33 ff.

929 *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10 = NZA 2012, 493 (494).

930 Bezuglich der Vorlagefrage des *BAG*: *Bissels/Lützeler*, BB 2012, 833 (839); *Kock*, Anmerkung zu: *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10, in: NJW 2012, 2497 (2499); *Picker*, NZA 2012, 641; *Schmidt*, ZESAR 2012, 417 (420); *Simon/Rein*, BB 2012, 1226; wohl auch: *Thüsing/Stiebert*, Anmerkung zu: *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10, in: EuZW 2012, 462 (464 f.).

nung eines Auskunftsanspruchs sei nicht ersichtlich, warum dieser durch die Hintertür faktisch doch eingeführt würde.⁹³¹ Zudem sei unklar, wann die gegebenen Informationen der ArbeitgeberInnen als ausreichend anzusehen seien und wie stark die Indizwirkung der Verweigerung jeglicher Informationen tatsächlich sei.⁹³²

Am 25.04.2013 entschied nunmehr das *BAG* in dieser Sache.⁹³³ Es führt aus, dass die vom *EuGH* benannte Ausnahme, in der die Verweigerung von Informationen der ArbeitgeberInnenseite ein Indiz einer Benachteiligung darstellt, lediglich vorliegt, „(...) wenn der abgelehnte Bewerber (...) zumindest schlüssig darlegt, dass und warum es ihm durch die vom Arbeitgeber verweigerte Information unmöglich gemacht oder zumindest unzumutbar erschwert wird, Tatsachen gem. § 22 AGG darzulegen, die eine unzulässige Benachteiligung vermuten lassen, oder warum die Verweigerung der Auskunft ein Indiz i.S. des § 22 AGG für eine unzulässige Benachteiligung darstellt.“⁹³⁴

Die Entscheidungen halten auch für die Informationsbeschaffung über Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsgrundsatzes der Geschlechter sowohl Chancen als auch Grenzen bereit. Positiv ist aus dieser Sicht sicherlich zu bewerten, dass die generelle Verweigerung von Auskünften seitens der ArbeitgeberInnen unter bestimmten Voraussetzungen als Indiz einer Benachteiligung gewertet werden kann. Problematisch ist jedoch, dass weder durch den *EuGH* noch durch das *BAG* deutlich wurde, wie stark die Verweigerung jeglicher Auskünfte das Vorliegen einer Diskriminierung indizieren soll. Ebenfalls bleibt offen, wann BewerberInnen ausreichend schlüssig dargelegt haben, dass die von den ArbeitgeberInnen verweigerten Informationen essenziell für das Erfüllen ihrer Darlegungs- und Beweislast sind. Schließlich sagt das *BAG* auch nichts dazu, wie die Beschäftigten nachweisen könnten, dass die Verweigerung ein Indiz im Sinne des § 22 AGG darstellt.

931 Kock, Anmerkung zu: *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10, in: NJW 2012, 2497 (2499); Picker, NZA 2012, 641 (643); Schmidt, ZESAR 2012, 417 (420); a.A.: Braueroth, AuR 2012, 343 (345).

932 Heuschmid, Anmerkung zu: *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10, in: JurisPR-ArbR 25/2012 Anm. 1; Thüsing/Stiebert, Anmerkung zu: *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10, in: EuZW 2012, 462 (465).

933 *BAG*, Urt. v. 25.04.2013 – 8 AZR 287/08 = NJOZ 2013, 1699.

934 *BAG*, Urt. v. 25.04.2013 – 8 AZR 287/08 = NJOZ 2013, 1699 Rn. 59.

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Die Tatsache, dass die bloße Verweigerung jeglicher Informationen ein Indiz für eine Benachteiligung sein kann, ist auch aus rechtssoziologischer Sicht positiv. Dabei steht zu hoffen, dass die ArbeitgeberInnen dies zum Anlass nehmen, auf Verlangen Informationen bereits vor einer möglichen Klage herauszugeben. Andernfalls ergibt sich erneut das Problem, dass Beschäftigte ohne genauere Informationen Klage erheben müssten, was sie, wie gesehen, nur äußerst selten tun.⁹³⁵ Die richterrechtliche Ausdifferenzierung von Rechtsvorschriften, welche *EuGH* und *BAG* vorgenommen haben, führt dazu, dass es für Beschäftigte wie ArbeitgeberInnen nicht ausreicht, die einschlägigen Rechtsnormen zu kennen. Sie müssen vielmehr ebenso Kenntnis entsprechender Urteile haben. Dies ist jedoch in noch geringerem Maße als bei Gesetzen zu erwarten. Der Informiertheit der besonders Adressierten käme es folglich eher entgegen, wenn Gesetze mit entsprechendem Inhalt geschaffen würden. Da die Urteile nicht genauer ausführen, wann eine Verweigerung jeglicher Informationen vorliegt und unter welchen genauen Umständen dies als Indiz gegen die ArbeitgeberInnen verwendet werden kann, wären sie hinsichtlich des Effektivitätsfaktors der Verständlichkeit und klaren Zielsetzung des Gesetzes als wenig wirksam anzusehen. Freilich muss hier berücksichtigt werden, dass es weder sinnvoll noch geboten erscheint, an Urteile dieselben Anforderungen zu stellen, wie an Rechtsnormen. Allerdings wären weniger schwammige Formulierungen, respektive beispielhafte Ausführungen, wie sie in höchstrichterlichen Entscheidungen nicht unüblich sind, wünschenswert gewesen. Die Kosten, um abschätzen zu können, wann die vom *EuGH* genannte und vom *BAG* leicht konkretisierte Ausnahme vorliegt, sind demnach relativ hoch. Ein Nutzen kann vorhanden sein, wird jedoch dadurch relativiert, dass auch hier im Zweifelsfall ohne Kenntnisse von den tatsächlichen Gegebenheiten Klage erhoben werden muss. Damit fällt die Kosten-Nutzen-Bilanz dieses Instruments (so man die richterlichen Auslegungen der Richtlinien als solche einordnet) eher negativ aus.

Inwieweit die Auslegung der Richtlinien bei der Rechtssache *Meister* auf Auskunftsbegehren in geschlechtsspezifischen Entgeltungleichheitsfragen anzuwenden ist, ist im weiteren Verlauf der Arbeit zu klären.⁹³⁶ Es

935 Siehe ausführlich oben unter: C. III. 3. f).

936 Siehe unten unter: E. IV. 2. c).

bleibt festzuhalten, dass die Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Informationsbeschaffung zwar eine Untergrenze an Offenlegungspflichten seitens der ArbeitgeberInnen benennt. Aufgrund der oben dargestellten Probleme und Unsicherheiten scheint sie jedoch bezüglich der Informationsbeschaffung beim Entgeltgleichheitsanspruch der Geschlechter nur bedingt weiterhelfen zu können.

b) Erweiterungsmöglichkeiten entsprechend der erweiterten Berichtspflicht

Unbefriedigend ist eine Berichtspflicht der ArbeitgeberInnen in der unter E. IV. 1. c) aufgezeigten Form dann, wenn sie aufgrund neuerer Entwicklungen im Betrieb nicht mehr auf dem aktuellen Stand ist, aber die Jahresfrist bis zur arbeitgeberInnenseitigen Verpflichtung eines neuen Berichts noch nicht abgelaufen ist. In diesem Fällen sollte es den ArbeitnehmerInnen nicht verwehrt sein, sich auch zwischen den Berichtszeitpunkten über Änderungen zu informieren.

aa) Rechtsdogmatische Bewertung

Bezüglich der Tätigkeitsbeschreibungen kann das Auskunftsrecht im Vergleich zur Berichtspflicht auf die, die jeweiligen Beschäftigten konkret interessierenden Berufe beschränkt werden. Neben den Tätigkeitsbeschreibungen sollte es – der Berichtspflicht eines erweiterten § 12 AGG entsprechend – bei konkretem Anlass, etwa weil Änderungen in diesen Bereichen stattgefunden haben, auch ein Auskunftsrecht über die aktuelle Entgeltpraxis des Betriebs, sowie der Anforderungen zur Erreichung von Leistungs- oder sonstigen Zulagen geben.⁹³⁷ Hierunter ist mehr zu verstehen, als das bloße Zugänglichmachen von einschlägigen Tarifverträgen, welche den Beschäftigten ohnehin betriebsintern zur Verfügung stehen müssen (§ 8 TVG). Die konkrete Entgeltpraxis des Betriebs ist in der Regel nicht identisch mit interpretationsbedürftigen Rahmentarifverträgen über Eingruppierungsstufen. Vielmehr verbleibt in den allermeisten Fällen ein Gestaltungsspielraum beim Unternehmen. Verschärft stellt sich die Situation in

937 Siehe zum Entgeltgleichheitsgesetzentwurf unter: E. IV. 2. c) aa).

Betrieben ohne Tarifbindung dar. Ohne Betriebsrat, welcher mit den ArbeitgeberInnen Betriebsvereinbarungen zur Ausgestaltung von Entlohnungssystemen aushandelt, hätten die Beschäftigten andernfalls keine Möglichkeit, sich über die abstrakte Entgeltpräxis im Betrieb zu informieren.

Die hier dargestellte Erweiterung schließt die Informationslücke für den Zeitraum zwischen zwei Berichten. Fraglich ist wiederum, wo dieses Auskunftsrecht sinnvoll anzusiedeln ist. Grundsätzlich bietet sich aus systematischen Gründen der oben vorgestellte § 82 II BetrVG an. Problematisch ist hier aber, wie bereits bei der Berichtspflicht erörtert, dass mit einer Implementierung eines Auskunftsanspruchs im BetrVG, bestimmte ArbeitnehmerInnengruppen auf diesen nicht zurückgreifen könnten. Anders als § 43 BetrVG finden die §§ 81 – 86 BetrVG zwar auf alle betriebsratsfähigen Betriebe Anwendung, unabhängig davon, ob ein Betriebsrat tatsächlich besteht oder nicht. Die Anwendung auf Zwergbetriebe ist hingegen nicht eindeutig geklärt.⁹³⁸ Nicht auf das BetrVG berufen können sich weiterhin die in § 5 II, III BetrVG aufgeführten Personengruppen, darunter Organmitglieder und leitende Angestellte. Es könnte sich daher als effektiver erweisen, den Anspruch in einem Gesetz aufzunehmen, welches auf eine größere Personengruppe Anwendung findet, beispielsweise das AGG. Dieses gilt, wie gesehen, unproblematisch auch für Beschäftigte in Zwergbetrieben. Auch fallen im AGG leitende Angestellte unter den Begriff der Beschäftigten.⁹³⁹ Folglich wäre der Anwendungsbereich des Auskunftsanspruchs im AGG weiter als bei § 82 BetrVG. Auch hier müsste für diese Beschäftigtengruppe andernfalls eine komplementäre Regelung im SprAuG geschaffen werden.

bb) Rechtssoziologische Bewertung

Durch die Beschränkung auf die Beschäftigten jeweils konkret interessierenden ArbeitnehmerInnengruppen, wird der Aufwand für die ArbeitgeberInnen überschaubar. Dass solche Beschäftigtenrechte in aller Regel zu keinem Missbrauch führen, zeigt die Statistik zur Klagebereitschaft von Beschäftigten.⁹⁴⁰

938 Siehe oben unter: E. IV. 2. a) aa).

939 Siehe oben unter: E. IV. 1. c) cc).

940 Siehe oben unter: C. III. 3. f).

Die Schaffung einer gesonderten Regelung im SprAuG würde die inhaltliche Regelung auseinanderziehen, was einen negativen Effekt auf Klarheit und Verständlichkeit des Gesetzes haben könnte. Für eine Ansiedlung im AGG spricht weiter die Erstreckung auf Organmitglieder. So mit erscheint das AGG – trotz der systematisch größeren Passgenauigkeit des § 82 BetrVG – das geeigneteres Gesetz, um diesen Anspruch möglichst effektiv auszustalten. Der Kreis der besonders Adressierten auf Beschäftigtenseite wird damit der Art der zu regelnden Materie angepasst. Durch die Normierung der genannten Rechte könnte auch ArbeitgeberInnen von kleineren Betrieben verstärkt bewusst werden, welchen Einfluss Tätigkeitsbeschreibungen in vielen Fällen auf die spätere Entlohnung der Beschäftigten haben.

Die inhaltliche Normierung des Auskunftsanspruchs sollte klar und direkt sein. Damit würde nicht nur dem Faktor der Verständlichkeit und der klaren Zielsetzung des Gesetzes entsprochen. Systematisch sollte er in § 13 AGG (Beschwerderecht) integriert, oder als § 13a diesem beiseitegestellt werden. Es könnte sich auch ein Rechtsgefühl bei den Beschäftigten dahin gehend entwickeln, dass die ArbeitgeberInnen ihnen gewisse Informationen zur Verfügung stellen müssen, selbst wenn die Beschäftigten dadurch die Chance bekommen gegen ihre ArbeitgeberInnen vorzugehen. ArbeitgeberInnen wie Beschäftigte könnten verstärkt für die Tatsache sensibilisiert werden, dass den ArbeitnehmerInnen auch in Betrieben ohne Betriebsrat Rechte gegenüber den ArbeitgeberInnen zur Verfügung stehen. Fraglich bleibt, wie sich die Tatsache auswirkt, dass die Beschäftigten, in diesem Fall stets ohne die Unterstützung eines Betriebsratsmitglieds, selbst aktiv werden und die Auseinandersetzung mit den ArbeitgeberInnen suchen müssen. Die bisherigen Forschungsergebnisse zur Konfliktbereitschaft der Beschäftigten lassen diesbezüglich auf keine große Wirksamkeit hoffen.⁹⁴¹ Dennoch erscheint das soeben dargestellte Instrument als geeignet, innerbetrieblich die Informationsbeschaffung derjenigen zu verbessern, die auch Klage wegen geschlechtsspezifischer Entgeltungleichheit erheben können.

941 Siehe oben unter: C. III. 3. f) bb).

c) Eigenständiges materielles Auskunftsrecht

Es bleibt nun zu prüfen, inwieweit ein materielles Auskunftsrecht bezüglich der noch ausstehenden Tatbestandsvoraussetzungen von geschlechts-spezifischer Entgeldiskriminierung in das deutsche Arbeitsrecht integriert werden könnte. Fokussiert werden soll sich ausschließlich auf ein präparatorisches Auskunftsrecht, welches bereits vor Klageerhebung in Anspruch genommen werden kann. Das Prozessrisiko kann auf diese Weise für die klagende Partei merklich abgemildert, und damit ein starkes Hindernis auf Verfahrensebene beseitigt werden.

Wird davon ausgegangen, dass ein eigenes Auskunftsrecht kumulativ zu den bereits vorgestellten Instrumenten hinzutritt, insbesondere zu einer erweiterten Berichtspflicht im Rahmen des AGG, so stellt sich die Frage, welche Informationen den Beschäftigten in diesen Fällen bereits vorliegen. Nach der Modifizierung des AGG hätten die Beschäftigten im Ideal-fall Informationen über sämtliche (§ 12 AGG), beziehungsweise alle konkret interessierenden (§ 13 AGG) Tätigkeitsbeschreibungen inklusive der Geschlechterverhältnisse und Entgeltgruppen. Des Weiteren wären auch Informationen über das abstrakte Lohnsystem im Betrieb vorhanden.⁹⁴² Zum Teil reichen diese Informationen aus, um einschätzen zu können, ob eine Entgeldiskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen diese abstrakten Informationen über das System der betrieblichen Entlohnung, der Geschlechterverteilung und der Tätigkeiten nicht genügen. Dies kann bei über Tarif entlohnten ArbeitnehmerInnen vorkommen, wenn zumindest Teile ihres Entgelts nicht in das betriebliche System integriert sind (beispielsweise weil es sich um sehr wenige Personen handelt). Da die Entgeldifferenz zwischen Frauen und Männern in höheren Positionen überdurchschnittlich stark ausgeprägt ist, sollte es gerade hier eine effektive Möglichkeit zur Überprüfung geben.⁹⁴³ Auch bei Leistungs- oder anderen Zulagen kann es zu Benachteiligungen beim Entgelt kommen, ohne dass diese in der Entlohnungsstruktur des Betriebs zu erkennen wären, wenn beispielsweise Leistungszulagen abweichend vom System bei einer männerdominierten Tätigkeit leichter zu erreichen sind. Schließlich kann es Betriebe geben, in denen kein oder ein nur unvollständiges Entlohnungssystem vorhanden ist.⁹⁴⁴

942 Siehe oben unter: E. IV. 1. c), E. IV. 2. b).

943 Statistisches Bundesamt, Verdienstunterschiede 2006, S. 38.

944 Siehe hierzu insgesamt oben unter: D. I. 3. b).

Um ausreichende Informationen über die Voraussetzungen einer geschlechtsspezifischen Entgeltungleichheit zu erhalten, ist es in solchen Fällen notwendig, einen zusätzlichen materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch zu schaffen. Dieser müsste darauf gerichtet sein, Informationen über die tatsächlichen Entgelte der KollegInnen von den ArbeitgeberInnen erhalten zu können. Eingeschränkt wäre dieser Anspruch insofern, als dass es sich ausschließlich um einen genau bestimmmbaren Beschäftigtenkreis handeln soll. So kommen nur Auskünfte über Personen in Frage, welche gleichwertige Tätigkeiten wie die auskunftsuchende Person ausüben und welche im Falle des Verdachts einer mittelbaren Diskriminierung in einem von einem Geschlecht dominierten Beruf arbeiten, während die auskunftsuchende Person einen Beruf ausüben muss, in welchem das jeweils andere Geschlecht mehrheitlich dominiert. Damit ist der Personenkreis, über den die Auskunft verlangt werden kann, klar bestimmbar und deutlich eingegrenzt. Willkürliches Auskunftsverlangen über das Entgelt von beliebigen KollegInnen wäre damit nicht möglich. Im Ergebnis geht es im Gesamten folglich um einen zweigeteilten Anspruch, bei dem der zweite Teil nur für einen bestimmten Personenkreis besteht, welcher auf Grundlage des ersten Auskunftsanspruchs, beziehungsweise auf Grundlage der durch die erweiterte Berichtspflicht gewonnenen Erkenntnisse, festgelegt wird. Werden bei den Tätigkeiten der KollegInnen keine gleichwertigen gefunden oder lässt sich bei mittelbarer Diskriminierung (sofern die bisherige Rechtsprechung hierzu beibehalten wird) keine männliche dominierte Gruppe einer weiblichen dominierten gegenüberstellen, entsteht dieser Auskunftsanspruch gar nicht erst.

In der vorliegenden Arbeit wurde festgestellt, dass neben den unterschiedlichen Entgeltbestandteilen die jeweiligen Bezugspunkte für deren Berechnung von Bedeutung sind.⁹⁴⁵ Nur so lässt sich errechnen, ob Entgeltdifferenzen vorliegen, die zunächst nicht anhand von sachlichen Erwägungen erklärt werden können. Das bedeutet, dass mit den Informationen über das tatsächliche Entgelt stets auch solche Informationen mitgeliefert werden müssten, die eine entsprechende Bewertung zulassen. Ob dies beispielsweise bei Grundentgelt, Jahressonderzahlungen et cetera derart geschieht, dass die Stundenzahl mitgeteilt wird, oder ob direkt lediglich der Stundenlohn ausgewiesen wird, ist dabei unerheblich. Welches der passende Bezugspunkt ist, muss bei jedem Entgeltbestandteil gesondert ermit-

945 Siehe oben unter: D. I. 3. b).

telt werden. In jedem Fall ist es essenziell, dass auch dieser stets mitgeteilt wird.

Da sie rechtsssoziologische Bewertung, beziehungsweise die Notwendigkeit eines eigenständigen materiellen Auskunftsrechts aus rechtsssoziologischer Sicht, bereits ausführlich entwickelt wurde,⁹⁴⁶ konzentriert sich die Arbeit im Folgenden ausschließlich auf eine rechtsdogmatische Bewertung eines solchen Anspruchs.

aa) Datenschutzrechtliche Bedenken

Die größten Schwierigkeiten bei einem Auskunftsanspruch über Entgelte anderer Personen werden regelmäßig bei der Frage des Datenschutzes bestehen. Klargestellt werden muss hierbei: Benötigt werden weder Namen noch sonstige Sozialdaten der anderen Beschäftigten. Allein die Zusammensetzung des Bruttolohns ist von Interesse, weshalb Abzüge hiervon nicht mitgeteilt werden müssten. Freilich geht es immer noch um personenbezogene Daten nach § 3 I BDSG. Die Sensibilität dieser Daten kann hierdurch jedoch bereits erheblich verringert werden. Handelt es sich darüber hinaus um eine größere Gruppe von ArbeitnehmerInnen, sind einzelne Personen ohnehin kaum identifizierbar. Sind in einer Vergleichsgruppe hingegen nur wenige Beschäftigte vorhanden, so könnten durch diesen Auskunftsanspruch beispielsweise Informationen über das Erreichen von Leistungszulagen erlangt werden, was Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit einzelner Personen geben könnte. Dennoch muss ein solcher Anspruch nicht an datenschutzrechtlichen Problemen scheitern. Zunächst einmal ist hierin ein weitaus geringerer Eingriff in persönlichen Daten zu sehen, als dies bei § 1 III 1, 2. HS KSchG der Fall ist.⁹⁴⁷ Dort müssen unter Umständen so sensible Daten wie Unterhaltsverpflichtungen oder eine Schwerbehinderteneigenschaft offenbart werden. Gerechtfertigt wird der Eingriff dort unter anderem damit, dass die gekündigte Person andernfalls nicht abschätzen kann, ob sich die Erhebung einer Kündigungsbeschwerde für sie lohnen könnte.⁹⁴⁸ Die gleiche Argumentation gilt auch bei dem vorliegenden Auskunftsanspruch. Ohne einen solchen Beschäftigten in bestimmten Situationen keine Möglichkeit die Informationen

946 Siehe die bisherigen Ausführungen in Kapitel E.

947 Siehe oben unter: E. IV. 2. a) bb) § 1 III S. 1, 2. HS KSchG.

948 Kiel, in: A/P/S Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 745.

zu erlangen, welche für eine vorherige Analyse des Prozessrisikos unerlässlich sind. Ist aber das Auskunftsverlangen nach § 1 III 1, 2. HS KSchG von den ArbeitgeberInnen zu erfüllen, so müsste das einen entsprechenden Zweck verfolgende, hier interessierende Auskunftsrecht, aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten ebenfalls möglich sein.

Ein Vergleich mit anderen Rechtsordnungen zeigt, dass auch dort die Informationsrechte von potenziell Diskriminierten zum Teil Vorrang vor dem Interesse der Geheimhaltung von Beschäftigtendaten haben. So gibt es beispielsweise in Schweden und in der Schweiz ausdrückliche Auskunftsansprüche für abgelehnte BewerberInnen. Diese sind jedoch unterschiedlich stark ausgeprägt. In beiden Rechtsordnungen ist zunächst normiert, dass die ArbeitgeberInnen bei Geltendmachung dieses Anspruchs einen schriftlichen Bericht über die Gründe der Nichtbesetzung an die anspruchstellende Person zu liefern haben. Während das schwedische Gesetz jedoch genau bestimmt, welche Informationen die ArbeitgeberInnen über die Person abzugeben haben, die die Stelle erhalten hat (Ausbildung, Berufserfahrung und anderen Qualifikationen), spricht das Schweizer Gesetz lediglich von einer Erklärung über die Gründe für die Ablehnung.⁹⁴⁹ Ob und inwieweit in dieser auf die konkreten Eigenschaften der eingestellten Person eingegangen werden muss, bleibt unklar. Trotz der schweizer Einschränkung haben beide Rechtsordnungen der deutschen voraus, dass sie die tatsächliche Informationsnot potenziell diskriminierter Personen im Arbeitsleben anerkennen und ihr abhelfen, auch wenn dadurch Informationen über Dritte weitergegeben werden müssen.

Bei Auskunftsansprüchen mit Drittbezug, wie dem hier zu diskutierenden, muss die Abwägung stets auch die Geheimhaltungsinteressen dieser dritten Personen umfassen. Miteinfließen in die Überlegungen sollte unter anderem das mögliche Konfliktpotenzial der begehrten Informationen.⁹⁵⁰ Nicht erfasst ist freilich die absolute Grenze der Informationsauskünfte, sofern es um eine Geheimhaltungspflicht kraft Amtes, Standes oder Gewerbes geht.⁹⁵¹ Der Auskunftsanspruch für abgelehnte BewerberInnen, der ebenfalls Drittbezug besäße, wird trotz der aufgeführten Bedenken

⁹⁴⁹ Swedish Code of Statues, Discrimination Act 2008, “Working life, Section 4”; Schweizer Gesetz: Federal Act on Gender Equality 2005, Section 3, Art. 8 I.

⁹⁵⁰ Osterloh-Konrad, Der allgemein vorbereitende Informationsanspruch, 2007, S. 281.

⁹⁵¹ Siehe hierzu: Osterloh-Konrad, Der allgemein vorbereitende Informationsanspruch, 2007, S. 281.

teilweise gefordert.⁹⁵² Argument hierfür ist im Wesentlichen, dass ein solcher die einzige Möglichkeit darstelle, das Informationsbegehrten der ArbeitnehmerInnen in Einklang mit den Offenlegungspflichten der ArbeitgeberInnen, beziehungsweise den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der anderen BewerberInnen, zu bringen. Bei Entgeltgleichheitsfragen aufgrund des Geschlechts muss die Güterabwägung noch deutlicher zugunsten der auskunftsbegehrenden Person ausfallen, als bei den BewerberInnenfällen. Zum einen besteht mit der Person welche Auskunft verlangt bereits ein Rechtsverhältnis, was gewisse Neben- und im Fall eines Beschäftigtenverhältnisses Fürsorgepflichten mit sich bringt (§ 241 II BGB). Zum anderen ist der Personenkreis derjenigen, die ein entsprechendes Auskunftsverlangen überhaupt äußern können von vorneherein auf bestimmte Beschäftigte begrenzt.

Auch als Reaktion auf die BAG-Urteile *Kelly*⁹⁵³ und *Meister*⁹⁵⁴ wurden in der Literatur datenschutzrechtliche Bedenken vorgebracht. So seien zum Teil sensible Informationen über die anderen BewerberInnen notwendig, um dem Auskunftsverlangen Rechnung tragen zu können.⁹⁵⁵ Problematisch beim Auskunftsanspruch abgelehnter BewerberInnen ist in der Tat, dass auch zunächst anonymisierte Informationen über die BewerberInnen die eingestellt wurden, vergleichsweise simpel einer Person zugeordnet werden können. Eine solch einfache Zuordnung ist bei einem Auskunftsanspruch über Entgelt bestimmter KollegInnen nicht in diesem Maße gegeben. Es handelt sich häufig gerade nicht um lediglich eine einzelne Person, wie dies bei Einstellungen meist der Fall ist. Zudem sind Informationen über das Bruttoentgelt, wenn auch privat, nicht in einer Weise intim, die einer Schwerbehinderteneigenschaft vergleichbar wäre.

bb) Bedenken bezüglich Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Wie oben angesprochen, stehen Informationsinteressen von Arbeitnehmern häufig in einem Spannungsverhältnis zu Geheimhaltungspflichten

952 *Bertzbach*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, § 22 Rn. 28; *Hanau*, in: Festchrift für Gnade 1992, S. 351 (365 f.).

953 *EuGH*, Urt. v. 21.07.2011 (*Kelly*) – C-104/10 = BeckRS 2011, 81408.

954 *EuGH*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10 = NZA 2012, 493.

955 *Heinemeyer/Kramorz*, ZD-Aktuell 14/2012, 03034; *Schmidt*, ZESAR 2012, 417 (420 f.).

von ArbeitgeberInnen.⁹⁵⁶ Sollen dabei die Lohn- und Gehaltsstrukturen einzelner Betriebe auch zukünftig als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis angesehen werden, so wird man auch bei einer als Auskunftsanspruch ausgestalteten Offenlegungspflicht der gesamten tatsächlichen Entgelstruktur wohl auf große Hindernisse stoßen. Die Frage ist jedoch, ob bei Informationen lediglich über bestimmte Entgelte in der hier vorgeschlagenen Form zwingend von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gesprochen werden muss. Diese liegen unabhängig von der bereits angesprochenen Definition dann nicht vor, wenn ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse aufseiten der ArbeitgeberInnen fehlt.⁹⁵⁷ Hierbei ist entscheidend auf die Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Unternehmens abzustellen.⁹⁵⁸

Dabei ist zunächst zu beachten, dass der Kreis der Auskunftsverlangenden keine unüberschaubare Menge an Personen wäre, wie dies bei VerbraucherInnen der Fall sein könnte. Wie bereits festgestellt, hat ohnehin nur ein Teil der Beschäftigten dieses Recht und das auch nur für einen bestimmten Teil ihrer KollegInnen. Hier geht es keineswegs um vollständige Gehaltslisten und damit auch nicht um die tatsächlichen Strukturen von Lohn und Gehalt eines Betriebes. Es handelt sich demnach bereits nicht um die klassischen Fälle der Geheimnisgefährdung. Insofern unterscheidet sich der hier beschriebene Fall bereits deutlich von dem viel zitierten Fall, welchen das *BAG* zu entscheiden hatte.⁹⁵⁹ Die Beschäftigten, welche ein Auskunftsbegehren bezüglich des Entgelts von KollegInnen geltend machen, können weiter aufgrund ihrer aus dem Arbeitsvertrag erwachsenen Nebenpflichten nach § 241 II BGB dazu verpflichtet sein, die erlangten Informationen geheim zu halten.⁹⁶⁰ Es wird zwar ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Beschäftigten dazu verpflichtet sind, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Dies wäre jedoch insofern kein passender Ansatzpunkt, als hier ja gerade zu diskutieren ist, unter welchen Umständen Entgelte von KollegInnen nicht unter diese Geheimnisse fallen. Jedenfalls Informationsweitergabe über das eigene Entgelt soll erlaubt sein.⁹⁶¹

⁹⁵⁶ Siehe oben unter: E. IV. 1. a) aa).

⁹⁵⁷ Siehe oben unter: E. IV. 1. a) aa).

⁹⁵⁸ *BAG*, Beschl. v. 26.02.1987 – 6 AZR 46/84 = NZA 1988, 63 (64); *Reichhold*, MüHandbArbR, § 48 Rn. 36.

⁹⁵⁹ *BAG*, Beschl. v. 26.02.1987 – 6 AZR 46/84 = NZA 1988, 63; siehe oben unter: E. IV. 1 a) aa) & b) bb).

⁹⁶⁰ *Reichhold*, MüHandbArbR, § 48 Rn. 32; *Thüsing*, in: *Richardi*, (Hrsg.), *BetrVG*, § 79 Rn. 3.

⁹⁶¹ Siehe bereits oben unter: C. III. 3. g) aa).

Die Verschwiegenheitsverpflichtungen aus § 241 II BGB, respektive § 242 BGB, gehen noch weiter. Sie umfassen auch eine generelle Rücksichtnahmepflicht auf die Interessen der ArbeitgeberInnen.⁹⁶² Aufgrund ihres Vertragsverhältnisses sind die Beschäftigten also auch nicht befugt, die Informationen an Dritte, insbesondere an die Konkurrenz weiterzugeben. Ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse der ArbeitgeberInnen ist damit nicht berührt. Folglich wird das stärkste Argument entkräftet, welches in der Regel bei einer Abwägung zugunsten des Geheimhaltungsinteresses der ArbeitgeberInnen angeführt wird.

Resultierend aus den Erkenntnissen der soeben geführten Diskussion erscheint es folglich vertretbar, bei der vorliegenden Ausgestaltung der Offenbarungspflichten eng begrenzter Entgelte von wenigen Beschäftigten, noch nicht vom Vorliegen eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses auszugehen.

cc) Weitere Bedenken

Da die Rechtssachen *Meister*⁹⁶³ und *Kelly*⁹⁶⁴ einen Auskunftsanspruch im Ergebnis verneinten, haben sie sich wenig mit Fragen des Datenschutzes auseinandergesetzt.⁹⁶⁵ Im Zusammenhang mit den genannten Entscheidungen wurden jedoch weitere Bedenken bezüglich arbeitsrechtlichen Auskunftsansprüchen diskutiert.

(1) Autonomie der ArbeitgeberInnen

Der Generalanwalt begründete die nur geringfügige Änderung der Beweislastverteilung auch damit, die Entscheidungsfreiheit der ArbeitgeberInnen bei Einstellungen zu respektieren.⁹⁶⁶ Diese Argumentation mag zwar bei Einstellungsverfahren schlüssig sein. Sie verfängt jedoch dann

962 Vogelsang, in: Schaub (Hrsg.), ArbR-Hdb. § 54 Rn. 1; Reichhold, MüHandbArbR, § 48 Rn. 32.

963 EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10 = NZA 2012, 493.

964 EuGH, Urt. v. 21.07.2011 (*Kelly*) – C-104/10 = BeckRS 2011, 81408.

965 Siehe oben unter: E. IV. 2. a) ee).

966 EuGH, Schlussanträge v. 12.01.2012 – C-C041/10 = BeckEuRS 2012, 643703, Rn. 1; siehe ausführlich oben unter E. III. 1. c).

nicht, wenn es um Entgeltungleichheitsfragen der Geschlechter geht. Aus diesem Absatz der Schlussanträge kann also der Gedanke gezogen werden, dass einer grundsätzlichen Erweiterung der Rechte potenziell Diskriminierter, nichts entgegensteht, wenn das dargestellte Argument nicht greift.

(2) Waffengleichheit der Parteien

Weiter führt der Generalanwalt aus, ein Auskunftsanspruch der abgelehnten BewerberInnen würde das Gleichgewicht zwischen Opfern und Beklagten stören. Auf Seiten der ArbeitgeberInnen bestehe dieses Gleichgewicht in dem Recht, „(...) nicht aufgrund bloßer Behauptungen vor den Gerichten verklagt zu werden.“⁹⁶⁷ Durch einen vorprozessualen Auskunftsanspruch soll dieses Recht jedoch nicht unterlaufen werden. Vielmehr geht es darum, Klage gerade nur dann zu erheben, wenn aufgrund der Informationen, die die Beschäftigten durch den Auskunftsanspruch erhalten haben, tatsächlicher Anlass hierzu besteht. Ein Gleichgewicht zwischen zwei Parteien kann in der Regel erst dann hergestellt werden, wenn beide zumindest zum Teil vergleichbare Waffen besitzen. Bei einem Streit um Rechte und Pflichten der Parteien bestehen diese Waffen zumeist in Form von Informationen. Im weiteren Verlauf der Schlussanträge räumt der Generalanwalt dann ein: „Ohne Informationen, über die der Arbeitgeber allein verfügt, könnte die [Klägerin] dem vorlegenden Gericht keine Tatsachen vortragen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, und wäre im Übrigen hierzu auch nie in der Lage (...). [Es] müsste damit gerechnet werden, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinien, die Diskriminierung im Kontext eines Einstellungsverfahrens bekämpfen, vereitelt wird.“⁹⁶⁸ In solchen Fällen kann kaum noch von einem Gleichgewicht der Parteien gesprochen werden, welches es zu wahren gilt. Die Annahmen des Generalanwalts legen vielmehr den Schluss nahe, dass die klagende Partei ohne weitere Daten in unzumutbarer Weise Informationsdefizite aufweist, und dass solche in Situationen wie die der klagenden Partei typischerweise auftreten. Damit kann ein Gleichgewicht der Partei-

⁹⁶⁷ *EuGH*, Schlussanträge v. 12.01.2012 – C-041/10 = BeckEuRS 2012, 643703, Rn. 22.

⁹⁶⁸ *EuGH*, Schlussanträge v. 12.01.2012 – C-041/10 = BeckEuRS 2012, 643703, Rn. 26.

en im Grunde nur angenommen werden, wenn die Waffengleichheit wenigstens ansatzweise hergestellt wird, was am effektivsten dadurch geschehen kann, dass die Partei, welche deutlich mehr Informationen besitzt, diese zum Teil der anderen Partei offenbart.

Auch weist der Generalanwalt ausdrücklich auf die Problematik hin, dass die ArbeitnehmerInnen durch die arbeitgeberInnenseitige Exklusivität des Wissens keinerlei Ansatzpunkte haben, gegen die ArbeitgeberInnen vorzugehen.⁹⁶⁹ Schließlich erklärt er: „So könnte daher, wenn der Bewerber bei der Beschaffung von Informationen, die Tatsachen beinhalten können, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, vollständig vom guten Willen des Arbeitgebers abhängig ist, das Gleichgewicht zwischen der Freiheit des Arbeitgebers und den Rechten des Bewerbers, dem der Gesetzgeber der Union große Bedeutung beigemessen hat, gestört sein.“⁹⁷⁰ Auch weist er darauf hin, dass die Verweigerung der Informationsweitergabe die Richtlinienziele der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/87/EG und 2006/54/EG beeinträchtigen kann.⁹⁷¹ Obwohl der Generalanwalt im Fall *Meister* also einen Auskunftsanspruch ablehnt, finden sich in seinen Ausführungen zahlreiche Hinweise auf eine grundsätzlich positive Einstellung gegenüber einer effektiven Erweiterung von Auskunftsrechten potenzieller Diskriminierungsopfer.

Auch der *EUGH* weist in seinen Entscheidungen mehrfach darauf hin, dass diverse europäische Richtlinien nicht nur Diskriminierungsverbote statuieren, sondern ebenfalls von den Mitgliedsstaaten eine Umsetzung verlangen, die es den Beschäftigten, respektive StellenanwärterInnen ermöglicht, ihre Rechte auch tatsächlich wahrnehmen zu können.⁹⁷² Wohl um den Rechtsschutz der potenziellen KlägerInnen gewährleisten zu können, geht der *Eugh* im Fall *Meister* über die Vorlagefrage hinaus und hängt der grundsätzlichen Negierung des Auskunftsanspruchs die viel diskutierte Einschränkung an.⁹⁷³ Das Gericht stellt damit klar, dass die Rechtslage, wie sie sich nach Verneinung des Auskunftsanspruchs ohne

969 *Eugh*, Schlussanträge v. 12.01.2012 – C-C041/10 = BeckEuRS 2012, 643703, Rn. 32.

970 *Eugh*, Schlussanträge v. 12.01.2012 – C-C041/10 = BeckEuRS 2012, 643703, Rn. 33.

971 *Eugh*, Schlussanträge v. 12.01.2012 – C-C041/10 = BeckEuRS 2012, 643703, Rn. 34.

972 *Eugh*, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10 = NZA 2012, 493(494); *Eugh*, Urt. v. 21.07.2011 (*Kelly*) – C-104/10 = BeckRS 2011, 81408, Rn. 33ff..

973 Siehe hierzu ausführlich unter: E. IV. 2. a) ee).

diese Einschränkung darstellen würde, zu mit den Richtlinien kaum vereinbaren Nachweisschwierigkeiten für potenzielle KlägerInnen kommen würde.⁹⁷⁴

(3) Informationsbegehren von betriebsfremden AnspruchstellerInnen

Schließlich lassen sich viele in der arbeitsrechtlichen Literatur im Zusammenhang mit dem *Meister*-Urteil geäußerte Bedenken bei einer Übertragung auf Auskünfte über Entgelte von bestimmten KollegInnen ausräumen. Eine der größten Sorgen besteht in einer unkontrollierbaren Menge von betriebsfremden AnspruchstellerInnen, die Informationen von den ArbeitgeberInnen verlangen könnten.⁹⁷⁵ Diese Bedenken sind im vorliegend zu diskutierenden Auskunftsanspruch offensichtlich unbegründet. Zum einen handelt es sich nicht um externe BewerberInnen, sondern um Beschäftigte der konkreten ArbeitgeberInnen. Zum anderen ist die Zahl der potenziellen AnspruchstellerInnen aufgrund der oben aufgezeigten Voraussetzungen überschaubar.⁹⁷⁶ Weiter spräche gegen einen Auskunftsanspruch der abgelehnten StellenbewerberInnen, dass dieser bereits ohne jeglichen Anfangsverdacht geltend gemacht werden müsste.⁹⁷⁷ Dies soll jedoch bei dem Auskunftsanspruch, wie er hier diskutiert wird, gerade nicht der Fall sein. Vielmehr soll dieser nur dann bestehen, wenn aufgrund der Auskünfte nach einer Erweiterung der ArbeitgeberInnenpflichten aus § 12 AGG, beziehungsweise einem erweiterten Auskunftsanspruch des § 13 AGG, bereits ein erster Verdacht einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung beim Entgelt besteht. Damit dürfte auch den Anforderung des *BAG* genüge getan sein, die BewerberInnen haben Anhaltspunkte darzulegen, aus denen gefolgert werden kann, dass „(...) erst die geforderte, aber verweigerte Auskunft (...) [ermögliche es ihnen] eine gegen § 7 AGG verstößende Benachteiligung entsprechend der Beweislastregel des § 22 AGG nachzuweisen (...).“⁹⁷⁸

⁹⁷⁴ So auch: *Thüsing/Stiebert*, Anmerkung zu: EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10, in: EuZW 2012, 462 (465).

⁹⁷⁵ *Picker*, NZA 2012, 641 (643); *Schmidt*, ZESAR 2012, 417 (420); *Simon/Rein*, BB 2012, 1226 (1227).

⁹⁷⁶ Siehe oben unter: E. IV. 2. c) bb).

⁹⁷⁷ *Bissels/Lützeler*, BB 2012, 833 (839); *Picker*, NZA 2012, 641 (643).

⁹⁷⁸ *BAG*, Urt. v. 25.04.2013 – 8 AZR 287/08 = NJOZ 2013, 1699 Rn. 59.

(4) Verweigerung jeglicher Informationen als Indiz

Weiter wird als Reaktion auf die Entscheidung *Meister* des EuGH gefordert, dass die Verweigerung jeglicher Auskünfte gegenüber BewerberInnen in keinem Fall als Indiz einer Diskriminierung verwendet werden sollte.⁹⁷⁹ Die Entscheidung, welche BewerberInnen zu Vorstellungsgesprächen eingeladen und später eingestellt werden, sei eine Überlegung, welche durch viele andere Faktoren als die in § 1 AGG aufgezählten Merkmale beeinflusst würde. Ohne auf diese Argumentation im Einzelnen einzugehen, ist hier lediglich darauf hinzuweisen, dass sich die Situation bei Auskünften bezüglich geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung anders darstellt. Wie bereits an anderer Stelle festgestellt, ist der Spielraum für subjektive Entscheidungen weitaus geringer.⁹⁸⁰ Dass eine Maßnahme, die Einfluss auf bestehende Arbeitsverhältnisse hat, auf sachlichen Gründen fußt, gebietet schon der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsprinzip. Es besteht bei bei dem hier zu diskutierenden Auskunftsrecht auch nicht die Gefahr, dass die Beschäftigten sich auf Behauptungen „ins Blaue hinein“ beschränken, wie dies vom BAG in Bezug auf abgelehnte BewerberInnen befürchtet wurde.⁹⁸¹ Vorliegend ist das Auskunftsrecht als zweiter Schritt ausgestaltet, der lediglich dann vorgenommen werden kann, wenn die erweiterte Berichtspflicht erste Unregelmäßigkeiten gezeigt hat.

Ohne die Bedenken, die sich nur bei Bewerbungssituationen ergeben, zeigt sich an den Rechtssachen *Meister* und *Kelly*, sowie an den Reaktionen, die diese Urteile in der arbeitsrechtlichen Literatur hervorgerufen haben, dass aus praktischer Sicht keine ernsthaften Bedenken an einem Auskunftsanspruch in der hier vorgeschlagenen Form bestehen. Gerade an den Ausführungen der Gerichte und des Generalanwalts in der Sache *Meister* wird deutlich, dass das Informationsdefizit auf Beschäftigten-/BewerberInnenseite als tatsächliches Problem anerkannt wird, welchem es abzuhelfen gilt.

979 Kock, Amerkung zu: EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (*Meister*) – C-415/10, in: NJW 2012, 2497 (2499).

980 Siehe oben unter: E. III. 1. c).

981 BAG, Urt. v. 25.04.2013 – 8 AZR 287/08 = NJOZ 2013, 1699 Rn. 59.

dd) Ergebnis

Bereits die Existenz des § 1 III 1, 2 HS KSchG spricht für ein erweitertes Auskunftsrecht.⁹⁸² Wenn gekündigte ArbeitnehmerInnen danach Auskunftsrechte über KollegInnen in derart detaillierter Form erhalten können, ist es nicht ersichtlich, warum entsprechende Informationen über Entgelte von anonymisierten KollegInnen nicht herausgegeben werden könnten. Ebenso verhält es sich mit § 13 AÜG. Hier besteht zwischen Auskunftsbegehrenden und Auskunftserteilenden nicht einmal ein Vertragsverhältnis. Die Kommentierungen zu § 13 AÜG sehen keine ausdrücklichen Schranken des Auskunftsrechts vor. Vielmehr wird kontinuierlich darauf verwiesen, dass „(….) dem Leiharbeitnehmer alle Informationen gegeben werden, die er im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs (...) zur Geltenmachung von Ansprüchen aus § 10 Abs. 3 benötigt (...).“⁹⁸³ Mit dieser Argumentation ließe sich ohne Weiteres auch der zu diskutierende Auskunftsanspruch rechtfertigen, da das dort gegebene Auskunftsrecht keinesfalls weitergehend wäre.

Darüber hinaus wird der vorgestellte Auskunftsanspruch in den meisten Fällen die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen des allgemeinen Auskunftsanspruchs nach § 242 BGB insoweit erfüllen, als dass die auskunftsbegehrende Personen in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang des Anspruchs im Ungewissen sind, und als dass die Verpflichteten die erforderlichen Angaben unschwer machen können.⁹⁸⁴ Im Unterschied zum Auskunftsanspruch aus § 242 BGB allerdings, müssen die Beschäftigten hier keine überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Leistungsanspruchs darlegen. Es ist auch unerheblich, ob die Beschäftigten im Einzelfall in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umfang ihres Rechts im Ungewissen sind oder nicht. Dies müssten sie folglich auch nicht nachweisen.

Freilich wäre es möglich, den dargestellten Auskunftsanspruch nicht ausdrücklich zu normieren, sondern mit einem erweiterten Verständnis aus arbeitsvertraglichen Nebenpflichten gemäß § 241 II BGB abzuleiten.⁹⁸⁵ Damit wäre den auskunftsbegehrenden Beschäftigten jedoch nur bedingt

⁹⁸² Siehe ausführlich oben unter: E. IV. 2. a) bb).

⁹⁸³ J. Ulber, in, Ulber (Hrsg.), AÜG, § 13 Rn. 10.

⁹⁸⁴ St. Rspr.: *BAG*, Urt. v. 21.11.2000 – 9 AZR 665/99 = NZA 2001, 1093 (1094), m.w.N.

⁹⁸⁵ Zur Ableitung aus § 242 BGB, siehe oben unter: E. IV. 2. a) cc).

geholfen. Zunächst wäre die Wahrscheinlichkeit, dass dieser Anspruch zur Kenntnis genommen und genutzt würde, deutlich geringer als bei einer ausdrücklichen gesetzlichen Festlegung. Hinzu kommt, dass ein aus vertraglichen Nebenpflichten abgeleiteter Anspruch die genauen Voraussetzungen gesetzlich nicht festlegen kann. Damit könnten große Unsicherheiten über Art und Umfang dieses Rechts hervorgerufen werden, was die Effektivität weiter verringern dürfte. Hinzu kommt der deklarative Akt eines ausdrücklichen normierten Anspruchs und die damit einhergehende erhöhte Transparenz.⁹⁸⁶ So könnte damit die Aufmerksamkeit auf den Anspruch erhöht werden, was die Sensibilisierung aller Adressierten verstärken würde. Ebenso ist zu erwarten, dass die ausdrückliche Festlegung des Anspruchs ein gesteigertes Rechtsbewusstsein insbesondere der Beschäftigten als besondere AdressatInnen hervorrufen würde.

Bei der Normierung des Anspruchs ist darauf zu achten, dass dieser die genauen Anforderungen beinhaltet, bei denen ein Auskunftsanspruch (nur) gegeben ist. Mit *Prütting* wird hier die Meinung vertreten, dass eine Generalklausel bezüglich Auskunftsrechten von Beschäftigten zu unüberschaubaren Risiken und Problemen führen könnte.⁹⁸⁷ Diese müsste nämlich, um allen Informationsbedürfnissen von potenziellen Diskriminierungsopfern Rechnung tragen zu können, so allgemein sein, dass sowohl datenschutzrechtliche Schwierigkeiten als auch Unsicherheiten bezüglich der Reichweite des Anspruchs vorprogrammiert wären.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist es folglich sowohl rechtsdogmatisch möglich, als auch aus rechtsssoziologischen Erwägungen wünschenswert, den soeben dargestellten Auskunftsanspruch über das Entgelt bestimmter KollegInnen in das deutsche Recht aufzunehmen. Aus den gleichen Erwägungen wie beim zuvor dargestellten Auskunftsanspruch sollte dieser vorzugsweise im AGG, und dort ebenfalls in § 13, angesiedelt werden.⁹⁸⁸

986 Vgl.: Kocher, in: *Klammer/Motz* (Hrsg.), Neue Wege – gleiche Chancen, S. 168 (182).

987 *Prütting*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1311 (1325).

988 Siehe oben unter: E. IV. 2. b.).

3. Ergebnis von Kapitel IV.

a) Rechtsdogmatische Bewertung

Es hat sich gezeigt, dass innerbetriebliche Offenlegungspflichten grundsätzlich das Potenzial haben, die benötigten Informationen zu beschaffen, um eine Entgeltgleichheitsklage aufgrund des Geschlechts erfolgreich führen zu können. Es sollte zunächst der § 12 AGG um eine Berichtspflichten der ArbeitgeberInnen erweitert werden, bei der sie die Beschäftigten über die verschiedenen Tätigkeiten der im Betrieb vorhandenen Berufe, das abstrakte Entgeltsystem – sofern dies nicht gänzlich durch Tarifvertrag und/oder Betriebsvereinbarung dargestellt ist – und über die Geschlechterverteilung in den verschiedenen Berufen unterrichten. Auch sollte ein der Erweiterung von § 12 AGG entsprechendes Auskunftsrecht in § 13 AGG implementiert werden. Damit könnten Beschäftigte auch dann an diese Informationen gelangen, wenn sich während der Jahresfrist zur Berichterstattung an den betrieblichen Verhältnissen etwas ändert oder wenn die ArbeitgeberInnen ihrer Berichtspflicht nicht oder nur unzureichend nachkommen. Durch diese Informationen sollte der Großteil der noch vorhandenen unmittelbaren Benachteiligungen aufzudecken sein. Es ist davon auszugehen, dass Vorschriften die ein höheres oder geringeres Entgelt unmittelbar mit dem Geschlecht verbinden, so sie denn noch existieren, in dem abstrakten Entgeltsystem des Betriebs oder aber in den Tätigkeitsbeschreibungen der verschiedenen Berufe zu finden sein werden.

Einige Ausprägungen von Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts sind jedoch erst dann erkennbar, wenn die tatsächlichen Brutto-Entgelte anderer KollegInnen zum Vergleich vorliegen. Es ist daher von Bedeutung, dass den Beschäftigten ein Instrument an die Hand gegeben wird, mit dem sich auch diese Ausgestaltung der Benachteiligung feststellen lässt. Lassen sich aufgrund der Erweiterung um einen Bericht nach § 12 AGG, respektive dem entsprechenden Auskunftsrecht nach dem § 13 AGG dann vergleichbare Tätigkeiten feststellen die in Berufen vorliegen, von denen einer männlich, der andere hingegen weiblich dominiert ist, so sollte in diesem Falle ein zweiter Auskunftsanspruch der konkret betroffenen Beschäftigten gegenüber den ArbeitgeberInnen bestehen. Dieser sollte auf (anonymisierte) Entgeltdaten der entsprechenden KollegInnen gerichtet sein. Aus den diskutierten Gründen ist er ebenfalls in § 13 AGG anzusehen.

E. Überprüfung einzelner Instrumente zur Verbesserung der Informationsbeschaffung

siedeln.⁹⁸⁹ Soweit es sich um persönliche Informationen über andere Beschäftigte handelt, wurde durch das zweistufige Auskunftssystem eine Lösung entworfen, die allen Beteiligten die Chance gibt, ihre Rechte so gut wie möglich durchzusetzen, ohne Persönlichkeitsrechte anderer Beschäftigter oder Unternehmensinteressen zu ignorieren.

Dennoch hat sich der Datenschutz als ein zentraler Punkt erwiesen, mit welchem die Effektivität des Auskunftsanspruchs steht und fällt. Einfacher wäre es daher, wenn es eine behördliche Stelle gäbe, die als Schnittstelle zwischen den InformationsgeberInnen und –empfängerInnen fungieren würde. Diese könnte beispielsweise die konkreten betrieblichen Daten anonymisieren, bevor sie weitergegeben würden.

b) Rechtssoziologische Bewertung

Neben den zweifelsohne positiven Effekten von vorprozessualen Auskunftsrechten aus rechtssoziologischer Sicht ist auf das bekannte Problem hinzuweisen, dass Beschäftigte bei Auskunftsansprüchen stets pro-aktiv tätig werden müssen. Damit sind, wie bereits angesprochen, stets erhebliche soziale Hemmnisse verbunden. Die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen setzt zudem voraus, dass die ArbeitnehmerInnen über deren Vorhandensein sowie über deren Voraussetzungen Kenntnis haben. Auskunftsansprüche sind daher für den Teil von Beschäftigten ungeeignet, der keine Möglichkeit hat, sich mit seinen Rechten genauer auseinanderzusetzen. Doch auch wenn betroffene Beschäftigte alle Informationen erhalten würden, welche sie für die Einschätzung einer eventuellen Benachteiligung benötigten, wäre damit nicht garantiert, dass sie diese Rohdaten adäquat unter den Tatbestand subsumieren könnten. Hierbei wird ihnen im Regelfall die notwendige Expertise fehlen. Bereits die geschlechtsneutrale Bewertung von Tätigkeiten ist so komplex, dass sie ohne Vorkenntnisse auf diesem Gebiet nur schwerlich vorgenommen werden kann. Es wäre für die Beschäftigten folglich von Vorteil, wenn nicht sie selbst, sondern in diesem Sektor erfahrene Personen für die Bewertung der Daten verantwortlich wären.

Für Beschäftigte, die die genannten Schwierigkeiten dennoch meistern, sind die aufgezeigten Instrumente lediglich dann hilfreich, wenn und so-

989 Siehe oben unter: E. IV. 2. b).

weit sie diese von sich aus aktiv einfordern. Wie gesehen, tun sie dies aus unterschiedlichen Gründen jedoch häufig nicht.⁹⁹⁰ Diese Einschränkung gilt umso mehr, wenn es um ArbeitnehmerInnen von Betrieben geht, in denen kein Betriebsrat vorhanden ist, wo also eine kollektive Beratung und Unterstützung auf betrieblicher Ebene nicht geleistet werden kann.

V. Außerbetriebliche Instrumente

Als letzte Gruppe soll sich mit solchen Instrumenten befasst werden, die ihren Schwerpunkt außerhalb der Betriebe haben. Wie soeben festgestellt, helfen Auskunftsrechte aufgrund ihres individuellen Charakters in Arbeitsverhältnissen nur bedingt weiter. Auch Berichtspflichten müssen, wenn die ArbeitgeberInnenseite nicht kooperiert, von Beschäftigtenseite erstritten werden. Weiter sind häufig Betriebsräte nicht in der Lage oder nicht willens, sich im Zweifel konfrontativ mit den ArbeitgeberInnen über das Thema geschlechtergerechter Lohn auseinanderzusetzen.⁹⁹¹ Hinzu kommt, dass die Personifizierbarkeit von Daten oft die Grenze innerbetrieblicher Instrumente darstellt. Es ist daher lohnenswert auch solche Instrumente zu untersuchen, die die aufgezeigten Probleme umgehen können. Dazu wird regelmäßig eine behördliche Stelle von Nöten sein. Einen anderen Ansatz verfolgt das zweite außerbetriebliche Instrument, welches es zu besprechen gilt. Dabei geht es um die Frage, inwieweit eine ausdrückliche Normierung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes im nationalen Recht seine Effektivität im Sinne einer gesteigerten Information über die rechtlichen Voraussetzungen erhöhen könnte.

1. Einführung eines pro-aktiven Handlungsansatzes

a) Bestehende pro-aktive Handlungsansätze

Mit pro-aktiven Ansätzen sind im Folgenden solche Konstellationen gemeint, bei denen ein Großteil der Betriebe ohne konkreten Anhaltspunkt

990 Siehe ausführlich unter: C. III. 3. f); sowie: *Kocher*, in: *Aleweli* (Hrsg.), Rechts-
tatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 41 (42).

991 Siehe oben unter: E. IV. 2. a); sowie: *Klenner*, in: WSI-Mitteilungen 2003,
277 (278).

ihre Entgeltsysteme auf geschlechterdiskriminierende Praktiken überprüfen muss. Solche Ansätze werden in verschiedenen anderen Ländern bereits praktiziert. Die bekanntesten und auch weitreichendsten Modelle finden sich in Kanada (Quebec) und Schweden.⁹⁹² Pro-aktive Handlungsansätze könnten dazu führen, dass die Beschäftigten selbst keine so große Rolle mehr bei der Informationsbeschaffung spielen müssen. Dies wäre insbesondere unter den Gesichtspunkten eines Abbaus der Zugangsbarrieren zu Gericht sowie bezüglich der festgestellten nur gering vorhandenen Sensibilisierung der Beschäftigten beim Thema Entgeltungleichheit zwischen den Geschlechtern wünschenswert.

aa) Quebec

(1) Art und Umfang des Handlungsansatzes

In Kanada, genauer in der Provinz Quebec, trat in den 1990er Jahren der „Act on Pay Equity“ in Kraft.⁹⁹³ Danach müssen alle ArbeitgeberInnen mit 10 oder mehr Beschäftigten mehrere Phasen zur Feststellung und Be seitigung von Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts durchlaufen. Zunächst sind alle männer- mit allen frauendominierten Berufen zu vergleichen, um festzustellen, ob diese Tätigkeiten geschlechtsneutral bewertet sind. Verantwortlich für eine geschlechtsneutrale Bewertung sind das Entgeltgleichheitskomitee beziehungsweise die ArbeitgeberInnen.⁹⁹⁴ Um eine solche Bewertung vornehmen zu können, muss das Entgeltgleichheitskomitee beziehungsweise die ArbeitgeberInnen, eine Methode festlegen. Die Voraussetzungen hierfür sind ebenfalls in dem Gesetz festgelegt.⁹⁹⁵ Die Frage, inwieweit sodann ein Plan zur Verwirklichung von Entgeltgleichheit der Geschlechter aufzustellen ist, hängt von der Größe des Unternehmens ab. ArbeitgeberInnen mit 100 oder mehr Beschäftigten sind verpflichtet ein Entgeltgleichheitskomitee zu gründen, welches einen Entgeltgleichheitsplan entwirft.⁹⁹⁶ Dieses Komitee muss mit mindestens zwei Dritteln durch ArbeitnehmerInnen besetzt sein, von denen mindestens

992 Chicha, Working Paper No. 49, International Labour Office (Hrsg.).

993 Chicha, Working Paper No. 49, International Labour Office (Hrsg.), S. 12.

994 Pay Equity Act, Sec. 59.

995 Pay Equity Act, Sec. 56-58.

996 Pay Equity Act, Sec. 10.

die Hälfte weiblich sein muss.⁹⁹⁷ Auf Wunsch des Komitees haben die ArbeitgeberInnen alle ihnen mitgeteilten Informationen bezüglich geschlechtsspezifischer Entgeltgleichheit den übrigen ArbeitnehmerInnen zur Verfügung zu stellen.⁹⁹⁸

ArbeitgeberInnen mit mehr als 50, aber weniger als 100 Beschäftigten müssen ebenfalls einen Entgeltgleichheitsplan aufstellen. Ein Entgeltgleichheitskomitee ist hingegen fakultativ.⁹⁹⁹ Auf Verlangen einer im Unternehmen vertretenen zertifizierten Interessensvertretung haben die ArbeitgeberInnen den Entgeltgleichheitsplan gemeinsam mit ihr zu erstellen.¹⁰⁰⁰ Bei Unternehmen mit einer Beschäftigtenzahl von 10 bis 50 Personen muss kein Entgeltgleichheitsplan aufgestellt werden.¹⁰⁰¹ Dennoch sind die ArbeitgeberInnen dazu verpflichtet, Entgeltdiskriminierungen aufgrund des Geschlechts zu identifizieren und zu beseitigen. Sie können aber freiwillig einen Entgeltgleichheitsplan nach den Konditionen für ArbeitgeberInnen mit mehr als 50, aber weniger als 100 Beschäftigten, aufstellen. Nach Ablauf der Anpassungsfrist müssen ArbeitgeberInnen dieser kleineren Unternehmen für 60 Tage an einem für die ArbeitnehmerInnen gut sichtbaren Ort Informationen über die Entgeltgleichheit in ihrem Unternehmen aushängen. Dazu gehört eine Zusammenfassung des Entgeltgleichheitsprozesses, eine Liste der frauendominierten Berufe sowie eine Liste der männerdominierten Berufe, welche als Vergleich dienen können. Schließlich muss für alle weiblich dominierten Berufe angezeigt werden, ob und wenn ja welcher Betrag als Angleichung der frauen- an die männerdominierten Berufe gezahlt werden wird.¹⁰⁰²

Die Frist zur Erfüllung des Entgeltgleichheitsplans, beziehungsweise die Anpassungsfrist für Entgeltgleichheit, beträgt vier Jahre ab dem Zeitpunkt, an dem die ArbeitgeberInnen in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen.¹⁰⁰³ Seit 2011 sind alle ArbeitgeberInnen mit sechs oder mehr Beschäftigten dazu verpflichtet, einen jährlichen Entgeltgleichheitsbericht an das Arbeitsministerium zu senden.¹⁰⁰⁴ Die Strafzahlungen bei Nichtbe-

997 Pay Equity Act, Sec. 17.

998 Pay Equity Act, Sec. 14.

999 Pay Equity Act, Sec. 31.

1000 Pay Equity Act, Sec. 32.

1001 Pay Equity Act, Ch. I, Div. III.

1002 Pay Equity Act, Sec. 35.

1003 Pay Equity Act, Sec. 37.

1004 Vgl.: Regulation respecting the report on pay equity, Sec. 1.

folgung unterscheiden sich nach der Zahl der Beschäftigten der ArbeitgeberInnen. Sie liegen zwischen 1.000 \$ und 45.000 \$.¹⁰⁰⁵

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Das Modell aus Quebec gehört zu den fortschrittlichsten Entgeltgleichheitsgesetzen zwischen Frauen und Männern weltweit.¹⁰⁰⁶ Die Tatsache, dass alle ArbeitgeberInnen ab einer bestimmten Größe verpflichtet sind, ihre Betriebe und Unternehmen auf Entgeltgleichheit zu überprüfen, hat gegenüber dem Modell, in welchem in erster Linie die Beschäftigten aktiv werden, müssen mehrere Vorteile. Zunächst entfällt auf ArbeitnehmerInnenseite die Hürde des Aktivwerdens. Dies muss in anderen Fällen unter Umständen gänzlich auf Eigeninitiative geschehen, ohne dass Anreize von ArbeitgeberInnen oder von außen erfolgen, wie bei den hier vorgestellten innerbetrieblichen Instrumenten. Damit trägt das pro-aktive Handlungsmodell, besser als alle zuvor vorgestellten Instrumente, der Art der zu regelnden Materie Rechnung. Denn diese ist in ihrer Komplexität und Unübersichtlichkeit kaum darauf ausgelegt, von einzelnen Beschäftigten durchschaut und gegebenenfalls durchgesetzt zu werden. Auch die Zugangsbarrieren zu Gericht können hier umgangen werden. Der Gefahr einer fehlenden Sensibilisierung, beziehungsweise fehlendem Rechtsbewusstsein oder -gefühl wird bei diesem Modell vorgebeugt, da die Beschäftigten gar nicht die besonders Adressierten darstellen. Auch ist es bei dem kanadischen Instrument unerheblich, ob oder inwieweit die ArbeitnehmerInnen Kenntnis über einschlägige Rechtsnormen haben. Den Beschäftigten entstehen bei diesem Modell keine Kosten, der Nutzen hingegen ist hoch.

Die weniger strengen Anforderungen an kleine Betriebe sind an ihre geringeren Ressourcen angepasst. Hiermit geht die Problematik einher, dass bei größerer Eigenverantwortung die Umsetzung der Entgeltgleichheit schwieriger werden könnte, da kleinen Betrieben die nötige Expertise häufig nicht zur Verfügung stehen wird.¹⁰⁰⁷ Fraglich ist auch, ob die maximale Sanktion von 45.000 \$ (ungefähr 35.000 €) geeignet ist, um für ArbeitgeberInnen mit 100 oder mehr Beschäftigten eine tatsächlich abschreckend.

1005 Pay Equity Act, Sec. 115.

1006 Chicha, Working Paper No. 49, International Labour Office (Hrsg.), S. 12.

1007 Chicha, Working Paper No. 49, International Labour Office (Hrsg.), S. 13.

de Wirkung zu provozieren. Schließlich muss bei einem solchen, in großen Teilen auf Selbstkontrolle basierendem Modell sichergestellt sein, dass bei festgestellter Nichtdiskriminierung eine Benachteiligung auch tatsächlich nicht vorhanden ist. Andernfalls besteht die Gefahr einer Bezeichnung von Entgeltgleichheit, obwohl keine vorliegt. In solchen Fällen ist es den Beschäftigten dann faktisch so gut wie unmöglich, sich gegen in Wirklichkeit immer noch vorliegende Entgelddiskriminierung aufgrund des Geschlechts zur Wehr zu setzen.

bb) Schweden

(1) Art und Umfang des Handlungsansatzes

Schweden, stets als Vorreiter bezüglich Gleichbehandlung von Männern und Frauen angesehen, fasste 2009 sieben spezielle Antidiskriminierungsge setze zu dem weitreichenden „Discrimination Act“ zusammen. Das schwedische Modell zur Angleichung der Männer- und Frauenentgelte gleicht dabei in vielen Punkten dem Ansatz aus Quebec.¹⁰⁰⁸ Auch hier müssen ArbeitgeberInnen ab einer bestimmten Beschäftigtenzahl (25 ArbeitnehmerInnen zu Beginn des letzten Jahres) regelmäßig einen Aktionsplan für Entgeltgleichheit aufstellen.¹⁰⁰⁹ Darin haben sie die Ergebnisse der ebenfalls alle drei Jahre stattzufindenden Überprüfung und Analyse der Entgeltgleichheit in ihrem Betrieb darzustellen. Überprüfung und Analyse umfassen unter anderem Maßnahmen und Praktiken bezüglich des Entgelts, sowie Entgelddifferenzen von Frauen und Männern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten.¹⁰¹⁰ Dabei haben die ArbeitgeberInnen zu bewerten, ob die Unterschiede beim Entgelt auf das Geschlecht zurückgeführt werden können. Die Bewertung hat sich dabei insbesondere auf zwei Punkte zu beziehen. Zunächst muss es um Ungleichheiten bei der Entlohnung zwischen Frauen und Männern gehen, die als gleichwertig angesehene Tätigkeiten verrichten. Daneben soll auch besonders die Entgeld differenz bei solchen Beschäftigtengruppen bewertet werden, die Tätigkeiten ausüben, welche generell als frauendominiert betrachtet werden sowie

1008 Vgl. hierzu: *Chicha*, Working Paper No. 49, International Labour Office (Hrsg.), S. 10.

1009 Discrimination Act, Ch. 3, Sec. 11.

1010 Discrimination Act, Ch. 3, Sec. 10.

bei Beschäftigtengruppen mit Tätigkeiten, welche als gleichwertig zu den frauendominierten Tätigkeiten angesehen werden, jedoch generell nicht als frauendominiert gelten.

Ferner müssen die ArbeitgeberInnen in dem Entgeltgleichheitsplan die benötigten Anpassungen für gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit anzeigen.¹⁰¹¹ Auch müssen eine Kostenkalkulation und ein Zeitplan für die Angleichungen in dem Plan enthalten sein. Die Anpassungen beim Entgelt sollen so schnell wie möglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Jahren erfolgen. Schließlich muss der Plan einen Bericht und eine Evaluation darüber enthalten, wie die im vorherigen Plan beschriebenen Maßnahmen implementiert wurden.

Neben den ArbeitgeberInnen sind im schwedischen Modell Gewerkschaften entscheidende Akteurinnen bei der Durchsetzung von Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern. Diese müssen von den ArbeitgeberInnen mit ausreichend Informationen ausgestattet werden, um mit ihnen bei der Überprüfung, Analyse und dem Entwurf eines Aktionsplans für Entgeltgleichheit kooperieren zu können.

Mit dem Discrimination Act wurde 2009 auch die Behörde des Gleichstellungsombudsmannes weiter ausgebaut. Ihre Hauptaufgabe besteht in der Überwachung der Gesetzeseinhaltung.¹⁰¹² Hierfür kann die Ombudsman-Behörde weitreichende Informationen von potenziell diskriminierenden Personen verlangen. Werden die entsprechenden Informationen nicht herausgegeben, ist die Behörde befugt, diese unter Androhung monetärer Sanktionen einzufordern.¹⁰¹³ Erfüllen die ArbeitgeberInnen ihre Verpflichtungen aus Chapter 3, Section 10 ff. des Discrimination Acts nicht, kann die Ombudsman-Behörde den Gleichstellungsausschuss ersuchen, Erstere hierzu unter Androhung einer Geldstrafe aufzufordern.¹⁰¹⁴

(2) Rechtssoziologische Bewertung

Bezüglich der Vorteile des pro-aktiven Modells ist auf die Analyse des kanadischen Gesetzes zu verweisen.¹⁰¹⁵ Eine Überprüfung in den Jahren

1011 Discrimination Act, Ch. 3, Sec. 11.

1012 Discrimination Act, Ch. 4, Sec. 1.

1013 Discrimination Act, Ch. 4, Sec. 3, 4.

1014 Discrimination Act, Ch. 4, Sec. 5.

1015 Siehe unter: E. V. 1. a) aa).

2004 und 2005 von 50 ArbeitgeberInnen (zehn kommunale und 40 private), die von der Ombudsmann-Behörde Unterstützung erhalten hatten er gab, dass lediglich in 24 Fällen die nötigen Anpassungen auch tatsächlich vorgenommen wurden.¹⁰¹⁶ Dies zeigt, dass neben den Informationen darüber, ob überhaupt eine Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts vorliegt, auch Informationen über den Verlauf der Anpassungen, sowie schließlich wirksame Sanktionsmöglichkeiten von Nöten sind. Die Mindestbeschäftigtenzahl, für die Anwendbarkeit des Gesetzes, wurde von anfangs zehn auf 25 hoch gesetzt. Damit fallen einige Betriebe aus dem Anwendungsbereich der Regelungen heraus. Eine geringere Mindestanzahl an Beschäftigten wäre für geschlechtsspezifische Entgeltgleichheit sicherlich förderlich gewesen. Auch scheint die Abstufung der Anforderungen für unterschiedliche große Unternehmen, wie sie bei dem Modell aus Quebec vorgenommen wurde, sinnvoll. Dadurch können einerseits kleinere Unternehmen vor überproportionalm Bürokratieaufwand bewahrt werden, andererseits müssen große Unternehmen mit komplexen Strukturen diese auch in angemessener Art und Weise darstellen.

Die Ombudsmann-Behörde hat bereits 2005 kritisch angemerkt, dass sich die Aktionspläne für Entgeltgleichheit der verschiedenen ArbeitgeberInnen bezüglich ihrer Genauigkeit mitunter stark voneinander unterscheiden.¹⁰¹⁷ Ein Grund dafür könnte in der eher offenen Formulierung des Gesetzestextes gesehen werden. Auch das Kooperationsgebot zwischen Gewerkschaften und ArbeitgeberInnen ist nicht näher ausformuliert. In diesen Punkten ist anzunehmen, dass das Gesetz, um noch effektiver wirken zu können, konkreter und verständlicher ausgestaltet werden müsste.

b) Formulierungsbeispiel eines pro-aktiven Handlungsansatzes für Deutschland

In dem Beispiel, welches die Arbeit im Folgenden vorstellt und bewertet (**aa**)), sind bereits einige Optinen für einen pro-aktiven Handlungsansatz im Bereich der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern in Deutschland vorhanden. In diese Optionen erweitert beziehungsweise angepasst werden müssten, um den in Kapitel C. und D. formulierten Anforderungen zu

1016 Chicha, Working Paper No. 49, International Labour Office (Hrsg.), S. 12.

1017 Chicha, Working Paper No. 49, International Labour Office (Hrsg.), S. 11 f.

entsprechen, wird im Rahmen der rechtssoziologischen Bewertung und Schlussfolgerungen erörtert (**bb**)).

aa) Art und Umfang des Handlungsansatzes

Im Frühjahr 2012 hat die Fraktion der SPD einen Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht, der sich mit der besseren Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgebots zwischen Frauen und Männern beschäftigt. Vorläufer war ein anderer Gesetzesentwurf, der bereits 2001 vorlag, dann jedoch wegen einer freiwilligen Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft nicht weiter verfolgt wurde.¹⁰¹⁸ Beide Entwürfe basieren auf den Empfehlungen einer Expertinnengruppe um *Heide Pfarr*, ehemalige wissenschaftliche Direktorin des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler-Stiftung. Der aktuelle Entwurf orientiert sich an den soeben vorgestellten pro-aktiven Handlungsansätzen anderer Länder.

Kernstück ist auch hier ein Prüfungsbericht auf Grundlage von Daten der ArbeitgeberInnen. Dieser muss verdachtsunabhängig von allen Betrieben¹⁰¹⁹ mit in der Regel mehr als 15 Beschäftigten erstellt werden.¹⁰²⁰ Der Bericht wird von den ArbeitgeberInnen selbst, unter Verwendung zertifizierter Prüfverfahren, vorgenommen.¹⁰²¹ Sind Betriebs- oder Personalrat und/oder eine gleichstellungsbeauftragte Person vorhanden, sind diese an der Erstellung des Berichts zu beteiligen.¹⁰²² Für diese erste kurSORische Prüfung haben die ArbeitgeberInnen ihre betriebliche Entlohnungspraxis nach dem Geschlecht getrennt zu erheben. Geprüft wird sodann „(...) insbesondere, ob die Tätigkeiten von Frauen und Männern nach gemeinsamen Kriterien bewertet werden und ob die Vorschriften, Kriterien und Verfahren der Entgeltdifferenzierung beim anforderungsbezogenen

1018 Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft, Juni 2001, abgedruckt in: *Pfarr* (Hrsg.), Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, S. 145 ff.

1019 Wie auch im EntgGG-E wird der Begriff Betrieb im Folgenden für Betriebe der Privatwirtschaft sowie für Dienststellen der öffentlichen Verwaltung verwendet.

1020 §§ 2, 6 EntgGG-E, BT-Drs. 17/9781.

1021 §§ 6 I, 5 I EntgGG-E; ähnlich im Vereinigten Königreich, vgl.: *Deakin et al.*, in: *Dickens* (Hrsg.), Making Employment Rights Effective, 2012, S. 115 (117).

1022 § 6 I EntgGG-E.

Grundentgelt, bei Stufensteigerungen und bei Leistungsentgelt geltendem Recht entsprechen.“¹⁰²³

Ergibt die kurзорische Prüfung Verdachtsmomente einer Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts, so hat eine sachverständige Person eine detaillierte Prüfung aufgrund der ArbeitgeberInnendaten vorzunehmen. Die Kosten hierfür tragen die ArbeitgeberInnen. Es sind alle Entgeltbestandteile separat zu überprüfen. Um mögliche Gleichwertigkeit verschiedener Berufe erkennen zu können, sollen geschlechtsneutrale Arbeitsbewertungen vorgenommen werden. Als Grundlage hierfür werden die aktuellen Tätigkeitsbeschreibungen genutzt.¹⁰²⁴

Die Ergebnisse der Prüfung sind in anonymisierter Form in einem Prüfungsbericht festzuhalten. Sind Betriebs- oder Personalrat vorhanden, so fügt er dem Bericht eine eigene Stellungnahme bei.¹⁰²⁵ Der Bericht muss von den ArbeitgeberInnen bis zum 31.03. in dem Jahr nach Ablauf eines zuvor festgelegten Berichtszeitraums an die ADS übermittelt werden.¹⁰²⁶

Hat die detaillierte Prüfung den Diskriminierungsverdacht bestätigt, so ist dieser innerhalb einer bestimmten Frist zu beseitigen. Das Verfahren zur Beseitigung unterscheidet sich abhängig davon, ob in dem betreffenden Betrieb ein Betriebs- oder Personalrat besteht, oder nicht. Ist ein solcher vorhanden, so ist eine Einigungsstelle für Entgeltgleichheit zu bilden.¹⁰²⁷ Diese ist paritätisch mit VertreterInnen der ArbeitgeberInnenseite, VertreterInnen der ArbeitnehmerInnenseite sowie VertreterInnen der zuständigen Tarifvertragspartei zu besetzen. Den Vorsitz übernimmt eine Person mit einschlägiger Sach- und Rechtskenntnis. Gleichstellungsbeauftragte/r (soweit vorhanden) sowie die sachverständige Person, welche die detaillierte Prüfung durchgeführt hat, haben beratende Funktion. Bezuglich des Verfahrens der Einigungsstelle ist im Übrigen § 76 BetrVG, bezüglich der Kosten § 76a BetrVG, einschlägig. Die Einigungsstelle fasst Beschlüsse, welche die bisherigen diskriminierenden Regelungen ersetzen. Bei Betrieben, in denen kein Betriebs- oder Personalrat vorhanden ist, haben die ArbeitgeberInnen die nötigen Anpassungen unter Hinzuziehung einer sachverständigen Person durchzuführen.¹⁰²⁸ Anders als in Betrieben

1023 § 6 III, S. 3 EntGG-E.

1024 § 6 VI EntGG-E.

1025 § 7 I EntGG-E.

1026 § 7 IV EntGG-E.

1027 § 9 EntGG-E.

1028 § 11 EntGG-E.

mit Betriebs- und Personalräten kann in diesen Betrieben keine stufenweise Anpassung der Entgelte erfolgen.

Haben ArbeitgeberInnen, respektive die Einigungsstelle, die Anpassungen vorgenommen, sind diese betriebsöffentlich zu machen und der ADS mitzuteilen.¹⁰²⁹ Die ADS stellt öffentlich Listen zur Verfügung, in denen die Ergebnisse der Prüfungen einsehbar sind.¹⁰³⁰

Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass die Diskriminierungen ihre Ursache in Regelungen eines Tarifvertrags haben, so sind die diskriminierenden Regelungen nicht weiter anzuwenden.¹⁰³¹ Bis die Tarifvertragsparteien neue diskriminierungsfreie Regelungen geschaffen haben, sind vielmehr die günstigeren Regelungen der anderen Beschäftigten auf die zuvor diskriminierten ArbeitnehmerInnen anzuwenden. Schließlich gibt es auch die Möglichkeit, Tarifverträge separat auf geschlechtsspezifische Entgeldiskriminierungen zu überprüfen.¹⁰³² Eine solche Überprüfung wird auf Veranlassung (beispielsweise bei Abschluss eines neuen Tarifvertrags) von der ADS durchgeführt. Der Prüfvorgang ist derselbe wie bei Überprüfung der Entgeltsysteme der ArbeitgeberInnen. Zunächst wird eine kurSORISCHE Prüfung anhand der entsprechenden Tarifverträge durchgeführt. Ergibt die kurSORISCHE Prüfung Verdachtsmomente, so müssen die Tarifvertragsparteien die detaillierte Prüfung selbst vornehmen. Ihnen stehen hierfür dieselben (zertifizierten) Verfahren zur Verfügung, wie den sachverständigen Personen, welche die Prüfung bei den ArbeitgeberInnen durchführen. Kommen die Tarifvertragsparteien ihrer Prüfungsobligenheit innerhalb eines Jahres nicht nach, so können Antidiskriminierungsverbände die detaillierte Prüfung durchführen. Die Ergebnisse der Prüfungen sind der ADS mitzuteilen. Diese macht, wie auch bei den Betrieben, Listen der Tarifverträge öffentlich zugänglich aus denen die Ergebnisse der Prüfungen hervorgehen. Auch bei nach dieser Methode festgestellter Diskriminierung in Tarifverträgen bleiben die benachteiligenden Regelungen bis zur Ersetzung unangewendet.

Die Prüfungsverpflichtung beginnt in unterschiedlichen Zeitabständen ab Inkrafttreten des Gesetzes, abhängig von der Größe der jeweiligen Un-

1029 Zur Notwendigkeit einer externen Überprüfung: *Fredman*, EuZADR 2008, 49 (57).

1030 § 8 II EntGG-E.

1031 §§ 10 III, 11 II EntGG-E.

1032 § 12 EntGG-E.

ternehmen.¹⁰³³ Wird die Prüfung von den ArbeitgeberInnen vorsätzlich oder fahrlässig nicht oder mit falschen Angaben durchgeführt, droht ihnen ein Ordnungsgeld von bis zu 500.000 €.

bb) Rechtssoziologische Bewertung und Schlussfolgerungen

In dem Gesetzesentwurf der SPD-Bundestagsfraktion, der hier nur als knapper Ausblick behandelt werden konnte, befinden sich bereits detaillierte Ansätze für verschiedene AkteurInnen eines pro-aktiven Handlungsansatzes. Neben den bereits ausführlich dargelegten Vorteilen eines pro-aktiven Handlungsmodells in diesem Bereich¹⁰³⁴ eignen sich die im Entwurf dargestellten Optionen insbesondere deshalb als Formulierungsbeispiel, da sehr genau festgelegt wird, anhand welcher Kriterien die Überprüfungen vorzunehmen sind.¹⁰³⁵ Damit werden, so weit wie möglich, gleiche Voraussetzungen in allen Betrieben, respektive Tarifverträgen geschaffen. Dass in diesem Modell ausdrücklich auch Tarifverträge überprüft werden können, scheint unter der Erkenntnis, dass sich auch in diesen nicht selten Diskriminierungen verbergen, sinnvoll.¹⁰³⁶ Denn gerade bei Tarifverträgen, bei denen Gewerkschaften als VertreterInnen der Beschäftigten verhandelt haben, sind noch größere soziale Hemmnisse einzelner ArbeitnehmerInnen anzunehmen, gegen diese vorzugehen, als bei Entgeltsystemen, die einseitig von ArbeitgeberInnen erstellt wurden. Hinzu kommt, dass durch die Normierung einer Überprüfung von Tarifverträgen eine Sensibilisierung bei allen AkteurInnen dahin gehend stattfinden kann, dass auch Tarifverträge Potenzial für geschlechtsspezifische Benachteiligungen beim Entgelt bieten. So kann sich über die Zeit ein Rechtsbewusstsein insbesondere auch bei den, an der Erstellung von Tarifverträgen beteiligten AkteurInnen, entwickeln.

Die Feststellung bei *Deakin et al.*, dass insbesondere private ArbeitgeberInnen nicht davon ausgehen, beim Entgelt ein Geschlecht zu benachtei-

1033 § 18 EntgGG-E.

1034 Siehe oben unter: E. V. 1. a) bb).

1035 So beispielsweise in: § 6 VI EntgGG-E; zu der Bedeutung transparenter Handlungsanleitungen bei pro-aktiven Ansätzen insgesamt: *Fredman*, EuZADR 2008, 49 (52 f.).

1036 Siehe oben unter: B. II. 2.

ligen,¹⁰³⁷ führt die AutorInnen zu dem Schluss, dass diese freiwillige Überprüfungen ihrer Lohnsysteme praktisch nicht durchführen würden.¹⁰³⁸ Zu einer verpflichtenden Kontrolle scheint es aufgrund des man gelnden Problembewusstseins aufseiten der ArbeitgeberInnen also kaum Alternativen zu geben. Durch die transparente, wenn auch anonyme, Gestaltung der Entgeltsysteme können nicht nur tatsächliche Diskriminierungen beim Entgelt aufgedeckt werden. Sie würde darüber hinaus aufzeigen, wie die Geschlechter auf den Hierarchieebenen verteilt sind.¹⁰³⁹

Ebenso fällt auf, dass die öffentliche Verwaltung in den Anwendungsbereich einbezogen wurde. Auch hier scheint eine zusätzliche Sensibilisierung für die Tatsache notwendig, dass auch vom Staat geleitete Einrichtungen nicht zwingend frei von Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts sind. Im Sinne der Verständlichkeit und klaren Zielsetzung des Gesetzes erfüllt das hier aufgezeigt Formulierungsbeispiel die Anforderungen an ein modernes Gesetz. Zu Beginn werden das Ziel des Gesetzes und sein Geltungsbereich klar definiert. Die ausführlichen Begriffsbestimmungen vermeiden Missverständnisse bei der weiteren Handhabung. Wie gesehen sollen die ArbeitgeberInnen ihre Entlohnungspraxis lediglich mit von der ADS zertifizierten Verfahren kontrollieren können. Hierdurch soll größtmögliche Klarheit über die Prüfvoraussetzungen geschaffen werden und damit die Chance, die Ergebnisse verschiedener Betriebe vergleichbar zu machen.¹⁰⁴⁰

Eine positive Kosten-Nutzen-Bilanz aus Sicht der Beschäftigten steht außer Frage. Aber auch für ArbeitgeberInnen sind die Kosten zumindest zu Beginn des Prüfverfahrens noch gering. Zeigt sich ein Diskriminierungsverdacht, so erhöhen sie sich nur schrittweise. Zu einem angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis gehört auch, dass ArbeitgeberInnen mit Betriebs- oder Personalrat unter Umständen einen Stufenplan zur sukzessiven Angleichung der Entgelte vereinbaren können. Der Nutzen eines positiven Prüfungsberichts könnte für die ArbeitgeberInnen ferner in einer

1037 Siehe oben unter: C. 3. III. b) bb).

1038 Deakin et al., in: Dickens (Hrsg.), *Making Employment Rights Effective*, 2012, S. 115 (125); ebenso: Raasch/Rastetter, in: Alewell (Hrsg.), *Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht*, 2013, S. 78 (98).

1039 Deakin et al., in: Dickens (Hrsg.), *Making Employment Rights Effective*, 2012, S. 115 (117).

1040 Zur Bedeutung der Vergleichbarkeit, vgl.: Deakin et al., in: Dickens (Hrsg.), *Making Employment Rights Effective*, 2012, S. 115 (134).

vorteilhaften Berichterstattung über das Unternehmen liegen, da die Prüfungsergebnisse öffentlich einsehbar sind. Auf der anderen Seite sind Unternehmen zunehmend daran interessiert, dass sie in der Öffentlichkeit positiv wahrgenommen werden.¹⁰⁴¹ Aus diesem Grund könnten auch negative Prüfungsergebnisse die ArbeitgeberInnen dazu animieren, der negativen öffentlichen Aufmerksamkeit schnell und entschieden entgegenzutreten.

Auf der anderen Seite muss angemerkt werden, dass in diesem pro-aktiven Handlungsmodell lediglich Betriebe mit in der Regel mehr als 15 Beschäftigten einbezogen sind. Damit würden viele ArbeitnehmerInnen aus dem Anwendungsbereich herausfallen. Insofern werden mit den von dem Entwurf adressierten Personen gar nicht alle erfasst, die eigentlich Bedarf an einer entsprechenden Regelung hätten. Vorzugswürdig wäre eine Regelung, die alle ArbeitgeberInnen miteinschließt, unabhängig von ihrer Größe. Weiterhin wäre in der Praxis sicherlich zu kritisch zu kontrollieren ob, beziehungsweise inwieweit die Tatsache, dass ArbeitgeberInnen selbst für die erste Überprüfung ihrer Entgeltdata verantwortlich sein sollen, sie dazu verleiten wird, den Ausgang der Prüfung zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Auf der anderen Seite ist jedoch zu bedenken, dass kaum jemals eine Methode gefunden werden kann, die mit ausreichender krimineller Energie nicht manipuliert werden könnte.

Um gleichwertige Tätigkeiten im Rahmen der detaillierten Prüfung identifizieren zu können, werden in dem aufgezeigten Handlungsansatz die verschiedenen Anforderungen aufgrund der Tätigkeitsbeschreibungen ermittelt. Wer für diese Tätigkeitsbeschreibungen zuständig wäre, wird durch den Entwurf nicht festgelegt. Wie gesehen, sind für diese Art von Arbeitsaufteilungen in der Regel die ArbeitgeberInnen zuständig, und zwar ohne ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.¹⁰⁴² Die alleinige Verantwortung der ArbeitgeberInnen für diesen mitunter entscheidenden Bereich würde die Gefahr bergen, dass aufgrund unrichtiger Tätigkeitsbeschreibungen tatsächlich gleichwertige Tätigkeiten nicht als solche deklariert werden und damit die Effektivität des zu diskutierenden pro-aktiven Handlungsansatzes stark eingeschränkt wird. Als mögliche Lösung dieses Dilemmas wäre es denkbar, jene Tätigkeitsbeschreibungen, die im Rahmen des Entwurfs genutzt werden, einer arbeitnehmerInnenseitigen Kon-

1041 Kocher, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 41 (51).

1042 Siehe oben unter: E. IV. 1. c) aa) (1).

trolle zu unterwerfen. So sollte formuliert werden, dass diese Tätigkeitsbeschreibungen von dem Betriebs- oder Personalrat auf eine geschlechterneutrale Bewertung hin überprüft werden können. Bei Uneinigkeit könnte für diese Frage eine Einigungsstelle für Entgeltgleichheit zu bilden sein.

Um auch Beschäftigten in Betrieben ohne Betriebs- oder Personalrat die Möglichkeit einer Kontrolle zu geben, sollte ein entsprechender Handlungsansatz, ein dem § 84 BetrVG nachgebildetes Beschwerderecht der Beschäftigten beinhalten. Freilich kommt damit wieder die Problematik der mangelnden Sensibilisierung oder des mangelnden Interesses von Betriebsräten an Gleichstellungsthemen zu tragen, wie auch die Schwierigkeiten, dass die Beschäftigten dann eigenständig aktiv werden müssten. Eine andere Lösung dieses Konflikts, etwa eine völlige Neubewertung aller Tätigkeiten durch die sachverständige Person käme jedoch aus Praktikabilitätsgründen kaum infrage. Auch wäre es bei Annahme der genrellen Möglichkeit von Ausnahmefällen, die eine stufenmäßige Anpassung des Entgelts rechtfertigen, im Sinne der Verständlichkeit des Gesetzes wünschenswert eine Auflistung mit aufzunehmen, wann solche Ausnahmefälle vorliegen sollen.

Die aufgezeigten Optionen für einen pro-aktiven Handlungsansatz im Bereich der Durchsetzung von Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen kann nur dann effektiv wirken, wenn sich alle aufgeführten SozialpartnerInnen aktiv an der Umsetzung beteiligen.¹⁰⁴³ Führen beispielsweise die Tarifvertragsparteien trotz Verdachtsmomenten nach der kurSORischen Prüfung die detaillierte Prüfung nicht durch, so kann der Staat in Form der ADS weder ordnungspolitische Maßnahmen ergreifen, noch die Überprüfung selbst veranlassen. Die ADS wäre in solchen Fällen vielmehr darauf angewiesen, dass es Antidiskriminierungsverbände gibt, die aktiv nach solchen ausstehenden Prüfungen suchen und diese dann eigenständig durchführen würden. Einziges Druckmittel der ADS wäre in solchen Fällen die öffentliche Liste mit der Aufführung von diskriminierenden Tarifverträgen. Betriebe hingegen würden ein Ordnungsgeld riskieren, wenn sie die betriebliche Prüfung oder die Beseitigung der Entgeltdiskriminierung nicht fristgerecht durchführen würden. Dies ist eine sinnvolle Sankti-

1043 Deakin et al., in: Dickens (Hrsg.), Making Employment Rights Effective, 2012, S. 115 (120).

onsmöglichkeit, die viele ArbeitgeberInnen zu einer Befolgung des Gesetzes bewegen könnte.¹⁰⁴⁴

Es wurde festgestellt, dass Gesetze unter anderem dann eine größere Chance auf Effektivität haben, wenn sie zumindest vom groben Inhalt her bekannt sind.¹⁰⁴⁵ Dabei ist es von besonderer Bedeutung, dass diejenigen AkteurInnen das Gesetz kennen, welche von ihm auch als besondere AdressatInnen angesprochen werden. Bei den zuvor vorgestellten Instrumenten waren das zumeist die Beschäftigten. Das führte bezüglich dieses Effektivitätsfaktors stets zu der, aufgrund der oben dargestellten Ergebnisse geäußerten Skepsis, inwieweit zu erwarten ist, dass ArbeitnehmerInnen die Gesetze in ausreichendem Maße kennen.¹⁰⁴⁶ Die hier vorgestellten Optionen eines pro-aktiven Handlungsmodells sind in erster Linie an ArbeitgeberInnen und SozialpartnerInnen adressiert. Von diesem AdressatInnenkreis darf ein höheres Maß an Gesetzeskenntnis erwartet werden. Auch unter dem Gesichtspunkt der Informiertheit der Adressierten über die Rechtslage ist deieser Handlungsansatz damit gegenüber den zuvor dargestellten Instrumenten im Vorteil. Wichtig wäre nach Inkrafttreten eines solchen Gesetzes insoweit, dass mit den richtigen Medien an den für die anzusprechenden besonderen AdressatInnen richtigen Stellen auf Selbiges aufmerksam gemacht würde.

2. Transparente Gestaltung des Entgeltgleichheitsanspruchs im AGG

Einen anderen Ansatz verfolgt das Instrument, welches es im Folgenden vorzustellen gilt. Es unterscheidet sich von den anderen Instrumenten bereits in seiner Zielsetzung. Ging es zuvor in erster Linie darum, die Informationssituation über die tatsächlichen Verhältnisse im Betrieb oder Unternehmen zu verbessern, beziehungsweise Informationsdefizite zumindest zu verringern, so setzt dieses Instrument einen Schritt vorher an. Es geht darum zu erörtern, ob es die Effektivität des Entgeltgleichheitsanspruchs der Geschlechter steigert, wenn dieser ausdrücklich in einem Gesetz normiert ist. Obwohl es damit um ein Instrument geht, welches die der Arbeit zugrunde liegende Fragestellung nicht unmittelbar beantworten

1044 Zur „Kombination von Anreiz und Abschreckung“: *Fredman*, EuZADR 2008, 49 (56).

1045 Siehe oben unter: C. III. 3. a).

1046 Siehe oben unter: C. III. 3. a) bb).

kann, ist es dennoch unerlässlich, es in diesem Zusammenhang zu erörtern. Denn bei einer ausdrücklichen Normierung wäre nicht nur eine gestiegerte Kenntnis des Anspruchs selbst zu erwarten. Auch wäre transparenter, welche Voraussetzungen der Tatbestand im Einzelnen stellt. Dies ist für Beschäftigte eine unverzichtbare Information, um überhaupt wissen zu können, welche Auskünfte sie benötigen.

a) Rechtsdogmatische Bewertung

Im Rahmen der rechtsdogmatischen Bewertung, stellt sich vorliegend die Frage, in welches Gesetz ein solcher Anspruch integriert werden könnte. Hierbei fällt der Blick schnell auf das AGG. Diesem ist der Entgeltgleichheitsgrundsatz zwischen den Geschlechtern nach allgemeiner Meinung bereits de lege lata zu entnehmen. Schwierigkeiten könnte die Verortung im AGG deshalb bereiten, weil sich das Gesetz dadurch auszeichnet, dass es gerade sehr abstrakt gehalten ist und in der Regel für alle Diskriminierungsgründe gleichermaßen gilt. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind jedoch bereits jetzt im AGG zu finden. So ist § 11 AGG lediglich auf Fälle anzuwenden, in denen es um Stellenausschreibungen für Arbeitsplätze geht. Auch § 8 II AGG besagt: „Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines in § 1 genannten Grundes wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen eines in § 1 genannten Grundes besondere Schutzzvorschriften gelten.“ Er enthält damit eine Regelung, die nur auf einen eng begrenzten Tatbestand Anwendung findet.

Gibt es also grundsätzlich Raum für spezielle Regelungen im AGG, stellt sich die Frage, welche Diskriminierungsverbote hier gesondert normiert werden sollten. Die vorliegende Arbeit hat deutlich aufgezeigt, wie komplex gerade die Überprüfung der geschlechtsspezifischen Entgeltgleichheit sein kann. Dies fängt bei der Tatsache an, dass der Anspruch nicht nur bei gleicher, sondern auch bei gleichwertiger Arbeit gilt. Allein die Einbeziehung gleichwertiger Tätigkeiten macht den Entgeltgleichheitsanspruch aufgrund des Geschlechts komplizierter als beispielsweise ein Anspruch auf sonstige gleiche Arbeitsbedingungen. § 8 II AGG nennt zwar den Begriff der gleichwertigen Arbeit. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass hieraus ohne Weiteres auf ein generelles Entgeltgleichheitsgebot geschlossen wird, welches auch gleichwertige Arbeit miteinschließt. Es ließe sich folglich schon hieraus eine Sonderstellung rechtfertigen. Auch

der Hinweis auf eine ausdrückliche Regelung in Artikel 157 AEUV kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Es ist nämlich anzunehmen, dass in der Bevölkerung immer noch Unsicherheit darüber besteht, ob und in welchem Maße europäisches Recht auf nationale Sachverhalte Anwendung findet.

Es ist schließlich nicht nachvollziehbar, warum § 8 II AGG einen derart spezifischen Sachverhalt regelt, der praktisch aber kaum noch vor kommt.¹⁰⁴⁷ Sinnvoller wäre es vielmehr, den de lege lata in § 8 II AGG geregelten Sachverhalt nicht mehr in diesem Gesetz zu normieren. An seiner Stelle sollte sodann ein ausdrückliches Verbot der geschlechtsspezifischen Entgeltdiskriminierung stehen.¹⁰⁴⁸ Dies erscheint umso nachvollziehbarer, als dass das *BAG* den Entgeltgleichheitsanspruch zwischen Frauen und Männern lediglich aus einer Wertung aus § 2 I Nr. 2 und § 8 II AGG herleitet.¹⁰⁴⁹ Um der ArbeitnehmerInnenseite zu ermöglichen, den ArbeitgeberInnen mit einem konkreten Auskunftsbegehrten gegenüberzutreten, könnte eine Präzisierung der benötigten Voraussetzungen hilfreich sein. Zu denken wäre dabei beispielsweise an die Klarstellung, dass jeder Entgeltbestandteil isoliert betrachtet frei von Diskriminierung sein muss. Idealerweise sollte eine entsprechende Regelung folglich klarstellen, dass als geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierungen auch Regelungen in abstrakten Entgeltsystemen wie Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen verboten sind, gerade wenn diese in Form struktureller Unterbewertung von Tätigkeiten gegeben ist, welche überwiegend von einem Geschlecht (Frauen) ausgeführt werden.

b) Rechtssoziologische Bewertung

Es wurde festgestellt, dass mit Einführung des AGG das ausdrückliche Verbot der Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts aus dem deutschen Recht verschwunden ist.¹⁰⁵⁰ Seitdem lässt es sich lediglich

1047 Winter, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 1 Rn. 489a.

1048 Generell für eine Normierung des geschlechtsspezifischen Entgeltgleichheitsgrundsatz im AGG: *Klammer et al.*, Neue Wege – gleiche Chancen, 2011, S. 125; *Kocher*, in: *Klammer/Motz* (Hrsg.), Neue Wege – gleiche Chancen, S. 168 (182); Winter, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, § 1 Rn. 489a.

1049 *BAG*, 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 = NZA 2008, 532 (536), siehe oben unter: B. II. 1.

1050 Siehe oben unter: B. III. 1. b).

mittelbar aus dem AGG entnehmen. Dieser Anspruch scheint aber im AGG nicht ausreichend dargelegt zu sein. So konnten *Raasch* und *Rastetter* auch zwei Jahre nach Einführung des Gesetzes kaum Veränderungen im Bereich der Entgeltgleichheit feststellen.¹⁰⁵¹ Auch der Verständlichkeit des Gesetzes läuft diese Verfahrensweise offensichtlich entgegen. Auch kann so weder eine erhöhte Sensibilisierung noch eine nennenswerte Ausbildung eines entsprechenden Rechtsbewusstseins oder Rechtsgefühls erwartet werden.

In deklarativ erlassenen Vorschriften spiegelt sich die Vorstellung von Werten wider, welche der Gesetzgeber für die Gesellschaft als wichtig erachtet.¹⁰⁵² Diese ausdrücklichen Wertvorstellungen haben das Potenzial, das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung zu beeinflussen sowie Erwartungen an ein Mindestmaß von Fairness zu wecken, was wiederum bei Nichterfüllung zu einem stärkeren Unrechtsempfinden führen könnte.¹⁰⁵³ Beim Kreis der Adressierten des Entgeltgleichheitsanspruchs handelt es sich in großem Maße um Beschäftigte, bei welchen kaum arbeitsrechtliche Vorkenntnisse zu erwarten sind. Zudem haben Studien ergeben, dass auch auf ArbeitgeberInnenseite eine große Unkenntnis in diesem Bereich vorhanden ist.¹⁰⁵⁴ Mit Wissen um diese generell schwache Fachkenntnis aufseiten der Adressierten erscheint es unrealistisch von diesen zu erwarten, dass sie den Entgeltgleichheitsanspruch aufgrund des Geschlechts mit seinen umfassenden Vorgaben aus den verschiedenen Normen des AGG herauszulesen vermögen.

Die zu regelnde Materie des Anspruchs ist zu umfangreich, die Adressierten im Gegenzug zu ungeschult, um bei jetziger Gesetzeslage mit einer nennenswerten Wirksamkeit des Anspruchs rechnen zu können. Soziale Hemmnisse würden bei einer Anspruchsnormierung naturgemäß zunächst nicht auftauchen. Es wird vielmehr von *Albiston* davon ausgegangen, dass allein das Vorhandensein einer ausdrücklichen Regelung für die einzelnen Beschäftigten eine wichtige Symbolik darstellen kann. Ein solches ausdrücklich normiertes Recht kann bei Auseinandersetzungen mit der Ar-

1051 *Raasch/Rastetter*, in: *Aleweli* (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 78 (87).

1052 *Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter*, in: *Wagner* (Hrsg.), Kraft Gesetz, 2010, S. 13 (15).

1053 Siehe zur Frage der Beeinflussungsmöglichkeit von Recht generell: C. I.

1054 Siehe oben unter: C. III. 3. a) aa).

beitgeberInnenseite moralisch unterstützend wirken.¹⁰⁵⁵ Ein ausdrücklicher Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche und gleichwertige Arbeit unabhängig vom Geschlecht, drückt eine Haltung des Gesetzgebers und letztlich der Gesellschaft aus, dass Ungleichbehandlungen in diesem Bereich nicht geduldet werden sollen.¹⁰⁵⁶ Das Sichtbarmachen des Anspruchs auf der einen und der Nichterfüllung auf der anderen Seite könnte die Beschäftigten zum Nachforschen anregen.¹⁰⁵⁷

Im Rahmen des Effektivitätsfaktors Information schließlich liegt es auf der Hand, dass er umso wirksamer aktiviert werden kann, desto leichter es den Adressierten fällt, die benötigten Informationen zu erlangen. Letzteres ist wiederum umso wahrscheinlicher, je ausdrücklicher der Tatbestand an prominenter Stelle platziert würde.

3. Ergebnis von Kapitel V.

a) Rechtsdogmatische Bewertung

Bei dem hier beispielhaft vorgestellten Gesetzesentwurf sind die ArbeitgeberInnen grundsätzlich dazu befugt, autonom festzulegen, wer von ihren Beschäftigten welche Aufgaben erfüllen soll. Werden diese Festlegungen auch bei der Überprüfung geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung angewendet, kann dies dazu führen, dass die strukturelle Unterbewertung bestimmter Tätigkeiten nicht sichtbar wird. Diesem Problem sollte zum einen durch ein Mitbestimmungsrecht von Betriebs- und Personalräten, zum anderen durch ein Beschwerderecht der Beschäftigten selbst, abgeholfen werden. Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich dabei jedoch lediglich auf eine Überprüfung geschlechtsneutraler Tätigkeitsbeschreibungen.

Betriebs- und Personalräte spielen in dem Entwurf eine wichtige Rolle. Bei der Umsetzung eines solchen Gesetzes würde es daher entscheidend auf sie ankommen. Von Bedeutung wäre weiter, inwieweit sich Antidiskriminierungsverbände aktiv an der Überprüfung der Berichte beteiligen. Insgesamt erscheint der pro-aktive Handlungsansatz, wie er soeben darge-

1055 Albiston, LSR 2005, 11 (28).

1056 Raasch/Rastetter, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 78 (99).

1057 Albiston, LSR 2005, 11 (44).

E. Überprüfung einzelner Instrumente zur Verbesserung der Informationsbeschaffung

stellte wurde, als ein effektives Instrument, um den Informationsschwierigkeiten der Beschäftigtenseite zu begegnen.

Die Ausführungen zu den Entgeltsystemen in Quebec und Schweden wurden bewusst knapp gehalten und auf die für die Arbeit wesentlichen Punkte beschränkt.

Das Instrument einer transparenten Gestaltung des Entgeltgleichheitsanspruchs im AGG verfolgt einen anderen Ansatz. Es hat zum Ziel, durch eine Normierung des Entgeltgleichheitsgebots der Geschlechter im AGG, dieses stärker im Bewusstsein der Adressierten zu verankern. Der Beantwortung der hier zu diskutierenden Fragestellung nützt es mittelbar. Es steht zu erwarten, dass durch eine ausdrückliche Normierung des Anspruchs im Gesetz, unter Umständen auch mit klarstellenden Formulierungen bezüglich abstrakter Entgeltsysteme, sowohl die ArbeitgeberInnen als auch die Beschäftigtenseite besser nachvollziehen kann, was die Voraussetzungen des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Männern und Frauen ist (auch gleichwertige Arbeit ist erfasst), respektive welche Informationen in diesem Zusammenhang von Bedeutung sind (Entgelt in einzelne Komponenten aufgeschlüsselt). Das AGG erscheint dabei als guter Ansatzpunkt für die Verortung eines solchen Anspruchs. Dem Argument, dass dieses Gesetz ein für alle Diskriminierungstatbestände gleichermaßen gültiges Gesetz sei, kann die Existenz der §§ 8 II und 11 AGG entgegen gehalten werden. Der Anspruch auf gleiches Entgelt bei gleicher und gleichwertiger Arbeit ohne Rücksicht auf das Geschlecht ist einerseits extrem vielschichtig und komplex. Auf der anderen Seite wird er von der Öffentlichkeit weitaus weniger als Problem wahrgenommen, als andere, leichter zu fassende Benachteiligungen.¹⁰⁵⁸ Dies rechtfertigt eine Sonderstellung innerhalb des AGG. Die Normierung in Artikel 157 AEUV scheint bereits deshalb als nicht ausreichend, da davon ausgegangen werden muss, dass viele Menschen dem europäischen Recht noch immer sowohl unwissend (insbesondere was die Anwendbarkeit auf nationale Sachverhalte betrifft) als auch tendenziell skeptisch gegenüberstehen.

1058 Siehe beispielsweise oben unter: C. III. 3. b) aa).

b) Rechtssoziologische Bewertung

Die aufgezeigten außerbetrieblichen Instrumente können Informationen, die zur Klärung nötig sind, ob geschlechtsspezifische Entgelddiskriminierung vorliegt, auf ganz andere Art und Weise generieren, als die zuvor analysierten verfahrensrechtlichen und innerbetrieblichen Instrumente. AdressatInnen der pro-aktiven Handlungsmodelle sind nicht die Beschäftigten, wie dies bei den anderen Instrumentengruppen der Fall ist. Die sozialen Hürden, welche bei den anderen Instrumenten stets zu beachten waren, kommen hier nicht zur Geltung. Gerade deshalb ist zu erwarten, dass sie effektiv genutzt werden können. Wird ein solcher pro-aktiven Ansatz umgesetzt, werden zuvorderst die ArbeitgeberInnen zum Handeln aufgefordert. Dies könnte bei ihnen zu einer stärkeren Sensibilisierung bezüglich geschlechtsspezifischer Entgelddiskriminierung im eigenen Betrieb oder Unternehmen führen.

Mit dem vorgestellten Instrument zur Normierung des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen den Geschlechtern im AGG würde ein Anspruch sichtbar, der bisher im Verhältnis zu seinem vermuteten Vorkommen, zu wenig Beachtung erfährt. In Bezug auf die Verbesserung der Informationsbeschaffung über Tatbestandsvoraussetzungen wäre er sicher hilfreich. Denn ohne Kenntnis über die Voraussetzungen der geschlechtsspezifische Entgelddiskriminierung, sowie der Voraussetzungen der gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines entsprechenden Entgeltgleichheitsanspruchs können auch die weitreichendsten Offenlegungsrechte keine Effektivität dieses Grundsatzes erwarten lassen.

Den außerbetrieblichen Instrumenten ist, im Gegensatz zu den anderen Instrumententypen gemein, dass die sozialen Hemmnisse für ArbeitnehmerInnen, welche sich als ein entscheidender Faktor herausgestellt haben, bei ihnen kaum zum Tragen kommen. Die Kosten für die Beschäftigten sind somit als gering einzustufen. Andere AkteurInnen auf ArbeitnehmerInnenseite sind jedoch bei dem außerbetrieblichen Instrument des pro-aktiven Handlungsansatzes im Gegenzug dazu aufgefordert, sich aktiv an der Umsetzung zu beteiligen, was ihre Kosten zweifelsohne erhöhen würde. Unter dem Gesichtspunkt einer verbesserten Informationssituation der Beschäftigtenseite erscheinen beide außerbetrieblichen Instrumente sinnvoll.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel E.

Im Verlauf dieses Kapitels wurden viele unterschiedliche Instrumente vorgestellt, welche die Informationsbeschaffung bezüglich der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern verbessern könnten. Zur besseren Übersicht sind diese im Folgenden stichwortartig zusammengefasst:

- Ausdehnung der Beweiserleichterung (zumindest bei geschlechtsspezifischen Entgeltdiskriminierungsfällen) auf die Frage einer Benachteiligung.
- Absenkung des Beweismaßes der Indizien von einem Vollbeweis auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit. Die Beweisart soll dabei nicht geändert werden (§ 294 ZPO findet keine Anwendung).
- Verringerung der Anforderungen an die Statistik als Indiz im Sinne des § 22 AGG, wenn die ArbeitnehmerInnenseite schlüssig darlegen kann, dass sie weder solche Informationen darlegen kann, welche notwendig sind, um eine Statistik als aussagekräftig ansehen zu können, noch über Informationen verfügt, die anderweitige Indizien auf eine Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts zulassen würden.
- Bildung von Vergleichsgruppen als Indiz einer Kausalität zwischen Benachteiligung und Geschlecht. Diese Bildung erfolgt nicht auf Grundlage aller gleichwertiger Tätigkeiten, sondern lediglich auf Grundlage der beiden fraglichen gleichwertigen Berufsgruppen.
- Erweiterung des § 12 AGG um die Pflicht der ArbeitgeberInnen, den ArbeitnehmerInnen einen schriftlichen Bericht zukommen zu lassen, in welchem die Tätigkeitsbeschreibungen sämtlicher Berufe des Unternehmens verzeichnet sind, inklusive der jeweiligen Geschlechterverhältnisse sowie der Entgeltgruppen. Hinzu kommt die Pflicht von ArbeitgeberInnen das abstrakte Entlohnungssystem, welches von ihnen angewandt wird, darzustellen, soweit dies nicht aus Tarifvertrag und/oder Betriebsvereinbarung ersichtlich wird.
- Erweiterung des § 13 AGG um ein Auskunftsrecht für Beschäftigte entsprechend der neu zu schaffenden Berichtspflicht des § 12 AGG, mit der Ausnahme, dass die ArbeitgeberInnen lediglich Auskunft über solche Berufsgruppen geben müssen, nach denen die Beschäftigten ausdrücklich verlangen.
- Erweiterung des § 13 AGG um ein Auskunftsrecht für Beschäftigte bezüglich der anonymisierten Brutto-Entgelddaten bestimmter KollegInnen, aufgeteilt nach den verschiedenen Entgeltbestandteilen, inklusive der jeweiligen Bezugspunkte. Der Anspruch gilt nur, soweit eine glei-

che oder gleichwertige Tätigkeit identifiziert werden konnte, welche bei mittelbarer Diskriminierung in einer Berufsgruppe eine Dominanz eines Geschlechts aufweist, während die anspruchstellende Person in einer Berufsgruppe tätig ist, in welcher das jeweils andere Geschlecht dominiert.

- Einführung eines pro-aktiven Handlungsansatzes, der die ArbeitgerInnen zu den Hauptverantwortlichen der Durchsetzung von Entgeltgleichheit macht.
- Einführung eines Rechts von Betriebs- oder Personalrat auf Überprüfung einer geschlechtsneutralen Bewertung der Tätigkeitsbeschreibungen. Ebenso Einführung eines dem § 84 BetrVG nachgebildeten Rechts der Beschäftigten, sich bei Verdacht der Diskriminierung über ihre Tätigkeitsbeschreibung bei den ArbeitgeberInnen zu beschweren.
- Ersetzen des § 8 II AGG durch ein ausdrückliches Verbot geschlechterspezifischer Entgeldiskriminierung, inklusive der Klarstellung, dass solche in abstrakten Entgeltsystemen häufig in Form struktureller Unterbewertung von Berufen zu finden sind, die von einem Geschlecht (Frauen) dominiert werden.

F. Fazit und Ausblick

Auch im Jahr 2013 verdienen Frauen in Deutschland noch rund 22 Prozent weniger als ihre männlichen Kollegen. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Eine Ursache liegt in der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts: ein Teil des Gender Pay Gaps liegt also darin begründet, dass Frauen deshalb schlechter entlohnt werden, weil sie Frauen sind.

Eine solche Benachteiligung ist in Deutschland sowohl nach dem Grundgesetz als auch nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz verboten. Beschäftigte, die aufgrund ihres Geschlechts beim Entgelt benachteiligt werden, können gerichtlich gegen diese Ungleichbehandlung vorgehen. Ein Blick auf die arbeitsgerichtlichen Tätigkeiten zeigt jedoch, dass der Anspruch auf Entgeltgleichheit unabhängig vom Geschlecht tatsächlich nur sehr selten geltend gemacht wird. Die Gründe hierfür wurden in der vorliegenden Arbeit dargelegt und in einen breiten Kontext eingebettet.

Aus einer Vielzahl rechtssoziologischer Studien lässt sich folgern, unter welchen Voraussetzungen Normen generell effektiv sind, also den von dem Gesetzgeber intendierten Zweck erfüllen. Es lassen sich im Wesentlichen sieben Faktoren benennen, die einen starken Einfluss auf die Effektivität von Normen haben können: Information, Sensibilisierung, Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl, Verständlichkeit und klare Zielsetzung des Gesetzes, positive Kosten-Nutzen-Bilanz, Abbau von Zugangsbarrieren zu Gericht, sowie der Kreis der Adressierten und die Art der zu regelnden Materie.

Diese Effektivitätsfaktoren gelten freilich auch für das Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht. Es gibt somit viele Erklärungen dafür, warum der Entgeltgleichheitsanspruch aufgrund des Geschlechts nicht effektiv ist und welche Richtung der Gesetzgeber einschlagen müsste, um ihm zu größerer Durchsetzung zu verhelfen. Die Arbeit hat gezeigt, dass der Entgeltgleichheitsanspruch zwischen Männern und Frauen, respektive seine Überprüfung, komplex ist. Demgegenüber sind die identifizierten Effektivitätsfaktoren bei den Beschäftigten selbst nur mäßig vorhanden. Beispielhaft sei hier auf das geringe Rechtsbewusstsein von Frauen bezüglich einer ge-

sellschaftlichen Schlechterstellung gegenüber Männern hingewiesen.¹⁰⁵⁹ Die Arbeit hat sich daher intensiv mit den Möglichkeiten der Informationsbeschaffung über die Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zwischen Frauen und Männern befasst.

Sowohl auf materiell-rechtlicher als auch auf prozessualer Ebene gibt es eine Fülle von Informationen, die Beschäftigte in einem Prozess beibringen müssen, um vor Gericht bestehen zu können. Weil den Beschäftigten das oftmals nicht gelingt, scheitert die effektive Durchsetzung des Entgeltgleichheitsanspruchs regelmäßig. Als Konsequenz zu der de lege lata nur unzureichenden Möglichkeit der Informationsbeschaffung über Tatbestandsvoraussetzungen des Entgeltgleichheitsgrundsatzes der Geschlechter wurden unterschiedliche Instrumententypen auf ihre Tauglichkeit zur Verbesserung dieser Informationsbeschaffung untersucht. Dabei flossen die zuvor gewonnenen rechtssoziologischen Ergebnisse bezüglich der Effektivitätsfaktoren mit ein. Es zeigten sich verschiedene Ansatzpunkte:

Mit verfahrensrechtlichen Instrumenten könnten Darlegungs- und Beweispflichten der klagenden Partei innerhalb eines Rechtsstreits zu ihren Gunsten erleichtert werden. Dabei bleibt jedoch das Problem bestehen, dass Beschäftigte oftmals Klage erheben müssen, ohne zuvor ausreichende Informationen zu besitzen, die es ihnen ermöglicht, den Ausgang der Klage zuverlässig abzuschätzen. Geht es also darum, die benötigten Informationen vorprozessual zu erhalten, so könnte dies zum einen innerhalb der Betriebe durch diverse Berichts- und Auskunftsrechte geschehen. Dabei würden hauptsächlich ArbeitgeberInnen und Beschäftigte miteinander agieren. Um Auskunftsrechte geltend zu machen, müssten sich die Beschäftigten mit ihren Anliegen aktiv an ihre ArbeitgeberInnen wenden. Die aufgezeigten sozialen Hemmnisse könnten hierbei dazu führen, dass die Erweiterung der Auskunftsrechte nicht den gewünschten Effekt zeigt. ArbeitnehmerInnen müssten zudem erst in gewissem Maße für die Problematik sensibilisiert sein, um von sich aus Nachforschungen anzustellen, was einen weiteren Problempunkt darstellt. Es erscheint daher sinnvoll, vorprozessuale Offenlegungspflichten außerhalb der Betriebe anzusiedeln. Durch die Zentrierung auf eine behördliche Stelle entfielen datenschutzrechtliche Probleme. Soziale Hemmnisse oder fehlendes Problembewusstsein der Beschäftigten wären unschädlich, da von ihnen keine Handlungen

1059 Siehe oben unter: C. III. 3. c) aa).

zu verlangen wären. In diesem Rahmen hat sich gezeigt, dass die vorgestellten Regelungen ein aus rechtssoziologischer Sicht sinnvolles außerbetriebliches Instrument darstellen.

Die Analyse der Instrumente und vor allem ihre rechtssoziologischen Bewertungen haben deutlich gemacht, dass das wohl größte Potenzial zur effektiven Durchsetzung des Entgeltgleichheitsanspruchs zwischen Männern und Frauen in Handlungsansätzen begründet liegt, die nicht auf eine individuelle Rechtsdurchsetzung von einzelnen Beschäftigten abzielt, auch wenn die hierzu dargestellten Ansätze ohne Weiteres kumulativ neben die dargestellten pro-aktiven Handlungsansätzen treten können.¹⁰⁶⁰ Essenziell bei dem hier vorgestellten pro-aktiven Ansatz ist jedoch, dass alle AkteurInnen, insbesondere auch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Betriebs- und Personalräte, Tarifvertragsparteien und Antidiskriminierungsverbände aktiv mitarbeiten. Nur so kann der Vollzug eines solchen Ansatzes sichergestellt werden. Eine solche aktive Mitarbeit kann freilich nicht ohne weiteres flächendeckend sichergestellt werden. Zumindest wo dies nicht der Fall ist, verbleibt neben diesem Instrument immer noch ein Anwendungsbereich für andere Optionen, wie die Kombination aus erweiterten Berichtspflichten und Auskunftsrechten. Diese beschränken sich nicht lediglich auf ArbeitgeberInnen, die bis zu 15 ArbeitnehmerInnen beschäftigen, wie im Gesetzentwurf vorgeschlagen wird. Doch auch in größeren Unternehmen sollten Beschäftigte das Recht haben, nicht auf eine außerbetriebliche Überprüfung warten zu müssen. Auch mit den aufgezeigten verfahrensrechtlichen Instrumenten ließen sich einige Veränderungen bewirken.

Für die weitere rechtssoziologische Forschung bleibt festzuhalten, dass sich bisher nur sehr wenige Studien zur Effektivität von Gesetzen finden lassen, die sich direkt mit der Entgeltgleichheit der Geschlechter befassen. Häufig mussten Erkenntnisse aus allgemeinen arbeits- oder antidiskriminierungsrechtlichen Untersuchungen zurate gezogen werden. Es wäre wünschenswert, dass sich zukünftige Forschungsprojekte isoliert mit Fragen der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, respektive Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts, auseinandersetzen würden, um somit aussagekräftigere Ergebnisse generieren zu können. So könnte sich neben anderem gezielt der Frage gewidmet werden, ob ein si-

1060 Kocher, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013, S. 41 (53).

gnifikanter Unterschied bei der Konfliktbereitschaft von Beschäftigten in verschiedenen Branchen festgestellt werden kann. Lohnende Forschungsfragen wären zudem, inwieweit die in der Arbeit besprochenen verfahrensrechtlichen Instrumente auch für andere Diskriminierungsklagen genutzt werden könnten, wie die übrigen Effektivitätsfaktoren gezielt angesprochen werden könnten und wie sichergestellt werden kann, dass die genannten Instrumente nach ihrer Umsetzung auch zur Kenntnis der Adressierten gelangen. Zudem haben sich datenschutzrechtliche Belange als wesentlich erwiesen. Diese weiter zu untersuchen und Lösungsansätze fortzuentwickeln bleibt zukünftigen Arbeiten vorbehalten.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass rechtliche Regelungen nicht alle Probleme im Bereich der Gleichstellung lösen können. Neue Vorschriften bergen stets die Gefahr, neue Unsicherheiten und Missstände zu erzeugen. Recht kann jedoch dazu beitragen, dass sich die Kräfteverhältnisse verschieben.¹⁰⁶¹ Weg von einer allzu einseitigen Machtposition der ArbeitgeberInnen hin zu einer Begegnung auf Augenhöhe. Gerade antidiskriminierungsrechtliche Normen haben genau das häufig zum Ziel.¹⁰⁶² Die Diskussionen um die antidiskriminierungsrechtlichen Normen im AGG wurden äußerst emotional und verallgemeinert geführt.¹⁰⁶³ Das ist ein Hinweis darauf, dass in Deutschland ein umfassendes Schutzbedürfnis auf rechtlicher Ebene für alle im AGG geschützten Gruppen bisher nicht einheitlich anerkannt ist.¹⁰⁶⁴ Dies erscheint insoweit sogar nachvollziehbar, wenn man sich vor Augen führt, dass es bei jeder Debatte um Gleichstellung, unabhängig von der jeweils benachteiligten Gruppe, um Umverteilung von Macht geht. Es geht darum, die begrenzte Menge an Ressourcen (zum Beispiel Arbeitsplätze, Steuerprivilegien oder Entscheidungsbefugnisse) neu – gerechter – zu verteilen. Mit der Umverteilung geht folglich zwangsläufig ein Machtverlust der bisher bevorzugten Gruppe einher. Umverteilungsmaßnahmen stoßen in der bisher privilegierten Gruppe daher regelmäßig auf Widerstand. Hat die privilegierte Gruppe – im vorliegenden Fall erwerbstätige Männer – zugleich besonderen Einfluss darauf, Veränderungen durchzusetzen, respektive zu blockieren, ist das steuernde Eingreifen des Gesetzgebers gefragt. Vorstehendes zeigt jedoch, dass es eben-

1061 Holzleithner, KJ 2008, 250 (255).

1062 Eichenhofer, in: AuR 2013, 62 (64).

1063 Zusammenfassend beispielsweise : Eichenhofer, AuR 2013, 62.

1064 Baer, in: Festschrift für Rottleuthner, 2011, S. 245 (260).

F. Fazit und Ausblick

so wichtig ist, die Umsetzung der aufgezeigten Instrumente durch Sensibilisierung und das Schaffen von Rechtsbewusstsein zu begleiten.

In dieser Arbeit wurden aus wissenschaftlicher Sicht Ansatzpunkte aufgezeigt, wie ein gesetzlicher Beitrag zu einer gerechteren Gestaltung der Einkommenssituation von Frauen möglich ist. Inwieweit diese Ansatzpunkte nun von dem Gesetzgeber aufgegriffen und umgesetzt wird, bleibt abzuwarten.

G. Kernthesen¹⁰⁶⁵

1. Damit die Beschäftigten einschätzen können, ob beziehungsweise inwieweit sie beim Entgelt aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt werden, benötigen sie Informationen, wie sie typischerweise ausschließlich die ArbeitgeberInnen besitzen. Der Gesetzgeber ist hier in der Verantwortung, die erforderliche Transparenz sowie Ansprüche auf Auskunft im Einzelfall zu schaffen.
2. Änderungen sind insofern auf Ebene des Beweisrechts, bei den betrieblichen Pflichten der ArbeitgeberInnen und in der Ausgestaltung des § 8 AGG erforderlich.
 - Die Beweiserleichterung des § 22 AGG muss auf die Frage des Entstehens einer Benachteiligung erweitert, das Beweismaß der Indizien und die Anforderungen an den Statistikbeweis müssen gesenkt werden.
 - Den ArbeitgeberInnen müssen regelmäßige Berichtspflichten über Tätigkeitsbeschreibungen der einzelnen Berufe, Geschlechterverteilung und das angewandte abstrakte Entgeltsystem auferlegt werden. Unter bestimmten Voraussetzungen sollte den Beschäftigten das Recht eingeräumt werden, anonymisierte Entgeltdaten konkreter einzelner KollegInnen zu erhalten.
 - § 8 II AGG muss ein ausdrückliches Verbot der Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts enthalten.

1065 Eine Zusammenfassung aller Ergebnisse und Thesen der Arbeit findet sich in Abschnitt VI.

Literaturverzeichnis

- Achenbach*, Hans Günther: „Datenschutzrechtliche Probleme anlässlich der Bekanntgabe und Berücksichtigung sozialer Daten im Kündigungsschutzprozeß“, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1984, S. 278-279 (zit.: *Achenbach*, NZA 1984)
- Adomeit*, Klaus / *Mohr*, Jochen (Hrsg.): „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz“, Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart u.a., 2011 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Adomeit/Mohr* (Hrsg.), AGG)
- Adomeit*, Klaus / *Mohr*, Jochen (Hrsg.): „Die mittelbare Diskriminierung als Instrument überindividueller Verhaltenssteuerung – Zugleich Besprechung von BAG v. 22.4.2010 – 6 AZR 966/08“, in: Recht der Arbeit 2011, S. 102-108 (zit.: *Adomeit/Mohr*, RdA 2011)
- Alew well*, Dorothea / *Koller*, Petra: „Arbeitsrechtliche Ressourcen und Einschätzungen in Personalabteilungen deutscher Unternehmen“, in: Betriebs-Berater 2002, S. 990-992 (zit.: *Alew well/Koller*, BB 2002)
- Albiston*, Catherine R.: „Bargaining in the Shadow of Social Institutions: Competing Discourses and Social Change in Workplace Mobilization of Civil Rights“, in: Law and Society Review 2005, S. 11-49 (zit.: *Albiston*, LSR 2005)
- Andresen*, Sünne / *Dölling*, Irene / *Kimmerle*, Christoph: „Verwaltungsmodernisierung als moderne Praxis – Geschlechter-Wissen und Organisationsverständnis von Reformakteuren“, Opladen, 2003
- Annuß*, Georg: „Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht“, in: Betriebs-Berater 2006, S. 1629-1636 (zit.: *Annuß*, BB 2006)
- Antidiskriminierungsstelle des Bundes* (Hrsg.): „Nutzen und Kosten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes – Teil I, Analyse und Bewertung der Studie. Gesetzesfolgekosten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“, Berlin, 2008
- Appel*, Helga / *Fishan*, Andreas / *Hess-Grunewald*, Hubertus / *Sommer*, Imke / *Zwanitzer*, Bertram (Hrsg.): „Handbuch zur Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsrecht“, Stuttgart u.a., 1998 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Appel et al.* (Hrsg.), Handbuch zur Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsrecht, 1998)
- Ascheid*, Reiner, / *Preis*, Ulrich / *Schmidt*, Ingrid (Hrsg.): „Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen“, 4. Auflage, München, 2012 (zit.: *BearbeiterIn*, in: A/P/S Kündigungsrecht)
- Aubert*, Vilhelm: „Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung“, in: *Hirsch*, Ernst / *Rehbinder*, Manfred (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, S. 284-309, Köln und Opladen, 1967 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialien, 1967)
- Baer*, Susanne: „Komplizierte Effekte. Zur Wirkung von Recht“, in: *Mahlmann*, Matthias (Hrsg.), Gesellschaft und Gerechtigkeit: Festschrift für Hubert Rottleuthner, S. 245-261, Baden-Baden, 2011 (zit.: *Baer*, in: Festschrift für *Rottleuthner*, 2011)
- Baer*, Susanne: „Rechtssoziologie“, Berlin, 2011 (zit.: *Baer*, Rechtssoziologie, 2011)

Literaturverzeichnis

- Baer, Susanne: „Juristische Biopolitik: Das Wissensproblem im Recht am Beispiel ‚des‘ demografischen Wandels“, in: Cottier, Michelle / Estermann, Josef / Wräse, Michael (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, S. 181-201, Baden-Baden, 2010 (zit.: Baer, in: Cottier et al. (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010)
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert (Hrsg.): „Beck’scher Online-Kommentar BGB, Edition 26, 2013 (zit.: BearbeiterIn, in: BeckOK BGB)
- Barnes, Jeb / Burke, Thomas F.: “Making Way: Legal Mobilization, Organizational Response, and Wheelchair Access”, in: *Law and Society Review* 2012, S. 167-198 (zit.: Barnes/Burke, LSR 2012)
- Baumgärtel, Gottfried / Laumen, Hans-Willi / Prütting Hans (Hrsg.): Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 2. Auflage, München, 2009 (zit.: BearbeiterIn, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.) Handbuch der Beweislast, 2009)
- Bayreuther, Frank: „Diskriminierung und sachwidrige Ungleichbehandlung: nicht nur einen Frage des Anstands“, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Beilage*, 2011, S. 27-35 (zit.: Bayreuther, NZA-Beil. 2011)
- Beccaria, Cesare: „Von den Verbrechen und Strafen“, Ulm, 1767
- Becker, Friedrich / Hillebrecht, Wilfried: „KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften“, 10. Auflage, Köln, 2013 (zit.: BearbeiterIn, in: Becker/Hillebrecht (Hrsg.), KR)
- Becker, Gary: „Ökonomische Erklärungen menschlichen Verhaltens“, 2. Auflage, Tübingen, 1993
- Benecke, Martina: „Rechtliche Aspekte der ‚gläsernen Decke‘“, in: *Der Betrieb* 2011, S. 934-938 (zit.: Benecke, DB 2011)
- Berowsky, Wilfried: „Aktuelle Probleme im Recht der betriebsbedingten Kündigung“, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, S. 1292-1297 (zit.: Berowsky, NJW 1983)
- Besgen, Roloff: „Grobe Verstöße des Arbeitgebers gegen das AGG – Rechte des Betriebsrats und der Gewerkschaft“, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2007, S. 670-674 (zit.: Besgen, NZA 2007)
- Bissels, Alexander / Lützeler, Martin: „BB-Rechtsprechungsreport 2010/2011 – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Teil 2)“, in: *Betriebs-Berater* 2012, S. 833-840 (zit.: Bissels/Lützeler, BB 2012)
- Blankenburg, Erhard: „Mobilisierung des Rechts“, Berlin u.a., 1995
- Blankenburg, Erhard: „Haben Frauen ein anderes Rechtsbewusstsein als Männer?“, in: Gerhard, Ute / Limbach, Jutta (Hrgs.), *Rechtsalltag von Frauen*, S. 143-156, Frankfurt/Main, 1988 (zit.: BearbeiterIn, in: Gerhard/Limbach (Hrsg.) *Rechtsalltag von Frauen*, 1988)
- Bradtke-Hellthaler, Marcus: „Einstellungen von Personalleitern gegenüber Arbeitsrecht und wahrgenommener Einfluss in der betrieblichen Praxis“, in: Schramm, Florian / Zachert, Ulrich (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, S. 117-155, München und Mehring, 2008 (zit.: BearbeiterIn, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung*, 2008)
- Braunroth, Anna: „Zurück auf Los: Diskriminierung und Auskunft bei Bewerbungen“, in: *Arbeit und Recht* 2012, S. 343-346 (zit.: Braunroth, AuR 2012)

- Brüggemann, Beate / Riehle, Rainer:* „Betrieblicher Gleichstellungsbericht. Annäherung an ein Verfahren zur Gleichstellung in der Arbeitswelt – Anregungen für die betriebliche Praxis“, Institut für internationale Sozialforschung (INFIS) (Hrsg.), Berlin, 2012 (zit.: *Brüggemann/Riehle*, Betrieblicher Gleichstellungsbericht, INFIS 2012)
- Callies, Christian / Ruffert, Matthias* (Hrsg.): „EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta“, Kommentar, 4. Auflage, München, 2011 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV)
- Chicha, Marie-Thérèse:* „A comparative analysis of promoting pay equity: models and impacts“, Working Paper Number 49, International Labour Office (Hrsg.), Genf, 2006 (zit.: *Chicha*, Working Paper No. 49, International Labour Office (Hrsg.))
- Colneric, Ninon:* „Antidiskriminierung – quo vadis? – Europäisches Recht“, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Beilage 2008, S. 66-73 (zit.: *Colneric*, NZA-Beil. 2008)
- Colneric, Ninon:* „Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und das Verbot der mittelbaren Diskriminierung“, in: Hanau, Peter / Heither, Friedrich / Kühling, Jürgen (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 45-62, München, 1999 (zit.: *Colneric*, in: Festschrift für Dietrich, 1999)
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.): „Tarifvertragsgesetz – Kommentar“, 4. Auflage, Baden-Baden, 2013 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG)
- Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe, Thomas / Wedde, Peter* (Hrsg.): „Betriebsverfassungsgesetz“, Kommentar, 13. Auflage, Frankfurt/Main, 2012 (zit.: *BearbeiterIn*, in: DKKW, BetrVG)
- Däubler, Wolfgang:* „Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium“, 9. Auflage, Frankfurt/Main, 2011 (zit.: *Däubler*, Arbeitsrecht, 2011)
- Däubler, Wolfgang / Berzbach, Martin* (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden, 2008 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Däubler/Berzbach* (Hrsg.), AGG)
- Däubler, Wolfgang:* „Tarifvertragsrecht“, 3. Auflage, Baden-Baden, 1993
- Daum, Courtenay W. / Ishiwata, Eric:* „From the Myth of Formal Equality to the Politics of Social Justice: Race and the Legal Attack on Native Entitlements“, in: Law and Society Review 2010, S. 843-875 (zit.: *Daum/Ishiwata*, LSR 2010)
- Deakin, Simon / McLaughlin, Colm / Chai, Dominic* : „Gender Inequality and Reflexive Law: The Potenzial of Different Regulatory Mechanisms“, in: Dickens, Linda (Hrsg.), Making Employment Rights Effektive, S. 115-137, Oxford und Portland, 2012 (zit.: *Deakin et al.*, in: *Dickens* (Hrsg.), Making Employment Rights Effective, 2012)
- Denck, Johannes :* „Arbeitsschutz und Anzeigegerecht des Arbeitnehmers“, in: Der Betrieb 1980, S. 2132-2139 (zit.: *Denck*, DB 1980)
- Dieterich, Thomas / Hanau, Peter / Schaub, Günter* (Begr.): „Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht“, Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hrsg.), 13. Auflage, München, 2013 (zit.: *BearbeiterIn*, in: ErfK)

Literaturverzeichnis

- Diekmann, Andreas: „Die Befolgung von Gesetzen“, Berlin, 1980*
- Döse, Annegret: „Der neue britische Equality Act – Impulse für eine effektivere Bekämpfung der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Deutschland?“, in: STREIT – Feministische Rechtszeitschrift 2011, S. 51-59 (zit.: Döse, STREIT 2011)*
- Düwell, Franz Josef (Hrsg.): „Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar“, 3. Auflage, Baden-Baden, 2010 (zit.: BearbeiterIn, in: Düwell (Hrsg.), BetrVG)*
- Eichenhofer, Eberhard: „Diskriminierungsverbote und Vertragsfreiheit“, in: Arbeit und Recht 2013, S. 62-65 (zit.: Eichenhofer, AuR 2013)*
- Ellguth, Peter / Kohaut, Susanne: „Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Aktuelle Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2011“, in: WSI-Mitteilungen 2012, S. 297-305 (zit.: Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2012)*
- Feldman, Yuval / Lobel, Orly: „Decentralized enforcement in organizations: An experimental approach“, in: Regulation and Governance 2008, S. 165-192 (zit.: Feldman/Lobel, RG 2008)*
- Feudner, Bernd W.: „Durchsetzung von Tarifverträgen durch die Gewerkschaft“, in: Betriebs-Berater 2007, S. 266-268 (zit.: Feudner, BB 2007)*
- Fischer, Friedrich-Wilhelm: „Geheime Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen“, in: Betriebs-Berater 2000, S. 354-362 (zit.: Fischer, BB 2000)*
- Fischer, Ulrich: „Betriebsratliche Rechtsdurchsetzung von gleichgelagerten betrieblichen Arbeitnehmeransprüchen - Alternative zur Massenklage?“, in: Recht der Arbeit 2003, S. 269-274 (zit.: Fischer, Rda 2003)*
- Fitting, Karl (Begr.): „Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar“, Engels, Gerd / Schmidt, Ingrid / Trebinger, Yvonne / Linsenmaier, Wolfgang (Hrsg.), 26. Auflage, München, 2012*
- Flaig, Berthold Bodo: „Diskriminierung im Alltag. Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft“, Forschungsprojekt, Band 4, Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Heidelberg, 2008 (zit.: Flaig, Forschungsprojekt: Diskriminierung im Alltag, 2008)*
- Fleischer, Holger: „Organpublizität im Aktien-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht“, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2006, S. 561-569 (zit.: Fleischer, NZG 2006)*
- Fredman, Sandra: „Einen Unterschied bewirken: Möglichkeiten und Risiken von positiven Pflichten im Bereich der Gleichberechtigung“, in: Europäische Zeitschrift für Antidiskriminierungsrecht 2008, S. 49-59 (zit.: Fredman, EuZADR 2008)*
- Fricke, Martin: „Wer beweist was?“, in: Versicherungsrecht 2006, S. 1473 (zit.: Fricke, VersR 2006)*
- Friedman, Lawrence M.: „Einige Bemerkungen über eine allgemeine Theorie des rechtsrelevanten Verhaltens“, in: Rehbinder, Manfred / Schelsky, Helmut (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, S. 206-223, Düsseldorf, 1972 (zit.: BearbeiterIn, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972)*
- Fuchs, Gesine: „Mit Recht zur Lohngleichheit? Chancen und Hindernisse“, Arbeitsgruppe im Rahmen des 35. Feministischen Juristinnen-Tags, Berlin, 8.-10.05.2009 (zit.: Fuchs, Mit Recht zur Lohngleichheit?, 2009)*

- Fuchs, Gesine / Konstatzky, Sandra / Liebscher, Doris / Berghahn, Sabine: „Rechtsmobilisierung für Lohngleichheit“, in: Kritische Justiz 2009, S. 253-270 (zit.: Fuchs et al., KJ 2009)
- Fuchs, Maximilian / Marhold, Franz: „Europäisches Arbeitsrecht“, 3. Auflage, Wien und New York, 2010 (zit.: BearbeiterIn, in: Fuchs/Marhold (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht)
- Gaier, Reinhard / Wendtland, Holger: „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG“, München, 2006 (zit.: Bearbeiter, in: Gaier/Wendtland (Hrsg.), AGG)
- Galanter, Marc: „Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change“, in: Law & Society Review, 1974, S. 95-160 (zit.: Galanter, LSR 1974)
- Gallagher, Mary E.: “Mobilizing the Law in China: ‘Informed Disenchantment’ and the Development of Legal Consciousness”, in: Law and Society Review 2006, S. 783-816 (zit.: Gallagher, LSR 2006)
- Garrn, Heino: „Rechtswirksamkeit und faktische Rechtsgeltung“, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1969, S. 161-181 (zit.: Garrn, ARSP 1969)
- Geiger, Theodor: „Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts“, Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 65, 4. Auflage, Berlin, 1987 (zit.: Geiger, Vorstudien, 1987)
- Gensicke, Miriam / Pfarr, Heide / Tscherisch, Nikolai / Ullmann, Karen / Zeibig, Nadine: „Neuer Erkenntnisse über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in der Praxis“, in: Arbeit und Recht 2008, S. 431-438 (zit.: Gensicke et al., AuR 2008, 431)
- Griffiths, John: „The Social Working of Anti-Discrimination Law“, in: Loenen, Titia / Rodrigues, Peter (Hrsg.), Non-Discrimination Law: Comparative Perspektive, S. 313-330, Leiden, 1999 (zit.: BearbeiterIn, in: Loenen/Rodrigues (Hrsg.), Non-Discrimination Law, 1999)
- Grobys, Marcel: “Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess“, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2006, S. 898-904 (zit.: Grobys, NZA 2006)
- Gusy, Christoph: „Was bewirken Gesetze? Zusammenfassende Thesen“, in: Hof, Hagen / Lübbe-Wolff, Gertrude (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, S. 289-292, aus der Reihe: Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Band 10, Baden-Baden, 1999 (zit.: Gusy, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999)
- Hallmen, Bettina: „Die Beschwerde des Arbeitnehmers als Instrument innerbetrieblicher Konfliktregelung“, Frankfurt/Main, 1997 (zit.: Hallmen, Die Beschwerde des Arbeitnehmers)
- Hanau, Peter: „Die Beweislast bei Klagen wegen Benachteiligung bei Einstellungen und Beförderungen von Arbeitnehmern wegen des Geschlechts“, in: Däubler, Wolfgang / Bobke, Manfred / Kehrmann, Karl (Hrsg.), Arbeit und Recht, Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, S. 351-366, Köln, 1992 (zit.: Hanau, in: Festschrift für Gnade, 1992)

Literaturverzeichnis

- Heinemeyer, Dennis / Kramorz, Markus:* „EuGH: Der Auskunftsanspruch eines abgelehnten Bewerbers – eine Betrachtung der datenschutzrechtlichen Aspekte“, in: Zeitschrift für Datenschutz – Aktuell, Heft 14 2012, 03034 (zit.: *Heinemeyer/ Kramorz, ZD-Aktuell 14/2012, 03034*)
- Heldrich, Andreas:* „Höchstrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder sozialen Wandels“, in: Rehbinder, Manfred / Schelsky, Helmut (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, S. 305-343, Düsseldorf, 1972 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972)
- Helmrich, Herbert:* „Notwendigkeit der Rücksichtnahme des Gesetzgebers auf die Motivation der Gesetzesadressaten“, in: Hof, Hagen/Lübbecke-Wolff, Gertrude (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, S. 515-522, aus der Reihe: Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Band 10, Baden-Baden, 1999 (zit.: *Helmrich*, in: *Hof/Lübbecke-Wolff* (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999)
- Hensche, Detlef:* „Wissenschaft, Politik, Ideologie“, in: Schäfer, Claus / Seifert, Hartmut (Hrsg.) Kein bisschen leise: 60 Jahre WSI, S. 13-31, Hamburg, 2006 (zit.: *Hensche*, in: *Schäfer/Seifert* (Hrsg.), Kein bisschen leise: 60 Jahre WSI, 2006)
- Hessler, Martin / Moll, Wilhelm / Bepler, Klaus* (Hrsg.): „Der Tarifvertrag“, Köln, 2012 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Hessler/Moll/Bepler* (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2012)
- Hessler, Martin / Willemse, Heinz Josef / Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.): „Arbeitsrecht Kommentar“, 5. Auflage, Köln, 2012 (zit.: *BearbeiterIn*, in: HWK)
- Hesse, Hans Albrecht:* „Einführung in die Rechtssoziologie“, Wiesbaden, 2004 (zit.: *Hesse*, Einführung in die Rechtssoziologie, 2004)
- Heuschmid, Johannes:* „EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (Meister) – C-415/10“, in: Juris Praxisreport-Arbeitsrecht, 25/2012, Anmerkung 1 (zit.: *Heuschmid*, Anmerkung zu: EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (Meister) – C-415/10, in: JurisPR-ArbR 25/2012 Anm. 1)
- Hippel, Eike von:* „Rechtspolitik: Ziele – Akteure – Schwerpunkte“, Berlin, 1992 (zit.: *Hippel*, Rechtspolitik, 1992)
- Hirsh, Elizabeth:* „Settling for less? Organizational Determinants of Diskrimination-Charge Outcomes“, in: Law & Society Review 2008, S. 239-274 (zit.: *Hirsh*, LSR 2008)
- Hoentzsch, Susanne:* „Europarechtskonformität und Auslegung der Beweislastregelung in § 22 AGG“, in: Der Betrieb 2006, S. 2631-2634 (zit.: *Hoentzsch*, DB 2006)
- Höland, Armin:* „Der arbeitsgerichtliche Rechtsschutz während des Arbeitsverhältnisses – einige Schwächen, ihre Gründe und ihre Folgen“, in: Arbeit und Recht 2010, S. 452-458 (zit.: *Höland*, AuR 2010)
- Höland, Armin:* „Wo bleibt die Klage?“, in: Hohmann-Dennhardt, Chrisine / Körner, Marita / Zimmer, Reingard (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit, Festschrift für Heide Pfarr, S. 262-278, Baden-Baden, 2010 (zit.: *Höland* in: Festschrift für Pfarr, 2010)
- Höland, Armin:* „Wie wirkt Rechtsprechung“, in: Zeitschrift für Rechtssozialologie 2009, S. 23-46 (zit.: *Höland*, ZfR 2009)
- Höland, Armin / Kahl, Ute / Zeibig, Nadine:* „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis“, Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Band 66, Baden-Baden, 2007 (zit.: *Höland et al.*, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2007)

- Holzleithner, Elisabeth: „Rechtskritik der Geschlechterverhältnisse“, in: Kritische Justiz 2008, S. 250-256 (zit.: Holzleithner, KJ 2008)
- Hübner, Sabine: „Die Umsetzung von Arbeitsrecht in die betriebliche Wirklichkeit“, in: Schramm, Florian / Zachert, Ulrich (Hrsg.) Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit. Eine empirische Analyse zur betrieblichen Umsetzung von Arbeitsrechtsreformen, S. 439-476, aus der Reihe: Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Band 58, Baden-Baden, 2005 (zit.: Hübner, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit, 2005)
- Hümmerich, Klaus / Boecken, Winfried / Düwell, Franz Josef (Hrsg.): „AnwaltKommentar Arbeitsrecht“, 2. Auflage, Bonn, 2010 (zit.: BearbeiterIn, in: Hümmerich/Boecken/Düwell (Hrsg.), AnwK-ArbR)
- Jauernig, Othmar (Hrsg.): „Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar“, 14. Auflage, München, 2011 (zit.: BearbeiterIn, in: Jauernig (Hrsg.), BGB)
- Jochmann-Döll, Andrea / Tondorf, Karin: „Von der Entgeltdifferenz zur Entgeltgleichheit der Geschlechter?“, in: WSI-Mitteilungen 2011, S. 115-122 (zit.: Jochmann-Döll/Tondorf, WSI-Mitteilungen 2011)
- Jochmann-Döll, Andrea / Tondorf, Karin: „Leistungsunabhängige Entgeltdifferenzierung auf dem gleichstellungspolitischen Prüfstand“, in: Krell, Gertraude / Ortlib, Renate / Sieben, Barbara (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, S. 361-376, 6. Auflage, Wiesbaden, 2011 (zit.: Jochmann-Döll/Tondorf, in: Krell et al. (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011)
- Jochmann-Döll, Andrea / Tondorf, Karin: „Entgeltgleichheit prüfen mit eg-check.de“, Arbeitspapier 214 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf, 2010
- Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.): „Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch“, 2. Auflage, München, 2012 (zit.: BearbeiterIn, in: MüKo-StGB)
- Kahn Best, Rachel / Hamilton Krieger, Linda / Edelman, Lauren B. / Eliason, Scott R.: „Multiple Disadvantages: An Empirical Test of Intersectionality Theory in EEO Litigation“, in: Law and Society Review, 2011, S. 991-1025 (zit.: Kahn Best et al., LSR 2011)
- Kaiser, Marianne (Hrsg.): „Wir wollen gleiche Löhne!“, Dokumentation zum Kampf der 29 „Heinze“-Frauen, Reinbek bei Hamburg, 1980
- Kania, Thomas: „Geschriebenes und gelebtes Arbeitsrecht“, in: WSI-Mitteilungen 2005, S. 596-598 (zit.: Kania, WSI-Mitteilungen 2005)
- Katsas, Theodor: „Effektivität und Geltung von Rechtsnormen“, Berlin, 2002 (zit.: Katsas, Effektivität und Geltung von Rechtsnormen, 2002)
- Kelly, Erin L.: „Failure to Update: An Institutional Perspective on Noncompliance With the Family and Medical Leave Act“, in: Law and Society Review 2010, S. 33-66 (zit.: Kelly, LSR 2010)
- Kempen, Otto Ernst / Zachert, Ulrich: „Tarifvertragsgesetz“, Kommentar, 4. Auflage, Frankfurt/Main, 2006 (zit.: BearbeiterIn, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG)
- Kindhäuser, Urs / Neumann Ulfried / Paeffgen Hans-Ullrich (Hrsg.): „Strafgesetzbuch“, Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden, 2010 (zit.: BearbeiterIn, in: Kindhäuser et al. (Hrsg.), StGB)

Literaturverzeichnis

- Kittner, Michael / Däubler, Wolfgang / Zwanziger, Bertram (Hrsg.): „Kündigungsrecht“, Kommentar, 8. Auflage, Frankfurt/Main, 2010 (zit.: BearbeiterIn, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), KSchR)
- Kißler, Leo: „Recht und Gesellschaft“, Leverkusen, 1984 (zit.: Kissler, Recht und Gesellschaft, 1984)
- Klammer, Ute / Bosch, Gerhard / Helfferich, Cornelia / Helms, Tobias / Meier-Gräwe, Uta / Nolte, Paul / Schick, Marion / Schuler-Harms, Margarete / Stangel-Meseke, Martina : „Neue Wege – gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf“, Gutachten der Sachverständigenkommission an das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend für den ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, Troisdorf, 2011 (zit.: Klammer et al., Neue Wege – gleiche Chancen, 2011)
- Klebe, Thomas / Ratayczak, Jürgen / Heilmann, Micha / Spoo, Sybille, (Hrsg.): „Betriebsverfassungsgesetz – Basiskommentar mit Wahlordnung“, 16. Auflage, Frankfurt/Main, 2010 (zit.: Klebe et al., BK-BetrVG)
- Klenner, Christina / Ziegler, Astrid: „Mit Logib-D zur Überwindung der geschlechtspezifischen Entgeltlücke?“, WSI-Report 03, 2010 (zit.: Klenner/Ziegler, WSI-Report 03/2010)
- Klenner, Christina: „Gender – Ein Fremdwort für Betriebsräte?“, in: WSI-Mitteilung 2003, S. 277-286 (zit.: Klenner, in: WSI-Mitteilung 2003)
- Kloepfer, Michael: „Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in verschiedenen Rechtsgebieten und verschiedenen Kontexten. Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit“, Berlin, 2011 (zit.: Kloepfer, Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen)
- Klose, Alexander: „Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht?“, in: Cottier, Michelle / Estermann, Josef / Wräse, Michael (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, S. 347-367, Baden-Baden, 2010 (zit.: Klose, in: Cottier et al. (Hrsg.) Wie wirkt Recht?, 2010)
- Klumpp, Steffen: „Diskontinuität und ihre Folgen für das Antidiskriminierungsrecht“, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2005, S. 848-854 (zit.: Klumpp, NZA 2005)
- Knigge, Arnold: „Gesetzliche Neuregelung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz“, in: Betriebs-Berater 1980, S. 1272-1276 (zit.: Knigge, BB 1980)
- Kocher, Eva: „Unternehmen als Adressaten des Arbeitsrechts. Die Bedeutung externer Akteurinnen und Akteure für die effektive Rechtsdurchsetzung“, in Alewell, Dorothea (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, S. 78 – 101 , München und Mehring, 2013 (zit: Kocher, in: Alewell (Hrsg.), Rechtsstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013)
- Kocher, Eva: „Barrieren der Mobilisierung von Arbeitsrecht – Oder: Lässt sich Fairness erzwingen?“, in: juridikum 2012, S. 63-73 (zit.: Kocher, juridikum 2012)

- Kocher, Eva / Klose, Alexander / Kühn, Kerstin / Wenckebach, Johanna: „Verantwortung braucht Transparenz – Die rechtliche Verankerung unternehmerischer Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“, WISO Diskurs, Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedlich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Bonn, Mai 2012 (zit.: Kocher *et al.*, Verantwortung braucht Transparenz, WISO Diskurs, 2012)
- Kocher, Eva: „Grundsatz der Entgeltgleichheit im AGG“, in: Klammer, Ute / Motz, Markus (Hrsg.), Neue Wege – gleiche Chancen. Expertise zum ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, S. 165-197, Wiesbaden, 2011 (zit.: Kocher, in: Klammer/Motz (Hrsg.), Neue Wege – gleiche Chancen)
- Kocher, Eva: „„Geschlecht“ im Antidiskriminierungsrecht“, in: Kritische Justiz 2009, S. 386-403 (zit.: Kocher, KJ 2009)
- Kocher, Eva: „Die Erwerbstätigkeit von Frauen und ihre Auswirkung auf das Arbeitsrecht – oder umgekehrt...“, in: Rudolf, Beate (Hrsg.), Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung, S. 216-246, in: Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung 2009, Band 14, Göttingen, 2009 (zit.: Kocher, in: Rudolf (Hrsg.) Geschlecht im Recht, 2009)
- Kocher, Eva: „Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten“, Böckler Forschungsmonitoring Nr. 8, Düsseldorf, 2008 (zit.: Kocher, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, 2008)
- Kocher, Eva: „Gleichstellungspolitik und Individualansprüche“, in: Kritische Justiz, 2007, S. 22-34 (zit.: Kocher, KJ 2007)
- Kocher, Eva: „Anmerkung zu: BAG, Urt. v. 01.12.2004 – 5 AZR 664/03“, in: Arbeitsrechtliche Praxis, BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 38 (zit.: Kocher, Anmerkung zu: BAG, Urt. v. 01.12.2004 – 5 AZR 664/03, in: AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 38)
- Kocher, Eva: „Gesetzentwurf für eine Verbandsklage im Arbeitsrecht. Gutachten – erstellt im Auftrag der Hans Böckler Stiftung“, Düsseldorf, 2002 (zit.: Kocher, Gesetzentwurf für eine Verbandsklage im Arbeitsrecht, 2002)
- Kock, Martin: „Anmerkung zu: EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (Meister) – C-415/10“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 2497-2499 (zit.: Kock, Anmerkung zu: EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (Meister) – C-415/10, in: NJW 2012)
- Konzen, Horst: „Grundlage und Grenzen des vorbeugenden Rechtschutzes unter Tarifparteien“, in: Heinze, Meinhard / Söllner, Alfred (Hrsg.), Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, S. 571-609, München, 1994 (zit.: Konzen, in: Festschrift für Kissel, 1994)
- Kramer, Ernst: „Integrative und repressive Wirksamkeit des Rechts“, in: Rehbinder, Manfred / Schelsky, Helmut (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, S. 247-257, Düsseldorf, 1972 (zit.: Kramer, in: Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972)
- Krawetzki, Carmen: „Organisatorisches Lernen“, in: Schramm, Florian / Zachert, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 262-277, München und Mehring, 2008 (zit.: Krawetzki, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008)

Literaturverzeichnis

- Krell, Gertraude / Sieben, Barbara:* „Diversity Management: Chancengleichheit für alle und auch als Wettbewerbsfaktor“, in: Krell, Gertraude / Ortlieb, Renate / Sieben, Barbara (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, S. 155-174, 6. Auflage, Wiesbaden, 2011 (zit.: *Krell/Sieben*, in: *Krell et al.* (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011)
- Krell, Gertraude / Winter, Regine:* „Anforderungsabhängige Entgelddifferenzierung: Orientierungshilfen auf dem Weg zu einer diskriminierungsfreien Arbeitsbewertung“, in: Krell, Gertraude / Ortlieb, Renate / Sieben, Barbara (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, S. 343-360, 6. Auflage, Wiesbaden, 2011 (zit.: *Krell/Winter*, in: *Krell et al.* (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2011)
- Krüger, Hans-Peter:* „Verzicht auf Sanktionsnormen im Straßenverkehrsrecht – Ein Beitrag zur Effektivität von Verhaltensnormen?“, in: Hof, Hagen / Lübbe-Wolff, Gertrude (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, S. 223-233, aus der Reihe: Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Band 10, Baden-Baden, 1999 (zit.: *Krüger*, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999)
- Krüger, Uwe:* „Der Adressat des Rechtsgesetzes“, Berlin, 1969 (zit.: *Krüger*, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969)
- Kühnlein, Melitta:* „Daten, Fakten und Hintergründe zum Gender Pay Gap in Deutschland“, Deutscher Frauenrat (Hrsg.), 2009
- Landmann Robert von/ Rohmer, Gustav* (Begr.): „Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften“, Kommentar, 61. Ergänzungslieferung, München, 2012 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Landmann/Rohmer* (Hrsg.) GewO)
- Langen, Maaike de / Barendrecht, Mauritus:* „Legal Empowerment of the Poor: Innovating Access to Justice“, in: Brookings Institutions (Hrgs.), The state of access. Success and failure of democracy to create equal opportunities, S. 250-271, Washington D.C., 2008 (zit.: *De Langen/Barendrecht*, in: Brookings Institutions (Hrsg.), The state of access, 2008)
- Mankiw, N. Gregory / Taylor, Mark P.:* „Grundzüge der Volkswirtschaftslehre“, 4. Auflage, Stuttgart, 2008 (zit.: *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 2008)
- McMahon-Howard, Jennifer:* „Does the Controversy Matter? Comparing the Causal Determinants of the Adoption of Controversial and Noncontroversial Rape Law Reforms“, in: Law and Society Review, 2011, S. 401-433 (zit.: *McMahon-Howard*, LSR 2011)
- Meinel, Gernod / Heyn, Judith / Herms, Sascha:* „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Arbeitsrechtlicher Kommentar“, 2. Auflage, München, 2010 (zit.: *Meinel / Heyn/Herms*, AGG)
- Meyke, Rolf:* „Plausibilitätskontrolle und Beweis“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 2230-2235 (zit.: *Meyke*, NJW 2000)
- Minow, Martha:* „Making All the Difference“, New York, 1990 (zit.: *Minow*, Making All the Difference, 1990)
- Moll, Wilhelm* (Hrsg.): „Münchener Anwalts Handbuch Arbeitsrecht“, 3. Auflage, München, 2012 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Moll* (Hrsg.) MüAnwHandBArbR)

- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.): „Zivilprozessordnung“, Kommentar, 10. Auflage, München, 2013 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Musielak (Hrsg.), ZPO*)*
- Noll, Peter: „Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen“, in: Rehbinder, Manfred / Schelsky, Helmut (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, S. 259-269, Düsseldorf, 1972 (zit.: *Noll*, in : *Rehbinder/Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972*)*
- Oetker, Hartmut: „Ausgewählte Probleme zum Beschwerderecht des Beschäftigten nach § 13 AGG“, in: Neue Zeitschrift für Arbeiterecht 2008, S. 264-270 (zit.: *Oetker*, NZA 2008)*
- Ohm, Thomas: „Das Beschwerderecht gemäß §§ 84 ff. BetrVG“, in: Arbeitsrecht im Betrieb 2000, S. 659-662 (zit.: *Ohm*, AiB 2000)*
- Opp, Karl-Dieter: „Wann befolgt man Gesetze?“, in: Wagner, Gerhard (Hrsg.), Kraft Gesetz, S. 35-63, Wiesbaden, 2010 (zit.: *Opp*, in: *Wager (Hrsg.) Kraft Gesetz, 2010*)*
- Opp, Karl-Dieter: „Soziologie im Recht“, Hamburg, 1973 (zit.: *Opp*, Soziologie im Recht, 1973)*
- Palandt, Otto (Begr.): „Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch“, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7, 72. Auflage, München, 2013 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Palandt*)*
- Parker, Christine: „The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement“, in: Law and Society Review 2006, S. 591-622 (zit.: *Parker*, LSR 2006)*
- Peick, Kai Stefan: „Darlegungs- und Beweislast nach § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)“, Berlin, 2009 (zit.: *Peick*, Darlegungs- und Beweislast nach § 22 AGG, 2009)*
- Pfarr, Heide / Ullmann, Karen / Bradtke, Marcus / Schneider, Julia / Kimmich, Martin / Bothfeld, Silke: „Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit: Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen“, Projekt Regulierung des Arbeitsmarktes (REGAM) des WSI der Hans-Böckler-Stiftung, München und Mering, 2005 (zit.: *Pfarr et al.*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit“, 2005)*
- Pfarr, Heide / Bothfeld, Silke / Kaiser, Lutz C. / Kimmich, Martin / Peuker, Andreas / Ullmann, Karen: „REGAM-Studie: Die Einschätzung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes in den Kleinbetrieben“, in: Betriebs-Berater 2003, S. 2061-2063 (zit.: *Pfarr et al.*, BB 2003)*
- Pfarr, Heide (Hrsg.): „Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft“, edition der Hans-Böckler-Stiftung 57, Düsseldorf, 2001 (zit.: *Pfarr (Hrsg.)*, Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft)*
- Pfarr, Heide / Kocher, Eva: „Kollektivverfahren im Arbeitsrecht“, Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Band 36, Baden-Baden, 1998 (zit.: *Pfarr/Kocher*, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998)*
- Pfarr, Heide / Bertelsmann, Klaus: „Diskriminierung im Erwerbsleben“, Baden-Baden, 1989 (zit.: *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989)*
- Pfeifer, Christian: „Die Akzeptanz von Kündigungen in Deutschland“, Diplomarbeit, 2003 (unveröffentlicht)*

Literaturverzeichnis

- Picker, Christian: „Der EuGH und der Auskunftsanspruch des abgelehnten Bewerbers – Meisterhaft“, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2012, S. 641-646 (zit.: Picker, NZA 2012)
- Preis, Ulrich: „Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht – Lehrbuch für Studium und Praxis“, 3. Auflage, Köln, 2009 (zit.: Preis, Arbeitsrecht, 2009)
- Preis, Ulrich / Reinfeld, Roland: „Schweigepflicht und Anzeigerecht im Arbeitsverhältnis“, in: Arbeit und Recht 1989, S. 361-374 (zit.: Preis/Reinfeld, AuR 1989)
- Prüttig, Hanns: „Beweisrecht und Beweislast im arbeitsgerichtlichen Diskriminierungsprozess“, in: Oetker, Hartmut / Preis, Ulrich / Rieble, Volker (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 1311-1327, München, 2004 (zit.: Prüttig, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004)
- Podgorecki, Adam: „Drei-Stufen Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts“, in: Hirsch, Ernst / Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, S. 271-283, Köln und Opladen, 1967 (zit.: BearbeiterIn, in: Hirsch / Rehbinder (Hrsg.), Studien und Materialien, 1967)
- Raasch, Sibylle / Rastetter, Daniela: „Das AGG auf dem Prüfstand“, in Alewell, Dorothea (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, S. 78 – 101 , München und Mehring, 2013 (zit.: Raasch/Rastetter, in: Alewell (Hrsg.), Rechtstatsachen und Rechtswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, 2013)
- Raiser, Thomas: „Grundlagen der Rechtssoziologie“, 5. Auflage, Tübingen, 2009 (zit.: Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009)
- Rasch, Thomas: „Zur Darlegungs- und Beweislast für die Richtigkeit der sozialen Auswahl bei der betriebsbedingten Kündigung unter Kündigungs- und datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten“, in: Der Betrieb 1982, S. 2296-2297 (zit.: Rasch, DB 1982)
- Raschka, Antje: „Darlegungs- und Beweiserleichterungen für Mobbingbetroffene“, Frankfurt/Main, 2007 (zit.: Raschka, Darlegungs- und Beweiserleichterungen für Mobbinbetroffene, 2007)
- Rauscher, Thomas / Wax, Peter / Wenzel, Joachim (Hrsg.): „Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung“, 4. Auflage, München, 2013 (zit.: BearbeiterIn, in: MüKo-ZPO, 2013)
- Rehbinder, Manfred: „Rechtssoziologie“, 7. Auflage, München, 2009 (zit.: Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009)
- Reifner, Udo: „Kollektiver Rechtsgebrauch: Die Massenklage der IG Metall gegen die Aussperrung“, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1981, S. 88-113 (zit.: BearbeiterIn, in: ZfRs, 1981)
- Richardi, Reinhard: „Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar“, 13. Auflage, München, 2012 (zit.: Bearbeiter, in: Richardi, BetrVG)
- Richardi, Reinhard / Wlotze, Otfried / Wißmann, Hellmut / Oetker, Hartmut (Hrsg.): „Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht“, 3. Auflage, München, 2009 (zit.: BearbeiterIn, in: MüHandBArbR)

- Riddell, Troy Q.: „The Impact of Legal Mobilization and Judicial Decisions: The Case of Official Minority-Language Education Policy in Canada for Francophobes Outside Quebec“, in: Law and Society Review 2004, S. 584-607 (zit.: Riddell, LSR 2004)
- Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter (Hrsg.): „Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht“, 27. Edition, München, 2013 (zit.: BearbeiterIn, in: BeckOK ArbR)
- Rottleuthner, Hubert / Mahlmann, Matthias: „Diskriminierung in Deutschland“, 1. Auflage, Baden-Baden, 2011 (zit.: Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, 2011)
- Rottleuthner, Hubert / Rottleuther-Lutter, Margret : „Effektivität und Recht: Der Beitrag der Rechtssoziologie“, in: Wagner, Gerhard (Hrsg.), Kraft Gesetz, S. 13-4, 1. Auflage, Wiesbaden, 2010 (zit.: Rottleuthner/Rottleuther-Lutter, in: Wager (Hrsg.) Kraft Gesetz, 2010)
- Rottleuthner, Hubert : „Einführung in die Rechtssoziologie“, 1. Auflage, Darmstadt, 1987 (zit.: Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987)
- Röhl, Klaus: „Rechtssoziologische Befunde zum Versagen von Gesetzen“, in: Hof, Hagen / Lübbe-Wolff, Gertrude (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, S. 413-438, aus der Reihe: Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Band 10, Baden-Baden, 1999 (zit.: Röhl, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999)
- Röhl, Klaus: „Rechtssoziologie“, 1. Auflage, Köln, 1987 (zit.: Röhl, Rechtssoziologie, 1987)
- Röthel, Anne: „Beweislast und Geschlechterdiskriminierung – Zur Umsetzung der Richtlinie 97/80/EG“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1999, S. 611-614 (zit.: Röthel, NJW 1999)
- Rupp, Hans-Jürgen: „Die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG“, in: Recht der Arbeit 2009, S. 307-311 (zit.: Rupp, RdA 2009)
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.): „Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, 6. Auflage, München, 2012 (zit.: BearbeiterIn, in: MüKo-BGB)
- Schaub, Günter (Hrsg.): „Arbeitsrechts-Handbuch“, Schaub, Günter (Hrsg.), 14. Auflage, München, 2011 (zit.: BearbeiterIn, in: Schaub (Hrsg.), ArbR-Hdb.)
- Schlachter, Monika: „Richtlinie über die Beweislast bei Diskriminierung“, Recht der Arbeit 1998, S. 321-326 (zit.: Schlachter, RdA 1998)
- Schlachter, Monika: „Wege zur Gleichberechtigung. Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika“, München, 1993 (zit.: Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung, 1993)
- Schlese, Michael / Schramm, Florian: „Die Rolle des Kündigungsschutzes: Ergebnisse der qualitativen Analyse“, in: Schramm, Florian / Zachert, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 156-199, München und Mehring, 2008 (zit.: Schlese/Schramm, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008)

Literaturverzeichnis

- Schlese, Michael / Schramm, Florian: „AribA – Ergebnisse der standardisierten Befragung“, in: Schramm, Florian / Zachert, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 317-353, München und Mehring, 2008 (zit.: Schlese/Schramm, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008)*
- Schmidt, Cornelia / Worobiej, Alexandra : „Von der Wahrnehmung zur Handlung – Rechtsgefühl, Rechtsbewusstsein und Rechtsakzeptanz im Arbeitsrecht!“, in: Schramm, Florian / Zachert, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 53-93, München und Mehring, 2008 (zit.: Schmidt/Worobiej, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008)*
- Schmidt, Thomas: „Zum Nachweis einer Diskriminierung im Einstellungsverfahren“, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2012, S. 417-421 (zit.: Schmidt, ZESAR 2012)*
- Schneider, David / Sittard, Ulrich: „Ethikrichtlinien als Präventivmaßnahmen i.S. des § 12 AGG?“, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, S. 654-657 (zit.: Schneider/ Sittard, NZA 2007)*
- Schramm, Florian: „Das Arbeitsrecht in der öffentlichen Wahrnehmung – ausgewählte Befragungsergebnisse“, in: Recht der Arbeit 2007, S. 267-274 (zit.: Schramm, RdA 2007)*
- Schramm, Florian / Zachert, Ulrich: „Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit: Pfade auf einer ‚terra incognita‘“, in: Schramm, Florian / Zachert, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit. Eine empirische Analyse zur betrieblichen Umsetzung von Arbeitsrechtsreformen, S. 477-486, aus der Reihe: Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Band 58, 1. Auflage, Baden-Baden, 2005 (zit.: BearbeiterIn, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit, 2005)*
- Schüler-Springorum, Horst: „Was bewirken Gesetze?“, in: Hof, Hagen/Lübbecke-Wolff, Gertrude (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, S. 293-299, aus der Reihe: Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Band 10, Baden-Baden, 1999 (zit.: Schüler-Springorum, in: Hof/Lübbecke-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999)*
- Schulze, Reiner / Dörner, Heinrich / Ebert, Ina / Hoeren, Thomas / Kemper, Rainer / Saenger, Ingo / Schreiber, Klaus / Schulte-Nölke, Hans / Staudinger, Ansgar (Hrsg.): „Bürgerlicher Gesetzbuch – Handkommentar“, 7. Auflage, Baden-Baden, 2012 (zit.: BearbeiterIn, HK-BGB)*
- Schüren, Peter (Hrsg.): „Arbeitnehmerüberlassungsgesetz“, Kommentar, 4. Auflage München, 2010 (zit.: BearbeiterIn, in: Schüren (Hrsg.), AÜG)*
- Schwan, Patrick: „Die Chance für den fairen Handel? Verbraucherkenntnis und -akzeptanz von Sozialstandards im Lebensmittelsektor“, WISO direkt, August 2011, Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.) (zit.: Schwan, WISO direkt, August 2011)*
- Simon, Oliver / Rein, Michael: „Kein Anspruch eines abgelehnten Bewerbers auf Auskunft über anderweitige Besetzung der Stelle“, in: Betriebs-Berater 2012, S. 1226 f. (zit.: Simon/Rein, BB 2012)*

- Sohr, Tatjana: „Gender und Gerechtigkeit“, in: Struck, Olaf / Stephan, Gesine / Köhler, Christoph / Krause, Alexandra / Pfeifer, Christian / Sohr, Tatjana (Hrsg.), Arbeit und Gerechtigkeit, S. 71-86, 1. Auflage, Wiesbaden, 2006 (zit.: Sohr, in: Struck et al. (Hrsg.), Arbeit und Gerechtigkeit, 2006)
- Speth, Rudolf: „Die zweite Welle der Wirtschaftskampagnen“, Arbeitspapier Nr. 127 der Hans-Böckler-Stiftung Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Düsseldorf, 2006 (zit.: Speth, Die zweite Welle der Wirtschaftskampagnen, 2006)
- Statistisches Bundesamt (Hrsg.): „Verdienstunterschiede zwischen Männern und Frauen 2006“, Finke, Claudia (Verfasserin), Wiesbaden, 2010 (zit.: Statistisches Bundesamt, Verdienstunterschiede 2006)
- Stein, Peter: „Abschied vom Arbeitsrecht?“, in: WSI-Mitteilungen 2006, S. 110-113 (zit.: Stein, WSI-Mitteilungen 2006)
- Struckmann, Dagmar: „Gebt Raum den Frauen‘. 100 Jahre Internationaler Frauentag in Bremen“, Wiesbaden, 2011 (zit.: Struckmann, „Gebt Raum den Frauen“, 2011)
- Strub, Silvia: „Überprüfung der Einhaltung von Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern bei Beschaffungen des Bundes“, Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien (Hrsg.), Bern, 2004 (zit.: Strub, Überprüfung der Einhaltung von Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern bei Beschaffungen des Bundes, BASS (Hrsg.), 2004)
- Tinkler, Justine: „„People Are too Quick to Take Offense“: The Effects of Legal information and Beliefs on Definitions of Sexual Harassment“, in: Law and Society Review 2008, S. 417-445 (zit.: Tinkler, LSR 2008)
- Tondorf, Karin: „Entgeltgleichheit prüfen – aber mit welchen Instrumenten?“, in: Hohmann-Dennhardt, Christine / Körner, Marita / Zimmer, Reingard (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit, Festschrift für Heide Pfarr, S. 334-345, 1. Auflage, Baden-Baden, 2010 (zit.: Tondorf, in: Festschrift für Pfarr, 2010)
- Tondorf, Karin: „Fair P(I)ay. Entgeltgleichheit für Frauen und Männer“, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Berlin, 2007 (zit.: Tondorf, Fair P(I)ay, BMFSFJ (Hrsg.), 2007)
- Tondorf, Karin: „Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit!“, Deutscher Gewerkschaftsbund, Abteilung Gleichstellungs- und Frauenpolitik (Hrsg.), Berlin, 2003 (zit.: Tondorf, Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit!, 2003)
- Thüsing, Gregor / Stiebert, Tom: „Anmerkung zu: EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (Meister) – C-415/10“, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2012, S. 464-466 (zit.: Thüsing/Stiebert, Anmerkung zu: EuGH, Urt. v. 19.04.2012 (Meister) – C-415/10, in: EuZW 2012)
- Ulber, Jürgen (Hrsg.): „Arbeitnehmerüberlassungsgesetz“, Kommentar, 4. Auflage, Frankfurt/Main, 2011 (zit.: BearbeiterIn, in: Ulber (Hrsg.), AÜG)
- Weber, Max: „Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Gesellschaft“, erste Auflage unter diesem Titel: 1956, Frankfurt/Main, 2008 (zit.: Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 2008 (1956))
- Wedde, Peter (Hrsg.): „Arbeitsrecht – Kompaktkommentar zum Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen“, 2. Auflage, Frankfurt/Main, 2010 (zit.: BerabeiterIn, in: Wedde (Hrsg.), Arbeitsrecht)

Literaturverzeichnis

- Wenckebach, Johanna: „Bis unter den Vorstand, überhaupt kein Thema“, Kritische Justiz 2011, S. 370-381 (zit.: *Wenckebach, KJ 2011*)
- Wendling-Schröder, Ulrike: „Zugang zur ‚Hälfte des Himmels‘ – Personalstatistiken als Indiz für eine Geschlechterdiskriminierung bei Beförderungsentscheidungen?“, in: Hohmann-Dennhardt, Chrisine/Körner, Marita/Zimmer, Reingard (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit, Festschrift für Heide Pfarr, S. 158-169, 1. Auflage, Baden-Baden, 2010 (zit.: *Wendeling-Schröder* in: *Festschrift für Pfarr 2010*)
- Wendling-Schröder, Ulrike: „Individuum und Kollektiv in der neuen Betriebsverfassung“, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2001, S. 257-361, (zit.: *Wendeling-Schröder*, NZA 2001)
- Wendeling-Schröder, Ulrike / Buschkröger, Katja : „Sanktionen bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen“, in: Klebe, Thomas (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt, Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, S. 127-142, Frankfurt/Main, 1999 (zit.: *Wendeling-Schröder/Buschkröger*, Festschrift für *Däubler*, 1999)
- Wiese, Günther / Kreutz, Peter / Oetker, Hartmut / Raab, Thomas / Weber, Christoph / Franzen, Martin: „Betriebsverfassungsgesetz – Gemeinschaftskommentar“, 9. Auflage, Köln, 2010 (zit.: *BearbeiterIn*, in: GK-BetrVG)
- Willemse, Heinz-Josef / Schweibert, Ulrike: „Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz“, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2006, S. 2583-2592 (zit.: *Willemse/Schweibert*, NJW 2006)
- Windel, Peter: „Aktuelle Beweisfragen im Antidiskriminierungsprozess“, in: Recht der Arbeit, 2011, S. 193-199 (zit.: *Windel*, RdA 2011)
- Windel, Peter: „Der Beweis diskriminierender Benachteiligungen“, in: Recht der Arbeit, 2007, S. 1-8 (zit.: *Windel*, RdA 2007)
- Winter, Regine: „Diskriminierungsfreie(re) Entgeltgestaltung – leider immer noch ein Prinzip ohne Praxis“, in: Hohmann-Dennhardt, Chrisine / Körner, Marita / Zimmer, Reingard (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit, Festschrift für Heide Pfarr, S. 320-333, 1. Auflage, Baden-Baden, 2010 (zit.: *Winter* in: *Festschrift für Pfarr 2010*)
- Winter, Regine: „Mittelbare Diskriminierung bei gleichwertiger Arbeit“, Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes, 2001, S. 7-14 (zit.: *Winter*, ZTR 2001)
- Winter, Regine: „Gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit – Ein Prinzip ohne Praxis“, Baden-Baden, 1998 (zit.: *Winter*, gleicher Entgelt für gleichwertige Arbeit, 1998)
- Wippermann, Carsten: „Entgeltungleichheit – gemeinsam überwinden“, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), 2. Auflage, Berlin, 2010 (zit.: *Wippermann*, Entgeltungleichheit – gemeinsam überwinden, 2010)
- Wlotzke, Otfried / Preis, Ulrich / Kreft, Burghard: „Betriebsverfassungsgesetz“, Kommentar, 4. Auflage, München, 2009 (zit.: *BearbeiterIn*, in: *Wlotzke et al.*, BetrVG)
- Wörl, Christian: „Die Beweislast nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz“, 1. Auflage, Baden-Baden, 2009 (zit.: *Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009)

Worobiej, Alexandra : „Versuchskaninchen - Kündigungsschutz: Vorgeschlagene Änderungen aus der Sicht von Personalverantwortlichen“, in: Schramm, Florian / Zachert, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 200-225, München und Mehring, 2008 (zit.: *Worobiej*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008)

Zachert, Ulrich: „Arbeitsrecht und die empirischen Debatte – insbesondere um den Kündigungsschutz“, in: Schramm, Florian/Zachert, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 33-52, München und Mehring, 2008 (zit.: *Zachert*, in: *Schramm/Zachert* (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, 2008)

Ziegler, Astrid / *Gartner*, Hermann / *Tondorf*, Karin: „Entgeltdifferenzen und Vergütungspraxis“, in: Achatz, Juliane / Beblo, Miriam / Bothfeld, Silke / Fuchs, Tatjana / Gartner, Hermann / Höyng, Stephan / Hübers, Sebastian / Klenner, Christina / Koaut, Susanne / Tondorf, Karin / Wolf, Elke / Ziegler, Astrid (Hrsg.), Geschlechterungleichheiten im Betrieb, Berlin, 2010 (zit.: *Ziegler/Gartner/Tondorf*, in: *Achatz et al.*, Geschlechterungleichheiten im Betrieb, 2010)

