

# Die Entgeltgleichheit für Frauen und Männer erfordert ein Durchsetzungsgesetz

Heide Pfarr

## ENTGELTDISKRIMINIERUNG – EINE UNENDLICHE GESCHICHTE

Das Gebot der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen bei gleicher und gleichwertiger Arbeit gilt im Prinzip bereits seit der Verabschiedung des Grundgesetzes 1949. Mag auch die gesetzliche Formulierung dieses Gebots Mängel aufweisen,<sup>1</sup> ist es doch in all seinen Facetten tief verankert – nicht nur im Grundgesetz, sondern auch europarechtlich und im einfachen Recht. Dennoch ist es immer noch ein Prinzip ohne Praxis.<sup>2</sup> Zwar beruht die aktuelle Entgelt Differenz zwischen den Verdiensten von Frauen und Männern in Deutschland von 23,2 % nicht allein auf Entgelt Diskriminierung, sondern auch auf anderen Faktoren, die wiederum selbst in der Regel mit Diskriminierung zu erklären sind. Aber Verstöße gegen die Pflicht, gleiche und gleichwertige Arbeit von Männern und Frauen gleich zu entgelten, sind unbestritten immer noch verbreitet.<sup>3</sup>

Die fehlende Wirksamkeit des Entgeltgleichheitsgebots ist kein Zufall. Sie ist vielmehr strukturell im Verfahren begründet, denn praktikable Wege zu seiner Durchsetzung sind bislang nicht entwickelt worden. Zum einen fehlt es an effektiven Verfahren zur Überprüfung und Korrektur der *kollektiven Entscheidungsprozesse zu Entgeltfestsetzungen*; zum anderen fehlt es bei *individuell ausgehandelten Entgeltvereinbarungen* in der Regel an jedweder Transparenz. Und erst recht wird dem strukturellen Machtungleichgewicht der Arbeitsvertragsparteien nicht ausreichend Rechnung getragen. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) von 2006 hat hier keine Abhilfe geschaffen. Denn allen Negativverfahren zum Trotz sieht es nach wie vor in erster Linie die diskriminierten Personen als Akteure für die Durchsetzung der Entgeltgleichheit vor. Hinzu kommen, allerdings unter er-

schweren Bedingungen, Betriebsräte und Tarifvertragsparteien.

Eine Arbeitnehmerin, die von einem diskriminierenden Entgeltsystem betroffen ist, muss individuell ihren Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht verklagen, und zwar auch dann, wenn sie als Mitglied einer Gruppe diskriminiert wird. Die erheblichen Zugangsbarrieren zum Gericht, insbesondere aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus, sind bekannt.<sup>4</sup> Bei Entgeltungleichheit sind sie besonders hoch. Eine Klägerin muss hier in der Regel nicht nur gegen ihren Arbeitgeber vorgehen, sondern darüber hinaus ein System auf den Prüfstand stellen, das oft von den Tarifvertragsparteien und/oder der betrieblichen Interessenvertretung getragen wird und meist auch seine (männlichen) Profiteure hat. Auf Unterstützung kann sie sich nicht verlassen. Hinzu kommt, dass Entgelt Diskriminierung heute zumeist nicht direkt, sondern mittelbar erfolgt und nicht leicht nachzuweisen ist. Das Gerichtsverfahren ist langwierig, risikoreich und teuer. Sein praktischer Ertrag für die Umsetzung von Entgeltgleichheit im Unternehmen oder gar der gesamten Gesellschaft ist bescheiden, weil ein positives Urteil nur für den Einzelfall gilt.

Der Betriebsrat (bzw. der ggf. zuständige Personalrat – er ist hier wie im Folgenden stets mit gemeint) könnte über seine Mitbestimmungsrechte auf Entgeltgleichheit hinwirken – ein offensichtlich wenig genutztes Instrument.<sup>5</sup> Das AGG hat den Betriebsrat und die Gewerkschaften (erstaunderweise allerdings nicht Personalräte) mit etwas besseren Rechten ausgestattet als sie das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vorsieht. Gemäß AGG können sie gegen „grobe Verstöße“ des Arbeitgebers gegen die Gleichbehandlungspflicht gerichtlich vorgehen (§ 17 Abs. 2 AGG). Sicherlich liegt es aber nicht nur an der strengen Voraussetzung, dass dieses Recht

von Betriebsräten kaum jemals genutzt wird.<sup>6</sup> Denn die Frage der Gleichstellung der Geschlechter beschäftigt Betriebsräte kaum.<sup>7</sup>

Auch Tarifverträge müssen dem Grundsatz der Entgeltgleichheit entsprechen – doch auch hier bestehen immer noch Defizite. Die Gewerkschaften stehen zwar mit Blick auf ihr Satzungsrecht und ihre Beschlusslage glänzend da und haben sich inzwischen durchaus auch um die Durchsetzung von Entgeltgleichheit bemüht, jedoch nicht flächendeckend, und vor allem nicht ausreichend erfolgreich.<sup>8</sup> Sie können die Gleichstellung in den Betrieben vielfach nicht gegen ihre oft überwiegend

<sup>1</sup> Deutscher Juristinnenbund (2009): Stellungnahme zur „Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern“ vor dem Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 21.1., <http://www.djb.de/Kom/K1/st09-01/>.

<sup>2</sup> Winter, R. (2010): Diskriminierungsfreie(re) Entgeltgestaltung – leider immer noch ein Prinzip ohne Praxis, in: Hohmann-Dennhardt, Ch./Körner, M./Zimmer, R.: Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr, Berlin, S. 320ff.

<sup>3</sup> Projektgruppe GiB (2010): Geschlechterungleichheiten im Betrieb. Arbeit, Entlohnung und Gleichstellung in der Privatwirtschaft, Berlin, S. 282.

<sup>4</sup> Vgl. dazu ausführlich: Kocher, E. (2009): Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, Böckler Forschungsmonitoring (8), mwN; Kocher, E./Laszkowski, S./Rust, U./Weber, I. (2010): Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, in: Hohmann-Dennhardt et al., a.a.O., S. 141ff.

<sup>5</sup> Im Einzelnen vgl. Kocher et al. (2010), a.a.O., S. 139ff.

<sup>6</sup> Seit 2006 sind lediglich zwei Verfahren bekannt geworden.

<sup>7</sup> Vgl. ausführlich GiB (2010) a.a.O., S. 487ff.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Winter, R. (2010), a.a.O., S. 326ff.

Heide Pfarr, Prof. Dr. jur., ist wissenschaftliche Direktorin des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung und Mitglied der Geschäftsführung der Hans-Böckler-Stiftung.  
e-mail: [heide-pfarr@boeckler.de](mailto:heide-pfarr@boeckler.de)

männliche Basis durchsetzen. Immerhin belegen die Daten, dass die geschlechtsbezogene Einkommensdifferenz in Betrieben geringer ausfällt, wenn die Entlohnung durch Tarifverträge standardisiert und ein Betriebsrat vorhanden ist.<sup>9</sup> Aber selbst unter so günstigen Bedingungen lässt sie sich offensichtlich nicht ausrotten.

Das alles zusammengenommen macht deutlich: Wir müssen nun endlich über das wohlfeil postulierte Ziel der Gleichberechtigung hinaus zu einer allgemein praktizierten Entgeltgleichheit von Männern und Frauen kommen. Dazu brauchen wir ein Gesetz, ein Verfahrensgesetz zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit, das weitere Akteure mit Rechten ausstattet und neue Wege bahnt.

Die SPD-Bundestagsfraktion hat im März 2011 Eckpunkte eines Entgeltgleichheitsgesetzes verabschiedet und will diese in den Bundestag einbringen. Diese Eckpunkte beruhen auf Leitlinien, die von einer Gruppe von Expertinnen<sup>10</sup> unter der Leitung der Autorin entwickelt worden sind.

In den Gesetzentwurf sind die folgenden rechtswissenschaftlich und rechtspolitisch relevanten Vorklärungen der Expertinnengruppe eingeflossen:

## GELTUNGSBEREICH DES GESETZES

Der Geltungsbereich des Gesetzes soll sowohl die Betriebe der Privatwirtschaft wie auch den öffentlichen Dienst und die Tarifvertragsparteien erfassen. Für den öffentlichen Dienst und Betriebe im Eigentum des Staates kann es keine Geltungsgrenzen je nach Beschäftigtenzahl geben, weil der Staat als Arbeitgeber unmittelbar und immer an die Grundrechte gebunden ist.

Konzessionen müssen ggf. bei Kleinst- und Kleinbetrieben der Privatwirtschaft gemacht werden, auch wenn in diesem Betriebstypus besonders viele Frauen arbeiten. Zwar gilt der Grundsatz des gleichen Entgelts bei jeder Betriebsgröße. Jedoch ist von vornherein fraglich, ob alle gesetzlichen Verfahrensregeln zur Durchsetzung dieses Grundsatzes die Bedingungen in Kleinst- und Kleinbetrieben angemessen erfassen können. Deswegen wird vorgeschlagen, dass die im Folgenden noch näher zu erläuternden Berichtspflichten des Gesetzes für Betriebe der Privatwirtschaft mit über 15 Beschäftigten gelten sollen – analog zum Geltungsbereich des Teilzeit- und Befristungsgesetzes. Die gesetzlichen

Einwirkungen auf Korrekturen (vgl. dazu weiter unten) werden jedoch nicht an eine Mindestbetriebsgröße gekoppelt.

## AKTEURE DER RECHTS DURCHSETZUNG

Von besonderer Brisanz ist die Frage, ob und in welchem Maße der Staat selbst und die ihm typischerweise zur Verfügung stehenden Mittel genutzt werden sollen, um die gesetzlich verbriefte Entgeltgleichheit durchzusetzen. Ist es seine Aufgabe, diskriminierende Entgeltsysteme zu korrigieren? Wie bemüht er die Gerichte?

Die Suche nach adäquaten Durchsetzungsstrategien muss mehrere, im deutschen Recht und Rechtsverständnis relevante Aspekte berücksichtigen:

(1) Tarifverträge genießen als Ausdruck der grundrechtlich verbürgten Koalitionsfreiheit weitgehenden Schutz vor staatlichen Eingriffen. Sie dürfen allerdings nicht gegen die Gleichheitsrechte des Grundgesetzes verstoßen. Eine gestaltende Korrektur bei einem Verstoß ist den Gerichten jedoch nicht ohne Weiteres erlaubt.

(2) Auch mit Blick auf betriebliche Entgeltsysteme stößt ein unmittelbarer staatlicher Eingriff auf grundsätzliche Bedenken. Flächendeckende behördliche Kontrollen in den Betrieben sind nicht erstrebenswert und auch nicht nötig, also nicht verhältnismäßig.

(3) Allein Behörden mit der Verwirklichung von Entgeltgleichheit zu betrauen, erweckt zudem erfahrungsgesättigtes Mißtrauen: Würde denn die notwendige personelle Ausstattung auch bei – zu erwartendem – Lobbydruck der Wirtschaft und den allfälligen Sparzwängen im öffentlichen Dienst aufrecht erhalten?

(4) Zurückhaltung ist auch im Hinblick auf die grundsätzlich mögliche Mobilisierung von Gerichten geboten. Denn würden Arbeitsgerichte mit der Ersetzung diskriminierender Entgeltsysteme durch rechtmäßige Alternativen betraut, würde damit eine Regelungsfrage wie eine Rechtsfrage behandelt. Praktisch kommt aber fast nie nur eine einzige alternative Regelung in Betracht; es gibt stets Spielräume für geschlechtergerechte Entgeltsysteme, die zu bewerten und zu nutzen nicht Aufgabe des Arbeitsgerichts ist.

Eine kluge Rechtspolitik zur Entgeltgleichheit der Geschlechter muss dort ansetzen, wo die Benachteiligung ihren Ursprung hat und die Gleichstellung unmittelbar hergestellt werden kann: in den Betrieben selbst und bei denjenigen, die in den Betrieben und für die Betriebe das Sagen haben. Das sind die Geschäftsführungen und die Betriebsräte, soweit es Letztere gibt. Das sind auch die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, die entsprechende Tarifverträge abschließen. Diesen Akteuren muss die aktive Verantwortung für die Entgeltgleichheit zugewiesen werden. Sie müssen die notwendigen Korrekturen anpacken. Jedoch: Sie tun es nicht aus eigenem Antrieb. Für den Gesetzgeber verbleibt deshalb eine Aufgabe, die nur er erfüllen kann, aber auch endlich erfüllen muss: Die betrieblichen Akteure müssen dazu verpflichtet werden, tätig zu werden, und zwar durch ein Gesetz. Dies muss sie dazu bringen, sich selbst um Entgeltgleichheit zu bemühen. Ein Gesetz mit einem solchen Ansatz wäre ein modernes Gesetz: Nicht der klassische Behördenvollzug und obrigkeitliche Kontrolle, sondern eine moderne Steuerung gesellschaftlicher Prozesse durch Recht in Form selbstverantwortlichen Handelns der Akteure und Akteurinnen stehen im Vordergrund. Für die gesetzliche Einwirkung muss der Grundsatz gelten: so wenig Staat, so wenig Gericht wie möglich, so viel Staat, so viel Gericht wie unvermeidlich. Regulierte Selbstkontrolle ist das Schlagwort, eigenverantwortliches Handeln im Schatten des Gesetzes.

Ein Gesetz zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit muss dafür weitere außerbetriebliche zivilgesellschaftliche Akteure mit Rechten ausstatten. Diese wären es dann, die Prozesse in Gang setzen können, um Entgeltdiskriminierungen aufzudecken und eine Korrektur zu erzwingen, wenn die Verantwortlichen in den Betrieben und die Tarifvertragsparteien ihrer Verpflichtung nicht nachkommen. Dabei geht es nicht etwa nur um die bereits vor der Verabschiedung des AGG diskutierte und schließlich nicht verwirklichte Klagebefugnis für Antidiskriminierungsverbände.

<sup>9</sup> Jochmann-Döll, A./Ranftl, E. (2010): Impulse für die Entgeltgleichheit. Die ERA und ihre Umsetzung auf dem gleichstellungspolitischen Prüfstand, Berlin, S. 25ff., mit weiteren Nachweisen.

<sup>10</sup> Mitglieder dieser Expertinnengruppe waren: Dr. Oda Hinrichs, Prof. Dr. Eva Kocher, Prof. Dr. Silke Laskowski, Prof. Dr. Heide Pfarr, Prof. Dr. Sibylle Raasch, Dr. Karin Tondorf, Dr. Regine Winter.

de. Zwar ist es notwendig, auch diesen Zugang zum Gericht zu ermöglichen. Jedoch Erfolg versprechender und der speziellen Problematik sehr viel angemessener ist es, direkt auf die Verantwortlichen und ihr Handeln einwirken zu können, um diskriminierungsfreie Regelungen und Verhaltensweisen zu erreichen.

Gleichzeitig wird hier ein Dilemma deutlich. Denn in aller Regel verfügen nur diejenigen, die die Herren des Entgeltsystems und der Entgeltpraxis sind, über alle notwendigen Informationen. Sie haben aber gerade dann kein Interesse daran, diese Informationen für eine Überprüfung zur Verfügung zu stellen, wenn damit Entgeltungleichheit festgestellt würde oder dies auch nur zu befürchten ist. Voraussetzung jedes Tätigwerdens außerbetrieblicher Akteure ist damit die Transparenz der betrieblichen Entgeltsysteme und der Entgeltpraxis. Entgeltregelungen in Tarifverträgen sind im Prinzip öffentlich, ihre betrieblichen Umsetzungen schon nicht mehr. Ein Zugriff außerbetrieblicher Akteure auf Informationen über betriebliche Entgeltsysteme und betriebliche Entgeltpraxis, die nicht allgemein zugänglich sind, wirft jedoch datenschutzrechtliche Probleme auf. Dabei geht es nicht nur um den Schutz der Entgelt Daten von Beschäftigten, sondern auch um den Schutz der unternehmerischen Freiheit, die auch gewisse Geheimhaltungsinteressen umfasst. Dieses Dilemma kann nur durch Einschaltung einer staatlichen Stelle gelöst werden, die sensible Daten aus den Betrieben vor dem Einblick von außen solange schützt, wie für Interventionen wegen Rechtsverstößen keine Veranlassung besteht. Ist hingegen Entgeltungleichheit festgestellt, ändert sich die Interessenabwägung: Ein Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens kann dann keinen Vorrang mehr haben. Zur Auflösung des Dilemmas kommt daher auch ein Gesetz, das auf Selbstkontrolle setzt und zivilgesellschaftliche Akteure für die Überprüfung und Durchsetzung heranziehen will, nicht ganz ohne eine staatliche Instanz aus.

## WIE IST ENTGELTDISKRIMINIERUNG FESTZUSTELLEN?

Methoden, um Entgeltdifferenz zu ermitteln, sind inzwischen entwickelt worden<sup>11</sup> und liefern ausreichende Informationen. Ihre Grundlage sind betriebliche Daten über Entgeltsysteme und Entgeltpraxis. Da

diese nur der Arbeitgeber liefern kann, wird er verpflichtet, in bestimmten Abständen einen Entgeltbericht zu erstellen, dessen Inhalt durch das Gesetz vorgeschrieben wird. Der Betriebsrat und, soweit vorhanden, die Gleichstellungsbeauftragte sind zu beteiligen. Der Bericht ist im Betrieb zu veröffentlichen, um so schon eine interne Kontrolle zu ermöglichen.

Spätestens hier wird der Einwand übermäßiger Bürokratie erhoben, der immer erklingt, wenn der Staat sich darum bemüht, die Rechte der Bürgerinnen und Bürger gegenüber der Wirtschaft, den Schutz von Beschäftigten gegenüber den Unternehmen durchzusetzen. Und zweifellos verlangt das Gesetz einigen Aufwand. Bei betrieblichen Lohnabrechnungssystemen wie SAP HR ist es allerdings nicht schwer, die entsprechenden Daten zusammenzustellen. Die meisten Groß- und Mittelbetriebe dürften über derartige Systeme verfügen. Darüber hinaus ist Folgendes zu bedenken: Das Gesetz verlangt mit dem Entgeltbericht eigentlich nur das, was rechtstreue Betriebe von sich aus tun müssten, um Entgeltungleichheit zu vermeiden bzw. zu beseitigen. Denn wenn sie nicht bewusst und gezielt diskriminieren, gibt es auch für sie selbst keinen anderen Weg, um versteckte, mittelbare Diskriminierung aufzudecken.

Die Entgeltberichte sollen eine zunächst kursorische Prüfung auf Entgeltungleichheit ermöglichen. Sie werden zu diesem Zweck der im Gesetz vorgesehenen staatlichen Stelle zur Verfügung gestellt. Es ist nicht zwingend, aber es bietet sich an, hierfür die Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS), die ja bereits im AGG normiert ist, einzusetzen. Allerdings müsste sie dann nicht nur mit den erforderlichen Rechten, sondern auch mit entsprechend qualifiziertem Personal ausgestattet werden. Die kursorische Prüfung kann durch EDV-Einsatz so gestaltet werden, dass sie nicht mehr als ca. 15 Minuten dauert. Der Personaleinsatz bleibt somit durchaus überschaubar.

## WIE WIRD FESTGESTELLTE ENTGELTUNGLEICHHEIT BESEITIGT?

Ergeben sich aus der kursorischen Prüfung des Entgeltberichts Verdachtsmomente auf Entgeltdiskriminierung, kann die ADS vom Arbeitgeber die detaillierten Daten über die betrieblichen Entgeltsysteme und die Entgeltpraxis verlangen, welche dem

Entgeltbericht zugrunde lagen. Denn nun ist der Zeitpunkt für eine detaillierte expertengestützte Prüfung gekommen, deren Inhalt wiederum im Gesetz geregelt wird. Die detaillierte Prüfung ist allerdings nicht mehr Aufgabe der ADS. Diese teilt lediglich das Ergebnis der kursorischen Prüfung dem Arbeitgeber mit, der verpflichtet ist, sie betriebsöffentlich zu machen. Darüber hinaus erstellt die ADS eine Liste mit den anonymisierten Daten derjenigen Betriebe, bei denen die kursorische Prüfung Verdachtsmomente für Entgeltdiskriminierung ergeben haben. Auf Verlangen der berechtigten Akteure stellt sie diesen die detaillierten Daten aus dem Betrieb zur Verfügung.

Auf der Basis dieser Daten können nunmehr zivilgesellschaftliche Akteure tätig werden. Das wären Gewerkschaften, zuständige Arbeitgeberverbände, Betriebsräte, Beschäftigte des Betriebes und – informiert durch die Liste der ADS – schließlich als weitere neue Akteure Antidiskriminierungsverbände. Diesen Verbänden, die bereits im AGG definiert sind, weist das Gesetz Handlungs- und Mitwirkungsrechte zu.

Werden die Verdachtsmomente auf Entgeltungleichheit in der detaillierten Prüfung bestätigt, legt die ADS in einer entsprechende Liste offen, um welchen Betrieb es sich handelt. Sie fordert den Arbeitgeber auf, die Entgeltungleichheit binnen einer im Gesetz festgelegten Frist zu beseitigen. Ablauf und Beteiligte dieses Verfahrens werden durch das Gesetz bestimmt. Dabei ist das Verfahren unterschiedlich, je nachdem, ob es im Betrieb einen Betriebsrat gibt oder nicht. Denn das Gesetz muss darauf bedacht sein, den Betriebsrat und seine Mitbestimmungsrechte nicht etwa zu ersetzen oder auszuhebeln. Insbesondere wenn Antidiskriminierungsverbände tätig waren, darf es nicht zu einer verdrängenden Konkurrenz kommen, sondern zu einer Unterstützung dahingehend, dass Betriebsräte Erfolg versprechend an der Aufgabe, Entgeltgleichheit herzustellen, arbeiten können.

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass eine Einigungsstelle für Entgeltgleichheit gebildet wird, ganz ähnlich der Einigungsstelle des BetrVG, also mit der gleichen Anzahl

<sup>11</sup> Vgl. dazu Tondorf, K./Jochmann-Döll, A. (2011): Von der Entgeltdifferenz zur Entgeltgleichheit der Geschlechter?, in: WSI-Mitteilungen 64 (3), S. 115ff.

von Beisitzerinnen und Beisitzern von Arbeitgeber- und Betriebsratsseite. Die Gleichstellungsbeauftragte, die zuständigen Tarifvertragsparteien und der Antidiskriminierungsverband, falls die Initiative von ihm ausging, sind zu beteiligen. Darüber hinaus muss das Verfahren durch eine sachverständige Person begleitet werden. Denn die Einbeziehung von sachkundigen Personen für eine diskriminierungsfreie Entgeltgestaltung ist unabdingbar, angesichts der Schwierigkeit der Materie und der verbreiteten Unkenntnis über diskriminierende Faktoren in Entgeltsystemen. Den Vorsitz übernimmt eine sachkundige unparteiliche Person, auf die sich die Betriebsparteien einigen müssen.

Anders als im Einigungsstellenverfahren nach BetrVG sieht der Entwurf für ein Entgeltgleichheitsgesetz vor, dass die von den beteiligten Parteien getroffene Entscheidung von einem oder einer neutralen Vorsitzenden mitzutragen ist. Ohne seine oder ihre Stimme kommt keine Einigung zustande. Diese Regelung berücksichtigt die Tatsache, dass es ja eben Arbeitgeber und Betriebsrat waren, die bis dahin die diskriminierenden Strukturen vereinbart und getragen, jedenfalls hingenommen haben, sei es aus Unkenntnis, sei es mit Absicht.

Die Einigungsstelle für Entgeltgleichheit hat die Aufgabe, die Ansprüche auf Nachzahlung vorenthaltenen Entgelts festzustellen, diskriminierende Entgeltpraxis zu beseitigen sowie das System diskriminierungsfrei zu gestalten; dabei kann sie alle Regelungen der Entgeltsysteme und Entgeltpraxis verabschieden, die auf betrieblicher Ebene getroffen werden können.

Was aber geschieht, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist und die Entgelt-diskriminierung ihre Grundlage in einer tariflichen Regelung hat? Schon nach geltendem Recht sind diskriminierende Regelungen in Tarifverträgen nicht anwendbar; sie stellen aber nicht den Tarifvertrag als Ganzen infrage. Die Rechtsprechung hat bereits oftmals so entstandene Lücken schließen müssen. Dazu hat sie regelmäßig den Benachteiligten rückwirkend die Rechte der Begünstigten eingeräumt. Die Einigungsstelle für Entgeltgleichheit entscheidet aber auch und gerade für die Zukunft. Sie ist deshalb verpflichtet, zunächst die Tarifvertragsparteien aufzufordern, die diskriminierenden Regelungen binnen einer im Gesetz vorgegebenen Frist

diskriminierungsfrei zu gestalten. Diese tarifliche Neuregelung hat die Einigungsstelle für Entgeltgleichheit dann umzusetzen; äußern sich die Tarifvertragsparteien aber nicht, verzichten sie insoweit auf ihr Gestaltungsrecht und die Einigungsstelle kann die diskriminierende Regelung selbstständig korrigieren.

## DIE MÖGLICHKEIT VON STUFENLÖSUNGEN

Die punktuelle Korrektur bisher geltender Entgeltsysteme oder betrieblicher Entgeltpraxis begründet für bisher Benachteiligte Ansprüche auf ein höheres Entgelt. Denn das Europarecht schreibt Gleichbehandlung vor. Für die Vergangenheit bedeutet das die Anpassung der Entgelte ausschließlich nach oben. Dies erscheint einleuchtend und nur gerecht. Die sofortige Angleichung der Entgelte nach oben, um Gleichbehandlung herzustellen, kann aber künftig zum Problem werden. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn es dadurch in einem personalkostenintensiven Betrieb zu einer so erheblichen Erhöhung der Personalkosten kommt, dass die wirtschaftliche Grundlage des Unternehmens möglicherweise unterminiert wird. Das wäre ein Dilemma. Denn einerseits kann an einem Zusammenbruch des Unternehmens auch den bislang Diskriminierten nicht liegen, andererseits würde eine solche Folge auch belegen, in welchem großem Ausmaß der bisherige wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens auf der Diskriminierung von Beschäftigten beruht. Die sofortige Anpassung diskriminierender Entgelte nach oben kann ferner dann problematisch sein, wenn es sich, wie häufig, um komplexe, in sich austarierte Entgeltsysteme handelt, in die mittelbar diskriminierende Elemente eingebettet sind. Eine punktuelle Neubewertung ändert das bisherige Gleichgewicht – was ja im Sinne der Beseitigung struktureller Diskriminierung auch gewollt ist. Dies sollte jedoch systematisch und behutsam angegangen werden, damit es nicht zu neuen Ungereimtheiten und möglicherweise zu weiteren und anderen Diskriminierungen führt. Komplexe Entgeltsysteme können daher oft nicht lediglich in einzelnen Regelungen korrigiert, sondern müssen insgesamt abgelöst und durch ein neues, geschlechtergerechtes Entgeltsystem ersetzt werden. Dies ist besonders kompliziert, wenn Diskriminierungsfreiheit in Einklang mit abgesicher-

ten Besitzständen gebracht werden muss. Das geht nur mithilfe eines Entgelt-Anpassungsplans („Pay Equity Plan“).<sup>12</sup>

Der vorgelegte Gesetzentwurf lässt derartige Anpassungspläne und damit auch Stufenlösungen zu,<sup>13</sup> also eine schrittweise Anpassung der Entgelte nach oben und nach unten. Das ist riskant, denn es ist strittig, ob die auch nur zeitweise Verweigerung des eigentlich bestehenden Anspruchs auf gleiches Entgelt europarechtlich zulässig ist. In Bezug auf Altersdiskriminierung hat sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) inzwischen mit dieser Frage auseinandersetzen müssen. Dabei ging es allerdings nicht um nur betriebliche Entgeltsysteme, sondern um Überleitungen in ein nicht diskriminierendes tarifliches System, folglich auch um die Tarifautonomie. Es hat die Frage, ob die Tarifparteien Besitzstände, die mit Hilfe einer bisherigen, diskriminierenden Regelung erworben worden sind, schützen und bei der Beseitigung von Diskriminierung schrittweise vorgehen dürfen, dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Entscheidung vorgelegt.<sup>14</sup>

Doch selbst Stufenlösungen in moderaten Anpassungsplänen würden Betriebsräte und Gewerkschaften durchaus vor Probleme stellen. Denn für die Beseitigung von bisheriger Entgeltdiskriminierung wäre es unvermeidlich, zukünftige Entgelterhöhungen auf jeden Fall ausschließlich oder in ganz überwiegendem Maße den bisher Benachteiligten zugute kommen zu lassen. Es steht zu vermuten, dass selbst eine Besitzstandsregelung für Männer, die bei Entgelterhöhungen abgeschmolzen werden soll, das Betriebsklima belasten kann. Denn es fehlt regelmäßig an dem Bewusstsein, bisher zu Unrecht profitiert zu haben. Die Erfahrung belegt, dass heute Betriebsratsmitglieder Fälle von

<sup>12</sup> Vgl. dazu Kocher, E. (2010): Die Anpassung diskriminierender Tarifverträge an das Recht, in: *djbZ* (Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes) 12 (3), S. 128–131; anders Raasch, S. (2009): Gender Pay Gap mit neuen Instrumenten überwinden, in: *djbZ* 11 (3), S. 126ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>13</sup> Die Möglichkeit von Stufenlösungen in Anpassungsplänen ohne unmittelbare Gefährdung des Unternehmens wurde nicht von allen Expertinnen, die über diesen Gesetzentwurf beraten haben, gebilligt.

<sup>14</sup> BAG v. 20.5.2010–6 AZR 319/09: Altersdiskriminierung im BAT? Kollision mit Primärrecht der EU, in: *NZA* (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) (13) 2010, S. 768ff.

Entgeltungleichheit, teils sogar im Einvernehmen mit den betroffenen Frauen, nicht aufgreifen, weil sie Spannungen innerhalb der Belegschaft nicht riskieren wollen.

## **RECHTS DURCHSETZUNG IM BETRIEBSRATSLOSEN BETRIEB**

Gibt es im Betrieb keinen Betriebsrat, fehlt es an einer Instanz, die bei der Korrektur der betrieblichen Entgeltssysteme und Entgeltpraxis die Interessen der Beschäftigten einbringen und durchsetzen kann. Das hat zur Folge, dass der Arbeitgeber die diskriminierungsfreie Entgeltgestaltung wenigstens mit sachverständiger Begleitung entwickeln muss. Auch muss die Kontrolle dichter sein. Er hat deshalb die detaillierten Daten für die in seinen Augen nunmehr gesetzeskonforme Entgeltgestaltung der ADS mitzuteilen, die Stellungnahme der sachverständigen Person beizufügen und beides betriebsöffentlich zu machen. Anpassungspläne mit stufenförmigen Lösungen, die eine zeitweise Fortsetzung diskriminierender Bestandteile ermöglichen, sind in diesem Fall nicht erlaubt. Vielmehr muss es hier zu einer sofortigen und vollständigen Angleichung der Entgelte bisher Benachteiligter kommen.

## **HANDLUNGS AUFTRAG AN DIE TARI FVERTRAGSPARTEIEN**

Auch die Tarifvertragsparteien werden gesetzlich verpflichtet, ihre Tarifverträge binnen festgelegter Fristen in Bezug auf Entgeltgleichheit zu überprüfen. Die Kriterien für die Prüfung werden im Gesetz festgelegt; sie folgen dem deutschen und europäischen Entgeltgleichheitsrecht. Als Ergebnis ihrer eigenen Überprüfung erstellen die Tarifvertragsparteien einen Tariflichen Entgeltbericht. Sie leiten diesen Bericht an die ADS und an das Tarifregister weiter; er kann dort von den Akteuren, also den Betriebs-/Personalräten und Beschäftigten der vom Tarifvertrag erfassten Betriebe sowie von Antidiskriminierungsverbänden eingesehen und überprüft werden.

Ergibt die Überprüfung des Entgeltberichts, dass noch Entgeltungleichheit vorliegt, müssen die Tarifvertragsparteien die entsprechenden Regelungen diskriminierungsfrei ersetzen. Geschieht dies nicht in der gesetzlichen Frist, können sich die

Tarifvertragsparteien oder ein Antidiskriminierungsverband an das Arbeitsgericht wenden. In diesem Verfahren wird zunächst die Berechtigung des Vorwurfs überprüft. Wird er bestätigt, kann die Einsetzung einer tariflichen Entgeltgleichheitskommission beantragt werden. Sie besteht aus Beisitzern beider Tarifvertragsparteien, einem neutralen sachkundigen Vorsitz sowie Sachverständigen. Sie hat die Aufgabe, den Tarifvertrag diskriminierungsfrei zu gestalten und in Kraft zu setzen. Die ADS und das Tarifregister sind zu informieren.

## **SANKTIONEN**

Der Gesetzentwurf arbeitet sehr zurückhaltend mit Sanktionen; sie werden nur bei Untätigkeit der Arbeitgeber ausgelöst. Die gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber der ADS können mit staatlichen Mitteln, einschließlich Ordnungsgeldern, durchgesetzt werden. Aber gegenüber der ADS schuldet der Arbeitgeber ja nur Berichte und Daten, die zur Verfügung zu stellen sind.

Die Auswirkungen der Zurückhaltung des Gesetzes gegenüber flächendeckendem staatlichen Eingriffen werden hier deutlich. Denn für den gewiß nicht seltenen Fall, dass der Arbeitgeber zwar Berichte und Daten liefert, die Verdachtsmomente für eine Diskriminierung aber schlicht ignoriert, kommt es ganz auf die eigenbestimmte Aktivität derjenigen an, die das Gesetz mit Einwirkungsrechten ausstattet, ohne Einwirkungspflichten zu begründen. Bleiben auch sie untätig, geschieht gar nichts. Sicherlich werden Betriebsräte im entsprechenden Fall nicht ähnlich ignorant reagieren, wie es seitens der Arbeitgeber zu erwarten ist. Die Betriebsräte werden wohl auch durch die informierten Beschäftigten in Zugzwang gebracht. Mehr noch ist aber eine Änderung des Verhaltens durch Aktivitäten der Antidiskriminierungsverbände zu erwarten. Diese werden sich aus den Listen der ADS über Betriebe mit Verdachtsmomenten gewiss zunächst jene herausuchen, die viele Beschäftigte haben und bei denen das Verfahren auch auf öffentliche Aufmerksamkeit stoßen wird. Das wird andere Unternehmen dazu bringen, doch von sich aus tätig zu werden, um diese negative Aufmerksamkeit zu vermeiden.

So kann schließlich eine für das Anliegen Entgeltgleichheit hilfreiche Wettbewerbssituation entstehen. Denn Betriebsräte und Gewerkschaften werden sich ungern von Antidiskriminierungsverbänden in den Schatten stellen lassen. Für Gewerkschaften gibt es darüber hinaus die Chance, sich in Betrieben zu profilieren, in denen sie noch nicht ausreichend verankert sind.

## **AUSBLICK**

Dieses Gesetz, das Entgeltgleichheit für Frauen und Männer umsetzen soll, beschränkt sich auf die Durchsetzung des bereits geltenden Rechts. Es erweitert das Gebot der Entgeltgleichheit nicht, es kann nicht schmerzlich empfundene Lücken füllen und fügt auch keine arbeitsmarktpolitischen Instrumente hinzu. Das bedeutet, dass eine (oft beschriebene) strukturelle Schranke des Gebots nicht überwunden wird: jene Entgeltunterschiede, die ihre Ursache darin haben, dass die Verdienste in Branchen, in denen überwiegend Frauen arbeiten, generell geringer sind als die in den sogenannten Männerbranchen. Sie können mit diesem Gesetz nicht beseitigt werden – obwohl auch diese Differenz durchaus der ungerechten Minderbewertung der Arbeit von Frauen geschuldet ist. Unverzichtbar bleibt daher ein gesetzlicher Mindestlohn. Die geplante Höhe von 8,50 € wird sich vorrangig auf die Verdienste von Frauen in Frauenbranchen positiv auswirken. Nur der einheitliche Mindestlohn über die Branchengrenzen hinweg, und nicht etwa der bisher für einige Branchen eingeführte, kann dazu beitragen, die Verdienstunterschiede zwischen Männern und Frauen zu mindern.

Auch wenn sich die SPD-Bundestagsfraktion des Themas Entgeltgleichheit mit dem vorgeschlagenen Durchsetzungsgesetz (und auch der Forderung nach einem gesetzlichen Mindestlohn) angenommen hat, so erscheinen aus der Opposition heraus die Verwirklichungschancen eher minimal. Zu hoffen bleibt, dass die deutsche Sozialdemokratie sich dieses Gesetzentwurfes auch dann erinnern wird, wenn sie wieder Gestaltungsmacht als Gesetzgeber hat. Bis dahin kann eine Diskussion des vorgestellten Gesetzesansatzes hilfreich sein.