

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 18. Februar 2013 zum

a) Gesetzentwurf der Abgeordneten Gabriele Hiller-Ohm, Anette Kramme, Josip Juratovic, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgebotes für Frauen und Männer (Entgeltgleichheitsgesetz) (BT-Drucksache 17/9781)

b) Antrag der Abgeordneten Renate Künast, Beate Müller-Gemmeke, Ekin Deligöz, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Frauen verdienen mehr - Entgeltdiskriminierung von Frauen verhindern
(BT-Drucksache 17/8897)

Prof. Dr. Martin Franzen, München

I. Zu den Anträgen im Allgemeinen

Beide Anträge gehen davon aus, dass die in Deutschland bestehende Lohnzahlungslücke zu einem guten Teil auf unmittelbarer bzw. mittelbarer Ungleichbehandlung von Frauen und Männern in Bezug auf das Arbeitsentgelt beruht. Beide Anträge wollen daher die bereits bestehenden gesetzlichen Verbote der unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlung von Männern und Frauen beim Arbeitsentgelt optimieren und durch prozedurale Vorschriften, insbesondere Prüfungspflichten für Unternehmen und Tarifvertragsparteien, flankieren.

Diesen Ansatz halte ich für wenig zielführend, weil der hierfür erforderliche verwaltungsmäßige Aufwand mutmaßlich nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ertrag stehen wird, die Lohnzahlungslücke signifikant zu schließen. Schon das geltende Recht untersagt die unterschiedliche Vergütung von Frauen und Männern. Aus meiner Sicht erscheinen die rechtlichen Möglichkeiten eines gesetzgeberischen Zugriffs auf diese Verbote der unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlung von Frauen und Männern wegen des Entgelts im Wesentlichen ausgereizt. Außerdem können diese Verbote nicht allen Aspekten der Lohnzahlungslücke abhelfen. So richten sich diese Verbote nur an den jeweiligen Regelgeber, welcher das einzelne Vergütungssystem etabliert. Die Lohnzahlungslücke kann aber auch durch unterschiedliche bran-

chenspezifische Entlohnung aufgrund verschiedener Tarifverträge mitverursacht werden, sofern sich die jeweilige Vergütung und das Verhältnis der Geschlechter unter den Beschäftigten in den betreffenden Branchen signifikant unterscheiden (siehe dazu noch unten III, zu II 4). Die vorliegenden Anträge können diesem Problem überhaupt nicht beikommen.

Ein völlig anderer Ansatz würde dagegen die Anreizwirkungen der Rechtsordnung insgesamt in den Blick nehmen. In diesem Zusammenhang muss man feststellen, dass die Lohnzahlungslücke im Laufe des Erwerbslebens nicht konstant ist, sondern signifikant im Alter von etwa 25 – 30 Jahren ihren Anfang nimmt und danach größer wird – also in einer Lebensphase, in der typischerweise Familien gegründet werden. Vor diesem Hintergrund halte ich es insgesamt für zielführender, Anreize durch Rechtsregeln und sonstige Maßnahmen zu setzen, die dazu führen, dass Frauen weniger häufig und weniger lange zum Zweck der Familiengründung ihre Berufstätigkeit unterbrechen, und dass Frauen möglichst schnell und möglichst in Vollzeitbeschäftigung in die Erwerbstätigkeit zurückfinden.

II. Zum Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion für ein Entgeltgleichheitsgesetz vom 23. Mai 2012 (BT-Drucksache 17/9781)

1. Anwendungsbereich und Ziel des Gesetzes

Der Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion für ein Entgeltgleichheitsgesetz (im folgenden: EntgGG-E) will einen verbindlichen Rahmen für die Prüfung und Beseitigung von Entgeltdiskriminierung durch die entgeltpolitisch verantwortlichen Akteure – Arbeitgeber, betriebliche Arbeitnehmervertretungen und die Tarifvertragsparteien – schaffen¹. Diese Akteure sollen veranlasst werden, selbst für die Herstellung von Entgeltgleichheit zu sorgen, während sich der Staat nach der gesetzgeberischen Intention zurückhalten sollte². Eine zentrale Rolle sollen sogenannte sachverständige Personen einnehmen, welche die Antidiskriminierungsstelle des Bundes zertifiziert hat und die daher über eine amtlich beglaubigte Sachkenntnis auf dem Gebiet der Entgeltgleichheit verfügen. Die näheren Anforderungen, welche von dieser sachverständigen Person erfüllt werden müssen, soll das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend in einer Rechtsverordnung festlegen; ebenso soll eine Gebührenordnung erlassen werden.

Das Gesetz soll Anwendung finden in Betrieben und Dienststellen der öffentlichen Verwaltung mit regelmäßig mehr als 15 Beschäftigten. Die Begründung des Gesetzentwurfs nimmt hierbei Bezug auf den Schwellenwert für den Teilzeitananspruch nach § 8 Abs. 7 TzBfG³. Diese Vorschrift stellt allerdings auf den Arbeitgeber und damit auf das Unternehmen und nicht auf den Betrieb ab⁴. Man wird daher diese Anknüpfung an das Unternehmen auch für den geplanten Anwendungsbereich des Gesetzes übernehmen können.

2. Begriff der Entgeltgleichheit/Entgeltdiskriminierung

§ 3 EntgGG-E enthält einige Begriffsbestimmungen. Der Begriff des Entgelts wird in Anlehnung an Art. 157 Abs. 2 AEUV und der diese Vorschrift konkretisierenden Rechtsprechung des EuGH definiert⁵. Entgeltdiskriminierung liegt nach § 3 Abs. 2 EntgGG-E vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts weniger Entgelt als eine andere Person in einer vergleichbaren Lage erhält. Mittelbare Entgeltdiskriminierung ist ebenfalls erfasst und entspricht der aus § 3 Abs. 2 AGG geläufigen Begriffsbestimmung. Entgeltgleichheit im Sinne des Gesetzes ist nach § 3 Abs. 3 EntgGG-E gewährleistet, wenn Frauen und Männer bei gleicher und gleichwertiger Arbeit dem Grund und der Höhe nach jeweils gleich bezahlt werden. Gleichwertig ist eine Arbeit, wenn die zu verrichtende Tätigkeiten hinsichtlich der tatsächlichen Anforderungen und Belastungen bei diskriminierungsfreier Bewertung ein vergleichbares Bewer-

tungsergebnis erreichen. Damit lehnen sich die gesetzlichen Definitionen von Entgeltgleichheit und Entgeltdiskriminierung an die bekannten Begriffsbestimmungen der unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlung und diese konkretisierende Rechtsprechung, vor allem des EuGH an⁶. Dies ist für sich genommen nicht beanstandenswert. Allerdings gerät damit etwas aus dem Blick, dass es Regelungen in Vergütungssystemen geben kann, die keine mittelbare Ungleichbehandlung im Rechtssinne bewirken, die aber gleichwohl zur Verfestigung der Lohnzahlungslücke beitragen können.

Um dies anhand eines Beispiels zu erläutern⁷: Nach den Regelungen des Stufenaufstiegs nach §§ 16 f. TVöD ist Elternzeit bis zu fünf Jahren nach § 17 Abs. 3 S. 2 TVöD für die Stufenlaufzeit unschädlich, die Elternzeit wird aber nicht auf die Stufenlaufzeit angerechnet. Der Arbeitnehmer in Elternzeit steht also im Hinblick auf den Stufenaufstieg so, wie er vor Beginn der Elternzeit gestanden hatte; er wird nicht zurückgestuft. Demgegenüber werden andere Zeiten wie etwa Schutzfristen nach dem MuSchG, Arbeitsunfähigkeit bis zu 39 Wochen, bezahlter Urlaub sowie im dienstlichen Interesse liegender Sonderurlaub vollständig für die Stufenlaufzeit berücksichtigt. Das BAG hat in dieser Regelung mit überzeugender Begründung keine mittelbare Ungleichbehandlung der Frauen gesehen, weil die Arbeitnehmer in Elternzeit und die Arbeitnehmer in einem aktiven Beschäftigungsverhältnis nicht vergleichbar sind⁸. Eine mittelbare Ungleichbehandlung von Frauen im Rechtssinne liegt nach Auffassung des BAG somit nicht vor. Allerdings kann eine solche tarifliche Regelung die Entgeltungleichheit von Männern und Frauen im untechnischen nicht juristischen Sinne befestigen und damit zur Lohnzahlungslücke beitragen, wenn man davon ausgeht, dass deutlich mehr Frauen als Männer Elternzeit in Anspruch nehmen. Dies gilt umso mehr, als die Tarifvertragsparteien andere Zeiten des Arbeitsausfalls auf den Stufenaufstieg angerechnet haben, wie etwa Zeiten der Arbeitsunfähigkeit bis zu 39 Wochen. Die rechtliche Kontrolle ist hier unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG eröffnet. Insoweit hat das BAG die Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien hervorgehoben, welche sich auf die Bewertung der tatsächlichen Gegebenheiten und der betroffenen Interessen bezieht⁹.

3. Prüfpflicht des Arbeitgebers im Hinblick auf die betriebliche Vergütungspraxis

Kernstück des Gesetzes ist die in § 6 EntgGG-E vorgesehene betriebliche Prüfung der Entgeltgleichheit. Der Arbeitgeber muss in regelmäßigen Abständen (drei bis fünf Jahre) die betriebliche Vergütungspraxis in Bezug auf die Entgeltgleichheit für Frauen und Männer überprüfen. Dabei dürfen nur Prüfungsverfahren verwendet werden, welche die Antidiskriminierungsstelle des Bundes nach Maßgabe des § 5

¹ Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucksache 17/9781, S. 2 unter B.

² Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucksache 17/9781, S. 2 unter B; siehe zu diesen Zielen schon *Pfarr*, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 779, 788 ff.

³ Siehe BT-Drucksache 17/9781, S. 11 l. Sp.

⁴ Zu § 8 Abs. 7 TzBfG siehe *Preis*, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2013, § 8 TzBfG Rn. 10.

⁵ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 17/9781, S. 11 r. Sp.

⁶ So ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 17/9781, S. 11 r. Sp.

⁷ Vgl. den Fall BAG 27. 1. 2011 – NZA 2011, 1361.

⁸ BAG 27. 1. 2011 – NZA 2011, 1361 Rn. 33.

⁹ BAG 27. 1. 2011 – NZA 2011, 1361 Rn. 78.

EntgGG-E zertifiziert hat. In Betracht kommen hierbei neben anderen¹⁰ das bereits von der Bundesregierung empfohlene Verfahren Logib-D¹¹ und das von der Hans-Böckler-Stiftung präferierte Verfahren Eg-check¹². Das Prüfungsintervall zwischen drei und fünf Jahren hängt davon ab, ob der Betrieb eine Arbeitnehmervertretung hat und tarifgebunden ist – dann alle fünf Jahre – oder ob der Betrieb betriebsratslos und tariflos ist – dann alle drei Jahre; dazwischen liegt der betriebsratslose Betrieb mit Tarifbindung und der tariflose Betrieb mit Arbeitnehmervertretung, für welche die Prüfung alle vier Jahre stattfinden soll. Diese Differenzierungen werden damit gerechtfertigt, dass die geschlechtsbezogenen Einkommensunterschiede in Betrieben mit Betriebsrat und Tarifbindung geringer ausfallen als in anderen Betrieben¹³.

Das Prüfungsverfahren soll in zwei Stufen ablaufen: Zunächst erfolgt eine kursorische Prüfung. Der Arbeitgeber kann insoweit zwischen dem kostenfreien EDV-gestützten Prüfverfahren durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes oder einem kostenpflichtigen im Betrieb durchzuführenden Verfahren durch eine sachverständige Person wählen, muss hierüber allerdings das Einvernehmen mit der Arbeitnehmervertretung herbeiführen. Die kursorische Prüfung soll feststellen, „ob die Tätigkeiten von Frauen und Männern nach gemeinsamen Kriterien bewertet werden und ob die Vorschriften, Kriterien und Verfahren der Entgeltendifferenzierung beim anforderungsbezogenen Grundentgelt, bei Stufensteigerungen und beim Leistungsentgelt geltendem Recht entsprechen“ (§ 6 Abs. 3 S. 4 EntgGG-E). Falls der Arbeitgeber die Antidiskriminierungsstelle des Bundes mit dieser Prüfung beauftragt, muss er Unterlagen und Erläuterungen zur Verfügung stellen, die eine EDV-gestützte kursorische Überprüfung auf unmittelbare und mittelbare Entgeltdiskriminierung ermöglichen. Im Falle der Überprüfung durch eine sachverständige Person muss sich der Arbeitgeber über die Auswahl dieser Person mit der Arbeitnehmervertretung innerhalb eines Monats einigen; andernfalls bestellt das Arbeitsgericht die sachverständige Person auf Antrag. Falls die kursorische Prüfung Anhaltspunkte für das Vorliegen von Entgeltdiskriminierung ergeben hat, muss eine detaillierte Prüfung durchgeführt werden (zweite Stufe) – und zwar ausschließlich von einer sachverständigen Person, die identisch sein darf mit derjenigen, welche kursorisch geprüft hat. Auf dieser Prüfungsstufe muss die Gleichwertigkeit der Tätigkeit von Männern und Frauen anhand aktueller und umfassender Tätigkeitsbeschreibungen mittels Paarvergleiche

10 Zu den einzelnen Bewertungsverfahren zur Prüfung der Entgeltgleichheit im Überblick Erster Gleichstellungsbericht der Bundesregierung vom 16. 6. 2011, BT-Drucksache 17/6240, S. 143.

11 Lohngleichheit im Betrieb-Deutschland, einsehbar unter www.logib-d.de; siehe dazu Schmidt, DB 2010, 957; kritisch dazu aber Tondorf, DB 2010, 616; dies., DB 2010, 959; dies., Festschrift Pfarr, 2010, S. 334, 335 ff.

12 Entgeltgleichheits-Check; siehe dazu www.eg-check.de; näher Tondorf, Festschrift Pfarr, 2010, S. 334, 340 ff.

13 Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucksache 17/9781, S. 14 I. Sp.

untersucht werden¹⁴. Falls der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Prüfung der Entgeltgleichheit nicht fristgerecht nachkommt, kann die Arbeitnehmervertretung selbst eine sachverständige Person beauftragen, ohne den Bindungen des § 80 Abs. 3 BetrVG zu unterliegen¹⁵ (§ 6 Abs. 8 EntgGG-E).

Der Arbeitgeber bzw. die sachverständige Person muss einen ausführlichen Bericht über die Entgeltprüfung erstellen und diesen Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes vorlegen sowie im Betrieb veröffentlichen. Hat die Prüfung einen Verstoß gegen den Entgeltgleichheitsgrundsatz zu Tage gefördert, wird in Betrieben mit Arbeitnehmervertretung eine Einigungsstelle für Entgeltgleichheit gebildet, welche die entgeltdiskriminierenden Regelungen des jeweiligen Vergütungssystems für die Zukunft beseitigt; für die Vergangenheit bleibt es bei dem Grundsatz der „Gleichbehandlung nach oben“. Falls die Entgeltdiskriminierung auf einem Tarifvertrag beruht, an den der Arbeitgeber gebunden ist, kann die Einigungsstelle lediglich einen entsprechenden Verstoß feststellen und die Tarifvertragsparteien hierüber informieren. In der Einigungsstelle über Entgeltgleichheit sind der Arbeitgeber, die Arbeitnehmervertretung sowie die Tarifvertragsparteien beider Seiten jeweils in derselben Anzahl von Beisitzern vertreten. Im übrigen entsprechen Bestellung und Verfahren im wesentlichen § 76 Abs. 2, 3 und 5 BetrVG. In Betrieben ohne Arbeitnehmervertretung ist der Arbeitgeber in Zusammenarbeit mit der sachverständigen Person gehalten, die Ergebnisse der Prüfung umzusetzen.

Verstöße des Arbeitgebers gegen die Pflichten nach dem vorgeschlagenen Gesetz, insbesondere das unterlassene bzw. nicht fristgerechte Prüfen der Entgeltgleichheit oder Beseitigen von Entgeltungleichheit, stellen Ordnungswidrigkeiten dar, die von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes mit einer Geldbuße bis zu 500000 € geahndet werden können.

4. Prüfung von Entgelt-Tarifverträgen

Tarifverträge sollen ebenfalls nach Maßgabe der §§ 12, 13 EntgGG-E überprüft werden können. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes prüft Tarifverträge kursorisch „auf Veranlassung“ (§ 12 Abs. 1 EntgGG-E). Eine solche Veranlassung soll nach § 12 Abs. 2 EntgGG-E vorliegen, wenn ein neuer Tarifvertrag im Bereich des Entgelts abgeschlossen wurde, wenn Beschäftigte aus einem Betrieb ohne Arbeitnehmervertretung, deren Entgelt durch einen Tarifvertrag bestimmt wird, oder wenn zuständige Tarifvertragsparteien oder Antidiskriminierungsverbände dies verlangen. Ergeben sich aus dieser kursorischen Prüfung Anhaltspunkte für eine Entgeltdiskriminierung, müssen die Tarifvertragsparteien den Tarifvertrag innerhalb eines Jahres detailliert durch ein zertifiziertes Verfahren überprüfen; falls sie sich nicht über das Verfahren einigen können, kann jede der Tarifvertragsparteien ein eigenes zertifiziertes Prüf-

14 Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucksache 17/9781, S. 14 I. Sp.

15 Siehe dazu Weber, in Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2009, § 80 Rn. 127 ff.

verfahren durchführen. Hat die detaillierte Prüfung ergeben, dass der überprüfte Tarifvertrag nicht dem Gebot der Entgeltgleichheit entspricht, müssen die Tarifvertragsparteien nach Maßgabe von § 13 Abs. 1 EntgGG-E die inkriminierten Regelungen durch diskriminierungsfreie ersetzen; dabei können Stufenpläne und Übergangsvorschriften festgelegt werden (§ 13 Abs. 2 EntgGG-E).

5. Bewertung

a) Anwendungsbereich

Gegen diese Vorschläge sind einige Bedenken anzumelden: Zunächst dürfte der Anwendungsbereich mit Unternehmen mit mehr als 15 Arbeitnehmern nicht sachgerecht gewählt sein. Statistische Verfahren zur Überprüfung von geschlechtsbezogenen Entgeltungleichheiten benötigen regelmäßig eine größere Bezugsgruppe¹⁶. Daher dürfte ein höherer Schwellenwert sachgerecht sein, der allerdings wiederum zahlreiche Unternehmen vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausnehmen würde. Sofern in Unternehmensgruppen einheitliche Vergütungssysteme verwendet werden, wäre denkbar, die Aufreißkriterien auf den Konzern auszurichten.

b) Verwaltungsmäßige Mehrbelastung der Unternehmen

Die vorgeschlagenen Regelungen setzen zwar erklärtermaßen auf Selbstregulierung und staatliche Zurückhaltung¹⁷. Tatsächlich dürfte aber die Bürokratie stark zunehmen: zunächst bei der Antidiskriminierungsstelle des Bundes selbst. Diese wird mit der kursorischen Überprüfung der zahlreichen jährlich neu abgeschlossenen Tarifverträgen und der Vergütungssysteme auf betrieblicher Ebene personell überfordert sein. Die kursorische Prüfung durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes ist offenbar im Gegensatz zu derjenigen durch eine sachverständige Person für den Arbeitgeber kostenlos. Dies dürfte die Arbeitgeber veranlassen, auf die Antidiskriminierungsstelle des Bundes zurückzugreifen. Die Gesetzesbegründung hält den Vollzugsaufwand demgegenüber offenbar für vernachlässigenswert: Der Mehrbedarf an Stellen für die neuen Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle des Bundes sei nicht konkret bezifferbar, könne aber aus dem Etatansatz der Antidiskriminierungsstelle geleistet werden¹⁸.

Desweiteren ist zu befürchten, dass sich eine „Beratungsindustrie“ sachverständiger Personen herausbildet; prädestiniert hierfür wären Mitarbeiter oder Berater der Tarifvertragsparteien, welche mit Fragen der Entgeltgestaltung befasst sind. Insgesamt besteht die Gefahr, dass die Antidiskriminierungsstelle des

Bundes zu einer staatlichen Kontrollstelle für Arbeitsentgelte mutiert.

c) Rechtskontrolle des Prüfungsergebnisses

In inhaltlicher Hinsicht stellt sich das Problem, wie das Ergebnis der detaillierten Entgeltüberprüfung durch die sachverständige Person seinerseits kontrolliert werden kann. Ob eine unzulässige mittelbare Ungleichbehandlung und damit eine Entgeltdiskriminierung im Sinne des EntgGG-E vorliegt, ist letztlich eine Rechtsfrage, welche die Betroffenen den zuständigen Gerichten unterbreiten können müssen. Die entsprechenden Vorschriften sehen eine gerichtliche Überprüfbarkeit der betrieblichen Entgeltprüfung allerdings nicht oder nur eingeschränkt vor: Nach § 10 Abs. 1 EntgGG-E prüft die Einigungsstelle die Fehlerfreiheit des Verfahrens der betrieblichen Prüfung und ersetzt die inkriminierten Regelungen durch diskriminierungsfreie (§ 10 Abs. 2 S. 2 EntgGG-E). Gegen die Beschlüsse der Einigungsstelle können die Beteiligten – Arbeitgeber, Arbeitnehmervertretung, Tarifvertragsparteien - aber nach § 10 Abs. 7 EntgGG-E den Rechtsweg nur beschreiten, um Verfahrens- oder Ermessensfehler der Einigungsstelle zu rügen. Bei Entgeltdiskriminierungsklagen der Arbeitnehmerinnen prüft das Arbeitsgericht nach § 4 Abs. 3 EntgGG-E lediglich die Fehlerfreiheit des Prüfungsverfahrens, wenn bereits im Rahmen des Prüfungsverfahrens Entgeltdiskriminierung nach § 6 EntgGG-E oder § 12 EntgGG-E festgestellt wurde. Es besteht angesichts dieser Lage die begründete Besorgnis, dass die Ergebnisse der detaillierten Entgeltprüfung im Betrieb nicht belastbar einer umfassenden Rechtskontrolle unterzogen werden können. Damit kommt der sachverständigen Person eine enorme Machtfülle zu, weil sie es ist, welche letztlich kaum überprüfbar über die Diskriminierungsfreiheit des jeweiligen Vergütungssystems entscheidet.

Diese Problematik ist hinsichtlich der Überprüfung der Tarifverträge etwas entschärft: Hier können eine zuständige Tarifvertragspartei nach § 13 Abs. 1 S. 2 EntgGG-E eine vorläufige gerichtliche Regelung beantragen; in diesem Rahmen überprüft das Gericht offenbar die Fehlerfreiheit des Prüfungsverfahrens (§ 13 Abs. 1 S. 4 EntgGG-E). Allerdings bleiben Maßstäbe und Kontrolldichte völlig offen. Dies dürfte nicht ganz im Einklang stehen mit der Rechtsprechung des BAG, wonach Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Lohnfindung in den Schutzbereich der Tarifautonomie fallen, und insoweit eine weiter Einschätzungsspielraum der Tarifvertragsparteien besteht. Dies hat das BAG in einem Urteil vom 17. Dezember 2009 in Zusammenhang mit der Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD ausdrücklich festgestellt¹⁹:

„Die autonome vergütungsrechtliche Bewertung einzelner Tätigkeiten ist integraler Bestandteil der Tarifautonomie. Die Möglichkeit der staatlichen Gewalt einschließlich der Judikative, den Tarifvertragsparteien in diesem Bereich Vorgaben zu machen, sind enge Grenzen gezogen. In Betracht kommen vor allem sozialstaatliche Erwägungen. Dagegen

¹⁶ Siehe für das Verfahren Lohngleichheit im Betrieb Strub, Überprüfung der Einhaltung von Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern bei Beschaffungen des Bundes, 2004, S. 2; s. a. den Ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung vom 16. 6. 2011, BT-Drucksache 17/6240, S. 143 I. Sp.

¹⁷ Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucksache 17/9781, S. 2 unter B.

¹⁸ Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucksache 17/9781, S. 3.

¹⁹ BAG 17. 12. 2009 – 6 AZR 665/08 – AP Nr. 1 zu § 4 TVÜ.

ist nach der Konzeption des Grundgesetzes die Festlegung der Höhe des Entgelts grundsätzlich den Tarifvertragsparteien übertragen, weil dies nach Überzeugung des Verfassungsgebers zu sachgerechteren Ergebnissen führt als eine staatlich beeinflusste Lohnfindung (vgl. BVerfG 26. Juni 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224; 4. Juli 1995 – 1 BvF 2/86 ua. BVerfGE 92, 365, 393). Wenn Tarifvertragsparteien deshalb körperliche und beaufsichtigende Tätigkeiten vergütungsrechtlich unterschiedlich bewerten, liegt dies innerhalb ihrer Regelungsmacht (Senat 17. Dezember 1992 – 6 AZR 91/92 – BAGE 72, 115, 122 f. [= NZA 1993, 708, 710 – Rn. 30]). Dies schließt auch die Befugnis zu Entgeltregelungen ein, die Betroffenen ungerecht und Außenstehenden nicht zwingend sachgerecht erscheinen.²⁰

Mit dieser Rechtsprechung wäre die vorgeschlagene Regelung nicht ganz kompatibel, was Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG auszulösen vermag.

III. Zum Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 7. 3. 2012 (BT-Drucksache 17/8897)

Der Antrag fordert den Deutschen Bundestag auf, ein Gesetz zu beschließen, welches Tarifvertragsparteien und Unternehmen verpflichtet, die verwendeten Entgeltsysteme auf Entgeltdiskriminierung überprüfen zu lassen. Insoweit kann auf die Ausführungen unter II 3 bis 5 verwiesen werden.

Der Antrag geht unter II 1c offenbar davon aus, dass nur analytische Arbeitsbewertungsverfahren verwendet werden sollen. Dies halte ich für wenig sachgerecht, da die Art des Arbeitsbewertungsverfahrens – summarisch oder analytisch – als solche wenig über die Frage der mittelbaren Ungleichbehandlung aussagt. Vielfach wird zwar gesagt, dass die summarische Arbeitsbewertung wegen der Gesamtbetrachtung zu viel Spielraum für Interpretationen biete und daher Rollenstereotypen Vorschub leisten könne²¹. Aus dieser Sicht wird die analytische Arbeitsbewertung bevorzugt. Allerdings sind auch hier Ungleichbehandlungen denkbar²². Überzeugender ist es daher, nicht auf die Art des Arbeitsbewertungsverfahrens abzustellen, sondern auf seine Ausgestaltung im Einzelfall, wobei in der Praxis

20 BAG 17. 12. 2009 – 6 AZR 665/08 – AP Nr. 1 zu § 4 TVÜ - Rn. 19.

21 Siehe etwa Feldhoff, Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, 1998, S. 148 ff.; Krell, in Ranftl/Buchinger/Gschwandner/Meggeneder (Hrsg.), Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, 2002, S. 121, 125; Ranftl, in Ranftl/Buchinger/Gschwandner/Meggeneder (Hrsg.), Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, 2002, S. 14 f.; Wissenschaftliches Gutachten, erstellt von WSI in der Hans-Böckler-Stiftung, INIFES und Forschungsgruppe Tondorf, Anhang zum Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern, BT-Drucksache 14/8952, S. 227, 230.

22 Siehe dazu ausführlich Feldhoff, Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, 1998, S. 160 ff.; Krell, in Ranftl/Buchinger/Gschwandner/Meggeneder (Hrsg.), Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, 2002, S. 121 ff.; Tondorf, in Ranftl/Buchinger/Gschwandner/Meggeneder (Hrsg.), Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, 2002, S. 23 ff.

ohnehin vielfältige Mischformen beider System begegnen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Grundsätze der Arbeitsbewertung zum Kern der Lohnfindung gehören, welche zentrale Aufgabe der Tarifvertragsparteien ist und damit vom Kernbereich der Tarifautonomie umfasst ist (siehe oben II 5c).

Zu II 1g: Dies entspricht m. E. bereits geltendem Recht. Eine Klausel in einem Standardarbeitsvertrag, welche die Arbeitnehmer zur Verschwiegenheit hinsichtlich ihres Arbeitsentgelts verpflichtet, greift in die private Lebensführung der Arbeitnehmer ein und benachteiligt diese unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB (ebenso im Ergebnis bei anderer Begründung LAG Mecklenburg-Vorpommern 21. 10. 2009 – 2 Sa 237/09 – RDV 2010, 235).

Zu II 3a: Ein Verbandsklagerecht für Gewerkschaften und Betriebsräte mit Blick auf die Entgeltdiskriminierung ist vor dem Hintergrund nicht unproblematisch, als Gewerkschaften und auch Betriebsräte an der Entgeltfindung – und damit auch der unter Umständen diskriminierenden – selbst beteiligt sind: die Gewerkschaften als Partei der Tarifverträge, die Betriebsräte in Wahrnehmung ihrer Beteiligungsrechte hinsichtlich Eingruppierung nach § 99 BetrVG und innerbetrieblicher Lohngestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Zielführender erscheint es daher, auch diese Akteure in die Pflicht zu nehmen und darauf zu festzulegen, im Rahmen ihrer Aufgaben an der Verringerung der Entgeltzahlungslücke mitzuwirken.

Zu II 4: Ein allgemeiner flächendeckender Mindestlohn kann im unteren Lohnbereich m. E. dazu beitragen, die Entgeltzahlungslücke zu verkleinern. Allerdings sollte dies nicht dadurch untergraben werden, dass weiterhin branchenspezifische tarifvertragliche Mindestlöhne beibehalten und ausgebaut werden. Die derzeitige Praxis der branchenspezifischen tarifvertraglichen Mindestlöhne nach dem AEntG dürfte nämlich ebenfalls dazu beitragen, die Lohnzahlungslücke zu verfestigen. So betragen im Jahr 2009 die tariflichen Mindestlöhne in männlich dominierten Branchen (Bauhauptgewerbe, Dachdecker, Bergbau) über 10 €, diejenigen in Branchen mit einem hohen Frauenanteil (Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Pflegebranche) dagegen zwischen 6,50 € und 8,50 €²³.

IV. Zusammenfassung

Der Entwurf der SPD-Fraktion für ein Entgeltgleichheitsgesetz und der Antrag von Bündnis 90/Die Grünen wollen Unternehmen verpflichten, die betriebliche Entlohnungspraxis mit Blick auf die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern einem Prüfverfahren zu unterziehen. Dieser rechtspolitische Ansatz stößt unter mehreren Gesichtspunkten auf Bedenken: Zum einen sollen auch sehr kleine Unternehmen einbezogen werden, obwohl statistische Verfahren in diesem Bereich wenig aussagekräftig sind. Zum anderen ist eine genuine Rechtskontrolle des Prüfungsergebnisses der sachverständigen Person nicht deutlich gewährleistet. Außerdem werden umgekehrt Konstellationen nicht hinreichend er-

²³ Siehe die Tabelle mit Nachweisen bei Rieble, RdA 2011, 36, 43.

fasst, die zwar keine mittelbare Ungleichbehandlung im Rechtssinne bewirken, die aber gleichwohl zur Verfestigung der Lohnzahlungslücke beitragen können. Ferner wird der in diesem Vorschlag zum Ausdruck kommende rechtspolitische Ansatz die verwaltungsmäßige Belastung der Unternehmen weiter

steigern. Schließlich werden hierdurch Unternehmen einseitig in die Pflicht genommen, obwohl die vielfach verwendeten tarifvertraglichen Vergütungssysteme von den Tarifvertragsparteien aufgestellt werden, also von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden.