

# Festrede

## Der lange Weg zur Gleichberechtigung

Ingrid Schmidt



Ingrid Schmidt  
Präsidentin des  
Bundesarbeitsgerichts,  
Erfurt

### I. Einleitung

Im Jahre 1995 erhält Christine Nüsslein-Volhard als erste deutsche Forscherin den Nobelpreis für Medizin. Im November 2005 wird Angela Merkel Kanzlerin. Erstmals in der mehr als 1000-jährigen deutschen Geschichte führt eine Frau die Regierungsgeschäfte<sup>1</sup>. Im Juli 2007 wird zum ersten Mal in der 123-jährigen Geschichte des traditionsreichen Wimbledon-Turniers das gleiche Preisgeld für Damen und Herren gezahlt und selbst die Kronjuwelen im Londoner Tower werden neuerdings von einer Schottin bewacht, die als erste Frau in der 500-jährigen Geschichte der „Beefeater“ ihren Dienst angetreten hat<sup>2</sup>.

Sind Frauen in unserer Gesellschaft und europaweit unaufhaltsam auf dem Vormarsch? Ist das Ziel der Gleichberechtigung im Beruf zum Greifen nahe? Mit einem vorbehaltlosen „Ja“ zu antworten fällt dennoch schwer.

Noch immer fehlt es an Chancengleichheit in der Wissenschaft, wenn nur 5.700 von 37.900 Professorenstellen mit Frauen besetzt sind<sup>3</sup>. Noch immer kann von Chancengleichheit beim beruflichen Aufstieg nicht die Rede sein, wenn der Frauenanteil in den Vorständen der 87 größten bundesdeutschen Unternehmen nur bei einem Prozent liegt, in der breiter definierten Kategorie der Fach- und Führungskräfte nicht einmal ein Drittel beträgt und es in den Spitzenpositionen der Landesministerien auch nicht besser aussieht<sup>4</sup>. Noch immer sind wir von Chancengleichheit beim Erwerbseinkommen weit entfernt, wenn sich die geschlechterbedingte Einkommensdiskriminierung in Westdeutschland auf 32 Prozentpunkte und in Ostdeutschland auf 24 Prozentpunkte beläuft<sup>5</sup> und es Schätzungen zufolge noch 150 Jahre dauern soll, bis solche Einkommensunterschiede eingebettet sind<sup>6</sup>.

Seit mehr als 50 Jahren verlangt das GG die Gleichbehandlung von Männern und Frauen, seit mehr als 50 Jahren gilt in der EU der Grundsatz des gleichen Lohns für gleiche oder gleichwertige Arbeit. Aber bis heute haben diese Prinzipien weder zur völligen Beseitigung des geschlechtsspezifischen Entgeltdifferenz noch für vollständige Chancengleichheit im Beruf gesorgt.

Das mag daran liegen, dass es eben nicht eine Ursache für die geschlechtsbedingte Benachteiligung von Frauen gibt, an deren Beseitigung allein durch Gesetze und deren konsequenter Vollzug angesetzt werden könnte. Vielmehr führen – einzelne Untersuchungen haben das gezeigt – unterschiedliche, sich wechselseitig verstärkende Faktoren zu den geschlechtsbezogenen Differenzierungen im Berufsleben, die sich wie etwa das Bedürfnis nach Teilzeitarbeit, die Übernahme von Kinderbetreuungsaufgaben oder die Konzentration von erwerbstätigen Frauen auf weniger als zehn Beschäftigtengruppen, einer gezielten rechtlichen Steuerung schwerlich zugänglich sind. Andererseits kann und muss Recht, muss Arbeitsrecht einen Beitrag zur effektiven Gleichstellung der Geschlechter leisten, nicht zuletzt deswegen, weil es den hierfür ebenso notwendigen Prozess des gesellschaftlichen, des kulturellen Wandels unterstützen und verstärken kann.

Immerhin, die Förderung der Berufstätigkeit von Frauen ist über den Umweg des lästigen Gedöns vom ursprünglich feministischen Projekt zum gesellschaftlichen Konsensthema geraten<sup>7</sup>. In diesem Zusammenhang möchte ich anhand einiger Beispiele den Beitrag des Arbeitsrechts und der Arbeitsgerichtsbarkeit zum Abbau der geschlechtsbezogenen Benachteiligung von Frauen im Erwerbsleben darstellen, um bewerten zu können, ob und inwieweit hierdurch die berufliche Gleichstellung beeinflusst worden ist oder werden kann. Befassen möchte ich mich mit der Entgeltgleichheit, dem Zugang zum Beruf und dem Frauenarbeitsschutz.

### II. Die Ausgangslage

Zentrale Aufgabe der Rechtsprechung ist, bei konkreten Konflikten Rechtsfrieden zu stiften, strei-

1 „Die Zukunft ist weiblich“, Capital Nr. 10/2006, S. 14.

2 SPIEGEL ONLINE 3.9.2007.

3 FR 14. 7. 2007 „Frauenförderung fängt im Kindergarten an“.

4 Capital a.a.O. S. 19. Danach liegt der Frauenanteil bei den beamteten Staatssekretären und Amtsleitern in der Spalte (Berlin, Niedersachsen, Schleswig-Holstein) bei 20 %, bei den Schlusslichtern Thüringen, Sachsen-Anhalt, Bayern zwischen 2 % und 5 %.

5 Bundesarbeitsblatt 12/2005 S. 4 ff., „Was ist uns die Frauenerwerbstätigkeit wert?“.

6 SPIEGEL online 29.7.2006 „Frauen verdienen erst in 150 Jahren so viel wie Männer“.

7 Die Zeit Nr. 33 vom 9.8.2007 S. 3 „Viel Sehnsucht, viel Angst“.

tende Menschen zu verstehen und zu überzeugen und – im Falle der Revisionsgerichte – für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sorgen und das Recht fortzubilden, vor allem wenn grundrechtliche Schutzpflichten dies erfordern<sup>8</sup>. Das dazu notwendige Handwerkszeug liefern üblicherweise Normen; im Arbeitsleben auch solche, die auf die Verantwortung von Tarifvertragsparteien und Betriebsparteien zurückgehen.

Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes könnte man meinen, dass die demokratische Legitimation des Gesetzgebers und die mitgliedschaftlich begründete von Tarifvertragsparteien sichere Garanten einer Gleichbehandlung der Geschlechter im Berufsleben sind und eine sachwidrige Benachteiligung wegen des Geschlechtes ausschließen. Im Geiste dieses – eher verfassungstheoretisch begründeten – Optimismus ist denn auch der Kanon an Normen zur Sicherstellung der Gleichbehandlung und Gleichberechtigung im Erwerbsleben – ganz im Sinne heutiger Entbürokratisierungsenthusiasten – recht schmal geraten. Vertrauend auf die eigene Redlichkeit und die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sollte es genügen, mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG a.F. der jahrhundertealten und tief verwurzelten Benachteiligung von Frauen beikommen zu können. Da störte wenig, dass es sich um allgemeine verfassungsrechtliche Prinzipien handelt, ohne jede Rechtsfolgenanordnung, in hohem Maße ausfüllungsbedürftig und wertungsgebunden<sup>9</sup>, als staatsgerichtete Grundrechte nicht ohne weiteres auf privatrechtlich begründete Arbeitsverhältnisse anwendbar und zur Kontrolle tarifautonomer Regelungen nicht ohne weiteres tauglich.

Unterstützung erhielt der grundrechtliche Diskriminierungsschutz allerdings durch das gemeinschaftsrechtliche Lohngleichheitsgebot. Der EuGH hatte ihm unmittelbare Wirkung zugesprochen. Es war damit für den nationalen Gesetzgeber ebenso wie für Tarif- und Betriebsparteien oder Privatpersonen in Arbeitsverhältnissen verbindlich; es war auch mit einer konkreten Rechtsfolge versehen, der Angleichung an den höheren Standard. Ganz offensichtlich hatten die Richter und Richterinnen des EuGH von Anfang an ein gesundes Misstrauen gegenüber den Mitgliedstaaten entwickelt und wollten den Schutz und die Herstellung der Gleichberechtigung nicht von deren Ausführungsbestimmungen abhängig machen<sup>10</sup>.

Das Misstrauen war nicht unberechtigt. Auch der BRD fiel es stets schwer, die gemeinschaftsrechtlichen Gleichheits- und Gleichbehandlungsanforderungen<sup>11</sup> adäquat und fristgerecht in nationales Recht umzusetzen. Die erst im vergangenen Jahr vollzogene Kodifizierung der unterschiedlichen Antidiskriminierungsrichtlinien im AGG ist dafür beispielgebend. Immerhin, dem Gemeinschaftsrecht verdankten wir beginnend in den 80er Jahren und in nachgebesserter Form ab 1993 die geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverbote des § 611a/b BGB und § 612 Abs. 3 BGB, beide abgelöst durch das AGG, sowie seit 1985/2001 das Diskrimi-

nierungsverbot in Art. 1 § 2 BeschFG 1985 für Teilzeitbeschäftigte.

Ein effektiver Schutz vor Benachteiligung kommt ohne institutionelle Hilfen und verfahrensrechtliche Absicherungen nicht aus. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass die Überzeugungskraft von Regelungen und damit der Erfolg staatlicher Konfliktlösung davon abhängt, welche Verfahren der Staat zur Bewältigung dieser Konflikte bereit stellt und ob sie von den Betroffenen auch wahrgenommen werden können<sup>12</sup>. Diese rechtssoziologische Selbstverständlichkeit ist in unserem Verfahrensrecht kaum angekommen. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren war und ist der Kampf gegen Diskriminierung Privatsache der betroffenen Arbeitnehmerin. Sie muss persönlich gegen ihren Arbeitgeber nicht nur dann vorgehen, wenn die geschlechtsbedingte Benachteiligung auf einer von ihm zu verantwortenden Handlung beruht, sondern auch dann, wenn für die Ungleichbehandlung ein kollektives tarifliches System verantwortlich ist und auch, wenn sie nicht als Individuum sondern als Mitglied einer Gruppe unrechtmäßig behandelt wird. Kurz gesagt steht für die Kontrolle der kollektiven Rechtssetzung, der gruppenbezogenen Benachteiligung kein darauf abgestimmtes prozessuales Verfahren zur Verfügung. Das nunmehr in § 17 Abs. 2 AGG bei einer groben Verletzung von AGG-bezogenen Arbeitgebertarifpflichten geregelte Klagerrecht von Betriebsräten und Gewerkschaften sowie die in § 23, § 28 AGG normierten Unterstützungsbefugnisse von Antidiskriminierungsverbänden und -stellen werden das Verfahrensdefizit bis heute nicht kompensieren können. Im Grunde bleibt es dabei, dass die Arbeitsgerichte geschlechtsbezogene Benachteiligungen im Beruf nur anhand einer individuellen Benachteiligung der jeweiligen Klägerin beurteilen und bezogen auf den Einzelfall korrigieren können. Eine Kompetenz zur Verwerfung tariflicher Regelungen fehlt.

### III. Entgeltgleichheit

Es begann mit einem Paukenschlag. In mehreren – für die damalige Zeit progressiv erscheinenden – Urteilen verhalf das erst 1954 errichtete Bundesarbeitsgericht dem aus Art. 3 Abs. 2 GG abgeleiteten Grundsatz der Lohngleichheit von Frauen und Männern schon 1955 zum Durchbruch und erklärte eine tarifliche – also kollektivrechtliche Regelung –, die Frauenlöhne generell auf 80 Prozent der jeweiligen Männerlöhne abgesenkte, für nichtig<sup>13</sup>. Damit war das Gericht seiner Zeit weit voraus, grundrechtsdogmatisch wie gesellschaftlich. Die Staatsrechtslehrer stritten noch über die Gelung von Grundrechten für das Privatrecht und die Bindung von Tarifvertragsparteien an Grundrechte; in der Gesellschaft

<sup>8</sup> Dieterich, RdA 1993, 67, 70.

<sup>9</sup> Wiedemann, S. 13 ff.

<sup>10</sup> Wiedemann, S. 31.

<sup>11</sup> Nachweise bei ErfK-Schlachter § 1 AGG Rn. 2.

<sup>12</sup> Raiser, FR 24.7.2007, „Woher kommt unser Rechtsbewusstsein?“.

<sup>13</sup> BAG 15.1.1955 AP GG Art. 3 Nr. 4; Wiedemann, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001, S. 3.



Tagung im Hotel Radisson SAS Erfurt am 21. September 2007, auf dem Podium: Eva Maria Welskop-Deffaa, Leiterin der Abteilung Gleichstellung im BMFSFJ, Berlin; Prof. Dr. Sibylle Raasch, Universität Hamburg, Vorsitzende der djb-Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht; Dr. Martina Köppen, Leiterin der Antidiskriminierungsstelle des Bundes in Berlin; Prof. Dr. Heide Pfarr, Wissenschaftliche Direktorin des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts in der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf (v.l.n.r.). Foto: KS.

Tagungsplenum. Foto: KS.

war die Auffassung, Frauenarbeit sei weniger wert als Männerarbeit, weitgehend konsensfähig<sup>14</sup>. Sogar Tarifverträge brachten diese Wertigkeit noch bis zum Beginn der 70er Jahre zum Ausdruck; die letzten tariflichen Lohnabschlagsklauseln sollen erst im Jahre 1972 abgeschafft worden sein<sup>15</sup>. Dessen ungeachtet waren die Arbeitsgerichte bemüht, das Lohnungleichheitsgebot durchzusetzen, auch im Bereich der Prämien, auch bei den Sonderzahlungen und auch bei den Zulagen<sup>16</sup> und erst jüngst wieder bei der Bezahlung von Lehrerinnen, die an einer Privatschule unterrichten<sup>17</sup>.

Dennoch, auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war aller Progressivität zum Trotz dem damaligen Zeitgeist verhaftet. In den wegweisenden Urteilen zur Gelung des Lohnungleichheitsgebots für tarifliche Vergütungssysteme regte das Bundesarbeitsgericht zugleich an, geringer zu vergütende Leichtlohngruppen zu bilden und diese mit Frauen zu besetzen. Es hat damit die Blaupause für eine mittelbare Diskriminierung von Frauen gleich mitgeliefert, führen doch in der Logik dieser Denkweise geringere körperliche Belastungen zu einer niedrigeren Bewertung der Tätigkeit, während die körperliche Schwere von Arbeiten eine Eingruppierung in eine höhere Tätigkeitsgruppe bedingt. Die tarifliche Anknüpfung für Entgeltunterschiede ist vom Wortlaut her geschlechtsunspezifisch formuliert, honoriert aber im Ergebnis die von männlichen Arbeitern geleistete Muskelarbeit höher als die Tätigkeit von Arbeiterinnen, bei denen die Belastung von Nerven und Sinnen im Vordergrund steht. Diese Sicht korrigierte das Bundesarbeitsgericht erst 33 Jahre später in einem Urteil vom 27. April 1988 und seitdem in ständiger Rechtsprechung durch eine entsprechende Auslegung solcher Tarifmerkmale, indem es den Begriff der Schwere der Arbeit nicht mehr nach dem Ausmaß der Muskelbeanspruchung, sondern auch danach bestimmt, ob sich die Arbeit auf den Menschen insgesamt belastend auswirkt und zu körperlichen Reaktionen führt<sup>18</sup>.

Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung war dem deutschen Arbeitsrecht zunächst fremd. Auch die Phantasie

der Richter und der jeweils einzigen Richterin am Bundesarbeitsgericht reichte nicht aus sich vorzustellen, dass Regelungen auf die unterschiedliche Prägung und Lebenssituation von Männern und Frauen keine Rücksicht nehmen, sich im Grunde allein an der Lebenssituation von Männern orientieren und deshalb Frauen benachteiligen. Ohne den EuGH und den Einfluss des Gemeinschaftsrechts hätte es wohl noch länger gedauert, die frauendiskriminierende Wirkung von Regelungen zu erkennen, deren Benachteiligungen an scheinbar geschlechtsneutralen Merkmalen anknüpfen, Frauen ungleich häufiger als Männer betreffen, ohne durch einen objektiven Grund gerechtfertigt zu sein.

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung entwickelte der EuGH nach US-amerikanischem Vorbild anhand des privatrechtlichen Art. 119 EGV, nunmehr Art. 141 EG und der diesen konturierenden LohnungleichheitsRL<sup>19</sup>. Mit angestoßen hat diese Rechtsentwicklung ein Vorlagebeschluss des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtssache *Bilka*<sup>20</sup>, der danach fragte, ob der Ausschluss Teilzeitbeschäftigter von einer betrieblichen Altersversorgung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Lohnungleichheitsgebot vereinbar ist, weil die beanstandete Regelung überwiegend Frauen betraf, die damals wie heute den Hauptteil der Teilzeitbeschäftigten stellen. Mit der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Jenkins*<sup>21</sup> und *Bilka*<sup>22</sup> hat das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdis-

14 Pfarr, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 779.

15 Bundesregierung, BT-Drucks. 8/4156; Pfarr a.a.O. S. 780.

16 Übersicht bei Pfarr, a.a.O. (FN 7), S. 784.

17 BAG 14.8.2007 – 9 AZR 943/06 – zVv.

18 BAG 27.4.1988 – 3 AZR 707/87 – BAGE 58, 184 (Kabelflechten); 29.7.1992 AP TVG § 1 Einzelhandel Nr. 32 Auszeichnerin im Einzelhandel; vgl. Feldhoff, Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, 1998, S. 92 ff.

19 Winter, Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, 1998, S. 241 ff.

20 BAG 5.6.1984 AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 3.

21 EuGH 31.3.1981 AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 2.

22 EuGH 13.5.1986 AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 10.



Auf dem Podium: Claudia Förster, Leiterin des Bereiches PED People & Expert Development in der T-Systems ES, Diversity-Beauftragte T-Systems, Bonn; Dr. Regine Winter, Rechtsreferentin am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Straßburg, Mitglied der djb-Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht; Eva Maria Welskop-Deffaa, Leiterin der Abteilung Gleichstellung im BMFSFJ, Berlin (v.l.n.r.). Foto: KS.

kriminierung handhabbare Konturen angenommen, die den Arbeitsgerichten die Durchsetzung dieses Benachteiligungsverbots erheblich erleichterten. Für die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung genügt der bloße statistische Vergleich zweier Gruppen, das Überwiegen von Frauen in der benachteiligten Gruppe und das Fehlen eines objektiven Rechtfertigungsgrundes<sup>23</sup>. Ausgestattet mit einer Beweislastverteilung zugunsten der Anspruchstellerin und versehen mit einer Rechtsfolge, die dem Fortbestand einer mittelbaren Diskriminierung durch Angleichung nach oben die Grundlage entzieht, hat sich das gemeinschaftsrechtliche Verbot der mittelbaren Diskriminierung trotz vieler offener Fragen als ein doch einigermaßen wirkungsvolles Instrument erwiesen, gerade Entgeltbenachteiligungen, die auf der Verrichtung von Teilzeitarbeit beruhten, zu begegnen. Dieser Erkenntnis hat sich dann letztlich auch nicht die nationale Gesetzgebung verschlossen, indem sie den Hauptanwendungsfall der mittelbaren Benachteiligung von Frauen, also ihre Rolle als Teilzeitbeschäftigte, mit § 2 BeschFG 1985, § 4 TzBfG zum Gegenstand eines eigenständigen Diskriminierungsverbots machte<sup>24</sup>, was die gerichtliche Kontrolle vereinfachte, da die Vergleichsgruppen auf Voll- und Teilzeitbeschäftigte beschränkt sind, sich die Feststellung der Benachteiligung aufgrund des Geschlechtsmerkmals auf eine bloße Rechenoperation reduziert und für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nur solche Gründe im Betracht kommen, die sich aus dem Verhältnis von Leistungszweck und Umfang der Teilzeitarbeit erklären<sup>25</sup>.

Eine der Ursachen des geschlechtsspezifischen Entgeltgefälles ist die horizontale Ungleichverteilung auf dem Arbeitsmarkt, also der Umstand, dass innerhalb der Bundesrepublik 70 Prozent aller Frauen in nur zwölf Berufsgruppen beschäftigt sind, und selbst europaweit nur 60 Prozent aller Frauen auf weniger als zehn Berufsgruppen verteilt sind. Diese Konzentration vornehmlich auf die dienstleistungsorientierten Berufsfelder Gesundheit, Soziales, Erziehung, Verwaltung und Einzelhandel bedingt offenbar eine Feminisierung von

Löhnen, will heißen, die Tätigkeiten werden nicht allzu üppig honoriert<sup>26</sup>. Einen erheblichen Anteil an der Ungleichheit im Erwerbseinkommen haben auch die von Tarifvertragsparteien geschaffenen kollektiven Entgeltsysteme. Nach kostenintensivem Nachhilfeunterricht durch die Arbeitsgerichte vermeiden diese Entgeltsysteme nunmehr eine unmittelbare geschlechtsbezogene Benachteiligung. Ob sie jedoch in ihrer Gesamtheit so ausgestaltet sind, dass sie auch eine mittelbare geschlechtsbezogene Entgelddiskriminierung ausschließen, kann durch Untersuchungen nach wie vor nicht bestätigt werden<sup>27</sup>.

Das gemeinschaftsrechtliche Verbot, Arbeitnehmer wegen ihres Geschlechts beim Entgelt zu benachteiligen, gilt nicht nur für gleiche, sondern auch für gleichwertige Arbeit und erfasst auch Regelungen in Tarifverträgen. Dennoch stoßen die Arbeitsgerichte bei der Durchsetzung des Verbots bei kollektiven Entgeltsystemen an ihre Grenzen, nicht allein aus Respekt vor der Tarifautonomie oder aus Scheu vor Eingriffen in diese, sondern schon bei der Feststellung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Diskriminierungsverbots bei Tätigkeiten, die beim ersten Hinsehen keine Gemeinsamkeiten aufweisen, aber dem Gleichwertigkeitstest ausgesetzt werden müssen.

Auf den ersten Blick mögen die Instrumente da sein, die Gerichte in die Lage versetzen könnten, die Defizite in der Entgeltgleichheit bei kollektiven Entgeltsystemen anzugehen. Tatsächlich fällt – wie ich meine auch aus guten Gründen – eine darauf gerichtete Kontrolle außerordentlich schwer. Die Schwierigkeiten beginnen schon mit der Feststellung der Gleichwertigkeit unterschiedlicher Tätigkeiten, sie setzen sich fort in der Feststellung, ob die jeweilige Norm in ihrem An-

23 Vgl. ErfK-Schlachter Art. 141 EG Rn. 17 ff.

24 Wiedemann, a.a.O. (FN 6), S. 33.

25 BAG 24.9.2003 AP TzBfG § 4 Nr. 4; Einzelheiten ErfK-Müller-Glöge § 4 Rn. 38 ff.

26 Thüsing, NZA 2000, 570, 573.

27 Nachweise bei Pfarr, a.a.O. (FN 7), S. 783.

wendungsbereich tatsächlich ein Geschlecht benachteiligt oder zulässige Differenzierungsgründe vorliegen und reichen hin bis zu Beantwortung der Frage nach dem gerechten oder jedenfalls marktgerechten Lohn<sup>28</sup>. In der bundesdeutschen Arbeitsrechtstradition ist die Festsetzung von Arbeitsentgelt nun einmal nicht Rechtsvollzug und auch nicht nur Ausdruck der Erkenntnisprozesse von Tarifvertragsparteien, sondern auch der Kampfkraft von Gewerkschaften und der Widerstandsfähigkeit der Arbeitgeberseite<sup>29</sup>.

Ob diese Gemengelage dazu führt, dass gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit letztlich ein Prinzip ohne Praxis bleibt – wie *Regine Winter*<sup>30</sup> meint –, vermag ich nicht auszuschließen. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in einem Fall, in dem es um die BAT-Eingruppierung von (niedriger entlohnnten) Sozialarbeiterinnen einerseits und (höher vergüteten) Ingenieuren andererseits ging und in der die Sozialarbeiterin an der ihr obliegenden Darlegungslast scheiterte<sup>31</sup>, widerlegt diese Vermutung jedenfalls nicht.

## Der gerichtliche Diskriminierungsschutz ist abhängig von der Entgeltklage einer einzelnen Arbeitnehmerin, die gezwungen ist, nicht nur ihren Arbeitgeber, sondern auch ein System anzugreifen, das dieser ebenso wie ihre eigene Gewerkschaft mitträgt.

Diese Klage legt aber die Probleme um die Durchsetzung diskriminierungsfreier kollektiver Entgeltsysteme offen. Weder bietet das ArbGG ein Kollektivverfahren zur gerichtlichen Kontrolle kollektiver Regelsetzung an, noch billigt es dem Bundesarbeitsgericht ein Verwerfungsmonopol gegenüber Tarifverträgen zu. Der gerichtliche Diskriminierungsschutz ist abhängig von der Entgeltklage einer einzelnen Arbeitnehmerin, die gezwungen ist, nicht nur ihren Arbeitgeber, sondern auch ein System anzugreifen, das dieser ebenso wie ihre eigene Gewerkschaft mitträgt. Hinzu kommt, dass ihr bei allen Beweiserleichterungen doch eine einigermaßen plausible Darlegung der Voraussetzungen einer mittelbaren Entgeltdiskriminierung gelingen muss. Nicht wesentlich besser geht es dem einzelnen Arbeitgeber, der das Entgeltsystem verteidigen muss und für das Einbringen von Rechtfertigungsgründen die Verantwortung trägt, obwohl er von den Überlegungen der Tarifvertragsparteien ebenso weit entfernt ist wie die Arbeitnehmerin. Auch mag die Rechtsfolge der Angleichung nach oben einleuchtend sein. Sie wird

aber zum Problem, wenn sie ein Entgeltsystem in seiner Gesamtheit erfasst und die damit einhergehende Erhöhung der Lohnkosten wirtschaftlich nicht mehr tragbar sein kann.

## IV. Zugang zum Beruf und beruflicher Aufstieg

Stellen Sie sich vor<sup>32</sup>: Ihr Mann kommt nach Hause und überrascht Sie mit der Ansage: „Schatz, morgen ziehen wir weg. Deinen Job habe ich auch schon gekündigt.“. Sie nicken brav, so ist das nun einmal, wenn frau verheiratet ist. Wo leben wir? Im Deutschland des 18. Jahrhunderts? Aber nein, noch bis im Jahre 1957 konnten sich in der BRD solche Szenen einer Ehe abspielen. Erst dann trat das Gleichberechtigungsgesetz in Kraft und erst seitdem dürfen Ehefrauen ohne die Erlaubnis ihres Mannes einen Beruf ausüben und können auch sicher sein, dass der Gatte nicht hinter ihrem Rücken das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beendet.

Heutzutage beläuft sich die Frauenerwerbsquote in der BRD auf 60 Prozent, Tendenz steigend. Das täuscht darüber hinweg, dass Frauen beim Zugang zur Erwerbstätigkeit einem doppelten Handicap ausgesetzt waren und sind: In jüngeren Jahren ist es ihre Gebärfähigkeit und nach deren Verlust ist es ihr fortgeschrittenes Lebensalter.

Nichts macht die aus ihrer biologischen Funktion resultierende Benachteiligung so deutlich wie eine schlichte Frage, deren wahrheitsgemäße Beantwortung beim Vorstellungsgespräch eine wirkliche Entscheidungshilfe ist, die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft. Nicht zuletzt deshalb hat sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mit dem darauf gerichteten Fragerecht bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses beschäftigen müssen und sie hat sich – so viel lässt sich wohl sagen – unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts als lernfähig erwiesen. Noch im Jahre 1961<sup>33</sup> wurde der Arbeitgeber für berechtigt gehalten, sich bei einer Stellenbewerberin bei Einstellungsverhandlungen nach dem Bestehen einer Schwangerschaft zu erkundigen und sein Einstellungsverhalten von der positiven Beantwortung dieser Frage oder deren Nichtbeantwortung abhängig zu machen. Einzige Einschränkung, die

28 Wissmann, FS Schaub S. 794; Lorenz, FS Wlotzke, S. 47.

29 Wissmann, a.a.O. (FN 16), S. 800.

30 Winter, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit, 1998.

31 BAG 10.12.1997 AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 3.

32 Park Avenue Ausgabe Mai 2007, Rückblick Die deutsche Gesellschaft in den 50ern.

33 22.9.1961 – 1 AZR 241/60 – BAGE 11, 270.

Frage musste in angemessener Form – also schriftlich – gestellt werden und inhaltlich auf das Schamgefühl der damaligen Zeit Rücksicht nehmen. Danach dauerte es noch einmal bis zum Jahre 1986<sup>34</sup>, bis das Bundesarbeitsgericht unter der Geltung des ehemals in § 611a BGB kodifizierten Verbots der Geschlechterdiskriminierung beim beruflichen Zugang die Neigung erkennen ließ, in der Frage nach der Schwangerschaft eine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts zu sehen, jedoch nur, wenn Frauen mit Männern um einen Arbeitsplatz konkurrierten, nicht hingegen, wenn sich das Konkurrenzverhältnis auf Frauen beschränkte. Von dieser Einschätzung distanzierte es sich erst in der Entscheidung vom 15. Oktober 1992<sup>35</sup> und erlaubt dem Arbeitgeber seit dem 6. Februar 2003<sup>36</sup> die Frage auch dann nicht mehr, wenn die Frau die vereinbarte Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots zunächst nicht aufnehmen kann.

Zweifelsohne hat das Bundesarbeitsgericht bei der Beurteilung des Fragerechts des Arbeitgebers zur Schwangerschaft respektive der Auskunfts pflicht der Arbeitnehmerin beeinflusst durch das Gemeinschaftsrecht einen Entwicklungsprozess durchlaufen. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich auch, dass diese Rechtsprechung nicht ihre Ursachen in einem tradierten Frauenbild hat, sondern eher der Rücksicht auf die finanziellen Belastungen des Arbeitgebers durch den gesetzlichen Mutter schutz geschuldet war und ein frühes Beispiel einer faktischen Diskriminierung durch Frauenschutz ge setze ist.

Eine Ursache der Benachteiligung von Frauen ist nach wie vor die Auswahlentscheidung von Arbeitgebern nicht nur bei der Einstellung, sondern auch bei der Beförderung. Bei diesen Vorgängen scheinen die Vorurteile gegenüber der beruflichen Einsatzfähigkeit von Frauen besonders langlebig zu sein und der Abschied von überkommenen Rollenbildern besonders schwer zu fallen. Ein Instrument, dieser Benachteiligung beim Zugang zum Beruf und dem beruflichen Aufstieg entgegenzuwirken, sind bekanntlich Quoten unterschiedlichster Ausgestaltung. Sie lösen stets heftige kontroverse Diskussionen aus und animieren Journalisten zur ewig gleichen Frage an Frauen in Spitzenpositionen: „Sind Sie eine Quotenfrau?“, will heißen, für den beruflichen Aufstieg seien wohl nicht nur oder gar am wenigsten Eignung und Leistung ausschlaggebend gewesen.

Den arbeitsrechtlichen Durchbruch schafften Quoten mit der Entscheidung des Bundesarbeits gericht vom 22. Juni 1993<sup>37</sup>, das eine landesge-

setzliche leistungsabhängige starre Frauenquote mit nationalen Vorschriften und damit auch mit dem GG für vereinbar hielt. Damit verknüpft war allerdings auch ein Vorabentscheidungsversuchen an den EuGH zur Klärung der Vereinbarkeit solcher Quoten mit Gemeinschaftsrecht. Auch wenn der EuGH<sup>38</sup> daraufhin leistungsabhängigen Quoten, die bei einer Unterrepräsentanz von Frauen bei gleicher Qualifikation die Bevorzugung von Frauen vorgaben, eine Absage erteilte, war doch der Weg für leistungsabhängige flexible Quoten geebnet, die es zulassen, dass sonstige Gründe in der Person des Bewerbers zu dessen Gunsten den Ausschlag geben können<sup>39</sup>.

## **Eine Ursache der Benachteiligung von Frauen ist nach wie vor die Auswahlentscheidung von Arbeitgebern nicht nur bei der Einstellung, sondern auch bei der Beförderung.**

Solche Quoten haben allerdings den Nachteil, dass ihre Einhaltung nur schwer kontrollierbar ist und die Versuchung, sie durch eine positive Einschätzung der Eignung und Leistung männlicher Bewerber zu umgehen, nachgerade verlockend ist. Dem wirkt das Bundesarbeitsgericht neuerdings durch eine Stärkung der personellen Mitbestim mung von Betriebs- und Personalräten entgegen, indem es die Informationspflichten des Arbeitge bers erhöht, der sich bei einer Einstellung oder Be förderung in einem Bereich, in dem gemäß einem Frauenförderplan Frauen unterrepräsentiert sind, für einen männlichen Bewerber entscheidet<sup>40</sup> oder vereinfacht gesagt, der einfach nur begründen muss, weshalb sich für den Posten keine Frau auf treiben lässt.

## **V. Frauenarbeitsschutz und Arbeitsmarkt**

Regelungen, die gezielt den arbeitsrechtlichen Schutz von Frauen stärken sollen, können faktisch wegen der damit für den Arbeitgeber verbundenen Kosten das Gegenteil bewirken. Die nachteiligen

34 20.2.1986 – 2 AZR 244/85 – BAGE 51, 167.

35 15.10.1992 – 2 AZR 227/92 – BAGE 71, 252.

36 6.2.2003 – 2 AZR 621/01 – BAGE 104, 304.

37 22.6.1993 – 1 AZR 590/92 – BAGE 73, 269.

38 EuGH 17.10.1995 – Rs. C 450/93 (Kalanke) – AP EWG-Richtlinie Nr. 76/207 Nr. 6.

39 Nachweise bei Erfk-Dieterich Art. 3 GG Rn. 95.

40 28.6.2005 – 1 ABR 26/04 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 49.

Wirkungen solcher Schutzregelungen auf die Arbeitsmarktsituation von Frauen können aber von den Arbeitsgerichten nicht als Auslegungskriterium herangezogen werden, das liefte dem Schutzzweck der Norm zuwider. Zudem können Sonderrechte für Frauen in eine Benachteiligung von Männern in vergleichbarer Situation umschlagen und müssen sich an Art. 3 Abs. 2 GG messen lassen. Diese Kontrolle weist den Arbeitsgerichten dann eine Definitionshoheit über Geschlechterrollen zu, die in der Vergangenheit eher zu einer Verfestigung überkommener Rollenvorstellungen führte.

Ein frühes Beispiel hierfür liefert der nahezu 40-jährige Konflikt um den bezahlten Hausarbeitstag für Frauen, der die Arbeitsgerichtsbarkeit in den ersten Jahrzehnten ihres Bestehens über Gebühr beschäftigte und erst 1994 mit der letzten

### **Damit erklärte das Bundesarbeitsgericht die Mehrfachbelastung durch Beruf und Hausarbeit unabhängig von der konkreten Situation zu einem frauenspezifischen Geschlechtsmerkmal, das automatisch mit der Begründung eines eigenen Hausstandes entsteht.**

Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts dort hinbeförderte wurde, wo er von Beginn an hingehört hätte, in die Mottekkiste der Geschichte und die der gewerkschaftlichen Tarifpolitik. Ich erwähne diesen Konflikt nicht nur deswegen, weil die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einerseits zunehmend arbeitgeberfreundlicher geriet und faktisch dazu beitrug, die ökonomischen Folgen dieses Sonderrechts zu mildern. Ich erwähne ihn auch wegen seiner geschlechterpolitischen Bedeutung. Denn für das Bundesarbeitsgericht stand stets außer Frage, dass der bezahlte Hausarbeitstag als Sonderrecht für Frauen mit dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar ist, weil es im Zuge der Frauenemanzipation nur darum gehen könne, die bislang benachteiligten Frauen auf den Status der Männer anzuheben, nicht aber darum, sie in irgendeiner Form schlechter zu stellen als bisher. Die Ungleichbehandlung von Männern wurde ein wenig gönnerhaft akzeptiert, weil berufstätige Frauen typischerweise einer Doppelbelastung durch Beruf und Haushalt ausgesetzt seien<sup>41</sup>. Damit erklärte das Bundesarbeitsgericht die Mehrfachbelastung durch Beruf und Hausarbeit unabhängig von der konkreten Situation zu einem frauenspezifischen Geschlechts-

merkmal, das automatisch mit der Begründung eines eigenen Hausstandes entsteht. Dieser Verknüpfung von Frausein und Hausarbeit machte erst das BVerfG ein Ende, das pikantweise auf Verfassungsbeschwerde eines Arbeitnehmers hin klarstellen konnte, dass die Verrichtung von Hausarbeit keine geschlechtsbedingte Eigenheit von Frauen ist und auch in keiner Weise an die Merkmale der Mutterschaft knüpft<sup>42</sup>.

Ein Dauerbrenner arbeitsgerichtlicher Verfahren ist der gesetzliche Mutterschutz, nicht nur im Zusammenhang mit der Begründung oder der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, sondern auch wegen der damit verbundenen finanziellen Beteiligung des Arbeitgebers. Vor Einführung des durch ein Urteil des BVerfG erzwungenen Umlageverfahrens hatte der Arbeitgeber (§ 14 MuSchG) einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu zahlen. Aufgrund der damit verbundenen und stetig steigenden finanziellen Belastungen war die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung mehrfach Gegenstand arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung. Diese hat die finanziellen Folgen stets nur mit Blick auf die Berufsfreiheit des Arbeitgebers gewürdigt<sup>43</sup>. Erst auf die vom unterlegenen Arbeitgeber angestrengte Verfassungsbeschwerde machte das BVerfG<sup>44</sup> klar, dass der Staat zwar von Verfassungen wegen nicht verpflichtet ist, die Kosten des Mutterschutzes alleine zu tragen, die Zuweisung der damit verbundenen finanziellen Lasten an den Arbeitgeber aber eine faktische Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen vermeiden muss.

Bleibt den Arbeitsgerichten in Verfahren, in denen sich Arbeitgeber auf die mit Frauenschutzgesetzen verbundenen finanziellen Belastungen zu Wehr setzen, nur die Möglichkeit, die Verfassungsmäßigkeit solcher Regelungen durch eine Vorlage nach Art. 100 GG zur Überprüfung des BVerfG zu stellen oder durch ein Urteil des Gesetz des Handelns der unterlegenen Arbeitsvertragspartei zu überlassen, eröffnet sich anderer Stelle durchaus Gelegenheit, ohne Karlsruher oder Luxemburger Hilfe die Rahmenbedingungen für die Vereinbarkeit von Arbeit und Beruf zu verbessern. Ein Beispiel hierfür ist die Rechtsprechung zur Rechtmäßigkeit der Befristung eines Arbeitsverhältnisses aus Gründen der Vertretung. Sie erlaubt dem Arbeitgeber weit vor Inkrafttreten des TzBfG die variable Befristung eines Arbeitsverhältnisses zu Ver-

41 Rechtsprechungs-Übersicht bei Sachse, Der Hausarbeitstag, S. 344 FN 57.

42 Vgl. Sachse, S. 362.

43 1.11.1995 – 5 AZR 273/94 – BAGE 81, 222.

44 BVerfG 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64.

tretungszwecken entsprechend dem Umfang und der Dauer geburtsbedingter Erwerbsunterbrechungen von Stammpersonal. Das half, die damit für den Arbeitgeber verbundenen Reorganisationskosten zu mindern<sup>45</sup>, und funktionierte so gut, dass es keine Beachtung gefunden hat.

## VI. Fazit und Ausblick

Die Zukunft wird weiblich sein, prognostiziert jetzt ein deutsches Wirtschaftsmagazin. Nun sollen es also die Frauen durch ihre Erwerbsarbeit in der Hand haben, den bundesdeutschen Wohlstand zu wahren. Ideale Bedingungen finden sie nicht vor. Allen Emanzipationsfortschritten zum Trotz: Von der Vorstellung, Frauen seien im **heimischen Management** immer noch besser aufgehoben als im **betrieblichen**, nimmt nicht nur die Wirtschaft sondern auch die Politik nur zögerlich Abschied, wie der aktuelle Streit um das sogenannte Betreuungsgeld oder auch „Herdprämie“ zeigt.

Doch ohne die Hilfe der Politik wird es nicht gehen. Die Rechtsprechungsbeispiele haben gezeigt, dass effektiver Diskriminierungsschutz und eine wirkungsvolle Förderung der beruflichen Gleichstellung von Frauen eine Frage klarer Tatbestandsvorgaben und konkreter Rechtsfolgenanordnung ist und überdies einer prozessrechtlichen Flankierung bedarf. Solche Bedingungen hat die Arbeitsgerichtsbarkeit nicht vorgefunden. Diskriminierungskontrolle und Förderung der Gleichberechtigung waren allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien überantwortet, die Durchsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Lohngleichheitsgebots und AntidiskriminierungsRL wegen des Auslegungsmonopols des EuGH stets vom Ausgang eines langwierigen Luxemburger Frage- und Antwortspiels abhängig.

Auf Außenstehende mag die Rechtsprechung, vornehmlich die des Bundesarbeitsgerichts, nicht immer stringent, gar zögerlich und mäandernd gewirkt haben. Um die Rolle der Arbeitsgerichte bei der Förderung der Gleichstellung aber richtig einordnen zu können, muss man sich darüber im Klaren sein, dass Gerichte Jahre brauchen, um Rechtsfragen systematisch durchdringen zu können. Gerichte haben über den Prozessstoff zu befinden, den ihnen die Prozessordnung und der Zufall zuweisen. Und letztlich entscheiden der Streitgegenstand und der Vortrag der Parteien darüber, welche Rechtsfragen zu beantworten sind<sup>46</sup>. Und nicht zuletzt, die Aktivität der Arbeitsgerichte endet mit Erlass der Entscheidung. Es liegt dann in der Hand der obsiegenden Partei, ob und inwieweit die gerichtliche Entscheidung tatsächlich durchgesetzt wird<sup>47</sup>. Perspektivisch gesehen hängen die Wirkungen der Urteile der Arbeitsgerichtsbarkeit letztlich von den Reakteuren des Arbeitslebens ab.

Immerhin, einiges hat sich die Arbeitsgerichtsbarkeit doch einfallen lassen, nicht zuletzt um ihrer grundrechtlichen Schutzaufgabe gerecht zu werden. Auf das Fehlen einer griffigen Anspruchsgrundlage mit klarer Rechtsfolgenbestimmung haben die Arbeitsgerichte mit der Entwicklung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes<sup>48</sup> reagiert. Dieses richterrechtlich entwickelte Institut verwehrt dem Arbeitgeber eine sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitneh-

mer wie eine schwidrige Gruppenbildung, soweit er Leistungen nach einem erkennbaren generalisierenden Prinzip gewährt. Folgerichtig sind die einen Arbeitnehmer benachteiligenden Rechtshandlungen unwirksam oder verschaffen einen Anspruch auf die schwidrig vorenthaltene Leistung – jedenfalls für die Vergangenheit<sup>49</sup>. Im Umfeld diffuser nationaler Rechtsquellen und fehlender Rechtsfolgeregeln hat die Arbeitsgerichtsbarkeit auch das Prozessrecht genutzt, um der geschlechtsbezogenen Benachteiligung von Frauen wirkungsvoll zu begegnen: den Dialog mit dem EuGH in Form von Vorabentscheidungsersuchen. Gerade die Anfragen deutscher Arbeitsgerichte haben dem EuGH häufig Gelegenheit gegeben, seine Rechtsprechung zum Verbot der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung zu entwickeln und damit auf die unzureichenden Rechtsquellen des nationalen Arbeitsrechts einzuwirken<sup>50</sup>. Dagegen waren es im Verhältnis zum BVerfG eher die Karlsruher Verfassungsrichter, die initiativ wurden und die Arbeitsgerichte dazu animierten, bei der Auslegung und der Anwendung arbeitsrechtlicher Normen den Schutzzweck des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG nicht zu vernachlässigen<sup>51</sup>, um eine effektive Diskriminierungskontrolle auch gegenüber privatautonomen Entscheidungen von Arbeitgebern zu gewährleisten.

Die eine oder andere hier Anwesende mag sich wünschen, dass Gerichte der Diskriminierung von Frauen im Berufsleben noch konsequenter begegnet wären und die berufliche Wirklichkeit im Sinne der Gleichberechtigung noch spürbarer beeinflusst hätten. Arbeitsgerichte mögen in Fragen der Gleichberechtigung Bremser und Schrittmacher zugleich gewesen sein, aber ihre Entscheidungen sind auch nicht ohne gesellschaftliche Wirkungen geblieben. Nur eines können die Gerichte nicht – die Politik aus der Pflicht nehmen, weder hinsichtlich effektiver Regelungen zum Schutz vor Benachteiligung und zur Förderung der beruflichen Gleichstellung, noch hinsichtlich ihrer Vorbildfunktion für die Privatwirtschaft, was den beruflichen Aufstieg betrifft. Dem wird die Politik ersichtlich nicht gerecht, wenn etwa derzeit im Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit nur zwei von insgesamt 18 Landesarbeitsgerichten von Richterinnen geleitet werden und sowohl dort als auch in der Arbeitsgerichtsbarkeit insgesamt der Anteil der Richterinnen nicht einmal annähernd dem Frauenanteil der Arbeitswelt entspricht. Der Politik und nicht den Gerichten ist es vorbehalten, den langen Weg zur beruflichen Gleichstellung zu verkürzen. Die Arbeitsgerichte haben dafür zu sorgen, dass der vorgegebene Weg zur Einbahnstraße gerät, einigermaßen geradlinig verläuft und nicht in einer Sackgasse endet.

45 Allwell/Pull, ZAF 2005, 341, 344.

46 Dieterich, RdA 1995, 321, 324.

47 Gawron/Rogowski, Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichts, 2007, S. 15 ff.

48 BAG 14.6.2006 – 5 AZR 584/05 – AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 200.

49 ErfK-Preis 7. Aufl., § 611 BGB Rn. 749.

50 Nachweise bei Fuchsloch, Das Verbot der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung, 1995, S. 90.

51 Z. B. BVerfG 16. 11. 1993 – 1 BvR 258/86 – BVerfGE 89, 276.