

Kommentare und Dokumentation

Der Entwurf eines Gesetzes über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz

Überlegungen zum geplanten arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot

I. Einleitung

Am 13. Juni 1979 verabschiedete das Bundeskabinett den vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung vorgelegten Gesetzesentwurf über gleiches Recht von Mann und Frau am Arbeitsplatz. Dadurch soll das deutsche Arbeitsrecht an die Richtlinie Nr. 76/207/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen¹ angepaßt werden.²

Obwohl Art. 9 der Richtlinie festlegt, daß bis zum 12. August 1978 die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Verwirklichung des Grundsatzes durch die Mitgliedsstaaten der EG zu erlassen sind,³ hat die Bundesregierung erst in jüngster Zeit – also mit erheblicher Verspätung – diesbezügliche Initiativen ergriffen.

II. Der Entwurf

Bereits der 50. Deutsche Juristentag 1974 beantwortete die Frage nach den vordringlichen rechtlichen Maßnahmen zur tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben mit einer Vielzahl von Empfehlungen das Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht betreffend.⁴ Darüber hinaus wurde in den letzten Jahren auch die Forderung nach einem sogenannten Anti-Diskriminierungsgesetz⁵ gestellt.⁶

Dennoch verzichtete das Bundeskabinett darauf, eine solcherart umfassende Regelung der gesamten Problematik ins Auge zu fassen und legte einen Entwurf vor, der sich als EG-Anpassungsgesetz mit der Einfügung eines § 611 a und § 612 a in die Vorschriften über den Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches und eines 3.

¹ ABl. EG Nr. L 39, S. 40 (siehe Anhang).

² Der Entwurf eines Gesetzes über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz), Bundesratsdrucksache vom 17. 8. 79, Nr. 353/79, S. 5 (siehe Anhang); nachfolgend RegE.

³ A. a. O., vgl. Wortl.

⁴ 50. DJT 1974, Bd. II, L 236-L 242.

⁵ Dabei handelt es sich um ein Gesetzeswerk, in dem umfassend die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in verschiedenen Lebensbereichen (Erziehung, Einrichtungen, Dienstleistungen, Inserate, Anzeigen, Erwerbstätigkeit) normiert und mit einem eigenen Verwaltungsvollzug ausgestattet ist. Als Vorbild dient hier in erster Linie der englische Sex Discrimination Act 1975, Current Law Statutes Annotated, 1975 c. 65.

⁶ Z. B. die FDP, Programm zur Gleichberechtigung, 1978; ferner die Humanistische Union, Ein Anti-Diskriminierungsgesetz für die Bundesrepublik, 1978; siehe dazu auch: C. Hohmann-Dennhard, Antidiskriminierungsgesetz contra Grundgesetz?, in: ZRP 10/1979.

Absatzes in § 612 BGB begnügt.⁷ Enthielt der Referentenentwurf vom 3. 7. 78 noch den Hinweis darauf, daß weitergehende Änderungen bei einer »umfassenden Neuregelung des Arbeitsvertragsrechts« erfolgen sollen,⁸ so ist dieser Satz im Kabinettsbeschuß nicht mehr zu finden. Ein nach dem RegE zustandekommendes o. ä. Gesetz wird wohl auf absehbare Zeit die einzige gesetzgeberische Aktivität in diesem Problembereich bleiben.⁹

Aus diesem Grund soll im folgenden untersucht werden, ob der Entwurf in eine Rechtssetzungslücke stößt und damit einem Regelungsbedürfnis nachkommt, dem durch nationale Gesetzgebung,¹⁰ Rechtsprechung¹¹ und zwischenstaatliche Verpflichtungen¹² der Bundesrepublik bisher nur unzureichend entsprochen worden ist.¹³

Allein ein Gesetz, das dieser Anforderung im einzelnen standhält, erfüllt die Zielsetzung des Rates der EG, die tatsächliche Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern über das in den Einzelstaaten hergebrachte Maß hinaus zu verwirklichen.¹⁴

III. Einzelfragen

1. Der Grundsatz der Gleichbehandlung für Männer und Frauen (§ 611 a Abs. 1 Satz 1 und 2 nach dem RegE)

Der RegE sieht zunächst in Satz 1 des in das BGB^{14a} einzufügenden § 611 a Abs. 1 einen Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Danach darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei »einer Vereinbarung oder Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder Kündigung nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen.«

Eingeschränkt wird dieses Verbot der unterschiedlichen Behandlung durch den Satz 2, der das Geschlecht als Differenzierungsmerkmal dann zuläßt, wenn es für eine bestimmte Tätigkeit »unverzichtbare Voraussetzung« ist. Das gilt z. B. wegen der Authentizität von Bühnenaufführungen bei der Besetzung von Schauspielerrollen.¹⁵

Die Konstruktion dieses Rechtssatzes überrascht angesichts der vorliegenden rechtspolitischen Lösungsvorschläge nicht. Sie gleicht Art. 2 Abs. 1 und 2, Art. 3 Abs. 4 des Entwurfs eines Arbeitsgesetzbuches¹⁶ sowie dem fast identischen Art. 3 Abs. 4 des DGB-Entwurfs zum Arbeitsverhältnisrecht von 1977,¹⁷ ähnlich, aber weitergehend, auch die in Anlehnung an § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB formulierte Empfehlung des 50. Deutschen Juristentages.¹⁸

7 Der Teil des RegE, der sich mit der Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang beschäftigt, bleibt hier außen vor.

8 Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), 1978, S. 4.

9 Abgesehen von der Neuregelung des Hinterbliebenenrechts im Rahmen der Rentengesetzgebung.

10 Art. 3 Abs. 2 und 3 GG; § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

11 Siehe hier nur: BAGE 1, S. 258 ff.; BAG, AP Nr. 16 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, AP Nr. 110 zu Art. 3 GG; BAG 11, S. 338 ff.; BAG, AP Nr. 39 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

12 Art. 119 EWGV; Art. 2 und 4 Europäische Sozialcharta von 1961; IAO-Abkommen Nr. 100 und Nr. 111; Art. 23 Nr. 2 UN-Menschenrechtsdeklaration.

13 Anschaulich dokumentiert in: Renger, Gleiche Chancen für Frauen, 1977; Gutachten Teil D, a. a. O., Bd. I (Fn. 4).

14 So die Richtlinie Nr. 76/207/EWG, a. a. O.

14a Auf die Erörterung etwaiger systematischer Bedenken wird in Anbetracht des Untersuchungsinteresses verzichtet.

15 Richtlinie Nr. 76/207/EWG, a. a. O., spricht in Art. 2 Abs. 2 von »unabdingbarer Voraussetzung«.

16 Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.) 1977.

17 In: Der Betriebsrat 1977, S. 407 ff.

18 Beschluß Nr. 14, a. a. O.

De lege lata kann bereits ein derartiges Benachteiligungsverbot Anwendung finden, da Art. 3 Abs. 2 und 3 GG über den allgemeinen Gleichheitssatz und den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hinausgeht. Schließlich ist nach st. Rspr.¹⁹ und h. L.²⁰ die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, aus sachlichen Gründen bis zur Willkürgrenze zu differenzieren, insoweit ausgeschlossen, wie das Geschlecht als Unterscheidungsmerkmal herangezogen wird. Dem folgt auch § 75 Abs. 1 BetrVerfG.²¹

Die Einbettung des Gleichberechtigungsgrundsatzes in die Normen des BGB schafft also keine neue Rechtslage. Auch der ausdrückliche Hinweis auf die Unabdingbarkeit durch individuelle Vereinbarungen in der Begründung des RegE²² ergibt keine wesentliche Veränderung. Denn selbst wenn man der Grundrechtstheorie²³ folgt, die für Aufnahme, Gestaltung und Beendigung von Individualarbeitsverhältnissen nur die mittelbare Grundrechtsbindung über die wertungsausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts annimmt, so führt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung des GG auch hier zur Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit der Individualvereinbarung, so daß es einer Wiederholung der Grundrechtsnorm im Privatrecht nicht unbedingt bedarf. Der Verweis²⁴ auf die neue Rechtsprechung des BAG,²⁵ die die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte »nicht mehr ganz vorbehaltlos« bejahe, kann darum nicht das Bedürfnis nach einer solchen Regelung begründen. Wenn im RegE festgestellt wird,²⁶ daß Frauen sich bei Benachteiligungen oft nicht auf eine »eindeutige Rechtsgrundlage« berufen können, so ist schon aus den eben genannten Gründen zu bezweifeln, ob sich dies durch die vorgesehene Norm ändern wird.

Überdies genügt der RegE nicht den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 der EG-Richtlinie, deretwegen er beschlossen wurde. Danach ist die »unmittelbare und mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand –« zu untersagen.²⁷ Die gesonderte Erwähnung der Geschlechtsdiskriminierung, die mit Hinweis auf den Familienstand Männer und Frauen unterschiedlich behandelt wird, soll u. a. das Ziel haben, gerade in Zeiten der Verknappung von Erwerbsplätzen das gängige Doppelverdienerargument²⁸ gegen verheiratete Frauen zu untersagen. Der RegE folgt dem nicht. Die Begründung,²⁹ daß dieser Diskriminierungsgrund »nur einer von vielen möglichen vorgeschobenen Gründen« sei und seine besondere Nennung zu dem »Fehlschluß« verleiten könne, »daß eine unterschiedliche Behandlung wegen dieses Tatbestandsmerkmals ebenso wie wegen des Geschlechts nicht zulässig sei«,³⁰ verharmlost ganz entschieden die große rechtstatsächliche Bedeutung dieser Art der Benachteiligung für die erwerbstätige Frau.³¹ Außerdem wird als Verständnisproblem des Rechtsanwenders antizipiert, was Aufgabe der Gesetzesmacher ist, nämlich Rechtssätze so exakt zu formulieren, daß sie vom Wortlaut her unmißverständlich sind.

19 Zuletzt BAG, Urteil v. 31. August 1978, BB 1979, S. 890 f.

20 Siehe Dürig bei Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 3 Abs. 2, Rdnr. 2.

21 Zu dessen individualrechtl. Bedeutung neuerdings Otto, Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, S. 14 ff., 50.

22 A. a. O., S. 5.

23 So Dürig, a. a. O., Rdnr. 52 mit Verw. auf Abs. 1, Rdnr. 505 ff.

24 A. a. O., S. 6.

25 So z. B. BAG, a. a. O. (Fn. 19).

26 A. a. O., S. 7.

27 A. a. O.

28 Rechtfertigend aber Zöllner, Gutachten D, 54. DJT 1978, Bd. I D 164.

29 A. a. O., S. 11 f.

30 Z. B. sind Zulagen für Verheiratete zulässig, gewährt man sie Männern und Frauen gleichermaßen.

31 Zöllner, a. a. O.; Renger, a. a. O., S. 70.

Schließlich ist der differenzierte Diskriminierungsbegriff der EG-Richtlinie im RegE auf das innerstaatlich übliche Maß zurechtgestutzt worden. Da die deutsche Rechtspraxis nicht zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung unterscheidet, sondern von einem allgemeinen Benachteiligungsverbot ausgeht, erübrigt sich die Einfügung der Differenzierung.³² Als Beleg wird in der Begründung ein Fall genannt, wo nur Männer wegen der mit Nacharbeit verbundenen Nachteile eine Lohnzulage erhielten, unabhängig davon, ob sie tatsächlich Nacharbeit leisteten oder nicht. Die Klägerin verlangte mit Hinweis auf den Lohngleichheitsgrundsatz des Art. 2 Abs. 3 GG dieselbe Zulage und obsiegte vor dem BAG.³³ Verfolgt man allerdings die weitere Entwicklung in dieser Rechtssache, so spricht gerade dieses Beispiel eher für die gesetzliche Festlegung eines differenzierten Benachteiligungsbegriffs: Aufgrund des BAG-Urteils änderte die Firma die Voraussetzungen für die Gewährung der Zulage. Sie wurde nun nicht mehr als Pauschale ausbezahlt, sondern als geringfügig gestaffelte Erschwerniszulage und an bestimmte Tätigkeiten gebunden mit dem Ergebnis, daß sie auch jetzt nur den männlichen Arbeitnehmern zugute kam, während die Frauen wiederum leer ausgingen.³⁴ Die Klägerin wollte das nicht hinnehmen und ging abermals vor Gericht. Das LAG Hamm³⁵ wies die Klage u. a. aus folgendem Grund ab: »Trotz des gleichen Ergebnisses unterscheiden sich die alte und die neue Zulagenregelung doch wesentlich. Während nach der alten Regelung Frauen unabhängig davon, welche Tätigkeit sie verrichten, die ausgeworfene Zulage nicht erhalten konnten, ist der Ausschluß nach der neuen Regelung mehr oder weniger zufälliges Ergebnis, und vom System der Regelung her ist es nicht ausgeschlossen, daß Frauen eine Zulage erhalten, nämlich immer dann, wenn sie die mit der Zulage bedachte Tätigkeit ausüben.«

Eine solche Rechtsprechung entwertet den Gleichbehandlungsgrundsatz erheblich. Schon auf dem 50. Deutschen Juristentag wurde geäußert, daß die Grundrechtsdogmatik zu Art. 3 Abs. 3 GG quantitativ und qualitativ völlig »unterentwickelt«, die sozialgestaltende Wirkung der Grundrechtsnorm daher im Bereich des Erwerbslebens bislang gleichsam »verpufft« sei.³⁶ Die Frage nach den Ursachen dieser Entwicklung, insbesondere warum organisierte Interessen hier so wenig erfolgreich waren, kann in diesem Rahmen nicht beantwortet werden.³⁷ Die Verwirklichung effektiver Chancengleichheit für Frauen erfordert jedenfalls einen differenzierten und weiten Benachteiligungsbegriff, dessen Einführung sich auch in Anbetracht der EG-Richtlinie aufdrängt. Ein Blick auf die Rechtsfolgen gebietet es geradezu, das rechtstatsächliche Element des Gleichstellungsgrundsatzes stärker in den Vordergrund zu rücken.³⁸ § 611 a Abs. 1 Satz 1 RegE aber setzt der indirekten Diskriminierung nichts Effektives entgegen und verpflichtet auch die Rechtspraxis nicht dazu, vorgeblich geschlechtsneutrale Bedingungen stärker auf ihre geschlechtsspezifisch unterschiedliche Wirkung hin zu befragen. Damit wird sie auf dem bisherigen unzureichenden Standard legitimierend festgeschrieben.

³² A. a. O., S. 11.

³³ BAG, AP Nr. 39 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

³⁴ Darstellung bei Renger, a. a. O., S. 43.

³⁵ LAG Hamm, BB 1977, S. 1450 f., mit Anm. Dix.

³⁶ A. a. O., L. 145.

³⁷ Dazu kurz in Teil 6.

³⁸ Renger, a. a. O.; Gutachten, a. a. O. (Fn. 13); Janssen-Jurreit (Hrsg.), Frauenprogramm gegen Diskriminierung; 1979, Däubler-Gmelin, Frauenarbeitslosigkeit, 1977.

Der RegE sieht für den Streitfall eine Beweislastregelung zugunsten des Arbeitnehmers vor. Wenn die Klägerin »Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, daß nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist.«³⁹

Der RegE begründet diese der Entscheidungspraxis des BAG und des BGH⁴⁰ z. T. nachgebildete, auch in § 2 Abs. 2 ArbPISchG⁴¹ ähnlich vorfindbare Beweisregelung damit, daß das Benachteiligungsverbot aus Beweisgründen oft nicht durchgesetzt werden könnte, bürdet man der Klägerin die gesamte Beweislast auf.⁴²

Fraglich ist, ob diese Regelung tatsächlich zu einer verbesserten Beweislage der Klägerin führt. Vielmehr könnten im Gegenteil durch die Einfügung des Tatbestandsmerkmals der »sachlichen Gründe« bisher relativ offen, wenn auch vielfach mit fehlendem Unrechtsbewußtsein handelnde Diskriminierer geradezu dazu veranlaßt werden, geschlechtsspezifisch neutral formulierte Weisungen auszugeben oder Maßnahmen treffen, die in ihren rechtstatsächlichen Effekten geschlechtsspezifisch unterschiedliche Folgen bewirken und bewirken sollen. Damit wäre die Umgehungsanleitung für den Gleichbehandlungsgrundsatz im RegE gleich mitgeliefert. Abgesehen davon, daß der Begriff des sachlichen Grundes überflüssig⁴³ ist und überdies zu Mißverständnissen Anlaß gibt,⁴⁴ können die vom Diskriminierungsverbot erfaßten Gründe u. U. durchaus sachbezogen, d. h. den Arbeitsplatz betreffend, sein.⁴⁵ Es handelt sich hierbei um das Problem, welche Reichweite man dem sachlichen Grund gibt. Sachlich gerechtfertigt könnte z. B. jeder Grund sein, der auf vernünftigen betriebswirtschaftlichen und kaufmännischen Erwägungen beruht, solange er nur rechtlich geschlechtsneutral denkbar ist.⁴⁶ Selbst wenn man davon ausgeht, daß die bisherige Rechtsprechung bei einer dem RegE folgenden Normierung im wesentlichen auf ihre bisherige Entscheidungspraxis⁴⁷ zurückgreifen wird, so muß ebenso wie in bezug auf die indirekte Diskriminierung festgestellt werden, daß die geplante Regelung nicht geeignet ist, die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter über das hergebrachte Ausmaß zu befördern.

Schließlich muß die Klägerin in jedem Fall Tatsachen beibringen, die ihre etwaige Benachteiligung glaubhaft erscheinen läßt. Der RegE enthält aber keine Auskunftspflicht des Arbeitgebers, die der Beschwerden z. B. bei Einstellungen einen Einblick in die Sachlage verschaffen könnte.⁴⁸ Damit ist der neuen Beweislastregelung auch der letzte Rest innovatorischer Effizienz genommen.⁴⁹

39 A. a. O.

40 BAG, AP Nr. 15, 36, 39 zu § 242 Gleichbehandlung; AP Nr. 4 zu § 611 BGB Akkordkolonne; BAG, DB 1979, S. 752; BGHZ 51, 91 (105); 41, 151 (154 f.); 67, 383 (387 f.); BGH, NJW 1962, S. 31 ff.

41 Vgl. Wortlaut.

42 A. a. O., S. 13.

43 Schließlich muß der Arbeitgeber in jedem Fall nachweisen, daß die für ihn maßgeblichen Gründe für eine unterschiedliche Behandlung nicht geschlechtsbezogen sind.

44 Z. B., daß sachliche Gründe eine geschlechtsspezifisch unterschiedliche Behandlung rechtfertigen, so: Dix, Wie man ein wirkungsloses Gesetz macht, in: Janssen-Jurreit, a. a. O., Dem steht Art 3 Abs. 2 GG entgegen.

45 Siehe auch Zöllner, a. a. O., D 105.

46 Zur Fülle dbzgl. Möglichkeiten Renger, a. a. O.

47 BAG, a. a. O. (Fn. 11, 40).

48 Zum Begründungszwang siehe auch Zöllner, a. a. O., D 108 m. w. N.

49 Ähnlich Dix, a. a. O. (Fn. 44), S. 363 f.

Der RegE sieht in § 611 a Abs. 2 Satz 1 eine besondere Vorschrift für den Fall vor, daß der Arbeitgeber schon bei Begründung des Arbeitsverhältnisses gegen das Diskriminierungsverbot des Abs. 1 verstoßen hat.⁵⁰ Hier soll lediglich Schadensersatz in Höhe des Vertrauensschadens gewährt werden, da auch bei nicht erfolgter Benachteiligung kein Abschlußzwang bestanden hätte.⁵¹

Die Arbeitnehmerin, die i. S. d. § 611 a Abs. 1 RegE aus geschlechtsspezifischen Gründen beim individuellen Aufstieg übergangen wurde, soll gem. § 611 a Abs. 2 Satz 2 RegE entsprechend der bisherigen Rechtslage nur in Höhe des negativen Interesses Schadensersatz verlangen können, wenn auf die Höherstufung kein Anspruch besteht.⁵²

Der in § 611 a Abs. 2 Satz 2 RegE nicht erfaßte individuelle berufliche Aufstieg aufgrund einer Zusage oder Vereinbarung wird durch die Verpflichtung zur Gleichbehandlung nach dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz erfaßt.⁵³ Die Regelung von Rechtsfolgen anderer Benachteiligungen innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses erübrigt sich, weil sie sich aus dem BGB unter Hinzuziehung arbeitsrechtlicher Grundsätze ergibt.⁵⁴

Bei Beachtung herkömmlicher Gestaltungsweisen im Arbeitsrecht mag eine derartige Schadensregelung schlüssig erscheinen. Sie versagt jedoch unter der Maxime, die Richtlinie Nr. 76/207/EWG⁵⁵ in innerstaatliches Recht umzusetzen, gleich zweifach. Während dort ausdrücklich die Gleichbehandlung beim *Zugang* zur Beschäftigung⁵⁶ verwirklicht werden soll, beschränkt sich der RegE auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses.⁵⁷

Dieser wesentlich engere,⁵⁸ bei Einhaltung der Systematik des BGB wohl unvermeidbare Tatbestand erfaßt nicht die Diskriminierung von Frauen durch den geschlechtsspezifischen Stellenanzeigenmarkt,⁵⁹ der Bestandteil und zugleich Voraussetzung des geteilten Arbeitsmarktes für Männer und Frauen ist.⁶⁰ Der weite Begriff des Zugangs hätte hier eine andere Gestaltung erfordert.

Wenn bereits Stellenanzeigen nicht dem Tatbestand unterfallen, so ergibt sich eine besondere Schadensproblematik. Bewirbt sich eine Frau auf eine geschlechtsneutral annoncierte Stelle und wird sie wegen ihres Geschlechts⁶¹ abgelehnt, so wäre es geradezu lebensfremd gewesen, wenn sie während ihrer Bewerbungszeit auf eine sachgerechte Bearbeitung ihrer Bewerbung vertraut und sich *deswegen* eine anderweitige Stelle hätte entgehen lassen.⁶² Aber nur bei dieser wohl höchst unüblichen Sachlage würde ein Schadensersatzanspruch gem. § 611 a Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 611 a Abs. 1 Satz 1 RegE der abgelehnten Bewerberin *de lege ferenda* wirklich nützen.⁶³

50 A. a. O.

51 A. a. O., Begr. S. 15.

52 Anders, wenn ein solcher Anspruch arbeits- oder tarifvertraglich vereinbart ist, BAG, AP Nr. 2 zu § 319 BGB.

53 Vgl. BAG, AP Nr. 38 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

54 So der RegE, a. a. O., S. 16.

55 A. a. O.

56 Vgl. Wortl. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie, a. a. O.

57 Vgl. Wortl. § 611 a Abs. 1 Satz 1 RegE.

58 Auch der Begriff der Maßnahme und der der Vereinbarung in § 611 a Abs. 1 Satz 1 RegE laufen hier leer. Das sieht auch der RegE, a. a. O., S. 12.

59 Beispiele bei Renger, a. a. O., S. 12.

60 Vgl. Beck-Gernsheim, Der geschlechtsspezifische Arbeitsmarkt, 1976, S. 2 ff.

61 Voraussetzung ist hier, daß das Geschlecht keine Berufsqualifikation i. S. d. § 611 a Abs. 1 Satz 2 RegE ist.

62 Die schwierige Beweislage mag dahinstehen.

63 Der Einwand, die Bewerberin hätte nicht auf diskriminierungsfreie Behandlung vertrauen dürfen, sei

Für die sicherlich häufigeren Fälle, in denen der Arbeitgeber gleich bei der ersten Anfrage oder sofort auf die Bewerbung hin mitteilt, daß er keine Frauen einstellt, müßten als Schaden nur die Kosten für das Telefongespräch bzw. Porto ersetzt werden.⁶⁴ Damit wird auf eine wirksame Sanktion zugunsten der Beschwerten und zu Lasten des Diskriminierers verzichtet.

4. Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit (§ 612 Abs. 3 RegE)

Weiterhin enthält der RegE ein Verbot der Lohndiskriminierung. Der Grundsatz der Lohngleichheit ist zwar innerstaatlich seit langem anerkannt,⁶⁵ aber erst jetzt wird für das deutsche Recht ausdrücklich niedergelegt, was die Richtlinie Nr. 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen⁶⁶ fordert: § 612 Abs. 3 S. 1 RegE erstreckt die Lohngleichheit auf »gleichwertige Arbeit«, bestimmbar nach Kriterien der Arbeitswissenschaft und der allgemeinen Verkehrsanschauung, insbesondere nach der Praxis der Tarifvertragsparteien oder betrieblicher Übung, und auf Einzelarbeitsverträge.⁶⁷

§ 612 Abs. 3 S. 2 RegE stellt im Anschluß an die Rechtsprechung des BAG⁶⁸ fest, daß die zugunsten von Frauen geltenden Schutzvorschriften⁶⁹ nicht zur Vereinbarung geringerer Vergütung berechtigen.⁷⁰ Gem. § 612 Abs. 3 Satz 3 RegE soll hier die Beweislastregelung des § 611 a Abs. 1 Satz 3 entsprechende Anwendung finden.⁷¹

In Anbetracht der Tatsache, daß Löhne und Gehälter von Frauen bei weitem unter denen der Männer liegen,⁷² was nicht auf das unterschiedlich vorhandene Qualifikationsniveau⁷³ zurückzuführen ist,⁷⁴ könnte dieser Rechtsregelung praktische Bedeutung zukommen. Allerdings läßt die frühere Rechtsprechung⁷⁵ keine extensivere Beurteilung des Gleichwertigkeitsbegriffs erwarten.

Obwohl mittlerweile auch die Leichtlohngruppen in einigen Branchen durch anderweitige Vorschriften ersetzt wurden, wird dort der Lohn der Frau weiterhin größtenteils nach den untersten Kategorien bestimmt.⁷⁶ Um die Beseitigung dieser faktischen Diskriminierung voranzutreiben, ist eine Präzisierung des Lohngleichheitssatzes erforderlich,⁷⁷ die das deutsche Recht bislang vermissen läßt. Zwar ist

mißbräuchlich, so der RegE, a. a. O., S. 15. Dies ist bei Bewerbungen auf geschlechtsspezifische Annoncen jedoch zweifelhaft.

64 Ähnlich auch Dix, a. a. O. (Fn. 44), S. 363.

65 Dazu ausführlich: Maier, Das Recht der Frau auf gleichen Lohn und gleiche Arbeitsbedingungen, in: Renger, a. a. O., S. 105 ff.

66 ABl. EG Nr. L 45, S. 19 (siehe Anhang).

67 A. a. O.

68 BAG, AP Nr. 4, Nr. 7 und Nr. 16 zu Art. 3 GG.

69 Übersicht bei Dobberthien, ZRP 1976, S. 105 ff.; ferner Köbl, Die Frau im Arbeitsrecht, 1975.

70 Zuletzt BAG, AP Nr. 39 zu § 242 BGB.

71 Zur Begründung siehe RegE, a. a. O., S. 17.

72 Vgl. Statistisches Bundesamt (Hg.): Fachserie 16, Löhne und Gehälter, Reihe 2.1 und 2.2, Juli 1978.

73 So aber offenbar Zöllner, a. a. O., D 166 f.

74 Facharbeiterinnen verdienen im Schnitt weniger als männliche Hilfsarbeiter. Vgl. Statistisches Bundesamt, a. a. O.

75 Vgl. BAG, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG, das den Einstieg von den Frauen- in die Leichtlohngruppen eröffnete: »... Sollte eine solche Methode (Umbau der Lohnkategorien, d. Verf.) dazu führen, daß Frauen alsdann geringer entlohnt werden, weil gerade sie es sind, die die leichtere oder überwiegend leichtere Arbeit leisten, so bestehen dagegen keine rechtlichen Bedenken.«

76 Löwisch, Gutachten D, 50. DJT 1974, Bd. I D 26 ff.

77 Siehe z. B. den englischen Equal Pay Act 1970; dazu Lauschke, RdA 1971, S. 277.

Setzung diesbezüglicher Maßstäbe die originäre Aufgabe der Tarifvertragsparteien, eine präzisere Ausgestaltung als die in § 612 Abs. 3 Satz 1 und 2 RegE vorgegebene könnte jedoch auch durch den Gesetzgeber angezeigt sein. Die oben⁷⁸ dargelegten Bedenken gegen die analog anwendbare Beweislastregelung des § 611 a Abs. 1 Satz 1 RegE gelten hier verschärft.

5. Das Maßregelungsverbot (§ 612 a RegE)

Immerhin enthält der RegE in § 612 a ein Maßregelungsverbot, das über Art. 7 der EG-Richtlinie vom 9. Februar 1976⁷⁹ ebenso hinausgeht wie über Art. 5 der Richtlinie vom 10. Februar 1975.⁸⁰ Danach sollten bloß Kündigungen untersagt werden, die Reaktion des Arbeitgebers auf eine zulässige Rechtsausübung des Arbeitnehmers sind. Das deutsche Maßregelungsverbot weitet dieses besondere Benachteiligungsverbot auf alle Benachteiligungen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses (»... bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme...«) aus. Diese Gestaltung ist wegen der großen Bedeutung des Maßregelungsverbots für den Arbeitsalltag sachgerecht.⁸¹ Auch bietet das Tatbestandsmerkmal der zulässigen Rechtsausübung keine besonderen Auslegungsschwierigkeiten, weil diese ihre Grenze in der Verletzung arbeitsvertraglicher oder gesetzlicher Pflichten hat.

Problematisch ist hier jedoch wieder die für effektiven Rechtsschutz erhebliche Frage der Verteilung der Beweislast. Der RegE verzichtet auf einen Anscheinsbeweis i. V. m. der Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Maßregelung, so daß die gemäßregelte Arbeitnehmerin nach allgemeinen Grundsätzen beweisen muß, daß sie gemäßregelt worden ist. Das aber wird ihr vielfach nicht gelingen können.

6. Auswirkungen und mutmaßliche Wirkungschancen des RegE

Während der Referentenentwurf vom 10. 5. 78 noch davon ausging, die vorgesehene gesetzliche Regelung würde Frauen »ermutigen«, gegen die bestehende Benachteiligung vorzugehen,⁸² versagt sich der Kabinettsbeschluß vom 13. Juni 1979 diese hoffnungsfrohe Prognose zu Recht. Denn eine solche Wirkung erscheint aus mehreren Gründen unwahrscheinlich.

Wesentliche Voraussetzung für die Wahrnehmung von Rechten ist ihre Kenntnis. Art. 8 der Richtlinie Nr. 76/207/EWG schreibt deshalb vor, daß die in Anwendung der Richtlinie ergehenden sowie die bereits geltenden einschlägigen Vorschriften in geeigneter Form bekanntgemacht werden sollen, beispielsweise in den Betrieben.⁸³ Dem deutschen Recht ist eine solche Bekanntmachung z. B. durch Aushang⁸⁴ nicht fremd. Deshalb ist es unverständlich, daß der RegE keine diesbezügliche Regelung enthält.

Bekannte und anerkannte Bedingungen der faktischen Wirksamkeit von Gesetzenormen sind u. a. die Schwere des angedrohten Nachteils für die Übertretung und

⁷⁸ Teil 2.

⁷⁹ A. a. O., s. Anhang.

⁸⁰ A. a. O.

⁸¹ RegE, a. a. O., Begr. S. 17.

⁸² Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, S. 2 der Übersicht.

⁸³ A. a. O., s. Anhang.

⁸⁴ Siehe § 24 AZO; § 21 LadSchlG; § 18 MuSchuG; § 47 JArbSchG.

die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts.⁸⁵ Gerade sanktionsmäßig aber läuft der RegE leer. Auf Überwachung und Kontrolle der Diskriminierung wird völlig verzichtet.⁸⁶

Zwar existiert seit Juli 1979 im Bundesfamilienministerium ein Arbeitsstab Frauenpolitik, geleitet von einer Frauenbeauftragten des Bundes, die auf die Beseitigung praktischer Benachteiligungen hinwirken soll, jedoch kann diese Einrichtung weder über Untersuchungs- oder Eingriffsbefugnisse noch über Sanktionskompetenzen verfügen.^{87, 88}

Dies sind Mängel, die in anderen Bereichen des Arbeitsrechts vielleicht durch die Tätigkeit organisierter Interessen kompensiert werden mögen, da Frauen aber über keine »gegnerfreie« Interessenvertretung⁸⁹ verfügen können, wiegen sie hier um so schwerer.

Neben den Zugangsbarrieren zur Justiz, die die Rechtsgenossen unabhängig von ihrer Geschlechtszugehörigkeit an der Durchsetzung ihrer Rechte hindern,⁹⁰ steht bei Frauen wohl auch die vielfach vorfindbare Einstellung entgegen, Recht lediglich als moralische Gerechtigkeit im Rahmen persönlicher Beziehungen zu begreifen, auf die eigenständige Durchsetzung von Rechten in einem förmlichen Verfahren aber eher zu verzichten⁹¹. Hinzu kommt die Erwartung, sozialer Stigmatisierung im Arbeitsumfeld ausgesetzt zu sein. Aus diesen Gründen dürfte die Verwirklichung von Lohn- und Chancengleichheit, wie sie die EG-Richtlinien fordern, nicht nur von einzelnen Beschwerden abhängig gemacht werden. Der Mangel an faktischer Rechtskompetenz von Frauen wird dadurch verstärkt, auf Anreize zur Organisation von Interessen verzichtet.

IV. Ergebnis

Der RegE versagt in wesentlichen Teilen vor den Anforderungen der Europäischen Gemeinschaft und ist nicht geeignet, die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Erwerbsleben zu verwirklichen. Er ist ein Beispiel dafür, daß in der Bundesrepublik zwischenstaatliche Verbindlichkeiten die Frauenerwerbstätigkeit betreffend im Prozeß ihrer Umsetzung in innerstaatlich geltendes Recht in ihrem Geltungsanspruch erheblich vermindert werden.

Vera Slupik

85 Noll, Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen, in: Jb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 4, S. 380 ff.

86 Hier zeigt sich die Schwäche einer ausschließlich zivilrechtlichen Regelung.

87 Vgl. dazu Sozialdemokrat Magazin Nr. 5/78, S. 19; Tagesspiegel vom 1. 7. 79, S. 42; Stern Nr. 27/1979, S. 160. Auch auf Länderebene (Hamburg, Berlin u. a.) existieren derartige Einrichtungen mittlerweile.

88 Von einer Regelung wie sie in den USA gilt, nach der Staatsaufträge an die Privatwirtschaft davon abhängig gemacht werden, daß die jeweilige Firma die Geschlechtsdiskriminierung unterläßt und einen sogenannten affirmative action plan zur Herstellung nichtdiskriminierender Verhältnisse bei der Beschäftigung von Arbeitnehmern aufstellt, ist die Bundesrepublik wohl noch weit entfernt. Vgl. Executive Order 11246, as amended by Executive Order 11375; Federal Contract Compliance Program; Revised Order No. 4: Affirmative Action Program Guidelines of the Offices of Federal Contract Compliance.

89 Anschaulich: Pinl, Das Arbeitnehmerpatriarchat. Die Frauenpolitik der Gewerkschaft, 1977.

90 Bender/Strecker, Zugangsbarrieren zur Justiz, in: a. a. O. (Fn. 85), Bd. 4, S. 380 ff.; vgl. auch S. Bajohr/V. Rödiger-Bajohr, Die Diskriminierung der Juristin in Deutschland bis 1945, in diesem Heft.

91 Klein-Schonfeld, KrimJ 1978, S. 252 ff.

1. Entwurf eines Gesetzes über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) (BR-Drucksache 353/79)

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 400-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. Mai 1979 (BGBl. I S. 509), wird wie folgt geändert:

1. Hinter § 611 wird folgender § 611 a eingefügt:

*§ 611 a

(1) Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist. Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, daß nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist.

(2) Ist ein Arbeitsverhältnis wegen eines von dem Arbeitgeber zu vertretenden Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 nicht begründet worden, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, daß er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben. Satz 1 gilt beim beruflichen Aufstieg entsprechend, wenn auf den Aufstieg kein Anspruch besteht.

(3) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot verjährt in zwei Jahren.*

2. In § 612 wird folgender Absatz 3 angefügt:

(3) Bei einem Arbeitsverhältnis darf für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung wird nicht dadurch gerechtfertigt, daß wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers besondere Schutzvorschriften gelten. § 611 a Abs. 1 Satz 3 ist entsprechend anzuwenden.*

3. Hinter § 612 wird folgender § 612 a eingefügt:

*§ 612 a

Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.*

2. Richtlinie des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 39, S. 40)

Art. 1

(1) Diese Richtlinie hat zum Ziel, daß in den Mitgliedsstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Berufsbildung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und in bezug auf die soziale Sicherheit unter den in Abs. 2 vorgesehenen Bedingungen verwirklicht wird . . .

Art. 2

(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand – erfolgen darf.

(2) Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und gegebenenfalls die dazu jeweils erforderliche Ausbildung, für die das Geschlecht aufgrund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.

Art. 7

Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen, um Arbeitnehmer vor jeder Entlassung zu schützen, die eine Reaktion des Arbeitgebers auf eine Beschwerde im Betrieb oder gerichtliche Klage auf Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung darstellt.

Art. 8

Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, daß die in Anwendung dieser Richtlinie ergehenden Maßnahmen sowie die bereits geltenden einschlägigen Vorschriften den Arbeitnehmern in jeder geeigneten Form bekanntgemacht werden, beispielsweise in den Betrieben.

3. Richtlinie des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. EG Nr. L 45, S. 19)

Der in Artikel 119 des Vertrages genannte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, im folgenden als »Grundsatz des gleichen Entgelts« bezeichnet, bedeutet bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, die Beseitigung jeder Diskriminierung auf Grund des Geschlechts in bezug auf sämtliche Entgeltsbestandteile und -bedingungen.

Insbesondere muß dann, wenn zur Festlegung des Entgelts ein System beruflicher Einstufung verwendet wird, dieses System auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, daß Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts ausgeschlossen sind.

Der Prozeß gegen den Trikont-Verlag

I. Prozeßgeschichte

Das Buch, um das es bei dem Prozeß geht, ist die Autobiographie von Michael »Bommi« Baumann mit dem Titel »Wie alles anfing«. Bommi Baumann, der heute noch steckbrieflich gesucht wird, war Mitglied der Bewegung 2. Juni, zog sich später jedoch vom bewaffneten Untergrund zurück, kritisierte ihn, ohne sich von seinen ehemaligen Kampfgefährten zu distanzieren.¹

»Wie alles anfing« ist – zumindest für den Juristen, der meint, das Buch in Paragraphen zwingen zu müssen – sehr widersprüchlich: Baumann hält etwa die Lorenz-Entführung für ein »wirkliches Meisterwerk der europäischen Stadtguerilla«, um wenig später seine ehemaligen Mitkämpfer zum »Wegschmeißen der Knarre« aufzufordern. Er spricht von der »völlig sinnlosen Bomberei jede Nacht irgendwo« und meint danach »ich stehe immer noch hinter allen Sachen, die ich gemacht habe . . .«. Diese Widersprüchlichkeiten haben die Justiz in heilloser Verwirrung gestürzt; es existieren eine Vielzahl von Entscheidungen, die sich mit dem Buch beschäftigen und die zu völlig verschiedenen Ergebnissen bei seiner juristischen Bewertung kommen. Die vor vier Jahren mit der ersten Beschlagnahme eröffnete Prozeßgeschichte ist daher, auch wenn man sich auf die wichtigsten Urteile und Beschlüsse beschränkt, immer noch unübersichtlich und kompliziert genug:²

- 19. 11. 75 Erste Beschlagnahme des Buches durch das AG München. Die Staatschutzkammer des LG München I bestätigt diese Maßnahme. (Az: ERI Gs 1271/75).
- 18. 05. 76 Die Staatsanwaltschaft beim Landgericht München I erhebt gegen die beiden Geschäftsführer des Trikont-Verlages Anklage, die auf die §§ 140 und 131 StGB gestützt ist.³
- 23. 06. 76 Neuherausgabe des beschlagnahmten Buches von über 300 Personen und Verlagen (Zweitaufgabe).⁴

¹ Das Buch »Wie alles anfing« ist momentan erhältlich in einer von vielen Verlagen und Personen herausgegebenen Ausgabe: München 1979, Auslieferung SOVA-Ffm.

² Zur Prozeßgeschichte und politischen Einschätzung des Buches gibt es eine ausführliche Dokumentation mit Auszügen aus den Gerichtsgutachten, Pressekommentaren usw.: »Ein Buch wird verboten«, herausgegeben von J. Arnold und P. Schult, Trikont-Verlag, München 1979.

³ § 140 StGB: »Wer eine der in § 138 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 und in § 126 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 genannten rechtswidrigen Taten, nachdem sie begangen oder in strafbarer Weise versucht worden ist,

1. belohnt oder
2. in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) billigt,
wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.«

⁴ »Wie alles anfing«, Anabas-Verlag und 19 andre Verlage, Druck van Gennep Niederlande, Ffm 1976.