

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Lohnleichheit von Mann und Frau als Rechtsproblem

I. Einleitung

„Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ – es ist schwer, in der Bundesrepublik eine relevante Stimme zu finden, die diesen Grundsatz nicht akzeptiert, ja nachhaltig unterstützt. Die in Art. 3 Abs. 2 GG verfassungskräftig festgeschriebene Gleichberechtigung soll auch im Betrieb, insbesondere bei der Entlohnung, Anwendung finden.

Bei so viel Einigkeit ist ein wenig Mißtrauen angebracht. Auch bei anderen „großen“ Fragen geht es meist nicht um das Prinzip als solches: Selbst die Arbeitgeber bejahen „im Grundsatz“ die Mitbestimmung¹, über die Wünschbarkeit eines Rechts auf Arbeit sind sich alle politischen Parteien einig² und, erst recht wagt es niemand, „die Demokratie“ als solche in Frage zu stellen. Die Auseinandersetzungslinien verlaufen auf einer sehr viel konkreteren Ebene. Man kämpft um Rechtspositionen nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, um bestimmte beschäftigungspolitische Maßnahmen und um Bürgerbeteiligung am Verwaltungshan-

deln. Der Formalkonsens bringt dabei allerdings einige argumentatorische Vorteile: Wenn die andere Seite Mitbestimmung, Recht auf Arbeit und Demokratie bejaht, muß sie einige taktische Kunststücke vollbringen, um nach dem Motto „so nicht“ die konkreten Anfänge praktischer Umsetzung zu verhindern.

Wenn im folgenden von der Lohnleichheit zwischen Mann und Frau die Rede ist, so kann auf die Ebene abstrakter Rechtssätze selbstredend nicht verzichtet werden. Der Schwerpunkt soll jedoch auf der praktischen Handhabung sowie auf den Problemen der konkreten Umsetzung liegen. Welche Konsequenzen hat die Lohnleichheit für die Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien, insbesondere für die Bildung von Lohn- und Gehaltsgruppen? Wie kann eine gleichheitswidrige Eingruppierung korrigiert werden? Lassen sich auch allgemeine Arbeitsbedingungen und betriebliche Zulagen am Gleichberechtigungsgrundsatz messen? Gilt dies schließlich auch für frei ausgehandelte arbeitsvertragliche Vereinbarungen?

Bevor diesen Rechtsfragen nachgegangen wird, muß allerdings noch eine sehr wesentliche Einschränkung in bezug auf ihren realen Stellenwert gemacht werden: Lohnleichheit bezieht sich immer nur auf „gleiche“ oder „gleichwertige“ Arbeit; sie kann daher alle diejenigen gesellschaftlichen Mechanismen nicht erfassen, die Frauen daran hindern, diese Voraussetzung überhaupt erst einmal zu erfüllen. Geringere Bildungschancen, die zu einem geringeren durchschnittlichen Qualifikationsniveau führen³, können ebenso wenig erfaßt werden wie die Nachteile, die sich aus der Doppelbelastung durch Familie und Beruf ergeben⁴. Wer mit Rücksicht auf die Kindererziehung vorübergehend aus dem Erwerbsleben ausscheidet⁵ oder nur noch Teilzeitarbeit übernimmt⁶, hat ersichtlich geringere Chancen, qualifiziertere und besser dotierte Arbeitsplätze zu besetzen. Es wäre deshalb unberechtigt, wollte man selbst von einer perfekt durchgesetzten Lohnleichheit eine Nivellierung der Unterschiede zwischen durchschnittlichen Män-

1 Vgl. etwa die Erklärung des BDI-Präsidenten *Sohl* aus dem Jahre 1974, zitiert bei *Nagel*, Unternehmensmitbestimmung – Eine problemorientierte Einführung (1980), S. 17.

2 Vgl. etwa die Zusammenstellung bei *Hernekamp*, Soziale Grundrechte (1979), S. 143 ff.

3 Vgl. die Beiträge von *Meifort*, *Hegelheimer*, *Becker*, *Pinl* und *Zipfel* in Frauenprogramm – Gegen Diskriminierung (Hrsg. Janssen-Jureit) (1979); vgl. weiterhin die Angaben bei *Däubler-Gmelin*, Frauenarbeitslosigkeit oder Reserve zurück an den Herd! (1977), S. 51 ff. (Beispiel: 1971 hatten 50,9 v. H. der Frauen, aber nur 22,9 v. H. der Männer über 15 Jahre lediglich Grund- und Hauptschulbildung ohne Lehre oder sonstige Berufsausbildung aufzuweisen).

4 Vgl. *Löwisch*, 50. DJT (1974), Bd. I, Teil D S. 66; *Säcker*, 50. DJT (1974), Bd. II, Teil L S. 21.

5 86 v. H. aller Frauen sind einmal oder mehrmals in ihrem Leben erwerbstätig gewesen, obwohl nur etwas mehr als ein Drittel zu einem bestimmten Stichtag aktiv im Erwerbsleben steht; vgl. dazu die Angaben bei *Däubler-Gmelin*, „Chancen-, Gleichheit“ einst und jetzt – Erwerbstätigkeit und Bildungsmöglichkeit von Frauen“ in Frauen heute (Hrsg. Willy Brandt) (1978), S. 112.

6 Vgl. die Information in RdA 1978 S. 118.

ner- und durchschnittlichen Frauenlöhnen erwarten⁷: Der Abstand würde etwas verringert, beseitigt wäre er nicht. Es geht somit nur um einen Ausschnitt aus dem Gesamtbereich geschlechtsspezifischer Diskriminierung.

II. Lohngleichheit als Rechtssatz

Die wichtigsten und in der Diskussion am häufigsten herangezogenen Grundlagen für die Lohngleichheit von Mann und Frau sind der Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG und das in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltene Verbot, wegen des Geschlechts zu differenzieren. Nach der ständigen Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* binden diese Verfassungssätze auch die Tarifparteien⁸. Dies bedeutet, daß sie nicht nur für gleiche, sondern auch für *gleichwertige* Arbeit gleiche Löhne bzw. Gehälter festlegen müssen⁹. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber von sich aus im über- oder außertariflichen Bereich Leistungen festlegt, beispielsweise eine freiwillige Tantieme bezahlt¹⁰ oder Gratifikationen ausschüttet¹¹. Ob dasselbe auch für arbeitsvertragliche Abmachungen gelten soll, war lange Zeit unklar¹²; der durch das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz¹³ eingefügte § 612 Abs. 3 BGB hat jedoch insoweit Klarheit geschaffen: Auch im Arbeitsvertrag darf für gleiche oder gleichwertige Arbeit nicht mit Angehörigen eines Geschlechts eine geringere Vergütung vereinbart werden¹⁴. Für den betrieblichen Bereich schreibt § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG das Diskriminierungsverbot nochmals eindeutig fest. Nach dieser Vorschrift haben Arbeitgeber und Betriebsrat „darüber zu wachen, daß ... jede unterschiedliche Behandlung von Personen ... wegen ihres Geschlechts unterbleibt“.

Neben diesen ausdrücklichen innerstaatlichen Garantien stehen eine Reihe völkerrechtlicher Abmachungen mit identischer Zielsetzung. So verpflichtet Art. 4 Ziff. 3 ESC¹⁵ die Bundesrepublik, „das Recht männlicher und weiblicher Arbeitnehmer auf gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit anzuerkennen“. In ähnlicher Weise spricht sich Art. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 100¹⁶ dafür aus, gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit vorzusehen; ein entsprechender Rechtszustand könne durch die Gesetzgebung, aber auch durch Gesamtarbeitsverträge und andere Mittel herbeigeführt werden. Das ILO-Übereinkommen Nr. 111¹⁷ verbietet u. a. jede Diskriminierung wegen des Geschlechts und verpflichtet die einzelnen Staaten, Gleichbehandlung „in Bezug auf Beschäftigung und Beruf zu fördern“. Schließlich garantiert Art. 7 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, wozu ausdrücklich „gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit“ gerechnet wird¹⁸. Inhaltlich binden diese völkerrechtlichen Verträge sämtliche Staatsorgane der Bundesrepublik; doch haben sie nicht die Qualität eines den Bürger unmittelbar berechtigenden und verpflichtenden Rechtssatzes, da sie ihrer Formulierung nach durchweg auf erst noch zu ergreifende Maßnahmen abstellen¹⁹. Die Bindung der Staatsorgane und damit auch der Gerichte ist für den einzelnen jedoch dann von ganz wesentlicher Bedeutung, wenn es um die Auslegung oder Fortbildung des innerstaatlichen Rechts geht. Das Gericht hat dann diejenige Lösung zu wählen, die die Bundesrepublik nicht in völkerrechtliche Schwierigkeiten bringt²⁰. Dies kann auch im vorliegenden Zusammenhang Bedeutung gewinnen.

Der Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau hat schließlich eine Verankerung im Recht der Europäischen Gemeinschaften gefunden. Art. 119 EWG-Vertrag garantiert ausdrücklich den „Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit“. Art. 1 Abs. 1 der EG-Richtlinie „zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen“ v. 10. 2. 1975²¹ verbietet jede Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bei gleicher und *gleichwertiger* Arbeit, und zwar in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und Entgeltbedingungen. Nach Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie muß das System der Lohnfindung so beschaffen sein, daß es

7 Die Lohnunterschiede sind drastisch: Im Jahre 1974 verdiente eine Angestellte 1 344 DM monatlich, ein Angestellter dagegen 2 141 DM; der Durchschnittslohn einer Arbeiterin lag bei 1 095 DM, der des Arbeiters bei 1 660 DM (Angaben nach *Stödter*, 50. DJT [1974], Bd. II, Teil L S. 6; neuere Zahlen finden sich bei *Pohl*, „Frauen und Lohndiskriminierung“, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1981 S. 66 f.). Inkonsequent *Winkelsträter*, „Entlohnung weiblicher Arbeitnehmer – Standortanalyse“ in *Probleme der Frauen – Probleme der Gesellschaft* (Hrsg. Maria Weber) (1976), die einerseits auf S. 93 richtig ausführt, daß die Lohnunterschiede nicht allein auf die Lohndiskriminierung zurückgeführt werden können, auf S. 90 jedoch behauptet, die Ersetzung der Frauenlohn- durch die Leichtlohngruppen sei darauf zurückzuführen, daß einige Industriezweige „die Anhebung der Frauenlöhne um 25 bis 35 v. H.“ nur schwer hätten verkraften können. – Um einen solchen Anstieg war es nie gegangen. Vgl. weiter *Wolter*, „Probleme der Lohngleichheit zwischen Männern und Frauen“, *ArbUR* 1981 S. 129, 137f.

8 Grundlegend *BAG* v. 15. 1. 55, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG = *ArbUR* 1955 S. 250 mit Anm. v. *Mendigo*.

9 Die Erstreckung auf gleichwertige Arbeit findet sich erstmals in der *Entsch.* des *BAG* v. 6. 4. 55, AP Nr. 7 zu Art. 3 GG = *ArbUR* 1955 S. 284 mit Anm. v. *Mendigo*.

10 Vgl. etwa *BAG* v. 21. 12. 70, AP Nr. 1 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle = *ArbUR* 1971 S. 310.

11 Vgl. *BAG* v. 18. 10. 61, AP Nr. 69 zu Art. 3 GG = *ArbUR* 1962 S. 124; *BAG* v. 11. 9. 74, AP Nr. 39 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = *ArbUR* 1975 S. 189 mit Anm. v. *Erich Frey*.

12 Vgl. *BAG* v. 15. 1. 55 (Fußnote 8), v. 6. 4. 55 (Fußnote 9) und v. 18. 10. 61 (Fußnote 11).

13 Vgl. das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz v. 13. 8. 80, BGBl. I S. 1308; zur Kritik vgl. *Wolter* (Fußnote 7) S. 134ff.

14 Das Verbot der Lohndiskriminierung würde im übrigen schon aus § 611a Abs. 1 BGB folgen; so richtig *Lorenz*, „Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang“, *DB* 1980 S. 1745; *Palandt/Putzo*, BGB, 40. Aufl., § 612 Anm. 4. Letztere bezeichnen im übrigen das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz als „neuen Höhepunkt an Gesetzgebungs dilettantismus“ (§ 611a Anm. 1) – eine ungewöhnliche Wertung in einem Buch, dessen Tugend sonst vorwiegend in seiner Vollständigkeit liegt.

15 Vgl. BGBl. 1964 II S. 1262.

16 Vgl. BGBl. 1956 II S. 13.

17 Vgl. BGBl. 1961 II S. 97.

18 Vgl. BGBl. 1973 II S. 1569.

19 Weitergehend und für unmittelbare Anwendung des ILO-Übereinkommens Nr. 100 *BAG* v. 18. 10. 61 (Fußnote 11); *Säcker* (Fußnote 4) S. 25; dieselbe Position vertritt in Bezug auf den Internationalen Pakt *Zuleeg*, „Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“, *RdA* 1974 S. 323 ff.

20 Dies ist mittlerweile jedenfalls im arbeitsrechtlichen Schrifttum h. M.; vgl. die Nachweise bei *Däubler*, *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*, 2. Aufl., S. 35 ff.; ebenso neuerdings im hier interessierenden Zusammenhang *Pfarr/Bertelsmann*, *Lohnleichheit – Zur Rechtsprechung bei geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung* (1981), unter 6.1.

21 Vgl. ABLEurGem. Nr. L 45 S. 29, abgedruckt auch in *Gleiche Chancen für Frauen?* (Hrsg. Renger) (1977), S. 177 ff. und bei *Pfarr*, „Zur Kritik des Entwurfs eines Gesetzes über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz“, *BistSozArbR* 1980 S. 18.

gemeinsame Kriterien für Männer und Frauen enthält und dabei jede Schlechterstellung vermeidet. Aus zwei Gründen sind diese Garantien von besonderer Bedeutung. Zum einen geht nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* das Recht der Europäischen Gemeinschaften dem deutschen Recht vor; es stellt also nicht nur wie die obengenannten völkerrechtlichen Abkommen eine Auslegungsrichtlinie dar²². Dieser Vorrangcharakter kommt nicht nur dem EWG-Vertrag, sondern nach einer neueren Entscheidung des *Europäischen Gerichtshofs* auch den Richtlinien zu, sofern der nationale Gesetzgeber ihnen nicht Rechnung getragen hat²³. Zum zweiten existiert in Form des *Europäischen Gerichtshofs* eine Instanz, die die allgemein formulierten Normen des Gemeinschaftsrechts weiterentwickeln und insbesondere im Hinblick auf einzelne Anwendungsprobleme konkretisieren kann. Insoweit liegen eine Reihe wichtiger Entscheidungen vor, die uns im folgenden noch beschäftigen werden²⁴.

Die Reichhaltigkeit – fast möchte man sagen „Üppigkeit“ – der Garantien kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß eine Form der Schlechterstellung der Frau bisher nur am Rande erfaßt ist. Geht es nämlich darum, daß in verschiedenen Branchen gleiche oder gleichwertige Arbeit geleistet wird, so fehlt bislang jedes juristische Instrumentarium, um insoweit gleiche Entlohnung sicherzustellen. Das innerstaatliche Recht bezieht sich immer nur auf Rechtsakte wie Tarifverträge, betriebliche Gratifikationsordnungen, Arbeitsverträge u. ä. Solange es keine branchenübergreifenden Tarifverträge gibt, wird es daher schwerfallen, der Textilemeisterin denselben Lohn zu verschaffen, den ein Kollege mit gleicher oder gleichwertiger Arbeit in einem Metallbetrieb verdient. Hier liegt die eigentliche Ursache dafür, daß der Durchschnittslohn weiblicher Facharbeiter unter dem männlicher Hilfsarbeiter liegt²⁵. Der *Europäische Gerichtshof* hat zwar ausdrücklich betont, Art. 119 EWG-Vertrag verbiete die Diskriminierungen „nicht nur auf der Ebene der einzelnen Unternehmen, sondern auf der ganzen Gewerbebranche und der der gesamten Wirtschaft“²⁶, doch bedarf es insoweit noch gemeinschafts-

rechtlicher oder nationalstaatlicher Ausführungsvorschriften. Das innerstaatliche Recht dieser Vorgabe entsprechend fortzubilden ist allerdings nur dann aussichtsreich, wenn zugleich eine Lohnpolitik praktiziert wird, die im Rahmen des Möglichen die Lohnunterschiede zwischen den einzelnen Branchen aufzuheben versucht. In Schweden wurden insoweit einige Erfolge erzielt²⁷, doch handelt es sich auch dort um einen außerordentlich langwierigen Prozeß. Für uns bleibt zunächst nur die resignative Feststellung, daß es im folgenden um Lohnungleichheit nur noch insoweit geht, als innerhalb des Anwendungsbereichs kollektivvertraglicher Ordnungen oder individueller Abmachungen gleichwertige Arbeit nicht unterschiedlich entlohnt werden darf.

III. Lohnungleichheit in Tarifverträgen

1. Unproblematische Fälle

Der aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG abgeleitete Grundsatz der Lohnungleichheit hat in der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* eine Reihe von Konkretisierungen erfahren, deren Berechtigung – soweit ersichtlich – nicht in Zweifel gezogen wird. Verfassungswidrig sind einmal sog. Lohnabschlagsklauseln, die für Frauen nur einen bestimmten Prozentsatz des Männerlohnes vorsehen²⁸. Als unzulässige Umgehung wird dabei auch eine Regelung betrachtet, die für Arbeitnehmerinnen eine bestimmte Lohngruppe ohne Tätigkeitsmerkmale vorsieht, während die Lohngruppen der Arbeitnehmer in der üblichen Weise nach Anforderungen, Vorbildung u. ä. ausdifferenziert sind²⁹. Zum anderen hat die Rechtsprechung eine Reihe von Kriterien entwickelt, die *nicht* zur Begründung einer ungleichen Bezahlung herangezogen werden dürfen. Danach ist es verboten, die Frauenarbeit deshalb geringer zu bewerten, weil sie mit Rücksicht auf arbeitsschutzrechtliche Normen, wie das Mutterschutzgesetz, dem Arbeitgeber weniger wirtschaftlichen Vorteil bringt³⁰. Die Schutznormen würden auf diese Weise ausgehöhlt und entgegen ihrem Sinn zu einem Mittel der Schlechterstellung gemacht³¹. Ausgeschlossen ist weiter, schlicht die Bewertung des Arbeitsmarktes zu übernehmen und für Männer beispielsweise einen tariflichen „Arbeitsmarktzuschlag“ vorzusehen. Art. 3 Abs. 2 GG will gerade den Arbeitsmarkt regulieren und nur solche Ergebnisse des „autonomen Interessenausgleichs“ rechtlich sanktionieren, die mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz in Einklang stehen³². Nicht in Betracht kommt weiter jede Differenzierung auf Grund von Merkmalen, die mit der Arbeit selbst nichts zu tun haben, bei denen jedoch die Männer typischerweise einen Vorsprung besitzen. Verboten ist daher, die Höhe des Arbeitswerts oder die Eingruppierung von der Körpergröße abhängig zu machen³³, oder die Fähigkeit zum „Tragen von Lasten über 50 kg“ auch dann zu einem Kriterium zu erheben, wenn Aufgaben dieser Art an dem betreffenden Arbeitsplatz gar nicht anfallen³⁴. Verdeckte Diskriminierungen sind nicht anders als offene zu behandeln.

Liegt einer der beschriebenen Verstöße vor, so können die betroffenen Frauen Gleichbehandlung mit den Männern verlangen, d. h., den Tariflohn eines vergleichbaren Mannes einklagen³⁵. Dies stellt keine reine Selbstverständlichkeit dar, da die Anhebung auf das Männerniveau einen Eingriff in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung darstellt, wie es in den vorausgegangenen Tarifverhandlungen

22 Vgl. BVerfG v. 29. 5. 74, BVerfGE 37, 271 und BVerfG v. 8. 8. 78, BVerfGE 49, 89 (146); zur Kritik der (inzwischen relativierten und hier nicht weiter problematischen) Überprüfung des EG-Rechts an den Grundrechten des GG vgl. Däubler, „Außenpolitik durch das Bundesverfassungsgericht?“ in Verfassungsgericht und Politik (Hrsg. Däubler/Küsel) (1979), S. 124 ff.

23 Vgl. EuGH v. 5. 4. 79, NJW 1979 S. 1764 ff.

24 Vgl. EuGH v. 8. 4. 76, NJW 1976 S. 2068 (Defrenne II), EuGH v. 15. 6. 1978 S. 2445 (Defrenne III) und EuGH v. 27. 3. 80, NJW 1980 S. 2014 (Smith).

25 Vgl. die Angaben bei Slupik, „Kritik des geplanten arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots“, KJ 1980 S. 58, 64 Fußn. 74.

26 Vgl. EuGH v. 8. 4. 76 (Fußnote 24).

27 Vgl. Pfromm, Solidarische Lohnpolitik (1978).

28 Vgl. BAG v. 15. 1. 55 (Fußnote 8).

29 Vgl. BAG v. 23. 3. 57, AP Nr. 18 zu Art. 3 GG.

30 Vgl. Löwisch (Fußnote 4) S. 24: Im Durchschnitt fallen 4 bis 5 v. H. aller Arbeitnehmerinnen 14 Wochen pro Jahr wegen Schwangerschaft aus.

31 Vgl. BAG v. 6. 4. 55 (Fußnote 9).

32 Vgl. BAG v. 6. 4. 55 (Fußnote 9); fragwürdig deshalb LAG Hamm v. 19. 9. 79, DB 1980 S. 109.

33 Vgl. Pfarr (Fußnote 21) S. 19.

34 Vgl. BAG v. 23. 3. 57, AP Nr. 16 zu Art. 3 GG = ArbU 1958 S. 87.

35 Vgl. BAG v. 15. 1. 55 (Fußnote 8) und v. 25. 1. 63, AP Nr. 77 zu Art. 3 GG = ArbU 1963 S. 248.

fixiert wurde. Im Rahmen von Gratifikationsordnungen hat das *Bundesarbeitsgericht* deshalb eine Art Nivellierung auf mittlerer Ebene erwogen³⁶ und in anderem Zusammenhang auch bei Tariflöhnen nur auf die „besonderen Umstände des Falles“ abgestellt³⁷. Dennoch kommt im Ergebnis keine andere Lösung als die Gewährung der Männerlöhne in Betracht. Würde man nämlich lediglich die auf Frauen bezogene Tarifregelung für nichtig erklären, so wären die Arbeitnehmerinnen wegen der wegfallenden Schutzwirkung des Tarifvertrages noch mehr benachteiligt, als wenn es bei der alten Regelung geblieben wäre. Würde man in Anwendung des § 139 BGB darüber hinaus den ganzen Tarifvertrag als nichtig behandeln, träte derselbe Effekt auch für die Männer ein – ganz abgesehen davon, daß nach einheitlicher Auffassung in Rechtsprechung und Literatur die Totalnichtigkeit von Tarifverträgen die absolute Ausnahme darstellt³⁸. Die Anhebung der Frauenlöhne stellt daher diejenige Lösung dar, die am ehesten dem Zweck von Tarifverträgen gerecht wird³⁹. Eine zusätzliche Begründung liefert überdies Art. 119 EWG-Vertrag. Nach Auffassung des *Europäischen Gerichtshofs* ist bei der Auslegung dieser Vorschrift zu berücksichtigen, daß sie im Kapitel „Sozialpolitik“ des EWG-Vertrags steht, wo einleitend auf die Notwendigkeit hingewiesen wird, „auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte hinzuwirken und dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen“⁴⁰. Daraus hat der Gerichtshof mit Recht den Schluß gezogen, Art. 119 EWG-Vertrag könne nicht „auf andere Weise als durch eine Anhebung der niedrigeren Löhne und Gehälter befolgt werden“⁴¹. Dies stellt, was die Lohngleichheit für gleiche Arbeit betrifft, als authentische Interpretation des Art. 119 EWG-Vertrag unmittelbar geltendes Recht dar, das auch im Rahmen der Entlohnung gleichwertiger Arbeiten zumindest als Auslegungsrichtlinie zu beachten ist.

2. Das Problem der Leichtlohngruppen

Die Problematik der Lohngleichheit von Mann und Frau liegt heute weniger im Bereich der beschriebenen „faßbaren“ Diskriminierungen, obwohl es bis Anfang der 70er Jahre dauerte, ehe die letzten „Frauenlohngruppen“ aus den Tarifverträgen verschwunden waren⁴². In den Vordergrund getreten sind vielmehr die sog. Leichtlohngruppen, die nicht mehr am Geschlecht, sondern an der Tätigkeit und damit einem prinzipiell völlig legitimen Kriterium anknüpfen. So wird etwa eine Lohngruppe für „Arbeiten einfacher Art“ gebildet, „die ohne vorherige Arbeitskenntnisse nach kurzer Anweisung ausgeführt werden können und mit geringen körperlichen Belastungen verbunden sind“⁴³. Eine andere (höhere) Lohngruppe ist dann durch „Arbeiten einfacher Art“ definiert, „die ohne vorherige Arbeitskenntnisse nach kurzer Anweisung ausgeführt werden können“, wobei als selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß diese Arbeiten mit mehr als nur geringer körperlicher Belastung verbunden sind⁴⁴. Wie die betriebliche Praxis zeigt, sind diese untersten Lohngruppen (fast) ausschließlich mit Frauen besetzt⁴⁵. Wie ist dieser Zustand zu erklären?

Ausscheiden kann zunächst folgender unproblematischer Fall: Unterscheiden sich zwei Tätigkeiten ausschließlich dadurch, daß bei der einen mehr Muskelkraft als bei der anderen aufzuwenden ist, so haben zwar die Frauen eine

geringere Chance, in die höhere Lohngruppe zu gelangen, doch ist dies – da tätigkeitsbezogen – unbedenklich. Daneben gibt es jedoch insbesondere drei Mechanismen, die die Konzentration der Frauenarbeit auf die unterste Ebene der Lohnhierarchie entscheidend fördern. Zum einen ist denkbar, daß die von Männern ausgeübte gleiche oder gleichwertige Tätigkeit als „körperlich schwer“ definiert wird, obwohl sie es in Wirklichkeit gar nicht ist⁴⁶. Weiter ist denkbar, daß der Tarifvertrag bei den höheren Lohngruppen Pauschalbegriffe wie „Geschicklichkeit“ oder „Erfahrung“ verwendet, die im Einzelfall so gehandhabt werden, daß ihr Vorliegen bei Frauen nur ausnahmsweise bejaht wird. In beiden Fällen liegt der Sache nach eine unzutreffende Eingruppierung vor, die im nächsten Abschnitt behandelt werden soll. Von höherer Relevanz ist jedoch ein dritter Mechanismus: Der Tarifvertrag stellt ausschließlich auf den körperlichen Kraftaufwand (und damit eine männerspezifische Eigenschaft) ab, obwohl an den Frauenarbeitsplätzen auch andere Anforderungen eine Rolle spielen. So ist etwa denkbar, daß eine im landläufigen Sinne leichte Arbeit in einer bestimmten Zwangshaltung verrichtet werden muß. Weiter kann mit bestimmten Tätigkeiten ein besonderes Maß an Aufmerksamkeit und Konzentration verbunden sein, das beispielsweise bei dem Tragen schwerer Lasten völlig fehlt. Ist es den Tarifparteien erlaubt, in solchen Fällen ausschließlich auf eine (die Männer begünstigende) Anforderung abzustellen, die anderen jedoch völlig unter den Tisch fallen zu lassen?

Der naheliegende Versuch, den Tarifparteien unter Berufung auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG eine bessere Lohnstruktur vorzuschreiben, stößt auf den Einwand, daß auf diese Weise ein zentrales Stück aus der Tarifautonomie herausgebrochen würde. Legt man nämlich von staatlicher Seite her die zu berücksichtigenden Anforderungen und eventuell sogar noch ihre Gewichtung bei der Lohnfindung fest, so ist den Tarifparteien das Recht genommen, den relativen Wert der Arbeitskraft autonom festzulegen – sie könnten zwar noch Lohnerhöhungen vereinbaren, doch läge es nicht mehr in ihrer Macht, zu bestimmen, ob beispielsweise die Tätigkeit eines Buchhalters oder die eines Werkmeisters höher oder geringer zu bewerten ist. Eine solche Lösung würde den Gleichberechtigungsgrundsatz zu Lasten der Tarifautonomie verabsolutieren oder – verfas-

36 Vgl. BAG v. 18. 10. 61 (Fußnote 11).

37 Vgl. BAG v. 1. 12. 61, AP Nr. 70 zu Art. 3 GG = ArbU 1962 S. 162.

38 Vgl. die Nachweise bei Däubler/Hege, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., Anm. 102.

39 Zum Schutz- und Ordnungszweck des Tarifvertrags vgl. etwa Biedenkopf, 46. DJT (1966), Bd. I, Teil 1 S. 113; Reinhard Hoffmann, „Koalitionsrecht und Tarifautonomie“, GewerkmH 1966 S. 153; Reuß, „Die Schutz- und Ordnungsfunktion der Gewerkschaften“, RdA 1968 S. 410.

40 Vgl. EuGH v. 8. 4. 76 (Fußnote 24).

41 Vgl. EuGH v. 8. 4. 76 (Fußnote 24).

42 Vgl. den Bericht der Bundesregierung, BTDrucks. 7/790. Die entsprechende Grundsatzentscheidung des BAG (Fußnote 8) datierte demgegenüber v. 15. 1. 55!

43 Beispiel aus dem Lohnrahmenabkommen für die Eisen-, Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens, zitiert bei Pfarr/Bertelsmann (Fußnote 20) unter Entsch. 104.

44 Vgl. Fußnote 43.

45 Vgl. dazu Gisela Brandt/Kootz/Steppke, Zur Frauenfrage im Kapitalismus (1973), S. 68 ff.; Däubler-Gmelin (Fußnote 3) S. 37 ff.

46 Vgl. Teschner, Lohnpolitik im Betrieb (1977), S. 48 ff.

sungsrechtlich gesprochen – Art. 3 Abs. 2 GG unbedingten Vorrang vor Art. 9 Abs. 3 GG einräumen⁴⁷. Wollte man auf der anderen Seite alles beim alten lassen, würde die Lohngleichheit im Ergebnis ein Opfer der Tarifautonomie, da das Abstellen auf mÄnnerspezifische Eigenschaften die Frauen eindeutig schlechterstellen wÜrde. Versucht man statt dessen, die Verfassung als Einheit zu begreifen und ihre Wertentscheidungen im Rahmen des MÖglichen zu realisieren⁴⁸, so bietet sich folgende LÖsung an: GrundsÄtzlich ist es Sache der sozialen Gegenspieler, die zu berÜcksichtigenden Anforderungen und die Gewichtung zwischen ihnen festzulegen⁴⁹. Ihr Ermessen ist jedoch nicht schrankenlos. Werden bestimmte Anforderungen vÖllig übergangen oder nur an ganz untergeordneter Stelle berÜcksichtigt, so ist das Ermessen mißbraucht und das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 GG verletzt. Wird etwa ausschlieÙlich auf die KÖrperkraft abgestellt und die bei bestimmten Arbeitsplätzen deutlich werdende nervliche Belastung überhaupt nicht berÜcksichtigt, so ist ein solcher Fall gegeben⁵⁰.

Probleme kann die Bestimmung der Rechtsfolgen aufwerfen. Für den Bereich der summarischen Arbeitsbewertung⁵¹ haben *Pfarr* und *Bertelsmann* den Vorschlag gemacht, das Merkmal „körperlich schwer“ weit zu interpretieren. Wenn feststehe, daß eine Tätigkeit meßbare, über einen bestimmten Ruhewert hinausgehende körperliche Reaktionen hervorruft, so sei das Vorhandensein und die Höhe dieses Beanspruchungswertes ein Hinweis für Vorhandensein und Höhe der Belastung und damit der „körperlichen Schwere“ von Arbeit⁵². Dies ist insofern problematisch, als die Tarifparteien in aller Regel den herkömmlichen Sprachgebrauch zugrunde legen, wonach sich die körperliche Schwere einer Arbeit ausschlieÙlich nach der

Entfaltung von Muskelkraft bestimmt⁵³. Auch werden sie sich so gut wie immer der bisherigen betrieblichen Praxis bewußt sein. Möglich erscheint jedoch eine verfassungskonforme Interpretation, die auch bei Tarifverträgen zulässig ist⁵⁴ und die zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG alle auf den KÖrper einwirkenden Belastungen einbeziehen wÜrde. Der Eingriff in den Willen der Tarifparteien ist hier nicht stärker als in den unter III 1 behandelten Fällen; auch wÜre daran zu erinnern, daß das *Bundesverfassungsgericht* gegenüber Gesetzen vom Institut der verfassungskonformen Auslegung einen recht großzügigen Gebrauch macht⁵⁵. Letztlich kann jedoch die Frage dahinstehen, da auch ein Wegfall des Merkmals „leichte“ bzw. „erhebliche“ körperliche Schwere nur dazu führen wÜrde, daß die Frauen MÄnnnerlöhne erhalten und so ihre Tätigkeiten im Ergebnis wie „körperlich schwere“ behandelt wÜrden.

Wird im Tarifvertrag statt der summarischen die analytische Arbeitsbewertung festgelegt, so wird sehr viel seltener der Fall eintreten, daß bestimmte praktisch wichtige Anforderungen vÖllig übergangen oder nur marginal berÜcksichtigt werden. Tritt dieser Fall gleichwohl ein, so ist das gesamte Lohngefüge unwirksam, da sich auch im Wege der verfassungskonformen Auslegung kein exakter Arbeitswert für den nicht berÜcksichtigten Faktor bestimmen läßt. In einem solchen, in der Rechtsprechung bisher nicht entschiedenen Fall existieren zwei MÖglichkeiten. Zum einen kann sich das Arbeitsgericht in Anlehnung an die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* mit dem Ausspruch der Verfassungswidrigkeit begnügen⁵⁶ und die Herstellung eines verfassungskonformen Zustands den Tarifparteien überlassen. Zum anderen könnte es in entsprechender Anwendung des § 315 BGB selbst eine angemessene Lohnstruktur festlegen, wobei der Fall als Vorbild dienen könnte, daß bei unwirksamer Bestimmung der Vorgabezeiten beim Akkord diese notfalls durch das Arbeitsgericht festgelegt werden⁵⁷. Für die erste LÖsung spricht der verfassungsrechtliche Schutz der Tarifautonomie sowie die Parallele zur Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen der Einigungsstelle⁵⁸. Klagt nicht etwa die Gewerkschaft, sondern eine einzelne betroffene Arbeitnehmerin, so dürfte allerdings eine Lohnfestsetzung entsprechend § 612 Abs. 1 BGB in Betracht kommen⁵⁹.

IV. Unterschiedliche Eingruppierung von MÄnnnern und Frauen

Üben MÄnnner und Frauen gleiche oder gleichwertige Tätigkeiten aus, so kann es – wie bereits angedeutet – in der Praxis dazu kommen, daß die MÄnnner höher, als es ihrer Tätigkeit entspricht, eingruppiert werden. Die Frauen können sich nicht auf den Tarifvertrag berufen, da sie ja die „korrekte“ Lohngruppe erhalten. Möglich ist jedoch, daß sie sich unmittelbar auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG beziehen, der bei allen Formen übertariflicher Leistungen Anwendung findet: Im Ergebnis kann es keinen Unterschied machen, ob die MÄnnner in Höhe der Differenz der Lohngruppen eine Zulage erhalten oder ob sie von vorneherein höher eingruppiert werden⁶⁰.

Sind Frauen zu niedrig eingruppiert, indem tarifliche Merkmale wie z. B. Erfahrung oder Geschicklichkeit bei ihnen verneint werden, so können sie eine richtige Handhabung des Tarifvertrags notfalls gerichtlich erzwingen. Dabei kommt ihnen die Tatsache zustatten, daß sich die

47 Ähnlich *Pfarr/Bertelsmann* (Fußnote 20) unter 7; zum Verhältnis von Tarifautonomie und Diskriminierungsschutz vgl. auch *Martiny* in Frauenprogramm gegen Diskriminierung (Fußnote 3) S. 345 ff.

48 Das so verstandene Prinzip der praktischen Konkordanz (grundlegend dazu *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., S. 28 ff.) führt nicht zu einer Auflösung der Normativität der Verfassung in einen „Nebel“ universeller Güterabwägung, sondern vermeidet Widersprüche zwischen einzelnen Teilen der Verfassung. Die Kritik *Ridders* (Die soziale Ordnung des Grundgesetzes [1975], S. 13 ff., 68 ff.) nimmt den Mißbrauch für die Sache selbst.

49 So auch *Löwisch* (Fußnote 4) S. 72.

50 Ähnlich *Irene Maier*, „Das Recht der Frau auf gleichen Lohn und gleiche Arbeitsbedingungen“ in *Gleiche Chancen für Frauen?* (Fußnote 21) S. 126.

51 Zur summarischen und zur analytischen Arbeitsbewertung vgl. *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 2. Aufl., S. 221 f.

52 Vgl. *Pfarr/Bertelsmann* (Fußnote 20) unter 7. 1. 2. 2. 1.

53 So *BAG* v. 17. 8. 66 (4 AZR 398/65), in wesentlichen Auszügen abgedruckt bei *Pfarr/Bertelsmann* (Fußnote 20) als Entsch. 71.

54 Vgl. *Wiedemann/Stumpf*, TVG, 5. Aufl., § 1 Anm. 404.

55 Siehe als Beispiel *BVerfG* v. 19. 6. 73, BVerfGE 35, 263 (279), wo entgegen dem eindeutigen Wortlaut des § 80 Abs. 6 Satz 2 VerwGO bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung ein Rechtsmittel zugelassen wurde. Bedenken gegen die verfassungskonforme Interpretation äußert *Wagner* in *Verfassungsgericht und Politik* (Fußnote 22) S. 172 ff.

56 Vgl. *BVerfG* v. 13. 11. 79, DB 1980 S. 404 f. = *ArbuR* 1980 S. 122.

57 Vgl. *BAG* v. 29. 1. 69, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Akkordlohn = *ArbuR* 1969 S. 221 mit Anm. v. *Herschel*.

58 Keine Ersetzung des Spruchs der Einigungsstelle; vgl. die Nachweise bei *Fitting/Auffarth/Kaiser*, BetrVG, 13. Aufl., § 76 Anm. 33.

59 Angesichts der geringen praktischen Bedeutung soll die Frage hier nicht weiter vertieft werden.

60 Näheres zur Lohngleichheit bei Zulagen unter V; wie hier *Pfarr/Bertelsmann* (Fußnote 20) unter 7. 1. 2. 3.

Zuordnung zu bestimmten Lohngruppen allein nach der ausgeübten Tätigkeit bestimmt, die Eingruppierung durch den Arbeitgeber daher nur deklaratorische Bedeutung hat⁶¹. Gerade in einem solchen Fall wird es allerdings häufig kontrovers sein, ob überhaupt eine gleichwertige Tätigkeit vorliegt und die Arbeitnehmerin zu Recht der schlechteren Lohngruppe zugeordnet wurde. Von daher wird es besonders bedeutsam, ob die Arbeitnehmerin die Gleichwertigkeit der Tätigkeit oder der Arbeitgeber die sachliche Begründung für eine unterschiedliche Behandlung beweisen muß. Nach allgemeinen Grundsätzen ist es an sich Sache des Arbeitnehmers, die Voraussetzungen des Lohnanspruchs und damit auch die Tatsache zu beweisen, daß seine Tätigkeit unter die von ihm behauptete Lohngruppe fällt. Für den Bereich arbeitsvertraglicher Abmachungen hat jedoch § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB insofern eine Sonderregelung getroffen, als die Beweislast auf den Arbeitgeber übergeht, wenn der Arbeitnehmer im Streitfall „Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen“. Grund für diese Regelung ist die Beweisnot, in die der potentiell Benachteiligte bei allen Diskriminierungsverboten gerät. Nennt der Arbeitgeber zwei, drei oder vier angebliche Gründe für seine Maßnahme, so fällt es schwer, ihr Nicht-Vorliegen (und damit das Vorliegen des Diskriminierungstatbestands) zu beweisen. Diese Ausgangslage ist aber keine andere, wenn es nicht wie bei § 611a Abs. 1 BGB um Maßnahmen wie Einstellung, Beförderung und Kündigung, sondern um die Eingruppierung in tarifliche Lohn- oder Gehaltsgruppen geht. § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB ist daher entsprechend anzuwenden. Dafür spricht weiter die Erwägung, daß es dem Arbeitgeber mit Rücksicht auf seine Stellung im Betrieb sehr viel leichter fällt, alle relevanten Informationen über die als Vergleichsmaßstab in Betracht kommenden Arbeitsplätze zusammenzutragen, während sich die betroffene Arbeitnehmerin nur mit größter Mühe das notwendige Material verschaffen kann⁶².

Wann hat die Arbeitnehmerin Tatsachen glaubhaft gemacht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen? Welche Anforderungen hier gestellt werden, läßt sich abstrakt nur schwer bestimmen, doch würde der Grundsatz der Lohngleichheit in vielen Bereichen leerlaufen, wenn man hier nicht großzügig verfahren würde⁶³. Das bedeutet, daß schon Anhaltspunkte wie früher vorgekommene Diskriminierungen oder auf das Geschlecht bezogene Ausschreibungen genügen⁶⁴. Weiter wäre diese Voraussetzung auch dann als erfüllt anzusehen, wenn sich in dem betreffenden Unternehmen die weiblichen Arbeitskräfte in starkem Maße auf die untersten Lohngruppen konzentrieren; dies läßt nach der Lebenserfahrung neben anderen Ursachen auch Diskriminierung vermuten⁶⁵. Eine solche Auslegung wird schließlich durch Art. 6 der EG-Richtlinie v. 10. 2. 1975⁶⁶ gestützt, wonach die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen haben, „um die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu gewährleisten“. Sie müssen dabei insbesondere für „wirksame Mittel“ sorgen, „um für die Einhaltung dieses Grundsatzes Sorge zu tragen“.

V. Lohngleichheit und übertarifliche Zulagen

Die immer stärker werdenden gewerkschaftlichen Bemühungen um eine Beseitigung der Leichtlohngruppen⁶⁷

haben in vielen Fällen dazu geführt, daß sich die unterschiedliche Bezahlung von Männern und Frauen auf den übertariflichen Bereich verlagerte. Männer erhalten beispielsweise höhere Zulagen als Frauen⁶⁸ oder werden bei der Tantiemenregelung bevorzugt.

1. Der Grundsatz

Daß der Grundsatz der Lohngleichheit auch hier zu beachten ist, wurde bereits ausgeführt⁶⁹. Da weder Art. 3 Abs. 2 und 3 GG noch die völkerrechtlichen und europäischen Garantien der Lohngleichheit zwischen tariflichen und anderen Vergütungen unterscheiden, ergeben sich in diesem Rahmen keine Unterschiede. Eine Besonderheit besteht allenfalls insoweit, als in den Fällen, wo die übertarifliche Leistung ausdrücklich oder stillschweigend zum Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge gemacht wurde, auch § 612 Abs. 3 BGB eingreift⁷⁰. Inhaltliche Abweichungen ergeben sich dadurch nicht. Konkret bedeutet dies beispielsweise, daß auch bei Zulagen und anderen tariflichen Leistungen „Frauenabschläge“ verboten sind und daß Arbeitsschutznormen nicht zum Anlaß für eine Schlechterstellung genommen werden dürfen⁷¹. Möglich ist jedoch auch hier, an den Inhalt der Arbeit anzuknüpfen und insoweit zwischen einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitnehmergruppen zu differenzieren. Im Zusammenhang damit sind zwei Sonderfragen aufgetaucht, die ein wenig Aufmerksamkeit verdienen.

2. Nachtarbeitszulagen

Bei übertariflichen Nachtarbeitszuschlägen stellt sich die Frage, ob sie nicht die Schutzbestimmungen des § 19 AZO verletzen und deshalb unzulässig sind: Arbeiterinnen haben im Normalfall nicht die Chance, in den Genuß solcher Leistungen zu kommen. Das *Bundesarbeitsgericht* hat Zuschläge für tatsächlich geleistete Nachtarbeit unbeanstandet gelassen⁷², was keine Kritik verdient. Wenn man das Nachtarbeitsverbot des § 19 AZO grundsätzlich für verfassungsmäßig hält⁷³, so muß man auch akzeptieren, daß die

61 Das ist ständige Rspr. und weit überwiegende Auffassung in der Literatur; vgl. etwa BAG v. 22. 11. 77, ArbUR 1978 S. 343; *Wiedemann/Stumpf* (Fußnote 54) § 4 Anm. 108 ff. mit weit. Nachweisen.

62 Vgl. auch BAG v. 11. 7. 73, AP Nr. 110 zu Art. 3 GG = ArbUR 1973 S. 187 und BAG v. 11. 9. 74 (Fußnote 11); beide Entsch. betreffen zwar andere Fälle, sie beruhen aber auf einem ähnlichen Grundgedanken. Zur Kritik an der Beweislastregelung im Arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetz vgl. *Wolter* (Fußnote 7) S. 135 ff.

63 So im Prinzip auch *Knigge*, „Gesetzliche Neuregelung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz“, BB 1980 S. 1273.

64 So auch *Knigge* (Fußnote 63).

65 *Knigge* (Fußnote 63) will im Hinblick auf die Einstellung sogar einen unterdurchschnittlichen Frauenanteil genügen lassen.

66 Siehe Fußnote 21.

67 Siehe etwa den am 1. 2. 81 in Kraft getretenen LRTV für die Papier- und Pappe verarbeitende Industrie und dazu *Fahrenholt*, Nachrichten, Heft 2/1981 S. 4.

68 Siehe als Beispiel LAG Hamm v. 19. 9. 79 (Fußnote 32).

69 Vgl. dazu oben unter II.

70 Ebenso *Knigge* (Fußnote 63) S. 1275.

71 So ausdrücklich § 612 Abs. 3 Satz 2 BGB.

72 Vgl. BAG v. 11. 9. 74 (Fußnote 11).

73 Vgl. dazu BAG (GS) v. 16. 3. 62, AP Nr. 19 zu § 1 HausarbTagsG Nordrhein-Westfalen = ArbUR 1962 S. 353 mit Anm. v. *Ramm*; kritisch *Dobberthien*, „Kritik des Frauenausschutzes“, ZRP 1976 S. 106.

mit dieser Tätigkeit verbundenen besonderen Belastungen zu einer finanziellen Kompensation führen. Allenfalls könnte man daran denken, die tariflichen Nachtarbeitszuschläge als verbindliche Festsetzung des Äquivalents für die von den Männern erbrachte Sonderleistung anzusehen. Dagegen spricht allerdings das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG, das seines zwingenden Charakters wegen auch bei Zulagen nicht die Schaffung von Obergrenzen zuläßt. Auf der anderen Seite hat es das *Bundesarbeitsgericht* gleichfalls zu Recht für unzulässig erklärt, die „Bereitschaft“ zur Nachtarbeit bzw. die entsprechende Verfügbarkeit des männlichen Arbeitnehmers zum Anknüpfungsmerkmal für eine Zulage zu machen⁷⁴. Würde man dies tun, so könnte auf dem Umweg über § 19 AZO der Grundsatz der Lohngleichheit aus den Angeln gehoben werden, da sich eine entsprechende „Bereitschaft“ immer erreichen ließe.

Zweifelhaft und vom *Bundesarbeitsgericht* noch nicht entschieden ist die Frage, ob eine Nachtarbeitszulage auch in der Weise gewährt werden kann, daß bei den in Wechsel- schicht eingesetzten männlichen Arbeitnehmern für jede, auch die am Tage geleistete Arbeitsstunde ein Zusatzbetrag gezahlt wird⁷⁵. Nimmt man den Grundsatz ernst, daß nur für tatsächlich geleistete Nachtarbeit eine Zulage gewährt werden darf, so ist eine solche Regelung rechtswidrig, da nicht sichergestellt ist, daß sich Höhe der Zulage und tatsächlich geleistete Nachtarbeit entsprechen. Dies ist evident bei all jenen Beschäftigten, die nur vorübergehend oder unregelmäßig nachts arbeiten; es gilt aber auch für diejenigen, deren Arbeitszeit sich nach Schichtplan gleichmäßig auf Tag und Nacht verteilt: Auch bei ihnen besteht keine Sicherheit, daß die geplanten Nachtschichten nicht im Einzelfall aus persönlichen oder betrieblichen Gründen ausfallen können. Den Arbeitgeber auf Zulagen für effektiv geleistete Nachtschichten zu beschränken⁷⁶, stellt auch keine unbillige Beeinträchtigung seiner Gestaltungsfreiheit dar, da er doch das allein von der Rechtsordnung anerkannte Ziel, nämlich den Ausgleich für effektive Belastungen, auch auf diese Weise erreichen kann. Auch hier geht es letztlich um die Frage, dem Grundsatz der Lohngleichheit zu möglichst umfassender Wirksamkeit zu verhelfen und schon den Anfängen von Umgehungsstrategien zu wehren⁷⁷.

3. Unterschiedliche Zulagen trotz gleicher Lohngruppe?

Bei der Anknüpfung von Zulagen und sonstigen übertariflichen Leistungen an die ausgeübte Tätigkeit taucht die weitere Frage auf, ob die Eingruppierung der einzelnen Arbeitnehmer in ein und dieselbe Lohn- oder Gehaltsgrup-

pe die „Gleichwertigkeit“ der Tätigkeit unwiderlegbar festschreibt. Wäre dem so, so könnten Differenzierungen nicht mehr mit der Arbeitssituation, sondern nur noch mit anderen als geschlechtsspezifischen persönlichen Merkmalen begründet werden. Das *Bundesarbeitsgericht* hat sich zu einem solchen Schritt nicht entschlossen und ein Differenzierungsverbot nur dann angenommen, wenn die von derselben Lohn- oder Gehaltsgruppe erfaßten Tätigkeiten überdies „gleichartig“ waren, was für den Boten im Vergleich zur Reinigungskraft angenommen wurde⁷⁸. Im Ergebnis wird man dem schwerlich widersprechen können. Das System der branchenbezogenen Tarifverträge bringt es notwendigerweise mit sich, daß nicht alle Besonderheiten der einzelnen Arbeitsplätze erfaßt werden können und daß insbesondere Belastungen auftauchen, an die bei der Abfassung des Tarifvertrags nicht gedacht wurde oder infolge der Einführung neuer Techniken nicht einmal gedacht werden konnte. Zwar ist zuzugeben, daß auf diese Weise eine starke Differenzierung des Lohnsystems und die Bildung von Gruppen und Grüppchen die Folge sein kann⁷⁹; doch ist dem mit anderen als juristischen Mitteln, insbesondere durch entsprechende Aktivitäten der Betriebsräte zu begegnen. Auch ist nicht zu erkennen, daß durch den Tarifvertrag das Günstigkeitsprinzip in der Weise „kollektiviert“ würde, daß – von individuell ausgehandelten Abmachungen vielleicht abgesehen – die Angehörigen einer Lohn- oder Gehaltsgruppe sich grundsätzlich nur gemeinsam und in gleicher Höhe verbessern könnten.

Wann ein „gleichartiger“ Arbeitsplatz vorliegt, läßt sich abstrakt schwer bestimmen. Mangels anderer Anhaltspunkte wird man insbesondere auf die Verkehrsanschauung sowie darauf abstellen können, ob der eine Arbeitnehmer gegebenenfalls als Ersatzmann für den anderen eingesetzt werden kann oder nicht. Gleichartigkeit der Tätigkeit liegt weiter selbstredend auch dann vor, wenn ein und derselbe Arbeitsplatz nacheinander von verschiedenen Personen besetzt wird. So liegt nach einer neueren Entscheidung des *Europäischen Gerichtshofs*⁸⁰ ein Verstoß gegen Art. 119 EWG-Vertrag auch dann vor, wenn ein weiblicher Arbeitnehmer als „Nachfolger“ eines männlichen 20 v. H. weniger verdient, sofern nicht besondere Gründe, wie die Ertragslage des Unternehmens, für einen Abbau der Vergütungen sprechen.

4. Fehlen eines sachlichen Grundes für unterschiedliche Zulagen

Auch wenn der Arbeitgeber alle diese Gesichtspunkte berücksichtigt hat, ist damit eine Schlechterstellung von Arbeitnehmerinnen noch nicht automatisch gerechtfertigt. Bei betriebseinheitlichen oder eine Gruppe von Arbeitnehmern betreffenden Leistungen muß der Arbeitgeber vielmehr für jede Differenzierung einen *sachlichen Grund* benennen können. Fehlt er, so ist die Schlechterstellung rechtswidrig. Als „sachliche Gründe“ kommen grundsätzlich alle einigermaßen plausibel erscheinenden Motive und Umstände in Betracht. Doch gibt es zwei in unserem Zusammenhang nicht unwichtige Konstellationen, in denen der Arbeitgeber mit seinen Vorstellungen nicht durchdringt. Zum einen kann er sich nicht mehr auf das Vorliegen eines sachlichen Grundes berufen, wenn er nicht von vornherein die Kriterien der Leistungsvergabe offengelegt hat, es sei denn, sie wären für die Betroffenen ohne weiteres einsichtig⁸¹. Eine Tantieme „nach Art des Hau-

74 Vgl. BAG v. 11. 9. 74 (Fußnote 11).

75 Bejahend LAG Hamm v. 19. 9. 79 (Fußnote 32).

76 Gleichgestellt sind natürlich die wegen Krankheit oder unverschuldeter persönlicher Verhinderung ausfallenden Nachtschichten (§ 1 LFZG, § 616 BGB).

77 Ähnlich Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 6. Aufl., S. 179 Fußn. 10a; weitergehend Irene Maier (Fußnote 50) S. 123 und Pfarr/Bertelsmann (Fußnote 20) unter 7. 2. 5.

78 Vgl. BAG v. 6. 4. 55 (Fußnote 9).

79 Zu dem Versuch, die Bildung von „Unterlohngruppen“ durch Rückgriff auf das Solidaritätsprinzip zu verhindern, vgl. Däubler (Fußnote 51) S. 224.

80 Vgl. EuGH v. 27. 3. 80 (Fußnote 24).

81 So BAG v. 21. 12. 70 (Fußnote 10).

ses“ würde es beispielsweise dem Arbeitgeber ermöglichen, über die Leistung und das Wohlfühlen einzelner Arbeitnehmer eine Zensur auszuüben und gegebenenfalls finanzielle Sanktionen zu verhängen, die ansonsten nur unter engen rechtsstaatlichen Voraussetzungen und mit Zustimmung des Betriebsrats möglich wären⁸². Zum zweiten wird ein „sachlicher Grund“ auch dann nicht angenommen, wenn das vom Arbeitgeber genannte Kriterium nur auf einen (und sei es großen) Teil der Leistungsempfänger zutrifft. Werden etwa männlichen Arbeitnehmern wegen der Übernahme zusätzlicher Reparaturarbeiten an den von ihnen bedienten Maschinen bestimmte Zulagen gewährt, können einige von ihnen aber nach Art ihres Arbeitsplatzes überhaupt nie in die Situation kommen, eine Maschine reparieren zu müssen, so liegt kein sachlicher Grund vor⁸³. In beiden Fällen kann ein Verstoß gegen den Grundsatz der Lohngleichheit vorliegen, da die Nichtbenennung der Kriterien bzw. die Unschlüssigkeit der angeführten Gründe objektiv eine Schlechterstellung von Arbeitnehmerinnen zur Folge hat. Zwingend ist dieser Schluß freilich nicht, da im Einzelfall auch schlichte Willkür vorliegen kann, die nichts mit dem Geschlecht zu tun hat. Welche der beiden Alternativen vorliegt, kann allerdings dahinstehen, da keine unterschiedlichen Rechtsfolgen eintreten, wenn gegen Art. 3 Abs. 1 statt gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verstoßen wurde.

Für das Vorliegen eines „sachlichen Grundes“ trägt der Arbeitgeber die Beweislast⁸⁴. § 612 Abs. 3 Satz 3 BGB gewinnt nur dann Bedeutung, wenn die Handhabung eines an sich als sachlich anzuerkennenden Grundes im konkreten Fall die Vermutung der Diskriminierung wegen des Geschlechts begründet. Insoweit liegt der Fall genau gleich wie die bereits oben erörterte Situation, in der Meinungsverschiedenheiten über die richtige Handhabung eines relativ allgemeinen Begriffs wie „Verantwortung“ oder „Erfahrung“ bei der Eingruppierung bestehen.

5. Rechtsfolgen

Was die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Lohngleichheit betrifft, so ist zu unterscheiden: Werden den Männern einheitliche Zulagen gewährt, so können sie von den benachteiligten Frauen in gleicher Höhe verlangt werden⁸⁵. Daß sich dadurch die finanzielle Belastung des Arbeitgebers erhöht, ist ebenso hinzunehmen wie in den Fällen einer Lohndiskriminierung im Tarifvertrag: Die These, der Arbeitgeber sei wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage automatisch berechtigt, eine Nivellierung derart vorzunehmen, daß sich seine Gesamtaufwendungen nicht erhöhen⁸⁶, steht in klarem Widerspruch zu Art. 119 EWG-Vertrag, der nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs nur eine Anhebung der Vergütungen der bisher benachteiligten Arbeitnehmergruppe zuläßt⁸⁷. Eine andere Frage ist allerdings, inwieweit sich der Arbeitgeber einen Widerruf vorbehalten hat, den er bei nächster Gelegenheit ausspricht. Dabei kann er sich jedoch nicht darauf berufen, daß der von ihm zuvor nicht beachtete Grundsatz der Lohngleichheit seine finanzielle Belastung erhöht hätte; insofern fehlt es an einem auch hier erforderlichen sachlichen Grund⁸⁸.

Werden die Zulagen an die Männer in unterschiedlicher Höhe bezahlt, so bereitet eine schematische Übertragung auf die Frauen einige Schwierigkeiten. Beruht die Staffe- lung der übertariflichen Leistungen bei den Männern auf

einem sachlichen Grund, so ist dieser auch auf die Frauen zu übertragen. Ist etwa die bisher nur an Männer bezahlte Erschwerniszulage je nach der Belastung durch Staub, hohe Temperaturen u. ä. höher oder niedriger, so ist im Einzelfall die Belastung an den Frauenarbeitsplätzen zu prüfen. Gibt es für die Differenzierung unter den Männern keinen sachlichen Grund, handelt es sich etwa um eine Praxis, die man umgangssprachlich mit dem Stichwort „Nasenprämie“ charakterisiert, so fehlt eine exakte Bezugsgröße. In diesem Fall bleibt als relativ plausibelste Lösung nur der Rückgriff auf den Durchschnittswert der in Frage stehenden übertariflichen Leistung.

6. Lohngleichheit auch im Unternehmen?

Wenig Aufmerksamkeit hat bisher eine letzte, aber nicht unwesentliche Frage erfahren: Gilt der Grundsatz der Lohngleichheit auch im Vergleich zu Arbeitnehmern eines anderen Betriebes desselben Unternehmens? Soweit Aussagen zu § 612 Abs. 3 BGB vorliegen, wird er ohne nähere Begründung auf den Betrieb beschränkt⁸⁹. Insoweit besteht Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung, wonach auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nur im Betrieb gelten soll⁹⁰. Überzeugen kann diese Auffassung dennoch nicht. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG kennen einen solchen Vorbehalt nicht. Auch ist kein Argument ersichtlich, weshalb eine Diskriminierung eher hinzunehmen sei, wenn sie sich in der Form vollzieht, daß etwa in dem zu 90 v. H. aus Frauen bestehenden Betrieb keine Zulagen bezahlt werden, während sie in dem auf der anderen Straßenseite liegenden „Männerbetrieb“ gang und gäbe sind. Hinzu kommt, daß die EG-Richtlinie v. 10. 2. 1975⁹¹ keinen Vorbehalt zugunsten einer rein betrieblichen Ordnung kennt und daß auch der Europäische Gerichtshof jedenfalls den programmatischen Charakter des Art. 119 EWG-Vertrag auch auf den überbetrieblichen Bereich bis hin zur Gesamtwirtschaft erstreckt hat⁹². Zuzugeben ist allerdings, daß die Existenz verschiedener Betriebe häufig Anlaß für sachlich berechnete Differenzierungen sein wird.

VI. Arbeitsvertragliche Abmachungen im außertariflichen Bereich

Eine Lohndiskriminierung kann schließlich auch dann auftreten, wenn sich die Vergütung ausschließlich aus

82 Vgl. BAG v. 22. 12. 70, AP Nr. 2 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle = ArbuR 1971 S. 310.

83 Vgl. BAG v. 11. 9. 74 (Fußnote 11).

84 Vgl. BAG v. 11. 9. 74 (Fußnote 11).

85 Vgl. BAG v. 11. 9. 74 (Fußnote 11).

86 Vgl. Hanau/Adomeit (Fußnote 77) S. 178.

87 Vgl. EuGH v. 8. 4. 76 (Fußnote 24).

88 Vgl. BAG v. 30. 8. 72, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge = ArbuR 1973 S. 123; BAG v. 7. 1. 71, AP Nr. 12 zu § 315 BGB = ArbuR 1971 S. 211.

89 Vgl. Eich, „Das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz“, NJW 1980 S. 2329; Palandt/Putzo (Fußnote 14) § 611a Anm. 1 b cc.

90 Vgl. BAG v. 26. 4. 66, AP Nr. 117 zu § 1 TVG Auslegung = ArbuR 1966 S. 348; zur Kritik vgl. Däubler (Fußnote 51) S. 155 ff.

91 Siehe Fußnote 21.

92 Vgl. EuGH v. 8. 4. 76 (Fußnote 24).

arbeitsvertraglichen Abmachungen ergibt. Dies ist etwa der Fall in Betrieben, die von keinem Tarifvertrag erfaßt werden, aber auch bei AT-Angestellten und – wichtiger für Frauen – bei Teilzeitbeschäftigten⁹³. In diesen Fällen greifen allerdings die unter V skizzierten Grundsätze ein, wenn die Vertragsbedingungen einseitig vom Arbeitgeber festgelegt worden sind. Wurden Formularverträge geschlossen oder betriebliche Gratifikationsordnungen erlassen, so besteht an der Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG kein Zweifel. Von Interesse sind daher nur noch die Fälle, in denen individuelle Abmachungen getroffen wurden – wobei zunächst dahinstehen mag, wie die Verhandlungsmacht bei den Vertragsverhandlungen verteilt war. Neben der schlichten vertraglichen Festlegung der Gegenleistung des Arbeitgebers ist dabei allerdings auch an den Fall zu denken, daß ein einzelner aus einer an sich bestehenden betrieblichen Ordnung herausgenommen wird.

Arbeitsvertragliche Abmachungen werden seit dem 21. 8. 1980⁹⁴ durch die Vorschrift des § 612 Abs. 3 BGB erfaßt, so daß die Frage dahinstehen kann, ob Art. 3 Abs. 2 und 3 GG im Wege der Drittwirkung ebenfalls Anwendung finden könnte. Für die Zeit vor Inkrafttreten des § 612 Abs. 3 BGB galt im übrigen – was oft übersehen wird – nichts anderes. Der *Europäische Gerichtshof* hat das Diskriminierungsverbot des Art. 119 EWG-Vertrag bewußt auch auf Arbeitsverträge erstreckt⁹⁵. Die EG-Richtlinie v. 10. 2. 1975 bezog in ihrem Artikel 4 ausdrücklich die „Einzelarbeitsverträge“ ein, was deshalb bedeutsam ist, weil sie auch die Diskriminierung wegen *gleichwertiger* Arbeit verbietet und weil sie nach Ablauf der den Mitgliedstaaten zur Ausführung gelassenen Frist, d. h. ab Februar 1976, unmittelbare innerstaatliche Verbindlichkeit besaß⁹⁶.

93 Siehe als Beispiel § 3 lit. q BAT, wonach Arbeitskräfte mit weniger als 20 Wochenstunden nicht unter den BAT fallen. Weitere Beispiele finden sich bei *Seiter/Kaemmerer/Röhrle*, *Teilzeitarbeit* (1971), S. 63 ff.

94 Das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz ist am 21. 8. 80 in Kraft getreten.

95 Vgl. *EuGH*, v. 8. 4. 76 (Fußnote 24).

96 Für die innerstaatliche Verbindlichkeit ist die *Entsch. des EuGH* v. 5. 4. 79 (Fußnote 23) maßgebend, wonach eine Berufung auf entgegenstehendes innerstaatliches Recht (das z. B. die arbeitsvertragliche Diskriminierung zuläßt) nicht mehr möglich ist; zur Entwicklung des *Rspr. des BAG* vgl. *Wolter* (Fußnote 7) S. 132.

97 Vgl. *Ramm*, „Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Arbeitsrecht“ in *Rechtssoziologie und Rechtspraxis* (Hrsg. Naucke/Trappe) (1970), S. 154, 169.

98 Vgl. *Blankenburg/Rogowski/Schönholz*, *Phänomene der Verrechtlichung und ihre Folgen, Beobachtungen am Arbeitsgericht*, zitiert nach *Rasehorn*, *Arbeitsgerichtsprotokolle* (1978), S. 15.

99 Vgl. *Däubler-Gmelin* (Fußnote 5) S. 118.

100 Vgl. dazu *Gerhard-Teuscher*, „Über gegenwärtige und historische Erfahrungen der Frauen mit Recht, Vorüberlegungen zu einer Rechtstheorie auch für Frauen“ in *Gesellschaft – Beiträge zur Marxschen Theorie*, Bd. 14 (Hrsg. Backhaus u. a.) (1981), S. 139 ff.

101 Siehe das Beispiel bei *Pfarr/Bertelsmann* (Fußnote 20) unter 7. 1. 2. 2.

102 Nach der *Entsch. des BAG* v. 19. 10. 61, AP Nr. 13 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = *ArbUR* 1962 S. 125 ist eine Kündigung zur Herbeiführung einer korrekten Eingruppierung immer sozial gerechtfertigt.

Den Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau auf Arbeitsverträge zu erstrecken, bedeutet, daß auch den Arbeitsvertragsparteien alle jene Gestaltungen verschlossen sind, die im Wege des Tarifvertrags oder betrieblicher Einheitsregelungen nicht gewählt werden können. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Ein Arbeitgeber, der einen männlichen Buchhalter beschäftigt, kann mit einer neu einzustellenden Buchhalterin bei gleichwertigem Aufgabenbereich keine geringere Entlohnung vereinbaren, es sei denn, er habe einen anderen als einen geschlechtsbezogenen Grund. Aus der Erstreckung des Diskriminierungsverbots auf arbeitsvertragliche Abmachungen folgt weiter, daß die Herausnahme eines einzelnen aus einer kollektiven Ordnung nicht mehr mit dem schlichten Vertragsschluß als solchem gerechtfertigt werden kann; der Arbeitgeber benötigt vielmehr auch insoweit einen sachlichen Grund. Wäre es anders, so bliebe § 612 Abs. 3 BGB insoweit ohne praktische Bedeutung, da sich der Arbeitgeber immer auf die die Abmachung rechtfertigende Willenseinigung berufen könnte.

VII. Durchsetzungsperspektiven

1. Anrufung des Arbeitsgerichts?

Die hier dargestellten konkreten Ausformungen des Grundsatzes der Lohngleichheit sind für sich allein noch nicht geeignet, die betriebliche Realität in ihrem Sinne zu verändern. Hinzukommen muß die Bereitschaft einzelner Arbeitnehmerinnen, ihre Rechte nach Ausschöpfung aller innerbetrieblichen Möglichkeiten notfalls auch gerichtlich durchzusetzen.

Die Anrufung des Arbeitsgerichts während bestehenden Arbeitsverhältnisses hat ihre durchaus nicht unbekannten Schwierigkeiten. So wurden etwa in den 60er Jahren 80 v. H. aller Klagen erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhoben⁹⁷, und bei einer 1976 in Berlin durchgeführten Untersuchung ergab sich, daß von 2000 Klägern wegen Lohnzahlung nur noch einer im Betrieb der beklagten Partei beschäftigt war⁹⁸. Die relativ wenigen Ausnahmen kommen meist aus dem öffentlichen Dienst, wo besondere Verhältnisse bestehen. Wichtigster Grund für diese „Zurückhaltung“ ist die Befürchtung, der Arbeitgeber könne ein gerichtliches Vorgehen als Illoyalität werten, was sich negativ auf die Aufstiegschancen sowie unter Umständen auch auf den Arbeitsplatz auswirken könnte. Bei den Frauen kommt nun hinzu, daß sie häufig weniger qualifizierte Tätigkeiten ausführen, so daß sie noch leichter als männliche Arbeitnehmer ersetzbar sind und das Arbeitsplatzrisiko deshalb noch um einiges höher ist⁹⁹. Weiter sind Frauen von ihrer Sozialisation her im Durchschnitt der Fälle stärker auf Harmonie als auf Konflikt ausgerichtet¹⁰⁰, so daß der Schritt zum Gericht oft auch auf individualpsychologische Hindernisse stößt. Hinzu kommt, daß es in vielen Fällen außerordentlich schwierig und aufwendig ist, die Gleichheit oder Gleichwertigkeit von Arbeitsplätzen anhand arbeitswissenschaftlicher Untersuchungen zu belegen¹⁰¹, was die Prozeßaussichten um einiges verringert. Schließlich droht bei vielen gerichtlichen Auseinandersetzungen eine Nivellierung nach unten. Wird Gleichstellung mit den zu hoch eingruppierten Männern verlangt, so wird der Arbeitgeber unter Umständen mit Änderungskündigungen reagieren, die nach der Rechtsprechung jederzeit möglich sind¹⁰². Wird Gleichstellung bei freiwilligen Zula-

gen verlangt, besteht oft das Risiko, daß die Zulage insgesamt aus nicht widerlegbaren sachlichen Gründen ganz oder teilweise abgebaut wird. Es verwundert daher nicht, daß die damalige Bundestagspräsidentin *Annemarie Renger* einige Schwierigkeiten hatte, überhaupt Arbeitnehmerinnen zu finden, die zu einer gerichtlichen Geltendmachung ihrer Rechte bereit waren¹⁰³. Wenn überhaupt, so lassen sich diese Zugangsbarrieren zu den Arbeitsgerichten allenfalls durch Massenklagen überwinden, wie sie im Fall der Firma Heinze in Gelsenkirchen erhoben wurden¹⁰⁴.

Die Tatsache, daß das arbeitsgerichtliche Verfahren zu einer Ausnahmeerscheinung wird, ist um so bedauerlicher, als häufig keine anderen legalen Mittel zur Verfügung stehen. Leichtlohngruppen lassen sich zwar gegebenenfalls durch neue Tarifabschlüsse beseitigen¹⁰⁵, doch haben die Gewerkschaften weder Einfluß auf die Eingruppierung im Einzelfall noch auf die Gewährung von übertariflichen Leistungen. Auch der Betriebsrat kann insoweit bestenfalls „blockieren“, indem er etwa der Eingruppierung einer neu eingestellten Arbeitnehmerin nach § 99 BetrVG die Zustimmung verweigert. Eine Höhergruppierung kann er nicht erreichen, da er insoweit kein Mitbestimmungsrecht besitzt. Bei übertariflichen Leistungen mag im Einzelfall § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG eingreifen, doch besteht auch hier die Gefahr einer Nivellierung nach unten. Den Auftrag des § 75 Abs. 1 BetrVG, Diskriminierungen im Betrieb zu verhindern, kann der Betriebsrat daher im wesentlichen nur im Wege von Argumenten erfüllen. Davon sollte er durchaus Gebrauch machen und sich insbesondere in komplizierten Fragen der Arbeitsbewertung durch die Gewerkschaft oder gem. § 80 Abs. 3 BetrVG durch einen Sachverständigen beraten lassen.

2. Der Gang zum Europäischen Gerichtshof

Kommt es ausnahmsweise zu einem arbeitsgerichtlichen Verfahren, so tritt eine Besonderheit auf, wie sie sonst nur aus dem Arbeitsrecht der EG-Ausländer bekannt ist. Das Europäische Gemeinschaftsrecht hält eine Reihe von sehr detaillierten Rechtsnormen bereit, die unbedingte Beachtung verlangen und die sogar widersprechendem innerstaatlichem Recht vorgehen. Prozessual hat das zur Folge, daß die Auslegungskompetenz des *Europäischen Gerichtshofs* zu beachten ist. Konkret bedeutet dies, daß Gerichte unterer Instanz, gegen deren Entscheidungen im konkreten

Fall ein Rechtsmittel möglich ist, nach Art. 177 Abs. 2 EWG-Vertrag das Recht besitzen, den *Europäischen Gerichtshof* einzuschalten, um eine authentische Interpretation des Gemeinschaftsrechts zu erhalten. Weiter geht Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag für Gerichte der letzten Instanz. Sie sind nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, Fragen der Auslegung des EWG-Vertrags wie auch der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen und Richtlinien dem *Europäischen Gerichtshof* vorzulegen. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß die Gemeinschaftsrechtsnorm im Einzelfall entscheidungserheblich ist¹⁰⁶. Nach allerdings bestrittener Auffassung kann die Vorlage dann unterbleiben, wenn kein vernünftiger Zweifel am Inhalt der fraglichen Norm besteht¹⁰⁷ – sobald Kontroversen und Unklarheiten vorliegen, ist nach Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag zu verfahren. Fälle dieser Art sind hier verschiedentlich angesprochen worden. Ob sich etwa die Richtlinie v. 10. 2. 1975 auf die Beweislast auswirkt und ob beispielsweise eine offensichtliche Diskriminierung i. S. des Art. 119 EWG-Vertrag auch bei gleichen Arbeitsplätzen in verschiedenen Betrieben desselben Unternehmens angenommen werden kann, läßt sich nicht ohne den *Europäischen Gerichtshof* entscheiden. Auf den ersten Blick scheint damit der lange Weg zur Lohngleichheit noch etwas länger zu werden – mit Rücksicht auf die Aufgeschlossenheit des *Europäischen Gerichtshofs* könnte er sich im Ergebnis jedoch als der kürzere erweisen.

103 Vgl. *Renger*, Gleiche Chancen für Frauen? (Fußnote 21) S. 10.

104 Vgl. dazu Wir wollen gleiche Löhne! Dokumentation zum Kampf der 29 „Heinze“-Frauen (Hrsg. Marianne Kaiser) (1980).

105 Siehe das Beispiel in Fußnote 67.

106 Vgl. *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), S. 769; das ist allgemeine Meinung.

107 In Anlehnung an die französische Lehre vom „acte clair“ wird eine Vorlagepflicht abgelehnt, wenn keinerlei Zweifel am Inhalt der Norm und auch keine Kontroversen in Rspr. und Literatur bestehen, von *Bleckmann* (Europarecht [1976], S. 142) und *de Richemont* (L'Intégration du droit communautaire dans l'ordre juridique interne. Art. 177 du Traité de Rome, Paris o.J. [um 1977], S. 43). Für eine weitergehende Vorlagepflicht *Runge*, Einführung in das Recht der Europäischen Gemeinschaften, 2. Aufl., S. 186; *Tomuschat*, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften (1964), S. 93 ff.; wohl auch *Ipsen* (Fußnote 106) S. 768 ff. Immerhin kann eine Vorlage dann unterbleiben, wenn der Gerichtshof über dieselbe Frage schon entschieden hat – so ausdrücklich *Runge* a. a. O. S. 186.

Werner Brill, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Hamm

Die Zusammenarbeit des Betriebsrats mit außerbetrieblichen Stellen

Die Vorstellung, die Tätigkeit des Betriebsrats vollziehe sich grundsätzlich im Betrieb, und außerbetrieblich habe er es nur mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften¹ zu tun, ist unzutreffend. Denn der Betriebsrat hat eine Fülle von Aufgaben, die es notwendig machen oder jedenfalls ihn berechtigen, mit außerbetrieblichen Stellen, insbesondere mit Behörden, Sozialversicherungsträgern und Berufsbildungsorganen, zusammenzuarbeiten. Dabei handelt es sich um ebenso bedeutsame wie verschiedenartige Angelegenheiten.

I. Arbeitsschutz und Arbeitssicherheit

1. § 89 Abs. 1 BetrVG

Nach dieser Vorschrift hat der Betriebsrat bei der Bekämpfung von Unfall- und Gesundheitsgefahren die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden, die Träger der ge-

1 Vgl. dazu die allgemeine Verpflichtung des Betriebsrats nach § 2 Abs. 1 (alle nicht näher bezeichneten Paragraphen beziehen sich auf das BetrVG 1972), mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften zusam-