

Cara Röhner

## Entgeltdiskriminierung von Frauen

### Anmerkung zu den Urteilen des BAG zum Entgelttransparenzgesetz

#### I. Einleitung

Seit den römischen Verträgen von 1957 gibt es europarechtlich das unmittelbar anwendbare Gebot der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen.<sup>1</sup> In Deutschland wurde dieser Grundsatz einfachgesetzlich erst 1980 in § 612 Abs. 3 BGB geregelt, der mit der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im Jahr 2006 wieder aufgehoben wurde. Verfassungsrechtlich folgt das Gebot der Entgeltgleichheit aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Grundgesetz.<sup>2</sup> Dennoch ist in der gesellschaftlichen Realität eine sich hartnäckig haltende Entgeltungleichheit zulasten von Frauen festzustellen. In Deutschland beträgt die unbereinigte Entgeltlücke 18% (sog. Gender Pay Gap).<sup>3</sup> Werden Teilzeitarbeit sowie geschlechtsspezifische Unterschiede in der Branchen- und Berufswahl als strukturelle Ursachen für die Unterschiede im Entgelt herausgerechnet, dann bleibt noch eine bereinigte Entgeltlücke von 6% bei vergleichbarer Tätigkeit und Qualifikation.<sup>4</sup> Damit bleibt Deutschland bei der Entgeltgleichheit eines der EU-Schlusslichter.<sup>5</sup>

Aus diesen Gründen wurde im Jahr 2017 das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) eingeführt.<sup>6</sup> Es soll Transparenz für Entgeltregelungen und -strukturen erhöhen.<sup>7</sup> Kern des Gesetzes ist ein individueller Auskunftsanspruch gem. §§ 10 ff. EntgTranspG über den Median der Gehälter der Vergleichspersonen des anderen Geschlechts. Er gilt ab einer Betriebsgröße von in der Regel mehr als 200 Beschäftigten. Darüber hinaus enthält das Entgelttransparenzgesetz die Aufforderung an private Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten, betriebliche Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgelt-

1 Für wertvolle Hinweise und die Diskussion des Beitrags danke ich *Nora Markard* und *Eva Kocher*.

2 BAGE 1, 258, 261; BAGE 36, 187. Zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG siehe auch *Nora Markard*, Das Gebot der Entgeltgleichheit: verfassungsrechtliche Perspektiven, JZ 2019, 534 sowie *Heide Pfarr/Klaus Bertelsmann*, Gleichbehandlungsgesetz. Zum Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, Wiesbaden 1985, 19 ff.

3 *Statistisches Bundesamt*, Gender Pay Gap 2020: Frauen verdienen 18% weniger als Männer, Pressemitteilung Nr. 106 vom 9. März 2021.

4 Ebd.

5 *Statistisches Bundesamt*, Gender Pay Gap 2019: Deutschland bleibt eines der EU-Schlusslichter. Danach belegt Deutschland Platz 24 von den 27 EU-Mitgliedstaaten.

6 *Lena Oerder/Johanna Wenckebach*, Entgelttransparenzgesetz. Basiskommentar zum EntgTranspG, Frankfurt am Main 2018; *Sabine Marion Vianden*, Gleicher Entgelt für gleiche und gleichwertige Arbeit. Ein Prinzip und seine rechtliche Durchsetzung auf Grundlage des Entgelttransparenzgesetzes, Berlin 2020; *Markard* (Fn. 2), 540.

7 BT-Drs. 18/11133, 1.

gleichheit durchzuführen (§§ 17 ff. EntgTranspG), sowie eine Berichtspflicht für Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten (§ 21 f. EntgTranspG). Weitergehende Instrumente zur effektiven Durchsetzung der Entgeltgleichheit sind gesetzlich nicht vorgesehen.<sup>8</sup>

Das Entgelttransparenzgesetz ist teilweise *lex specialis* zum AGG. Es verbietet die unmittelbare oder mittelbare Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechtes (§ 3 EntgTranspG), gewährleistet das Gebot der Entgeltgleichheit (§ 7 EntgTranspG) und erklärt diskriminierende Entgeltvereinbarungen für unwirksam (§ 8 EntgTranspG). Aus der Rechtsprechung folgt, dass in diesen Fällen eine „Angleichung nach oben“ für die Vergangenheit vorzunehmen ist,<sup>9</sup> diese Angleichungspflicht endet mit dem Abschluss einer diskriminierungsfreien Vereinbarung.<sup>10</sup> Eine solche muss jedoch u.U. von der Betroffenen weiterhin eingeklagt werden.

Das Entgelttransparenzgesetz ist daher vielfach als „zahnloser Tiger“ kritisiert worden. Inzwischen liegen jedoch die ersten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Entgelttransparenzgesetz vor, die die individualrechtliche Durchsetzung des Auskunftsanspruchs und der Entgeltgleichheit stärken. In beiden Urteilen betont das BAG die Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung des Entgelttransparenzgesetzes, um der zugrundeliegenden Richtlinie 2006/54/EG die volle praktische Wirksamkeit zu verleihen. Beide Entscheidungen fielen für die Klägerinnen positiv aus.<sup>11</sup> Zugleich verdeutlichen die Urteile die Schwierigkeiten und Hürden eines individualrechtlichen Diskriminierungsschutzes. Beide Entscheidungen werden im Folgenden vorgestellt (II. und III.) und, von ihnen ausgehend, exemplarisch die tatsächlichen und rechtlichen Herausforderungen für die Durchsetzung der Entgeltgleichheit aufgezeigt (IV.).

## II. BAG, Urteil vom 25. Juni 2020 – 8 AZR 145/19: Notwendigkeit einer weiten Auslegung des Entgelttransparenzgesetzes

### 1. Sachverhalt: Entgeltunterschiede in der Redaktion eines Politikmagazins

In dem ersten vom 8. BAG-Senat entschiedenen Fall ging es um eine preisgekrönte Journalistin bei einem ZDF-Politikmagazin. Als programmgestaltende Redakteurin war es ihre Aufgabe, eigenständig Beiträge für das Politikmagazin zu erstellen. Sie gehört zu der Gruppe der unbefristeten freien Mitarbeiter:innen („feste Freie“), für die es einen eigenen Tarifvertrag gibt. Nachdem sie erfahren hatte, dass männliche Kollegen mit einer ähnlichen Tätigkeit, Berufserfahrung oder Betriebszugehörigkeit erheblich mehr verdienen als sie, machte sie im Jahr 2015 gegenüber der Personalabteilung des Senders unter Berufung auf das AGG Ansprüche auf gleiche Bezahlung, Schadensersatz und Entschädigung gel-

8 Kritisch daher zur effektiven Durchsetzung der Entgeltgleichheit durch das Gesetz z.B. *Eva Kucher*, Das Entgelttransparenzgesetz: ein Gesetz (nur) für Betriebsräte?, AuR 2018, 8; *Deutscher Juristinnenbund*, Equal Pay braucht mehr als Entgelttransparenz, Pressemitteilung vom 16.1.2018. Demgegenüber eine Klagewelle befürchtend *Burkard Göpfert/Katja Giese*, Entgelttransparenzgesetz – Folgt jetzt die Klagewelle?, NZA 2018, 207.

9 EuGH, U. v. 7.2.1991 – C-184/89 (*Nimz*), Rn. 21; BAG, U. v. 10.11.2011 – 6 AZR 148/09, Ls. 2.

10 *Oerder/Wenckebach* (Fn. 6), § 7 EntgTranspG Rn. 4.

11 Siehe zur Beförderung und zum Problem der gläsernen Decke jedoch noch die restriktive Rechtsprechung des BAG: *Johanna Wenckebach*, „Bis unter den Vorstand, überhaupt kein Thema“. Der Nachweis einer gläsernen Decke im Antidiskriminierungsprozess, KJ 2011, 370.

tend. Als dies erfolglos blieb, erhob sie eine Stufenklage, mit der sie zunächst gem. § 242 BGB Auskunft über die Vergleichsgehälter begehrte, um damit in der zweiten Stufe ihre Zahlungsklage beziffern zu können. Nach Inkrafttreten des Entgelttransparenzgesetz machte die Klägerin zusätzlich 2018 und 2019 gegenüber zwei örtlich verschiedenen Personalräten der Beklagten den Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz geltend.

## 2. Individueller Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz

Beschäftigte in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten haben zur Überprüfung der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebotes gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 EntgTranspG einen Auskunftsanspruch.<sup>12</sup> Dafür müssen sie eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit (Vergleichstätigkeit) benennen. Sie können Auskunft über das mittlere monatliche Bruttoentgelt und über bis zu zwei einzelne Entgeltbestandteile verlangen. Die Auskunftsverpflichtung erstreckt sich auf die Angaben zu den Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung und auf das Vergleichsentgelt (§ 11 Abs. 1 EntgTranspG). Das Vergleichsentgelt ist anzugeben als statistischer Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts, hochgerechnet auf Vollzeitäquivalente.<sup>13</sup> Dieser Anspruch besteht jedoch nur, wenn die Vergleichstätigkeit von mindestens sechs Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts ausgeübt wird, § 12 Abs. 3 EntgTranspG.

## 3. Entscheidung des BAG

### a. Worüber nicht entschieden wurde

Mit dem Urteil hat der 8. Senat des BAG nicht darüber entschieden, ob eine Entgelddiskriminierung der Klägerin durch das ZDF gegeben ist und der Klägerin folglich ein Anspruch auf Zahlung der Differenz zusteht. Mit diesem Begehren war die Klägerin bereits sowohl vor dem Arbeitsgericht Berlin als auch vor dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg gescheitert. Das Landesarbeitsgericht (LAG) hatte unter Inbezugnahme der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>14</sup> argumentiert, dass die Klägerin Indizien dafür darlegen müsse, dass Entgeltunterschiede zwischen ihr und den männlichen Kollegen in der Redaktion auf dem Geschlecht basieren, also eine Entgelddiskriminierung *wegen* des Geschlechtes vorliege.<sup>15</sup> Dies sei ihr nicht gelungen, weshalb die Beweislastumkehr des § 22 AGG nicht ausgelöst werde.

§ 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen eine Erleichterung der Darlegungslast vor. Danach kehrt sich, wenn eine Partei Indizien beweist, die eine Diskriminierung vermuten lassen, die Beweislast um, und es obliegt der Gegenseite zu beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt. Weil es nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburgs der Klägerin nicht gelungen war, Indizien für eine Entgelddiskriminierung vor

12 Dazu Oerder/Wenckebach (Fn. 6), §§ 10ff.; Dieter Grimm/Stefan Freb, Der Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz, ArbRB 2017, 182.

13 Der Median gibt nicht den Durchschnitt an, sondern den Wert, der in der Mitte einer der Höhe nach sortierten Entgeltwerte liegt.

14 BAG, U. v. 11.8.2016 – 8 AZR 375/15, Rn. 24.

15 LAG Berlin-Brandenburg, U. v. 5.2.2019 – 16 Sa 983/18.

zulegen, kam es in dem Verfahren nicht zur zweiten Stufe der Prüfung. Daher sind die zum Teil widersprüchlichen Gründe, die das ZDF für die Gehaltsunterschiede in der Redaktion des Politikmagazins angegeben hatte, bisher von keinem Fachgericht auf ihre Nachvollziehbarkeit überprüft worden.<sup>16</sup> Da das LAG die Revision nicht zugelassen hatte und die Beschwerde dagegen vor dem 9. Senat des BAG erfolglos blieb, ist die Klägerin mit ihrer Diskriminierungs- und Zahlungsklage im Instanzenzug der Fachgerichte erst einmal gescheitert.

Gegen die Nichtzulassung der Revision hat die Klägerin jedoch Verfassungsbeschwerde – unterstützt von der Gesellschaft für Freiheitsrechte – erhoben.<sup>17</sup> Mit der anhängigen Verfassungsbeschwerde wird eine Verletzung des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gerügt, da ohne die erforderliche Vorlage an den EuGH von dessen Rechtsprechung abgewichen worden sei. Nach der Rechtsprechung des EuGH genüge für den Anscheinsbeweis der Entgelddiskriminierung der Nachweis, dass ein Mann mehr verdiente.<sup>18</sup> Darüber hinaus wird ein Verstoß gegen die grundrechtlichen Verpflichtungen gem. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG sowie ein Unterschreiten des unionsrechtlichen Schutzes der Entgeltgleichheit gem. Art. 23 GRCh geltend gemacht.

#### b. Worüber entschieden wurde

Gegenstand der Entscheidung des 8. Senats des BAG ist ausschließlich der Auskunftsanspruch nach dem EntgTranspG. Das Auskunftsverlangen der Klägerin bezog sich auf die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung, das Median-Vergleichsentgelt der männlichen Redakteure am Standort Berlin und die Höhe der Zulagen mit Bezug zur Tätigkeit (Thema, Schwere, Qualität der Leistung, etc.) sowie der Zulagen ohne Bezug zur Tätigkeit (Ortswechsel, soziale Härte, etc.). Das ZDF und das Landesarbeitsgericht hatten die Auskunft mit dem Argument verweigert, die Klägerin falle als feste freie Mitarbeiterin nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes; es fehle an der Arbeitnehmereigenschaft.

Das BAG urteilte, dass der Klägerin der Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz als arbeitnehmerähnlicher Person grundsätzlich zusteht.<sup>19</sup> Zugrunde zu legen sei nämlich nicht der deutsche Arbeitnehmerbegriff, sondern der unionsrechtliche. Der Arbeitnehmerbegriff im Entgelttransparenzgesetz könne nicht rein national ausgelegt werden, sondern müsse „vor dem Hintergrund einer zuvor nicht erfolgten hinreichenden anderweitigen Richtlinienumsetzung [...] unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit dem Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 2006/54/EG“ ausgelegt werden.<sup>20</sup>

Das BAG legt ausführlich dar, dass die „zwingend erforderliche Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie 2006/54/EG zum Verbot der Diskriminierung beim Entgelt und zur entgeltbezogenen Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer bei gleicher oder als gleichwertig anerkannter Arbeit“<sup>21</sup> – der bereits RL 75/117/EWG

16 Siehe dazu die Darstellung des Falls und die ergangenen gerichtlichen Entscheidungen unter [www.freiheitsrechte.org/equalpay](http://www.freiheitsrechte.org/equalpay) (11.7.2021).

17 Siehe [www.freiheitsrechte.org/equalpay](http://www.freiheitsrechte.org/equalpay) (11.7.2021); das Verfahren ist unter dem Aktenzeichen 1 BvR 75/20 anhängig.

18 EuGH, U. v. 27.3.1980 – Rs. 129/79 (*Smith*), Tenor Ziff. 2; EuGH, U. v. 27.10.1993 – C-127/92 (*Enderby*), Rn. 13, 15; EuGH, U. v. 26.6.2001 – C-381/99 (*Brannhofer*), Rn. 58, 60; EuGH, U. v. 28.2.2013 – C-427/11 (*Kenny*), Rn. 20.

19 BAG, U. v. 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, Rn. 39 ff.

20 Ebd., Rn. 39.

21 Ebd., Rn. 44.

vorausgegangen war – im deutschen Recht mit dem AGG und dem Entgelttransparenzgesetz deutlich zu spät und auch unzureichend erfolgt ist.<sup>22</sup> Die ungewöhnlichen und seitenlangen Ausführungen des BAG zu den Unzulänglichkeiten der Rechtslage lesen sich wie eine Abrechnung mit der Gesetzgebung. Das BAG versucht augenscheinlich, die Schwächen des Entgelttransparenzgesetzes durch eine unionsrechtskonforme Auslegung zu kompensieren. Aufgrund des konstatierten Umsetzungsdefizits<sup>23</sup> sei eine unionsrechtskonforme und weite Auslegung des Entgelttransparenzgesetzes erforderlich, um sicherzustellen, dass der durch die Richtlinie geschützte Personenkreis von den umsetzenden Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts erfasst,<sup>24</sup> und damit die volle praktische Wirksamkeit der Richtlinie gewährleistet sei.<sup>25</sup>

Das BAG verurteilte daher das ZDF dazu, der Klägerin die begehrten Auskünfte über die Verfahren und Kriterien zur Entgeltfindung zu erteilen. Hinsichtlich der Frage, ob die Vergleichstätigkeit von wenigstens sechs Beschäftigten des anderen Geschlechts ausübt wird (§ 12 Abs. 3 EntgTranspG), musste es an das LAG Berlin-Brandenburg zurückverweisen.

#### 4. Erleichterungen für die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs

Die Entscheidung ist über die Situation der Fest-Freien beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk hinaus sehr praxisrelevant, weil das BAG sich auch zu den übrigen Anforderungen für die Geltendmachung des Anspruchs äußert. Hier stellt es klar, dass im Sinne der Effektivität des Auskunftsrechts keine übermäßig strenge Auslegung des Entgelttransparenzgesetzes in Betracht kommt.

So kann es nach §§ 14 und 15 EntgTranspG recht unübersichtlich sein, wer genau für die Auskunftserteilung zuständig ist. Nach dem BAG jedoch kommt es nicht darauf an, ob das Auskunftsverlangen an den Betriebs- oder Personalrat oder an die Personalabteilung, d.h. den Arbeitgeber, adressiert wird: Eine „unzutreffende Adressierung des Auskunftsverlangens durch die Beschäftigten (stellt) die Ordnungsmäßigkeit des Verlangens nicht in Frage“.<sup>26</sup> Das Entgelttransparenzgesetz basiere auf einem Kooperationsmodell mit wechselseitigen Informationspflichten zwischen dem Betriebs- bzw. Personalrat, den Vertreter:innen der zuständigen Tarifvertragsparteien und dem Arbeitgeber, um die Durchsetzung der Entgeltgleichheit zu stärken (§§ 13 ff. EntgTranspG). Dieses Kooperationsmodell solle jedoch nicht die Auskunftserteilung für die Beschäftigten erschweren.<sup>27</sup>

Darüber hinaus stellte das BAG in „weiterführenden Hinweisen“ klar, dass sich die Abfrage von bis zu zwei einzelnen Entgeltbestandteilen gem. § 10 Abs. 1 EntgTranspG auch auf Entgeltbestandteilgruppen beziehen kann, wie die von der Klägerin begehrte

22 Die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2006/54/EG lief am 15.8.2008 ab, die Umsetzungsfrist der Vorgängerichtlinie 75/117/EWG bereits am 19.2.1976.

23 BAG, U. v. 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, Rn. 57, 58 ff. Das BAG unterstreicht außerdem, dass aus seiner Sicht der nach § 4 Abs. 3 EntgTranspG unzulässige Vergleich von Beschäftigten in verschiedenen Rechtsverhältnissen (Arbeitnehmer:innen und Beamte:innen) nicht mit der Richtlinie 2004/54/EG zu vereinbaren sein dürfte, Rn. 65.

24 BAG, U. v. 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, Rn. 44.

25 Ebd., Rn. 46.

26 Ebd., Rn. 85.

27 Ebd., Rn. 86 ff.

Auskunft über die tätigkeitsbezogenen Zulagen und der Zulagen ohne Tätigkeitsbezug.<sup>28</sup> Diese Auslegung sei zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit geboten, damit Beschäftigte, die über keine Informationen verfügen, nicht ins Blaue hinein Auskunft über etwaige Entgeltbestandteilen verlangen müssten.<sup>29</sup> Hierbei ist auch zu bedenken, dass die Auskunft gem. § 10 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG nur alle zwei Jahre verlangt werden kann; ein vollständiges Bild würde daher recht lang dauern. Die im Gesetz wohl ursprünglich beabsichtigte Beschränkung des Auskunftsrechts auf nur zwei einzelne Entgeltbestandteile ist damit ausgehebelt.

## 5. Auskunft erteilt – und nun?

Die Auskunft nach dem Entgelttransparenzgesetz wurde der Klägerin inzwischen erteilt und das Verfahren hinsichtlich des Auskunftsanspruchs im Mai 2021 – über sechs Jahre nach der ersten Klageerhebung – für erledigt erklärt. Die Auskunft bestätigt die bisherigen Angaben der Klägerin: Die Differenz ihres Gehalts zum Median-Vergleichsentgelt ihrer männlichen Kollegen beträgt rund 800 Euro monatlich; hinzu kommt eine ihr bisher unbekannte Leistungszulage von bis zu 1450 Euro jährlich.<sup>30</sup> Doch was kann die Klägerin nun mit dieser nach dem Entgelttransparenzgesetz erteilten Auskunft erreichen?

Das Entgelttransparenzgesetz sieht selber keine Rechtsfolgen für die Durchsetzung des Rechts auf Entgeltgleichheit vor. Der Auskunftsanspruch erscheint daher erst einmal folgenlos. Doch genau hier kommt nun das zweite Urteil des BAG zum Entgelttransparenzgesetz ins Spiel: Das BAG stellt in dieser Entscheidung nämlich fest, dass die Auskunft nach den §§ 10 ff. EntgTranspG für die Beweislastumkehr des § 22 AGG ausreichend ist, und eröffnet damit einen Weg zur gerichtlichen Durchsetzung der Entgeltgleichheit – auch wenn die ZDF-Journalistin hiervon wohl nur noch profitieren wird, wenn ihre Verfassungsbeschwerde Erfolg hat.

### *III. BAG, Urteil v. 21. Januar 2021 – 8 AZR 488/19: Median-Vergleichsentgelt nach dem Entgelttransparenzgesetz genügt für Beweislastumkehr des § 22 AGG*

#### 1. Sachverhalt: Entgeltunterschiede bei Abteilungsleiter:innen

Im zweiten vom 8. Senat des BAG entschiedenen Fall ging es um eine Klägerin, die seit 1998 bei einer Versicherung arbeitet und dort seit 2012 Abteilungsleiterin ist. Bis zum Januar 2019 erhielt sie ein Grundentgelt von 5385,40 € brutto zuzüglich einer übertariflichen Zulage in Höhe von 500 € brutto. Auf ihr Auskunftsverlangen von Juli 2018 erhielt sie die Mitteilung, dass der Median der männlichen Abteilungsleiter, die seit 2012 eine Führungsaufgabe übernommen haben, bei 5.559 € brutto liege. Der Median der übertariflichen Zulage betrage 550 €. Die Klägerin rügte, dass die Beschränkung der Vergleichs-

28 Ebd., Rn. 104 ff.

29 Ebd., Rn. 111.

30 Siehe Falldarstellung vom 18.6.2021 auf [www.freiheitsrechte.org/equalpay](http://www.freiheitsrechte.org/equalpay) (11.7.2021).

gruppe nicht den gesetzlichen Vorgaben entspreche.<sup>31</sup> Daraufhin erhielt sie die Auskunft, dass der Median der männlichen Abteilungsleiter 6.292 € und der Median der übertariflichen Zulage 600 € brutto monatlich betrage. Ab Januar 2019 wurde ihr Grundentgelt auf 5.688,90 Euro brutto sowie die Zulage auf 550 € erhöht.

Die Klägerin machte klageweise die Zahlung der Differenz zwischen dem ihr gezahlten Grundentgelt sowie der ihr gezahlten Zulage und den mitgeteilten höheren Median-Entgelten für den Zeitraum von August 2018 bis Januar 2019 geltend und begehrte die Feststellung, dass die Beklagte auch zukünftig verpflichtet ist, ihr das Vergleichsentgelt sowie die Vergleichszulage zu zahlen. Während das Arbeitsgericht Göttingen dem Zahlungsantrag statt gab und den Feststellungsantrag als unzulässig abwies, wies das LAG Niedersachsen die Klage insgesamt ab.<sup>32</sup>

Der Klägerin sei, so das LAG, der Anscheinsbeweis gem. § 22 AGG nicht gelungen, insbesondere sei das nach dem Entgelttransparenzgesetz mitgeteilte Median-Entgelt als Indiz für eine geschlechtsbedingte Entgeltdiskriminierung gem. § 22 AGG nicht ausreichend. Nach der Darlegung des Arbeitgebers übten die männlichen Abteilungsleiter die Position im Durchschnitt schon länger aus und hätten zum Teil als Quereinsteiger nur über höhere Entlohnungen gewonnen werden können; daher seien die Gründe für die Entgeltunterschiede nachvollziehbar dargelegt.<sup>33</sup> Im Revisionsverfahren verfolgte die Klägerin den Zahlungsantrag für die Vergangenheit weiter.

## 2. Entscheidung des BAG

Das BAG sah die Revision der Klägerin als begründet an. Die Beklagte habe ihr ein geringeres Entgelt als den männlichen Abteilungsleitern gezahlt. Das im Vergleich zum Median-Entgelt geringere Entgelt der Klägerin begründe die von der Beklagten widerlegbare Vermutung, dass die Klägerin die Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts erfahren habe.<sup>34</sup> Konträr zum LAG Niedersachsen – und zum LAG Berlin-Brandenburg im ZDF-Fall – urteilte das BAG daher, dass das nach dem Entgelttransparenzgesetz mitgeteilte Vergleichsentgelt für die Beweislastumkehr gem. § 22 AGG ausreichend ist.

Ausgangspunkt ist erneut das Unionsrecht, denn, so das BAG, die Bestimmungen aus dem Entgelttransparenzgesetz seien als Umsetzung der Richtlinie 2006/54/EG unionsrechtskonform auszulegen.<sup>35</sup>

Ausführlich begründet das BAG, warum die Umkehr der Beweislast aus § 22 AGG auch in einem Rechtsstreit um gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit anwendbar ist. Denn das Entgelttransparenzgesetz beschränke sich auf Regelungen zum Fall, dass der Auskunftsanspruch nicht erteilt wird (§ 15 Abs. 5 EntgTranspG). Da § 2 Abs. 2 Satz 1 EntTranspG jedoch auf das AGG umfassend verweise, sei auch § 22 AGG in Fällen der Entgeltdiskriminierung nach dem Entgelttransparenzge-

31 Dies bestätigte das BAG; für die Vergleichsgruppe komme es allein auf die konkrete Tätigkeit an, sie könne daher nicht – wie im Fall – auf Personen beschränkt werden, die zeitgleich aufgestiegen sind, Rn. 49.

32 Siehe dazu *Reingard Zimmer*, Aktuelle Rechtsprechung zum Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz, AuR 2021, 202.

33 LAG Niedersachsen, U. v. 1.8.2019 – 5 Sa 196/19.

34 BAG, U. v. 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, Rn. 16 ff.

35 Ebd., Rn. 19.

setz anwendbar. Ansonsten sei das Verbot der Entgelddiskriminierung nicht unionsrechtskonform umgesetzt, denn Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG verlange, dass „dann, wenn Personen, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert halten und bei einem Gericht bzw. einer zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.“<sup>36</sup> Das Entgelttransparenzgesetz gehe als *lex specialis* dem AGG nur insoweit vor, als es eine abschließende Regelung treffe.

Um die Beweislastumkehr auszulösen, so das BAG, müsse die klagende Partei beweisen,<sup>37</sup> dass der Arbeitgeber ihr ein niedrigeres Entgelt zahlt als zum Vergleich herangezogenen Kollegen und dass sie eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichtet, so dass sie „dem ersten Anschein nach Opfer einer nur mit dem unterschiedlichen Geschlecht erklärbaren Diskriminierung ist [...].“<sup>38</sup> Als Indiz, so stellt das BAG klar, genügt das nach dem Auskunftsanspruch des Entgelttransparenzgesetzes mitgeteilte Median-Entgelt der Vergleichsgruppe.<sup>39</sup> Im zweiten Schritt obliegt es dann dem Arbeitgeber zu beweisen, „dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot vorliegt, sondern ausschließlich andere Gründe als das Geschlecht zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben [...]“; erforderlich ist hier der Vollbeweis.<sup>40</sup>

Im konkreten Fall begründe der Umstand, dass die Beklagte der Klägerin ein geringeres monatliches Grundentgelt und eine geringere monatliche übertariflichen Zulage als das mitgeteilte Vergleichsentgelt gezahlt habe, die widerlegbare Vermutung, dass die Klägerin die unmittelbare Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts erfahren habe.<sup>41</sup> Für die Frage, ob die Beklagte die Vermutung widerlegt habe, verwies das BAG zurück an das LAG Niedersachsen.

### 3. Keine strengen Anforderungen an den Anscheinsbeweis, aber klare Anforderungen an die Widerlegung

Indem die klagende Partei „nur“ darlegen muss, dass sie weniger als das mitgeteilte Median-Entgelt der männlichen Vergleichsgruppe verdient und darüber hinaus nicht noch weitere Indizien für den Kausalzusammenhang zwischen dem Geschlecht und der geringeren Entlohnung darlegen und beweisen muss, stärkt das BAG den Rechtsanspruch auf gleiches Entgelt in entscheidender Weise. Für die gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs ist dies eine wichtige Erleichterung, weil es gerade die zentrale Hürde von Antidiskriminierungsfällen ist, ausreichend Indizien für eine Diskriminierung zu erbringen.<sup>42</sup>

36 Ebd., Rn. 26.

37 Entgegen der Formulierung des BAG erfordert Art. 19 RL 2006/54/EG kein Beweisen, sondern nur ein Glaubhaftmachen. Im Ergebnis verlangt aber auch das BAG nur das Indiz des Median-Vergleichsentgelts.

38 BAG, U. v. 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, Rn. 28.

39 Ebd., Rn. 33.

40 Ebd., Rn. 31.

41 Ebd., Rn. 33.

42 Zum Anscheinsbeweis durch statistisch erheblich niedrigere Verdienste siehe EuGH, U. v. 27.10.1993 – C-127/92 (*Enderby*), Rn. 14; *Wenckebach* (Fn. 11); zu Intransparenz bei der Entgeltfestlegung als Indiz für Diskriminierung siehe EuGH, U. v. 26.6.2001 – C-381/99 (*Brunnhofer*), Rn. 61.

Typischerweise verfügen die Betroffenen nicht über alle Informationen, die es ermöglichen, die Diskriminierung zu beweisen. Auch wenn die Gehaltsunterschiede für sich sprechen: Wenn diskriminierende Begründungen nur hinter verschlossenen Türen oder gar nicht offen ausgesprochen werden, hätten die Betroffenen ohne die Beweiserleichterung kaum eine Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung.

Zu der Möglichkeit der Widerlegung des Anscheins einer Entgelddiskriminierung durch den Arbeitgeber hat das BAG außerdem klare Anforderungen formuliert. Es betont insbesondere, dass pauschale Behauptungen nicht genügen. Vielmehr müsste bewiesen werden, dass die unterschiedliche Vergütung „durch objektive Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, zu erklären ist und dass die Ungleichbehandlung auch tatsächlich ausschließlich auf anderen Gründen als dem unterschiedlichen Geschlecht [...], also einem geschlechtsunabhängigen Unterschied beruht.“<sup>43</sup> Der Arbeitgeber müsste zudem einen Vortrag leisten, der „eine wirksame Kontrolle und Nachprüfung durch die Gerichte“ ermögliche; gelinge ihm dies nicht, gehe dies zu seinen Lasten.<sup>44</sup>

So müssten die Kriterien des Dienstalters und der Dauer der Berufserfahrung im Einzelfall vom Arbeitgeber erklärt und sachlich gerechtfertigt werden. Beispielsweise könne ab einer bestimmten Schwelle „ein Mehr“ an Berufserfahrung womöglich keine (weitere) Steigerung der Qualität mehr bewirken, weshalb bei ernstlichen Zweifeln es Sache des Arbeitgebers sei zu beweisen, dass das Dienstalter mit Berufserfahrung den Arbeitnehmer dazu befähige, seine Arbeit besser zu verrichten.<sup>45</sup>

Damit schneidet das BAG den Arbeitgebern den pauschalen Verweis auf ein längeres Dienstalter bzw. eine längere Berufserfahrung ab und stellt strenge Anforderungen an eine detaillierte und nachvollziehbare Begründung von Kriterien der Entgelddifferenzierung.

#### *IV. Hürden des individuellen Diskriminierungsschutzes*

##### **1. Individualisierung: Belastung des eigenen Arbeitsverhältnisses**

Die dargestellten Entscheidungen zeigen, wie mühselig die Rechtsdurchsetzung für die Einzelnen über den individualrechtlichen Weg ist. Die Journalistin hat sechs Jahre in einem laufenden Mitarbeiterinnenverhältnis geklagt, allein, um nach dieser langen Zeit die Bestätigung zu erhalten, dass sie tatsächlich weniger verdient als ihre Kollegen. In der Zwischenzeit wurde sie von Berlin an den Einsatzort Mainz versetzt. Ob dies eine Maßregelung aufgrund ihrer Klage darstellt und daher gegen § 9 EntgTranspG verstößt, lässt sich nur vermuten. Die Differenz zum Median-Entgelt hat die Klägerin bis heute nicht gerichtlich zugesprochen bekommen. Ob dies durch die eingelegte Verfassungsbeschwerde erreicht werden kann, wird sich zeigen. Auch die Abteilungsleiterin hat nach drei Jahren Rechtsstreit mit dem Arbeitgeber nur erreichen können, dass der Fall erneut vom LAG verhandelt werden muss. Sich gegen Entgelddiskriminierung zur Wehr zu setzen,

43 BAG, U. v. 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, Rn. 62. Zur Nichtentlastung bei pauschalen und nachgeschobenen Gründen siehe auch BVerfGE 89, 276 zu § 611a BGB a.F.

44 Ebd., Rn. 63.

45 Ebd., Rn. 72.

erfordert also nicht nur finanzielle Ressourcen (oder eine gute Rechtsschutzversicherung), sondern auch starke Nerven, viel Mut und Durchhaltevermögen von den Einzelnen. Zudem hat die Evaluation des Entgelttransparenzgesetzes gezeigt, dass das Gesetz nur bei wenigen Beschäftigten bekannt ist und kaum in Anspruch genommen wird.<sup>46</sup>

Die effektive Durchsetzung des Gebots auf Entgeltgleichheit muss daher rechtlich gestärkt und erheblich vereinfacht werden.<sup>47</sup> Dafür braucht es Instrumente, die die Last von den einzelnen Betroffenen nehmen, z.B. durch die Möglichkeiten der Verbandsklage oder der Prozessstandschaft.<sup>48</sup> Darüber hinaus sollten die Rechte von Betriebs- und Personalräten und das betriebliche Prüfverfahren gestärkt werden. Insbesondere sollten Gleichstellungsmaßnahmen zu einem echten Mitbestimmungsrecht werden, sodass Betriebsvereinbarungen dazu durchgesetzt werden können.<sup>49</sup> Das bisher freiwillige betriebliche Prüfverfahren gem. §§ 17 ff. EntgTranspG sollte außerdem als gesetzliche Verpflichtung,<sup>50</sup> die eine externe Zertifizierung erfordert,<sup>51</sup> ausgestaltet und zu einer umfassenden Datenerhebungs- und Berichtspflicht ausgebaut werden.<sup>52</sup> Einen ausführlichen Vorschlag dafür hat gerade der Deutsche Juristinnenbund mit der Konzeption für ein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft vorgelegt.<sup>53</sup>

## 2. Begrenzungen des Auskunftsanspruchs statt echter Transparenz

Über die Individualisierung hinaus stellen die vielfältigen Begrenzungen des Auskunftsanspruchs eine Hürde der Rechtsdurchsetzung dar. Die im Arbeitsrecht inzwischen gängigen Schwellwerte, ab denen erst Rechte von Beschäftigten bestehen, sind insbesondere beim unionsrechtlich überformten Entgelttransparenzgesetz nicht überzeugend. Es ist schwer nachvollziehbar, warum der Auskunftsanspruch erst ab einer Betriebsgröße von in der Regel mehr als 200 Beschäftigten bestehen soll. Nur 32% aller Beschäftigten arbeiten in Betrieben dieser Größe. Zudem arbeiten etwa 70% der Frauen in kleinen und mittleren Betrieben, sodass die Mehrheit der weiblichen Beschäftigten von dem Auskunftsan-

46 BMFSFJ, Bericht der Bundesregierung zur Wirksamkeit des Gesetzes zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern sowie zum Stand der Umsetzung des Entgeltgleichheitsgebots in Betrieben mit weniger als 200 Beschäftigten, 10.7.2019, BT-Drs. 19/11470 (Empfehlungen für eine Verbesserung auf S. 19).

47 Siehe dazu die Vorschläge der EU-Kommission in ihrem aktuellen Richtlinievorschlag v. 4.3.2021 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismus, COM(2021) 93 final.

48 Siehe dazu Art. 13 des Richtlinievorschlags, ebd. Zur Verbandsklage auch der Zweite Gleichstellungsbericht der Bundesregierung von 2017, BT-Drs. 18/12840, 126.

49 DGB, Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Evaluation des Gesetzes zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen zwischen Frauen und Männern (EntgTranspG), 17.5.2019, 5 f.

50 So auch ein Vorschlag des Evaluationsberichts BMFSFJ (Fn. 46), 19.

51 DGB (Fn. 49), 10.

52 Zum Entgeltaudit auf betrieblicher Ebene, Zertifikaten und zur Berichterstattung siehe auch den Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 18/12840, 123 ff., 125.

53 Deutscher Juristinnenbund, Konzeption eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft, Juli 2021, <https://www.djb.de/fokusthemen/gleichstellung-der-geschlechter-im-erwerbsleben/gleichstellungsgesetz> (23.7.2021).

spruch ausgeschlossen bleibt.<sup>54</sup> Auch in mittleren und kleineren Betrieben dürfte sich der Verwaltungsaufwand für den Auskunftsanspruch in Grenzen halten und angesichts der unionsrechtlichen Anforderung, die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 2006/54/EG zu gewährleisten, keine rechtskonforme Beschränkung des Gebots der Entgeltgleichheit darstellen.

Darüber hinaus bleibt fraglich, ob das Median-Entgelt eine effektive Durchsetzung des Gebots der Entgeltgleichheit darstellt. Der Median ist der Wert desjenigen Vergleichsgehalts, das bei einer der Höhe nach gereichten Entgeltwerten in der Mitte liegt.<sup>55</sup> Es bleibt dabei unklar, wie hoch die höchste Vergütung in der männlichen Vergleichsgruppe ist. Frauen werden in ihrer Entgeltgleichheit also auf den Medianwert beschränkt. Daher können sie nicht das höchste gezahlte Entgelt der Vergleichsgruppe einklagen, weil ihnen dafür die relevanten Informationen fehlen.

Schließlich wird das Median-Entgelt erst dann mitgeteilt, wenn die Vergleichsgruppe aus mindestens sechs Beschäftigten besteht. Sollten also nur fünf Vergleichspersonen geben sein, besteht keine Möglichkeit, das Vergleichsentgelt zu erfahren und auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit zu klagen. Diese Beschränkung dient dem Datenschutz der männlichen Vergleichskollegen.<sup>56</sup> Dennoch kann kritisch hinterfragt werden, ob dies eine überzeugende gesetzliche Güterabwägung darstellt und eine umfassende Transparenz über die Gehaltsstrukturen für die betroffenen männlichen Vergleichskollegen tatsächlich derart von Nachteil wäre, dass dies eine Beschränkung der rechtlichen Durchsetzbarkeit der Entgeltgleichheit rechtfertigen kann. Insbesondere, wenn man bedenkt, dass eine Transparenz über Entgelt in bestimmten Berufsgruppen alltäglich ist, z.B. bei der Besoldung von Richter:innen. Zu überlegen wäre z.B., den Auskunftsanspruch zweistufig zu gestalten: Wenn der eigene Verdienst unterhalb des Median-Entgelts liegt, dann kann umfassend Auskunft über die Entgelte aller Vergleichskollegen verlangt werden.

Insgesamt kann geschlussfolgert werden, dass die ergangenen BAG-Entscheidungen zwar punktuell das Gebot der Entgeltgleichheit stärken, das Entgelttransparenzgesetz aber grundlegend reformiert werden muss, um das Gebot gegen die „Beharrlichkeit“<sup>57</sup> der Entgeltdiskriminierung auch tatsächlich durchzusetzen. Vorschläge dazu gibt es ausreichend.

54 Corinna Frodermann/Alexandra Schmucker/Dana Müller, Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern in mittleren und großen Betrieben, IAB Forschungsbericht 3/2018, 18 f.

55 Zu den unzureichenden Informationen des Median-Entgelts siehe auch Zimmer (Fn. 32), 203.

56 BT-Drs. 18/11133, 62.

57 Oerder/Wenckebach (Fn. 6), 29.