



Europarechtliches Symposium 2024

**Festakt 70 Jahre Bundesarbeitsgericht
Erfurt, 6. bis 7. Juni 2024**

Referat von

Dr. Doris-Maria Schuster
Rechtsanwältin, Hamburg

zum Thema

**„Entgeltgleichheit zwischen Primärrecht,
Richtlinie und deutschem Recht“**

Entgeltgleichheit zwischen Primärrecht, Richtlinie und deutschem Recht

von Dr. Doris-Maria Schuster, Dr. Daniela Mayr, Hanna Jacobsohn *

I. Die Ursprünge der Entgeltgleichheit

Der Anspruch auf Entgeltgleichheit ist Ausfluss des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Männern und Frauen. Der in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetzes normierte Gleichheitsgrundsatz verpflichtet den Staat, insbesondere die Legislative und die Judikative, die Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken.

Der Grundsatz der Gleichberechtigung von Männern und Frauen ist keine Erfindung der vielen Väter unseres Grundgesetzes. Er geht vielmehr zurück auf das Jahr 1919 und die Weimarer Reichsverfassung. Dort hieß es in Art. 109 Abs. 1 Satz 2 WRV: „*Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten*“. Liest man den Wortlaut des Art. 109 Abs. 1 Satz 2 WRV, bleibt man – insbesondere als Juristin – zwei Mal hängen und muss vor- und zurücklesen: das erste Mal stolpert man darüber, dass die Weimarer Reichsverfassung nur die staatsbürgerliche Gleichheit garantierte, nicht aber eine umfassende, sich auch auf den privaten Bereich erstreckende Gleichheit von Männern und Frauen. Und zum zweiten Mal stolpert man, weil die Weimarer Reichsverfassung selbst die staatsbürgerliche Gleichheit nicht umfassend garantierte, sondern nur „*grundsätzlich*“. Männer und Frauen waren in der Weimarer Republik also nicht gleichberechtigt, sondern hatten nur „*grundsätzlich*“ dieselben Rechte und Pflichten und das auch nur in staatsbürgerlicher Hinsicht.

Das änderte sich erst 1949 mit der Kodifizierung des Gleichheitsgrundsatzes im Grundgesetz. Und auch der heutige Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG, der schlicht „*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*“ lautet, war im Parlamentarischen Rat ursprünglich alles andere als gesetzt. Dieser Wortlaut geht vielmehr auf die mutige und engagierte Rechtsanwältin und SPD-Abgeordneten Elisabeth Selbert zurück. Ihr und der Initiative der zweiten SPD-Abgeordneten im Parlamentarischen Rat, Friederike Nadig, ist es zu verdanken, dass die Gleichberechtigung der Frau nicht nur als „*grundsätzliche*“ staatsbürgerliche Gleichheit grundgesetzlich garantiert ist, sondern sich auf eine umfassende Gleichberechtigung erstreckt, die schon damals insbesondere auch die Lohngleichheit erfassen sollte.

Auf dem langen Weg der Gleichberechtigung von Männern und Frauen, insbesondere im Arbeitsleben, war damit jedoch allenfalls der Grundstein gelegt. Erst im Laufe des darauffolgenden Jahrzehnts, nämlich 1958, wurde es Frauen gestattet, ein eigenes Bankkonto zu eröffnen¹ und der

* Dr. Doris-Maria Schuster ist Partnerin, Dr. Daniela Mayr assoziierte Partnerin und Hanna Jacobsohn wissenschaftliche Mitarbeiterin der Kanzlei Gleiss Lutz am Standort Hamburg. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den Frau Dr. Doris-Maria Schuster am 7. Juni 2024 zum 11. Europarechtlichen Symposium – Festakt 70 Jahre Bundesarbeitsgericht gehalten hat.

„Gehorsamkeitsparagraf“ aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch gestrichen.² Die meisten werden diesen Gehorsamspargraphen gar nicht mehr kennen. Es handelt sich um § 1354 BGB alter Fassung, der den Ehemann berechnigte, *die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten, insbesondere des Wohnorts und der Wohnung zu treffen* und die Frau zum Gehorsam verpflichtete. Das Gleichberechtigungsgesetz, mit dem 1958 der Gehorsamspargraph gestrichen wurde, sorgte für einen erleichterten Zugang von Frauen zum Arbeitsleben, indem es Frauen berechnigte, *„erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist“*, § 1356 BGB a.F.³ Das war ein Meilenstein in der Gleichstellung von Männern und Frauen, weil damit die Berufstätigkeit einer Ehefrau in Deutschland zum ersten Mal nicht mehr von der Erlaubnis des Ehemanns abhing, sondern nur noch unter einem „Ehepflichten-Vorbehalt“ stand. Erst sage und schreibe 20 Jahre später, nämlich 1977, fiel auch endlich dieser „Ehepflichten-Vorbehalt“. Seitdem sind *„beide Ehegatten [...] berechnigt, erwerbstätig zu sein“* (§ 1356 BGB).⁴

Während sich also auf nationaler Ebene bis Ende der 1970er Jahre zunächst alles darum drehte, die gesetzlichen Voraussetzungen vor allem dafür zu schaffen, Frauen überhaupt den gleichen Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewährleisten und das Thema Entgeltgleichheit infolgedessen keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle spielte, war man in Europa in Sachen Entgeltgleichheit zum damaligen Zeitpunkt schon weiter. Im Zuge der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war bereits 1957 der Entgeltgleichheitsgrundsatz in Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag aufgenommen und darin jeder Mitgliedsstaat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft dazu verpflichtet worden, *„den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anzuwenden und in der Folge beizubehalten.“*

Das Motiv für die Aufnahme des Entgeltgleichheitsgrundsatzes in die Römischen Verträge war jedoch nicht in erster Linie ein gleichstellungspolitisches. Die Aufnahme war vielmehr vor allem knallharten wirtschaftlichen Interessen geschuldet.⁵ Denn in Frankreich fand der Grundsatz des gleichen Entgelts schon vor Einführung des Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag Anwendung und führte zu höheren Lohnkosten für Frauen als in anderen Mitgliedsstaaten. Mit der Einführung und Durchsetzung des Gebots der Entgeltgleichheit auch bei seinen europäischen Nachbarn wollte

¹ Vgl. Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, BGBI. 1957 I, 609: Neufassung der §§ 1363 ff. BGB a.F.; insbes. § 1364 BGB (a.F.): *„Jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbständig; [...]“*.

² Vgl. BGBI. 1957 I, 609.

³ BGBI. 1957 I, 609: Wegfall der Möglichkeit des Ehemanns, das Arbeitsverhältnis seiner Frau zu kündigen.

⁴ BGBI. 1976 I, 1421: Umfassende Änderung von § 1356 BGB (a.F.) durch 1. EheRG.

⁵ Kerbber, in Calliess/Ruffert, EUV • AEUV 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 157 Rn. 3 mwN; s. auch Vorschlag Entg-Transp-RL v. 4.3.2021: COM(2021) 93 final, 4.

insbesondere Frankreich eigene Wettbewerbsnachteile verhindern.⁶ Neben diesem wettbewerbspolitischen Ziel erkannte der EuGH in seiner Rechtsprechung schon früh auch das gleichstellungspolitische Ziel des Entgeltgleichheitsgrundsatzes an und entwickelte es kontinuierlich fort.⁷ Und auch die Europäische Gemeinschaft verfolgte dieses sozialpolitische Ziel der Entgeltgleichheit fortan konsequent mit dem Erlass eines ganzen Bündels von unmittelbar und mittelbar auf Entgeltgleichheit gerichteten Richtlinien, wie etwa den in den Jahren 1975 bis 2006 erlassenen sog. Gleichstellungsrichtlinien.⁸

In Deutschland führte die Umsetzung dieser Richtlinien in nationales Recht im Jahr 1980 zu der erstmaligen Kodifizierung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes in § 612 Abs. 3 BGB a.F.⁹, der die Vereinbarung einer geringeren Vergütung *für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers untersagte*. Nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers war dieser Entgeltgleichheitsgrundsatz zwar bereits in dem parallel eingeführten „allgemeinen Benachteiligungsverbot“ des § 611a Abs. 1 BGB a.F. enthalten.¹⁰ Wegen der besonderen Bedeutung für die Arbeitnehmer sollte der Grundsatz der Entgeltgleichheit dennoch ausdrücklich und gesondert in § 612 Abs. 3 BGB a.F. festgeschrieben werden.¹¹

⁶ Langenfeld/Lehner, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 80. Aufl. 2023 AEUV Art. 157 Rn. 3; Liebscher, in Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 8, S. 112 f.; Rieble, RdA 2011, 36 (36 ff.); vgl. zum „doppelten Zweck“ des Art. 119 EWG, der insbesondere auch die Verhinderung von Wettbewerbsnachteilen umfasst: EuGH 8.4.1976, Rs 43/75, Slg. 1976, 473 – Defrenne II.

⁷ Im Jahr 2000 merkte der EuGH schließlich an, dass der wirtschaftliche Zweck des Art. 119 EWG-V, Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, gegenüber dem sozialen Ziel der Vorschrift nur nachgeordnete Bedeutung habe, vgl. EuGH 10.2.2000 – C-50/96, Rn. 57.

⁸ Sog. Gleichstellungsrichtlinien: RL 75/117/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, RL 76/207/EWG 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, RL 86/378/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, RL 97/80/EG über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Diese und deren Änderungsrichtlinien (2002/73/EG, 96/97/EG, 98/52/EG) wurden unter Berücksichtigung der dazu ergangenen BGH-Rechtsprechung durch die RL 2006/54/EG (sog. Gleichbehandlungsrichtlinie) zusammengefasst und zum 15.08.2009 aufgehoben. Beachte für letztere insbesondere deren Art. 4 [RL 2006/54/EG].

⁹ BGBl. 1980 I, 1308.

¹⁰ Zum Wortlaut des § 611a Abs. 1 BGB a.F. siehe BGBl. 1980 I, 1308: *„Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder ein Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer ausübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist- Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist.“*

¹¹ BT-Drs. 8/3317, 10.

Allerdings waren sowohl § 611 a Abs. 1 als auch § 612 Abs. 3 BGB a.F. „zahnlose Tiger“. Denn: Ein Verstoß gegen das (Entgelt-)Gleichheitsgebot hatte faktisch kaum eine Konsequenz. Zwar enthielt § 611a Abs. 2 BGB a.F. einen Schadensersatzanspruch für den Fall, dass der Arbeitgeber bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses oder bei einer Beförderung schuldhaft das Benachteiligungsverbot – und somit auch den Entgeltgleichheitsgrundsatz – nicht beachtete.¹² Ein solcher Anspruch war jedoch nur auf den Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet. Ein Anspruch auf die nächste freiwerdende Stelle oder auf Schadensersatz in Höhe der Differenz gegenüber der Vergütung für die höherwertige Tätigkeit bestand nach der Gesetzesbegründung nicht.¹³ Vielmehr sollte „der Grundsatz der Gleichbehandlung [...] insoweit gegenüber dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zurück[treten]“¹⁴. Im Klartext bedeutete dies: Lud ein Arbeitgeber eine Frau aufgrund ihres Geschlechts nicht zu einem Vorstellungsgespräch ein oder berücksichtigte er sie aufgrund ihres Geschlechts nicht bei einer Beförderung, musste er ihr lediglich das Porto und den Briefumschlag für die Bewerbung ersetzen. Aus diesem Grunde wurde § 611a BGB a.F. in der Öffentlichkeit als sog. „Portoparagraph“ verspottet.¹⁵ Im Rückblick muss man wohl auch konstatieren, dass die Vorschrift nicht mehr als ein schlichter Appell an den guten Willen der deutschen Arbeitgeber war, Frauen und Männer für gleiche oder gleichwertige Arbeit gleich zu vergüten.¹⁶

Es sollte weitere 14 Jahre dauern, bis im Jahr 1994 eine geschlechtsbedingte Benachteiligung bei der Einstellung und der Beförderung durch das Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern mit einer „*Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten*“ sanktioniert werden konnte.¹⁷ 2006 hob der deutsche Gesetzgeber die §§ 611a, 612 Abs. 3 BGB a.F. mit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) auf.¹⁸ Dem Gebot der Entgeltgleichheit diene das jedoch nur sehr eingeschränkt. Denn der Entgeltgleich-

¹² Zum Wortlaut des § 611a Abs. 2 BGB a.F. s. BGBl 1980 I, 1308: „*Ist ein Arbeitsverhältnis wegen eines von dem Arbeitgeber zu vertretenden Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 [siehe Fn. 11] nicht begründet worden, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, dass er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben. Satz 1 gilt beim beruflichen Aufstieg entsprechend, wenn auf den Aufstieg kein Anspruch besteht.*“.

¹³ BT-Drs. 8/3317, 10.

¹⁴ Ebenda.

¹⁵ Deutschlandfunk, Der „Portoparagraph“, Stand 28.8.2010, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/der-portoparagraph-100.html> (zul. abgerufen am 21.6.2024).

¹⁶ Wegweisend hier EuGH 10.4.1984 – C-14/83, NZA 1984, 157 (157 ff.) – von Colson und Kamann: Nachdem zwei Frauen aufgrund ihres Geschlechts nicht bei einer Stellenbesetzung berücksichtigt worden waren, sprach das ArbG Hamm ihnen aufgrund des damals geltenden, die RL 76/207/EWG umsetzenden § 611a Abs. 1 a.F. den Ersatz des Vertrauensschadens zu, der sich auf 7,20 DM (Fahrt- und Portokosten) belief. Der EuGH entschied daraufhin, dass Deutschland aufgrund der RL verpflichtet gewesen wäre, hinreichend wirksame Maßnahmen zu ergreifen, um das Richtlinienziel zu verwirklichen.

¹⁷ Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern, BGBl. 1994 I, 1406.

¹⁸ BT-Drs. 16/1780, 1 f., 28, 38.

heitsgrundsatz findet dem reinen Wortlaut nach seitdem keine Entsprechung mehr in einem deutschen Gesetz, sondern leitete sich zunächst aus einer Gesamtschau von vier Normen, nämlich der § 7 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 3 und § 8 Abs. 2 AGG ab.¹⁹

II. Das Entgelttransparenzgesetz

Dieser „intransparenten Gesamtschau“ aus vier Normen als Grundlage eines Anspruchs auf Entgeltgleichheit versuchte der deutsche Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des 2017 in Kraft getretenen Entgelttransparenzgesetzes abzuweichen. Er wollte den Entgeltgleichheitsgrundsatz dort wieder ausdrücklich kodifizieren.²⁰ Dies geschah mit den §§ 3 Abs. 1 und 7 EntgTranspG. Gelingen ist dies nicht. Die „intransparente Gesamtschau“ von vier AGG-Normen als Grundlage für einen Entgeltgleichheitsanspruch wich vielmehr einer „intransparenten Gesamtschau“ von zwei Normen des EntgTranspG.²¹

Herzstück des EntgTranspG bildet jedoch der Auskunftsanspruch nach §§ 10 ff. Er berechtigt Beschäftigte in Betrieben mit mehr als 200 Arbeitnehmern unter anderem zur Auskunft zu dem **durchschnittlichen monatlichen Bruttovergleichsentgelt** von vergleichbaren Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts. Darüber hinaus enthält das EntgTranspG Regelungen zur **freiwilligen Durchführung von betrieblichen Prüfverfahren** und zu **Berichtspflichten für Arbeitgeber** mit mehr als 500 Beschäftigten. Sanktionen enthält das EntgTranspG allerdings nicht.

Hat uns das Entgelttransparenzgesetz in Sachen Entgeltgleichheit weitergebracht? Die Antwort darauf ist knapp sieben Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes aus Praktiker-Sicht eindeutig: Nein, das Gesetz hat uns nicht weitergebracht, es ist im Gegenteil eher ein „Rohrkrepierer“. Zu diesem – wenn auch nicht wortgleichen – Schluss kommt unter anderem auch die zweite Evaluierung des EntgTranspG durch die Bundesregierung vom Juni 2023, die auf einem Evaluationsgutachten des Instituts für angewandte Wirtschaftsforschung (IAW) basiert. Im Ergebnis wird der individuelle Auskunftsanspruch nach wie vor kaum in Anspruch genommen,²² nur sehr wenige Unternehmen

¹⁹ Dazu ausführlich Wank, RdA 2018, 34.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 56: „[...] nimmt damit die in der Rechtskommentierung vertretene Kritik am AGG auf, wonach das Entgeltgleichheitsgebot sich erst aus einer intransparenten Gesamtschau des § 7 Absatz 1, des § 2 Absatz 1 Nummer 2, des § 3 und des § 8 Absatz 2 AGG ergibt.“; dazu, dass im Referentenentwurf noch ein Erfüllungsanspruch vorgesehen war vgl. Ref-E EntgTranspG v. 27.10.2016, 9 und BT-Drs. 18/11133, 11.

²¹ Vgl. Höpfner/Frank, in AP EntgTranspG § 3 Nr. 1 mit Verweis auf Thüsing, BB 2017, 565 (565 f.) und Wank, RdA 2018, 34 (41).

²² U.a. hätten lediglich 4 % der befragten Beschäftigten in Betrieben des öffentlichen Dienstes mit mehr als 200 Beschäftigten den Auskunftsanspruch geltend gemacht; nach einer separaten Studie von Scheele (2019) bei VW nur zwei von 310.000 Beschäftigten und nach Jochmann-Döll et al. (2022) in einem von vier untersuchten Betrieben mit über 1000 Beschäftigten die Anfragen von anfänglich 30-40 bereits zwei Jahre nach der Implementierung des EntgTranspG auf null pro Jahr zurückging, vgl. Koch (IAW), Evaluationsgutachten zum Entgelttransparenzgesetz gem. § 23 EntgTranspG, 2023, S. 24.

prüfen die eigenen Entgeltstrukturen freiwillig und Berichte zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit werden von weniger Unternehmen veröffentlicht, als erwartet.²³ In Sachen Entgelttransparenz hat sich also in Deutschland nicht viel getan.

III. Die Entgelttransparenzrichtlinie

Das wird sich voraussichtlich bald ändern. Denn am 6. Juni 2023 ist die europäische Entgelttransparenzrichtlinie in Kraft getreten, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre Inhalte bis zum **7. Juni 2026** in nationales Recht umzusetzen. Bereits die ungewöhnlich lange Umsetzungsfrist von drei Jahren anstatt der sonst üblichen zwei Jahre macht deutlich, dass hier ein besonders einschneidendes Regelwerk vorliegt, das es mit viel Bedacht und Sorgfalt umzusetzen gilt.

Grund für den Erlass der EntgTransp-RL ist in erster Linie die – wie noch zu zeigen sein wird fragwürdige – Annahme, dass innerhalb der EU eine Vielzahl von statistisch und somit wissenschaftlich nachgewiesenen Fällen von Entgeltdiskriminierung existieren.

Grund für den Erlass der EntgTransp-RL sind aber auch die wirtschaftlichen und sozialen Folgen der COVID-19-Pandemie, die sich unverhältnismäßig negativ auf Frauen und die Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsleben ausgewirkt haben.²⁴

Grund für den Erlass der EntgTransp-RL ist schließlich eine Evaluierung der Gleichbehandlungsrichtlinie durch die EU-Kommission aus dem Jahr 2020. Letztere kam zu dem Ergebnis, dass die Anwendung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes in der derzeitigen Praxis maßgeblich durch folgende rechtliche und tatsächliche Umstände behindert wird:²⁵

- Intransparente Entgeltsysteme,
- fehlende Rechtssicherheit in Bezug auf zentrale Begriffe wie z.B. „Entgelt“ und „gleichwertige Arbeit“,
- Beweisprobleme und Verfahrenshindernisse für Diskriminierungsoffer und
- zu geringe Schadensersatzansprüche und Sanktionen.

Folgerichtig setzt die EntgTransp-RL genau hier an und hält im Zuge ihrer Umsetzung einen sehr umfangreichen Pflichtenkatalog für Arbeitgeber, Betriebsräte und die Sozialpartner bereit. Hervorzuheben ist vor allem eine dem deutschen Recht bisher unbekanntة Verpflichtung zur proaktiven Entgelttransparenz schon *vor* der Beschäftigung (Art. 5 Abs. 1 EntgTransp-RL), ein deutlich

²³ Vgl. BmFFSFJ, Zweiter Bericht der Bundesregierung zur Wirksamkeit des Gesetzes zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern sowie zum Stand der Umsetzung des Entgeltgleichheitsgebots in Betrieben mit weniger als 200 Beschäftigten, 2023, S. 8.

²⁴ RL 2023/970, ABl. L 132 v. 17.5.2023, S. 22, ErwG 12.

²⁵ Ebenda, ErwG 11; Evaluation der EU-Kommission, SWD (2020) 51, S. 2 f.

umfangreicher ausgestaltetes Auskunftsrecht (Art. 7 EntgTransp-RL), weitreichendere Berichtspflichten (Art. 9 EntgTransp-RL), Schadensersatz- und Sanktionsmöglichkeiten (Art. 16, 23 EntgTransp-RL) sowie Verfahrenserleichterungen für klagende Arbeitnehmer durch unterstützende Beteiligungsrechte von u.a. Arbeitnehmervertretern (Art. 15 EntgTransp-RL).²⁶

Derzeit wird das deutsche EntgTranspG richtlinienkonform überarbeitet oder genauer gesagt, dem Vernehmen nach, neu gefasst. Aus diesem Anlass soll zunächst noch einmal ein Blick darauf geworfen werden, ob es wirklich stimmt, dass es in der EU, aber auch in Deutschland eine Vielzahl von statistisch nachgewiesenen Fällen der Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts gibt.

IV. Anspruchsgrundlagen Entgeltgleichheitsklagen

Möchte eine Arbeitnehmerin gerichtlich gegen eine womöglich auf ihrem Geschlecht beruhende Ungleichbehandlung bei der Höhe ihres Arbeitsentgelts vorgehen, stehen ihr dazu mehrere Anspruchsgrundlagen zur Verfügung.

1. §§ 7, 8 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG

Grundlage für einen *Erfüllungsanspruch* auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit war zunächst das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Allerdings taugt weder der *Schadensersatzanspruch* des § 15 Abs. 1 AGG noch der *Entschädigungsanspruch* des § 15 Abs. 2 AGG dafür.²⁷ Seit Inkrafttreten des AGG im Jahr 2006 kommen für einen solchen Erfüllungs- also Zahlungsanspruch vielmehr die §§ 7, 8 Abs. 2 und 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG in ihrer „gemeinsamen Wertung“ in Betracht.²⁸ Der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts führte in seiner Entscheidung am 11. Dezember 2007 dazu aus: *Aus der Wertung in § 2 I Nr. 2 und § 8 II AGG ergibt sich, dass bei einer diesem Gesetz widersprechenden Diskriminierung eine Grundlage für Ansprüche auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeiten gegeben ist.*²⁹

2. §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG

Seit Inkrafttreten des Entgelttransparenzgesetzes (EntgTranspG) im Jahr 2017 stellt sich § 8 Abs. 2 AGG hingegen nun nach Ansicht des 8. Senats des BAG *nicht hinreichend deutlich als*

²⁶ Zum Vergleich von EntgTranspG und EntgTransp-RL s. u.a.: Winter, NZA 2024, 8 (8 ff.); Zimmer, ZESAR 2024, 3 (3 ff.); Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568 (568 ff.); Marek/Sawodny, ArbRAktuell 2023, 397 (397 ff.).

²⁷ Vgl. BAG 24.9.2009 – 8 AZR 636/08, NJW 2010, 554 (557) Rn. 37.

²⁸ BT-Drs. 16/1780, 35: „[§ 8] Absatz 2 [AGG] greift den Grundsatz der Entgeltgleichheit bezüglich des Geschlechts in § 612 Abs. 3 BGB auf. Dieser Grundsatz wird nunmehr durch § 7 über das Merkmal Geschlecht hinaus auch auf alle in § 1 genannten Merkmale erstreckt und stellt künftig in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 2 die neue Grundlage für Ansprüche auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit dar.“.

²⁹ BAG 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, NZA 2020, 1613 Rn. 55 ff.

*Rechts- bzw. Anspruchsgrundlage dar.*³⁰ Vielmehr sieht der 8. Senat die einfachgesetzliche Grundlage für einen Erfüllungsanspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit mittlerweile in den §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG.³¹ Damit folgt der Senat zwar der aus § 2 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG ersichtlichen Intention des deutschen Gesetzgebers, das EntgTranspG neben das AGG treten zu lassen und dadurch den bestehenden Entgeltgleichheitsgrundsatz für eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts als *lex specialis* zu konkretisieren.³² Zwingend ist diese Auffassung allerdings nicht. Der Wortlaut der §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG – „Entgeltbenachteiligungsverbot“ und „Entgeltgleichheitsgebot“ – unterscheidet sich doch sehr stark von anderen, „klassischen“ Anspruchsgrundlagen des deutschen Rechts und drängt sich deshalb nicht notwendigerweise als Anspruchsgrundlage auf.³³

3. Art. 157 Abs. 1 AEUV

Neben diesen beiden „deutschrechtlichen“ Anspruchsgrundlagen ergibt sich ein Erfüllungsanspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit auch unmittelbar aus dem europäischen Primärrecht, konkret aus dem bereits eingangs erwähnten Art. 157 Abs. 1 AEUV.³⁴ Dieser besagt, dass „*Jeder Mitgliedstaat [...] die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher [stellt]*“. Zwar wird aus dem Wortlaut dieses europäischen Primärrechts für den EU-Bürger auch nicht unbedingt deutlich, dass es sich bei ihm um eine Anspruchsgrundlage handelt. Der Europäische Gerichtshof stellte das jedoch schon früh, nämlich schon im Jahr 1976 mit der *Defrenne II*-Entscheidung klar: Betroffene können sich vor den innerstaatlichen Gerichten unmittelbar auf den Entgeltgleichheitsgrundsatz des Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag – und damit auf Art. 157 Abs. 1 AEUV als Nachfolgevorschrift – berufen.³⁵

³⁰ Ebenda; beachte insbes. auch Rn 57: „*Soweit in der Rechtsprechung eine Anspruchsgrundlage für ein gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit beispielsweise in Ableitung aus „der Wertung in § 2 I Nr. 2 und § 8 II AGG“ (vgl. etwa BAG v. 15.9.2009 – 3 AZR 294/09, NZA 2010, 216 Rn.27; v. 11.12.2007 – 3 AZR 249/06, BAGE 125, 133 = NZA 2008, 532 Rn. 45) angenommen wurde, spricht dies gerade nicht für eine klare und eindeutige Normierung des Rechtsanspruchs, sondern für eine richtlinienkonforme Auslegung des Gesetzes unter Berufung auf die Gesetzesbegründung.*“

³¹ BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/2, NZA 2023, 958 Rn. 21, 24; BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 Rn. 17, 19; BAG 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, NZA 2020, 1613 Rn. 64.

³² BT-Drs. 18/11133, 48; BeckOK ArbR/Roloff EntgTranspG § 1 Rn. 3.

³³ Ausführlich dazu Höpfner/Frank, AP EntgTranspG § 3 Nr. 1.

³⁴ EuGH 8.4.1976, Rs 43/75, Slg. 1976, 472 ff. Rn. 4/6, 40 – *Defrenne II*; BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 Rn. 21 ff.; BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 Rn. 17 f.; Langenfeld/Lehner, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 157 Rn. 49 mwN; a.A. allein Wank, RdA 2018, 34 (34).

³⁵ Erstmals EuGH 8.4.1976, Rs 43/75, Slg. 1976, 456 ff. – *Defrenne II*; nachfolgend EuGH 8.5.2019 – C-486/18, NZA 2019, 1131 Rn. 67 – *Praxair MRC*; EuGH 13.1.2004 – C-256/01, NZA 2004, 201 Rn. 45 – *Allonby*; EuGH 17.9.2002 – C-320/00, NJA 2002, 3160 Rn. 13, 17 – *Lawrence*.; EuGH 26.6.2001 – C- 381/99, BeckRS 2004, 76901 Rn. 32 – *Brunnhofner*; vgl. auch BAG 26.9.2017 – 3 AZR 733/15, NJOZ 2018, 1710 Rn. 22.

Im Ergebnis ist der Anspruch auf Zahlung eines höheren Entgelts für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen des Geschlechts weder auf europäischer Ebene noch im deutschen Recht ausdrücklich geregelt. Ein solcher Zahlungs- bzw. Erfüllungsanspruch ist jedoch als Folge einer Verletzung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene anerkannt.³⁶ Das Bundesarbeitsgericht stützt sich heute zum einen auf Art. 157 Abs. 1 AEUV und zum anderen auf die §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG als Anspruchsgrundlage für Klagen auf Entgeltgleichheit.³⁷

V. Gender Pay Gap als Beleg für anhaltende Entgeltdiskriminierung?

Wie bereits erwähnt, ist einer der Gründe für den Erlass der europäischen Entgelttransparenzrichtlinie die Annahme, es bestehe in Europa nach wie vor ein hohes Maß an Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts, der man durch mehr Entgelttransparenz und schärfere Sanktionen beikommen müsse. Als Beleg für eine angeblich nach wie vor bestehende geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung wird in der Regel der Gender Pay Gap angeführt. Der Gender Pay Gap soll ein Indikator für das geschlechtsspezifische Lohngefälle sein. Der Idee nach misst er die Differenz zwischen dem durchschnittlichen Bruttostundenverdienst männlicher und weiblicher Beschäftigter. Ergebnis ist ein Prozentsatz des durchschnittlichen Bruttostundenverdienstes männlicher Beschäftigter. Dieser Prozentsatz soll die Lohnlücke aufzeigen, die – vereinfacht gesagt – zwischen Männern und Frauen besteht.

1. Der unbereinigte Gender Pay Gap

Nach den Angaben des Statistischen Bundesamts beträgt der unbereinigte Gender Pay Gap in Deutschland derzeit 18 %.³⁸ Innerhalb der EU liegt er laut Eurostat derzeit bei knapp 13 %.³⁹ Statistisch gesehen verdient eine Frau also in Deutschland pro Stunde 18 %, in der EU 13 % weniger als ein Mann. Das ist ein Ergebnis, das zunächst erst einmal empört.

Daraus jedoch den Schluss auf das Vorliegen einer weit verbreiteten Entgeltdiskriminierung zu ziehen, ist verfehlt. Denn es handelt sich bei diesen Zahlen um den unbereinigten Gender Pay

³⁶ EuGH 7.10.2019 – C-171/18, NZA 2020, 33 Rn. 17, 40; EuGH 8.4.1976, Rs 43/75, Slg. 1976, 456 (473) Rn. 14/15–Defrenne II; BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (1022) Rn. 75; BAG 22.10.2015 – 8 AZR 168/14, NZA 2016, 1081 (1088) Rn. 62.

³⁷ Vgl. BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 Rn. 21; BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 Rn. 17.

³⁸ Statista, Gender Pay Gap: Verdienstabstand zwischen Männern und Frauen in Deutschland von 2000 bis 2023, Stand Januar 2024, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3261/umfrage/gender-pay-gap-in-deutschland/> (zul. abgerufen am 21.6.2024).

³⁹ Eurostat, Geschlechtsspezifisches Verdienstgefälle, ohne Anpassungen, nach NACE Rev. 2 Tätigkeit - Methodik: Lohnstrukturerhebung, Stand 28.2.2024, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/earn_gr_gpgr2/default/table?lang=en (zul. abgerufen am 21.6.2024).

Gap. Unbereinigt ist er, weil er die Lohnlücken ohne Anpassungen aufzeigt. Er enthält also insbesondere auch Verdienstunterschiede, die beispielsweise auf unterschiedlich bezahlten Berufen und unterschiedlichen Karrierestufen und Qualifikationen von Männern und Frauen beruhen. Das heißt, der unbereinigte Gender Pay Gap zeigt nicht mehr, aber auch nicht weniger, als dass Frauen auch heute noch häufiger in geringer bezahlten Berufen arbeiten, in Teilzeit tätig sind, die eigene Erwerbstätigkeit familienbedingt unterbrechen und weniger häufig Führungspositionen besetzen.⁴⁰ Die prozentuale Entgeltdifferenz in Form des unbereinigten Gender Pay Gaps erklärt sich demnach anhand von Umständen, die nichts mit einer Diskriminierung zu tun haben. Dem unbereinigten Gender Pay Gap kommt keinerlei Aussagekraft hinsichtlich der Frage zu, ob Männer und Frauen für gleiche oder gleichwertige Arbeit gleich oder unterschiedlich vergütet werden.⁴¹

2. Der bereinigte Gender Pay Gap

Interessanter und deutlich aussagekräftiger wird es nun, wenn man bei den statistischen Erhebungen die strukturellen und erwerbsbiografischen Unterschiede herausrechnet und somit ausschließlich Männer und Frauen mit ähnlichen personen- und tätigkeitsbezogenen Merkmalen (z.B. Qualifikation, Tätigkeit, Branche, etc.) vergleicht. Auch dafür gibt es statistische Erhebungen. Das Ergebnis dieser Erhebungen ist der bereinigte Gender Pay Gap. Für Deutschland beläuft sich der bereinigte Gender Pay Gap für das Jahr 2023 auf ca. 6 %.⁴²

Sucht man nach einer entsprechenden Zahl für die Europäische Union, wird es dünn. Haupt-Datenquelle aller diesbezüglich veröffentlichter Studien ist die sogenannte „Structure of Earnings Survey“ (SES).⁴³ Die aktuellsten verfügbaren Daten der Structure of Earnings Survey stammen

⁴⁰ Vgl. Erläuterung durch das Statistische Bundesamt selbst: Destatis, Wie wird der Gender Pay Gap erhoben und berechnet?, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Verdienste/Verdienste-GenderPayGap/FAQ/gender-pay-gap-faq.html?nn=633238#Link%20zu%20den%20FAQ's%20des%20Gender%20Pay%20Gap> (zul. abgerufen am 21.6.2024): *Zu berücksichtigen ist, dass es sich hierbei um die Lohnlücke ohne Anpassungen handelt. Enthalten ist hier auch der Verdienstunterschied, der beispielsweise auf die Ausübung unterschiedlich bezahlter Berufe, unterschiedliche Karrierelevel oder Qualifikationen von Frauen und Männern zurückzuführen ist.* Erwähnenswert ist darüber hinaus, dass für die Berechnung der unbereinigten Lohnlücke unter anderem auch die öffentliche Verwaltung nicht miteinbezogen ist, ein Bereich, in dem viele Frauen arbeiten und zum anderen größtenteils nach Tarif bezahlt wird.

⁴¹ So auch Schmidt/Stettes, Institut der deutschen Wirtschaft, Der Gender Pay Gap in Deutschland und Bayern, Gutachten 3.11.2020, S. 18 f.; Leythienne/Ronkowski, Eurostat, A decomposition of the unadjusted gender pay gap using Structure of Earnings Survey data, May 2018, S. 21.

⁴² Destatis, Statistisches Bundesamt, Gender Pay Gap, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Verdienste/Verdienste-GenderPayGap/_inhalt.html (zul. abgerufen am 21.6.2024); zur zeitlichen Entwicklung des unbereinigten GPG 2009-2013 siehe Schmidt, Institut der deutschen Wirtschaft, IW-Report 16/2016, S. 13 ff., Die Entgeltlücke zwischen Frauen und Männern im internationalen Vergleich: empirische Befunde auf Basis des EU-SILC, Stand 13.6.2016, abrufbar unter: <https://www.iwkoeln.de/studien/joergschmidt-empirische-befunde-auf-basis-des-eu-silc.html> (zul. abgerufen am 21.6.2024).

⁴³ Vgl. VO (EG) Nr. 530/1999 des Rates zur Statistik über die Struktur der Verdienste und der Arbeitskosten und deren Änderungsverordnung (EG) Nr. 1738/2005 der Kommission zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1916/2000 in Bezug auf Definition und Übermittlung von Informationen über die Verdienststruktur.

aus den Jahren 2018 und 2014. Statistische Auswertungen lassen sich jedoch hauptsächlich für die Daten aus dem Jahr 2014 finden.⁴⁴ Das heißt, die auf europäischer Ebene aus diesen Statistiken abgeleiteten Analysen, Ergebnisse und Handlungsempfehlungen beruhen auf einem zehn Jahre alten Datensatz. Danach besteht für die EU – je nachdem welche Studie man zugrunde legt – ein bereinigter Gender Pay Gap in Höhe von 9,4 % bzw. 11,5 %.⁴⁵

Was bedeutet das nun?

Der bereinigte Gender Pay Gap zeigt, dass die Lohnlücke in dieser Höhe nicht auf den bisher herausgerechneten Parametern wie z.B. unterschiedlicher Berufserfahrung, unterschiedlichem Dienstalter, unterschiedlicher Berufsgruppe, der Art des Arbeitsvertrags etc. beruht.⁴⁶ Es kann aber durchaus sein und ist sogar naheliegend, dass andere, ähnliche Parameter diese Lohnlücke vollständig oder jedenfalls zu großen Teilen erklären können. Gründe, die nach den einschlägigen wissenschaftlichen Studien den bisher unerklärbaren Teil der Lohnlücke zwischen den Geschlechtern plausibilisieren können sind unter anderem: Die kontinuierliche Aufnahme neuer und Herausnahme alter Merkmale zur Berechnung der erklärbaren Entgeltlücke,⁴⁷ die Einführung des Mindestlohns im Jahr 2015,⁴⁸ das unterschiedliche Verhandlungsgeschick und die unterschiedlichen Verhandlungsstrategien von Männern und Frauen,⁴⁹ sowie die einschlägige Berufserfahrung⁵⁰ oder Erwerbsunterbrechungen⁵¹. Es ist nicht auszuschließen, dass die verbleibende, nicht erklärbare Lohnlücke auch teilweise auf mit bewussten oder unbewussten Vorurteilen gegenüber Frauen erklärt werden kann z.B., weil einer Frau weniger zugetraut oder befürchtet wird, sie

⁴⁴ Verfügbar sind bisher Daten aus den Jahren 2002, 2006, 2010, 2014 und 2018, abrufbar unter: Eurostat, Structure of earnings survey, <https://ec.europa.eu/eurostat/web/microdata/structure-of-earnings-survey#Available%20Countries> (zul. abgerufen am 21.6.2024).

⁴⁵ Boll/Lagemann, HWWI, European Commission, Gender pay gap in EU countries based on SES (2014), 2018, S. 6.

⁴⁶ U.a.: Ausbildungsgrad, Berufserfahrung, Dienstalter, Leistungsgruppe, Berufsgruppe, Art des Arbeitsvertrags, Beschäftigungsumfang, Altersteilzeit, Tarifbindung, Zulagen, Westdeutschland, Ballungsraum, Unternehmensgröße.

⁴⁷ Schmidt/Stettes, Institut der deutschen Wirtschaft, Der Gender Pay Gap in Deutschland und Bayern, Gutachten, 3.11.2020, S. 33

⁴⁸ Ebd.; ferner: Boll ua., WeltWirtschaftsinstitut, Potenzielle Auswirkungen des Mindestlohnes auf den Gender Pay Gap in Deutschland – eine Simulationsstudie, 8.6.2015, S. 57 ff.

⁴⁹ Ebd.; ferner: Boll/Lagemann, HWWI, European Commission, Gender pay gap in EU countries based on SES (2014), 2018, S. 6; Mischler, Statistisches Bundesamt, The Gender Pay Gap – A cause analysis based on the structure of earnings survey 2018, S. 8.

⁵⁰ Boll/Lagemann, HWWI, Gender pay gap in EU countries based on SES (2014), 2018, S. 6.

⁵¹ Mischler, Statistisches Bundesamt, The Gender Pay Gap – A cause analysis based on the structure of earnings survey 2018, S. 8.

werde in einem laufenden Arbeitsverhältnis häufig aus Gründen der Kinderbetreuung ausfallen.⁵² Wissenschaftliche Untersuchungen, die dies belegen, gibt es dazu bisher allerdings nicht.⁵³

3. Gender Pay Gap und Entgeltdiskriminierung

Wenn die EU-Kommission also die Ausarbeitung der EntgTransp-RL unter anderem mit einem EU-weiten Problem der Entgeltdiskriminierung rechtfertigt und dies auf „*öffentliche Wahrnehmung von geschlechtsbedingter Entgeltdiskriminierung*“ und insbesondere die Tatsache stützt, dass 60 % der Teilnehmer einer ausdrücklich als nicht repräsentativ benannten Studie der Ansicht sind, sie selbst oder jemand, den sie kennen, wäre schon einmal Opfer von Entgeltdiskriminierung geworden,⁵⁴ so ist das, rein wissenschaftlich gesehen, haltlos.

Wie gezeigt, kann der unbereinigte Gender Pay Gap (18%) auf einer unmittelbaren oder mittelbaren Entgeltdiskriminierung beruhen. Ob und in welcher Höhe dies tatsächlich der Fall ist, ist bislang jedoch wissenschaftlich nicht belegt.⁵⁵ Von dem unbereinigten Gender Pay Gap als einem „klare[n] Indiz für das Bestehen einer mittelbaren Entgeltbenachteiligung zu sprechen“⁵⁶, wie es der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien zum Entgelttransparenzgesetz formulierte, kann deshalb offensichtlich nicht gesprochen werden.

Darüber hinaus darf vor allem auch der bisher unerklärbare bereinigte Gender Pay Gap unter keinen Umständen mit einer vorhandenen Entgeltdiskriminierung gleichgesetzt werden.⁵⁷ Darauf weisen insbesondere Wissenschaft und Forschung seit jeher deutlich hin, zuletzt die Nobelpreisträgerin und Harvard-Professorin für Volkswirtschaft Claudia Goldin in einem Artikel im Handelsblatt vom 31. Mai 2024.⁵⁸

Wenn nun aber weder aus dem unbereinigten noch aus dem bereinigten Gender Pay Gap auf das sichere Vorliegen von Entgeltdiskriminierung geschlossen werden kann, lässt sich deren tatsächliches Ausmaß erst recht nicht nachweisen. Das heißt nicht, dass es keine Entgeltdiskriminierung

⁵² Vgl. Wank, RdA 2018, 34 (40).

⁵³ Vgl. Hartmann, ZFA 2024, 4 (5); Wank, RdA 2018, 34 (40); Rieble, RdA 2011, 36 (40).

⁵⁴ SWD(2021) 41 final, Commission Staff Working Document, 4.3.2021, Impact Assessment, Accompanying the document “Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through transparency and enforcement mechanisms.

⁵⁵ So auch Hartmann, ZFA 2024, 4 (10) mwN, der die Annahme, der GPG beruhe im Wesentlichen auf Entgeltdiskriminierung, ebenfalls für nur unzureichend belegt hält.

⁵⁶ BT-Drs. 18/11133, 19.

⁵⁷ Vgl. u.a. auch ausdrücklich Dr. Christina Boll vom Hamburgischen Weltwirtschaftsinstitut (HWWI) im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Familienausschusses am 6.3.2017 zum Entwurf des EntgTranspG; Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 157 Rn. 11.

⁵⁸ Handelsblatt, Warum Frauen weniger verdienen, abrufbar unter: <https://epaper.handelsblatt.com/epaper/handelsblatt-2024-05-31-epa-1311/?interactivelayer=77379> (zul. abgerufen am 21.6.2024).

innerhalb Deutschlands oder der EU gibt. Tatsache aber ist, dass in der aktuellen Diskussion um die Entgeltgleichheit sowohl in der Presse, als auch in der Literatur und selbst die Gesetzesmaterialien zum Entgelttransparenzgesetz die beiden Formen des Gender Pay Gap lebhaft falsch und durcheinander verwendet werden und insbesondere als Beweismittel für Tatsachen angeführt werden, die sie nicht belegen können. Entsprechende Unsicherheiten der europäischen und deutschen Legislative gehen aus den jeweiligen Materialien auch deutlich hervor, im jeweiligen Gesamtwortwerk allerdings sodann bedauerlicherweise weitgehend unter.⁵⁹

Das gilt insbesondere für die Behauptung des Bestehens einer erheblichen strukturellen Entgeltdiskriminierung in Deutschland und Europa. *Wank* weist im Ergebnis zu Recht darauf hin, dass die auf Entgeltgleichheit gerichteten Maßnahmen des europäischen und auch des deutschen Gesetzgebers nicht auf einer statistisch nachgewiesenen Entgeltdiskriminierung beruhen, sondern lediglich auf einer unterstellten.⁶⁰ Möglicherweise ist genau das der Grund dafür, dass die Zahl der Entgeltgleichheitsklagen – jedenfalls in Deutschland – mehr als überschaubar ist.

VI. Drei Praxisfragen zur Entgeltgleichheit

Auch wenn die Zahl der Entgeltgleichheitsklagen bislang sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene überschaubar ist, hat die jüngere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Entgeltgleichheit das Potential, die bisherige Vergütungspraxis von in Deutschland ansässigen Arbeitgebern „umzukrempeln“ und stellt sie vor erhebliche praktische Herausforderungen. Welche genau das sind, soll im Folgenden anhand von drei Praxisfragen erläutert werden.

⁵⁹ Gesetzesbegründung zum EntgTranspG (BT-Drs. 18/11133 v.13.02.2017, S. 19): Entgeltdiskriminierung ist mit Methoden der Statistik nur indirekt messbar. Rechtlich nachweisbar ist sie nur im Vergleich von Tätigkeiten und den gezahlten Entgelten.

Evaluierung der Gleichbehandlungsrichtlinie durch die EU Kommission im Jahr 2020 (SWD(2020) 51 v. 05.03.2020, S. 1): Obwohl das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle nur teilweise und nicht quantifizierbar auf direkte und indirekte Entgeltdiskriminierung zurückgeführt werden kann, deutet das Fortbestehen eines relativ starken Gefälles darauf hin, dass Diskriminierung möglicherweise eine nicht unerhebliche Rolle spielt.

Impact Assessment als Begleitdokument zum Vorschlag für die EntgTransp-RL (SWD(2021) 41 v. 04.03.2021:

S. 6: The failure to realise the right to equal pay means that women and men may still be discriminated either directly or on the basis of pay structures that do not value the work of women and men equally [...].

S. 7 f.: From a policy perspective, it would be useful to know in which sectors/occupations/types of employment gender-based pay discrimination is more widespread or whether pay discrimination affects some groups of workers more than others (e.g. among specific contract types or age groups). However, precisely quantifying the overall size of gender-based pay discrimination at that level is not possible as of today.

S. 8: The only way to ascertain whether pay discrimination actually exists is to recalculate the unexplained gender pay gap at organisational/employer level and verify whether these differences subsist and why.

S. 10: To sum up, differences in pay by gender drawn from available statistics, both at EU, national and sectoral level tend to indicate pay discrimination. These same differences might or might not turn out to be perfectly legitimate from an equal pay perspective when verified at an individual employer level.

⁶⁰ *Wank*, RdA 2018, 34 (40).

1. Frage Nr. 1: Führt eine Entgeltbenachteiligung immer zu einer „Anpassung nach oben“ oder ermöglicht das Entgeltgleichheitsgebot auch eine Anpassung der Arbeitsentgelte „nach unten“?

Die Frage stellt auf das Urteil des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Februar 2023 (8 AZR 450/21) ab. Dieses jüngste Urteil zur Entgeltgleichheit hat ziemliche Wellen geschlagen und bei Arbeitgebern die Angst vor einer „Aufwärtsspirale“ beim Arbeitsentgelt ausgelöst. Diese Furcht wäre unbegründet, wenn Arbeitgeber Entgeltgleichheit nicht nur durch eine Anpassung der Vergütung der Benachteiligten „nach oben“ herstellen könnten, sondern auch die Anpassung der Vergütung der Begünstigten „nach unten“ zulässig wäre.

a) Vertragsfreiheit und ihre arbeitsrechtlichen Einschränkungen

Dem Grunde nach können die Arbeitsvertragsparteien den Inhalt ihres Arbeitsverhältnisses frei gestalten und auf ihre individuellen Bedürfnisse ausrichten. Diese Verhandlungsfreiheit ist eine Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit und von Art. 2 Abs. 1 GG und der in Art. 12 GG verankerten Berufsfreiheit grundgesetzlich geschützt.⁶¹ Tatsächlich unterliegt diese berufsbezogene Vertragsfreiheit aber zahlreichen Einschränkungen. Zu nennen sind dabei vor allem Arbeitnehmerschutzgesetze wie z.B. das MuSchG, TzBfG, EFZG, KSchG, ArbZG und ArbSchG sowie die Beschränkungen aus §§ 305 ff. iVm § 310 Abs. 4 BGB für vorformulierte Standardarbeitsverträge. Speziell für die Vergütung ergeben sich bislang Schranken unter anderem aus dem MiLoG oder dem AEntG.

Nun aber hinterlässt das Urteil des BAG vom 16. Februar 2023 (8 AZR 450/21) in der Praxis den Eindruck, dass insbesondere in Vergütungsfragen die Grenzen der berufsbezogenen Vertragsfreiheit so eng gesteckt werden, wie kaum jemals zuvor. Was war passiert?

b) Das Urteil des BAG vom 8. Februar 2023 (8 AZR 450/21)

Die beklagte Arbeitgeberin hatte – verkürzt gesagt – im Zuge der Neubesetzung zweier Stellen für Vertriebsmitarbeiter im Außendienst einer Bewerberin und einem Bewerber jeweils ein Bruttogrundgehalt von EUR 3.500 zuzüglich Provisionen ab einem später zum Tragen kommenden Zeitpunkt angeboten. Der Bewerber war damit nicht einverstanden und verlangte ein Grundgehalt von EUR 4.500 brutto bis er die zugesagten Provisionen erhalten konnte. Die Arbeitgeberin akzeptierte das. Die Bewerberin hingegen billigte die angebotenen EUR 3.500 Grundgehalt, handelte für sich jedoch zusätzlich eine unbezahlte Freistellung von 20 Arbeitstagen pro Jahr heraus. Da die Arbeitnehmerin deshalb für einige Monate ein geringeres Grundgehalt als ihr männlicher Arbeitskollege erhielt, forderte sie von der Arbeitgeberin Zahlung der Vergütungsdifferenz.

Das Bundesarbeitsgericht verurteilte die beklagte Arbeitgeberin zur Zahlung der Vergütungsdifferenz. Es ließ zum Auslösen der Beweislastumkehr des § 22 AGG und somit zum Auslösen der

⁶¹ Vgl. Benecke, MHdB ArbR Band 1, 6. Aufl. 2024, Erster Abschnitt Kapitel 2, § 31 Rn. 2 (für Arbeitnehmer), Rn. 3 (für Arbeitgeber); sowie für Arbeitnehmer BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14 Rn. 38 mwN; vgl. ferner NK-ArbR/Hanau, 2. Aufl. 2022, GG Art. 12 Rn. 24.

Vermutung einer Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts genügen, dass die Arbeitnehmerin darlege und ggfs. beweise, sie habe bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ein niedrigeres Entgelt als *ein* Kollege eines anderen Geschlechts erhalten. Um eine solche vermutete Benachteiligung wegen des Geschlechts zu widerlegen, müsse der Arbeitgeber Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergebe, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot vorliegt, sondern ausschließlich andere Gründe als das Geschlecht zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben.⁶² Im konkreten Fall war das der Arbeitgeberin nicht gelungen. Der Umstand, dass der männliche Arbeitnehmer im Bewerbungsprozess besser verhandelt habe, konnte nach Ansicht des 8. Senats die Vermutung einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht widerlegen. Denn die Vermutung könne nicht mit einem Umstand gerechtfertigt werden, der sie erst begründe. Zudem könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Geschlecht mitursächlich für das Nachgeben des Arbeitgebers war.⁶³ Schließlich könne auch der Umstand, dass die Arbeitnehmerin statt eines höheren Arbeitsentgelts eine unbezahlte Freistellung für sich herausverhandelt hatte, eine einmal vermutete unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht widerlegen. Denn die Arbeitnehmerin hatte keine Kenntnis von der höheren Entgeltabrede ihres Kollegen. Sie habe etwaige gleichlautende Wünsche deshalb nicht sachgerecht artikulieren können.⁶⁴

c) Entgeltgleichheit durch Anpassung der Arbeitsentgelte „nach oben“

Eines der Schreckgespenster, das als Folge dieses Urteils für die Praxis im Raum steht, ist eine sukzessive geschlechtsspezifische Entgelt-Aufwärtsspirale, die durch diese Rechtsprechung ausgelöst werden könnte.

Denn will ein Arbeitgeber auf einen männlichen Bewerber nicht verzichten, müsste er – um imageschädliche Entgeltgleichheitsklagen zu vermeiden – in einem ersten Schritt dessen höhere Gehaltsvorstellung akzeptieren und dann in einem zweiten Schritt die Vergütung aller Arbeitnehmerinnen, die gleiche oder gleichwertige Arbeit leisten, überprüfen und gegebenenfalls um die entsprechende Differenz erhöhen. Doch dabei bleibt es nicht: Weil die Vergütung der Frauen somit nun derjenigen des eingestellten männlichen Bewerbers entspricht, können nun die vergleichbaren Arbeitnehmer *mit dem Geschlecht des Bewerbers* ihrerseits die Entgeltdifferenz geltend machen und eine Klage zunächst auf das Indiz stützen, eine Kollegin des anderen Geschlechts verdiene bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit mehr als sie.

Provokant ausgedrückt könnte sich besseres Verhandlungsgeschick von Männern künftig in einem ersten Schritt auch für alle Frauen auszahlen, die gleiche oder gleichwertige Arbeit leisten. In einem zweiten Schritt könnte sich das Verhandlungsgeschick *eines* Bewerbers dann auch für alle Kollegen männlichen Geschlechts und damit im Ergebnis für alle auszahlen. Dieses Resultat mag skurril anmuten, ist aber die notwendige Konsequenz der dargestellten Rechtsprechung.

⁶² BAG 16.2.2023 – 8 AZR 488/19, NZA 2023, 958 (962 f.) Rn. 46.

⁶³ Ebd. (964.) Rn. 57.

⁶⁴ Ebd. Rn. 58.

Dadurch könnten für die Praxis Anreize geschaffen werden, bestimmte Tätigkeitsbereiche jeweils nur einem Geschlecht zuzuordnen und individuelle Vergütungsabreden, die auf den ganz persönlichen Entgeltwertigkeitsvorstellungen eines Arbeitnehmers beruhen, würden erschwert. Beides kann letztlich nicht gewollt sein, wenn es darum geht, den Anspruch auf geschlechterunabhängig gleiche Vergütung bei gleicher und gleichwertiger Arbeit praxistauglich umzusetzen.

d) Entgeltgleichheit durch Anpassung der Arbeitsentgelte „nach unten“?

Wie Arbeitgeber unterschiedliche Entgelte korrigieren, die nicht auf objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien beruhen, obliegt zunächst grundsätzlich einzig und allein ihnen selbst. Neben der Möglichkeit, die Arbeitsentgelte aller mit gleichen oder gleichwertigen Tätigkeiten beschäftigten, aber geringer vergüteten Arbeitnehmerinnen „nach oben“ anzupassen, könnten Arbeitgeber vielmehr geneigt sein, die Arbeitsentgelte einheitlich „nach unten“ anzupassen. Dies wäre durch Änderungskündigungen möglich, die die höhere Vergütung der Arbeitnehmer auf das niedrigere Arbeitsentgelt derjenigen Kolleginnen absenken, die eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ausführen.

Dafür müssen die Änderungskündigungen den Arbeitnehmern gegenüber rechtswirksam sein. Bezugspunkt ist dabei hauptsächlich die soziale Rechtfertigung des Änderungsangebots und nur nebensächlich die soziale Rechtfertigung der möglichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.⁶⁵ Im ersten Schritt muss ein (betriebsbedingter) Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG vorliegen, der der Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Vertragsbedingung entgegensteht.⁶⁶ Im zweiten Schritt ist zu prüfen, inwieweit der Arbeitnehmer die angebotene Vertragsänderung billigerweise hinnehmen muss, also die Vertragsänderungen verhältnismäßig sind.⁶⁷

aa) Gehaltsreduzierung als (Änderungs-)Kündigungsgrund

Eine Änderungskündigung zur Gehaltsreduzierung ist nach der Rechtsprechung des BAG jedoch nur in absoluten Ausnahmefällen sozial gerechtfertigt. Die Anforderungen, die das deutsche Recht an die Rechtfertigung einer Kündigung zum Zwecke der bloßen Entgeltabsenkung stellt, sind hoch. Grundsätzlich sind einmal geschlossene Verträge einzuhalten und es ist anerkannt, dass Geldmangel den Schuldner nicht entlastet.⁶⁸ Als schwerwiegender Eingriff in das Leistungs- und Lohngefüge des Arbeitsvertrags kommt derzeit eine entgeltreduzierende Änderungskündigung deshalb nur in Betracht, wenn bei Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur

⁶⁵ St. Rspr, so statt vieler BAG 19.05.1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075 (1076); siehe BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 2 Rn. 67 mwN.

⁶⁶ Ebd. Rn. 68 mwN.

⁶⁷ Ebd. Rn. 70 mwN.

⁶⁸ BAG 20.10.2017 – 2 AZR 783/16 (F), NZA 2018, 440 (444) Rn. 41.

die wirtschaftliche Existenz des Betriebs gefährdet würde (Insolvenzgefahr).⁶⁹ Diese Voraussetzung ist bei einer Gehaltsreduzierung zur monetären Gleichstellung nicht erfüllt.

bb) Gleichbehandlung als (Änderungs-)Kündigungsgrund

(1) Gleichbehandlung als (Änderungs-)Kündigungsgrund „de lege lata“

Das Argument, die Vergütungen einzelner Arbeitnehmer müssten aus Gleichbehandlungsgründen auf das betriebliche Niveau herabgesenkt werden, stellt nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG grundsätzlich kein dringendes betriebliches Erfordernis i.S.v § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG dar.⁷⁰ Das Bundesarbeitsgericht stützt diese Rechtsprechung auf zwei Argumente: zum einen den „Grundsatz“, dass die Vertragsfreiheit im Bereich der Vergütung dann Vorrang vor dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz habe, wenn es sich um individuell vereinbarte Löhne und Gehälter handelt.⁷¹ Und zum anderen aus der „Regel“, der Gleichbehandlungsgrundsatz diene allein zur Begründung von Rechten, nicht aber zu deren Einschränkung.⁷² Gleichbehandlung als (Änderungs-)Kündigungsgrund „de lege ferenda“

Diese Rechtsprechung muss jedoch überdacht und revidiert werden. Es wäre inkonsequent, einerseits vom Vorrang des europäischen Entgeltgleichheitsgrundsatzes aus Art. 157 AEUV vor der Vertragsfreiheit auszugehen, wenn es darum geht, eine geschlechtsunabhängig gleiche Vergütung für gleiche und gleichwertige Arbeit höhenmäßig durchzusetzen. Andererseits sich wiederum dann auf den Vorrang der Vertragsfreiheit vor dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu berufen, wenn es darum geht, den Arbeitgebern zu untersagen, eine diskriminierungsfreie Vergütung durch entgeltreduzierende Änderungskündigungen bei vergleichbaren Arbeitnehmern des anderen Geschlechts im eigenen Unternehmen umzusetzen. Eine auf Entgeltabsenkung gerichtete Maßnahme des Arbeitgebers zur Herbeiführung der Entgeltgleichheit, sprich eine Änderungskündigung, muss deshalb zulässig sein.

Gestützt wird dieses Ergebnis von der Rechtsprechung des EuGH. Zwar entschied der EuGH im Jahr 1976 in der Rechtssache *Defrenne II*, dass „Artikel 119 EWG-Vertrag [nicht] auf andere Weise als durch eine Anhebung der niedrigeren Löhne und Gehälter befolgt werden könne.“⁷³

⁶⁹ Ebd.; BAG 26.6.2008 – 2 AZR 139/07, NZA 2008, 1182 (1183) Rn. 20; BAG 20.1.2000 – 2 ABR 40/99 mwN, NZA 2000, 592 (594).

⁷⁰ BAG 20.1.2000 – 2 ABR 40/99 mwN, NZA 2000, 592 (594); BAG 1.7.1999 – 2 AZR 826/98 = NZA 1999, 1336 (1338) mwN.

⁷¹ BAG 1.7.1999 – 2 AZR 826/98, NZA 1999, 1336 (1338) mit Verweis auf BAG 4.5.1962 – 1 AZR 250/61, NJW 1962, 1459 (1460); vgl. auch BAG 19.8.1992 – 5 AZR 513/91, NZA 1993, 171 (172).

⁷² BAG 16.5.2002 – 2 AZR 292/01, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 69.

⁷³ EuGH 8.4.1976, Rs 43/75, Slg. 1976, 456 (473) Rn. 14/15– *Defrenne II*.; daraus wird vielfach geschlossen, dass eine nach dem europäischen Entgeltgleichheitsgrundsatz erforderliche Angleichung von Entgeltvereinbarungen nur nach dem Prinzip der Meistbegünstigung, d.h. einer Anpassung „nach oben“, geschehen könne Langenfeld/Lehner, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 157 Rn. 73 mwN.

Tatsächlich entwickelte der EuGH in den Folgejahren eine Rechtsprechung, nach der *die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung bei unionsrechtswidriger Diskriminierung „nur“ durch „Anpassung nach oben“ gewährleistet werden kann, solange keine Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung erlassen worden sind. Mit anderen Worten, die Anpassung nach oben ist nur dann das einzig gültige Bezugssystem, solange das Unionsrecht nicht richtig durchgeführt ist.*⁷⁴

Diese Rechtsprechung hat das BAG übernommen und insoweit konkretisiert, als sich die Pflicht zur Gewährleistung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes durch eine Angleichung nach oben ausdrücklich *nur an die Gerichte* wendet.⁷⁵ Dies folgt daraus, dass die Urteile des EuGH über die Rechtskraftbindung *inter partes* hinaus dem Grunde nach „nur“ die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden verpflichten, das Unionsrecht in der Auslegung des EuGH anzuwenden (sog. Anwendungsvorrang).⁷⁶ Für den Zeitraum, in dem ein Arbeitgeber noch keine Angleichungsmaßnahmen in seinem Vergütungssystem vorgenommen hat, um geschlechtsdiskriminierende Entgeltunterschiede zu beseitigen, ist dem betroffenen Arbeitnehmer in einem Entgeltgleichheitsprozess durch das Gericht deshalb stets das höhere Entgelt zuzusprechen.

Dass aber auch die entsprechenden Angleichungsmaßnahmen *des Arbeitgebers* nur darauf gerichtet sein dürfen, die Vergütung der bisher benachteiligten Arbeitnehmer anzuheben, lässt sich daraus keineswegs schlussfolgern. Vielmehr hat der EuGH bereits in der Rechtssache *Smith* entschieden, dem Entgeltgleichheitsgrundsatz könne auch dadurch Rechnung getragen werden, dass die Vergünstigungen des bisher bevorzugten Geschlechts eingeschränkt würden. Der EuGH führt insofern aus: *„Was die nach dem Inkrafttreten der Regelung zur Beseitigung der Diskriminierung [...] zurückgelegten Beschäftigungszeiten anbelangt, so verstoßen Maßnahmen, durch die die Gleichbehandlung im Wege der Einschränkung der Vergünstigungen der bis dahin bevorzugten Personen wiederhergestellt wird, nicht gegen Artikel 119 EWG-Vertrag [verstößt]. Artikel 119 verlangt nämlich nur, dass Männer und Frauen bei gleicher Arbeit das gleiche Entgelt erhalten, ohne aber eine bestimmte Höhe vorzuschreiben.“*⁷⁷ Arbeitgeber können ihre Vergütungspraxis deshalb unserer Ansicht nach auch durch entgeltreduzierende Änderungskündigungen gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern des anderen Geschlechts „nach unten“ anpassen, um den Entgeltgleichheitsgrundsatz in der Praxis zu verwirklichen.⁷⁸ Das gilt jedenfalls dann, wenn keine kollektivrechtlichen Besitzstände einer solchen Absenkung entgegenstehen.⁷⁹

⁷⁴ EuGH 28.1.2015 – C-417/13, NZA 2015, 217 (220) Rn. 46 mwN.

⁷⁵ BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (1022) Rn. 75.

⁷⁶ Musil/Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2022, AEUV Art. 267 Rn. 42 f.

⁷⁷ EuGH 28.9.1994 – C-408/92, NZA 1994, 1126 (1127) Rn. 21 – Smith.

⁷⁸ So auch Winter, NZA 2024, 8 (15) für den Fall der möglichen arbeitgeberseitigen Korrektur eines ungerechtfertigten Unterschieds bei der durchschnittlichen Entgelthöhe, der sich ggfs. im Rahmen der gemeinsamen Entgeltbewertung nach Art. 10 EntgTransp-RL ergibt.

⁷⁹ Ausführlich zum Schutz von Besitzständen bei der Umsetzung arbeitgeberseitigen Einführung eines auf objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien beruhenden Vergütungssystems: Krieger/Plambeck, NZA 2023, 1001

cc) Verhältnismäßigkeit

Bejaht man also die Herstellung der Entgeltgleichheit als (Änderungs-)Kündigungsgrund, so ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob der davon betroffene Arbeitnehmer die Entgeltanpassung „nach unten“ billigerweise akzeptieren muss. Das beurteilt sich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁸⁰ Danach muss der Arbeitgeber einen an sich anerkennenswerten Anlass für die Änderung der Arbeitsbedingungen haben.⁸¹ Die Änderungen müssen dabei geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten, also der gleichen Entlohnung aller Arbeitnehmer, anzupassen.⁸² Die Änderung muss die geringst mögliche Beeinträchtigung des Arbeitnehmers darstellen, die das vom Arbeitgeber notwendige Ziel der Entgeltgleichheit noch zu erreichen vermag.⁸³

Auf den ersten Blick könnte die Anpassung des Gehalts der benachteiligten Arbeitnehmerin „nach oben“ ein milderer Mittel darstellen. Denn durch die Korrektur des Gehalts der geringer entlohnten Arbeitnehmerin „nach oben“ wird das Ziel der Entgeltgleichheit erreicht. Zudem müssten die besserverdienenden Arbeitnehmer nicht durch eine Gehaltskürzung belastet werden, also würde es sich aus ihrer Perspektive um ein milderer Mittel handeln.

Den milderer Mitteln, die der Arbeitgeber ergreifen muss, ist jedoch eine Grenze zu setzen. Einem Arbeitgeber dürfen nur solche milderer Mittel zur Vermeidung der Kündigung auferlegt werden, die zu ergreifen ihm rechtlich und tatsächlich möglich sind.⁸⁴ Wenn die Gehaltskorrektur „nach oben“ ein milderer Mittel darstellen würde, welches der Arbeitgeber zu ergreifen hätte, so wäre es ihm dadurch unmöglich die Gestaltungsoptionen zur Umsetzung der Entgeltgleichheit, die ihm nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Smith ausdrücklich zustehen sollen, auch tatsächlich auszuüben. Und auch aus der Rechtsprechung des BAG lässt sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung keine Pflicht des Arbeitgebers ableiten, gegenüber einem davon betroffenen Arbeitnehmer zur Herstellung der Entgeltgleichheit in seinem Unternehmen als milderer Mittel auf eine Entgeltanpassung „nach unten“ zu verzichten.⁸⁵

(1007 f.). S Krieger/Plambeck gehen davon aus, dass „**das Interesse an der Wahrung ihres Besitzstandes** an der vor Einführung der [neuen] Vergütungsordnung zustehenden Vergütung **in einer Überleitungsphase eine gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern höhere Vergütung rechtfertigt**, sofern sichergestellt wird, dass in angemessener Zeit eine vollständige Angleichung der Vergütung erfolgt.“ Vgl. zur Zulässigkeit unterschiedlicher Gehälter für gleiche oder gleichwertige Arbeit auch nach Einführung auf objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien beruhender Vergütungssysteme ferner von Steinau-Steinrück/Kurth, NJW-Spezial 2024, 114 (114 f.).

⁸⁰ So die ständige Rspr., statt vieler BAG 22.10.2015 – 2 AZR 550/14, NZA-RR 2016, 243 (245); BAG 02.03.2017 – 2 AZR 546/16, NZA 2017, 905 (907).

⁸¹ BAG 23.06.2005 – 2 AZR 642/04, NZA 2006, 92 (94).

⁸² Ebd.

⁸³ Ascheid/Preis/Schmidt/Künzl KSchG § 2 Rn. 123.

⁸⁴ BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 71; NK-ArbR/Greiner KSchG § 1 Rn. 297.

⁸⁵ Siehe dazu BAG 19.05.1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075 (1076).

Aus der strikt arbeitsvertragsbezogenen Konzeption des Kündigungsschutzes folgt, dass sich der Katalog milderer Maßnahmen regelmäßig auf die Rechtsbeziehung der streitenden Vertragsparteien beschränken muss.⁸⁶ Denn nur die spezifischen, aus Sinn und Zweck des Vertrages und des Gesetzes herleitbaren Interessen der Vertragsparteien spielen für die Frage nach der Rechtfertigung der Kündigung eine Rolle.⁸⁷ Daher war in dem 1993 vom BAG entschiedenen Fall die (Änderungs-)Kündigung anderer Mitarbeiter nicht als gleich geeignete Maßnahme in die Verhältnismäßigkeitsprüfung miteinzubeziehen. Es kommt bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht auf die persönliche Lage des Arbeitnehmers an, sondern darauf, ob der Arbeitgeber sich auf das für die betriebliche Veränderungen unabweisbar Erforderliche beschränkt hat.⁸⁸ Dabei ist die unternehmerische Entscheidung nicht auf die Angemessenheit, also die Verhältnismäßigkeit im engen Sinne zu überprüfen, sondern lediglich auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit, um das mit der Änderungskündigung verfolgte Ziel zu erreichen.⁸⁹ Eine Änderungskündigung mit dem Ziel der Herstellung einer Entgeltgleichheit durch Entgeltanpassung nach unten wäre daher auch verhältnismäßig.

e) Fazit

Dieses Ergebnis überzeugt auch deshalb, weil die deutschen Gerichte bei der Anwendung und Auslegung des deutschen Rechts schon von Verfassungs wegen dazu verpflichtet sind, die erwerbswirtschaftliche Handlungsfreiheit des Arbeitgebers (Art. 12 Abs. 1 GG), welche vor allem auch die berufsbezogene Vertragsfreiheit umfasst, zu berücksichtigen. Das bedeutet zwar nicht, dass Entgeltdiskriminierungen mit einem schlichten Verweis auf dieses Grundrecht gerechtfertigt werden können. Es bedeutet aber, dass das Mittel, eine Entgeltdiskriminierung zu beseitigen, jedenfalls nicht nur eine Anpassung nach oben sein darf, sondern durchaus auch eine Anpassung nach unten sein kann.

2. Frage Nr. 2: Führt die Rechtsprechung zur Entgeltgleichheit dazu, dass individuelle Vergütungsverhandlungen jetzt Geschichte sind?

Neben der eben aufgezeigten Angst der Arbeitgeber vor einer Aufwärtsspirale bei den Arbeitsentgelten treibt sie aktuell noch eine zweite Sorge um, nämlich diejenige, dass das Entgeltgleichheitsgebot in seiner derzeitigen Ausprägung durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts faktisch zum Ende individueller Gehaltsverhandlungen und damit zu einer erheblichen Einschränkung der Vertragsfreiheit führt.

⁸⁶ BAG 19.05.1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075 (1077).

⁸⁷ Ebd.

⁸⁸ Wallner, Die Änderungskündigung, 1. Auflage 2005, Rn. 321.

⁸⁹ Ebd. Rn. 524; ähnlich Berkowsky, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, 1. Auflage 2000, S. 65f.

a) Die Beweislastumkehr des § 22 AGG in Entgeltgleichheitsklagen und ihre Widerlegung

Auslöser für diese Sorge ist erneut die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Entgeltgleichheit. Bereits in der Entscheidung vom 21. Januar 2021 hatte das BAG den „Grundsatz“ aufgestellt, dass eine Auskunft nach §§ 10 ff. EntgTranspG mit dem Ergebnis, dass das Gehalt einer Arbeitnehmerin unter dem Median-Entgelt der männlichen Vergleichspersonen liegt, die widerlegbare Vermutung auslöst, die Arbeitnehmerin würde bei ihrem Arbeitsentgelt unmittelbar wegen ihres Geschlechts benachteiligt.⁹⁰ Diesen Grundsatz erstreckte das Gericht zwei Jahre später, in der Entscheidung vom 16. Februar 2023 auch auf Fälle des individuellen Gehaltsvergleichs: um die Vermutungswirkung des § 22 AGG auszulösen genüge es bereits, dass eine Arbeitnehmerin in einer kleineren Vergleichsgruppe einen (einigen) männlichen Kollegen aufzeigen könne, der bei gleicher Arbeit ein höheres Entgelt erhält.⁹¹ Gelingt dies der Arbeitnehmerin, trage der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und ggf. Beweislast dafür, dass der Entgeltgleichheitsgrundsatz nicht verletzt worden ist.⁹² Er muss also Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot vorliegt, sondern ausschließlich andere Gründe als das Geschlecht zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben.⁹³

Für Arbeitgeber stellt sich damit die essentielle Frage, wie sie eine einmal nach § 22 AGG vermutete Benachteiligung wegen des Geschlechts widerlegen können.⁹⁴ Dabei handelt es sich dogmatisch *nicht* um die Frage, wie eine Ungleichbehandlung *gerechtfertigt* werden kann, sondern ob überhaupt die *Tatbestandsvoraussetzung* einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts vorliegt.⁹⁵ Zur Beantwortung dieser Frage bietet es sich dennoch an, auf § 3 Abs. 3 Satz 2 EntgTranspG abzustellen. Danach können insbesondere arbeitsmarkt-, leistungs-, und arbeitsergebnisbezogene Kriterien eine unterschiedliche Vergütung rechtfertigen.⁹⁶ Als zulässige Kriterien für unterschiedlich hohe Gehälter von Frauen und Männern bei gleicher oder gleichwertiger Tätig-

⁹⁰ BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (1018) Rn. 50 ff.; kritisch u.a. MüKoBGB/Thüsing, 9. Aufl. 2021, AGG § 22 Rn. 29.

⁹¹ BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (962) Rn. 44.

⁹² Ebd. Rn. 46.

⁹³ Ebd.

⁹⁴ Zu Verteidigungsmöglichkeiten bei einmal ausgelöster Vermutung einer (Entgelt-)Benachteiligung wegen des Geschlechts Höpfner/Mohrbutler, RdA 2024, 45 (46 ff.).

⁹⁵ Krieger/Plambeck, NZA 2023, 1001 (1005).

⁹⁶ Vgl. zudem Art. 4 Abs. 4 S. 3 EntgTransp-RL, nach dem Entgeltstrukturen so beschaffen sein müssen, dass anhand von objektiven, geschlechtsneutralen beurteilt werden kann, ob vergleichbare Arbeit geleistet wird. Derartige Kriterien umfassen dabei insbesondere Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen.

keit, die geeignet sind, eine nach § 22 AGG vermutete Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts zu widerlegen, hat das BAG Personalgewinnungsschwierigkeiten,⁹⁷ das mit einschlägiger Berufserfahrung einhergehende Dienstalter (Anciennität)⁹⁸ und eine bessere Qualifikation⁹⁹ anerkannt. Dabei sind allerdings jeweils Einschränkungen zu beachten: So könne – je nach Tätigkeit unterschiedlich – ab einer bestimmten Schwelle „ein Mehr“ an Berufserfahrung womöglich keine (weitere) Steigerung der Qualität der Arbeit mehr bewirken, sodass ein gesteigertes Dienstalter nicht mehr gehaltssteigernd berücksichtigt werden dürfte.¹⁰⁰ Ferner dürfe eine unterschiedliche Qualifikation nur dann vergütungserhöhend berücksichtigt werden, wenn sie für die spezifische Tätigkeit bedeutsam ist.¹⁰¹ Darüber hinaus sei zur Darlegung von Personalgewinnungsschwierigkeiten der Vortrag erforderlich, dass es keine ebenso gut geeigneten Bewerber gegeben hat, die bereit gewesen wären, zu der vom Arbeitgeber angebotenen Vergütung ein Arbeitsverhältnis zu begründen.¹⁰²

Nicht geeignet, eine nach § 22 AGG vermutete Entgeltbenachteiligung zu widerlegen, sei demgegenüber eine unterschiedliche Vergütung aufgrund „allgemeiner Behauptungen“¹⁰³, des bloßen Lebensalters,¹⁰⁴ besseren Verhandlungsgeschicks¹⁰⁵ oder der Gewährung anderer, nicht monetärer Vergünstigungen wie z.B. einer Sonderurlaubsvereinbarung als Ausgleich für eine grundsätzlich niedrigere Vergütung¹⁰⁶.

b) Darlegungsschwierigkeiten in der Praxis

Auch wenn einige der genannten Kriterien – wie z.B. eine bessere Qualifikation oder einschlägige Berufserfahrung – auf den ersten Blick jedenfalls theoretisch als „gute Gründe“ für eine höhere Vergütung einleuchten, stehen Arbeitgeber in der Praxis vor nahezu unmöglichen Darlegungsschwierigkeiten. Die Fragen, die sich im Einzelfall stellen, scheinen schier endlos: Fallen frühere Aushilfsarbeiten in einer Kantine bei der Einstellung als Koch in einer Sterneküche unter „einschlägige Berufserfahrung“? Kann von letzterer noch gesprochen werden, wenn sie über zehn, 15 oder 20 Jahre zurückliegt? Ab welchem Zeitpunkt hat ein Vertriebler/Schreiner/Künstler so viel Berufserfahrung gesammelt, dass sein hohes Dienstalter nicht mehr gehaltssteigernd berücksichtigt werden kann? Ist ein IT’ler durch seine Ausbildung im ERP-System Microsoft Dynamics AX

⁹⁷ BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (962) Rn. 51 f.

⁹⁸ BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (1018) Rn. 69 ff.

⁹⁹ Ebd. Rn. 61.

¹⁰⁰ Ebd. Rn. 72.

¹⁰¹ EuGH 17.10.1989 – C-109/88, NZA 1990, 772 (774) Rn. 25 – Danfoss.

¹⁰² BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (962) Rn. 52.

¹⁰³ BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (1018) Rn. 63.

¹⁰⁴ Vgl. ebd. Rn. 73.

¹⁰⁵ BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (962) Rn. 56.

¹⁰⁶ BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (962) Rn. 64 f.

auch für andere ERP-Systeme gegebenenfalls besser oder gar schlechter qualifiziert? Indiziert bereits die Tatsache, dass ein Arbeitgeber für eine ausgeschriebene Stelle entweder schon gar keine Bewerbungen oder im Ergebnis nur oder größtenteils Absagen erhält, dass keiner bereit gewesen ist, zu der von ihm angebotenen Vergütung zu arbeiten? Oder hat der Arbeitgeber gegen die ablehnenden Bewerber zukünftig einen Anspruch darauf, dass diese ihre Absage begründen, zum Beispiel mit der zu niedrig angesetzten Vergütung für die Stelle? Wie lange muss der Zeitraum sein, in dem der Arbeitgeber erfolglos zu versuchen hat, eine Stelle zu einer bestimmten Vergütung zu besetzen? Inwieweit können Arbeitsbewertungskriterien wie körperliche Anforderungen, Geschicklichkeit und Stressbelastung (ggfs. auch bereits vor Aufnahme der Tätigkeit) beim Arbeitsentgelt „eingepreist“ werden?¹⁰⁷ Was gilt für unterschiedliche Lebenshaltungskosten – kann ein Arbeitgeber Beschäftigten in München wegen höherer Lebenshaltungskosten eine höhere Vergütung zahlen als Beschäftigten in Greifswald, auch wenn in Greifswald mehr Frauen arbeiten als in München?¹⁰⁸ Wie sieht es mit Alternativangeboten aus, d.h. einem attraktiveren Angebot eines anderen Arbeitgebers¹⁰⁹ und rein unternehmerischen Interessen¹¹⁰ wie z.B. einer schlechten Finanzlage¹¹¹ des Arbeitgebers? Kann ein Arbeitgeber die Flexibilität eines Arbeitnehmers, verstanden als Anpassungsfähigkeit an unterschiedliche Arbeitszeiten und -orte, finanziell gesondert honorieren? Und in welcher Form ist eine Dokumentation nötig, um den Vollbeweis im Sinne von § 292 ZPO zu führen?

Dieser Fragenkatalog kann endlos weitergeführt werden. Er zeigt das Minenfeld auf, welches der Arbeitgeber betritt, sollte er versucht sein, einen Arbeitnehmer künftig zu einer höheren Vergütung einzustellen, als der eines vergleichbaren Arbeitnehmers des anderen Geschlechts oder individuelle Gehaltserhöhungen zu gewähren.

Fest steht, dass der Darlegungs- und Beweisaufwand für Arbeitgeber zur Widerlegung einer vermuteten Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts in Entgeltgleichheitsprozessen enorm hoch und faktisch kaum erfüllbar sein wird. Zudem dokumentieren Arbeitgeber bislang derartige Auswahlentscheidungen regelmäßig nicht. In Zukunft müssen sie jedoch in jedem Einzelfall präzise festhalten, aus welchen objektiven Gründen sie beim Einstiegsgehalt oder bei Gehaltserhöhungen vergleichbarer Arbeitnehmer differenzieren. Beruht die Differenzierung auf mehreren Gründen, etwa einer höheren Arbeitsqualität, einer längeren Betriebszugehörigkeit und einem Mehr an Berufserfahrung, müssen Arbeitgeber zusätzlich die Bewertung und Gewichtung dieser Kriterien beweisen.¹¹² Auch das sollte sorgfältig dokumentiert werden, um eine Klage auf Entgelt Differenz erfolgreich abwehren zu können.

¹⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 50.

¹⁰⁸ Vgl. Bauer/Günther/Krieger, AGG und EntgTranspG, 5. Aufl. 2018, EntgTranspG § 3 Rn. 31.

¹⁰⁹ Vgl. Jung, NZA 2024, 18 (21 f.).

¹¹⁰ Vgl. Bauer/Günther/Krieger, EntgTranspG § 3 Rn. 31.

¹¹¹ Vgl. Jung, NZA 2024, 18 (22).

¹¹² LAG Baden-Württemberg – 4 Sa 26/23, ArbR Aktuell 2024, 326

c) Anpassung der datenschutzrechtlichen Aufbewahrungsfristen?

Diese Unterlagen müssen sie zudem in *datenschutzrechtlich* nicht zu beanstandender Weise aufbewahren.¹¹³ Will ein Arbeitgeber zum Beispiel eine einmal vermutete Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts mit akuten, der Lage auf dem Arbeitsmarkt geschuldeten, Personalgewinnungsschwierigkeiten widerlegen, muss er darlegen, dass es keine ebenso gut geeigneten Bewerber gegeben hat, die bereit gewesen wären, zu der von ihm angebotenen Vergütung ein Arbeitsverhältnis zu begründen.¹¹⁴ Das heißt in der Praxis, dass Arbeitgeber, um ihrer Darlegungs- und Beweislast nachkommen zu können, auf die Unterlagen der abgelehnten Bewerber aus dem jeweiligen Einstellungsprozess zugreifen können müssen, um etwa deren höhere Gehaltsvorstellung oder ggfs. auch eine schlechtere fachliche Eignung nachzuweisen.

Die aktuelle betriebliche und datenschutzkonforme Praxis sieht so aus, dass Arbeitgeber Bewerbungsunterlagen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO grundsätzlich so lange aufbewahren, wie dies zur Verteidigung gegen Rechtsansprüche erforderlich ist. Das ist wegen der Ausschlussfristen des § 15 Abs. 4 AGG und § 61b Abs. 1 ArbGG für die Dauer von bis zu sechs Monaten.¹¹⁵

Sind Arbeitgeber zukünftig nun aber auch potentiellen Entgeltgleichheitsklagen ausgesetzt, müssen die Aufbewahrungs- und Löschfristen dem Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO entsprechend länger sein. Denn aufgrund der Verjährungsregelung des Art. 21 Abs. 1 Satz 4 der EntgTransp-RL¹¹⁶ sind die Ausschlussfristen der § 15 Abs. 4 AGG und § 61b Abs. 1, 3 ArbGG auf Entgeltgleichheitsklagen nicht anwendbar. Wegen des Risikos von Entgeltgleichheitsklagen aus dem EntgTranspG dürfen und sollten Arbeitgeber Bewerbungsunterlagen deshalb künftig länger als sechs Monate aufbewahren.¹¹⁷

¹¹³ Vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. e DS-GVO sowie Art. 88 Abs. 1 DS-GVO iVm § 26 BDSG.

¹¹⁴ Vgl. BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (963) Rn. 51 f.

¹¹⁵ Vgl. ErfK/Franzen BDSG, 24. Aufl. 2024 § 26 Rn. 20; Schaub ArbR-HdB/Linck, 20. Aufl. 2023, § 25 Rn. 6; NK-ArbR/Brink/Joos BDSG, § 26 Rn. 80; Gola, RDV 2022, 180 (181). Beachte ferner die Frist des § 61b Abs. 3 ArbGG.

¹¹⁶ Art. 21 Abs. 1 EntgTransp-RL: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in den anwendbaren nationalen Vorschriften für Verjährungsfristen für das Geltendmachen von Ansprüchen auf gleiches Entgelt festgelegt ist, wann die Verjährungsfrist beginnt, wie lange sie dauert, und unter welchen Umständen eine Hemmung oder Unterbrechung der Frist eintritt. Die Verjährungsfristen beginnen nicht, bevor die klagende Partei Kenntnis von einem Verstoß hat oder diese Kenntnis vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann. Die Mitgliedstaaten können beschließen, dass Verjährungsfristen nicht beginnen, solange ein Verstoß weiter besteht, oder dass sie nicht vor Beendigung des Arbeitsvertrags oder des Beschäftigungsverhältnisses beginnen. **Diese Verjährungsfristen dürfen nicht kürzer sein als drei Jahre.**“

¹¹⁷ Bauer/Mayr, AP Nr 2 zu § 3 EntgTranspG; dies liegt allerdings wohl nicht im ursprünglichen Interesse des AGG-Gesetzgebers. Im entsprechenden Gesetzesentwurf (BT-Drs. 16/1780, 38) heißt es insofern zu § 15 Abs. 4 AGG: „Angesichts der in § 22 [AGG] geregelten Beweislastverteilung soll dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, Dokumentationen über Einstellungsverfahren etc. bis zum Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist von drei Jahren aufbewahren zu müssen.“

Sinnvoll für einen praxistauglichen routinemäßigen Umgang mit Unterlagen nicht eingestellter Bewerber erscheint deshalb eine bis zu vierjährige Aufbewahrungsfrist. Das erfasst den Ablauf der maximalen Verjährungsfrist von drei Jahren nach Kenntnis von möglichen anspruchsbegründenden Umständen plus einem Puffer für die Umsetzung der Löschung. In diesem Rahmen hätten Arbeitgeber somit zumindest der Idee nach eine vernünftige Aussicht, eine einmal vermutete Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts dadurch widerlegen und beweisen zu können, dass es keine ebenso gut geeigneten Bewerber gegeben hat (wie den zum Entgeltvergleich herangezogenen Arbeitnehmer), die bereit gewesen wären, zu der angebotenen Vergütung ein Arbeitsverhältnis zu begründen.

Angesichts der damit einhergehenden absehbaren erheblichen Dokumentations- und Archivierungspflichten wird sich die Freude der Arbeitgeber über einen solchen anwaltlichen Ratschlag in Grenzen halten. Auf einem ganz anderen Blatt steht, wie die Datenschutzbehörden sich zu einer solch langen Aufbewahrung von Bewerbungsunterlagen positionieren.

d) Arbeitsvertragliche Ausschlussfristen als Lösung?

Aufgrund der derzeitigen datenschutzrechtlichen Lösungspraxis vieler Unternehmen stehen Arbeitgebern Stand heute faktisch keine Dokumente zur Verfügung, um die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Entgeltbenachteiligung zu widerlegen. Verschärft wird diese Situation noch dadurch, dass momentan unklar ist, wie lange Arbeitnehmer eine Anpassung der Vergütung „nach oben“ rückwirkend geltend machen können. Deshalb könnte es Arbeitgebern helfen, wenn arbeitsvertragliche Ausschlussfristen auch Zahlungsansprüche auf „gleiches Entgelt“ erfassen würden. Fraglich ist deshalb, ob arbeitsvertragliche Ausschlussfristen sich auch auf Ansprüche auf gleiches Arbeitsentgelt wegen geschlechtsbezogener Benachteiligung erstrecken oder das Unionsrecht dem entgegensteht.

Sowohl das Schrifttum als auch die Rechtsprechung gehen derzeit davon aus, dass die Geltendmachung von Entgeltgleichheitsansprüchen nach §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG durch Ausschlussfristen in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder AGB zeitlich begrenzt werden kann.¹¹⁸ Begründet wird dies mit der Entstehungsgeschichte des § 7 EntgTranspG. Er enthielt ursprünglich für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Entgeltgleichheit einen Verweis auf die Verjährungsfristen des BGB.¹¹⁹ Durch den Wegfall dieses Absatzes im finalen Gesetzestext wolle der Gesetzgeber individualvertragliche oder kollektivrechtliche Einschränkungen gerade ermöglichen.¹²⁰

¹¹⁸ Vgl. Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809 (812); Göpfert/Giese, NZA 2018, 207 (209 f.); BeckOK ArbR/Roloff EntgTranspG § 7 Rn. 10 mit Verweis auf BAG 16.02.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 Rn. 70 u.a.

¹¹⁹ Ref-E EntgTranspG v. 27.10.2016, S. 9, 72.

¹²⁰ Dazu MHdB ArbR/Oetker, Band 1: Individualarbeitsrecht 1, § 17 Rn. 77.

Ob sich diese Auffassung nach Inkrafttreten der EntgTransp-RL noch aufrechterhalten lässt, ist fraglich. Denn nach Art. 21 Abs. 1 Satz 4 EntgTransp-RL dürfen Verjährungsfristen für Ansprüche auf Entgeltgleichheit nicht kürzer als drei Jahre sein. Erwägungsgrund 53 der EntgTransp-RL stellt dazu erläuternd fest, dass nationale Vorschriften über die Verjährungsfristen nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Ausübung der Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Ausschlussfristen, die den Entgeltgleichheitsanspruch erfassen und die Geltendmachung einer Entgeltgleichheitsklage auf einen kürzeren Zeitraum als drei Jahre ab Kenntnis vom Entgeltgleichheitsverstoß beschränken, erschweren jedenfalls die Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgebots deutlich. Deshalb wird sich voraussichtlich die bisherige Ansicht, wonach Entgeltgleichheitsansprüche von Ausschlussfristen erfasst sein können, nicht mehr halten lassen.

Doch auch unabhängig von einer Vereinbarkeit mit dem europäischen Recht können Arbeitgeber nicht (mehr) darauf vertrauen, dass Ausschlussfristen auch Ansprüche auf Entgeltgleichheit erfassen. Das BAG änderte 2020 seine Rechtsprechung zur Auslegung von arbeitsvertraglichen Verfallsklauseln. Seitdem erfassen pauschale Ausgleichsklauseln auch Ansprüche aus vorsätzlicher Vertragsverletzung.¹²¹ Andernfalls würde den Parteien – entgegen dem unmissverständlichen Wortlaut der pauschalen Verfallsklausel – generell der Wille unterstellt, sich mit ihren Regelungen stets im Rahmen dessen zu halten, was nach den geltenden Gesetzen zulässig ist.¹²² Arbeitsvertragliche Verfallsklauseln müssen deshalb Haftungsansprüche wegen Vorsatzes ausdrücklich ausnehmen, andernfalls sind sie wegen des Verstoßes gegen § 202 Abs. 1 BGB nach § 134 BGB nichtig. Diese Rechtsprechung greift auch für pauschal formulierte arbeitsvertragliche Ausschlussfristen, sofern sie künftig Entgeltgleichheitsansprüche nach §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG und Art. 157 Abs. 1 AEUV umfassen und nicht ausdrücklich ausnehmen. Da es sich bei § 3 Abs. 1 EntgTranspG und Art. 157 Abs. 1 AEUV ebenso wie bei § 202 Abs. 1 BGB um Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB handelt,¹²³ sind solche Ausschlussklauseln ebenfalls nichtig.¹²⁴

Arbeitgeber müssen sich deshalb darauf einstellen, Ansprüche auf wegen des Geschlechts vorerhaltenen Arbeitsentgelts nicht mehr wirksam durch Ausschlussfristen ausschließen zu können. Die an die EntgTransp-RL angepasste Neufassung des EntgTranspG wird sehr wahrscheinlich eine Regelung enthalten, wonach für Entgeltgleichheitsansprüche die Verjährungsfristen des BGB gelten.

e) Fazit

Bleibt es bei der derzeitigen Rechtsprechung des 8. Senats und den sehr niedrigen Hürden zum Eingreifen der Vermutungswirkung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts, dann ist es im

¹²¹ BAG 26.11.2020 – 8 AZR 58/20, NJW 2021, 1975 (1977) Rn. 55 ff.; zur Besprechung siehe u.a. Lingemann, ArbAktuell 2021, 246.

¹²² BAG 26.11.2020 – 8 AZR 58/20, NJW 2021, 1975 (1977) Rn. 60.

¹²³ Vgl. BeckOK BGB/Wendtland BGB § 134 Rn. 5 f.

¹²⁴ Gatz, NJW 2021, 3563 (3566) Rn. 17.

Ergebnis für Arbeitgeber faktisch nahezu unmöglich, die einmal nach § 22 AGG begründete Vermutung der Entgeltbenachteiligung zu widerlegen. Entkommen können sie dem nur, wenn sie mit extrem hohem zusätzlichem bürokratischen Aufwand künftig großflächig sämtliche Bewerbungs- und Beförderungsunterlagen und -vorgänge dokumentieren und erheblich länger als bislang, nämlich bis zu vier Jahre, aufbewahren und das Risiko in Kauf nehmen, sich damit unter Umständen datenschutzrechtlichen Konflikten auszusetzen. Ausschlussfristen könnten bei dem Versuch, ihr Risiko zu minimieren, versagen. Die Arbeitgebern vom Gesetzgeber eröffnete Möglichkeit, eine vermutete Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts im Einzelfall durch objektive, geschlechtsneutrale Faktoren zu rechtfertigen bzw. die Vermutung der Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts zu widerlegen, ist aktuell somit in der Praxis faktisch wertlos. In der Konsequenz kann man Arbeitgebern derzeit deshalb nur davon abraten, Gehälter individuell zu verhandeln.

Sollte bezüglich etwaiger Kriterien zur Widerlegung der Vermutung einer Entgeltdiskriminierung nicht schnell mehr Rechtssicherheit geschaffen werden, sind individuelle Vergütungsverhandlungen damit tatsächlich (Rechts-)Geschichte.

3. Frage Nr. 3: Hat die EntgTransp-RL zur Folge, dass Arbeitgeber bald Arbeitnehmerprozesse finanzieren müssen?

- a) Anwendbarkeit von § 12a Abs. 2 Satz 1 ArbGG in diskriminierungsrechtlichen Streitigkeiten

Abweichend von dem Grundsatz, dass in einem Rechtsstreit die unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits trägt, sieht § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG für das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs vor, dass ein „*Anspruch der obsiegenden Partei auf [...] Erstattung der Kosten für Zuziehung eines Prozessbevollmächtigten oder Beistands*“ nicht besteht. Dieser Ausschluss der Kostenerstattung gilt zunächst für den prozessualen Kostenerstattungsanspruch aus § 91 ZPO, schließt nach ganz herrschender Meinung daneben aber auch materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche,¹²⁵ z.B. aus § 823 BGB, aus.¹²⁶ Im Ergebnis trägt nach dem deutschen Arbeitsverfahrensrecht somit jede Partei die ihr entstandenen Kosten eines Prozessbevollmäch-

¹²⁵ Der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch bedarf einer Anspruchsgrundlage im materiellen Recht. Für denkbare Anspruchsgrundlagen siehe BeckOK ZPO/Jaspersen ZPO § 91 Rn. 24.

¹²⁶ BAG 30.4.1992 – 8 AZR 288/91, NZA 1992, 1101; BAG 27.10.2005 – 8 AZR 546/03, NZA 2006, 259 (262) Rn. 33; BAG 11.3.2008 – 3 AZN 1311/07, BeckRS 2011, 78853 Rn. 6; BAG 28.11.2019 – 8 AZR 293/18 = NZA 2020, 465 (466) Rn. 20; ErfK/Koch, 23. Aufl. 2023, ArbGG § 12a Rn.; NK-ArbR/Müller ArbGG § 12a Rn. 47; BeckOK ArbR/Klose ArbGG § 12a Rn. 2; eingehend Schleusener/Kühn NZA 2008, 147 ff.; aA Becker, Der Ausschluss der Kostenerstattung im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren, Nomos, 1. Aufl. 2024, S. 65 ff.; Zum Verhältnis von prozessualen und materiellen Kostenerstattungsanspruch siehe ebd., S. 63 f.; BeckOK ZPO/Jaspersen ZPO § 91 Rn. 40 ff. und Fischer, JuS 2013, 694 ff.

tigten in erster Instanz unabhängig vom Verfahrensausgang selbst. Grund dafür ist, die Arbeitsvertragsparteien nicht davon abzuhalten, ihre Rechte aus dem Arbeitsverhältnis gerichtlich geltend zu machen, weil sie hohe Anwaltskosten für die Gegenseite befürchten müssen.¹²⁷

Unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH und die Entwicklung des europäischen Richtlinienrechts wird inzwischen jedoch die Nichtanwendbarkeit des § 12a Abs. 1 ArbGG jedenfalls auf diskriminierungsrechtliche Streitigkeiten diskutiert.¹²⁸ Dieser Gedanke liegt nahe. Denn sowohl der EuGH als auch insbesondere das europäische Richtlinienrecht fordern *wirksame und abschreckende Sanktionen* des nationalen Rechts für den Fall der Verletzung von einschlägigem Antidiskriminierungsrecht.¹²⁹ Der EuGH verlangt insoweit eine vollständige finanzielle Wiedergutmachung durch die schädigende Partei.¹³⁰ In seiner Entscheidung vom 14. September 2023, der sog. TGSS-Entscheidung, stellte das Gericht zudem klar, dass eine derartige vollständige Wiedergutmachung auch die Prozesskosten und Anwaltshonorare umfasst, wenn Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche geltend gemacht werden, die auf einer Diskriminierung wegen des Geschlechts beruhen.¹³¹ Weil die Erstattung von Prozess- und Anwaltskosten bereits *an sich* zu einer vollständigen finanziellen Wiedergutmachung gehört, sei irrelevant, dass es unter Umständen aufgrund nationaler Verfahrensvorschriften nicht möglich ist, die für die Diskriminierung verantwortliche Partei zu einer entsprechenden Kostentragung zu verurteilen.¹³²

Überträgt man diese EuGH-Rechtsprechung auf unsere nationale Ebene, dann dürfen deutsche Arbeitsgerichte in Verfahren, in denen es um einen materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruch aus z.B. § 15 Abs. 1 AGG geht, die Kosten für den Prozessbevollmächtigten des klagenden Arbeitnehmers nicht nach § 12a Abs. 1 ArbGG dem klagenden Arbeitnehmer auferlegen, sondern dem Arbeitgeber.¹³³

Gestützt wird dieses Ergebnis durch die EntgTransp-RL. Auch sie fordert in Art. 23 Abs. 1 auf nationalgesetzlicher Ebene *wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen* bei Verletzung des europäischen Entgeltgleichheitsgrundsatzes. Abs. 2 Satz 1 von Art. 23 EntgTransp-RL bekräftigt dies und verlangt den nationalen Sanktionsnormen auch eine *tatsächlich* abschreckende Wirkung ab. Die Zusammenschau von TGSS-Entscheidung und Art. 23 EntgTransp-RL

¹²⁷ NK-ArbR/Müller ArbGG § 12a Rn. 1.

¹²⁸ Becker, Kapitel 5, S. 210 ff.; BeckOK ArbR/Klose ArbGG § 12a Rn. 2a mit Verweis auf Becker, NZA 2024, 103 ff.; vgl. auch Husemann, EuZA 2022, 166 (172).

¹²⁹ Erstmals EuGH 21.9.1989 – C-68/88, BeckRS 2004, 73533 Rn. 24; ferner EuGH 14.9.2023 – C-113/22 Rn. 51, NZA 2023, 1235 (1237) – TGSS; EuGH 17.12.2015 – C-407/14 Rn.38, NZA 2016, 471 (472) – Arjona Camacho; siehe zudem Art. 23 RL 2023/970, Art. 8 RL 2022/2381, Art. 13 RL 2019/1158, Art. 25 RL 2006/54/EG, Art. 8 RL 2004/113/EG, Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG.

¹³⁰ EuGH 14.9.2023 – C-113/22 NZA 2023, 1235, Rn. 50, 57, – TGSS.

¹³¹ Ebd. Rn. 58, 60.

¹³² Ebd.

¹³³ Zur Frage, ob der Schutzzweck des § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG diesem Ergebnis entgegensteht, verneinend Becker, NZA 2024, 103 (105).

macht es sehr deutlich, dass in Deutschland bei Entgeltgleichheitsklagen § 12a Abs. 1 ArbGG wegen Verstoßes gegen das europäische Recht keine Anwendung mehr finden können wird.

b) Umfang der von Arbeitgebern zu tragenden Kosten

Unterliegt ein Arbeitgeber demnach der Entgeltgleichheitsklage einer seiner Arbeitnehmerinnen, trägt er neben den eigenen zur Rechtsverteidigung aufgebrauchten Kosten nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch die seiner Arbeitnehmerin entstandenen Kosten eines Prozessbevollmächtigten. Das wirft sofort die Frage auf, in welcher Höhe diese Kosten erstattungsfähig sein werden. Muss der Arbeitgeber der obsiegenden Arbeitnehmerin die *tatsächlich angefallenen* Anwaltskosten erstatten oder ist die Erstattung auf die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts nach dem RVG begrenzt?

Im Rahmen eines prozessualen Kostenerstattungsanspruchs sind nach § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO ausdrücklich nur die *gesetzlichen Gebühren und Auslagen* erstattungsfähig.¹³⁴ Dahinter steht der Gedanke, dass das für die unterliegende Partei mit dem Rechtsstreit verbundene Kostenrisiko ansonsten unkalkulierbar würde.¹³⁵ Nach der Rechtsprechung des BGH ist auch der materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch grundsätzlich auf die Höhe der gesetzlichen Rechtsanwaltsgebühren begrenzt.¹³⁶ In besonderen Fällen verpflichtet der BGH den Schädiger jedoch dazu, dem Geschädigten auch höhere Aufwendungen aus einer Honorarvereinbarung zu erstatten. Das soll immer dann der Fall sein, wenn der Geschädigte eine solche Honorarvereinbarung wegen der besonderen Lage des Falls für erforderlich und zweckmäßig halten durfte.¹³⁷ Dies ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn ein zur Vertretung bereiter und geeigneter, also insbesondere hinreichend spezialisierter Rechtsanwalt zu den gesetzlichen Gebühren nicht gefunden werden kann, weil z.B. der Rechtsstreit zu aufwändig und der Streitwert zu gering ist.¹³⁸ Gelingt es der insoweit vollbeweispflichtigen benachteiligten Arbeitnehmerin, einen solchen Ausnahmefall darzulegen, muss der unterliegende Arbeitgeber ihr folglich schon nach bisheriger Rechtsprechung auch die über die im RVG niedergelegten Sätze hinausgehenden Anwaltskosten erstatten. Ob sich dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis in Entgeltgleichheitsklagen angesichts der Anforderungen der EntgTransp-RL aufrechterhalten lässt, wird sich zeigen.

Allerdings wagen wir die Prognose, dass dies nicht der Fall sein wird. Denn der EntgTransp-RL ist deutlich zu entnehmen, dass die Kosten eines Rechtsstreits für den europäischen Gesetzgeber ein schwerwiegendes Hindernis für Opfer geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung dar-

¹³⁴ Eingehend Gierl, in Saenger, Zivilprozessordnung, 10. Aufl. 2023, § 91 Rn. 41.

¹³⁵ BGH 14.9. 2004 - VI ZB 22/04, NJW-RR 2005, 499.

¹³⁶ BGH 16.7.2015 – IX ZR 197/14, NJW 2015, 3447 (3451) Gesamtschau der Rn. 57-60.

¹³⁷ Ebd. Rn. 58.

¹³⁸ Ebd.; Zur Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten bei Honorarvereinbarung siehe Mediger, MDR 2017, 245 ff. und Saenger/Uphoff, NJW 2014, 1412 ff.

stellen und deshalb geeignet sind, die Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes zu verhindern.¹³⁹ Dementsprechend sollen die Mitgliedsstaaten es nach unserem Verständnis von Art. 22 EntgTranspRL in Verbindung mit Erwägungsgrund 54 EntgTransp-RL den nationalen Gerichten auch ermöglichen, die Verfahrenskosten unter bestimmten Umständen selbst dann dem Arbeitgeber aufzuerlegen, wenn mangels Obsiegen grundsätzlich die auf Entgeltgleichheit klagende Arbeitnehmerin die Verfahrenskosten zu tragen hätte. Daraus lässt sich freilich keineswegs entnehmen, dass unter diese genannten Verfahrenskosten auch solche Kosten eines Prozessbevollmächtigten zu verstehen sind, die die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des nationalen Verfahrensrechts überschreiten.

Nach dem Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 EntgTranspG müssen Sanktionen, die auf eine Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts folgen, nicht nur wirksam und abschreckend, sondern insbesondere auch verhältnismäßig sein. Das wiederum spricht dafür, dass Anwaltskosten, die die nationalen gesetzlichen Gebühren und Auslagen überschreiten, zumindest nicht ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung als erstattungsfähig festgesetzt werden dürfen.

Klarheit bringen und Rechtssicherheit schaffen dürfte insofern allerdings nur ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV. Dabei wäre dem EuGH von einem nationalen Gericht die Frage vorzulegen, ob Art. 23 EntgTranspRL der Auslegung nationaler Rechtsvorschriften entgegensteht, die die der obsiegenden Partei von der unterlegenen Partei zu erstattenden Kosten eines Prozessbevollmächtigten grundsätzlich auf die Höhe einer (national-)gesetzlichen Gebührenordnung begrenzt.

c) Fazit

Auch die Antwort auf die dritte Frage, nämlich ob Arbeitgeber künftig Arbeitnehmerprozesse finanzieren müssen, ist jedenfalls in Entgeltgleichheitsklagen ein klares „Ja“. Ein Arbeitgeber, der in einer Entgeltgleichheitsklage unterliegt, trägt neben den Gerichtskosten jedenfalls die gesetzlichen Gebühren des von der Arbeitnehmerin in Anspruch genommenen Rechtsanwalts. § 12a Abs. 1 ArbGG gilt hier mangels Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht nicht.

Darüber hinaus können im Einzelfall auch die tatsächlichen Rechtsanwaltsgebühren erstattungsfähig sein, wenn die Arbeitnehmerin diese höheren Aufwendungen für erforderlich und zweckmäßig halten durfte. Ob die derzeitige ausnahmsweise Erstattung der tatsächlichen Anwaltsgebühren mit Blick auf das geltende Unionsrecht eine Ausnahme bleibt und nicht zur Regel werden wird, wird vom EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV entschieden werden müssen. Verliert ein Arbeitgeber eine diskriminierungsrechtliche Entgeltstreitigkeit, hat er bereits heute auch in erster Instanz den ihm gegenüber angestregten Gerichtsprozess seiner Arbeitnehmerin zu finanzieren. Nicht auszuschließen ist, dass diese Rechtsfolge bei der Umsetzung der EntgTransp-RL in deutsches Recht auch auf Fälle erstreckt wird, in denen der Arbeitgeber obsiegt.

¹³⁹ RL 2023/970, ABl. L 132 v. 17.5.2023, S. 22, ErwG 54.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

1. Der holprige Ritt auf dem Weg der Entgeltgleichheit setzt sich fort. Wie der deutsche Gesetzgeber die vom europäischen Richtliniengeber angestoßene notwendige Überarbeitung des EntgTranspG in die Praxis umsetzen wird, ist derzeit noch unklar. Klar dagegen ist, dass sich die sogenannte unerklärte Lohnlücke, der bereinigte Gender Pay Gap, nicht automatisch mit einer Diskriminierung von Frauen wegen ihres Geschlechts erklären lässt. Zumindest fehlt es dafür an eindeutigen Belegen. Der europäische Gesetzgeber ist deshalb auf Grundlage eines mehr unterstellten als wissenschaftlich belegten Problems der strukturellen europaweiten Entgeltdiskriminierung tätig geworden. Infolgedessen hat er mit der EntgTransp-RL ein richtungsweisendes Regelungswerk geschaffen, das mit Kanonen auf (fiktive) Spatzen schießt.
2. Es ist unerlässlich, dass sich der Gesetzgeber, aber auch die Rechtsprechung diesen bedenklichen Umstand bei der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht und insbesondere auch bei der Auslegung der entsprechenden Entgeltgleichheitsbestimmungen immer wieder verdeutlichen. Andernfalls droht eine erhebliche Gefahr, dass erlassene Maßnahmen und Rechtsakte den Verfasser mangels Verhältnismäßigkeit auf verfassungsrechtlicher Ebene schon bald wieder einholen, weil eine „kollektive Entgeltgleichheit um jeden Preis“ mit den Freiheitsrechten unseres Grundgesetzes womöglich nicht vereinbar ist.
3. Für Arbeitgeber ist das derzeit bestehende Ausmaß an Rechtsunsicherheit in Entgeltgleichheitsfällen nur schwer erträglich. Klagt eine Arbeitnehmerin wegen Entgeltdiskriminierung, müssen sich Arbeitgeber zwischen zwei gleich großen Übeln entscheiden: Entweder riskieren sie eine finanziell im Einzelfall nicht zu stemmende geschlechtsspezifische Aufwärtsspirale bei den Gehältern sämtlicher ihrer Arbeitnehmer oder sie versuchen durch Änderungskündigungen zwar Entgeltgleichheit zu schaffen, ernten damit aber große Unruhe und Unzufriedenheit in ihrer Belegschaft. Mangels eindeutiger, leicht handhab- und somit nachweisbarer Kriterien für die Gewährung einer höheren Vergütung auf der einen und den möglichen gravierenden Folgen einer Entgeltgleichheitsklage auf der anderen Seite, ist Arbeitgebern derzeit dringend davon abzuraten, Vergütungen individuell zu verhandeln. Es ist offensichtlich, dass dieses Ergebnis ebenso wenig im Interesse der Arbeitnehmer liegt, weil auch sie folglich auf flexible Vergütungsmodelle verzichten müssen.
4. Schließlich werden Arbeitgeber zusätzlich dadurch belastet, dass § 12a Abs. 1 ArbGG in (Entgelt-) Diskriminierungsfällen aller Voraussicht nach unionsrechtswidrig ist und sie somit in Zukunft auch die Kosten des gegnerischen Prozessbevollmächtigten tragen müssen.
5. Vor dem Hintergrund der vielen administrativen Bürden, die in Deutschland ansässige Arbeitgeber ohnehin schon zu tragen haben, können wir nur an den Gesetzgeber und die Rechtsprechung appellieren, in Entgeltgleichheitsfragen (mehr) Augenmaß walten zu lassen.

* * * * *