

VI. Anwendung des Ergebnisses auf die Beispielfälle

Abschließend sollen nun die hier vorgestellten Überlegungen konkret umgesetzt werden auf die unter Ziffer I.1 genannten Beispielfälle:

1. Haben die Mitarbeiter im Beispielfall 1, wovon auszugehen ist, einen Vertrag nach deutschem Arbeitsrecht, so gilt für sie weiterhin auch das BetrVG, entweder in der Weise, dass sie zu einem in Deutschland gebildeten Betriebsrat gehören oder aber im Ausland einen eigenständigen Betriebsrat bilden, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

2. Im Beispielfall 2 können die nach deutschem Arbeitsrecht beschäftigten Arbeitnehmer im Ausland einen Betriebsrat bilden. Werden in dem ausländischen Betrieb auch Arbeitnehmer nach ausländischem Recht beschäftigt, haben diese die Möglichkeit – liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor – eine eigene kollektive Vertretung nach Maßgabe des anwendbaren Rechtes zu schaffen.

3. Im Beispielfall 3 kommt es maßgeblich darauf an, nach welchem Recht die Arbeitsverträge abgeschlossen sind. Sind sie nach deutschem Recht abgeschlossen, bilden diese Arbeitsverträge in ihrer Zusammenfassung den Betrieb, der, unabhängig vom Sitz der Leitungsfunktionen, nach deutschem Betriebsverfassungsrecht organisiert wird.

4. Im Beispielfall 4 kommt es maßgeblich darauf an, nach welchem Recht die in Indien beschäftigten Arbeitnehmer beschäftigt werden. Ist das nicht das deutsche Recht, kann auch kein Betriebsrat gebildet werden.

5. Im Beispielfall 5 sind unterschiedliche Fallgestaltungen denkbar. Werden alle Arbeitnehmer in der Euro-Region nach dem Recht eines Staates beschäftigt, dann richtet sich auch die kollektive Interessenvertretung nach dem Recht dieses Staates. Wird den jeweiligen Arbeitsverträgen unterschiedliches Recht zu Grunde gelegt, sind maßgeblich die nationalen Rechtsvorschriften für die jeweiligen Arbeitsverträge. Denkbar wäre also, dass der Betrieb drei unterschiedliche Betriebsvertretungen nach deutschem, luxemburgischem und französischem Recht hat.

6. Ein Bedürfnis, einen Betriebsrat nach deutschem Recht zu bilden, besteht im Beispielfall 6 bei fehlender Anknüpfung der Individualverträge nicht. Deshalb ist es zulässig, kein Betriebsverfassungsrecht anzuwenden, sondern das nationale kollektive Recht des jeweiligen Staates.

7. Unabhängig von der Frage, in welchen Ländern die Arbeitnehmer des Beispielfalls 7 beschäftigt sind, ist die Frage maßgeblich, welches Recht den Arbeitsverträgen zugrunde gelegt wird. Werden fünf oder mehr Arbeitnehmer nach deutschem Arbeitsrecht beschäftigt, können diese, unabhängig von ihrem Arbeitsort, einen Betriebsrat bilden. Arbeitnehmer, die nach anderem nationalen Recht beschäftigt werden, können eine eigene Kollektivvertretung errichten.

8. Auch für den fliegenden Betrieb ist maßgeblich die arbeitsvertragliche Gestaltung. Wird also ein Betrieb ohne festen Betriebssitz mit mehr als vier Beschäftigten nach deutschem Arbeitsrecht gebildet, dann kann auch hier ein Betriebsrat errichtet werden.

Zusammenfassung

Das Territorialitätsprinzip hat abgedankt. Es ist für die Bewältigung der anstehenden international-rechtlichen Betriebsverfassungsfragen nicht mehr tauglich. Es kann und sollte abgelöst werden durch ein flexibles System der maßgeblichen Berücksichtigung der jeweiligen Rechtswahl für die Arbeitsverträge. Nur so kann in einer Welt, in der die Arbeitsbeziehungen zunehmend grenzüberschreitend organisiert werden, das Prinzip kollektiver Interessenvertretung effektiv wahrgenommen werden.

Wissenschaftliche Assistentin Dr. Eva Kocher, Hamburg

Vom Diskriminierungsverbot zum „Mainstreaming“

Anforderungen an eine Gleichstellungspolitik für die Privatwirtschaft

1. Gleichheitssätze im Arbeitsrecht
2. Gleichbehandlungsgebote, Diskriminierungsverbote und Gleichstellung
 - a) Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote
 - b) Gleichstellungsgebote und Gleichstellungsmaßnahmen
 - c) Zum Verhältnis von Diskriminierungsverboten und Gleichstellungsverpflichtungen
3. Die Wirksamkeit der Gleichheitssätze im Arbeitsrecht
 - a) Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht
 - b) Gleichstellungsgebote und Gleichstellungskonzepte im Arbeitsrecht
4. Durchsetzung der Diskriminierungsverbote und Gleichstellung als Prozess
 - a) Der Gedanke des Gender Mainstreaming
 - b) Anforderungen an ein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft
 - c) Optimierung des Antidiskriminierungsrechts durch Gender Mainstreaming

Eine eingehende Auseinandersetzung mit Konzepten und Anforderungen im Antidiskriminierungsrecht wird nicht zuletzt wegen der Entwicklungen im europäischen Recht, insbesondere der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG, immer dringlicher. Mit dem Recht der Gleichberechtigung der Geschlechter hat man insofern in Deutschland die meisten Erfahrungen gemacht.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen Verboten der Diskriminierung wegen des Geschlechts und positiven Verpflichtungen zu Gleichstellungsmaßnahmen. Mit beiden Ansätzen zur Gleichberechtigung werden ähnliche gesellschaftspolitische Ziele in der Gewährleistung von Grundvoraussetzungen bürgerlicher Freiheit und persönlicher Selbstbestimmung verfolgt. Rechtsdogmatisch und rechtspraktisch handelt es sich jedoch um grundsätzlich verschiedene Konzepte.

In der Rechtspraxis stoßen allerdings beide Ansätze auf ähnliche Anforderungen für die faktische Wirksamkeit: Sowohl das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wie Gleichstellungsmaßnahmen verlangen letztlich eine prospektive Auseinandersetzung und nicht lediglich ein reaktives Umgehen mit den Geschlechterverhältnissen. Der Gedanke des „Gender Mainstreaming“, betriebliche Entscheidungen auf allen Ebenen und in allen Bereichen auf Gender-Relevanz zu untersuchen, kann insofern in beiden Bereichen einen Schritt weiter führen. Vor diesem Hintergrund müsste ein mögliches künftiges Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft den Betrieben Handlungsräume für eine betriebsangepasste Gleichstellungspolitik eröffnen.

1. Gleichheitssätze im Arbeitsrecht

Der Gleichheitssatz als „allgemeines Strukturprinzip der durch das Grundgesetz geschaffenen Rechtsordnung“¹, der „als selbstverständlicher ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Bereichen und für alle Personengemeinschaften gilt“², hat selbstverständlich seine Bedeutung im Arbeitsverhältnis

1) Dieterich, in: Dieterich/Hanau/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 1998, Art. 3 GG Rn. 2; zu der Besonderheit der Gleichheitsgrundsätze als „Fundamentalnorm“ siehe auch Dieterich, RdA 2001, 110, 117.

2) BVerfG, Urteil vom 23. 1. 1957, BVerfGE 6, 84, 91.

und im Arbeitsrecht. Genauso selbstverständlich sind aber zum Beispiel die Arbeitsvertragsparteien nicht Grundrechtsadressaten und gilt Art. 3 GG nicht unmittelbar in allen Bereichen des Arbeitsrechts³.

Allerdings sind die Institutionen und Personen, die zur Regelbildung im Arbeitsverhältnis legitimiert sind, durchgehend in anderer Weise positivrechtlich an Gleichbehandlungsgrundsätze gebunden; „die Gleichbehandlungsgebote der Verfassung sind damit fundamentale Handlungsanleitungen an jeden Normgeber“⁴. Den Betriebsparteien ist jedenfalls durch § 75 Abs. 1 BetrVG Gleichbehandlung vorgeschrieben. In Hinblick auf arbeitsvertragliche oder auf andere Weise einseitig gesetzte betriebliche Einheitsregelungen können sich Beschäftigte gegenüber dem Arbeitgeber auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen, mit dessen Hilfe im Arbeitsrecht die Gerichte an Stelle des Gesetzgebers die Schutzfunktion des Art. 3 GG umsetzen⁵. Und dass auch die Tarifvertragsparteien jedenfalls an einen dem Art. 3 GG entsprechenden Gleichheitssatz gebunden sind, davon geht das BAG in ständiger Rechtsprechung aus⁶.

Nun besteht aber bereits Art. 3 GG aus drei verschiedenen Absätzen, deren Verhältnis zueinander nicht unproblematisch ist. Neben bzw. vor dem „allgemeinen Gleichheitssatz“ des Abs. 1 stehen die „speziellen Gleichheitssätze“ des Abs. 3, die in einem Teilbereich wiederum durch den Gleichberechtigungssatz des Abs. 2 überformt werden⁷. Auch das Arbeitsrecht kennt neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz spezielle Vorschriften, die eine Differenzierung auf Grund bestimmter Merkmale wie insbesondere des Geschlechts verbieten. Zu nennen sind außer § 75 Abs. 1 BetrVG vor allem die Vorschriften zur Gleichbehandlung der Geschlechter wie §§ 611 a, 612 Abs. 3 BGB, die im Wesentlichen auf EU-Recht zurückgehen, oder auch § 4 TeilzBefrG. Im EU-Recht gibt es mit der Richtlinie 2000/43/EG⁸ sowie der Richtlinie 2000/78/EG⁹ Entwicklungen, die die Einführung weiterer spezieller Gleichheitssätze im Arbeitsrecht erwarten lassen.

Angesichts der lebhaften grundrechtlichen Debatte um das Verhältnis der verschiedenen Gleichheitssätze erstaunt es, wie wenig das Verhältnis der Gleichbehandlungsgrundsätze im Arbeitsrecht geklärt ist. Dabei hat unter den speziellen Gleichbehandlungssätzen der zur Gleichbehandlung der Geschlechter große praktische Bedeutung erlangt, insbesondere das Verbot der mittelbaren Diskriminierung, das über das europäische Recht aus dem anglo-amerikanischen Recht Eingang in das deutsche Recht fand¹⁰.

Fastrich hat vor kurzem in dieser Zeitschrift versucht, das Verhältnis des allgemeinen zu den besonderen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungssätzen dadurch zu klären, dass er unter dem Oberbegriff des „Benachteiligungsverbots“ einen kollektiv ausgerichteten „Gleichbehandlungsgrundsatz“ auf der einen Seite, individuell ausgerichteten „Gleichstellungsverpflichtungen“ auf der anderen Seite gegenüberstellt¹¹. Es gehe beim Erstgenannten um Rechtssätze, die lediglich Normanwendungsgleichheit vorschreiben, während mit den zuletzt Genannten unmittelbar Ergebnisgleichheit erreicht werden solle. Leider vermag er das Verhältnis der beiden Ansätze nur in einem Ausschnitt zu erfassen, da er mit „Gleichstellung“ unterschiedliche Konzepte unter einen Begriff fasst, die sich wesentlich darin unterscheiden, was sie von den Normadressatinnen und -adressaten verlangen.

2. Gleichbehandlungsgebote, Diskriminierungsverbote und Gleichstellung

a) Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote

Verschiedene Gleichheits- und Gleichberechtigungsverständnisse sind im deutschen Recht vor allem anhand von Art. 3 GG diskutiert worden.

Nach dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ist danach zunächst Gleiches gleich zu behandeln, soweit es gleich ist¹². Dieses *Gleichbehandlungsgebot* oder *allgemeiner Gleichheitssatz* verbietet nach herrschender Meinung eine willkürliche Gruppenbildung.

Art. 3 Abs. 3 GG ergänzt dieses Gebot. Die dort genannten askriptiven personalen Merkmale dürfen nicht als Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung dienen, das heißt: Personen, die nur insoweit „ungleich“ sind, als sie das betreffende Merkmal aufweisen oder nicht, sind als „gleich“ zu behandeln: „Das Geschlecht darf grundsätzlich – ebenso wie die anderen in Absatz 3 genannten Merkmale – nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt“¹³. Diese *speziellen Gleichheitssätze* werden auch *Unterscheidungs-* oder *Diskriminierungsverbote* genannt¹⁴.

Wie der allgemeine Gleichheitssatz gewährleisten Diskriminierungsverbote lediglich die Anwendung einer bereits gesetzten Norm oder Leistung auf eine von ihr ausgeschlossene Gruppe; im Unterschied zum allgemeinen Gleichheitssatz kann allerdings der Ausschluss der jeweiligen Gruppe nur eingeschränkt durch den Zweck der Norm oder Leistung gerechtfertigt werden¹⁵.

b) Gleichstellungsgebote und Gleichstellungsmaßnahmen

Dennoch sind Diskriminierungsverbote keine „Gleichstellungsverpflichtungen“. Denn dieser Begriff wird im deutschen

3) ErfK/Dieterich (Fn. 1), Art. 3 GG Rn. 32.

4) BAG, Urteil vom 4. 4. 2000, RdA 2001, 111.

5) ErfK/Dieterich (Fn. 1), Art. 3 GG Rn. 12.

6) Siehe neuerdings wieder BAG, Urteil vom 4. 4. 2000 mit Anmerkung Dieterich, RdA 2001, 110, 112 ff., der allerdings insofern widerspricht, als es sich seiner Meinung nach nur um eine mittelbare Wirkung des Gleichheitssatzes handelt.

7) ErfK/Dieterich (Fn. 1), Art. 3 GG Rn. 5, dort auch zu weiteren Gleichheitsgeboten des Grundgesetzes wie Art. 6 Abs. 5, Art. 33 Abs. 1–3, Art. 38, Art. 21.

8) „Richtlinie des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft“ vom 29. 6. 2000.

9) „Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ vom 27. 11. 2000.

10) Zur Herkunft aus dem anglo-amerikanischen Recht gegen Rasendiskriminierung *Bieback*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 1997, S. 20 ff.; *Winter*, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit, 1998, S. 144 ff.

11) *Fastrich*, RdA 2000, 65 ff.

12) BVerfG, Urteil vom 17. 11. 1992, BVerfGE 87, 234, 255: „Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verbietet es, dass eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Die rechtliche Unterscheidung muß also in sachlichen Unterschieden eine ausreichende Stütze finden.“

13) BVerfG, Urteil vom 28. 2. 1991, BVerfGE 85, 191, 206.

14) Auch das BAG unterscheidet in seiner jüngsten Entscheidung zur Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 GG Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote (BAG, Urteil vom 4. 4. 2000, RdA 2001, 111).

15) Zu den unterschiedlichen Anforderungen im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe *Michael*, JuS 2001, 866 f. Die Gemeinsamkeit ist bei *Fastrich*, RdA 2000, 71, 74 ähnlich wie hier beschrieben (S. 74: „Rechtsfolgeverweisungen“); den Unterschied überschätzt er hingegen, da er übersieht, dass sich Inhalt und Zweck einer Norm oder Leistung durch Auslegung bestimmen, und damit die vom Normsetzer vorgenommene Abgrenzung der anspruchsberechtigten Gruppe Inhalt und Zweck der Norm mitbestimmt. Die Diskussion um die sachliche Rechtfertigung von Maßnahmen, die mittelbar diskriminierend wirken, zeigt, dass auch dieses Diskriminierungsverbot eine Rechtfertigung mit dem Zweck der Leistung erlaubt, solange dieser „nichts mit einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu tun hat“ (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH siehe nur Urteil vom 2. 10. 1997, NZA 1997, 1221 f.; siehe auch *Bieback* [Fn. 10], S. 40).

Rechtssystem für Maßnahmen verwendet, die sich nicht darauf beschränken, lediglich den Anwendungsbereich einer gegebenen Norm auszudehnen, sondern die neue Rechte schaffen, die dem Zweck der „Gleichberechtigung“ oder „Gleichstellung“ dienen. Der Gegensatz zu den allgemeinen und speziellen Gleichheitssätzen wird teilweise auch als einer zwischen „negativen“ Abwehrrechten und „positiven“ Maßnahmen, zwischen Ansprüchen auf „formelle“ Gleichheit und solchen auf „materielle“ Gleichheit beschrieben¹⁶.

In diesem Rahmen ist auch der eigenständige Bedeutungsgehalt des Art. 3 Abs. 2 GG gegenüber dem Diskriminierungsverbot des Abs. 3 zu suchen. Das BVerfG wies bereits in seiner Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot darauf hin, dass Art. 3 Abs. 2 GG einen „über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinaus reichende[n] Regelungsgehalt“ aufweise, der darin bestehe, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstelle und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. „Der Satz ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf Angleichung der Lebensverhältnisse. . . Überkommene Rollenverteilungen. . . dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen . . . durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden“¹⁷. Es vertritt insofern nicht mehr die Meinung, Art. 3 Abs. 2 GG richte sich nicht gegen die gesellschaftlichen Wirkungen der Geschlechterdifferenz¹⁸. Jedenfalls dieser Regelungsgehalt wird durch die Verfassungsänderung und die Anfügung des Satzes 2 noch unterstrichen.

Bei Fragen der „Gleichstellung“ ist zwischen Gleichstellung als Ziel oder Aufgabe und einzelnen Gleichstellungsmaßnahmen zu unterscheiden. Die Aufgabe der Gleichstellung ist eine Regelungsaufgabe; Gleichstellungsmaßnahmen („kompensatorische“ Maßnahmen, „positive“ Pflichten) sind Versuche zu ihrer Lösung; sie schaffen selbst Rechtsfolgen¹⁹. Art. 3 Abs. 2 GG enthält insofern selbst keine Gleichstellungsmaßnahmen, sondern ermächtigt lediglich dazu, solche zu entwickeln und durchzuführen.

Über den Umfang dieser Ermächtigung wurde lange Zeit gestritten. Hauptstreitpunkt war und ist teilweise heute noch die rechtliche Zulässigkeit von Gleichstellungsmaßnahmen der sogenannten „Frauenförderung“ oder „positiver Diskriminierung“ („affirmative action“), insbesondere von „Quoten“ und anderen Bevorzugungsregelungen. Sie sind nicht zuletzt deshalb so heftig umstritten, weil sie dem Verbot unmittelbarer Diskriminierung direkt entgegenstehen²⁰.

Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit solcher Formen der „positiven Diskriminierung“ dürfte praktisch mittlerweile dadurch entschieden sein, dass der EuGH Entscheidungsquoten, die bei gleicher Qualifikation eine Bevorzugung der Frau vorsehen, unter bestimmten Voraussetzungen akzeptiert hat²¹. Er konnte sich dabei unter anderem auf eine Ergänzung des Lohngleichheitsgebots in Art. 141 EG durch eine Öffnungsklausel zu Gunsten von Gleichstellungsmaßnahmen berufen (Abs. 4), die lautet: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“ Diese Norm macht damit unmissverständlich deutlich, dass der Begriff der „Gleichstellung“ einen über das „Diskriminierungsverbot“ hinausgehenden Bedeutungsgehalt hat²² und dass beide in Konkurrenz zueinander treten können, insofern Gleichstellungsmaßnahmen gerade nach dem Geschlecht differenzieren.

c) Zum Verhältnis von Diskriminierungsverboten und Gleichstellungsverpflichtungen

Gleichstellungsverpflichtungen sind also nicht mit Diskriminierungsverboten unter einen Begriff zu fassen. Dies heißt aber nicht, dass sie nicht in ähnlichen Begründungszusammenhängen stünden: In beiden Fällen geht es dem jeweiligen Normgeber darum, auf gesellschaftliche Verhältnisse sozialer Ungleichheit auf Grund von askeptiven Merkmalen einzuwirken²³. Im Gegensatz zum allgemeinen Gleichheitssatz, der lediglich eine willkürliche Gruppenbildung verbietet, wird hier von bestimmten Gruppenbildungen ausgegangen, die in der Gesellschaft große Bedeutung haben.

Wegen dieser gesellschaftlichen Bedeutung (man kann sagen, dass die Unterscheidung nach dem Geschlecht, aber auch die nach der ethnischen Herkunft in gewisser Weise die gesamte Gesellschaft strukturiert) kann die mit den Diskriminierungsverboten untersagte Gruppenbildung individuell und einzelwirtschaftlich durchaus rational sein. Wo ein Unternehmen Arbeitskräfte auf einem Arbeitsmarkt rekrutiert, der geschlechtsspezifisch segmentiert ist, mag es für das Unternehmen durchaus sachliche Gründe dafür geben, diese Segmentierung im Unternehmen widerzuspiegeln²⁴. Die Summe solcher im Einzelnen sachlich begründbaren Entscheidungen hingegen trägt zur ständigen Reproduktion der gesellschaftlichen Ungleichheiten bei. Und dem sollen sowohl Diskriminierungsverbote als auch Gleichstellungsverpflichtungen entgegenwirken. Insofern sind sowohl die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG als auch Gleichstellungsverpflichtungen auf Grund von Art. 3 Abs. 2 GG von Anfang an „kollektiv“ und nicht individuell ausgerichtet²⁵.

Die grundsätzliche gesellschaftspolitische Debatte um die gemeinsame Aufgabe von Diskriminierungsverboten und Gleichstellung war über lange Jahre hinweg vom Gegensatzpaar „Gleichheit“ und „Differenz“ bestimmt²⁶. Die beiden Ansätze bewerten die existierenden gesellschaftlichen Rollenmodelle für Männer und Frauen unterschiedlich. Heute wird hingegen Gleichheit wieder stärker mit Freiheit zusammen und über die gesellschaftlich vorgegebenen Rollen und Optionen hinaus gedacht. Denn eine gesellschaftliche Gruppenbil-

16) Schiek, in: Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wankel, Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, 1996, S. 243 ff.

17) BVerfG, Urteil vom 28. 2. 1991, BVerfGE 85, 191, 207 (Nachtarbeitsverbot); siehe auch BVerfG, Urteil vom 16. 11. 1993, BVerfGE 89, 276 ff.

18) So noch BVerfG, Urteil vom 18. 12. 1953, BVerfGE 3, 225, 241.

19) Zur Unterscheidung von Rechtsregeln und Regelungsaufgaben insbesondere im Arbeitsrecht siehe z. B. Ditz, RdA 1978, 291; Leinemann, BB 1997, 2323; in einem umfassenderen Sinn BVerfG, Urteil vom 18. 12. 1953, BVerfGE 3, 225, 239 ff., 248.

20) Genauer zur Diskussion Schiek, in: Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wankel (Fn. 16), S. 243 ff.
21) EuGH, Urteil vom 11. 11. 1997, EuZW 1997, 757 ff. (Marshall); EuGH, Urteil vom 28. 3. 2000, EuZW 2000, 474 ff. (Badeck/Hessen) = NJW 2000, 1549 ff.; siehe auch BAG vom 2. 12. 1997, BAGE 87, 171 ff. = NZA 1998, 882 ff.

22) Auch der EuGH, Urteil vom 28. 3. 2000, NJW 2000, 1549 bezeichnet dies als einen Gegensatz zwischen Ansprüchen auf materielle und solchen auf formelle Gleichheit.

23) Zum Begriff *Parkin*, in: Kreckel (Hrsg.), Soziale Ungleichheiten, 1983, S. 126; siehe für den Stand der soziologischen Forschung zu sozialen Ungleichheiten insbesondere Kreckel, Soziale Ungleichheit, 1992, S. 13 ff., S. 212 ff.

24) Insofern ist *Fastrich*, RdA 2000, 74 zuzustimmen: Diskriminierungsverbote wenden sich „gegen Marktergebnisse“.

25) Gerade umgekehrt demgegenüber *Fastrich*, RdA 2000, 68; zur Gruppenbetrachtung des Gleichberechtigungsatzes (er enthalte über ein Differenzierungsverbot hinaus ein Hierarchisierungsverbot) siehe insbesondere *Sacksosky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 312 ff., S. 318 ff.; siehe auch *Slupik*, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, S. 134 ff.; *Young*, Ethics 99 (1988/89), S. 271 ff.

26) Genauer Kocher, KJ 1999, 185 ff.

dung nach askriptiven Merkmalen wie die nach dem Geschlecht schränkt die Optionen der Lebensgestaltung aller Menschen erheblich ein. Eine tatsächliche Wahlfreiheit zwischen den z. B. für Frauen in Betracht kommenden Rollen (als „nur Ehefrau und Mutter“, als allein stehende berufstätige Frau, als berufstätige Familienfrau²⁷) und zwischen noch nicht typisierten Optionen setzt ein gesellschaftliches Verständnis von „Gleichwertigkeit“ voraus, das mehr ist als eine Gleichbehandlung unter der Voraussetzung gleicher Lebensgestaltung („Gleichheitsprinzip“) oder eine Gleichbehandlung unter der Voraussetzung geschlechtstypischer Lebensgestaltung („Differenzprinzip“). Das Stichwort für dieses Verständnis von Gleichwertigkeit als eine Bedingung von Freiheit ist „gleichwertige Rechte“²⁸. Für das Arbeitsrecht bedeutet dies z. B., dass entsprechende Maßnahmen dazu beitragen müssen, dass die geschlechtsspezifische Spaltung des Arbeitsmarktes nicht vertieft, sondern abgebaut wird²⁹.

Die Frage, ob Gleichstellung Chancengleichheit oder Ergebnisgleichheit meine, verliert so ebenfalls an Brisanz: Schweizer weist zu Recht darauf hin, dass eine ungleiche Verteilung der Geschlechter in gesellschaftlichen Rollen („Ergebnis“) ein starkes Indiz für fehlende Chancengleichheit sei; ihrer Meinung nach sind Gleichberechtigungsgesetze deshalb also in Richtung auf „ergebnisbezogene Chancengleichheit“ zu interpretieren³⁰.

3. Die Wirksamkeit der Gleichheitssätze im Arbeitsrecht

a) Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht

Dem Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 GG entsprechen im Arbeitsrecht die Diskriminierungsverbote der §§ 611 a, 612 Abs. 3 BGB³¹. Sie sind genau wie der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz justiziable Rechtsgrundsätze; bei der Frage der Diskriminierung handelt es sich insofern um eine subsumtiv lösbare Frage³². Dennoch dauerte es lange Jahre, bis zahlreiche unmittelbare diskriminierende Normen insbesondere im Frauenarbeitschutz für rechtswidrig erkannt wurden³³.

Verstöße gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung zu erkennen, ist demgegenüber schwieriger, setzt es doch voraus, dass die tatsächlichen Auswirkungen von Regelungen untersucht werden³⁴. Wegen dieser „materiellen“ Betrachtung gesellschaftlicher Wirkungen ist das Verbot der mittelbaren Diskriminierung im deutschen Recht zum Teil als Aspekt des Gleichberechtigungsgesetzes des Art. 3 Abs. 2 GG angesehen worden³⁵. Orientiert man sich jedoch an der oben dargestellten Unterscheidung zwischen den beiden Absätzen als einer unmittelbar subsumtionsfähigen „Rechtsfolgeverweisung“ und einer Ermächtigung zum Aufstellen neuer Regelungen, so wird man dazu kommen müssen, dass auch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG zuzuordnen ist³⁶. Die Tatbestandselemente, die hierzu entwickelt wurden, werfen in der Praxis keineswegs ähnlich grundsätzliche Probleme wie eine Generalklausel auf, sondern stellen lediglich Einzelfragen in der Anwendung.

Auch im europäischen Recht wird das Verbot der mittelbaren Diskriminierung als Aspekt von Diskriminierungsverboten und nicht als Gleichstellungsmaßnahme behandelt. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts ist dementsprechend im deutschen Recht in § 611 a, § 612 Abs. 3 BGB verortet. Auch die Richtlinie 2000/78/EG „zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“, mit deren Hilfe auf der Grundlage von Art. 13 EG zahlreiche spezielle Diskriminierungsverbote konkretisiert werden sollen³⁷, enthält in Art. 2 II b) Verbote der mittelbaren Diskriminierung, genauso die Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung

des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft³⁸.

Allerdings birgt gerade diese Ausgestaltung als Diskriminierungsverbot und damit auch als individueller Rechtsanspruch Gefahren für die faktische Wirksamkeit. Denn über die Diskriminierungsverbote werden jeweils einzelne Bestandteile eines Regelungssystems angegriffen, ohne dass das Regelungssystem als solches zur Debatte stünde. Deutlich wird dies bereits bei der Erstreckung der betrieblichen Altersversorgung auf Teilzeitbeschäftigte, die als solche bei der Ausgestaltung des Systems nicht mitgedacht war. Da das Verbot der mittelbaren Diskriminierung lediglich individuelle Rechtsansprüche und „Rechtsfolgenverweisungen“ vorsieht, kann es solche Verwerfungen notwendigerweise nicht berücksichtigen. Noch deutlicher wird dies bei der Frage der mittelbaren Diskriminierung durch Entgeltssysteme. Durch „Herausschießen“ einzelner Bewertungsergebnisse wegen mittelbarer Diskriminierung können „Patchwork“-Systeme entstehen, die am Ende keiner und keine so gewollt hat³⁹.

Diese Fragen lassen sich aber im Rahmen der Diskriminierungsverbote, d. h. individueller Rechtsansprüche auf Gleichbehandlung nicht klären. Ihre Beantwortung erfordert eine betriebliche Politik, die bei allen Maßnahmen die „Gender-Relevanz“ und mögliche Auswirkungen auf die Geschlechter bereits mitdenken kann.

b) Gleichstellungsgebote und Gleichstellungskonzepte im Arbeitsrecht

Gesetzliche Gleichstellungsverpflichtungen gibt es im deutschen Arbeitsrecht aktuell lediglich für den öffentlichen Dienst, auf freiwilliger Basis auch in einigen privaten Unternehmen. Für die Länderverwaltungen regeln dies verschiedene Frauenförder-, Gleichstellungs- und Gleichberechtigungsgesetze der Länder, für die Bundesbehörden das BGleGG. In diesem Zusammenhang sind mit den Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragten Stellen der „institutionellen Verankerung“ betrieblicher

27) Diese Rollenmodelle nennt z. B. Kokott, NJW 1994, 1049 ff.

28) Genauer dazu Kocher, KJ 1999, 193 ff.

29) So schon Pfarr, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 1982, S. 255 ff.

30) Schweizer, Der Gleichberechtigungssatz – neue Form, alter Inhalt?, 1998, S. 145.

31) So auch Fastrich, RdA 2000, 66.

32) So auch Dieterich, RdA 2001, 110, 117 f. für das Prüfungsprogramm des allgemeinen Gleichheitssatzes und der speziellen Diskriminierungsverbote für Tarifverträge. Fastrich, RdA 2000, 66 bestreitet dies zwar für die Diskriminierungsverbote, allerdings ohne genaue Angabe von Gründen. Das BVerfG war demgegenüber in seinem Urteil vom 18. 12. 1953, BVerfGE 3, 225, 239 ff., 248 (zur Wirksamkeit des Art. 117 Abs. 2, 2. Hs. GG) sogar der Auffassung, Art. 3 Abs. 2 GG sei „eine zwar allgemeine, aber der unmittelbaren Anwendung fähige Rechtsnorm“. Es verstand damals Art. 3 Abs. 2 GG lediglich als Diskriminierungsverbot und konnte so sagen, der Gleichberechtigungssatz „als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes“ sei nicht nur ein „nicht justiziable Programm“, sondern ein für die Lösung konkreter Streitigkeiten verwendbarer Rechtssatz.

33) Insbesondere BVerfG, Urteil vom 28. 2. 1991, BVerfGE 85, 191 ff. (Nachtarbeitsverbot).

34) Vgl. zu den damit einhergehenden Problemen Bieback (Fn. 10), S. 235.

35) Schiek, in: Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wänkel (Fn. 16), S. 249; so auch ohne genauere Auseinandersetzung mit der hier gestellten Frage des Verhältnisses von Abs. 3 und Abs. 2 BVerfG, Urteil vom 16. 11. 1993, BVerfGE 89, 276 ff., das in dieser Entscheidung Art. 3 Abs. 2 GG zumindest auch als „Diskriminierungsverbot“ versteht (C.I.1. der Gründe).

36) So auch Bieback (Fn. 10), S. 34 ff.

37) Art. 7 („positive und spezifische Maßnahmen“) enthält auch eine dem Art. 141 Abs. 4 EUV entsprechende Regelung.

38) Eine entsprechende Ergänzung der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG ist geplant (Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 32/2001 vom 23. 7. 2001, Amtsblatt C 307 vom 31. 10. 2001, S. 5 ff.); dazu sowie zu den Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG siehe auch Bauer, NJW 2001, 2674 ff.

39) Winter (Fn. 10), S. 286.

Gleichstellungspolitik entstanden, die die Gleichstellung von Männern und Frauen vorantreiben sollen⁴⁰.

Die entsprechenden Gesetze haben zum Ziel, auf allen Hierarchieebenen einen gleichmäßigen Anteil der Geschlechter unter den Beschäftigten zu erreichen („Beseitigung bestehender Unterrepräsentanz“)⁴¹. Dementsprechend konzentrieren sich die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragten auf die Beteiligung an Personalentscheidungen und Entscheidungen über die Arbeitsbedingungen, insbesondere was die Vereinbarkeit von Beruf und Familie angeht; in diesem Zusammenhang werden häufig auch Aufgaben der Bekämpfung von Diskriminierung vorgesehen. In aller Regel sind diese Gleichstellungskonzepte mit Regelungen verbunden, nach denen Frauen bei Personalentscheidungen unter bestimmten Voraussetzungen zu bevorzugen sind (qualifikationsabhängige Entscheidungsquoten)⁴².

Um diese Konzepte ist es nun nicht nur deshalb ruhiger geworden, weil die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Bevorzugungsregelungen für die Praxis im Wesentlichen geklärt erscheint⁴³. Vielmehr ist auch das Gleichstellungskonzept, das hinter diesen Gesetzen und Regelungen steht, mittlerweile auf breiter Ebene durch ein neues Konzept ergänzt worden, das „Gender Mainstreaming“, das Gleichstellung wieder als Querschnittsaufgabe sieht.

Zwar forderte auch die Gleichstellungspolitik, auf die die traditionelle Frauenförderpolitik zurückgeht, ursprünglich eine ganz weite Betrachtung der „tatsächlichen Gleichstellung“. In der Praxis knüpfen jedoch die Gleichstellungsmaßnahmen, die bislang in Deutschland unter dem Begriff „Frauenförderung“ firmieren, überwiegend an ganz bestimmten Entscheidungen, insbesondere Personalentscheidungen an, wo auch die rechtlichen Handlungsinstrumente am stärksten sind. Die „Querschnittsaufgabe“ trat in den Hintergrund. Gleichstellung bedeutete in der Praxis ein eher reaktives Konzept. Vernachlässigt wird dabei nicht nur der konkrete Entscheidungsfindungsprozess. In den Hintergrund tritt so auch die Tatsache, dass einzelne Personalentscheidungen an Strukturentscheidungen anknüpfen, die bereits früher und zum Teil an anderer Stelle getroffen wurden. Das strukturelle Problem der gesellschaftlichen und betrieblichen Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern wird damit in einer einzigen Personalentscheidung individualisiert⁴⁴, und „Frauenförderung“ tritt den Handelnden als externer Rechtszwang gegenüber, der ihnen kaum Handlungsansätze und wenig Handlungsspielräume lässt⁴⁵. Diese Form der Gleichstellungspolitik wird dementsprechend in der betrieblichen Praxis häufig lediglich als „Karriereförderung“ wahrgenommen, die nur solche Frauen unterstützen könne, die das gesellschaftliche Modell der „männlichen“ Lebensweise gewählt haben⁴⁶.

Die Verpflichtung zur Erarbeitung sogenannter „Frauenförder- oder Gleichstellungspläne“, die zahlreiche der Ländergesetze enthalten und der auch das neue BGleIG Gewicht verleiht⁴⁷, hat diese Orientierung in der Praxis nicht aufheben können; sie weist aber durchaus schon Elemente von Prozessorientierung auf, indem sie zum Beispiel eine Benennung gleichstellungspolitischer Ziele und einzelner Maßnahmen zur Umsetzung verlangt, wenn auch lediglich mit dem Blick auf die Beschäftigtenstruktur.

4. Durchsetzung der Diskriminierungsverbote und Gleichstellung als Prozess

a) Der Gedanke des Gender Mainstreaming

Moderne Formen der Gleichstellungspolitik des „Gender Mainstreaming“ verfolgen letztlich dieselben Ziele wie die herkömmliche Gleichstellungspolitik als „Frauenförderung“. Auch sie haben Chancengleichheit und Gleichwertigkeit zahlreicher Optionen der Lebensgestaltung als eine Voraussetzung für Selbstbestimmung im Blick; diese kann gesellschaftlich nur an

den Ergebnissen einer möglichst gleichmäßigen Beteiligung und Betroffenheit der Geschlechter in allen Bereichen gemessen werden⁴⁸. Der Unterschied zwischen beiden Herangehensweisen besteht allerdings darin, dass Gender Mainstreaming explizit anerkennt, dass dieses Ziel nur über einen längeren Prozess erreicht werden kann, in dem nicht nur die betriebliche Personalpolitik, sondern auch Entscheidungen über die Organisation von Arbeit und Produktion auf „Gender-Relevanz“ überprüft werden. Gender Mainstreaming gehört übrigens auch steuerungstheoretisch in einen anderen Rahmen als „Frauenförderungs- politik“; hier wird nicht zufällig mit ähnlichen Instrumenten gearbeitet, wie sie im Zusammenhang mit neuen Steuerungsformen in der Verwaltung („management by objectives“, Kontraktmanagement, Dezentralisierung von Entscheidungsbefugnissen, Ziel- und Leistungsvereinbarungen und indikatorengestützte Mittelvergabe) diskutiert und entwickelt werden.

Unter Gender Mainstreaming versteht man eine (Re-)Organisation, Verbesserung, Entwicklung und Evaluierung aller Entscheidungsprozesse unter dem Blickwinkel der Gleichstellung von Männern und Frauen. Die Aufgabe der Gleichstellung wird damit als Querschnitts- und Gemeinschaftsaufgabe aller Ressorts verstanden. Dieser Ansatz erkennt an, dass es keinen Bereich gibt, über den Gleichstellung isoliert betrieben werden könnte; betriebliche Politik ist nirgendwo geschlechtsneutral⁴⁹.

Was daran neu ist, lässt sich auch zeigen an der Frage der Gewährleistung der Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit. Hier verpflichtete „Frauenförderungs- politik“ zwar häufig dazu, Arbeitsplätze so einzurichten, dass sie auch für Teilzeit geeignet sind⁵⁰. Gender Mainstreaming heiße darüber hinaus, dass ein Prozess der Evaluation eingeleitet wird, und auf dessen Grundlage einzelne Schritte zur Veränderung festgelegt und umgesetzt werden. Gender Mainstreaming geht

40) Wankel, in: Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wankel (Fn. 16), S. 623 ff. zu den Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragten; mit dem Gleichstellungsdurchsetzungsgesetz (DGleIG) ist das FFG durch das Bundesgleichstellungsgesetz (BGleIG) ersetzt worden (Gesetz vom 30. 11. 2001, BGBl. I 2001, S. 3234). Zur Bedeutung der institutionellen Verankerung für die Gleichstellungspolitik siehe *Holland-Cunz*, in: Kulawik/Sauer (Hrsg.), *Der halbierte Staat*, 1996, S. 158 ff. Beispiele für vergleichbare Institutionen aus verschiedenen Ländern finden sich z. B. bei *Raasch*, *Frauenquoten und Männerrechte*, 1991, S. 54 ff. Davon zu unterscheiden ist die kommunale Gleichstellungspolitik s. *Wankel*, in: Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wankel (Fn. 16), S. 808 ff.

41) Vgl. die entsprechenden Formulierungen in den Landesgleichstellungsgesetzen, *Schiek*, in: Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wankel (Fn. 16), S. 299 ff.; siehe auch § 8 BGleIG.

42) *Schiek*, in: Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wankel (Fn. 16), S. 449 ff., dort auch zu den unterschiedlichen Erscheinungsformen.

43) Siehe dazu oben bei Fn. 21.

44) *Bednarz-Braun/Brühns*, *Personalpolitik und Frauenförderung im öffentlichen Dienst*, 1997, S. 68 ff.

45) *Bednarz-Braun/Brühns* (Fn. 44), S. 143 ff.; vgl. auch S. 190 ff., wo auf die Problematik eingegangen wird, dass Personalpolitik in der betrieblichen Praxis Ergebnis von Verhandlungen ist.

46) Zur Kritik an solchen Gleichheitsmodellen aus (rechts-)philosophischer Sicht vor allem *Mithofer*, *Geschlecht als Existenzweise*, 1995.

47) *Schiek*, in: Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wankel (Fn. 16), S. 363 ff., bezeichnenderweise unter dem Oberbegriff „Ausschluß (mittelbarer) Diskriminierungen“; in den Ländern Hessen und Brandenburg ersetzen diese Pläne mit der Orientierung an einer Ergebnisquote die qualifikationsabhängige Entscheidungsquote; im BGleIG siehe insofern § 11 und das Einspruchsrecht § 21.

48) Zu diesem Maßstab und seinem Begründungszusammenhang siehe oben bei Fn. 28 und 30.

49) Siehe im Einzelnen Grundlagenpapier des BMFSFJ zu Gender Mainstreaming (www.bmfsfj.de, Stand 7. 5. 2001); *Töndorf*, *WSI-Mitt.* 2001, S. 434 ff.; *Stiegler*, *Wie Gender in den Mainstream kommt*, Expertise zur Frauenforschung, Hrsg.: Friedrich-Ebert-Stiftung, Abteilung Arbeit und Sozialpolitik, August 2000.

50) Zu den entsprechenden Regelungen in den Ländergesetzen (die es durchgehend gibt) siehe *Dieball*, in: Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wankel (Fn. 16), S. 540 ff. unter dem Stichwort „Arbeitsbedingungen, die aktive Elternschaft unterstützen sollen“.

aber über die Gewährleistung der „Vereinbarkeit“ weit hinaus. Das Konzept fordert z. B. auch dazu auf, unterschiedliche Kommunikations- und Organisationskulturen der Geschlechter zu berücksichtigen, und zwar nicht nur unter den Beschäftigten, sondern auch unter den Kundinnen und Kunden⁵¹. Eine solche Gleichstellungspolitik lässt sich außer mit Überlegungen zur Freiheit und Selbstbestimmung der Einzelnen auch damit rechtfertigen, dass die Qualität der jeweiligen Entscheidungen verbessert wird, wenn nicht nur die Sichtweise der hegemonialen Gruppen, sondern verschiedenste kulturelle Aspekte Gegenstand der Kommunikation werden⁵².

Eine solche Gleichstellungspolitik erfordert allerdings Fähigkeiten und Kenntnisse hinsichtlich der Unterschiede zwischen den Geschlechtern und ihrem Verhältnis („Gender-Wissen“ und „Gender-Bewusstsein“), insbesondere bei den Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträgern. Wenn das Qualitätsdefizit im Erkennen von struktureller Diskriminierung⁵³ nicht bekämpft wird, wird auch dieser Ansatz erfolglos bleiben müssen.

b) Anforderungen an ein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft

Für die Privatwirtschaft wurde ursprünglich von der Bundesregierung ein „Gesetz zur Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft“ geplant. Hierfür hat eine Expertinnenkommission einen Entwurf erarbeitet, auf den die Politik dann zu Gunsten einer „Freiwilligen Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft“ verzichtet hat. Es sind allerdings Zweifel angebracht, ob eine solche Vereinbarung viel wird verändern können. Denn es ist nicht nur der Unwille einzelner Unternehmen, sondern auch die Arbeitsmarktstruktur, die wirksame Gleichstellung in der Vergangenheit verhindert hat⁵⁴. Wenn sich auf breiter Ebene etwas ändern soll, reicht es nicht aus, wenn einzelne Pionierunternehmen gegen den Trend Frauen fördern. Wenn die Ergebnisse der ersten Evaluation der „Freiwilligen Vereinbarung“ Ende 2003 vorliegen, wird sich die Frage nach einem Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft erneut stellen.

Eine solche gesetzliche Regelung müsste nicht nur die Erfahrungen mit der Gleichstellung im öffentlichen Dienst, sondern auch die strukturellen Unterschiede zwischen Privatwirtschaft und öffentlichem Dienst berücksichtigen⁵⁵.

Dies bedeutet zunächst, dass die Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger in den Betrieben selbst in die Pflicht genommen werden müssen. Nicht eine externe Stelle oder eine innerbetriebliche Gleichstellungsbeauftragte, sondern die Unternehmensleitung selbst muss für die Umsetzung von Gleichstellungsmaßnahmen zuständig sein („Top-Down-Ansatz“⁵⁶). Für die privatwirtschaftlichen Betriebe heißt dies genauer: Diejenigen betrieblichen Akteurinnen und Akteure, die die Arbeitsbeziehungen gestalten, Arbeitgeber, Gewerkschaften und Betriebsräte müssen in die Verantwortung genommen werden.

Dies geht nur, wenn das Gesetz selbst sich darauf beschränkt, einen Handlungsrahmen vorzugeben, und es den betrieblichen Akteurinnen und Akteuren überlässt, welche Maßnahmen und Umsetzungsschritte sie planen. Nur ein Verfahrensgesetz nimmt den Regelungscharakter der Gleichstellungsaufgabe ernst. Gleichzeitig kann es aber nicht im Belieben der Betriebe stehen, ob sie wirksame Maßnahmen einleiten. Denn gerade mangels „Gender-Wissen“ und Sensibilität für Unterschiede zwischen den Geschlechtern hat sich bisher „freiwillig“ noch kaum etwas getan; erkennbar ist dies am Ergebnis: Die Geschlechter sind insbesondere in Führungspositionen erheblich ungleich repräsentiert⁵⁷.

Dieser Zielkonflikt könnte jedoch aber dadurch gelöst werden, dass das Gesetz Handlungsfelder vorgibt, auf denen gehandelt werden könnte, und es den Unternehmen freistellt, welche Felder sie auswählen und welche Maßnahmen sie pla-

nen. Auch die Umsetzung der Ziele in den gewählten Handlungsfeldern kann von den Unternehmen selbst kontrolliert werden. Handlungsfelder könnten sein die Personalstruktur, Lohngerechtigkeit zwischen den Geschlechtern, Ausbildung und Qualifizierung, Aufstieg und Beförderung, sexuelle Belästigung, Arbeitsbedingungen u. ä.

Als Voraussetzung und Grundlage jeder strukturellen Gleichstellungspolitik müsste eine gesetzliche Regelung die Unternehmen zunächst zu einer (jährlich fortzuschreibenden) Bestandsaufnahme hinsichtlich der Anteile der Geschlechter in den unterschiedlichen Bereichen verpflichten. Sollte sich bei dieser Bestandsaufnahme herausstellen, dass bereits eine gleichmäßige Repräsentation der Geschlechter auf allen Entgelt- oder Hierarchieebenen besteht, könnten die Verpflichtungen aus dem Gesetz entfallen.

Wo dies aber nicht der Fall ist, wäre je nach Betriebs- und/oder Unternehmensgröße eine bestimmte Mindestzahl von Handlungsfeldern zu bestimmen, aus denen auszuwählen und auf denen konkrete Maßnahmen zu bestimmen wären. Für die Auswahl der Felder und Festsetzung der Maßnahmen wäre eine Frist vorzusehen, nach deren Ablauf bestimmte Sanktionen eintreten. Zu denken ist hierbei an individuelle Ansprüche (etwa Ansprüche auf Übernahme der Kinderbetreuungskosten, wo keine familienfreundlichen Arbeitszeiten eingeführt wurden, Ansprüche auf Übernahme der Kosten für eine außerbetriebliche Qualifizierung, wo keine Qualifizierungsmaßnahmen festgesetzt wurden) oder die Nichtberücksichtigung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, aber auch eine Verbandsklagebefugnis für Gewerkschaften und Verbände, die sich die Gleichberechtigung der Geschlechter zum satzungsmäßigen Ziel gesetzt haben. Mit ihrer Hilfe könnte ein untätiger Arbeitgeber dazu verpflichtet werden, die Auswahl von Handlungsfeldern und die Festsetzung von Maßnahmen vorzunehmen.

Entscheidend wird in der Praxis letztlich die Kompetenz und Kreativität der betrieblichen Akteurinnen und Akteure sein. Diese kann nur gefördert werden, wenn Arbeitgeber, Betriebsrat und Gewerkschaft eine betriebliche Koordinierungsstelle für Gleichstellungsfragen an die Seite gestellt wird, die sie in der Gleichstellungspolitik berät⁵⁸. Weiter gehende

51) Für die Verwaltung siehe 3. Erfahrungsbericht über die Umsetzung des hamburgischen Gleichstellungsgesetzes (Berichtszeitraum 1997 bis 1999), 2001, S. 48 ff., die für eine entsprechende Weiterentwicklung des Instruments der Frauenförderpläne eintreten wird sowie für eine Integration der Geschlechterfragen in die Verwaltungsmodernisierung (S. 50 ff.; „Gender Working“).

52) Young, Ethics 99 (1988/89), S. 250 ff. für den Bereich staatlicher Entscheidungen; Tondorf, WSI-Mitt. 2001, S. 434 ff.

53) Bednarz-Braun/Brubus (Fn. 44), S. 231 ff.

54) Vom Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) bei der Bundesanstalt für Arbeit wurde im Jahre 1998 erstmals erhoben, wie viele Betriebe betriebliche Gleichstellungsvereinbarungen zumindest auf freiwilliger Basis haben. Im Bundesdurchschnitt ergab sich ein ernüchterndes Gesamtergebnis: Nur 3% aller westdeutschen und 3,3% der ostdeutschen Betriebe verfügen über Gleichstellungsvereinbarungen (Beckmann/Möller, Die Verbreitung betrieblicher Vereinbarungen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern Ende der 90er Jahre, ibv (Informationen für die Beratung von Fachvermittlern) 20/2001, S. 1329 ff., ebenfalls veröffentlicht in Arbeit und Beruf, Mai 2001).

55) Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf Pfarr/Weber/Rust/Schiek/Laskowski/Kocher, in: Pfarr (Hrsg.), Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, 2001, S. 11 ff. und die Begründung hierzu S. 37 ff.; siehe auch den Überblick von Laskowski, ZRP 2001, 504 ff.

56) Grundlagenpapier des BMFSFJ zu Gender Mainstreaming (www.bmfsfj.de, Stand 7. 5. 2001).

57) Zu aktuellen Zahlen siehe Pfarr, WSI-Mitt. 2001, S. 3 (11% Frauen in Führungspositionen im Vergleich zu 46% in den USA und 42% Universitätsabsolventinnen in Deutschland); Laskowski, ZRP 2001, 504 f.

58) Vgl. dazu auch Stiegler (Fn. 49), S. 13 zur Bedeutung von Experten; siehe auch S. 21: „Frauenförderung... die Konkretisierung des Gender Mainstreaming im Bereich der Personalpolitik“. Mit Regelungen wie den hier vorgeschlagenen wird auch die betriebliche Gleichstellungspolitik „angebotsorientiert“ und vermag gesellschaftliche Prozesse aufzunehmen (zu diesen Anforderungen schon Pfarr [Fn. 29], S. 266).

Rechte und Pflichten, d. h. die Einsetzung einer „Gleichstellungsbeauftragten“ mit Beteiligungserfordernissen wäre nur erforderlich und zwingend zu regeln für Betriebe und Unternehmen, die die Frist zur Auswahl von Feldern und Festsetzung konkreter Maßnahmen nicht entsprechend den gesetzlichen Anforderungen genutzt haben.

c) *Optimierung des Antidiskriminierungsrechts durch Gender Mainstreaming*

Durch eine solche systematische betriebliche Gleichstellungspolitik könnte auch das Antidiskriminierungsrecht optimiert werden. Denn die individualrechtliche Konstruktion des Verbots mittelbarer Diskriminierung führt dazu, dass Unternehmen immer wieder von außen auf mittelbar diskriminierende Wirkungen hingewiesen werden müssen, da es im Vorfeld keine innerbetrieblichen Konzepte zur Evaluation möglicher Gender-Relevanz gab⁵⁹. Deshalb hat schon Winter zur Implementation des Gebots von gleichem Entgelt für gleichwertige Arbeit dafür plädiert, statt auf Klagemodelle stärker auf Verfahrensgesetze zu setzen⁶⁰, mit deren Hilfe in den Betrieben ein Neubewertungsprozess in verschiedenen Umsetzungsphasen angestoßen werden könnte⁶¹.

Unter anderem aus solchen Gründen sehen auch Antidiskriminierungsrichtlinien der EU in Anlehnung an anglo-amerikanische Vorbilder⁶² vor, dass „jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere Stellen [bezeichnet], deren Aufgabe darin besteht, ... Opfer von Diskriminierungen auf unabhängige Weise... zu unterstützen, ... unabhängige Untersuchungen... durchzuführen, unabhängige Berichte zu veröffentlichen und Empfehlungen... vorzulegen“⁶³.

Zu den Handlungsfeldern, auf denen gleichstellungspolitische Ziele gesetzt und Maßnahmen entwickelt und umgesetzt werden sollten, müssen auch solche gehören, die Fragen der „Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Familienarbeit“ be-

treffen, also Fragen von Arbeitszeit, Arbeitsvolumina, Elternzeit, Kinderbetreuung u. ä. Hier kann eine bewusste betriebliche Gleichstellungspolitik auch die Umsetzung des Individualanspruchs auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 Teilzeittariffgesetz erleichtern. Denn die Möglichkeit, das Verlangen aus „betrieblichen Gründen“ abzulehnen, erlaubt nur eine eingeschränkte Kontrolle des arbeitgeberseitig vorgegebenen Organisationskonzepts, in das sich die Teilzeitarbeit einfügen muss⁶⁴. Die praktische Verwirklichung des Anspruchs in einem betrieblichen Umfeld, das Fragen der Vereinbarkeit der Erwerbsmit der Familienarbeit nicht systematisch und strukturell angeht, droht sonst zu einem Konflikt- und Problemfeld und/oder zu einer Quelle der Frustration für Eltern zu werden.

59) Siehe oben bei Fn. 39.

60) Winter (Fn. 10), S. 306 ff.

61) Winter (Fn. 10); S. 357 ff.; zur Entgeltgleichheit als einer Leerstelle des Gesetzentwurfs der Expertinnenkommission siehe Pfarr/Weber/Rust/Schick/Laskowski/Kocher, in: Pfarr (Fn. 55), S. 91 ff.

62) USA: Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) (*Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, 1994, S. 224 ff.; Erläuterung der Einzelheiten S. 174 ff.). Großbritannien: Equal Opportunity Commission (EOC) (*Dix*, Gleichberechtigung durch Gesetz. Die britische Gesetzgebung gegen die Diskriminierung der Frau im Arbeitsleben – ein Modell für die Bundesrepublik Deutschland?, 1984, S. 21, 33, 37 ff. auch zu vergleichbaren Institutionen in anderen europäischen und außereuropäischen Ländern). Vgl. auch die österreichische Gleichbehandlungskommission nach dem Gleichbehandlungsgesetz von 1979 (*Mayer-Maly*, in: Festschrift Herschel (1982), S. 264 ff.).

63) Art. 13 der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG; ähnlich Art. 8 a der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG in der geplanten Fassung des Gemeinsamen Standpunkts (oben Fn. 38); genauer hierzu *Schick*, in: Pfarr (Fn. 55), S. 115 ff.

64) *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145 ff., 148; ähnlich *Hromadka*, NJW 2001, 400 ff., 402; zur hier angesprochenen Problematik auch ausführlich *Bauer*, WSI-Mitt. 2001, S. 508 ff.

Entscheidungen mit Anmerkungen

Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung; tarifvertragliche Öffnungsklausel

Die Entscheidung bekräftigt den Rechtsnormcharakter der Betriebsvereinbarung und zieht durch Anwendung des § 293 ZPO die prozessuale Konsequenz. Ferner bekräftigt sie die Sperrwirkung des Tarifvertrages auch gegenüber günstigeren Betriebsvereinbarungen gem. § 77 Abs. 3 BetrVG und zieht als Ausnahme nur eine, allerdings weit ausgelegte Öffnungsklausel im Tarifvertrag in Betracht.

BetrVG § 77 Abs. 3, § 50; TVG § 1; ZPO § 293

1. Berufte sich ein Arbeitnehmer auf eine Betriebsvereinbarung, die der Arbeitgeber mit dem Gesamtbetriebsrat über die Gewährung einer freiwilligen Leistung abgeschlossen hat, so obliegt ihm – mangels substantiierter Einwendungen des Arbeitgebers – nicht die Darlegung der Umstände, aus denen sich die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates ergibt.

2. Die Beschränkung einer tariflichen Öffnungsklausel auf Betriebsvereinbarungen, die bereits vor dem Inkrafttreten eines Tarifvertrags bestanden haben, ist im Zweifel nicht gewollt. Die Wiederholung der Öffnungsklausel im Rahmen der Ablösung des Tarifvertrages durch eine gleichartige Neuregelung spricht gegen einen solchen Willen.

BAG, Urteil v. 20. 2. 2001 – 1 AZR 233/00
Vorinstanz: LAG Berlin, Urteil v. 7. 1. 2000 – 8 Sa 2039/99
AP Nr. 15 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt

Die Parteien streiten über die Zahlung einer Jahresabschlussvergütung für das Jahr 1998 von zuletzt noch 868,95 DM brutto.

Die Klägerin war bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängern seit Mai 1969 beschäftigt. Ihr Bruttomonatsgehalt belief sich zuletzt auf 5793,00 DM. Auf das Arbeitsverhältnis fanden die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg – Tarifgebiet II – in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. Das Arbeitsverhältnis endete durch betriebsbedingte Kündigung zum 31. Oktober 1998.

Der Tarifvertrag über betriebliche Sonderzahlungen für Arbeiter und Angestellte der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg – Tarifgebiet II – vom 10. März 1991 (TVS 91) regelte seit dem 1. Januar 1991 die Gewährung einer Sonderzahlung. Dazu war in dem Tarifvertrag ua. bestimmt:

„2. Anspruch

2.1

Arbeitnehmer, die jeweils am Auszahlungstag in einem Arbeitsverhältnis stehen und zu diesem Zeitpunkt dem Betrieb ununterbrochen 6 Monate angehört haben, haben je Kalenderjahr einen Anspruch auf betriebliche Sonderzahlungen. Ausgenommen sind die Arbeitnehmer, die zu diesem Zeitpunkt ihr Arbeitsverhältnis gekündigt haben.

2.2

Die Sonderzahlungen werden nach folgender Staffeln gezahlt:

...

Ab 1. 1. 1994

Nach 6 Monaten Betriebszugehörigkeit 20%

Nach 12 Monaten Betriebszugehörigkeit 30%

Nach 24 Monaten Betriebszugehörigkeit 40%

Nach 36 Monaten Betriebszugehörigkeit 50%

eines Monatsverdienstes“