

Dagmar Schiek

Die Schnecke Fortschritt kriecht rückwärts: Das zweite Gleichberechtigungsgesetz

Angela Merkel hat es gerade noch geschafft: Am 1. September 1994 ist das Zweite Gleichberechtigungsgesetz¹ in Kraft getreten. Erste Reaktionen erhoffen von ihm verbesserte Chancen für Frauen im Erwerbsleben², zumindest im öffentlichen Dienst³. Sind diese Hoffnungen berechtigt⁴?

A. Ein Exklusivgesetz für Bundesbedienstete – Geltungsbereich

„Umfassende gesetzliche Regelungen zur Beseitigung der Benachteiligung der Frauen und zur Förderung der Frauen im Beruf“⁵ sind – so der Gesetzgeber – das Ziel des Zweiten Gleichberechtigungsgesetzes. Der Bundesgesetzgeber hat ein exklusives Verständnis des Begriffs „umfassend“: Von den meisten Wohltaten des Gleichberechtigungsgesetzes bleibt die Normalbürgerin verschont. Von insgesamt 67 Einzelvorschriften in 13 Artikeln gelten allein 43⁶ ausschließlich für die Bundesverwaltung bzw. die Beschäftigten des Bundes – das sind ca. 1 % der nicht selbständig Erwerbstätigen in der Bundesrepublik. Weitere 4 Einzelvorschriften⁷ entfalten als Rahmenvorschriften Wirkung für Landesbeamtinnen und -beamte. Regelungen für die Mehrheit der Beschäftigten enthalten nur die insgesamt 11 Änderungsvorschriften zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgesetz und zum Betriebsverfassungsgesetz. 5 der 7 Vorschriften des Beschäftigtenschutzgesetzes gelten für alle abhängig Beschäftigten.

1 BGBl. I, S. 1406, redaktionelle Berichtigung: BGBl. I, S. 2103; Persönliche Stellungnahme von Merkel in AuA 1994, 265.

2 Reiche, ZTR 1993, 185 (noch zum Entwurfsstadium); Mittmann, NJW 1994, 3048, hält trotz positiver Gesamtbewertung ein drittes Gleichberechtigungsgesetz für erforderlich (3054).

3 Schattat-Fischer, PersR 1994, 541.

4 Zweifelnd Mauer, BB 1994, 1283; Steinmeister, PersR 1994, 345; Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Regelungen des Erwerbslebens und behandelt deshalb das Bundesgremienengesetz nicht.

5 Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Frauen und Jugend vom 20.4.1994, BT-DS 12/7333, S. 3.

6 Die §§ des Frauenförderungsgesetzes für die Bundesverwaltung, die Vorschriften zur Änderung des Bundesbeamtenengesetzes, des Deutschen Richtergesetzes und des Bundespersonalvertretungsgesetzes sowie die §§ des Bundesgremienengesetzes

7 Zur Änderung des Beamtenrechtsrahmengesetzes

8 Hierzu ausführlich Schiek, Zweites Gleichberechtigungsgesetz für die Privatwirtschaft – Textausgabe mit Kurzkommentierung, Januar 1995 (im Folgenden: Schiek, 2GleibG)

B. Regelungen für die Privatwirtschaft⁸

I. Verschlimmbessertes Gleichbehandlungsgesetz

Mit der Reform des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgesetzes⁹ erstrebt der Bundestag die „Beseitigung der rechtlichen Unklarheiten entsprechend dem bisherigen arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetz über die Gleichbehandlung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz“ und eine „wirksamere Ausgestaltung von Sanktionen wegen einer geschlechtsbedingten Benachteiligung bei der Bewerbung um einen Arbeitsplatz, beim beruflichen Aufstieg oder der Kündigung“¹⁰. Insbesondere die Überarbeitung des sogenannten Portoparagraphen § 611 a Abs. 2 BGB war dringlich, denn – so hatte auch die Bundesregierung erkannt – „die rechtliche und tatsächliche Tragweite dieser Vorschrift war (...) umstritten (...)“ Inzwischen hat jedoch der Europäische Gerichtshof (...) seine Anforderungen an die Effektivität einer solchen Sanktionsnorm verschärft.¹¹

1. Schadensersatzregelung

In der zitierten „Dekker“-Entscheidung hatte der EuGH den Grundsatz bestätigt, daß, wenn ein Mitgliedsstaat Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot zivilrechtlich sanktioniere, die Entschädigung über einen symbolischen Betrag hinausgehen und abschreckende Wirkung entfalten müsse¹². Außerdem müsse sie Diskriminierten unabhängig vom Verschulden des Arbeitgebers zustehen. In der „Marshall-II“-Entscheidung¹³ hat der EuGH betont, eine Begrenzung des Schadensersatzes bei Entlassungsdiskriminierungen auf einen Betrag, der nicht

9 Unter diesem Begriff werden die folgenden Vorschriften zusammengefaßt: §§ 611 a BGB – arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot –, 611 b BGB – geschlechtsneutrale Stellenausschreibung –, 612 Abs. 3 BGB – Lohngleichheitsgebot – und 612 a BGB – arbeitsrechtliches Maßregelungsverbot –, Art. 2 des Arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetzes – Aushangpflicht für die genannten Vorschriften. Sie wurden 1980 mit dem arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetz (BGBl. I, S. 1308) erstmals normiert.

10 Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Frauen und Jugend vom 20.4.1994, BT-DS 12/7333, S. 4.

11 Begründung des Zweiten Gleichberechtigungsgesetzes, BT-DS 12/5468, S. 16; die zitierte EuGH – Entscheidung ist vom 8.11.1990 – C 177/88 – Dekker = EZA Nr. 7 zu § 611 a = NJW 1991, 628.

12 Urteile vom 10.4.1984 – C 14/83 – Colson/Kamann = AP Nr. 1 zu § 611 a BGB, und C 74/83 – Hartz = AP Nr. 2 zu § 611 a BGB

13 2.8.1993 – C 271/91 = EuroAS 9/1993, 6 m. Anm. Dieball

auch im Einzelfall den Diskriminierungsschaden voll abdecke, sei nicht geeignet, die Wiederherstellung betrieblicher Gleichheit zu gewährleisten und deshalb nicht richtlinienkonform. § 611 a Abs. 2 BGB a.F., nach dessen Wortlaut eine diskriminierte Bewerberin nur den Ersatz des negativen Interesses – in den meisten Fällen nur die Bewerbungskosten – verlangen konnte, entsprach diesen Grundsätzen nicht. Die Rechtsprechung hatte deswegen – in EG-rechtskonformer Ergänzung der Vorschriften – neben dem Anspruch aus § 611 a Abs. 2 BGB deliktische und vertragliche Schadensersatzansprüche anerkannt. Das BAG hatte sie zuletzt auf in der Regel einen Monatsverdienst beziffert¹⁴.

Mit dem neugefaßten § 611 a Abs. 2 BGB können Frauen eine Entschädigung von maximal drei Monatsverdiensten verlangen, wenn der Arbeitgeber bei einer Einstellung oder Beförderung (Abs. 5) einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts zu vertreten hat. Nach Abs. 3 ist ein Anspruch auf Einstellung und Beförderung ausdrücklich ausgeschlossen.

Ebenso wie nach der Rechtsprechung des BAG¹⁵ kann eine Entschädigung ganz entfallen, da kein Mindestschadensersatz vorgesehen ist. Die Bundesregierung hatte ursprünglich wenigstens eine Regelsontschädigung von einem Monatsverdienst vorgeschlagen, die auf Antrag der Fraktion der FDP entfallen ist. Die Begrenzung der Entschädigung nach oben bedeutet eine Verschlechterung der bisherigen Rechtslagen: auch nach den Entscheidungen vom 14. März 1989 waren Schadensersatzansprüche von mehr als drei Monatsverdiensten nicht ausgeschlossen. So hatte beispielsweise das Arbeitsgericht Bochum einer Schwangeren, deren befristeter Arbeitsvertrag wegen der Schwangerschaft nicht verlängert worden war, eine Entschädigung in Höhe von insgesamt zwölf Monatsverdiensten zuzüglich der Bewerbungskosten zuerkannt¹⁶.

Eine weitere Anspruchsreduzierung bewirkt der neue § 61 b Abs. 2 S. 1 ArbGG. Wo mehrere Diskriminierte gegen einen Arbeitgeber klagen, kann

der – nach dem Motto „im Dutzend billiger“¹⁷ – eine Begrenzung der Gesamtentschädigungssumme auf sechs Monatsverdienste beantragen, bei mehreren gleichzeitig ausgeschriebenen Stellen – gedacht ist wohl an gleichwertige Positionen – auf zwölf Monatsverdienste. Die Diskriminierten erhalten nur eine anteilige Entschädigung (S. 2). Alle Verfahren werden vor dem Arbeitsgericht verhandelt, vor dem die erste Klage erhoben wird (§ 61 b Abs. 3 ArbGG). Auf weiteren Antrag des Arbeitgebers entscheidet es nicht vor Ablauf von sechs Monaten. Die Diskriminierte dagegen muß ihren Anspruch zunächst innerhalb von zwei Monaten geltend machen (§ 611 a Abs. 4 BGB n.F.) und hat dann nur eine Klagefrist von drei Monaten (§ 61 b Abs. 1 ArbGG). Im Fall des beruflichen Aufstiegs gelten diese Arbeitgeberprivilegien nur bei Vorfällen in Betrieben mit bis zu 400 Beschäftigten – auch zugunsten von Arbeitgebern, die mehrere solcher Betriebe besitzen (§ 61 b Abs. 5 ArbGG).

2. Ein weiteres EG-rechtswidriges Gesetz ?

In ersten Reaktionen ist auch die erste Reform des erst 1980 geschaffenen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgesetzes für nicht vereinbar mit EG-Recht erklärt¹⁸ oder aber für EG-rechtlich unproblematisch gehalten worden¹⁹. Beide Aussagen greifen m.E. zu kurz.

Selbstverständlich ist § 611 a Abs. 2 BGB n.F. – vor allem in Verbindung mit § 61 b ArbGG – keineswegs EG-rechtlich unproblematisch.

Die durch § 611 a Abs. 2 BGB n.F. festgelegte Höchstentschädigungssumme von drei Monatsverdiensten übersteigt zwar deutlich die „Portokosten“ (§ 611 a Abs. 2 a.F.), ist aber dennoch nicht mit der Marshall-II-Entscheidung des EuGH²⁰ vereinbar. Gegen die Regel, daß einer Diskriminierten durch pauschale Begrenzung des Schadensersatzes nicht der Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens abgeschnitten werden darf, verstößt auch die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen, die sich an den ohne Diskriminierung zu erzielenden Monatsverdiensten orientiert. Insoweit besteht kein Unterschied zur summenmäßigen Begrenzung, wie sie im britischen Recht vorgesehen ist²¹. Denn auch die Begrenzung auf eine bestimmte Anzahl von Monatsverdiensten geht in vielen Fällen am tatsächlich entstandenen Schaden vorbei, so etwa, wenn eine wegen

14 Urteile vom 14.3.1989 – 8 AZR 447/87 (Tierheim) = AP Nr. 5 zu § 611 a BGB, 8 AZR 351/86 (Männerwohnheim) = AP Nr. 6 zu § 611 a BGB

15 In der Entscheidung zum Männerwohnheim war der Bewerberin keine Entschädigung zugestanden worden, weil sie noch beim Arbeitgeber, bei dem sie sich um eine unbefristete Stelle beworben hatte, auf einer gleichwertigen befristeten Stelle beschäftigt war. Das LAG Düsseldorf hat einer Frau, deren befristeter Arbeitsvertrag wegen ihrer Schwangerschaft nicht verlängert worden war, gleichfalls Entschädigungsansprüche versagt, weil der Arbeitgeber sie nach Klageerhebung wieder eingestellt hatte – sie war zwischendurch einen Monat arbeitslos gewesen (Urt. v. 29.6.1992 – 10 Sa 595/92 = LAGE Nr. 8 zu § 611 a BGB)

16 Urteil vom 12.7.1991 – 2 Ca 2552/90 = EzA Nr. 8 zu § 611 a BGB, rechtskräftig.

17 Colneric, AiB 1992, 179

18 Mauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 1286, Steinmeister, a.a.O., S. 349, s.a. Dieball, EuroAS 1993, S. 7.

19 Worzalla, DB 1994, 2446

20 2.8.1993, C 271/91, EuroAS 1993, 6

21 Diese künstliche Differenzierung hält Worzalla, DB 1994, 2446 (2448) für tragfähig.

ihrer Schwangerschaft nicht Eingestellte wegen des mutterschutzrechtlichen Kündigungsverbot für dreizehn Monate nicht gekündigt werden dürfte²². Problematisch wäre auch eine verschuldensabhängige Haftung²³.

Vor dem Verdikt der EG-Rechtswidrigkeit des Gesetzes sind jedoch die Möglichkeiten der EG-rechtskonformen Auslegung zu prüfen. Diese ist sowohl in Bezug auf die Höhe des Schadensersatzanspruchs als auch in Bezug auf das Verschulden des Arbeitgebers möglich.

Neben dem EG-rechtswidrig pauschalierten Schadensersatz nach § 611 a Abs. 2 BGB n.F. steht Diskriminierten deliktischer und/oder vertraglicher Schadensersatz zu, denn § 611 a Abs. 2 BGB n.F. regelt nur den Ersatz des immateriellen Diskriminierungsschadens. Hierauf deutet schon die Formulierung „angemessene Entschädigung in Geld“ hin, die sich ebenso in § 651 f BGB (Ersatz des immateriellen Schadens bei entgangenem Urlaub) findet und sich nur in der Formulierung, nicht jedoch in der Bedeutung von älteren Vorschriften zum Ersatz immateriellen Schadens wie der des § 847 BGB („billige Entschädigung in Geld“) unterscheidet. Auch die Tatsache, daß den Diskriminierungsschaden nach § 611 a Abs. 2 BGB n.F. mehrere Diskriminierungsopfer geltend machen können, weist in diese Richtung. Mit dem Argument, daß jede Diskriminierung wegen des Geschlechts im Bewerbungsverfahren das Persönlichkeitsrecht verletzt, auch wenn sie im Ergebnis nicht ursächlich für das Scheitern der Bewerbung ist, hatte das BAG Ersatz des immateriellen Diskriminierungsschadens für mehrere „Opfer“ für möglich gehalten²⁴. Begrenzt § 611 a Abs. 2 BGB n.F. also nur den Ersatz des immateriellen Diskriminierungsschadens, den die Arbeitsgerichte zuvor in entsprechender Anwendung von § 847 BGB zuerkannt hatten, bleiben daneben Ansprüche auf materiellen Schadensersatz möglich. Als Anspruchsgrundlagen kommen § 823 Abs. 2 i.V.m. § 611 a Abs. 1 BGB als Verbotsgesetz sowie – bei Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg – positive Vertragsverletzung in Betracht. Anspruchsinhalt könnte bei Einstellungsdiskriminierung – wegen der Sperre des § 611 a Abs. 3 BGB – nur Geldersatz für die tatsächlich entgangene Beschäftigung sein; in Bezug auf den beruflichen Aufstieg besteht diese Sperre nicht.

Sowohl deliktische als auch vertragliche Schadensersatzansprüche wegen Diskriminierung setzen allerdings Verschulden des Arbeitgebers voraus.

Sollte dies auch für den Schadensersatz nach § 611 a Abs. 2 BGB n.F. gelten²⁵, wäre das neue Recht tatsächlich EG-rechtswidrig. Diese Auslegung ist jedoch nicht zwingend. Die Entstehungsgeschichte der Norm sowie der systematische Zusammenhang mit § 61 a Abs. 2 ArbGG sprechen für eine verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers. Der Gesetzgeber wollte mit § 611 a Abs. 2 BGB gerade dem Erfordernis verschuldensunabhängiger Haftung nach der Dekker-Entscheidung des EuGH gerecht werden²⁶. Eine Begrenzung der Gesamtsumme von Schadensersatzansprüchen mehrerer Ersatzberechtigter, wie sie § 61 b Abs. 2 ArbGG enthält, kommt im deutschen Schadensrecht auch sonst nur bei der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung vor. Beiden Argumenten würde eine Auslegung gerecht werden, nach der der Schadensersatzanspruch nach § 611 a Abs. 2 BGB bei einem objektiv pflichtwidrigen Verstoß des Arbeitgebers gegen das Diskriminierungsverbot einsetzt²⁷.

22 ArbG Bochum, a.a.O. (Fn 16)

23 EuGH, 8.11.1990, Dekker, a.a.O. (Fn. 19).

24 14.3.1989, AP Nr. 5 zu § 611 a BGB.

25 Dieball, a.a.O., Weber, BB 1992, 1345 (1346) zu der insoweit gleichlautenden Fassung des Entwurfs eines Arbeitsgesetzbuches, undeutlich Worzalla, a.a.O. (Fn. 19), der aufgrund einer EG-rechtskonformen Auslegung leichtes Verschulden ausreichen lassen will.

26 BT-DS 12/5468, S. 16

27 Näher Schiek, 2GleibG, Rz 88 ff. zu § 611 a BGB

Die eigentliche Aufgabe einer Reform der Schadensersatzregelung im Gleichbehandlungsgesetz nach der „Dekker“-Entscheidung wäre es gewesen, zusätzlich zu den verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen bei Einstellungs- und Beförderungsdiskriminierung eine auch nach dem Wortlaut eindeutig verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers festzulegen und das Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander zu regeln. Unter diesen Bedingungen wäre eine Summenbegrenzung der verschuldensunabhängigen Entschädigung – wie diese auch bei anderen Gefährdungshaftungen üblich ist²⁸ – EG-rechtlich unbedenklich. Es ist unerfreulich, daß dieses Ergebnis nur durch eine extensive Auslegung erzielt werden kann. Aber gegenwärtig scheint dies die einzige Möglichkeit zu sein, damit sich das neue Recht nicht rückschrittlich auswirkt.

3. Von der Soll- zur Mußvorschrift

Außerhalb der Entschädigungsfrage sind kleine Rechtsfortschritte zu verzeichnen, die hier nicht verschwiegen werden sollen: Mit der Änderung des Art. 2 des arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetzes ist der Aushang des Gleichbehandlungsgesetzes für Arbeitgeber verbindlich – allerdings nur in Betrieben mit mehr als fünf Beschäftigten. Mit der verbindlichen Rechtspflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung (§ 611 b BGB n.F.) entfallen letzte Zweifel darüber, ob der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer personellen Maßnahme nach § 99 Abs. 1 BetrVG wegen einer diskriminierenden Ausschreibung verweigern darf²⁹. Vereinzelt Stimmen hatten dies abgelehnt, weil § 611 b BGB nur eine Sollvorschrift war³⁰. Allerdings bleibt die Verletzung der Pflicht sanktionslos – abgesehen davon, daß eine geschlechtsspezifische Stellenausschreibung weiterhin als Tatsache gilt, die eine Diskriminierung vermuten läßt und deshalb nach § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB eine Umkehr der Beweislast zuungunsten des Arbeitgebers bewirkt.

28 Die Bundesregierung zitiert in der Gesetzesbegründung als Beispiel § 10 Abs. 2 StVG, der Ansprüche aufgrund der verschuldensunabhängigen Kfz-Halterhaftung (§ 7 StVG) beschränkt, und § 10 HaftPflG (Beschränkung der Ansprüche aufgrund der Gefährdungshaftung von Anlagenbetreibern, § 2 HaftPflG).

29 Für Widerspruchsrecht des Betriebsrates auch nach alter Rechtslage Fitting, Auffahrt, Kaiser, Heither, 17. Aufl., 1992, Rz 9 zu § 93 und Rz 56 zu § 99 BetrVG, Däubler, Kittner Klebe Schneider, 4. Aufl., 1994, Rz 175 zu § 99 BetrVG, s.a. ArbG Essen, 8.11.1990 – 1 BV 67/90 (rk) – Streit 1994, S. 28, BetrR 1991, S. 280

30 Hess, Schlochauer, Glaubitz, 4. Aufl. 1992, Rz 113 zu § 93 BetrVG; Stege, Weinspach, 6. Aufl 1990, Rz 59 zu § 99 BetrVG; GK-Kraft, 4. Aufl 1990, Rz 7 zu § 93 BetrVG

31 Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Frauen und Jugend vom 20.4.1994, BT-DS 7333, S. 4

II. Marginale Änderungen in der Betriebsverfassung

Die laut Gesetzgeber angestrebte „Verstärkung der Frauenförderung im Betriebsverfassungsgesetz“³¹ hält sich in Grenzen:

§ 16 Abs 2 S. 3 BetrVG n.F. sieht zunächst vor, daß in Wahlvorständen zur Betriebsratswahl auch Frauen sein sollen. In § 45 BetrVG werden künftig Fragen der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie ausdrücklich als zulässige Themen einer Betriebsversammlung erwähnt – allerdings war die Zulässigkeit dieser Themen auch bisher keine ausgesprochene Streitfrage³². Zu den allgemeinen Aufgaben des Betriebsrates gehört künftig, die Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern, insbesondere bei der Einstellung, Beschäftigung, Aus-, Fort- und Weiterbildung und dem beruflichen Aufstieg zu fördern (§ 80 Abs. 1 neue Nr. 2 a BetrVG). Bei der Personalplanung kann der Betriebsrat entsprechende Vorschläge machen (§ 92 Abs. 2 BetrVG n.F.). Damit haben Betriebsräte in Angelegenheiten der Frauenförderung nur Beratungsrechte – die unterste Stufe der Beteiligungsrechte des Betriebsrates. Der Rechtsfortschritt gegenüber der bisher schon geltenden allgemeinen Bindung von Betriebsrat und Arbeitgeber an das Gleichberechtigungsgesetz (§ 75 Abs. 1 BetrVG) ist kaum auszumachen.

III. Offener Reformbedarf

bei arbeitsrechtlicher Gleichstellung

Insgesamt beweist die Bundesregierung mit dem arbeitsrechtlichen Teil des Gleichstellungsgesetzes vor allem Mut zur Lücke.

Schon im arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgesetz 1980 hätte es einige weitere „Unklarheiten“ zum Beseitigen gegeben.

Zum Beispiel besteht immer noch Unklarheit über die Bedeutung der mittelbaren Diskriminierung im Arbeitsrecht. Gegenwärtig bahnt sich eine BAG-interne Diskussion darüber an, ob bei wesentlich stärkerer nachteiliger weiblicher Betroffenheit von einer geschlechtsneutral gefaßten Regelung oder Maßnahme zusätzlich noch gefordert werden muß, daß diese nur mit dem Geschlecht oder der Ge-

32 Die Fragen der Gleichstellung von Frauen und Männern werden als zulässiges Thema ausdrücklich erwähnt von Wlotzke, BetrVG, 2. Aufl 1992, Anm 2 zu § 45; Dietz, Richardi, 6. Aufl 1982, Rz 10, Fitting, Auffahrt, Kaiser, Heither, 17. Aufl 1992, Rz 10; Fragen der Kinderbetreuung erwähnen Däubler, Kittner, Klebe, Schneider, 4. Aufl 1994, Rz 3 zu § 45 sowie Löwisch, TK-BetrVG, Rz 2 zu § 45. Weder Frauenförderung noch Kinderbetreuung erwähnen Hess, Schlochauer u.a., 4. Aufl 1992 und Stege, Weinspach, 6. Aufl 1990.

schlechtsrolle begründet werden kann³³ oder ob dies entbehrlich ist³⁴. Auch bei der Feststellung, ob Frauen überwiegend nachteilig betroffen sind – d.h. bei der Bildung der richtigen Vergleichsgruppen – bestehen immer wieder Unsicherheiten³⁵. Eine ausdrückliche gesetzliche Definition des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung nach dem Vorbild der Landesgleichstellungsgesetze Berlin und Hessen könnte hier zur Rechtsklarheit beitragen³⁶.

Bereits seit 1985³⁷ ist die Bundesrepublik aufgefordert, die Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot abschließend aufzuzählen. Der „Ausnahmekatalog“ der Bundesregierung³⁸ genügt dieser Anforderung schon deshalb nicht, weil er ausdrücklich ausführt, daß er keineswegs bindend oder gar abschließend ist. Es ist unverständlich, daß das Zweite Gleichberechtigungsgesetz nicht dazu genutzt wurde, die Grundlage für eine abschließende Regelung der Ausnahmen von der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung in einer Rechtsverordnung zu schaffen³⁹.

Mit der Beweislastregelung des § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB hatte der Gesetzgeber 1980 die Rechtslage diskriminierter Frauen verschlechtert. Vor Inkrafttreten des Gleichbehandlungsgesetzes 1980 bereits war anerkannt, daß der Arbeitgeber das Nichtvorliegen einer Diskriminierung zu beweisen hat, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, daß Frauen geringerer Lohn als Männern gezahlt wurde⁴⁰. An dem zusätzlichen Erfordernis, daß die Klägerin Tatsachen glaubhaft machen muß, die eine Diskriminierung vermuten lassen, können Antidiskriminierungsklagen durchaus scheitern⁴¹. Es wäre deshalb eine echte Beweislastumkehr erforderlich, nach der die Diskriminierte nur Tatsachen darlegen muß, die eine Diskriminierung indizieren.

33 So der dritte Senat (zuerst in der Bilka-Entscheidung – 14.10.1986 – 3 AZR 66/83 – BAGE 53, 161, zuletzt Urt. v. 5.10.1993 3 AZR 695/92 DB 1994, 739) und der fünfte Senat (9.10.1991 5 AZR 598/90, NZA 1992, 259)

34 So der vierte Senat, 2.12.1992 – 4 AZR 152/92 – AP Nr. 28 § 23 a BAT, die Frage war nicht entscheidungserheblich

35 Ermutigend ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des vierten Senats zur Lohngleichheit, wonach zur Annahme einer überwiegend nachteiligen Betroffenheit der Frauen von der Lohnpolitik des Arbeitgebers ausreichte, daß von insgesamt 27 Beschäftigten (17 Männer und zehn Frauen) 11 Männer und eine Frau nach der höheren LG 3, aber 6 Männer und 9 Frauen nach der niedrigeren LG 2 vergütet wurden (90 % der Frauen und 35 % der Männer waren nachteilig betroffen) [23.9. 1992 4 AZR 30/92 DB 1993, 737].

36 So auch Colneric, AiB 1992, 179, (183).

37 EuGH 21.5.1985 – C 248/83 – Kommission v Bundesrepublik Deutschland = NZA 1985, 627

38 BArbBl 11/1987, S. 42

39 So auch Mauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 1286

40 BAG, 11.1.1973 – 5 AZR 321/72 = AP 110 zu Art. 3 Abs. 2 GG; 9.9.1981 – 5 AZR 1182/80 = DB 1982, 119

Auch beim Lohngleichheitsgebot besteht Reformbedarf⁴²: Das bestehende Klagerecht der Koalitionen gegen diskriminierende Tarifverträge (§ 9 TVG), das bisher praktisch ungenutzt blieb, ist durch ein Klagerecht für Institutionen und/oder Verbände nach dem Vorbild des AGB-Gesetzes zu ergänzen. Hilfestellung des Gesetzgebers benötigen die Gerichte insbesondere bei der Umformulierung diskriminierender Entgeltsysteme. Aus Gründen der Rechtsklarheit sind ausdrückliche Bestimmungen gegen Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten und bei der betrieblichen Altersversorgung wünschenswert.

Schließlich muß auch für die Privatwirtschaft die Pflicht zur betrieblichen Gleichstellungsförderung gesetzlich verankert werden. Mindestens eine Quote für Ausbildungsplätze sollte eigentlich inzwischen konsensfähig sein⁴³.

Anstelle der Feigenblattreförmchen im Betriebsverfassungsgesetz hätte es einem Gleichberechtigungsgesetz gut angestanden, die Repräsentanz der Frauen in Betriebsräten entsprechend ihrem Anteil an den Beschäftigten zu gewährleisten. Damit hat Frauenbeteiligung am Wahlvorstand nichts zu tun. Das Fehlen des weiblichen Elements in Betriebsräten ist nicht auf die unsachliche Amtsführung der männlich dominierten Wahlvorstände zurückzuführen, sondern auf die mangelnde Repräsentanz von Frauen auf den Kandidatenlisten. Weil dies bei Personalräten nicht anders ist, sind nach dem Hessischen und Schleswig-Holsteinischen Personalvertretungsgesetz schon diese Listen zu quotieren⁴⁴.

41 Vgl. LAG Köln, (10. 5. 1990 – 8 Sa 462/88 = LAGE Nr. 5 zu § 611 a BGB), das einen Nachweis für die Behauptung verlangte, die Beklagte habe für aufstiegsrelevante Auslandseinsätze in der Vergangenheit immer nur Männer berücksichtigt.

42 Ausführlich vgl. Colneric, AiB 1992, 179 (183 – 186)

43 Kritisch Colneric, AiB 1992, 179

44 Zur Zulässigkeit einer solche Quote s. HessStGH, NZA 1994, 525

C. Regelungen für den öffentlichen Dienst

Auch innerhalb des öffentlichen Dienstrechts beschränkt sich das Zweite Gleichberechtigungsgesetz auf einen kleinen Geltungsbereich. Nur vier Vorschriften zur Änderung des Rahmenrechts begünstigen alle Beamtinnen und Beamten. Quotierungsvorschriften oder auch nur allgemeine Verpflichtungen zum Erlaß gleichstellungsfördernder Regelungen im Landesrecht sind nicht darunter.

I. Abschied von der Quote für den Bundesdienst

Ganz bescheidene Gleichstellungsregelungen enthält das Frauenfördergesetz für den Bundesdienst (Art. 1 Zweites Gleichberechtigungsgesetz). Immerhin mit Geltungsanspruch für Beamtinnen und Arbeitnehmerinnen – ein Stück einheitliches Dienstrecht – gelingt es diesem Gesetz, die Entwicklung der Frauenquoten im öffentlichen Dienst fast vollständig zu ignorieren.

1. Quotierungsgesetze der Länder

Die Diskussion um Quoten im öffentlichen Dienst hat sich seit 1989 in Frauengleichstellungsgesetzen manifestiert, die inzwischen in zwölf Bundesländern⁴⁵ verabschiedet wurden und in drei weiteren⁴⁶ vorbereitet werden.

a) verschiedene Quotenformen

Die ersten beiden „Frauenfördergesetze“ der Bundesländer Saarland und Nordrhein-Westfalen von 1989 – von denen das Gesetz für den Bundesdienst immerhin den inzwischen etwas altertümlichen Namen übernimmt – statuierten nur eine leistungsabhängige Entscheidungsquote. Nach der Nordrhein-Westfälischen „Urquote“ gilt:

45 In der Reihenfolge des Inkrafttretens: Saarland (Gesetz zur Förderung von Frauen und zur Änderung sonstiger dienstrechtlicher Vorschriften vom 6. Juli 1989, Abl. Saarl. S. 977), Nordrhein-Westfalen (nordrheinwestfälisches Frauenfördergesetz vom 31. Oktober 1989, NRWGV 1989, S. 567), Bremen (Landesgleichstellungsgesetz Bremen vom 29. November 1990, BremGVBl S. 433), Berlin (Berliner Landesgleichstellungsgesetz vom 31. Dezember 1990 – BlnGVBl 1991, S. 8, in der Neufassung vom 13.4.1993, BlnGVBl S. 184, weiter geändert durch Gesetz vom 21.7.1994, BlnGVBl S. 182), Hamburg (Hamburgisches Gleichstellungsgesetz vom 19. März 1991 – HambGVBl Nr. 13, S. 75, in Kraft seit 1.4.1992), Hessen (Hessisches Gleichberechtigungsgesetz vom 30.11.1993, HessGVBl Nr. 33, S. 729), Sachsen-Anhalt (Frauenfördergesetz Sachsen-Anhalt vom 7. 12.1993, GVBl 1992, S. 734, geändert durch Gesetz vom 27.6.1994, GVBl 1994, S. 762), Mecklenburg-Vorpommern (Gesetzblatt 1994, 343), Sachsen (SächsGVBl 1994, S. 684), Niedersachsen (Nds. GVBl 1994, 246), Brandenburg (Brdbg GVBl 1994, 254), Schleswig-Holstein (GVBl-SLH 1994, 562). Hierzu demnächst Buhr, Dieball, Fritsche, Klein-Schonnefeld, Malzahn, Peter, Schiek, Wankel: Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder (erscheint 1995).

46 Baden-Württemberg, Bayern, Rheinland-Pfalz

„Soweit im Zuständigkeitsbereich der Ernennungsbehörde in der angestrebten Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind, sind Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu berücksichtigen, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.“

Im Grunde handelt es sich nicht um eine Quote im Sinne der Reservierung eines bestimmten Anteils von Stellen für Frauen (§ 5 SchwBG), sondern nur um eine Entscheidungsregel in Einzelfällen, in denen bisher nach Dienstalter oder anderen sachfremden Kriterien entschieden wurde. Schon diese „Frauenquote“ wirkte als Provokation und rief wütende Abwehrgefühle von Männern hervor⁴⁷. Ihre Erfolge waren dennoch gering. Beispielhafte Auswertung leistet die nordrhein-westfälische Statistik⁴⁸, die einen Vergleich zwischen den Wirkungen der Frauenförderung aufgrund einer Verwaltungsvorschrift und aufgrund eines Quotierungsgesetzes erlaubt:

Steigerung des Frauenanteils						
Zeitraum	Höherer Dienst		Gehob. Dienst		Mittl. Dienst	
	Beamt.	Ang.	Beamt.	Ang.	Beamt.	Ang.
1.1.88 bis 31.12.89	0,2 %	0,1 %	0,2 %	2 %	0,6 %	0,6 %
1.1.90 bis 31.12.91	?	0,9 %	0,9 %	1,1 %	0,9 %	1,1 %

Der positive Eindruck der Auswirkungen des Frauenfördergesetzes wird leider dadurch getrübt, daß ab 1990 der Frauenanteil nach Köpfen anstatt nach Stellen gezählt wurde. Jede Reduzierung der Arbeitszeit mit Einstellung einer weiteren Teilzeiterkraft führt damit zu einer Steigerung des Frauenanteils, soweit beide – wie meistens – weiblich sind.

Die Hamburger Statistik⁴⁹ weist ähnliche „Erfolge“ aus, die allerdings nur einheitlich für den Zeitraum von 1987 bis 1993 erhoben wurden:

47 Konkurrentenklagen gegen gleich qualifizierte Frauen wurden in NRW, Berlin und Bremen erhoben. Im ersten Fall führten sie zu mehreren Vorlagebeschlüssen an das Bundesverfassungsgericht (OVG Münster, DVBl 1991, 118 = NVwZ 1991, 501), im zweiten Fall nur zu einem quotenfeindlichen Beschluß im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (OVG Berlin, 16.4.1992 – 4 S 39.91 – RiA 1993, 150), im dritten Fall zu einer quotenfreundlichen Entscheidung des BAG mit Vorlage an den EuGH (BAG 7.10.1993 – 2 AZR 260/93 = AP Nr. 193 zu Art. 3 GG mit Anm. Pfarr; s.a. LAG Hamm, PersR 1994, 142 – rk.).

48 Vgl. Ministerium für die Gleichstellung von Frau und Mann, Dritter und vierter Bericht zum Frauenförderungskonzept, Düsseldorf, August 1993.

Steigerung des Frauenanteils					
Höherer Dienst		Gehobener Dienst		Mittlerer Dienst	
Beamte	Angestell.	Beamte	Angestell.	Beamte	Angestell.
3,7 %	2,4 %	-0,3 %	16,2 %	3,1 %	2,3 %

Durchschnittlich steigt der Frauenanteil im höheren Dienst bei Anwendung der Entscheidungsquote damit um weniger als ein Prozent im Jahr.

Die Gesetze der Stadtstaaten von 1990 zogen die Konsequenz aus dieser relativen Wirkungslosigkeit. Sie ergänzten die Entscheidungsquote mit der Verpflichtung zur Erstellung von Frauenförderplänen um ein personalplanerisches Element, schufen mit Regelungen zu familienfreundlichen Arbeitszeiten die Voraussetzungen für mehr Akzeptanz nicht hausfraulich versorgter Dienstkräfte auch in höheren Positionen und institutionalisierten – in Bremen und Berlin – mit gesetzlichen Grundlagen für die Arbeit von Frauenbeauftragten Kommunikatorinnen, die den Sand aus dem Getriebe der Frauenförderung immer wieder entfernen konnten. Hervorzuheben ist außerdem, daß das Bremische Gleichstellungsgesetz auf den relativierenden Zusatz bei der Quote verzichtet – die erste Entscheidungsquote ohne Benda-Schwänzchen.

Mit den 1993 und 1994 verabschiedeten bzw. in der Beratung befindlichen Quotierungsgesetzen entbrannte zwischen den nun etwas professionelleren Quotierungsfachfrauen der Glaubenskrieg unter der Leitfrage: Entscheidungs- oder Ergebnisquote?

Der Entscheidungsquote wurden strukturelle Mängel vorgehalten: Sie greife jeweils zu spät, nämlich nur im Einzelfall und vermöge dann Phantasien in die mögliche Verhinderung von Frauen zu lenken⁵⁰. Funktionieren könne sie nur, wo nicht wieder

Frauen diskriminiert würden⁵¹. Sie nehme nur die je einzelne Entscheidung in den Blick und lasse die Möglichkeiten der Personalplanung außer acht⁵².

Erstmals im Hessischen Gleichberechtigungsgesetz tritt an die Stelle der einzelfallbezogenen Entscheidungsquote die Ergebnisquote in Form verbindlicher Zielvorgaben in Frauenförderplänen (§ 4). Aufgrund gesetzlich festgelegter Mindestanforderung müssen grundsätzlich mehr als die Hälfte der innerhalb von sechs Jahren freierwerdenden Stellen zur Besetzung durch Frauen vorgesehen werden, wenn sie in dem entsprechenden Bereich unterrepräsentiert sind (§ 5). Wird das Ziel nicht erreicht, werden Einstellung und Beförderung von Männern von der Zustimmung der nächsthöheren Stelle abhängig (§ 10 Abs. 2) – eine Sanktion, die allerdings bei obersten Dienstbehörden leerläuft. Außerdem droht Enthüllung des Versagens der Frauenförderung durch öffentliche Berichte (§ 6)⁵³.

Auch das Brandenburgische Landesgleichstellungsgesetz stellt Frauenförderpläne in den Mittelpunkt und verzichtet auf die Entscheidungsquote. Es enthält jedoch keine Mindestanforderungen über die Höhe der Quote und stellt damit die Intensität der Frauenförderung ins Belieben der Dienststellen.

Der Entwurf eines Bundesgleichstellungsgesetzes der SPD-Bundestagsfraktion kombinierte Frauenförderpläne mit Zielvorgaben mit der qualifikationsabhängigen Entscheidungsquote im Einzelfall. Für die Zielvorgaben waren keine gesetzlichen Mindestanforderungen aufgestellt, dafür sollte ihre Verfehlung mit einem Bußgeld geahndet werden. Eine Kombination von Zielvorgaben und Entscheidungsquote enthält auch das Landesgleichstellungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern: Nach § 3 sind in den Dienststellen Frauenförderpläne mit der Höhe nach nicht festgelegten Zielvorgaben zu erstellen, im Rahmen dieser Zielvorgaben sind Frauen dann bei Einstellungen und Beförderungen – gleiche Qualifikation vorausgesetzt – zu bevorzugen.

Die Gleichstellungsgesetze Niedersachsens und Schleswig-Holsteins setzen weiterhin auf die Entscheidungsquote.

Neben den allgemeinen Quotierungsregelungen enthalten die Gesetze von Berlin, Bremen und Hessen starre Quoten für Ausbildungsplätze. Sie müssen zu mindestens 50 % an Frauen gehen; Ausnahmen machen das Bremische und das Hessische Gesetz für sogenannte Monopolausbildungen⁵⁴. Das Hessische Gesetz enthält außerdem starre Quoten für Qualifikationsstellen an Hochschulen: zu mindestens dem Anteil der erfolgreichen Absolventinnen sind Promotionsstellen an Frauen zu vergeben, Habilitationsstellen zu mindestens dem Anteil der Frauen an den am Fachbereich Promovierten.

49 Senatsamt für die Gleichstellung, Hamburg: Erfahrungsbericht über die Umsetzung des Gesetzes zur Gleichstellung von Frauen und Männern im hamburgischen öffentlichen Dienst (Gleichstellungsgesetz), 1994. Der einzige weitere Erfahrungsbericht über das Berliner Landesgleichstellungsgesetz erschöpft sich wegen der erheblichen Umstrukturierung der Berliner Verwaltung im Zuge der Wiedervereinigung kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes in einer Zustandsbeschreibung, aus der keine Entwicklungen abgelesen werden können.

50 Pfarr, in: Quotierung – Reizwort oder Lösung? S. 15 f.

51 Weg, WSI-Mitteilungen 1986, 566 ff.

52 Regierungsamtliche Begründung des Hessischen Gleichberechtigungsgesetzes, Hessischer Landtag, Drucksache 13/4814, S. 18.

53 Ausführliche Darstellung Schiek, Personalrat 1994, 201.

54 Das Hamburgische und Niedersächsische Gesetz enthalten für diesen Bereich nur eine modifizierte Entscheidungsquote: Bei Vergabe von Ausbildungsplätzen sind bei gleichwertiger Qualifikation Frauen solange zu bevorzugen, bis die Hälfte der Plätze mit Frauen besetzt ist.

b) *Regelungen zur Fairneß im Einstellungs- und Beförderungsverfahren*

Ergänzend zu Quotierungsvorschriften enthalten die Ländergesetze Vorschriften, die die Fairneß im Einstellungs- und Beförderungsverfahren auch gegenüber Frauen gewährleisten sollen.

Der ohnehin geltende Grundsatz der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung wird in allen Gesetzen wiederholt und zum Teil durch die Verpflichtung zum Hinweis auf die Bevorzugung oder Förderung von Frauen (Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen) und/oder die grundsätzliche Teilbarkeit von Stellen (Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen) ergänzt⁵⁵. Das Berliner und das Hessische Gesetz sehen eine Quotierung schon im Vorstellungsgespräch vor. Nach dem Berliner, Brandenburger und Hessischen Gesetz dürfen Auswahlkriterien, die überwiegend zuungunsten von Frauen ausschlagen nicht berücksichtigt werden, so z.B. der verdienende Ehemann, die vergangene Beurlaubung oder Teilzeitarbeit wegen Kindererziehung. Einen Versuch zur Anerkennung der „Familienarbeit“ bei der Qualifikationsbewertung machen die Gesetze von Brandenburg, Berlin, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, und Sachsen; und nach dem Berliner, Bremer, Hessischen und Mecklenburger Gesetz dürfen bei der Qualifikationsbeurteilung nur solche Merkmale berücksichtigt werden, die zur Ausfüllung der Stelle – ausweislich der Ausschreibung – erforderlich sind.

2. Frauenförderungsgesetz des Bundes

a) *Zielvorgaben im Belieben der Dienststellen*

Das Frauenförderungsgesetz des Bundes dagegen distanziert sich von jeglichen Versuchen einer verbindlichen Quotierung ausdrücklich⁵⁶. Die Dienststellen werden zwar verpflichtet, Frauenförderpläne aufzustellen. Deren verbindlicher Inhalt beschränkt sich aber auf die Geltungsdauer (drei Jahre) und den statistischen Teil, d.h. die Beschreibung der Situation in der Dienststelle. Wie sie verändert wird, bleibt im Belieben der Dienststellen:

§ 4 Abs. 1 S. 2:

„Er (der Frauenförderplan, D.S.) muß die Situation der weiblichen Beschäftigten beschreiben, die bisherige Förderung der Frauen in einzelnen Bereichen auswerten und insbesondere zur Erhöhung des Frauenanteils Maßnahmen zur Durchsetzung notwendiger personeller und organisatorischer Verbesserungen im Rahmen von Zielvorgaben und eines zeitlichen Stufenplanes entwickeln....“

55 Nach dem Brandenburgischen, Hamburger, Sächsischen und Sachsen-Anhalter Gesetz ist auf bestehende Möglichkeiten der Teilbarkeit hinzuweisen.

b) *Vorschriften zur Stellenvergabe*

Die Regelungen zur fairen Einstellung und Beförderung beschränken sich darauf, allgemeine Grundsätze des Dienst- und Arbeitsrechts zu wiederholen. So dürfen Arbeitsplätze nicht geschlechtsspezifisch ausgeschrieben werden; für die Beurteilung dürfen Zeiten des Erziehungsurlaubs und darüber hinausgehende familienbedingte Freistellungen nicht nachteilig berücksichtigt werden, Beurlaubte können „auf Antrag und im Einvernehmen mit der Dienststelle in geeigneten Fällen Urlaubs- oder Krankheitsvertretungen übernehmen“ und so fort. Selbst gutwillige Personalverantwortliche werden über der Handlungsanweisung des § 7 rätseln:

„Soweit Frauen in den einzelnen Bereichen in geringerer Zahl beschäftigt sind als Männer, hat die Dienststelle nach Maßgabe der verbindlichen Zielvorgaben des Frauenförderplanes und entsprechender Personalplanung unter Beachtung des Vorranges von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung

1. bei der Besetzung von (...S)tellten
2. bei der Beförderung (...) deren Anteil zu erhöhen.“

II. Kompetenzen von Frauenbeauftragten

Die Institution der Frauenbeauftragten ist einem ähnlichen Glaubenskrieg unterworfen wie die Quote – hier unter dem Motto: Wahl oder Bestellung.

1. Quotierungsgesetze der Länder

Für eine Wahl votieren die Gesetze von Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern und der Gesetzentwurf der SPD-Bundestagsfraktion – allerdings mit unterschiedlichen Konsequenzen. Im Entwurf der SPD Bundestagsfraktion wird die Frauenbeauftragte zum zusätzlichen Interessenvertretungsorgan, das dem Betriebsrat nachgeordnet ist: über unlösbare Konflikte zwischen Frauenbeauftragter und Arbeitgeber entscheidet zunächst eine besondere Einigungsstelle. Hält der Arbeitgeber sich nicht an ihren Vorschlag, wird das betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsverfahren eingeleitet. Derselbe Effekt könnte erzielt werden, indem im Betriebsrat eine Frauenvertreterin installiert wird, die von den weiblichen Beschäftigten gewählt wird und – ähnlich wie die Jugend- und Auszubildendenvertretung – ein Recht zur Suspendierung von Betriebsratsbeschlüssen hat.

In den Berliner, Brandenburger und Mecklenburger Gesetzen wird die gewählte Frauenbeauftragte als Teil der Dienststelle angesehen und ist zur Kon-

56 In der Begründung der Bundesregierung heißt es: „Die Bundesregierung hält Quotenregelungen für ein untaugliches Instrument der Frauenförderung in der Bundesverwaltung, weil derartige Regelungen unvereinbar sind mit den vielfältigen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und einer flexiblen Personalpolitik.“ (BT-DS 12/5468, S. 22).

trolle des Gesetzes aufgerufen. Ihr Veto gegenüber der Dienststelle hat einen Suspensiveffekt. Sie kann die Entscheidung einer höheren Dienststelle einfordern, die allerdings in manchen Fällen (so z.B. gegenüber der Berliner Bezirksverwaltung) nur empfehlenden Charakter hat.

Die Gesetze von Brandenburg, Hessen, Sachsen und Sachsen-Anhalt votieren mit der Bestellung der Frauenbeauftragten für eine zusätzliche professionelle Stelle der Frauenförderung, die gleichzeitig Kontrollkompetenzen hat. Daraus müßte sich nach den Grundsätzen des Beamten- und Tarifrechts auch ein eigenständiger Besoldungs- oder Vergütungsanspruch ergeben, der in vielen Fällen zu einer Höhergruppierung der Frauenbeauftragten führen dürfte. Diese Frage in Ausführungsbestimmungen zu regeln, wird wohl noch ein Kraftakt für die Frauenministerien der Landesregierungen werden. Die Kompetenzen – hauptsächlich Verzögerungsrechte, im mecklenburgischen, sächsischen und sachsen-anhalter Gesetz nur ein Beanstandungsrecht ohne Suspensiveffekt – entsprechen eher der dienstlichen Stellung der Frauenbeauftragten, während sie bei demokratisch legitimierten Frauenbeauftragten zu schwach wirken.

Insgesamt unternehmen die Landesregierungen wenigstens den Versuch, Frauenbeauftragte mit ernstzunehmenden Kompetenzen auszustatten.

2. Frauenförderungsgesetz des Bundes:

Frauenbeauftragte ohne Kompetenzen

Die Frauenbeauftragte des Bundesdienstes wird – so die weiblichen Beschäftigten es beantragen – gewählt. Ihre Aufgaben sind die Beratung der Dienststelle und ihre Überwachung bei der Umsetzung des Gesetzes sowie die Einzelfallberatung von Frauen. Kommt es zum Konflikt mit der Dienststelle, kann die Frauenbeauftragte eine erneute Entscheidung und – fällt diese nicht zu ihrer Zufriedenheit aus – ein Rechtsgutachten einer höheren Dienststelle beantragen. Die Entscheidung kann von der Dienststelle jederzeit gegen den Willen der Frauenbeauftragten getroffen werden⁵⁷.

III. „Familienförderung“

Erstaunliche Einheitlichkeit beweisen Bund und Länder mit den Regelungen zur „Vereinbarkeit von Beruf und Familie“⁵⁸. Die Überzeugung, der Frauenanteil könne nur erhöht werden, wenn gleichzeitig Teilzeitarbeit und Urlaub zur Kinderbetreuung ausgeweitet werden, ist offenbar universell. Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz folgt diesem Trend und

schafft über die Änderung des § 48 a BRRG Beamtinnen einen Anspruch auf Ermäßigung der Arbeitszeit oder Beurlaubung zur Kindererziehung und später zur Pflege vorbehaltlich entgegenstehender zwingender dienstlicher Belange. Der neue § 49 BRRG erlaubt die Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter aufgrund zwingender sachlicher Gründe. Die Änderung des § 125 b BRRG stellt sicher, daß laufbahnmäßiger Nachteilsausgleich nicht nur aufgrund der Geburt von Kindern, sondern auch bei Pflege von Angehörigen erfolgen kann.

Für die Bundesbediensteten enthält das Frauenförderungsgesetz einige Programmsätze in bezug auf familienfreundliche Arbeitszeiten. Im Rahmen der gesetzlichen, tariflichen und sonstigen Regelungen der Arbeitszeit sowie der dienstlichen Möglichkeiten sollen Beschäftigten mit Familienpflichten im Einzelfall geänderte Arbeitszeiten eingeräumt werden (§ 9) und unter Berücksichtigung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung sollen Teilzeitarbeitsplätze geschaffen werden (§ 10).

Regelungen, die Arbeitnehmerinnen in bezug auf Beurlaubungsmöglichkeiten mit Beamtinnen gleichstellen enthält es – anders als die Landesgleichstellungsgesetze Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen und Niedersachsen – nicht.

57 Diese Regelungen entsprechen denen in den Bundesländern Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen.

58 Ausführlich hierzu Schiek, KJ 1994, 511.

D. Sexuelle Beeinträchtigung

Mit dem Beschäftigtenschutzgesetz greift die Bundesregierung zwar ein Tabuthema auf, wählt jedoch überwiegend restriktive Regelungen.

Die Definition sexueller Belästigung erfaßt nur Straftatbestände – dies ist eigentlich selbstverständlich – und „erkennbar abgelehnte“ sexuelle Handlungen oder Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen.

Damit erfaßt das Gesetz nur die Spitze des Eisbergs. Diese Tatbestände hatte die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung sämtlich als Kündigungsgründe anerkannt.

Das BAG hatte dem Antrag des Arbeitgebers auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung eines Betriebsratsvorsitzenden stattgegeben, der Auszubildende „unsittlich berührt“ hatte⁵⁹. Das LAG Berlin hatte die Kündigungsschutzklagen eines BAT-Angestellten, der Bewerberinnen außerhalb der Dienstzeiten zu Saunabesuchen einlud⁶⁰, sowie eines Fleischermeisters, der eine Mitarbeiterin an Brust und Gesäß berührte und eine andere mit verbalen sexuellen Bildern belästigte⁶¹, abgewiesen. Das LAG Hamm hielt die Kündigung eines Psychotherapeuten, der Patientinnen in der Intimsphäre berührte, für gerechtfertigt⁶²; das Arbeitsgericht Aachen die Kündigung eines Filialeiters, der eine noch in der Probezeit befindliche Mitarbeiterin gegen ihren Willen auf Augen und Mund küßte⁶³. Das Arbeitsgericht Hamburg hielt die Kündigung einer Angestellten für ungerechtfertigt, die Kolleginnen über sexuelle Avancen eines Vorgesetzten informiert hatte⁶⁴. Das Arbeitsgericht Kempten gab dem Antrag einer Gastwirtin auf Hausverbot für den von ihr gekündigten Ehemann statt, da dieser sie vor Gästen sexueller Beziehungen zu Mitarbeitern bezichtigt hatte⁶⁵.

Das Beschäftigtenschutzgesetz ignoriert die alltägliche Belästigung, bei der Frauen täglich mit scheinbar zufälligen Berührungen oder pornographischen Bildern oder einschüchternden Bemerkungen konfrontiert sind und hierdurch eine unerträgliche Arbeitsatmosphäre entsteht. Hier ist erkennbare Abwehr häufig schwierig anzubringen. Eindeutige Handlungsverpflichtungen des Arbeitgebers – auch vor Entstehen eines Kündigungsgrundes – unter

Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Frau wären hier gefragt.

In den Landesgesetzen von Berlin, Hessen und Mecklenburg-Vorpommern sind Definitionen zur sexuellen Belästigung enthalten, die weitergehend als die bundesgesetzliche auch subjektive Elemente aufnehmen. Eine Belästigung muß nicht erkennbar abgelehnt werden, sondern nur unerwünscht sein. Trotz gegenteiliger Behauptungen der Vertreter der Bundesregierung in den Ausschußberatungen dürften diese erfreulich weitgehenden Definitionen jetzt nach Art. 70 GG obsolet sein⁶⁶.

E. Ausblick

Läßt man die graduelle Verstärkung des Anspruchs der Beamtinnen und Beamten auf unbezahlten Urlaub und Ermäßigung der Arbeitszeit aus familiären Gründen außer Betracht, geht das Zweite Gleichberechtigungsgesetz in keinem Bereich über bereits vorhandene gesetzliche Regelungen oder in der Rechtsprechung entwickelte Ansprüche hinaus.

Für die Mehrheit der erwerbstätigen Frauen, die in der Privatwirtschaft beschäftigt sind, droht es mit den Änderungen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgesetzes sogar, Rückschritte einzuleiten. Ebenso wie schon 1980 zum Gleichbehandlungsgesetz kann man urteilen: Der Gesetzgeber hat eine bis dahin zumindest teilweise offene Rechtslage zu Lasten der Betroffenen in einer Weise geregelt, die einer Einladung zu Diskriminierungen nahekommt⁶⁷. Dringend notwendige Reformen des Gleichbehandlungsgesetzes unterbleiben, an eine gesetzliche Verankerung der Frauenförderung wird erst gar nicht gedacht.

Es ist mehr als ärgerlich, daß sich der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der juristischen Flankierung betrieblicher Gleichstellungspolitik aus der Verantwortung stiehlt. Dennoch ist Resignation nicht angezeigt. Zum einen sind betriebliche und tarifliche Spielräume noch längst nicht ausgeschöpft⁶⁸. Zum anderen könnten sich auch mit dem Rechtsinstitut der mittelbaren Diskriminierung über gezielte Musterprozesse Rechtsfortschritte bis hin zu Anreizen für Quotierung erreichen lassen.

Mittelbar diskriminierend ist eine Regelung oder Maßnahme, die bei geschlechtsneutraler Formulierung deutlich mehr Frauen als Männer nachteilig

59 BAG, 9.1.1986 2 ABR 24/85, DB 1986, 1339.

60 15.8.1989 – 13 Sa 50/89, LAGE Nr. 24 § 1 KSchG.

61 30.1.1991 13 Sa 98/90, Streit 1991, 148.

62 15.4.1991 – 17 Sa 956/90, Streit 1992, 117.

63 4.7.1991 3 d Ca 218/91, Streit 1991, 151.

64 20.5.1992 11 Ca 46/92, Streit 1992, 121.

65 24.2.1994 1 Ga 34/94, BB 1994, 859.

66 Ausführlich zur sexuellen Beeinträchtigung sowie den nahezu identischen Rechtslagen vor und nach Verabschiedung des 2GleibG Linde, BB 1994, 2412.

67 So Eisemann, AuR 1988, 225 (226); Trieschmann, RdA 1979, 407; Eckertz-Höfer, JuS 1987, 611 (614) zum Gleichbehandlungsgesetz 1980.

68 Ausführlich zu betrieblichen Handlungsmöglichkeiten Schiek, 2 GleibG, Betriebsverfassungsgesetz und Gleichstellung.

trifft, ohne daß dies objektiv und unabhängig vom Geschlecht oder der Geschlechtsrolle gerechtfertigt werden kann⁶⁹. Bekanntlich macht das Rechtsinstitut der mittelbaren Diskriminierung strukturelle Diskriminierungen von Gruppen sichtbar. Mittelbare Diskriminierung wird u.a. durch statistische Materialien nachgewiesen. Damit knüpft auch die potentielle Beweislastumkehr in Diskriminierungsfragen nach § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB an statistische Ergebnisse an: Sind statistisch deutlich mehr Frauen nachteilig betroffen, obliegt dem Arbeitgeber der Entlastungsbeweis. In der Rechtsprechung zur Entgeltdiskriminierung war der Entlastungsbeweis des Arbeitgebers bereits gefordert worden, wo Frauen dreimal so häufig wie Männer in einer niedrigeren Lohngruppe eingruppiert waren⁷⁰ oder im Unternehmensdurchschnitt 6,83 % weniger verdienten⁷¹.

Erhebliches Entwicklungspotential liegt in der Übertragung derselben Argumentation auf Einstellungs- Beförderungs- und Entlassungspolitiken von Unternehmen. Kann die Einstellung oder Beförderung eines Mannes diskriminierungsfrei sein, wenn die Stelle zwar geschlechtsneutral ausgeschrieben ist und keinem Verantwortlichen im Bewerbungsverfahren herausgerutscht ist, daß Frauen unerwünscht sind, jedoch in den letzten zwei Jahren auf vergleichbaren Positionen 1 % der Interessentinnen, aber 10 % der Interessenten zum Zuge kamen? Ist die soziale Auswahl bei einer Massenentlassung diskriminierungsfrei, wenn fünf Prozent der männlichen, aber zehn Prozent der weiblichen Beschäftigten in die Arbeitslosigkeit befördert werden? In solchen Fällen müßten Gerichte die Beweislast beim Arbeitgeber sehen. Interessant ist, wie er den Entlastungsbeweis erbringen kann – anders als durch die Einhaltung betrieblicher Gleichstellungsregelungen in der Vergangenheit ist kaum vorstellbar, wie die Zufälligkeit solcher frappierender Ergebnisse nachgewiesen werden kann. Solche Argumentationen könnten auch durch erst- oder zweitinstanzliche Anrufung des EuGH befördert werden. Vorbildlich ist insoweit ein Vorlagebeschluß des britischen House of Lords, das den EuGH zu der Frage Stellung nehmen ließ, ob ein öffentlicher Arbeitgeber diskriminiert, der eine Gruppe überwiegend weiblicher AkademikerInnen mit vergleichbar langer Ausbildung wie eine Gruppe überwiegend männlicher AkademikerInnen geringer vergütet als diese. In diesem Zusammenhang betonte der EuGH die oben erwähnte Bedeutung der Beweislast bei Fragen der mittelbaren Diskriminierung. Be-

dauerlicherweise erlaubte er auch die Rechtfertigung der Lohndifferenz durch Anforderungen des Marktes⁷² – eine Argumentation, die in bezug auf Einstellungen, Beförderungen und Entlassungen nicht denkbar ist.

Für das eine Prozent der Beschäftigten, die unter den Geltungsbereich des Frauenfördergesetzes fallen, bleibt der Fortschritt eine Schnecke: Sie dürfen Frauenbeauftragte jetzt wählen, dafür haben die praktisch keine Kompetenzen im Konflikt mit der Dienststelle. Der Inhalt des Frauenförderplanes, von dem sie profitieren sollen, liegt im Ermessen der Dienststellenleitung.

Das Beschäftigtenschutzgesetz hebt immerhin mit der sexuellen Beeinträchtigung am Arbeitsplatz ein Tabuthema in die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit. Mit seinen sehr einschränkenden Definitionen behindert es jedoch Frauen, die aufgrund der bereits geltenden – wenn auch verstreuten – Rechtsnormen gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vorgehen wollen.

Insgesamt müssen die Hoffnungen, in diesem Gesetzeswerk selbst verberge sich doch irgendwo der Fortschritt, begraben werden. Trotz gesetzgeberischer Zurückhaltung bleibt aber Hoffnung für die Weiterentwicklung der arbeitsrechtlichen Gleichstellung. Positive Wirkungen könnten sich insbesondere aus dem Publizitätseffekt ergeben. Ist mit dem Inkrafttreten die betriebliche Gleichstellung in aller Munde⁷³, können engagierte Frauen und Betriebsräte ihre Rechte möglicherweise eine Zeitlang besser ausnutzen und damit die Rechtsentwicklung vorantreiben.

69 Näher zur Definition siehe Schiek, 2GleibG, Rz 18 ff. zu § 611 a BGB.

70 BAG, 23.9. 1992 – 4 AZR 30/92 = DB 1993, 737.

71 EuGH, 17.10.1989 – C 109/88 – Danfoss = AP Nr. 27 zu Art. 119.

72 EuGH, 27.10.1993 – C 127/92 -Enderby = NZA 1994, 797, s.a. BAG 23.2.1994 – 4 AZR 219/93 = NZA 1994, 1136 zur vergleichbaren Problematik der Eingruppierung von Erzieherinnen und LehrerInnen an Sonderschulen.

73 Wann erschienen zuletzt so viele Beiträge zur arbeitsrechtlichen Gleichstellung sogar in „renommierten“ juristischen Zeitschriften?