



**HOCHSCHULE FÜR
ÖFFENTLICHE VERWALTUNG UND FINANZEN
LUDWIGSBURG**

UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

**„Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ – die rechtliche Durchsetzbarkeit
des Equal-Pay-Grundsatzes unter Berücksichtigung des
BAG-Urteils vom 16.02.2023**

Bachelorarbeit

zur Erlangung des Grades einer
Bachelor of Arts (B.A.)
im Studiengang gehobener Verwaltungsdienst – Public Management

vorgelegt von

Julia Häfele

Studienjahr 2023/2024

Erstgutachterin: Prof. Dr. Friederike Meurer
Zweitgutachterin: Annett Hildenbrand

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	IV
Genderhinweis	VI
1 Einleitung	1
2 Entgeltgleichheit von Frauen und Männern	2
2.1 Allgemeine Situation in Deutschland	3
2.2 Rechtsnormen zur Entgeltgleichheit	3
2.2.1 Gebot der Entgeltgleichheit – Art. 157 AEUV	4
2.2.2 Gleichberechtigung der Geschlechter – Art. 3 Abs. 2 GG	6
2.2.3 Allgemeines Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts - § 3 AGG	7
2.2.4 §§ 3, 7 EntgTranspG	8
2.2.5 EU-Richtlinie zur Entgelttransparenz	13
2.3 Einschlägige bisherige Rechtsprechung im Überblick	17
2.3.1 Urteil des BAG vom 25.06.2020	18
2.3.2 Urteil des BAG vom 21.01.2021	19
3 Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16.02.2023	20
3.1 Sachverhalt	20
3.2 Entscheidung des BAG	22
3.3 Entscheidungsgründe	23
4 Bedeutung des BAG-Urteils für die Praxis	26

4.1	Equal Pay als Grenze der Vertragsfreiheit	27
4.2	Objektive Kriterien als Rechtfertigung	30
4.2.1	Qualifikation	30
4.2.2	Berufserfahrung	31
4.2.3	Betriebszugehörigkeit/Dienstalter	31
4.2.4	Leistung	33
4.2.5	Einschlägige Zusatzqualifikation	34
4.2.6	Körperliche Anforderungen	34
4.2.7	Flexibilität – Anpassungsfähigkeit an unterschiedliche Arbeitszeiten und -orte	35
4.2.8	Besetzung offener Stellen	36
4.2.9	Eingruppierung nach Tarifvertrag	37
4.3	Konkreter Handlungsbedarf für Unternehmen / Verwaltungen	42
4.4	Gebot der Entgeltgleichheit für beide Geschlechter	45
5	Fazit	46
	Literaturverzeichnis	49
	Erklärung	52

Abkürzungsverzeichnis

ADS	Antidiskriminierungsstelle des Bundes
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell, Zeitschrift
BAG	Bundesarbeitsgericht
BeckOK ArbR	Beck'sche Online-Kommentar zum Arbeitsrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BPW	Business and Professional Women Germany e. V.
Destatis	Statistisches Bundesamt
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
djbZ	Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes
EntgTranspG	Entgelttransparenzgesetz
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GFF	Gesellschaft für Freiheitsrechte
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
i. d. R.	in der Regel

i. S. v.	im Sinne von
LAG	Landesarbeitsgericht
LKomBesG	Landeskommunalbesoldungsgesetz
MHdB ArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
NK-GA	NomosKommentar-Gesamtes Arbeitsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift
RL	Richtlinie
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
Ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
VG	Verwaltungsgericht
VKA	Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Genderhinweis

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit die gewohnte männliche Sprachform bei personenbezogenen Substantiven und Pronomen verwendet. Dies impliziert jedoch keine Benachteiligung des weiblichen oder diversen Geschlechts, sondern soll im Sinne der sprachlichen Vereinfachung als geschlechtsneutral zu verstehen sein.

1 Einleitung

„Die Entgelttransparenz-Richtlinie ist für alle Frauen in Europa ein starkes Signal. Ich werde mich dafür einsetzen, dass Deutschland die Richtlinie in einem ambitionierten Entgelttransparenzgesetz umsetzt: Frauen sollen es künftig leichter haben, eine ungleiche und nicht an der Leistung ausgerichtete Entlohnung zu erkennen und ihr Recht auf gleiches Entgelt auch durchzusetzen.“¹

Das versprach die Bundesfrauenministerin Lisa Paus im April 2023 anlässlich der finalen Annahme der Entgelttransparenz-Richtlinie der Europäischen Union durch den Rat der EU. Die mittlerweile am 6. Juni 2023 in Kraft getretene Richtlinie soll die immer noch vorherrschende geschlechtsspezifische Lohnlücke in der EU verringern.

Auch in Deutschland werden Frauen und Männer noch immer ungleich bezahlt. Darauf hat der am 7. März 2023 stattgefundene Equal Pay Day erneut aufmerksam gemacht.

Am 16. Februar 2023 fällte das Bundesarbeitsgericht ein wichtiges Urteil über die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. Es führte unter anderem dazu aus, ob und wie sich eine ungleiche Bezahlung ausnahmsweise rechtfertigen lässt. In den Medien wird dieses Urteil als ein wichtiger Meilenstein für gleiche Bezahlung bezeichnet.

Ziel dieser Arbeit ist es zu beleuchten, inwieweit sich der Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ rechtlich durchsetzen lässt, schwerpunktmäßig unter Berücksichtigung des BAG-Urteils vom Februar 2023. Es soll herausgearbeitet werden, welche Bedeutung das Urteil für die Entgeltgleichheit hat, insbesondere, wie eine Rechtfertigung von Gehaltsunterschieden zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten künftig aussehen kann. Außerdem soll dargelegt werden, welche Auswirkungen das Urteil auf die Vergütungspraxis von Arbeitgebern hat und welche Rolle Gehaltstransparenz spielt. Auch soll deutlich gemacht werden,

¹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: Starkes Signal für die gleiche Bezahlung von Frauen und Männern in Europa; <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/starkes-signal-fuer-die-gleiche-bezahlung-von-frauen-und-maennern-in-europa-224028> [Abruf am 06.09.2023].

was sich nach Umsetzung der neuen europäischen Entgelttransparenzrichtlinie in deutsches Recht für Arbeitgeber verändern wird und ob diese zu einer effektiven Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes beitragen kann.

Zunächst wird in Kapitel 2 dargestellt, inwieweit Entgeltgleichheit von Frauen und Männern in Deutschland verwirklicht ist. Dabei wird die tatsächliche Situation kurz umrissen. Anschließend werden die bestehenden Rechtsnormen zur Entgeltgleichheit erläutert und deren Wirksamkeit bewertet. Danach folgt ein kurzer Überblick zu bisheriger Rechtsprechung des BAG zur Entgeltgleichheit. In Kapitel 3 folgt eine Auseinandersetzung mit dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16.02.2023 zum Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“. Es wird zunächst der Sachverhalt geschildert, dann folgt die Entscheidung des BAG und abschließend werden die Entscheidungsgründe zur Urteilsfindung dargelegt. Der Fokus der Arbeit liegt auf Kapitel 4, in dem Auswirkungen des Urteils auf die Praxis erarbeitet werden. Es wird aufgezeigt, mit welchen Kriterien zukünftig eine ungleiche Bezahlung der Geschlechter gerechtfertigt werden kann. Des Weiteren wird herausgearbeitet, wo Handlungsbedarf für Arbeitgeber besteht. Abschließend findet sich in Kapitel 5 ein Fazit, das Schlüsse aus den erarbeiteten Punkten zieht.

2 Entgeltgleichheit von Frauen und Männern

Männer und Frauen sind nach Art. 3 Grundgesetz gleichberechtigt. Trotz gleicher Rechte sind Frauen und Männer nicht in allen Lebensbereichen gleichgestellt. Unterschiede zwischen den Geschlechtern bestehen nach wie vor beim Entgelt. Wirft man einen Blick auf die Statistik, stellt man fest, dass in der Praxis gleiche und gleichwertige Arbeit von Männern und Frauen nicht gleich entlohnt wird, obwohl es mehrere rechtliche Vorschriften gibt, die eine Entgeltgleichheit vorschreiben. Zunächst wird kurz aufgezeigt, wie sich der Verdienstunterschied zwischen Männern und Frauen in Deutschland in Zahlen ausdrückt. Im Anschluss werden Rechtsnormen zur Entgeltgleichheit erläutert. Danach schließt sich eine Betrachtung einschlägiger bisheriger Rechtsprechung zur Entgeltgleichheit an.

2.1 Allgemeine Situation in Deutschland

Ein Verdienstunterschied, der sogenannte Gender Pay Gap bzw. die geschlechtsspezifische Entgeltlücke zwischen Frauen und Männern, lässt sich seit Jahren in Deutschland belegen. Laut Berechnungen des Statistischen Bundesamtes verdienen Frauen in Deutschland im Jahr 2022 pro Stunde durchschnittlich 18 % weniger als Männer, womit Deutschland in Sachen Lohngleichheit im europäischen Vergleich zu den Schlusslichtern zählt.² Die Lohnlücke lässt sich zum Teil auf strukturelle Unterschiede und Ursachen zurückführen. Viele Frauen erlernen schlechter bezahlte Berufe, arbeiten seltener in Führungspositionen, nehmen Auszeiten wegen Elternzeit bzw. Kindererziehung und arbeiten häufiger in Teilzeit oder in Minijobs, was mit geringeren durchschnittlichen Bruttostundenverdiensten einhergeht. Doch selbst wenn man diese strukturellen Faktoren unberücksichtigt lässt, verdienen in Deutschland im Jahr 2022 Frauen mit vergleichbaren Qualifikationen, Tätigkeiten und Erwerbsbiografien immer noch im Schnitt 7 % weniger pro Stunde als ihre männlichen Kollegen.³

Jedes Jahr wird in Deutschland Anfang März am Equal Pay Day auf die Entgeltungleichheit gesellschaftlich aufmerksam gemacht. Bisher hat sich die Entgeltlücke nur langsam verringert⁴, obwohl das Gebot der Entgeltgleichheit seit mehreren Jahrzehnten rechtlich niedergeschrieben ist.

2.2 Rechtsnormen zur Entgeltgleichheit

Der Grundsatz der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern wird durch verschiedene rechtliche Bestimmungen sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene geregelt. Europarechtlich findet sich der Grundsatz in Art. 157 im Vertrag

² Destatis: Gender Pay Gap 2022: Deutschland bleibt eines der EU-Schlusslichter; <https://www.destatis.de/Europa/DE/Thema/Bevoelkerung-Arbeit-Soziales/Arbeitsmarkt/GenderPayGap.html#:~:text=Im%20EU%2DDurchschnitt%20verringerte%20sich,in%20Deutschland%20auf%2010%20%25%20senken>. [Abruf am 30.08.2023].

³ Destatis: Pressemitteilung Nr. 036 vom 30. Januar 2023: Gender Pay Gap 2022; https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/01/PD23_036_621.html [Abruf am 30.08.2023].

⁴ BPW Germany e.V.: Der aktuelle Gender Pay Gap in Deutschland; <https://www.equalpayday.de/informieren/> [Abruf am 30.08.2023].

über die Arbeitsweise der Europäischen Union. In Deutschland enthält das Grundgesetz den Grundsatz der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern, womit dieser Verfassungsrang hat. Einfachgesetzlich wird dieser Grundsatz im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz sowie im Entgelttransparenzgesetz konkretisiert. Die neue EU-Richtlinie 2023/970 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen (im Folgenden: RL 2023/970/EU) vom 10. Mai 2023 sieht vor, dass Frauen und Männer in der Europäischen Union künftig für gleiche und gleichwertige Arbeit auch das Gleiche verdienen. Sie soll in Deutschland die Schwachstellen des EntgTranspG beseitigen.

2.2.1 Gebot der Entgeltgleichheit – Art. 157 AEUV

Auf europäischer Ebene ist das Gebot der Entgeltgleichheit in Art. 157 AEUV normiert. Art. 157 Abs. 1 AEUV richtet sich an die einzelnen EU-Mitgliedstaaten mit der Verpflichtung, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen. Zudem entfaltet die Regelung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Drittwirkung zwischen Privaten, sodass sich Arbeitnehmer in Rechtsstreitigkeiten gegenüber ihrem Arbeitgeber unmittelbar auf diesen unionsrechtlichen Grundsatz berufen können.⁵ Die unmittelbare Wirkung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer lässt sich mit der Legaldefinition des Art. 157 Abs. 2 AEUV bestätigen, da dieser Absatz explizit das Dienstverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erwähnt.

Art. 157 Abs. 3 AEUV berechtigt die Union, Maßnahmen zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen über die Sicherstellung der Entgeltgleichheit hinaus zu bestimmen. In Absatz 4 des Art. 157 AEUV wird den Mitgliedstaaten ermöglicht,

⁵ EuGH, Urt. v. 03.06.2021, Az.: C-624/19; zur Vorgängerregelung in Art. 119 EWG-Vertrag EuGH, Urt. v. 08.04.1976, Az.: C-43/75.
Und im Übrigen Benecke, in: MHdB ArbR, Bd. 1, 2021, Rn. 129.
So auch Heck, in: NK-GA, 2. Aufl., 2023, AEUV Art. 157 Rn. 9.

für Angehörige des unterrepräsentierten Geschlechts im Berufsleben Fördermaßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen zu ergreifen. Diese Maßnahmen sollen primär die Lage der Frauen im Arbeitsleben verbessern, nicht nur in Bezug auf das Einkommen, sondern auch bezüglich Jobangeboten und Aufstiegschancen.⁶

Eine weitere Grundlage des Entgeltgleichheitsgebots auf europäischer Ebene ist Art. 23 Grundrechtecharta, der sich auf die Regelung zur Gleichheit von Frauen und Männern in Arbeitsverhältnissen in Art. 157 Abs. 1, 3 AEUV stützt.⁷ Man könnte daher die Ansicht vertreten, dass das Recht auf gleiches Arbeitsentgelt in Art. 157 Abs. 1 AEUV *lex specialis* ist und gegenüber dem Grundrecht des Art. 23 GRCh Vorrang hat. Allerdings wird in Art. 23 GRCh die Gleichheit von Frauen und Männern in Bezug auf das Arbeitsentgelt ausdrücklich angeführt, was wiederum für eine Parallelanwendung beider Primärrechtsvorschriften spricht.⁸

Die Richtlinie 2006/54/EG der Europäischen Union zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (im Folgenden: RL 2006/54/EG), die sogenannte Gleichbehandlungs-Richtlinie, bildet die zentrale sekundärrechtliche Grundlage für das Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts im Arbeitsleben. Sie enthält weitere konkretisierende Bestimmungen und Begriffsdefinitionen.⁹

Das im AEUV niedergeschriebene Gebot der Entgeltgleichheit hat als Unionsrecht generell Anwendungsvorrang gegenüber möglicherweise entgegenstehendem nationalen Recht wie innerstaatlichen Gesetzen, Tarifverträgen oder einzelvertraglichen Absprachen.¹⁰ Die Gerichte der Mitgliedstaaten haben im

⁶ Vgl. Heck, in: NK-GA, 2. Aufl., 2023, AEUV Art. 157 Rn. 1.

⁷ Jarass (Hrsg.), in: Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl., 2021, GRCh Art. 23 Rn. 1.

⁸ Jarass (Hrsg.), in: Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl., 2021, GRCh Art. 23 Rn. 7.

⁹ Vgl. Jarass (Hrsg.), in: Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl., 2021, GRCh Art. 23 Rn. 8.

Vgl. Franzen (Hrsg.), in: Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2022, AEUV Art. 157 Rn. 8.

¹⁰ Franzen (Hrsg.), in: Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2022, AEUV Art. 157 Rn. 8.

Rahmen der Anwendung ihrer nationalen Vorschriften diese unionsrechtskonform auszulegen.¹¹

In der juristischen Literatur wird die Auslegung des Entgeltbegriffes des Art. 157 AEUV kritisch bewertet. Das jeweilige mitgliedstaatliche Recht regelt unterschiedlich, was unter den Entgeltbegriff fällt. Dies führt dazu, dass die Mitgliedstaaten das Entgeltgleichheitsgebot unterschiedlich anwenden. Den Arbeitgebern bietet sich ein gewisser Spielraum, dieses Gebot bei der Ausgestaltung existierender oder der Einführung neuer Leistungen zu umgehen.¹²

Auch wird im Schrifttum kritisiert, dass es bislang an dem Verständnis von gleicher und gleichwertiger Arbeit fehlt. Ein unionsrechtliches Konzept von „gleichwertiger Arbeit“ existiert nicht, sodass die innerstaatlichen Gerichte unterschiedliche Kriterien zur Beurteilung der Gleichwertigkeit heranziehen.¹³ Die neue europäische Entgelttransparenz-Richtlinie 2023/970/EU soll diese Auslegungsprobleme mit ihrer Vorgabe zu gleicher und gleichwertiger Arbeit beheben.

2.2.2 Gleichberechtigung der Geschlechter – Art. 3 Abs. 2 GG

Verfassungsrechtliche Grundlage der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Deutschland ist Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG, wonach Frauen und Männer gleichgestellt werden. Für Deutschland entschied das Bundesarbeitsgericht bereits im Jahr 1955, dass das in Art. 3 Abs. 2 GG formulierte Gleichberechtigungsgebot auch ein Lohnleichheitsgebot umfasst.¹⁴

In Satz 2 des Art. 3 Abs. 2 GG wird ein Auftrag an den Staat formuliert, die Gleichberechtigung von Männern und Frauen aktiv zu fördern und in der Lebenswirklichkeit durchzusetzen. Dadurch wird deutlich, dass Frauen

¹¹ Heck, in: NK-GA, 2. Aufl., 2023, AEUV Art. 157 Rn. 9.

¹² Vgl. Kriebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, AEUV Art. 157 Rn. 28.

¹³ Vgl. Kriebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, AEUV Art. 157 Rn. 55.

So auch Franzen (Hrsg.), in: Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2022, AEUV Art. 157 Rn. 32.

Vgl. Husemann, EuZA 2022, 166 (173).

¹⁴ BAG, Urt. v. 15.01.1955, Az.: 1 AZR 305/54.

und im Übrigen Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 100. EL, 2023, GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 1.

gesellschaftliche Benachteiligung erfahren, die staatliche Fördermaßnahmen zur Verwirklichung der Gleichberechtigung der Geschlechter erforderlich machen.¹⁵

Als weitere Grundlage des Rechts der Gleichberechtigung von Frauen und Männern kann neben Abs. 2 ebenfalls der Abs. 3 S. 1 Alt. 1 hinzugezogen werden, da nach dem Wortlaut dieser Norm Benachteiligungen oder Bevorzugungen aufgrund des Kriteriums Geschlecht verboten sind. Das Geschlecht darf also niemals ein relevantes Kriterium sein, wonach Entscheidungen getroffen werden. Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber in Art. 3 Abs. 3 S.1 GG das Kriterium Geschlecht als erstes unzulässiges Diskriminierungsmerkmal anführt.

2.2.3 Allgemeines Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts – § 3 AGG

Das im August 2006 in Kraft getretene AGG entstand aus der Umsetzung von unionsrechtlichen Richtlinien in nationales Recht.¹⁶ So wurde unter anderem die Gleichbehandlungs-Richtlinie 2006/54/EG in Deutschland durch das AGG in nationales Recht überführt.¹⁷ Das Gesetz bezweckt den Schutz vor Benachteiligungen im Bereich Beschäftigung und Beruf wegen der in § 1 AGG genannten Merkmale, unter anderem hinsichtlich des Geschlechts.¹⁸

Zugleich dient das AGG der Konkretisierung des Gleichberechtigungsgebotes aus Art. 3 Abs. 2 GG sowie der Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 GG.¹⁹

Das AGG differenziert zwischen unmittelbarer Benachteiligung in § 3 Abs. 1 AGG und mittelbarer Benachteiligung in § 3 Abs. 2 AGG. Unter einer unmittelbaren Benachteiligung versteht man nach § 3 Abs. 1 AGG eine ungünstigere Behandlung einer Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes im Vergleich zu einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation. Explizit erwähnt das AGG in Abs. 1 S. 2, dass eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis auch dann vorliegt, wenn eine Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschutz ungünstiger behandelt wird. Speziell

¹⁵ Schmidt, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, GG Art. 3 Rn. 83.

¹⁶ Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, AGG Vorbemerkung Rn. 1.

¹⁷ Vgl. Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, AGG Vorbemerkung Rn. 3.

¹⁸ Vgl. Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, AGG Vorbemerkung Rn. 1.

¹⁹ Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, AGG Vorbemerkung Rn. 5.

bei der Entlohnung darf sich eine Schwangerschaft nicht nachteilig auf die Entgelthöhe auswirken.²⁰ Bei einer mittelbaren Benachteiligung i. S. v. § 3 Abs. 2 AGG liegt eine scheinbar objektive Regelung vor, die sich aber bei genauer Betrachtung tatsächlich nur für Personen mit geschützten Merkmalen nachteilig auswirken kann, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre (z. B., wenn in einem Betrieb Teilzeitbeschäftigte ohne sachlichen Grund kein Weihnachtsgeld erhalten – bei Teilzeitbeschäftigten handelt es sich in den meisten Betrieben mehrheitlich um Frauen).

Das Verbot der Benachteiligung beim Arbeitsentgelt aufgrund des Geschlechts ergibt sich aus § 7 Abs. 1 i. V. m. §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Bei Verstoß begründen diese Rechtsnormen Schadens- und Entschädigungspflichten des Arbeitgebers gemäß § 15 AGG. Erst das AGG hat vor allem mit dem Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG dafür gesorgt, dass Personen, die eine Diskriminierung erfahren haben, Ersatz des immateriellen Schadens verlangen können. Dies sah das deutsche Arbeitsrecht bislang nicht vor.²¹

Dennoch hat Deutschland seine Verpflichtung zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern mit dem AGG nicht erfüllt. Es reicht nicht aus, unionsrechtliche Regelungen lediglich formal umzusetzen. Für eine effektive Durchsetzung der Entgeltgleichheit bedarf es wirksamer Überwachungsmaßnahmen und flankierender Regelungen, welche im AGG nicht enthalten sind.²²

2.2.4 §§ 3, 7 EntgTranspG

Mit dem im Juli 2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern (EntgTranspG) sollen die Bestimmungen der RL 2006/54/EG zur Entgeltgleichheit bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit vollständig im deutschen Recht umgesetzt werden.²³

²⁰ Vgl. Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, AGG § 3 Rn. 8.

²¹ Vgl. Schneider, in: NK-GA, 2. Aufl., 2023, AGG § 15 Rn. 1.

²² Ludewig, djbZ 2015, 196 (197).

²³ Schlewing, NZA-Beilage 2022, 30 (30).

Roloff, in: BeckOK ArbR, 68. Aufl., 2023, EntgTranspG § 1 Rn. 6.

Das EntgTranspG zielt nach § 1 EntgTranspG darauf ab, das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit“ für Frauen und Männer durchzusetzen und zu verhindern, dass männliche und weibliche Beschäftigte unterschiedlich vergütet werden. Es setzt an der fehlenden Transparenz in betrieblichen Entgeltregelungen und -strukturen an, die als eine Ursache der fortbestehenden Entgeltlücke gesehen wird. Diese Intention lässt sich bereits an dem Titel des Gesetzes ablesen. Die Herstellung von Transparenz hilft, unmittelbare und vor allem mittelbare Diskriminierungen in der Entgeltpraxis von Betrieben und Verwaltungen aufzudecken und geschlechtsspezifische ungerechtfertigte Unterschiede in der Entlohnung zu beseitigen.²⁴

Der Gesetzgeber stellte mit dem AGG allgemeine Regeln auf, um Diskriminierung im Berufsleben grundsätzlich zu verhindern.²⁵ Diese Regelungen bleiben auch nach Inkrafttreten des EntgTranspG bestehen, was sich aus § 2 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG schließen lässt, in dem geschrieben steht, dass das AGG unberührt bleibt.

Beide einfachgesetzlichen Regelungen sind also generell nebeneinander anwendbar. Im Fall einer Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts enthält das EntgTranspG jedoch speziellere Regelungen und ist daher als *lex specialis* dem AGG übergeordnet anzuwenden. Da das EntgTranspG keine Regelungen zum Schadensersatz sowie zur Beweislast enthält, gelten die entsprechenden Paragraphen des AGG (§ 15 AGG, § 22 AGG).²⁶

Das EntgTranspG beinhaltet drei Kernelemente. Im Mittelpunkt steht die Transparenz von Entgeltregelungen durch einen individuellen Auskunftsanspruch für Arbeitnehmer in Unternehmen und Dienststellen mit mindestens 200 Beschäftigten gemäß §§ 10 ff. EntgTranspG. Hier gelten für tarifgebundene und tarifyanwendende Arbeitgeber nach § 14 EntgTranspG vereinfachte Verfahrensregeln. Auch bei Auskunftsansprüchen im öffentlichen Dienst wird dieses vereinfachte Verfahren gemäß § 16 S. 2 EntgTranspG angewendet. Keinen Auskunftsanspruch haben Beamte der Länder und Kommunen gemäß

²⁴ Vgl. Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, EntgTranspG § 1 Rn. 1.

Vgl. Roloff, in: BeckOK ArbR, 68. Aufl., 2023, EntgTranspG § 1 Rn. 2, 5.

²⁵ Vgl. § 1 AGG.

²⁶ Vgl. Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, EntgTranspG § 1 Rn. 3.

Vgl. Roloff, in: BeckOK ArbR, 68. Aufl., 2023, EntgTranspG § 1 Rn. 3.

§ 5 Abs. 2 Nr. 2 EntgTranspG. Außerdem sieht das Gesetz gemäß § 21 Abs. 1 EntgTranspG eine Berichtspflicht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit für Arbeitgeber vor, die mehr als 500 Beschäftigte haben. Zusätzlich sind Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten nach § 17 EntgTranspG zur Durchführung betrieblicher Prüfverfahren aufgefordert.

Mit § 3 Abs. 1 EntgTranspG und § 7 EntgTranspG hat der Gesetzgeber erstmalig eine innerstaatliche Rechts- bzw. Anspruchsgrundlage für den Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit geschaffen.²⁷

In § 3 Abs. 1 EntgTranspG wird die geschlechtsbedingte Benachteiligung von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit erbringen, in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und Entgeltbedingungen verboten. Damit soll Art. 4 RL 2006/54/EG umgesetzt werden, welcher die Beseitigung der mittelbaren und unmittelbaren geschlechtsbedingten Diskriminierung bei sämtlichen Entgeltbestandteilen und -bedingungen festschreibt.²⁸

Da kein konkreter Adressat angesprochen wird, sind neben privaten und öffentlichen Arbeitgebern auch die Kollektivvertragsparteien verpflichtet, wenn sie Entgeltbedingungen festlegen.²⁹

§ 7 EntgTranspG gewährleistet das Gebot der Entgeltgleichheit, indem das Diskriminierungsverbot aus § 3 EntgTranspG als positive Verpflichtung formuliert wird.³⁰ Nach dem Entgeltgleichheitsgebot in § 7 EntgTranspG darf bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit aufgrund des Geschlechts kein geringeres Entgelt vereinbart oder gezahlt werden.

Vereinbarungen, die unter das Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts fallen oder das Entgeltgleichheitsgebot missachten, sind gemäß § 8 Abs. 1 EntgTranspG unwirksam.

²⁷ Vgl. Roloff, in: BeckOK ArbR, 68. Aufl., 2023, EntgTranspG § 7 Rn. 1.

²⁸ Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, EntgTranspG § 3 Rn. 1.

²⁹ Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, EntgTranspG § 3 Rn. 2.

³⁰ Schlachter, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, EntgTranspG § 7 Rn. 1.

Am EntgTranspG wird reichlich Kritik geübt. So kritisieren die Gewerkschaften DGB und ver.di, dass das Gesetz in seiner jetzigen Form nicht konsequent ausgestaltet ist und weit hinter dem Ziel der Entgeltgleichheit für Frauen und Männer zurückbleibt. Vor allem, weil es meistens Frauen sind, die in kleineren Betrieben arbeiten, sind diese vom Gesetz bisher ausgeschlossen, da der Auskunftsanspruch erst ab 200 Beschäftigten gilt und es mindestens sechs Kollegen des jeweils anderen Geschlechts geben muss, die eine ähnliche Tätigkeit ausüben. Des Weiteren beanstanden sie, dass die Durchführung der Prüfverfahren und Berichte nicht verpflichtend ist, sondern Unternehmen lediglich dazu aufgefordert werden und das Gesetz bei Nichterfüllung keine Sanktionen vorsieht. Außerdem bemängeln beide, dass Betroffene ihr Recht individuell einklagen müssen, da Arbeitgeber im Falle einer festgestellten Diskriminierung diese nicht automatisch beseitigen müssen. Aus der Auskunft folgt also noch kein Anspruch auf gleiches Entgelt. Zusätzlich wird das eigene Arbeitsverhältnis belastet. Deshalb plädieren beide für die Einführung einer Verbandsklage für verbesserten Rechtsschutz.³¹

Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird ähnlich kommentiert. Mit dem Auskunftsanspruch aus §§ 10 ff. EntgTranspG erhalten Arbeitnehmer die Möglichkeit, Gehaltsunterschiede im Vergleich zu Beschäftigten des anderen Geschlechts zu erfahren. Der Auskunftsanspruch erstreckt sich auf die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des eigenen Entgelts sowie des Entgelts einer Vergleichstätigkeit und auf den Median (Mittelwert) der Vergleichsgehälter des anderen Geschlechts.³² Gerade an der Aussagekraft des Medians bestehen Zweifel. Das Vergleichsentgelt der Beschäftigten des gleichen Geschlechts bleibt unbekannt, weshalb der Median zur Darlegung einer geschlechtsdiskriminierenden Vergütung ungeeignet ist. Außerdem stellt die Benennung der Vergleichstätigkeit durch die anfragende Person selbst eine große Hürde dar.³³ Am Auskunftsanspruch wird des

³¹ Ver.di: Entgelttransparenz muss dringend Zähne zeigen; <https://frauen.verdi.de/themen/gleiches-geld/++co++21ba211c-a39e-11e9-8ca5-525400f67940> [Abruf am 15.07.2023].

DGB: Regierung muss bei Entgelttransparenzgesetz nachschärfen; <https://www.dgb.de/themen/++co++d5fe2412-a307-11e9-a996-52540088cada> [Abruf am 15.07.2023].

³² Vianden, ArbRAktuell 2021, 431 (431).

Möller/Reichenberger, NZA 2021, 256 (256).

³³ Vianden, ArbRAktuell 2021, 431 (432).

Vgl. Annuß, NZA 2021, 1538 (1540).

Weiteren bemängelt, dass durch die Voraussetzung einer bestimmten Beschäftigtenzahl kleinere Betriebe und damit eine Gruppe an Betrieben mit geringer Tarifbindung und weniger Entgeltstrukturen aus dem formalen Geltungsbereich fallen. Gerade bei diesen Betrieben wird man eher höhere Entgeltunterschiede vorfinden.³⁴

Durch betriebliche Prüfverfahren bekommt das Thema Entgeltgleichheit in Unternehmen mehr Aufmerksamkeit, ein erster Schritt zum Abbau von Entgeltunterschieden. Dennoch sind sie zur Durchführung nicht verpflichtet und Sanktionsregelungen fehlen. Auch wenn die Entgeltberichterstattung gemäß § 21 Abs. 1 EntgTranspG hingegen verpflichtend ist, drohen hier ebenfalls keine negativen Konsequenzen für Unternehmen bei Nichterfüllung.³⁵

Wie bereits von Gewerkschaftsseite bemängelt, wird auch im juristischen Schrifttum der stark individualisierte Diskriminierungsschutz des EntgTranspG beanstandet. Betroffene Personen, in der Regel überwiegend Frauen, müssen ihr Recht auf Entgeltgleichheit in ressourcenintensiven und langjährigen Auskunfts- und Klageverfahren individuell erstreiten, was zur Folge hat, dass in der Berufswelt nur wenige Betroffene überhaupt Klage erheben. Dies ist zum anderen auch darauf zurückzuführen, dass es bereits an dem einer Klage vorausgehenden Auskunftsanspruch von Beschäftigten scheitert, da dieser vielen Arbeitnehmern gar nicht bekannt ist und erst in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten geltend gemacht werden kann.³⁶

Nach übereinstimmender Meinung in der Literatur stellen sowohl das EntgTranspG als auch das AGG im deutschen Recht bisher keine effektive Durchsetzung der Entgeltgleichheit dar.³⁷ Das BAG spricht in seinem Urteil vom 25.06.2020 sogar von einem Umsetzungsdefizit hinsichtlich der Verpflichtung aus Art. 4 RL 2006/54/EG zum Diskriminierungsverbot beim Entgelt.³⁸

So auch Husemann, EuZA 2022, 166 (179).

³⁴ Eisele-Wijnbergen, in: HR-Compliance: Praxisleitfaden Compliance im Personalwesen, 2020, S. 73.

³⁵ Vianden, ArbRAktuell 2021, 431 (432).

³⁶ Vgl. Röhner, ZRP 2023, 145 (146).

³⁷ Röhner, ZRP 2023, 145 (145).

So auch Rolfs, EuZW 2023, 489 (489).

³⁸ BAG, Urt. v. 25.06.2020, Az.: 8 AZR 145/19 Rn. 45.

Es bedarf weiterer gesetzgeberischer Schritte, um in der Arbeitswelt die angestrebte Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern effektiver durchzusetzen.

2.2.5 EU-Richtlinie zur Entgelttransparenz

Das Recht von Frauen und Männern auf gleiches Entgelt ist zwar europarechtlich verankert, die Umsetzung und Durchsetzung dieses Rechts ist allerdings nach wie vor nicht ausreichend. Das soll sich mit der neuen Entgelttransparenz-Richtlinie der EU ändern.

Die Richtlinie 2023/970/EU des Europäischen Parlaments und des Rates trat gemäß Art. 36 RL 2023/970/EU am 6. Juni 2023 nach Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in Kraft. Die Mitgliedstaaten der EU müssen nun nach Art. 34 Abs. 1 RL 2023/970/EU innerhalb von drei Jahren die Richtlinie umsetzen, indem sie ihr nationales Recht an die neuen Vorschriften anpassen.

In Deutschland wird aufgrund seiner Ressortzuständigkeit das BMAS die Aufgabe haben, das deutsche Recht bis zum 7. Juni 2026 gemäß Art. 34 Abs. 1 RL 2023/970/EU anzupassen, da die Vorschriften der neuen Richtlinie über die bereits im EntgTranspG geregelten Pflichten hinausgehen.³⁹

Die Entgelttransparenz-Richtlinie soll laut Art. 1 RL 2023/970/EU den Grundsatz der Entgeltgleichheit durch verbindliche Maßnahmen besser durchsetzen und geschlechtsbedingte Entgeltdiskriminierungen sanktionieren. Im Wesentlichen werden Arbeitgeber verpflichtet, ihre Entgeltpolitik transparenter zu gestalten. Beschäftigte und Arbeitsuchende erhalten mehr Möglichkeiten und Rechte, gleiches Entgelt zu fordern und durchzusetzen.⁴⁰

Art. 2 Abs. 1 RL 2023/970/EU gibt vor, dass diese für Arbeitgeber in öffentlichen und privaten Sektoren gilt. Das heißt, alle Arbeitgeber, unabhängig von der Anzahl ihrer Beschäftigten, sind vom Geltungsbereich erfasst. Auch sieht die Richtlinie im

³⁹ Marek/Sawodny, ArbRAktuell 2023, 397 (398).

⁴⁰ Vgl. Marek/Sawodny, ArbRAktuell 2023, 397 (397).

Gegensatz zum EntgTranspG keine Ausnahmen für tarifgebundene und tarifyanwendende Unternehmen vor.

Ein weiterer wichtiger Artikel der neuen Richtlinie ist Art. 4 RL 2023/970/EU. Dieser nennt objektive, geschlechtsneutrale Kriterien für gleichwertige Arbeit. Bei der Beurteilung relevant sind gemäß Art. 4 Abs. 4 S. 3 RL 2023/970/EU unter anderem Kriterien wie Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen sowie laut S. 5 soziale Kompetenzen. Im deutschen Recht wird gleichwertige Arbeit bisher in § 4 Abs. 2 EntgTranspG definiert. Danach üben Beschäftigte eine gleichwertige Arbeit aus, wenn sie unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können. Zu berücksichtigende Faktoren sind unter anderem die Art der Arbeit, die Ausbildungsanforderungen und die Arbeitsbedingungen. Im Vergleich zum EntgTranspG nennt die Richtlinie weitere konkretere Faktoren.

Art. 5 RL 2023/970/EU enthält einen Auskunftsanspruch für Bewerber. Nach Abs. 1 müssen Arbeitgeber in der Stellenausschreibung oder vor dem Vorstellungsgespräch Informationen über die anfängliche Entgelthöhe und -spanne mitteilen sowie gegebenenfalls einschlägige Bestimmungen eines Tarifvertrages vorlegen. Art. 5 Abs. 2 RL 2023/970/EU verbietet Arbeitgebern, Stellenbewerber nach ihrer derzeitigen bzw. früheren Vergütung zu fragen. Da die Richtlinie im Gegensatz zum EntgTranspG bereits für die Phase vor Begründung des Arbeitsverhältnisses gilt, könnte sich diese Regelung wesentlich auf das Personalrecruiting von Unternehmen und Verwaltungen auswirken.⁴¹

Bei Arbeitgebern in der Privatwirtschaft verlangt diese Vorschrift auf jeden Fall Anpassungen im Bewerbungsprozess. Bislang enthielten Stellenausschreibungen keine Informationen darüber, wieviel Bewerber zukünftig verdienen oder in welcher Gehaltsspanne sie sich bewegen. Anders verhält es sich im öffentlichen Dienst, wo bereits in Stellenausschreibungen Angaben zur Vergütung gemacht werden.

Konnte der im EntgTranspG geregelte Auskunftsanspruch bisher nach § 12 Abs. 1 EntgTranspG nur von Arbeitnehmern in Unternehmen und Dienststellen mit mehr

⁴¹ Vianden, ArbRAktuell 2021, 431 (432).

als 200 Beschäftigten geltend gemacht werden, sieht Art. 7 RL 2023/970/EU ein individuelles Auskunftsrecht für alle Arbeitnehmer vor, unabhängig von der Unternehmensgröße. Gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2023/970/EU sind Beschäftigte berechtigt, Informationen nicht nur über ihr individuelles Entgelt, sondern auch über die durchschnittlichen Entgelthöhen zu verlangen – aufgeschlüsselt nach Geschlecht und Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten. Nach dieser Vorschrift zielt der Auskunftsanspruch auf das Durchschnittsentgelt ab und nicht, wie bisher im deutschen Recht, auf den in der juristischen Literatur kritisierten Medianwert im EntgTranspG. Dadurch könnte in Deutschland die Existenz einer geschlechtsbezogenen Entgeltungleichheit besser aufgezeigt und nachgewiesen werden. Im Schrifttum wird allerdings auch die Befürchtung geäußert, dass die europäische Vorgabe, bei der Beurteilung von Entgeltgleichheit nur den Durchschnittswert zu betrachten, nicht ausreichend ist. Sowohl der Durchschnittswert als auch der Medianwert müssten für die Beurteilung herangezogen werden.⁴²

Des Weiteren legt Art. 7 Abs. 5 RL 2023/970/EU fest, dass Arbeitnehmer nicht daran gehindert werden dürfen, Informationen über ihr Entgelt offenzulegen.

Art. 9 RL 2023/970/EU schreibt vor, dass Arbeitgeber mit mehr als 100 Beschäftigten in regelmäßigen Abständen Berichte über das geschlechterspezifische Lohngefälle vorlegen müssen. Damit ist diese Regelung enger gefasst als die bisherige Regelung in § 21 Abs. 1 EntgTranspG, wonach Unternehmen mit weniger als 500 Arbeitnehmern von der Berichtspflicht ausgenommen sind. Aufgrund der verpflichtenden Berichte können Arbeitnehmer besser einschätzen, ob sie beim Entgelt diskriminiert werden, womit die Basis für die individuelle und kollektive Durchsetzung der Entgeltgleichheit gelegt ist.⁴³

Eine neue Maßnahme für mehr Lohntransparenz ist die gemeinsame Entgeltbewertung mit Arbeitgebern und Arbeitnehmervertretern gemäß Art. 10 RL 2023/970/EU. Ergibt die Entgeltberichterstattung ein Entgeltgefälle bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern von mindestens 5 Prozent und kann der

⁴² Vgl. Husemann, EuZA 2022, 166 (182).

⁴³ Röhner, ZRP 2023, 145 (147).

Arbeitgeber ein solches Gefälle nicht anhand objektiver geschlechtsneutraler Faktoren rechtfertigen bzw. korrigiert er diesen Unterschied nicht innerhalb von sechs Monaten, muss der Arbeitgeber in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretern eine gemeinsame Entgeltbewertung vornehmen.

Daneben bietet Art. 15 RL 2023/970/EU Beschäftigten die Möglichkeit, sich in Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren von Verbänden, Organisationen, Gleichbehandlungsstellen und Arbeitnehmervertretern unterstützen zu lassen. Nachdem das deutsche Recht bislang im Rahmen der Bekämpfung von Diskriminierungen den Individualanspruch eines Betroffenen in den Mittelpunkt gestellt hat,⁴⁴ werden sich durch diese Möglichkeit in Zukunft sicherlich mehr betroffene Arbeitnehmer trauen, Klage zu erheben, weil sie nicht allein vor Gericht ziehen müssen und sich das Kostenrisiko minimiert.⁴⁵

Für Arbeitnehmer, die ihr Recht auf gleiches Entgelt verletzt sehen, enthält die Richtlinie 2023/970/EU in den Art. 16, 18 und 23 weitreichende Vorschriften zu Schadensersatz, Beweislast und Sanktionen. Gerade die Androhung von Bußgeldern soll Unternehmen dazu anhalten, ihrer Auskunfts- und Berichtspflicht nachzukommen und Entgeltgleichheit aktiv zu fördern.⁴⁶

Generell ist zu erwarten, dass durch die neue Richtlinie das Thema Entgelttransparenz in Deutschland in Unternehmen und Verwaltungen mehr Aufmerksamkeit bekommen wird. Denn die Richtlinie enthält an vielen Stellen strengere Vorgaben für Arbeitgeber als das deutsche EntgTranspG, das bisher im Alltagsgeschäft vieler Unternehmen wenig Anwendung fand.⁴⁷

Die Richtlinie 2023/970/EU sorgt nicht nur für mehr Aufmerksamkeit, sondern bringt zahlreiche Anpassungen mit sich, was Unternehmen und Verwaltungen vor große Herausforderungen stellen wird.

Die betrieblichen Vergütungsstrukturen sind zu durchleuchten, auf Objektivität zu überprüfen und an die neuen Anforderungen aus der Richtlinie anzupassen. Da der Arbeitgeber beweisen muss, dass keine Diskriminierung in Bezug auf das Entgelt

⁴⁴ Vgl. Husemann, EuZA 2022, 166 (171).

⁴⁵ Vgl. Vianden, ArbRAktuell 2021, 431 (433).

⁴⁶ Vianden, ArbRAktuell 2021, 431 (433).

⁴⁷ Vgl. Vianden, ArbRAktuell 2021, 431 (431).

vorliegt, ist es ratsam, die Prozesse der Gehaltsfindung und die hierfür zugrunde gelegten Kriterien sorgfältig zu dokumentieren.⁴⁸ Klauseln in Arbeitsverträgen, die Beschäftigte daran hindern, gegenüber Kollegen ihr Gehalt offenzulegen, sind künftig verboten. Unternehmen müssen ihre Verträge dahingehend überprüfen. Arbeitgeber haben künftig viel mehr Daten zu sammeln, da sie umfassend über das geschlechtsspezifische Lohngefälle in ihrem Unternehmen berichten müssen. Im Zuge einer gemeinsamen Entgeltbewertung von Arbeitgeber und Betriebsrat bzw. Personalrat müssen Löhne möglicherweise angepasst werden. In Unternehmen und Verwaltungen ohne Arbeitnehmervertretung muss zu diesem Zweck gegebenenfalls ein eigenes Gremium eingerichtet werden.

Auch haben sich Arbeitgeber zu überlegen, wie man Stellen überhaupt vergleichbar machen kann, um Entgeltgruppen zu bilden.⁴⁹

2.3 Einschlägige bisherige Rechtsprechung im Überblick

Den Grundsatz der Entgeltgleichheit hat das BAG im Laufe der Jahre in mehreren Grundsatzurteilen gestärkt. In einer der ersten Grundsatzentscheidungen zum Gebot der Lohngleichheit urteilte das BAG 1955, dass in Tarifverträgen prozentuale Lohnabschläge für Frauen, die gleiche Arbeit wie Männer verrichten, nicht zulässig sind.⁵⁰ In der „Heinze-Frauen“-Klage entschied das BAG 1981, dass übertarifliche Zulagen nicht nach Geschlecht unterschieden werden dürfen.⁵¹ In den Jahren 2020 und 2021 fielen zwei grundlegende Urteile, die die Durchsetzungsprobleme des EntgTranspG abgeschwächt haben. Diese beiden Entscheidungen werden im Folgenden näher ausgeführt.

⁴⁸ Vgl. Marek/Sawodny, ArbRAktuell 2023, 397 (400).

⁴⁹ Vgl. Rolfs, EuZW 2023, 489 (490).

⁵⁰ BAG, Urt. v. 15.01.1955, Az.: 1 AZR 305/54.

Und im Übrigen Schmidt, in: ErfK, 23. Aufl., 2023, GG Art. 3 Rn. 85.

⁵¹ BAG, Urt. v. 09.09.1981, Az.: 5 AZR 1182/79.

2.3.1 Urteil des BAG vom 25.06.2020

In seinem Urteil vom 25.06.2020 (Az. 8 AZR 145/19) hatte das BAG über den Auskunftsanspruch nach EntgTranspG arbeitnehmerähnlicher bzw. freier Beschäftigter zu entscheiden.

Die Klägerin Birte Meier war als freiberufliche Redakteurin in einem unbefristeten Vertragsverhältnis für das ZDF tätig. Sie erhielt eine tarifliche Vergütung nach dem für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten geltenden Tarifvertrag. Als sie erfuhr, dass sie weniger Gehalt bekam als ihre männlichen Kollegen, machte sie von ihrem Auskunftsanspruch gemäß § 10 Abs. 1 EntgTranspG Gebrauch. Ihr Auskunftsverlangen wurde abgelehnt mit der Begründung, dass die Klägerin als freie Mitarbeiterin nicht unter das EntgTranspG falle.

Entgegen der Annahme des LAG entschied das BAG, dass der Klägerin nach § 10 Abs. 1 EntgTranspG ein Anspruch auf Erteilung der Auskunft über die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung zusteht.⁵² Das BAG argumentierte, dass auch freiberufliche Personen „Arbeitnehmer“ im Sinne von § 5 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG sein können und damit „Beschäftigte“ im Sinne des EntgTranspG sind. Auch wenn arbeitnehmerähnliche Personen bzw. freie Mitarbeiter im Gesetzestext nicht genannt werden, ist der Arbeitnehmerbegriff unionsrechtskonform, das heißt in Übereinstimmung mit dem Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 2006/54/EG, auszulegen.⁵³ Danach ist Arbeitnehmer, wer während eines bestimmten Zeitraums für eine andere Person nach deren Weisungen Leistungen erbringt und dafür von dieser eine Vergütung erhält. Dies trifft auf die Klägerin zu, da sie seit 2007 für die Rundfunkanstalt weisungsgebunden tätig war, was den vertraglichen Regelungen zwischen der freien Mitarbeiterin und ihrem Arbeitgeber zu entnehmen ist, und dafür eine Vergütung erhielt.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird dieses Urteil des BAG einerseits positiv gesehen. Es stärkt im Grundsatz die Rechte der Beschäftigten hinsichtlich einer Entgeltgleichstellung und bringt Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Einigkeit besteht allerdings auch darüber, dass die praktische Bedeutung begrenzt

⁵² Vgl. BAG, Urt. v. 25.06.2020, Az.: 8 AZR 145/19, Rn. 19.

⁵³ Vgl. BAG, Urt. v. 25.06.2020, Az.: 8 AZR 145/19, Rn. 39.

ist, da die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs nach wie vor abhängig ist von der Betriebsgröße und der Anzahl der Vergleichsarbeitnehmer.⁵⁴

Das „Birte-Meier-Urteil“ zeigt die Schwächen des EntgTranspG. Gerade der Auskunftsanspruch, der für mehr Transparenz in den Gehaltsstrukturen sorgen sollte, stellt trotz der Erweiterung auf freie Beschäftigte aufgrund seiner Voraussetzungen weiterhin ein Problem bei der Durchsetzung der Entgeltgleichheit dar.

2.3.2 Urteil des BAG vom 21.01.2021

In seinem Urteil vom 21.01.2021 (Az. 8 AZR 488/19) äußert sich das BAG zum Median als Indiz für eine Entgeltdiskriminierung.

Die Klägerin, eine Abteilungsleiterin, verlangte von ihrem Arbeitgeber Auskunft gemäß §§ 10 ff. EntgTranspG über das Gehalt ihrer männlichen Kollegen. Die Auskunft ergab, dass ihr durchschnittliches Entgelt unter dem Medianentgelt der im Unternehmen beschäftigten männlichen Abteilungsleiter lag. Daraufhin verklagte die betroffene Arbeitnehmerin ihren Arbeitgeber auf Zahlung der Differenz zwischen dem ihr gezahlten Entgelt und der ihr mitgeteilten höheren Medianentgelte.

Das BAG gab der Klägerin Recht. Allein die Tatsache, dass das Gehalt der Klägerin unter dem Medianentgelt der männlichen Vergleichsgruppe liegt, begründe die Vermutung i. S. v. § 22 AGG, dass die Klägerin beim Entgelt wegen ihres Geschlechts benachteiligt wurde.⁵⁵ Legt der Arbeitgeber keine sachlichen Gründe zur Widerlegung der Vermutung vor, ist die Klage auf Zahlung der Entgeltdifferenz begründet.

Im juristischen Schrifttum ist man sich einig, dass diese Entscheidung des BAG dem Auskunftsanspruch des EntgTranspG mehr Bedeutsamkeit verleiht. Im Fall einer Entgeltgleichheitsklage ist die Beweislage für Betroffene deutlich vereinfacht,

⁵⁴ Fuhlrott/Hinrichsen, NJW 2021, 513 (515).

Vgl. Möller/Reichenberger, NZA 2021, 256 (257).

⁵⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 21.01.2021, Az.: 8 AZR 488/19, Rn. 51.

denn bei Vorliegen von Indizien einer Entgeltbenachteiligung trägt der Arbeitgeber die volle Beweislast, dass kein geschlechterdiskriminierender Verstoß vorliegt.⁵⁶ Diese neue Rechtsprechung erhöht die Erfolgchancen vor Gericht, was möglicherweise dazu führt, dass mehr Beschäftigte von ihrem Auskunftsanspruch Gebrauch machen und Klage auf ein höheres Gehalt erheben.⁵⁷

Auf Arbeitgeberseite kann das Urteil dazu führen, dass Unternehmen ihre Vergütungssysteme kritisch überprüfen und anpassen, da bereits das Vorliegen unterschiedlicher Gehälter zwischen den Geschlechtergruppen eine Rechtfertigung ihrerseits erfordert.⁵⁸ Denn für den Fall, dass Unternehmen nicht geschlechtsneutral vergüten und eingruppieren, besteht jetzt aufgrund des Urteils ein finanzielles und wirtschaftliches Risiko, mit Gehaltsnachforderungen belastet zu werden.

3 Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16.02.2023

Nach den beiden grundlegenden Entscheidungen aus den Jahren 2020 und 2021 hat das BAG mit seinem Urteil vom 16.02.2023 (Az. 8 AZR 450/21) die Konturen des EntgTranspG nachgeschärft und klargestellt, dass das Entgeltgleichheitsgebot nicht durch geschickte Gehaltsverhandlungen umgangen werden darf. Zunächst wird der Sachverhalt des Urteils geschildert. Danach folgt die Darstellung der Entscheidung des BAG. Abschließend werden die Entscheidungsgründe erläutert.

3.1 Sachverhalt

Die Klägerin war seit dem 1. März 2017 bei der beklagten Arbeitgeberin als Außendienstmitarbeiterin im Vertrieb tätig. Ihr einzelvertraglich vereinbartes Grundentgelt betrug 3.500 Euro brutto. Neben der Klägerin war seit dem 1. Januar 2017 ein männlicher Außendienstmitarbeiter im Vertrieb beschäftigt. Die beklagte Arbeitgeberin hatte dem männlichen Mitarbeiter in den Bewerbungsverhandlungen

⁵⁶ Krieger, ArbRAktuell 2021, 396 (396).

Stein, NZA 2022, 328 (331).

⁵⁷ Stein, NZA 2022, 328 (331).

⁵⁸ Stein, NZA 2022, 328 (331).

ein monatliches Grundentgelt in Höhe von 3.500 Euro brutto angeboten, damit in gleicher Höhe wie der Klägerin. Der Mitarbeiter lehnte dies jedoch ab. Stattdessen handelte er für die Zeit bis zum Einsetzen einer erfolgsabhängigen Zusatzvergütung ein um 1.000 Euro brutto höheres Grundentgelt als die Klägerin aus. Ab 1. November 2017 erhielt der männliche Vertriebsmitarbeiter eine Zusatzvergütung, weshalb sich sein Grundentgelt auf 3.500 Euro brutto verringerte. Er bekam also ab 1. November 2017 dasselbe Grundentgelt wie die Klägerin. Ab 1. Juli 2018 erhöhte sich jedoch das Grundentgelt des Außendienstmitarbeiters auf monatlich 4.000 Euro brutto, sein Gehalt fiel im Ergebnis also um 500 Euro höher aus als das der Klägerin. Die Beklagte begründete diese Erhöhung damit, dass er die Nachfolge einer ausgeschiedenen, besser vergüteten Vertriebsmitarbeiterin antrete. Ab dem 1. August 2018 richtete sich die Vergütung der Klägerin und des Außendienstmitarbeiters nach einem Haustarifvertrag mit einem neu eingeführten Eingruppierungssystem. Dieser sah aufgrund der Einstufung ihrer Tätigkeit für beide ein monatliches Grundentgelt in Höhe von 4.140 Euro brutto vor. Der Haustarifvertrag setzte für die Jahre 2018 bis 2020 fest, dass die Anpassung bei 120 Euro brutto gedeckelt ist, wenn das neue tarifliche Grundentgelt das bisherige tarifliche Grundentgelt überschreitet. In Anwendung dieser Deckelungsregelung belief sich das Grundentgelt der Klägerin ab 1. August 2018 auf 3.620 Euro brutto, ausgehend von ihrem bisherigen einzelvertraglich vereinbarten Grundentgelt in Höhe von 3.500 Euro brutto. Demgegenüber erhöhte sich das bisherige monatliche Grundentgelt des Vertriebsmitarbeiters durch die Deckelungsregelung von 4.000 Euro brutto auf 4.120 Euro brutto. Somit erhielt die Klägerin ab 1. August 2018 weiterhin ein um 500 Euro niedrigeres Grundentgelt.

Zur Verdeutlichung der unterschiedlichen Grundentgelte der Klägerin und des Außendienstmitarbeiters folgt eine Gegenüberstellung in Tabellenform (*Quelle: eigene Darstellung*):

Zeitraum	Klägerin*	Außendienst- mitarbeiter*	Entgeltdifferenz
ab 01.03.2017	3.500 € mtl.	4.500 € mtl.	<i>1.000 €</i>
ab 01.11.2017	3.500 € mtl.	3.500 € mtl.	<i>0 €</i>
ab 01.07.2018	3.500 € mtl.	4.000 € mtl.	<i>500 €</i>
ab 01.08.2018	3.620 € mtl.	4.120 € mtl.	<i>500 €</i>

* bei den angegebenen Euro-Beträgen handelt es sich jeweils um das **Grundentgelt**.

Die Klägerin verlangte die Zahlung rückständiger Vergütung für den Zeitraum von März 2017 bis Juli 2019. Ihrer Auffassung zufolge sei die Beklagte verpflichtet, ihr für die gleiche Arbeit ein ebenso hohes Grundentgelt zu zahlen wie ihrem nahezu zeitgleich eingestellten männlichen Kollegen. Zudem forderte sie die Zahlung einer angemessenen Entschädigung in Höhe von mindestens 6.000 Euro.

Das ArbG Dresden und das LAG Sachsen wiesen die Klage ab.

3.2 Entscheidung des BAG

Mit ihrer Revision vor dem BAG hatte die Klägerin überwiegend Erfolg.

Das BAG entschied, dass die Klägerin gemäß Art. 157 AEUV sowie §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG einen Anspruch auf Zahlung der rückständigen Vergütung in der geltend gemachten Höhe für den Zeitraum vom 1. März bis 31. Oktober 2017 sowie für den Juli 2018 hat.⁵⁹ Die Beklagte hat die Klägerin aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt, indem sie dieser für die gleiche Arbeit ein niedrigeres Grundentgelt zahlte als ihrem männlichen Kollegen.

⁵⁹ Vgl. BAG, Urf. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 21, 72.

Das BAG urteilte weiter, dass die Klägerin nach § 611a Abs. 1 BGB i. V. m. den Bestimmungen des Haustarifvertrags einen Anspruch auf rückständige Vergütung für den Zeitraum vom 1. August 2018 bis zum 31. Juli 2019 hat.⁶⁰

Dem Antrag der Klägerin auf Entschädigung wegen der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts gemäß § 15 Abs. 2 AGG wurde teilweise entsprochen. Das BAG sprach ihr eine angemessene Entschädigung in Höhe von 2.000 Euro zu.⁶¹

3.3 Entscheidungsgründe

Das BAG stellte fest, dass die Klägerin im Zeitraum von März bis Oktober 2017 sowie im Juli 2018 eine unmittelbare Entgeltbenachteiligung i. S. v. § 3 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG erfahren hat.⁶² Demnach liegt eine unmittelbare Entgeltbenachteiligung vor, wenn ein Arbeitnehmer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ein niedrigeres Entgelt erhält als ein Arbeitnehmer des jeweils anderen Geschlechts. Während die Beklagte von März bis Oktober 2017 dem Außendienstmitarbeiter ein monatliches Grundentgelt in Höhe von 4.500 Euro brutto bzw. im Juli 2018 in Höhe von 4.000 Euro brutto zahlte, bekam die Klägerin ein monatliches Grundentgelt in Höhe von 3.500 Euro brutto, obwohl diese die gleiche Arbeit i. S. v. § 4 Abs. 1 EntgTranspG verrichtete wie der männliche Vertriebsmitarbeiter. Beide waren im Außendienst mit den gleichen Befugnissen und Verantwortlichkeiten eingesetzt. Zudem haben sie sich bei Abwesenheit ohne gesonderte Einarbeitung gegenseitig vertreten. Der Umstand, dass sie unterschiedliche Kunden betreuten und für unterschiedliche Produkte zuständig waren, steht der Annahme, dass beide die gleiche Arbeit verrichteten, nicht entgegen. Auch die unterschiedliche Qualifikation der Klägerin und ihres Arbeitskollegen spielt für die Bewertung der Arbeit keine Rolle, da für die Stelle keine besondere Berufsausbildung gefordert worden war. Nach Auffassung des BAG ist es unerheblich, dass ein weiterer männlicher Vertriebsmitarbeiter, der auch im Unternehmen beschäftigt war, ebenfalls die gleiche Arbeit verrichtet hat, da es

⁶⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 84.

⁶¹ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 97.

⁶² Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 25, 73.

ausreicht, dass ein Beschäftigter des anderen Geschlechts ein höheres Entgelt bezieht.⁶³

Die Tatsache, dass die Klägerin für die gleiche Arbeit ein niedrigeres Grundentgelt erhalten hat als ihr männlicher Arbeitskollege, begründet die Vermutung nach § 22 AGG, dass die Klägerin gerade aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt wurde.⁶⁴ Nach Ansicht des BAG konnte die Beklagte diese Vermutung im Rechtsstreit nicht widerlegen. Sie hat keine Tatsachen vorgetragen bzw. bewiesen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere Gründe als das Geschlecht zu einer Entgeltbenachteiligung geführt haben. Die Argumentation des LAG, dass die höhere Vergütung zur Gewinnung des Vertriebsmitarbeiters notwendig war, ließ das BAG in diesem Fall nicht gelten.⁶⁵ Zwar ist es grundsätzlich möglich, die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Entgeltbenachteiligung durch die angespannte Situation auf dem Arbeitsmarkt zu widerlegen, die Beklagte hat derartige Gründe aber nicht vorgetragen.⁶⁶ Außerdem führt das BAG an, dass zum Zeitpunkt der Einstellung der Klägerin die Personalsituation bei der Beklagten deutlich angespannter war als bei der Einstellung des Kollegen, da der Vorgänger der Klägerin bereits ausgeschieden war.⁶⁷

Auf das Argument der Beklagten, sich im Vorstellungsgespräch mit dem Vertriebsmitarbeiter in Ausübung der beiderseitigen Vertragsfreiheit auf ein höheres Entgelt verständigt zu haben, urteilt das BAG, dass sie sich auf dieses Argument nicht berufen kann, um die Vermutung aus § 22 AGG zu widerlegen, weil dadurch nicht auszuschließen ist, dass das Geschlecht mitursächlich für die Vereinbarung der höheren Vergütung war.⁶⁸ Das BAG stellt eindeutig klar, dass allein das Verhandlungsgeschick von Beschäftigten keine geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung rechtfertigt. Würde es allein ausreichen, dass sich zwei Parteien auf ein höheres Entgelt einigen, könnte der Entgeltgleichheitsgrundsatz für Männer und Frauen nicht effektiv umgesetzt werden.

⁶³ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 44.

⁶⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 41, 75.

⁶⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 50.

⁶⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 51 f.

⁶⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 52.

⁶⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 54 ff.

Das weitere Argument der Beklagten, dass der Arbeitnehmer im Gegensatz zur Klägerin die Position einer besser vergüteten, ausgeschiedenen Mitarbeiterin eingenommen hat, lehnte das BAG ebenfalls ab mit der Begründung, dass die unterschiedliche Vergütung der Vorgänger verschiedene personenbedingte Gründe haben kann, wie z. B. die Dauer der Betriebszugehörigkeit oder die Honorierung besonderer Verdienste.⁶⁹ Jedenfalls hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass die Vergütung auf unterschiedliche Stellenanforderungen zurückzuführen ist.

Eine unterschiedliche Qualifikation kann zwar grundsätzlich die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Entgeltdiskriminierung widerlegen. Da die Beklagte aber erst im Revisionsverfahren geäußert hat, dass die bessere Qualifikation des Mitarbeiters bei der getroffenen Vergütungsabrede eine Rolle spielte, entschied das BAG, dass der Vortrag der Beklagten gemäß § 72 Abs. 5 ArbGG und § 559 ZPO aus prozessualen Gründen nicht mehr berücksichtigt werden kann.⁷⁰

Eine Widerlegung der Vermutung nach § 22 AGG aufgrund besserer Leistungen des Vertriebsmitarbeiters scheidet ebenfalls aus. Ob ein Bewerber bessere Leistungen erbringen wird, lässt sich zum Zeitpunkt der Einstellung noch nicht objektiv beurteilen. Die persönliche Leistungsfähigkeit und Arbeitsqualität zeigen sich erst während der konkreten Ausübung seiner Aufgaben und können deshalb nicht zur Widerlegung der Vermutung einer von Anfang an bestehenden Entgeltbenachteiligung der Klägerin herangezogen werden.⁷¹

Auch die Aspekte, dass bei dem Mitarbeiter die erfolgsabhängige Provision später einsetzte als bei der Klägerin und mit der Klägerin eine Sonderurlaubsvereinbarung getroffen wurde, entkräften nicht die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung.⁷² Laut Urteil des BAG vom 28.10.2021 (8 AZR 370/20) gilt der Grundsatz des gleichen Entgelts im Diskriminierungsschutz für jeden einzelnen Entgeltbestandteil und nicht in einer Gesamtbetrachtung. Daher können verschiedene Entgeltbestandteile nicht gegeneinander aufgerechnet werden. Es dürfen erst recht nicht Vertragsbedingungen herangezogen werden, die keine

⁶⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 59, 79.

⁷⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 62.

⁷¹ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 63.

⁷² Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 64.

Auswirkung auf das Entgelt haben – wie in diesem Fall die Sonderurlaubsvereinbarung der Klägerin – zur Widerlegung einer geschlechtsbezogenen Entgeltbenachteiligung.

Für den Zeitraum von August 2018 bis Juli 2019 ergibt sich der höhere Entgeltanspruch der Klägerin bereits aus dem Haustarifvertrag. Das BAG widersprach der Auffassung des LAG, dass die Deckelungsregelung in § 18 Abs. 4 Haustarifvertrag auf die Klägerin Anwendung findet. Da sie zuvor kein tarifliches, sondern ein einzelvertraglich vereinbartes Entgelt erhalten hat, hätte die Beklagte das Gehalt der Klägerin nicht deckeln dürfen.⁷³

Neben dem Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche sowie gleichwertige Arbeit aus Art. 157 AEUV bzw. aus § 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG hat das BAG der Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 2.000 Euro brutto gemäß § 15 Abs. 2 AGG zugesprochen wegen einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts.⁷⁴ Da das EntgTranspG keine abschließende Regelung bezüglich des Ersatzes eines materiellen und auch immateriellen Schadens enthält, begründet sich der Anspruch aus dem AGG. Die Höhe der zugesprochenen Entschädigungssumme erklärt das BAG einerseits damit, dass die Klägerin für den durch die unzulässige Entgeltdiskriminierung erlittenen immateriellen Schaden angemessen entschädigt wird. Andererseits verweist das BAG auf die erforderliche abschreckende Wirkung für Arbeitgeber.⁷⁵

4 Bedeutung des BAG-Urteils für die Praxis

Die mediale Reaktion auf das Urteil des BAG vom 16.02.2023, das vielfach als „Meilenstein für Lohngerechtigkeit“ bezeichnet wurde, ist groß, insbesondere hinsichtlich der Entscheidung zum „Verhandlungsgeschick“. Besseres Verhandlungsgeschick war aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bis dahin als objektives Kriterium anerkannt, das eine ungleiche Vergütung zwischen Vergleichspersonen unterschiedlichen Geschlechts legitimierte. Das wird nun nicht

⁷³ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 86.

⁷⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 97.

⁷⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 112.

mehr als objektiver Grund akzeptiert. Im Folgenden wird analysiert, wie sich das Urteil auf die Praxis auswirkt, welche Pflichten für Arbeitgeber folgen und welche Kriterien zukünftig zur Rechtfertigung für eine ungleiche Bezahlung herangezogen werden können. Abschließend wird auf die Frage eingegangen, ob das Gebot der Entgeltgleichheit für beide Geschlechter gilt.

4.1 Equal Pay als Grenze der Vertragsfreiheit

Aus Sicht der Arbeitgeber hat das Urteil des BAG hohe Praxisrelevanz. Wichtigste Entscheidung ist, ob eine Ungleichbehandlung wegen Verhandlungsgeschick gerechtfertigt sein kann.

In Deutschland gilt der Grundsatz der Privatautonomie – Kernelement ist die Vertragsfreiheit. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich frei verhandeln und vereinbaren; natürlich nicht grenzenlos. Es gibt vielfältige Einschränkungen der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht wie die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen sowie gesetzliche Regelungen im Entgeltbereich zum Mindestlohn und beim Arbeitsschutz zu Höchstarbeitszeiten, gesetzliche Gleichbehandlungspflichten wie das Gebot der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern, aber auch allgemeinverbindliche Lohn- und Gehaltstarifverträge. Mit seinem Urteil hat das BAG den Grundsatz der Privatautonomie bei der Verhandlung von Arbeitsverträgen weiter begrenzt. Bisher konnten die Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich jedes Gehalt vereinbaren, wenn keine tariflichen oder betrieblichen Entgeltstrukturen vorlagen; unter Umständen auch höher als das Gehalt eines Mitarbeiters mit gleichem Aufgabengebiet. Das persönliche Verhandlungsgeschick hatte dabei große Relevanz.⁷⁶ Vor allem Männer waren im Vorteil, weil ihnen nachgesagt wird, dass sie grundsätzlich besser verhandeln. Dem hat das BAG mit seiner aktuellen Entscheidung Einhalt geboten, dass besseres Verhandlungsgeschick kein Kriterium ist, um ungleiche Bezahlung zwischen den Geschlechtern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zu rechtfertigen.⁷⁷ Arbeitgeber können sich also nicht mehr auf die Begründung

⁷⁶ Vgl. Schwartzer/Brunk, ArbRAktuell 2023, 195 (196).

⁷⁷ Vgl. BAG, Urf. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 56.

berufen, einem Mitarbeiter mehr zu zahlen als einem Kollegen des anderen Geschlechts, nur weil dieser mehr gefordert hat. Wenn die Vereinbarung eines höheren Gehalts mit einem Mitarbeiter die Vermutung der Benachteiligung eines Beschäftigten des anderen Geschlechts begründet, dann kann nicht mit dem gleichen Argument – „es wurde halt so verhandelt“ – die Vermutung widerlegt werden, so die Argumentation des BAG.⁷⁸

Nach Auffassung des BAG kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass das Geschlecht bei Gehaltsverhandlungen eine entscheidende Rolle spielt.⁷⁹

Ohne hier vertieft auf den wissenschaftlichen Diskurs einzugehen, ist dem zuzustimmen. Die Fähigkeit zur besseren Verhandlung sowie die Wahrnehmung des Arbeitgebers sind nicht geschlechtsneutral. Wie das Urteil belegt, gibt es Arbeitgeber, die sich noch immer von geschlechtsstereotypem Verhalten und äußerem Eindruck beeinflussen lassen.⁸⁰

So wird Frauen oftmals zugeschrieben, dass sie aufgrund ihres stereotypischen Rollenbildes zurückhaltender auftreten und deshalb bei Gehaltsverhandlungen weniger fordernd vorgehen, auch wenn sie aufgrund ihrer Qualifikation und Erfahrung mehr Geld verlangen könnten. Sie unterschätzen oftmals den Wert ihrer Fähigkeiten und damit ihre Verhandlungsposition, was es unwahrscheinlicher macht, ihren Arbeitgeber von einer Gehaltserhöhung zu überzeugen. Ein zu forsches Auftreten könnte jedoch vom Arbeitgeber negativ bewertet werden und den Verhandlungserfolg beeinflussen, da Frauen dann nicht ihrer erwarteten sozialen Geschlechterrolle entsprechen. Während weibliche Beschäftigte das vom Arbeitgeber angebotene Gehalt eher akzeptieren, wird Männern nachgesagt, dass sie selbstbewusst auftreten und geschickt verhandeln. Sie stellen von vorneherein höhere Forderungen, die sie in der Regel auch durchsetzen. Das führt dazu, dass sie automatisch als kompetenter wahrgenommen werden.⁸¹

⁷⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 57.

⁷⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 56.

⁸⁰ BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21 und aktuell im öffentlichen Dienst VG Freiburg, Urt. v. 03.03.2023, Az.: 5 K 664/21.

⁸¹ GFF: Equal Pay-Gehaltsverhandlungen; <https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Gleiche-Rechte/Equal-Pay-Lohn-Verhandlungssache/Studienlage-Verhandlung-Gesellschaft-fuer-Freiheitsrechte-2021-Equal-Pay-Gleiche-Rechte.pdf> [Abruf am 21.08.2023].

Die Behauptung, dass Frauen am Verhandlungstisch unterlegen sind, lässt sich jedoch nicht pauschalisieren. Verhandlungsgeschick ist durchaus personenabhängig. Unterschiedliche Persönlichkeitseigenschaften spielen bei individuellen Gehaltsverhandlungen eine Rolle. Frauen in Führungspositionen, auch wenn noch in der Unterzahl, bestätigen, dass nicht nur Männer besser verhandeln können.

Das Urteil bedeutet aber nicht automatisch das Ende individueller Gehaltsverhandlungen. Sofern Arbeitgeber mit einzelnen Mitarbeitern verschiedener Geschlechter, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten, ein höheres Entgelt vereinbaren möchten, müssen sie objektive und geschlechtsneutrale Kriterien zur Rechtfertigung anführen.⁸² Arbeitgeber können also nach wie vor Gehälter individuell verhandeln und gegebenenfalls auch auf höhere Gehaltsforderungen, in der Regel hauptsächlich von Männern, eingehen, müssen dann aber auch den Lohn einer gleichermaßen qualifizierten und erfahrenen Arbeitskraft des anderen Geschlechts anpassen. Arbeitgeber werden in Zukunft sehr viele Arbeitsverträge überprüfen und angleichen müssen als Umsetzungsbedarf aus dem BAG-Urteil.

Mit seinem Urteil lässt das BAG zwar weiterhin individuelle Vertragsverhandlungen zu, stellt an die Rechtfertigung jedoch hohe Nachweis- bzw. Dokumentationsanforderungen. Bei einer individuellen Gehaltsverhandlung, bei der ein anderes Entgelt vereinbart wird als es Arbeitnehmer anderen Geschlechts für gleiche oder vergleichbare Arbeit erhalten, sollten insbesondere die objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien sorgfältig dokumentiert werden, die die abweichende Vergütung erklären.⁸³ Welche dies sein können, wird im Folgenden dargestellt.

⁸² Vgl. Schwartzer/Brunk, ArbRAktuell 2023, 195 (196).

⁸³ Vgl. Schwartzer/Brunk, ArbRAktuell 2023, 195 (198).

4.2 Objektive Kriterien als Rechtfertigung

Gehaltsunterschiede zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern bleiben weiterhin zulässig – sie müssen nur objektiv und geschlechtsneutral begründet sein. Arbeitgeber stehen künftig bei der Bemessung der Gehälter unter höherem Rechtfertigungszwang. „Besseres Verhandeln“ ist kein objektives und geschlechtsneutrales Kriterium mehr. In Betracht kommen nach § 3 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien. Konkrete, als zulässig geltende Kriterien definiert das Gesetz nicht. Nachfolgend wird Stellung genommen zu verschiedenen Faktoren für die Gehaltseinstufung, die eine unterschiedliche Bezahlung zwischen den Geschlechtern rechtfertigen können. Es ist nicht auszuschließen, dass noch weitere Kriterien denkbar sind.

4.2.1 Qualifikation

Qualifikation ist ein objektives Kriterium zur Widerlegung einer geschlechtsbezogenen Entgeltbenachteiligung. Nach Meinung des BAG ist es zulässig, unterschiedlich qualifizierte Mitarbeiter – auch bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit – unterschiedlich zu vergüten.⁸⁴

Dem kann zugestimmt werden. Unter Qualifikation versteht man den schulischen bzw. den berufsbildenden Abschluss einer Person. Die einzelnen Abschlüsse haben unterschiedliche Wertigkeiten, denn nur wer Abitur gemacht hat, ist zum Studium befähigt. Daher ist das Abitur höher zu gewichten als z. B. der Hauptschulabschluss. Je nach Abschluss eines Arbeitnehmers wird das Grundentgelt bemessen. Dies ist gerechtfertigt, denn je höher die absolvierte Ausbildung eines Arbeitnehmers ist, desto mehr bringt dieser an Fachkenntnissen und Wissen mit ins Unternehmen. Die Qualifikationen von Personen lassen sich gut vergleichen und stellen deshalb ein objektives und geschlechtsneutrales Differenzierungskriterium dar.

Um den Vorwurf einer Entgeltbenachteiligung mit dem Argument der besseren Qualifikation widerlegen zu können, ist es ratsam, dass Unternehmen zum

⁸⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 61.

Nachweis bei Neueinstellungen die Qualifikationsanforderungen explizit schon in die Stellenausschreibung, also bereits im ersten Anbahnungsschritt zum Arbeitsverhältnis, aufnehmen.

4.2.2 Berufserfahrung

Die Berufserfahrung kann nach dem EuGH ebenfalls ein objektives und ausreichendes Kriterium für Unterschiede bei der Gehaltshöhe darstellen, denn wer lange im Beruf ist, erledigt in der Regel seine Aufgaben schneller, sicherer und besser.⁸⁵ Deshalb sollte Berufserfahrung auch entsprechend honoriert werden. Ein Mitarbeiter ohne Hochschulabschluss kann im Laufe seines aktiven Berufslebens den fehlenden Abschluss durch seine Berufserfahrung ausgleichen. Über die Jahre hat er sich fachspezifische Kenntnisse und die typischen Geschäftsprozesse und Arbeitsabläufe angeeignet, was ihn zu einem versierten Mitarbeiter macht und durch Zahlung eines höheren Gehaltes gegenüber Berufseinsteigern anerkannt werden sollte. Die Berufserfahrung ist auf jeden Fall ein zulässiges Rechtfertigungskriterium.

Das Kriterium Berufserfahrung könnte allerdings zu Benachteiligungen führen, in der Regel eher bei Frauen, wenn diese ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von Schwangerschaft, Mutterschutz und Elternzeit unterbrechen. Da während dieser Zeit keine Berufserfahrung gewonnen wird, können weibliche Beschäftigte nicht so viele Jahre Berufserfahrung vorweisen wie gleich qualifizierte männliche Arbeitnehmer, weshalb sie wahrscheinlich erst später bei Gehaltserhöhungen berücksichtigt werden. Elternzeit und Mutterschutz müssen deshalb, wie in der Praxis üblich, als Berufserfahrungszeit anerkannt werden.

4.2.3 Betriebszugehörigkeit/Dienstalter

Während die Berufserfahrung die Kenntnisse und Erfahrungen beschreibt, die ein Beschäftigter im Laufe seiner Berufsjahre bei verschiedenen Arbeitgebern erwirbt,

⁸⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 03.10.2006, Az.: C-17/05, Rn. 34.

bezeichnen die Betriebszugehörigkeit bzw. das Dienstalter die Dauer der Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber.

Eine Ungleichbehandlung in der Bezahlung von Männern und Frauen darf auch aufgrund der längeren Betriebszugehörigkeit eines Mitarbeiters erfolgen. Dies hat das BAG bereits in seinem Urteil vom 21.01.2021 festgelegt.⁸⁶

Die Betriebszugehörigkeit bzw. das Dienstalter ist ein objektives Kriterium. Die Zeit, die ein Arbeitnehmer für ein bestimmtes Unternehmen tätig ist, ist konkret messbar. Die Betriebszugehörigkeit orientiert sich allein an der Anzahl der Beschäftigungsjahre und nicht am Geschlecht einer Person. Es ist legitim, dass ein Arbeitgeber einen langjährigen Mitarbeiter mit einem höheren Gehalt vergütet im Vergleich zu einem Mitarbeiter, der erst seit einem halben Jahr für das Unternehmen tätig ist. Mitarbeiter mit längerer Betriebszugehörigkeit verfügen über ein höheres Maß an Erfahrung und haben sich bereits im Unternehmen bewährt.

In aller Regel versichert das Kriterium Betriebszugehörigkeit weiblichen und männlichen Mitarbeitern, nicht benachteiligt zu werden, und die gleichen Chancen auf gleiches Entgelt zu bekommen. Die Transparenz der Beschäftigungsjahre ermöglicht es Mitarbeitern nachzuvollziehen, warum es Lohnunterschiede auch innerhalb derselben Abteilung geben kann.

Die Betriebszugehörigkeit ist aber nur dann ein geschlechtsneutrales Kriterium, wenn Arbeitgeber dafür Sorge tragen, dass die Mutterschutzzeiten sowie die Elternzeit, die immer noch überwiegend von weiblichen Beschäftigten genommen wird, vollumfänglich auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet werden. Das Arbeitsverhältnis besteht auch während diesen Zeiten fort. Andernfalls würde es zu Benachteiligungen für Frauen kommen, da weibliche Beschäftigte ihre Erwerbstätigkeit häufiger für familiäre Aufgaben unterbrechen.

⁸⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 21.01.2021, Az.: 8 AZR 488/19, Rn. 69.

4.2.4 Leistung

Auch die Differenzierung der Entgelthöhe aufgrund von Leistung ist nach Ausführungen des Gerichts ein zulässiger Einwand bei Bestandsarbeitnehmern, um eine Benachteiligungsvermutung zu widerlegen. Eine bessere Leistung kann aber keinesfalls ein von Anfang an besseres Grundgehalt rechtfertigen, da sich beim Einstellungsgespräch nicht objektiv bestimmen lässt, wie leistungsfähig ein Mitarbeiter ist. Dies zeigt sich erst im Laufe seiner Tätigkeit, wenn er konkrete Aufgaben zu erledigen hat. Dann kann das Kriterium Leistung eine Gehaltserhöhung begründen.⁸⁷ Am Kriterium der Leistung festgemachte Entgeltunterschiede sind legitim, da Mitarbeiter, die besonders engagiert und produktiv sind, belohnt werden. Gute und leistungsstarke Arbeit wird vom Arbeitgeber wahrgenommen und anerkannt, sodass jeder das bekommen soll, was er auch verdient. Ob eine Person gute Leistungen erbringt, hat nichts mit dem Geschlecht zu tun, sondern liegt in seiner Persönlichkeit begründet.

Damit ein Mitarbeiter aufgrund seiner Leistung von seinem Arbeitgeber ein höheres Gehalt fordern kann, muss er sich selbst und seine Leistung adäquat einschätzen können. Dazu ist es nötig, dass er erfährt, wie viel Vergleichspersonen verdienen. Diese Information bekommt er nur, wenn er von seinem Auskunftsanspruch nach dem EntgTranspG Gebrauch macht.

Schwierig ist es allerdings, Leistungen objektiv zu beurteilen. Arbeitgeber müssen unvoreingenommen und wertfrei sein und allein die Leistung des Mitarbeiters beurteilen. Es kann durchaus vorkommen, dass Leistungen, die weibliche und männliche Beschäftigte erbringen, unterschiedlich wahrgenommen werden, obwohl sie vom Ergebnis her identisch sind. Das ist vor allem dann der Fall, wenn leistungsfremde Gesichtspunkte wie Vollzeit- oder Teilzeitarbeit oder das Geschlecht die Bewertung der Leistung unbewusst oder bewusst beeinflussen. Arbeitgeber müssen bei der Leistungsfeststellung darauf achten, dass sie sich nicht von subjektiven Einschätzungen leiten lassen und keine geschlechtsspezifischen Zuschreibungen vornehmen.

⁸⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 63.

Es ist daher notwendig, dass Unternehmen Leistungskriterien und konkrete Ziele festlegen, anhand derer die Leistungen der Arbeitnehmer bewertet werden können. Dennoch stellt es für Arbeitgeber eine Herausforderung dar, bessere Leistung rechtssicher zu dokumentieren.

4.2.5 Einschlägige Zusatzqualifikation

Liegt eine einschlägige Zusatzqualifikation vor, dann können Arbeitgeber ihre Mitarbeiter verschiedenen Geschlechts unterschiedlich bezahlen.

Unter Zusatzqualifikationen fallen Fort- und Weiterbildungen sowie andere Qualifizierungsmaßnahmen und Kompetenzen, die ein Arbeitnehmer außerhalb der allgemeinen Ausbildung absolviert und erwirbt. Dadurch vertiefen Arbeitnehmer spezifische Kenntnisse bzw. steigern bestimmte Fähigkeiten. Zusatzqualifikationen sind eine gute Möglichkeit, sich von anderen Arbeitnehmern abzuheben, und können ein höheres Gehalt rechtfertigen. Denn Einsatzbereitschaft und der Zeitaufwand neben der eigentlichen beruflichen Tätigkeit gehören honoriert. Es ist z. B. legitim, einen Mitarbeiter, der den Ausbilderschein hat, besser zu vergüten als einen Mitarbeiter ohne diese Zusatzqualifikation, da dieser dann auch zusätzliche Aufgaben zu erledigen hat.

Zusatzqualifikationen sind gut nachweisbar und vergleichbar anhand von Zertifikaten, die die zusätzliche Kompetenz eines Arbeitnehmers bestätigen und hervorheben. Aufgrund der dokumentierten Zusatzqualifikation ist es für Arbeitgeber gut zu begründen, dass das höhere Gehalt nichts mit dem Geschlecht zu tun hat, sondern nur zusätzlich erworbene Kenntnisse entscheidend sind.

4.2.6 Körperliche Anforderungen

Gehaltsunterschiede könnten auch durch das Kriterium körperliche Anforderungen erklärt werden.⁸⁸ Zu den körperlichen Anforderungen zählen die Arbeit mit den

⁸⁸ Schwartzer/Brunk, ArbRAktuell 2023, 195 (197).

Händen, stehende Tätigkeiten, und vor allem körperlich schwere Arbeit wie das Heben und Tragen schwerer Lasten.

Körperliche Anforderungen ist als objektives Kriterium jedoch nicht mehr wesentlich. Heutzutage dringen Frauen in männerdominierte Berufe vor, die ehemals aufgrund der körperlich schweren Anstrengung nur von Männern ergriffen wurden. Bauhof, Müllabfuhr, Forstwirtschaft, Gartenbau oder die Arbeit in der Logistik sind alles Tätigkeiten, die genauso gut von Frauen verrichtet werden können. Sicherlich lässt sich mit diesem Kriterium im Einzelfall noch eine unterschiedliche Bezahlung rechtfertigen, wie z. B. beim Beruf des Maurers, der eine starke körperliche Muskelkraft erfordert und daher immer noch überwiegend von Männern ausgeübt wird. In diesen Fällen bedarf es dann aber sehr strenger Rechtfertigungs- und Bemessungskriterien sowie entsprechender Dokumentation.

Den körperlichen Anstrengungen gleichgesetzt werden müssen auch psychische Belastungen. In einem Unternehmen des Online-Handels müssen z. B. die körperliche Anstrengung der Lagerarbeit und die emotionale Belastung im Call-Center durch Lärm und aggressives Kundenverhalten bei der Tätigkeitsbewertung als gleichwertig angesehen werden.⁸⁹ Diese sind jedoch schwer messbar.

4.2.7 Flexibilität – Anpassungsfähigkeit an unterschiedliche Arbeitszeiten und -orte

Flexibilität, genauer die Anpassungsfähigkeit an unterschiedliche Arbeitszeiten und -orte, könnte ein Kriterium zur Rechtfertigung einer ungleichen Bezahlung sein. Sie erfordert, dass man sich schnell und problemlos auf geänderte Anforderungen und Gegebenheiten einstellen kann. Dazu gehören z. B. wechselnde Einsatzorte, Auslandsaufenthalte, Rufbereitschaft oder ständig wechselnde Arbeitszeiten. In manchen Stellenausschreibungen wird diese Flexibilität sogar explizit verlangt. Deshalb lässt es sich durchaus vertreten, dass Mitarbeiter, die bereit für Veränderung sind, einem Wandel aufgeschlossen gegenüberstehen und auch fähig sind, sich schnell an geänderte Gegebenheiten anzupassen, dann auch entsprechend

⁸⁹ Krieger/Plambeck, NZA 2023, 1001 (1003).

vergütet werden. So kann es gerechtfertigt sein, dass ein Mitarbeiter, der für die internationale Kundenbetreuung zuständig ist und deshalb oft und spontan verreisen muss, mehr verdient als ein Kundenbetreuer im Innendienst.

Dieses Kriterium ist jedoch nur begrenzt objektiv. Es kann zu Benachteiligungen in erster Linie von Frauen kommen. Da Frauen den Großteil der unbezahlten Sorgearbeit zu Hause übernehmen, wie z. B. Betreuung der Kinder, Haushaltsführung oder Pflege älterer Angehöriger, und deshalb häufig nur in Teilzeit arbeiten können, sind sie einfach nicht so flexibel wie männliche Arbeitnehmer. Bei Männern hingegen wird automatisch eine Bereitschaft zur Flexibilität angenommen.

Flexibilität darf nur dann zur Widerlegung einer Geschlechterdiskriminierung herangezogen werden, wenn diese für die Tätigkeit ausschlaggebend ist und einem echten Bedürfnis des Unternehmens entspricht.⁹⁰

Eine Ungleichbehandlung mit dem Kriterium der Flexibilität zu rechtfertigen, sollte eher eine Seltenheit bleiben. Für Beschäftigte mit familiären Verpflichtungen ist es schwerer, diese Anforderung zu erfüllen, als für Beschäftigte ohne diese Verpflichtungen. Diese sind dann benachteiligt, wenn Arbeitgeber aufgrund der zeitlichen und örtlichen Flexibilität unterschiedliche Löhne festsetzen.

4.2.8 Besetzung offener Stellen

Die Situation auf dem Arbeitsmarkt kann eine geschlechtsbezogene Entgeltbenachteiligung rechtfertigen. Allerdings nur dann, wenn die Einstellungszeitpunkte von den Vergleichspersonen deutlich auseinanderfallen und sich in der Zwischenzeit die Gegebenheiten am Bewerbermarkt verändert haben, etwa eine besondere Knappheit oder ein kurzfristiger Bedarf, was zur Erhöhung von marktüblichen Löhnen führte. Der Arbeitgeber muss, wie in § 22 AGG verlangt, umfassend darlegen und beweisen, dass er durch die schlechte Arbeitsmarktlage gezwungen ist, einer qualifizierten Arbeitskraft ein höheres

⁹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Az.: C-127/92, Rn. 25.

Gehalt anzubieten, um diese für das eigene Unternehmen gewinnen zu können und offene Stellen zeitnah zu besetzen.⁹¹ Die Schwierigkeiten zur Besetzung der Stelle müssen also ausreichend erläutert und belegt werden. Er muss ebenfalls belegen, dass es keine weiteren adäquaten Bewerber gab, die für eine niedrigere Vergütung die Stelle angenommen hätten.⁹²

Gerade in der heutigen Zeit des Fachkräftemangels und des „War for talents“ ist es für Unternehmen schwer, offene Stellen zu besetzen, da es an Bewerbern mit bestimmten Qualifikationen mangelt. Deshalb ist es rechtlich nicht zu beanstanden, auf die Vorstellung eines potentiellen Bewerbers einzugehen und diesem mehr Gehalt zu bieten. Arbeitnehmer, die mehrere Stellen zur Auswahl haben, sind bei einem höheren Gehalt eher bereit, eine Stelle anzunehmen. Arbeitgeber müssen in diesem Fall dann aber auch die Gehälter der Mitarbeiter beiden Geschlechts, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit im Unternehmen verrichten, an das Gehalt des Wunschkandidaten anpassen.

4.2.9 Eingruppierung nach Tarifvertrag

Die Eingruppierung nach Tarifvertrag stellt ebenfalls ein objektives, geschlechtsneutrales Differenzierungskriterium dar.

In vielen Unternehmen und insbesondere im öffentlichen Dienst werden die Mitarbeiter nach Tarifvertrag bezahlt. Dieser enthält verschiedene Entgeltgruppen, denen bestimmte Tätigkeitsmerkmale zugeschrieben sind. Die Arbeitnehmer werden nach der von ihnen ausgeübten Tätigkeit in die entsprechende Entgeltgruppe eingruppiert.⁹³ Im Manteltarifvertrag für das private Versicherungsgewerbe⁹⁴ heißt es z. B. in § 3, dass sich das Arbeitsentgelt nach der Art der Tätigkeit richtet. In § 4 Manteltarifvertrag für das private

⁹¹ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 51.

So auch Schwartzer/Brunk, ArbRAktuell 2023, 195 (197 f.).

⁹² Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21, Rn. 52.

⁹³ Vgl. Wank, RdA 2018, 34 (44).

Vgl. Eisele-Wijnbergen, in: HR-Compliance: Praxisleitfaden Compliance im Personalwesen, 2020, S. 64 f.

⁹⁴ <https://www.agv-vers.de/tarifpolitik/tarifvertraege.html>

Versicherungsgewerbe werden die Gehaltsgruppenmerkmale genannt, nach denen die Eingruppierung erfolgt. Beispielhaft fallen unter die Gehaltsgruppe III Tätigkeiten, die Fachkenntnisse erfordern, die man durch eine abgeschlossene Berufsausbildung oder einschlägige Erfahrung erworben hat. In § 12 Abs. 1 TVöD⁹⁵ steht geschrieben, dass sich die Eingruppierung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes nach Tätigkeitsmerkmalen richtet. Diese werden z. B. in der Entgeltordnung (VKA) detailliert aufgeführt.

Die Vergütung nach Tarifverträgen erfolgt tätigkeitsbezogen und nach arbeitswissenschaftlichen Kriterien. Die Zahlung einer höheren Vergütung hängt allein von der Erfüllung der Tätigkeitsmerkmale der höheren Entgeltgruppe ab. Die Tätigkeitsmerkmale bestehen i. d. R. aus einer objektiven Anforderung an die Tätigkeit, z. B., ob es sich um eine einfache Tätigkeit handelt oder um eine Tätigkeit, die eine fachliche Anlernung erfordert; zusätzlich aus einer Anforderung an die Qualifikation des Arbeitnehmers, z. B. gründliche Fachkenntnisse aufgrund einer abgeschlossenen Berufsausbildung.⁹⁶ Die Eingruppierung nach Tarifvertrag ist also ein rein objektives Kriterium.

Tarifverträge sind mit ihren Entgeltgruppen transparent, da die Kriterien für alle Mitarbeiter nachlesbar sind und damit vergleichbar und nachvollziehbar. Sie stellen sicher, dass Grundentgelte nicht beliebig festgesetzt werden, sondern auf konkreten, objektiven Kriterien wie Qualifikationen, Berufserfahrung und Verantwortlichkeiten basieren. Gleiche Arbeit wird gleich bezahlt, unabhängig davon, ob sie von Frauen oder Männern verrichtet wird. Damit sind Tarifverträge in der Praxis ein sehr wichtiges Rechtfertigungskriterium für eine unterschiedliche Vergütung der Geschlechter – aber nur, wenn die tariflichen Eingruppierungsvorschriften auch richtig angewendet werden. Denn wie aus dem Urteil vom BAG ersichtlich, gewährleistet auch ein Tarifvertrag keine gerechte Bezahlung, wenn dieser nicht zutreffend angewendet wird.

⁹⁵ <https://www.vka.de/tarifvertraege-und-richtlinien/tarifvertraege/tvoed>

⁹⁶ Vgl. Wank, RdA 2018, 34 (44).

Koch (Hrsg.), in: Arbeitsrecht von A-Z: Eingruppierung, 27. Aufl., 2023.

Für eine diskriminierungsfreie Eingruppierung braucht es ein einheitliches System der Arbeitsbewertung. Dieses bietet einen transparenten Maßstab für die Differenzierung der Grundentgelte der Beschäftigten. Es muss nach objektiven, sachlichen Anforderungskriterien unterschieden werden, damit es möglich ist, inhaltlich unterschiedliche Tätigkeiten in ihrem Anforderungsniveau miteinander zu vergleichen und ihre Gleichwertigkeit festzustellen. So lässt sich überprüfen, wie Unterschiede in der Eingruppierung begründet werden, und ob bei der Arbeitsbewertung Anforderungsmerkmale berücksichtigt werden, die von Frauen und Männern aus gesellschaftlichen oder physischen Gründen unterschiedlich leicht erfüllt werden können, wie z. B. Körperkraft oder zeitliche und räumliche Flexibilität. Begründungen für die einzelnen Eingruppierungen sollten detailliert festgehalten werden, um mögliche Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts zu erkennen.⁹⁷ Art. 4 RL 2006/54/EG bzw. § 4 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 EntgTranspG geben vor, dass ein System zur beruflichen Einstufung gemeinsame Kriterien für männliche und weibliche Arbeitnehmer heranziehen muss, sodass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden.

Tarifverträge müssen stets das Prinzip des gleichen Entgelts für gleiche oder gleichwertige Arbeit gewährleisten. Arbeitgeber sollten aufgrund des aktuellen BAG-Urteils zur Entgeltgleichheit ihr bestehendes Tarifsysteem auf Objektivität prüfen. Betrieben, die bisher die Entgelte ihrer Mitarbeiter individuell festgelegt haben, wird empfohlen, tarifliche oder betriebliche Vergütungssysteme einzurichten, um unbewusste geschlechtsspezifische Differenzierungen zu vermeiden. Es ist darauf zu achten, dass das Vergütungssystem nur geschlechtsneutrale Kriterien enthält. Mit Hilfe einer einheitlichen und objektiven Vergütungsordnung werden rechtskonforme Gehaltsverhandlungen sowohl bei der Einstellung als auch im laufenden Arbeitsverhältnis erleichtert.⁹⁸

Arbeitnehmer, die einen Aufgaben- und Verantwortungsbereich mit höheren Anforderungen innehaben, als in der höchsten tariflichen Vergütungsgruppe

⁹⁷ Vgl. ADS: Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit? Die Entgeltordnung des Tarifvertrags der Länder (TV-L) auf dem Prüfstand; https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Entgelt_UN_Gleichheit/TV_L.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [Abruf am 27.08.2023].

⁹⁸ Schwartzer/Brunk, ArbRAktuell 2023, 195 (198).

festgelegt ist, fallen nicht unter den persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages. Bei diesen außertariflichen Angestellten ist eine Eingruppierung nicht möglich, da in den Tarifverträgen wegen des individuell zugeschnittenen Zuständigkeitsbereiches dieser Angestelltengruppe charakteristische Tätigkeitsmerkmale für die Eingruppierung fehlen.⁹⁹ In diesem Fall kann das Kriterium „Eingruppierung nach Tarifvertrag“ nicht zur Rechtfertigung von Entgeltunterschieden herangezogen werden, sondern es bedarf anderer objektiver und geschlechtsneutraler Kriterien wie z. B. Qualifikation und Berufserfahrung oder eines eigenen betrieblichen Stellenbewertungssystems mit Punktebewertung oder Gehaltsbändern. Diese Systeme bieten jedoch wenig Transparenz. Das Abstandsgebot zur höchsten tariflichen Entgeltgruppe lässt sich zwar dem Tarifvertrag entnehmen, jedoch wird die endgültige Vergütung von außertariflichen Angestellten individuell zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart. Weder Punktesysteme noch Gehaltsbänder werden veröffentlicht und sind daher nicht nachvollziehbar.

Vergleichbar mit der Eingruppierung nach Tarifvertrag sind die gesetzlichen Besoldungsregelungen im öffentlichen Dienst für Beamte. Ähnlich wie die Entgeltgruppen für Beschäftigte wird das Grundgehalt der Beamten nach Besoldungsgruppen mit Erfahrungsstufen bestimmt. Daher wird an dieser Stelle kurz die Thematik bezogen auf das Beamtenrecht beleuchtet.

Die Besoldung erfolgt wie beim Tarifvertrag allein nach objektiven, amtsbezogenen Kriterien (Umfang und Schwierigkeitsgrad des Amtes) unabhängig von der Person, die das Amt führt. Aufgrund dieser Vergütungsstruktur sollte man annehmen, dass im öffentlichen Dienst, vor allem im Beamtenrecht, eine geschlechtergerechte Bezahlung erfolgt. Wie ein aktueller Fall aus der Praxis zeigt, ist dem nicht so.

Die frühere Bürgermeisterin der Stadt Müllheim, einer Kleinstadt in Baden-Württemberg, wurde während ihrer Amtszeit von 2012 bis 2020 in der niedrigeren von zwei möglichen Besoldungsgruppen eingestuft und damit niedriger besoldet

⁹⁹ Vgl. Hunold, NZA-RR 2010, 505 (505).

Vgl. Kallos, in: Rechtswörterbuch: Außertarifliche Angestellte, 30. Aufl., 2023.

als ihr männlicher Vorgänger und ihr männlicher Nachfolger, obwohl sich in der Zwischenzeit weder der Aufgabenumfang des Amtes noch die Einwohnerzahl gravierend geändert hatten. Sie machte Schadensersatz wegen einer Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts nach dem AGG geltend. Das Verwaltungsgericht Freiburg entschied im März 2023, dass ihr nachträglich die gleiche Entlohnung wie ihrem männlichen Amtsvorgänger und ihrem männlichen Nachfolger zusteht. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass die Stadt die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung nicht widerlegen konnte. Die Stadt konnte nicht nachweisen, dass das Geschlecht der früheren Bürgermeisterin bei der Gemeinderatsentscheidung über ihre Besoldungsgruppe keine Rolle gespielt hat. Sie hätte Tatsachen dafür vorlegen müssen, dass ausschließlich andere Gründe zu der Benachteiligung geführt haben, was ihr nicht gelungen ist.¹⁰⁰

Die Eingruppierung von Bürgermeistern ist gesetzlich vorgegeben.¹⁰¹ Für die Eingruppierung von hauptamtlichen Bürgermeistern stehen zwei Besoldungsgruppen zur Auswahl, was einen gewissen Bewertungsspielraum lässt. In obigem Fall wurde die Bürgermeisterin zwar nicht rechtswidrig eingruppiert, aber sie wurde ohne sachliche Begründung in die niedrigere Gruppe eingestuft. Dieser Ansatz ist auch in Tarifverträgen mit Entgeltbändern, welche durch eine Unter- und Obergrenze definiert sind, enthalten. Ob es aufgrund von Entgeltgruppen mit Bewertungsspielräumen häufiger zu Entgeltdiskriminierung kommt, lässt sich mangels empirischer Zahlen nur vermuten.

Wie dieser Fall zeigt, wird auch im öffentlichen Dienst trotz Tarif- und Besoldungstabellen nicht immer geschlechterneutral bezahlt. Verstöße gegen den Entgeltgleichheitsgrundsatz sind auch in der Kommunalpolitik kein Einzelfall.¹⁰²

¹⁰⁰ Vgl. VG Freiburg, Urt. v. 03.03.2023, Az.: 5 K 664/21, juris.

Vgl. Kamann, ArbRAktuell 2023, 216 (216).

¹⁰¹ § 2 Nr. 2 LKomBesG.

¹⁰² Eine weitere ehemalige Bürgermeisterin in BW fühlt sich bei der Einstufung der Besoldung ungerecht behandelt und erwägt Klage; Südkurier, <https://www.suedkurier.de/region/hochrhein/kreis-waldshut/buergermeisterin-ad-will-notfalls-auf-gleiches-gehalt-wie-ihre-maennlichen-kollegen-klagen;art372586,11616404#:~:text=Janette%20Fuchs%20wurde%20in%20Todtmoos,Marcel%20Schneider%20erh%C3%A4lt%20sofort%20A15.> [Abruf am 02.09.2023].

4.3 Konkreter Handlungsbedarf für Unternehmen / Verwaltungen

Für Arbeitgeber ergeben sich gesteigerte Dokumentationspflichten, um sich gegen Benachteiligungsvorwürfe verteidigen zu können. Personalentscheidungen und deren Umstände sollten sorgfältig, detailliert und umfassend dokumentiert werden. Es ist erforderlich, dass Arbeitgeber die im konkreten Einzelfall angewendeten objektiven Kriterien festhalten, aufgrund derer sie die Entgelthöhe eines Arbeitnehmers festgesetzt haben.

Des Weiteren müssen Unternehmen ihre betriebliche Entgeltpraxis transparenter gestalten. Arbeitgeber sollten ihren Beschäftigten durch eine offene, vertrauenswürdige Unternehmenskultur vermitteln und signalisieren, dass Gehälter kein Tabuthema mehr sind. Über Gehälter zu sprechen, sollte nicht mit arbeitsvertraglichen Verschwiegenheitsklauseln verboten werden. Es ist zu überlegen, wie Vergütungstransparenz in der Praxis ausgestaltet werden kann. Dabei wird es nicht den „einen“ Weg geben. Jeder Arbeitgeber wird für sich über den Grad an Transparenz entscheiden müssen. Transparenz kann bedeuten, Gehaltsbänder für jede Position festzulegen und z. B. im Intranet zu veröffentlichen bis hin zur kompletten Offenlegung von absoluten Gehaltszahlen aller Mitarbeiter. Mehr Transparenz bewirkt, dass Arbeitnehmer nachvollziehen können, welche Gründe zu einer abweichenden Vergütung im Vergleich zu einem anderen Arbeitnehmer geführt haben. Mitarbeiter können erkennen, dass Gehälter ausschließlich aufgrund allgemeingültiger objektiver Kriterien festgesetzt werden und keine Unterscheidung nach dem Geschlecht erfolgt. Da sie die Kriterien für die Festlegung der Entgelthöhe kennen, können Arbeitnehmer einschätzen, ob ihr eigenes Entgelt im Vergleich zum Entgelt des Kollegen fair ist. Das führt zu mehr Akzeptanz des eigenen Gehalts und zu mehr Zufriedenheit bei der Arbeit. Arbeitgeber, die transparent über Gehälter berichten, sehen sich wahrscheinlich weniger mit Auskunftsverlangen von Mitarbeitern und infolgedessen mit Klagen auf Lohnnachzahlung und Entschädigung konfrontiert.

Andererseits können transparente Gehälter den Neid zwischen Kollegen steigern. Eine offengelegte unterdurchschnittliche Vergütung führt zu Unzufriedenheit und Demotivation bei Betroffenen, weil sie das Gefühl haben, ungerecht behandelt zu werden. Daher müssen Arbeitgeber genau abwägen, wie umfassend sie Transparenz

in ihrer betrieblichen Entgeltpraxis schaffen. Dass Unternehmen auf jeden Fall mehr Gehaltstransparenz herstellen müssen, ist mit der neuen Entgelttransparenzrichtlinie der EU beschlossen. Eine erste Maßnahme ist, in Stellenanzeigen Angaben zum Gehalt zu machen.

Der öffentliche Dienst zeigt sich bereits transparent. In Stellenausschreibungen wird die Besoldungs- bzw. Entgeltgruppe mitangegeben. Die Bezahlung in verschiedenen Vergütungsstufen ist bekannt und Kollegen wissen, wer in welche Besoldungs- bzw. Tarifgruppe eingruppiert ist.

In erster Linie sollten Arbeitgeber aktiv werden, die bisher die Gehälter ihrer Arbeitnehmer nach freiem Ermessen und auf Grundlage individueller Verhandlungen festgelegt haben. Es ist ratsam, eine objektive Vergütungsordnung zu schaffen, nach der sich die Höhe der Vergütung jedes einzelnen Mitarbeiters nach objektiven Kriterien bestimmen lässt. § 4 Abs. 4 EntgTranspG gibt vor, was bei der Ausgestaltung eines benachteiligungsfreien Entgeltsystems zu berücksichtigen ist. So schaffen Arbeitgeber Gerechtigkeit beim Entgelt sowohl zwischen den Geschlechtern als auch innerhalb desselben Geschlechts. Zudem kann bei einer Diskriminierungsvermutung anhand der Vergütungsordnung belegt werden, dass die Vergütungsunterschiede allein auf objektiven und geschlechtsneutralen Faktoren basieren.¹⁰³ Gegebenenfalls müssen Arbeitgeber Gehälter anpassen, wenn einem Arbeitnehmer nach der neuen Vergütungsordnung eine höhere Vergütung zusteht.¹⁰⁴ Aber auch Arbeitgeber mit größtenteils tariflicher Vergütungsstruktur sollten handeln und ihre Vergütungssysteme für die Gruppe der außertariflichen Angestellten überprüfen, um sicherzustellen, dass diese keinen Spielraum für unterschiedliche Vergütung bei vergleichbarer Arbeit lassen. Denn häufig sehen Entgeltsysteme für die Gruppe der außertariflichen Beschäftigten Entgeltbänder vor, die Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Entgelthöhe innerhalb der Bandbreite geben.¹⁰⁵

Arbeitgeber sind gefordert sich zu überlegen, wie man Stellen vergleichbar machen kann, nicht nur innerhalb einzelner Teams, sondern auch bereichsübergreifend. Hier

¹⁰³ Vgl. Krieger/Plambeck, NZA 2023, 1001 (1002).

¹⁰⁴ Vgl. Krieger/Plambeck, NZA 2023, 1001 (1007).

¹⁰⁵ Vgl. Krieger/Plambeck, NZA 2023, 1001 (1002).

bleibt abzuwarten, wie Deutschland die Anforderungen in Art. 4 RL 2023/970/EU an die Bewertung von Stellen umsetzen wird, d. h. welche Instrumente oder Methoden der Gesetzgeber den Arbeitgebern an die Hand gibt, um anhand objektiver, geschlechtsneutraler Kriterien beurteilen zu können, ob sich Arbeitnehmer im Hinblick auf den Wert der Arbeit in einer vergleichbaren Situation befinden.

Arbeitgeber müssen aktiv prüfen, ob Gehaltsunterschiede in ihrem Betrieb allein darauf basieren, dass die Männer mehr Gehalt gefordert haben. Sollte es keine objektiven Gründe für eine unterschiedliche Bezahlung vergleichbarer Tätigkeiten von Männern und Frauen geben – einige Kriterien werden unter 4.2 erläutert – muss eine Anpassung der niedrigeren Gehälter nach oben erfolgen. Zudem sollten Arbeitgeber zukünftig darauf achten, dass es zu keiner Entgeltbenachteiligung von langjährigen Mitarbeitern kommt, wenn potentielle Fachkräfte nur mit höherem Gehalt gewonnen werden können. Dann besteht auch in solch einem Fall gegebenenfalls Anpassungsbedarf von Gehältern anderer Mitarbeiter.

Auch wenn die RL 2023/970/EU erst bis 2026 verpflichtend umgesetzt werden muss, sollten Arbeitgeber jetzt schon Vorgaben aus der Richtlinie beachten und umsetzen, vor allem im Berichtswesen. Arbeitgeber haben die Pflicht, über die Gehaltsstruktur und über das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle im Unternehmen bzw. in der Dienststelle umfassend zu berichten. Dafür müssen Gehaltsdaten zusammengestellt, analysiert und verständlich aufbereitet werden.

Es ist unumgänglich, dass Arbeitgeber handeln müssen, um mehr Entgeltgerechtigkeit herzustellen. Ein erster Schritt ist die kritische Prüfung der bisherigen Vergütungsstruktur. Es ist zu überlegen, ob die Vergütung nach Tarifvertrag erfolgen soll oder ein individuelles transparentes Vergütungssystem etabliert wird, z. B. mit Entgeltgruppen mit jeweils fester Entgelthöhe oder Entgeltbändern mit Untergrenze und Obergrenze.

Empirisch gesichert ist, dass in Unternehmen und Dienststellen mit Tarifverträgen die Gehaltsunterschiede zwischen Frauen und Männern geringer sind.¹⁰⁶

4.4 Gebot der Entgeltgleichheit für beide Geschlechter

Wie aus den in dieser Arbeit vorgestellten Urteilen ersichtlich, waren es bisher stets Frauen, die sich in Gerichtsverfahren auf das Equal Pay-Gebot berufen haben. Der Aspekt, dass auch Männer sich auf das Entgeltgleichheitsgebot berufen können, wenn einer Frau bei gleicher Arbeit ein höheres Entgelt gezahlt wird und es dafür keine objektiven Gründe gibt, ist in der Literatur noch nicht berücksichtigt.

Nach dem Wortlaut des § 7 EntgTranspG können sich weibliche und männliche Beschäftigte auf das Entgeltgleichheitsgebot berufen. Wird ein männlicher Arbeitnehmer beim Entgelt benachteiligt, muss es diesem aus rechtlicher Sicht auch möglich sein, Klage auf gleiche Bezahlung zu erheben, auch wenn die Rechtsrealität zeigt, dass Männer nicht klagen. Denn grundsätzlich werden Männer besser bezahlt als Frauen, wie Statistiken belegen.¹⁰⁷

Sobald eine Frau weniger verdient als ihr männlicher Kollege, begründet das die Vermutung nach § 22 AGG, dass die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts erfolgte. Dies ist vor dem Hintergrund der bestehenden Lohnlücke nachvollziehbar. Ob die Beweiserleichterung auch greift, wenn ein männlicher Arbeitnehmer weniger verdient als seine weibliche Kollegin, ist rechtlich sehr fraglich. Gegebenenfalls muss sich der männliche Arbeitnehmer auf andere greifbare Beweise berufen, z. B. die konkrete betriebliche Gehaltsfindung.

¹⁰⁶ BMFSFJ: Auf dem Weg zur Entgeltgleichheit von Frauen und Männern; <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/159872/c10d77c1198719376488fb63e67514c5/auf-dem-weg-zur-entgeltgleichheit-von-frauen-und-maennern-deutsch-data.pdf> [Abruf am 01.09.2023]. Vgl. Wank, RdA 2018, 34 (44).

¹⁰⁷ Destatis: Pressemitteilung Nr. 036 vom 30. Januar 2023: Gender Pay Gap 2022; https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/01/PD23_036_621.html [Abruf am 03.09.2023].

5 Fazit

Auf europäischer sowie nationaler Ebene gibt es verschiedene rechtliche Bestimmungen, die durchsetzen sollen, dass gleiche Arbeit gleich entlohnt wird. Im europäischen Recht ist das Gebot der Entgeltgleichheit für gleiche und gleichwertige Arbeit für Männer und Frauen bereits seit vielen Jahren in Art. 157 AEUV verankert. In Deutschland ergibt sich dieses Gebot aus der grundrechtlich geschützten Gleichberechtigung der Geschlechter in Art. 3 Abs. 2 GG, dem in § 3 AGG verankerten allgemeinen Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts sowie unmittelbar aus §§ 3, 7 EntgTranspG. Das 2017 in Kraft getretene EntgTranspG sollte den Grundsatz, dass gleiche Arbeit mit gleichem Lohn bezahlt wird, in der Praxis stärken und für mehr Transparenz sorgen, vor allem durch die Einführung eines individuellen Auskunftsanspruchs.

Die gesetzlichen Vorschriften zur Durchsetzung des Equal Pay-Grundsatzes zwischen Männern und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit haben in der Praxis jedoch wenig Wirkung gezeigt. Im Jahr 2022 verdienten Frauen in Deutschland im Durchschnitt immer noch weniger als Männer in vergleichbaren Positionen.

Waren Klagen in Deutschland in Sachen Entgeltgleichheit in der Vergangenheit eher eine Seltenheit, entschied das BAG in den Jahren 2020 und 2021 erstmals Fälle zum EntgTranspG.

Einen entscheidenden Beitrag zu mehr Lohngerechtigkeit hat das BAG im Februar diesen Jahres mit seinem Grundsatzurteil zu „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ geleistet, indem es im Hinblick auf die vom Arbeitgeber zu widerlegende Vermutung und die zulässigen Differenzierungskriterien neue Erkenntnisse geliefert hat. Das BAG hat klargestellt, dass die schlechtere Bezahlung einer weiblichen Arbeitnehmerin mit der Begründung, dass ihr männlicher Kollege besser verhandelt hat, gegen das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ verstößt. Damit hat das BAG eine Lücke geschlossen, die als Ausrede diente, das Entgeltgleichheitsgebot zu umgehen. Seit dieser Entscheidung wird es für Arbeitgeber schwieriger, Entgeltunterschiede zu rechtfertigen. Dafür bedarf es ausschließlich objektiver und diskriminierungsfreier Gründe. Besseres

Verhandlungsgeschick gilt nicht mehr als Rechtfertigungsgrund. Individuelle Gehaltsverhandlungen sind zwar weiterhin zulässig, Arbeitgeber müssen aber zukünftig sorgfältig bedenken und dokumentieren, aus welchen Gründen bestimmten Arbeitnehmern mehr gezahlt wird.

Das BAG hat zwar den Anspruch von Frauen auf gleichen Lohn in mehreren Grundsatzurteilen gestärkt. Trotz der rechtlichen Erfolge zeigen die Urteile, dass Frauen großes Durchhaltevermögen benötigen, um ihr Recht auf Entgeltgleichheit in schwierigen und langjährigen Gerichtsverfahren zu erkämpfen.

Dennoch sollten Arbeitnehmer, sobald sie den Verdacht haben, nicht gerecht entlohnt zu werden, aktiv werden und ihren Auskunftsanspruch nach dem EntgTranspG geltend machen. Arbeitgebern muss signalisiert werden, dass Lohndiskriminierung nicht toleriert wird und geschlechterdiskriminierende Strukturen geändert werden müssen.

Gleicher Lohn für *gleiche* Arbeit von Männern und Frauen ist zumindest in Unternehmen mit Tarifverträgen weitgehend gewährleistet. Gerechte Vergütung bei *gleichwertiger* Arbeit – einer Arbeit, die zwar nicht gleich, aber insgesamt nach Anforderungen und Arbeitsbedingungen vergleichbar ist – ist in der Praxis jedoch immer noch nicht gesichert. Ursächlich hierfür sind vor allem diskriminierende Entgeltsysteme und ihre nicht zutreffende Anwendung aufgrund geschlechtsdiskriminierender Arbeitsbewertungsverfahren.

Gehaltstransparenz ist ein vielversprechender Ansatz, die geschlechterspezifische Lohnlücke langfristig zu schließen. Es liegt in der Verantwortung der Arbeitgeber zu agieren. Einzelne Unternehmen setzen schon jetzt auf transparente Lohnstrukturen und demonstrieren, dass geschlechtergerechte Bezahlung möglich ist.¹⁰⁸

Die im Juni 2023 in Kraft getretene Entgelttransparenzrichtlinie der EU ist ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu mehr Entgeltgerechtigkeit. Für den deutschen Gesetzgeber besteht Handlungsbedarf, denn die Richtlinie schafft neue Vorgaben,

¹⁰⁸ Süddeutsche Zeitung, <https://www.sueddeutsche.de/karriere/gehalt-erzaehlen-transparenz-1.4829409> [Abruf am 08.09.2023].

die über aktuell gültige Regeln in Deutschland hinausgehen, und verschärft bestehende Regelungen aus dem EntgTranspG. Arbeitgeber sollten nicht warten, bis die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt wird, sondern schon jetzt handeln und ihre Vergütungssysteme kritisch prüfen. Denn die jüngste Entscheidung des BAG zur Entgeltgleichheit hat dazu geführt, dass Beschäftigte dieses wichtige Thema stärker in den Fokus nehmen.

Die europäische Richtlinie sorgt auf jeden Fall für mehr Entgelttransparenz. Ob sie dazu beitragen kann, den Equal Pay-Grundsatz effektiv durchzusetzen und Entgeltgerechtigkeit zu erwirken, bleibt abzuwarten.

In jedem Fall wird es in Deutschland bis zur Entgeltgleichheit von Frauen und Männern noch ein längerer Weg sein.

Literaturverzeichnis

Annuß, Georg: Entgelttransparenzgesetz – doch kein zahnlöser Tiger?, in: NZA 2021, S. 1538-1541.

Benecke, Martina: Rechtliche Bindung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers, in: Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 5. Auflage, 2021, Rn. 1-192.

Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/u. a. (Hrsg.): Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2023.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Auflage, 2022.

Dürig, Günter/Herzog, Roman/u. a. (Hrsg.): Grundgesetz, 100. Ergänzungslieferung, 2023.

Eisele-Wijnbergen, Daniela: Entgeltgerechtigkeit und Recht rund ums Entgelt – Was wird unter einem gerechten Entgelt verstanden und (was) hat das mit Recht zu tun?, in: Conzelmann, Yvonne (Hrsg.): HR-Compliance: Praxisleitfaden Compliance im Personalwesen, 2020, S. 59-75.

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Auflage, 2022.

Fuhlrott, Michael/Hinrichsen, Cara: Arbeitnehmerbegriff nach dem Entgelttransparenzgesetz, in: NJW 2021, S. 513-515.

Hunold, Wolf: Außertarifliche Angestellte: Gehalt, Arbeitszeit, Betriebsrat, in: NZA-RR 2010, S. 505-509.

Husemann, Tim: Der Richtlinienvorschlag der Kommission zur Stärkung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit, in: EuZA 2022, S. 166-185.

Jarass, Hans D. (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, 2021.

Kamann, Jannis: Entgeltgleichheit bei der Besoldung, in: ArbRAktuell 2023, S. 216-216.

Krieger, Steffen: Mitteilung des Median-Entgelts im Auskunftsverfahren nach §§ 10 ff. EntgTranspG kann eine Entgeltbenachteiligung indizieren, in: ArbRAktuell 2021, S. 396-396.

Krieger, Steffen/Plambeck, Ruben: Entgelttransparenzgesetz – Einführung objektiver Vergütungssysteme, in: NZA 2023, S. 1001-1008.

Ludewig, Gisela: Entgeltgleichheit in Deutschland, in: djbZ 2015, S. 196-198.

Marek, Lukas/Sawodny, Svenja: Neue Richtlinie der Europäischen Union zur Entgelttransparenz, in: ArbRAktuell 2023, S. 397-400.

Möller, Lars Christian/Reichenberger, Joachim: Grundlegendes vom BAG zum Entgelttransparenzgesetz, in: NZA 2021, S. 256-261.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage, 2023.

Röhner, Cara: Equal Pay: EU-Richtlinie zur Lohntransparenz stärkt Entgeltgleichheit, in: ZRP 2023, S. 145-147.

Rolfs, Christian: Mehr Transparenz wagen, in: EuZW 2023, S. 489-490.

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/u. a. (Hrsg.): Beck'sche Onlinekommentar zum Arbeitsrecht, 68. Auflage, 2023.

Schaub, Günter/Koch, Ulrich (Hrsg.): Arbeitsrecht von A-Z, 27. Auflage, 2023.

Schlewing, Anja: Gleichstellung im Spiegel der Rechtsprechung, in: NZA-Beilage 2022, S. 30-37.

Schwartz, Miriam/Brunk, Luise: Kein höheres Gehalt aufgrund besseren Verhandlungsgeschicks: Die Auswirkungen des BAG-Urteils vom 16.02.2023 zur Entgeltgleichheit für die Praxis, in: ArbRAktuell 2023, S. 195-198.

Stein, Jaqueline: BAG zum Median als Indiz für eine Entgeltdiskriminierung – Europa zu Gast in Erfurt, in: NZA 2022, S. 328-331.

Vianden, Sabine: Neuer Richtlinienvorschlag der EU-Kommission im Bereich Entgelttransparenz, in: ArbRAktuell 2021, S. 431-433.

Wank, Rolf: Das Entgelttransparenzgesetz – Prämissen und Umsetzung, in: RdA 2018, S. 34-46.

Weber, Klaus (Hrsg.): Rechtswörterbuch, 30. Auflage, 2023.

Erklärung

Ich versichere, dass ich diese Bachelorarbeit selbständig und nur unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus anderen Quellen direkt oder indirekt übernommenen Daten und Konzepte sind unter Angabe der Quelle gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass meine Abschlussarbeit von Seiten der Hochschule mit einer Plagiatssoftware überprüft werden kann.

Asperg, den 15. September 2023

Julia Häfele