

HERBERT WIEDEMANN

Die Gleichbehandlungs- gebote im Arbeitsrecht

Mohr Siebeck

Herbert Wiedemann

Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht



Mohr Siebeck

Herbert Wiedemann, geboren 1932 in Berlin; habilitiert 1963 in München; 1965–1968 o. Professor in Berlin, 1969–1997 in Köln; 1986–1996 Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf; em. Universitätsprofessor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wiedemann, Herbert:

Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht / Herbert Wiedemann. –
Tübingen : Mohr Siebeck, 2001

ISBN 3-16-147657-3

eISBN 978-3-16-168836-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

© 2001 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

Dem Andenken
an meinen akademischen Lehrer

Alfred Hueck

(1889–1975)

gewidmet

Vorwort

Den Ausführungen liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 16. Dezember 1999 unter dem Titel „Inhalt und Grenzen der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht“ in der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften in Düsseldorf gehalten hat. Vortagsform, Gliederung und grundlegende Thesen wurden beibehalten. Zur Ergänzung wurden aber manche Passagen neu eingefügt und viele umgearbeitet. Die wesentliche Rechtsprechung und Rechtslehre ist in den Anmerkungen nachgewiesen.

Der Gleichheitssatz in seinen verschiedenen Spielarten hat seit dem zweiten Weltkrieg ungeahnten Einfluss gewonnen. Aus einem juristischen Verlegenheitsargument wurde ein das Rechtsdenken im Berufs- und Arbeitsleben prägendes Rechtsinstitut. EG-Vertrag, Verfassung und Gesetzgebung haben dafür die Grundlage geschaffen. Die praktische und tägliche Durchsetzung verdanken die Gleichheitsgebote aber der Judikative: dem Europäischen Gerichtshof, dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesarbeitsgericht. Die historische Entwicklung und der heutige Stand sollen hier nachgezeichnet, systematisch geordnet und besprochen werden. Mehr als eine Momentaufnahme ist dabei nicht möglich. Die Rechtsfortbildung in Rechtsprechung und Rechtslehre hält an.

Herzlichen Dank schulde meinem ehemaligen Assistenten und heutigen Kollegen, Herrn Gregor Thüsing für zahllose Hinweise und fruchtbare Kritik während der Aus- und Umarbeitung der Schrift. Mein Dank gilt weiter Frau Rechtsanwältin Andrea Bonanni für die Sichtung der umfangreichen Rechtsprechung und Herrn cand. jur. Sezer Doğan, der das Manuskript sorgfältig betreut und das Sachverzeichnis angefertigt hat. Schließlich darf ich dem Verlag für die Aufnahme in seine Veröffentlichungen danken.

Köln, im Herbst 2001

Herbert Wiedemann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
I. Thema.....	1
Beispiele – Bedeutung – Rechtsquellen	1
II. Einzugsbereich der Gleichbehandlung	8
1. Unterschiedliche Geltungsansätze	8
a) Allgemeines Gleichbehandlungsgebot.....	9
b) Besondere Diskriminierungsverbote	11
c) Rechtsgrundlagen	14
d) Normsetzung und Normvollzug	16
2. Ungleichbehandlung bei Einzelmaßnahmen	18
a) Gleichbehandlung bei Entgelt und Sondervergütungen	19
b) Gleichbehandlung bei Einstellung und Kündigung.....	23
3. Ungleichbehandlung bei kollektiven Maßnahmen	28
a) Direkte Diskriminierung.....	29
b) Mittelbare Diskriminierung	31
c) Materielle Diskriminierung	34
d) Ausgrenzungen.....	35
III. Inhalt der Gleichbehandlung	38
1. Rechtlicher Schutz und soziale Förderung	38
a) Allgemeiner und besonderer Gleichheitsschutz.....	38
b) Gleichbehandlung und Gleichstellung	40
2. Rechtfertigungsgründe beim allgemeinen Gleichheitssatz.....	44
a) Anerkannte Differenzierungsmerkmale	45
b) Unterschiedliche Kontrolldichte	52
3. Besondere Differenzierungsverbote	59
a) Gleichberechtigung von Frauen und Männern	60
b) Verbot der Diskriminierung wegen des Alters	68
c) Verbot der Diskriminierung von atypischen Arbeitsverhältnissen ..	73

IV. Rechtsfolgen verbotener Ungleichbehandlung	77
1. Sanktionsmöglichkeiten	77
2. Unwirksamkeit von Entgeltregelungen	82
a) Gleichheitsverstöße in Einzelarbeitsverträgen	82
b) Gleichheitsverstöße in Kollektivvereinbarungen	83
3. Rechtswidrigkeit von Statusmaßnahmen	88
a) Verstoß gegen die Gleichberechtigung	88
b) Durchsetzungsmöglichkeiten	92
V. Ausblick	95
Gesetzestexte	97
Schrifttumsverzeichnis	103
Sachverzeichnis	111

I. Thema

Der Jurist erläutert sein Thema gerne anhand von Beispielsfällen:

Das Gleichnis vom Weinberg, Matthäus 20, Vers 1–16

„Denn das Himmelreich gleicht einem Hausherrn, der gleich am frühen morgen ausging, um für seinen Rebberg Arbeiter anzustellen. Nachdem er aber mit den Arbeitern einen Denar für den Tag vereinbart hatte, schickte er sie in seinen Rebberg. Und als er um die dritte Stunde ausging, sah er andere untätig auf dem Markt stehen und sagte jenen: ‚Geht auch ihr in den Rebberg; und was recht ist will ich euch geben!‘ Sie aber gingen hin. Als er (aber) um die sechste und die neunte Stunde wieder ausging, machte er es ebenso. Als er aber um die elfte ausging, fand er andere stehen und sagte ihnen: ‚Was steht ihr hier den ganzen Tag untätig herum?‘. Sie sagen ihm: ‚Niemand hat uns angestellt!‘. Er sagte ihnen: ‚Geht auch ihr in den Rebberg!‘ Als es aber Abend geworden war, sagt der Herr des Rebbergs zu seinem Verwalter: ‚Ruf die Arbeiter und gib ihnen ihren Lohn. Fang bei den letzten an, bis zu den ersten.‘ Und als die von der elften Stunde kamen erhielten sie je einen Denar. Und als die erste kamen, meinten Sie, daß sie mehr erhalten würden; und auch sie erhielten je einen Denar. Als sie ihn aber erhalten hatten, schimpften sie über den Hausherrn und sagten: ‚Diese letzten da haben eine einzige Stunde gearbeitet und du hast sie uns gleichgestellt, die wir die Last des Tages und die Hitze ausgehalten haben.‘ Er aber antwortete und sagte zu einem von ihnen: ‚Mein Lieber, ich tue dir nicht Unrecht! Hast Du nicht einen Denar mit mir vereinbart?‘. Nimm was dir gehört, und geh! Ich will nun einmal diesem letzten (das-selbe) geben wie dir! Darf ich etwa nicht mit meinem Besitz tun, was ich will? Oder ist dein Auge böse, weil ich gut bin?‘ So werden die Letzten Erste sein und die Ersten Letzte.“

Die Parabel wirft die Frage nach der Lohngerechtigkeit auf und stellt sie an einen Arbeitgeber, der gerade nicht differenziert, sondern allen den gleichen Lohn für verschiedene Arbeit zahlt.

Griggs v. Duke Power Co., 401 U. S. 424 (1965)

Duke Power Co., ein Energieunternehmen in North Carolina, stellte 1965 einen Einstellungs- und Beförderungsplan auf, wonach die Beschäftigung von einem gelungenen High School Abschluß abhängig gemacht wurde, und die Beförderung innerhalb des Unternehmens das Bestehen zweier Intelligenztests voraussetzte. Der Erfolg war vorhersehbar und vorhergesehen: farbige Arbeitnehmer kamen nur im Eingangs-department mit der niedrigsten Lohnstufe zum Zug, weil sie in getrennten Schulen des Staates nur eine geringwertige Erziehung erfahren hatten. Der U. S. Supreme Court beanstandete diese Praxis. Der Civil Rights Act Title VII von 1964 habe Gleichheit der

Beschäftigungschancen eingeführt. Damit seien Verfahren oder Regelungen nicht vereinbar, die zwar scheinbar neutral abgefaßt sind, sich aber dahin auswirken, den *status quo* der bisherigen Rassendiskriminierung aufrecht zu erhalten. Die Leitentscheidung legt gleichzeitig die weitere Rechtsentwicklung fest. Anforderungen an einen Bewerber müssen durch *job relatedness* oder wenigstens *business necessity* gerechtfertigt sein.

Die Entscheidung ist Grundstein der U. S.-amerikanischen mittelbaren Diskriminierung (*systemic disparate impact discrimination*) – einer Rechtsfigur, die erst vom europäischen Gemeinschaftsrecht und anschließend vom deutschen Arbeitsrecht übernommen wurde.

EuGH 27.10.1993, Slg. 1993 I, S. 5535 = AP Nr. 50 zu Art. 119 EWG-Vertrag

Frau Dr. Enderby war bei der Frenchay Health Authority als Logopädin beschäftigt und verlangte von ihrer Arbeitgeberin ein höheres Gehalt mit der Begründung, sie werde beim Entgelt aufgrund des Geschlechts dadurch diskriminiert, daß die Angehörigen ihres – hauptsächlich von Frauen ausgeübten – Berufs ein erheblich niedrigeres Entgelt erhielten als die Angehörigen vergleichbarer Berufsgruppen, in denen es auf einem gleichwertigen beruflichen Niveau mehr Männer als Frauen gebe. Zum Vergleich zog sie die höheren Jahresgehälter eines leitenden klinischen Psychologen oder eines leitenden Apothekers heran – beide mit Tätigkeiten, die der ihren gleichwertig seien. Der Court of Appeal of England and Wales legte die Sache dem Europäischen Gerichtshof mit der Frage vor, ob Art. 119 des EWG-Vertrags den Arbeitgeber verpflichte, die Tätigkeit einer Logopädin und diejenige eines typischen Männerberufs – Gleichwertigkeit der Arbeit unterstellt – auch gleichmäßig zu entlohnen. Der EuGH bejahte dies, auch wenn die jeweiligen Entgelte für die verschiedenen Tätigkeiten auf unterschiedlichen Tarifverträgen beruhen, die allerdings zwischen den selben Vertragsparteien abgeschlossen wurden.

Die Bedeutung dieser sehr umstrittenen Entscheidung liegt darin, daß sie erstmals Vergütungen verschiedener Berufsgruppen auf die Gleichheitswaage legte; wenn man dies konsequent weiterverfolgt, müssen die Lohn- und Gehaltssätze einer ganzen Wirtschaftsbranche und verschiedener Berufsstände miteinander verglichen werden.

BAG 20.06.1995 AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Chemie

Die Klägerin war in einem Chemieunternehmen in Teilzeit als Sekretärin beschäftigt, um neben ihrem Beruf studieren zu können. In der ersten Jahreshälfte 1992 arbeitete sie auf Anordnung ihres Arbeitgebers insgesamt 103,45 Stunden über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus, überschritt dabei aber die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit nicht. Mit ihrer Klage forderte sie für die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus geleisteten Überstunden den üblichen 25 %igen Zuschlag. Sie hatte im Ergebnis keinen Erfolg. Das Bundesarbeitsgericht ging davon aus, der Zweck der Überstundenzuschläge sei es, den Arbeitnehmer gegen übermäßige Belastung zu schützen. Dieser Zweck wirke sich für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte gleichmäßig aus und zwar in der Richtung, daß Zuschläge erst bei Überschreiten der regelmäßigen Arbeitszeit der Vollzeitbeschäftigten fällig werden, praktisch also für Teilzeitbeschäftigte nicht gezahlt werden.

Ergebnis und Begründung sind nicht widerspruchsfrei geblieben, haben aber bisher zu keiner Änderung der Rechtsprechung geführt. Die Gleichbehandlung der Teilzeit-

mit den Vollzeitbeschäftigten stellt neben der Gleichberechtigung von Mann und Frau einen Schwerpunkt der besonderen Diskriminierungsverbote in der arbeitsrechtlichen Praxis dar.

Die Bedeutung der Gleichbehandlung im in- und ausländischen sowie im europäischen Arbeitsrecht ist in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts sprunghaft gewachsen. In der Bundesrepublik gab es dazu frühzeitig eine richtungsweisende Rechtsprechung zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen bei der Entlohnung. Der erste Senat des Bundesarbeitsgerichts setzte 1955 in damals progressiv erscheinenden Urteilen den Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau durch und erklärte eine mit der Überschrift „Arbeiterinnen“ versehene tarifvertragliche Lohngruppe, in der Frauenlöhne generell auf 80 % abgesenkt wurden, für verfassungswidrig.¹ Von diesem Sonderfall abgesehen, blieb die Ausstrahlung des Gleichheitssatzes aber zunächst gering. Das inoffizielle Veröffentlichungswerk des BAG, die Arbeitsrechtliche Praxis, verzeichnet unter dem allgemeinen Stichwort der Gleichbehandlung von 1960–1969 vier, von 1970–1979 neun Entscheidungen. Der Anstieg beginnt dann 1980 bis 1989 mit 46 und seit 1990 mit rd. 80 einschlägigen Urteilen. Zählt man die anderweit systematisierten Entscheidungen zu Gratifikationen und zur betrieblichen Altersversorgung, und weiter zu den besonderen Benachteiligungsverböten von Frauen, Behinderten und Teilzeitbeschäftigten hinzu und wendet dann den Blick auch auf die Urteile des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs, so sind in den beiden letzten Jahrzehnten wohl Hunderte von Entscheidungen ergangen, die Regelungen der Arbeitgeber und der Betriebs- wie der Tarifvertragsparteien am Maßstab der Gleichheitsgebote kontrollierten.

Diese Entwicklung ist weder auf das Arbeitsrecht noch auf Deutschland beschränkt. Anders als die *égalité* der französischen Revolution war die Gleichheitsbewegung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts nicht politisch, sondern moralisch motiviert: sie wollte nicht Privilegien abbauen, sondern der Menschenwürde Anerkennung verschaffen.² Das Entsetzen der westlichen Welt über den Holocaust und andere Völkermorde hatte das Rechtsbewusstsein erreicht und verwandelte Programmsätze in Rechtsprinzipien. Das schlug sich in völkerrechtlichen Erklärungen, wie der UN Menschenrechtsdeklaration, in nationalen Verfassungen und vielen Ausführungsgesetzen dazu und vor allem in der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe nieder. Als Fanal der Weiterentwicklung kann die

¹ Vgl. BAG 15.01.1955 AP Nr. 4 zu Art. 3 GG; BAG 23.03.1957 AP Nr. 16 zu Art. 3 GG, sowie die im Anschluß daran zusammengestellten Urteile.

² Vgl. Präambel und Art. 1, 2 und 7 der UN-Menschenrechtserklärung.

Rechtsprechung des U. S. Supreme Court gelten, der von 1954 an in mehreren Grundsatzurteilen die Rassentrennung im Schulwesen brandmarkte³ und damit das Gleichheitsgebot des 14. Amendment von den hinteren Rängen in die erste Reihe der staatlichen Wertordnung versetzte. Was vor dem Verlegenheitsargument in einer juristischen Begründung war, wurde nun scharfe Waffe zum Schutz benachteiligter Personen oder Personengruppen. Die Belebung der Equal Protection Clause kam einer richterlichen Revolution gleich und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zur Diskriminierung wird heute noch – auch von Richtern des Supreme Court – als verkleidete Rechtspolitik gescholten.⁴ Der Bundesgesetzgeber griff diese Entwicklung in den Vereinigten Staaten bereits 1963 mit dem Equal Pay Act und 1964 mit einer allgemeinen Gleichbehandlungspflicht im Civil Rights Act Title VII auf und machte damit die Diskriminierungsverbote zum wesentlichen Schutzinstrument der Arbeitnehmer.⁵ Dem wurde 1985 ein Gesetz zum Schutz gegen Altersdiskriminierung (Age Discrimination in Employment Act) und später ein Gesetz zum Schutz Behinderter (Americans with Disabilities Act 1990) hinzugefügt. Europa ist diesem großen Vorbild zeitversetzt gefolgt. Das Vereinigte Königreich erließ seinen Equal Pay Act 1970, Frankreich ein Gesetz gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit 1972. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot findet sich im französischen Code du travail Art. L. 122–45, besondere Regelungen zur Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern in Art. L. 123 ff. Das deutsche GleichbehandlungsgG stammt von 1980⁶ und musste in der Zwischenzeit mehrfach reformiert werden. Veranlasst war dies durch zwei Angleichungsrichtlinien der EG⁷ und durch Urteile des EuGH, die die deutschen Ausführungsgesetze für unzureichend erklärten.⁸ Als unmittelbar für alle Arbeitnehmer geltendes Gemeinschaftsrecht verbietet Art. 39 Abs. 2 EG (ex Art. 48 EGV) eine Benachteiligung von

³ Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954) und 349 U. S. 294 (1955); vgl. auch zum Familienrecht Loving v. Virginia, 308 U. S. 1 (1967).

⁴ Vgl. das *dissenting vote* von Justice *Scalia* in United States v. Virginia, 518 U. S. 515, 116 S. Ct. 2264 (1996).

⁵ Vgl. *Zimmer/Sullivan/Richards/Calloway*, Employment Discrimination (5. ed. 2000).

⁶ Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz v. 21.08.1980, BGBl. 1980 I S. 1308.

⁷ Richtlinie v. 10.02.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen 75/117 EWG, ABl. Nr. L 45/19 und Richtlinie v. 09.02.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen 76/207 EWG, ABl. 1976 Nr. 39/40.

⁸ EuGH, Slg. 1993 I, S. 6367, 4408: Marschall II; EuGH, Slg. 1997 I, S. 2195 = AP Nr. 13 zu § 611a BGB: Draehmpaehl.

Arbeitnehmern wegen ihrer Staatsangehörigkeit und Art. 141 EG (ex Art. 119 EGV) verpflichtet jeden Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen; zu ihrer Ausführung ergingen die erwähnten Richtlinien.

Dabei wird es aber in Zukunft nicht bleiben. Das Gemeinschaftsrecht hat in Art. 13 des Amsterdamer Vertrages eine breite Antidiskriminierungsregelung aufgenommen, wonach die Mitgliedstaaten Diskriminierungen aus bestimmten personenbedingten Gründen bekämpfen können. Zum Vollzug dieses Artikels hat die Kommission zwei Anti-Diskriminierungs-Richtlinien⁹ erlassen, die die Gleichbehandlung näher gestalten: eine gegen die Diskriminierung aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft, die in sämtlichen Bereichen des täglichen Lebens gelten soll, und eine weitere zur Verwirklichung der Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, die auf die Bereiche Beschäftigung und Beruf beschränkt ist. Die Richtlinien wenden sich unmittelbar nur an die Mitgliedstaaten, die verpflichtet werden, die zur Umsetzung erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bis Mitte bzw. Ende 2003 zu erlassen. Auf ihren gemeinsamen Antrag können die Mitgliedstaaten die Durchführung der Richtlinien auch den Sozialpartnern übertragen. Die Gleichheitsbewegung wird deshalb im neuen Jahrhundert einen weiteren Aufschwung nehmen – zumal wenn sich die Verteilung der begehrten Arbeitsplätze auf beschäftigte und beschäftigungslose Arbeitnehmer als ständige Aufgabe der Sozialpolitik und der einzelnen Unternehmen darstellt.¹⁰ Dabei werden sich die Schwerpunkte verlagern, haben sich wohl schon bisher verlagert, und zwar *enger* auf die besonderen Diskriminierungsverbote anstelle des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes, und in diesem Rahmen *weiter* auch auf die Statusmaßnahmen der Einstellung und Kündigung zusätzlich zu den Arbeits-, insb. den Entgeltbedingungen.

Terminologie: Es gibt keinen einheitlichen Sprachgebrauch für die verschiedenen positiven oder negativen Formulierungen des Gleichheitsgedankens im deutschen Sprachraum.

Der Begriff „Gleichbehandlung“ wird bisher überwiegend für die allgemeine Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer

⁹ Richtlinie 2000/43/EG vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft, ABl. L 180, S. 22; sowie (Gleichbeh Rahmen) Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303, S. 16.

¹⁰ *Lyon-Caen/Pélissier/Supiot*, Droit du Travail (19^e éd. 1994), no. 103 ff.

verwandt.¹¹ In den Anti-Diskriminierungs-Richtlinien zu Art. 13 EGV wird er dagegen als Oberbegriff für besondere Diskriminierungsverbote eingesetzt; dies soll der Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dienen. Der folgende Text hält sich an den bisherigen deutschen Sprachgebrauch: die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung ist inhaltlich identisch mit dem *allgemeinen* Gleichheitsgebots des Art. 3 Abs. 1 GG.

„Diskriminierungsverbote“ oder „Benachteiligungsverbote“ enthalten *besondere* Gleichheitssätze¹², die eine Differenzierung nach bestimmten Einzelmerkmalen grundsätzlich untersagen, wie z. B. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Der Ausdruck Diskriminierung wird in Deutschland – anders als die entsprechenden ausländischen Vokabeln – umgangssprachlich noch enger dahin verstanden, dass mit der Ungleichbehandlung eine Stigmatisierung, also eine beabsichtigte Herabsetzung der Person des Betroffenen verbunden ist. Der folgende Text spricht durchweg von „besonderen Diskriminierungsverboten“.

Von „Gleichberechtigung“ wird regelmäßig im Zusammenhang mit der Gleichheit von Männern und Frauen im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG gesprochen. Dies ist insbesondere der Sprachgebrauch des Bundesverfassungs- und des Bundesarbeitsgerichts, dem hier gefolgt wird.

„Gleichstellung“ wird in der Gesetzes- und Rechtssprache benutzt, um ein über die Gleichbehandlung *hinausgehendes* Ziel der Frauenförderung oder der Förderung anderer Personengruppen zu charakterisieren (anders jetzt aber § 80 Abs. 1 Nr. 2a RefG BetrVG 2001); eine solche Gleichstellung will bestehende Nachteile beseitigen, notfalls auch durch (vorübergehende) Besserstellung; vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 2 und Art. 6 Abs. 5 GG; § 2 SchwbG, sowie verschiedene Gleichstellungsgesetze einzelner Bundesländer (vgl. *Böhmer*, Gesetze zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen in Bund und Ländern, 3. Aufl. 1995, S. 73 ff.; dazu *Sachs*, RdA 1998, S. 129). Die Bundesregierung bereitet zur Zeit ein Gesetz zur (wirksameren) Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern (GleiDG) vor (BR-Drs. 7/01 v. 05.01.2001; vgl. dazu *Braun*, ZTR 2001, S. 200). Es soll der Gleichstellung für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes des Bundes mehr Nachdruck verleihen.

„Maßregelungsverbote“, die es wie § 612a BGB oder § 5 TzBfG untersagen, einen Arbeitnehmer, der seine Rechte in zulässiger Weise ausübt, zu benachteiligen, gelten unabhängig von einer Gleichheitssituation.

Der allgemeine Gleichheitssatz findet sich nach dem französischen Vorbild in Art. 3 Abs. 1 GG und spezialgesetzlich in den Art. 33 Abs. 1 und 2, Art. 38 Abs. 1 GG. Die Geltung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bestätigt § 1 Abs. 1 BetrAVG im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung. Das gleiche gilt für § 75 BetrVG,¹³ der den Betriebsparteien einschärft, unsachliche Differenzierungen zu vermei-

¹¹ Vgl. Entwurf eines ArbeitsvertragsG, BR-Drucks. 293/95 v. 23.05.1995, S. 16 § 4; BAG 26.04.2000 AP Nr. 16 zu § 4 TVG Verdienstsicherung (*Waas*).

¹² Vgl. *Osterloh*, in: *Sachs*, Grundgesetz (2. Aufl. 1999), Art. 3 GG Rn. 222; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein (4. Aufl. 1999), Art. 3 GG Rn. 870.

¹³ Ebenso *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung, S. 93; *Fastrich*, RdA 2000, S. 65, 76.

den und der dafür beispielhaft einige verpönte Merkmale aufführt.¹⁴ Besondere Diskriminierungsverbote sind in der Verfassung und in arbeitsrechtlichen Gesetzen verstreut anzutreffen. Aus dem Grundgesetz zählen hierher Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1, Art. 9 Abs. 3 S. 2 sowie Art. 33 Abs. 3 GG. Große praktische Bedeutung haben die modernen Diskriminierungsverbote in den §§ 611a/b und 612 Abs. 3 BGB zur Gleichberechtigung und in § 4 TzBfG für Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge.

Die Darstellung gliedert sich in drei Hauptteile. Der erste behandelt den Geltungsbereich der Gleichheitsgebote, also ihre rechtsdogmatische Grundlage (II). Das Augenmerk wendet sich dann dem Inhalt des Rechtsprinzips mit der Frage zu, welche rechtsethischen Wertungen eine Differenzierung erlauben (III). Der letzte Teil beschäftigt sich mit den Sanktionsmöglichkeiten, also mit den rechtspraktischen Auswirkungen eines Gleichheitsverstößes (IV).

¹⁴ Gleichbehandlungsgebote finden sich in vielen Rechtsgebieten; vgl. die aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht in § 53a AktG, das börsengesetzliche in den §§ 44 Abs. 1 Nr. 1, 76 BörsG und das versicherungsrechtliche Verbot ethnischer Diskriminierung in § 81e VAG.

II. Einzugsbereich der Gleichbehandlung

1. Unterschiedliche Geltungsansätze

Jedwedes Gleichheitsgebot setzt tatbestandlich eine Über- und Unterordnung und mehrere von der Hierarchie erfasste Personen voraus.¹ Die *justitia distributiva* lässt sich mit dem Bild einer Pyramide veranschaulichen – einer Stufenpyramide, in der die einzelnen Vergleichsebenen aufgeschichtet sind. Ein solcher Sachverhalt ist rechtstatsächlich in jedem Betrieb mit mehrgliedriger Belegschaft erfüllt. Wenn es trotzdem eine ständig anhaltende Diskussion dazu gibt, ob und in welchem Umfang die Gleichbehandlung in diesem Sozialsystem gelten soll, so unter dem Gesichtspunkt der privatrechtlichen Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der Sozialpartner, die sich bei ihren Entscheidungen zur Einstellung, Vergütung oder Kündigung von Arbeitnehmern durch Diskriminierungsverbote beschränkt sehen. Wer das verhindern möchte, wird rechtspolitisch den Gleichheitsgedanken im Vertragsrecht als Ausnahme und im Privatrecht als Fremdkörper darstellen. Dem ist nicht zu folgen. Soweit Über- und Unterordnungsverhältnisse existieren – wie im Arbeitsrecht oder in Handelsgesellschaften mit stabilem Mehrheitsbesitz – muss die Antinomie von Freiheit und Gleichheit auch im Privatrecht und dort im jeweiligen Rechtsverhältnis ausgetragen werden, da der Gleichheitsgedanke als Bestandteil der Gerechtigkeitsidee vor dem Privatrecht nicht halt macht.

Mit dieser Vorbemerkung soll das Bedenken ausgeräumt werden, dass Gleichheitsgebote in der Privatrechtsgesellschaft keine Geltung beanspruchen dürfen. In solcher Allgemeinheit wird die Geltungsproblematik heute im in- und ausländischen Arbeitsrecht auch nicht mehr aufgerollt. Wie der Einzugsbereich des Gleichheitsgedankens in seinen einzelnen Abstufungen im Arbeitsrechts zu begründen und abzugrenzen ist, ist allerdings alles andere als geklärt. Die verschiedenen Geltungsansätze systematisch zu ordnen fällt nicht leicht. Man kann zunächst die zwei Grundtypen des Rechtsprinzips beleuchten, das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (a) und die besonderen Diskriminierungsverbote (b), sodann die Rechtsquel-

¹ Vgl. *Canaris*, Die Bedeutung der *justitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 38.

len vorstellen, in denen sich das Rechtsprinzip im nationalen oder europäischen Recht niedergeschlagen hat (c) und schließlich den Umfang der davon betroffenen Maßnahmen ansprechen, die Normsetzung und den Normvollzug (d). Diese Einteilung ist nun – was die Geltung im Arbeitsrecht undurchsichtiger gestaltet als im Verfassungsrecht – durchweg überlagert von der Beachtung des Adressatenkreises, weil die Sozialpartner, die Betriebsparteien und der einzelne Arbeitgeber unterschiedlich angesprochen werden. Schließlich ist der Einzugsbereich der Gleichheitsgebote dadurch strukturiert, dass die Rechtskontrolle bei Einzelmaßnahmen anders ansetzt als bei einem Regelwerk, das die Gruppengerechtigkeit im Sinn hat (dazu unter 2 und 3). Die Darstellung beginnt in historischer Reihenfolge mit dem zunächst entdeckten allgemeinen Gleichheitsgebot und vervollständigt die Übersicht dann in die Verästelungen des gegenwärtigen Rechtszustandes.

a) Allgemeines Gleichbehandlungsgebot

Eine frühe Anerkennung fand der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis 1938 in der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts – in der Art der Begründung zeitgebunden, im Ergebnis aber zeitlos:

RAG, ARS 33, S. 172, 176 (A. Hueck): „Anders ist es aber, wenn aus dem Gemeinschaftsleben im einzelnen Betrieb, aus der darin wurzelnden gegenseitigen Treu- und Fürsorgepflicht des Betriebsführers bereits konkrete Ordnungen erwachsen sind... . Wenn hiernach unter gewissen Voraussetzungen der Gefolgschaft oder Teilen von ihr regelmäßig bestimmte Leistungen gewährt werden, so ergibt sich daraus für die einzelnen Gefolgschaftsmitglieder das zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses gewordene Recht, unter denselben Voraussetzungen in derselben Weise behandelt zu werden wie die übrigen auch. Diese Berechtigung bedarf keiner Herleitung aus besonderen ausdrücklich oder stillschweigend getroffene Vereinbarungen. Sie wird infolge jener Rückwirkung zum rechtsnotwendigen Inhalt des Arbeitsvertrags und erzeugt so einen klagbaren Anspruch auf die dem Gebot der Gleichbehandlung entsprechende Leistung“.²

Das Urteil betraf einen Pensionsanspruch und die weitere Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts behandelte ähnliche Fälle zusätzlicher Sozialleistungen des Arbeitgebers, stützte die Begründung aber weniger auf die konkrete Betriebsordnung als auf die Treupflicht und den Gedanken der Betriebsgemeinschaft.³ Nach dem zweiten Weltkrieg knüpfte die

² Zu Vorläufern in der Instanzgerichtsbarkeit vgl. die Anmerkung von A. Hueck (ARS 33, S. 182) sowie den § 55 des Entwurfs eines ArbeitsverhältnisG der Akademie für Deutsches Recht (1938).

³ Vgl. die Darstellung von G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung, S. 60 ff.

Rechtsprechung an diese Ergebnisse an und verfestigte die Gleichbehandlungspflicht zu einem gewohnheitsrechtlichen Bestandteil des Individualarbeitsrechts. Die grundsätzliche Geltung für die Dauer des Arbeitsverhältnisses unterliegt keinem Zweifel mehr.⁴ Der Einfluss auf den Abschluss des Vertrages und seine Beendigung sowie auf den zentralen Entgeltbereich ist aber nach wie vor diffus.

Das Hauptaugenmerk der *Rechtstheorie* galt über Jahrzehnte der Frage, wie man es begründen kann, dass der Arbeitgeber in einem privaten Vertragsverhältnis zwischen formal gleichgestellten Vertragsparteien nicht willkürlich den einen oder die andere bevorzugen dürfe. Dazu wurden verschiedene dogmatische Begründungen angeboten⁵, ohne dass sich ein Gesichtspunkt uneingeschränkt durchsetzen konnte: die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers⁶, das zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft bestehende Gemeinschaftsverhältnis⁷, die Bindung des Arbeitgebers an selbstgewählte Maßstäbe⁸, die Konkretisierung von Generalklauseln wie § 242 oder § 315 BGB⁹ oder die Ausübung von Machtbefugnissen¹⁰. Die verschiedenen Begründungen ergänzen sich gegenseitig und münden im dem allgemeinen Rechtsbewusstsein, wonach Diskriminierungen durch den Arbeitgeber verhindert werden sollen. In der modernen Rechtslehre überwiegt die Auffassung, der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz beruhe auf einem Zusammenspiel mehrerer Rechtsgedanken¹¹, die Einzelableitungen seien zutreffend, aber jeweils nicht ausreichend.

Die *Rechtsprechung* vermied jahrzehntelang die Anerkennung der einen oder anderen dogmatischen Ableitung und gab erst 1998 in einer grundsätzlich angelegten Entscheidung den entscheidenden Hinweis zum Zusammenhang zwischen Zuständigkeit und Gleichbehandlung: wer gegen-

⁴ Vgl. die Hinweise bei ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 836; Mayer-Maly, AR-Blattei, Gleichbehandlung (1975) I, B.

⁵ Vgl. die Zusammenstellung und Würdigung der verschiedenen Ableitungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Mayer-Maly, AR Blattei, Gleichbehandlung I, C II ff.

⁶ A. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (1947), S. 10; Staudinger/Nipperdey (11. Aufl. 1958), Vor § 617 BGB, Rn. 13.

⁷ A. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48a I, S. 420; G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung, S. 238 ff.; Molitor, RdA 1952, S. 124; Wiedemann, Arbeitsverhältnis, S. 93.

⁸ Böttcher, RdA 1953, S. 161; ders., RdA 1957, S. 317.

⁹ Söllner, Arbeitsrecht (11. Aufl. 1994), § 31 III, S. 267; kritisch dazu G. Hueck, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz (1975), S. 241, 251.

¹⁰ Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht (5. Aufl. 1998), § 17 I, S. 216.

¹¹ Mayer-Maly, AR-Blattei, Gleichbehandlung I C V.