

Stellungnahme des

**Prof. Dr. Gregor Thüsing**

zur öffentlichen Anhörung des  
Familienausschusses

**am 6. März 2017**

zum Thema

**„Transparenz von Entgeltstrukturen“**

zu den BT-Drucksachen

18/11133, 18/4321, 18/6550, 18/847

**Deutscher Bundestag**

Ausschuss f. Familie,  
Senioren, Frauen u. Jugend

Ausschussdrucksache

18(13)107k

02.03.2017

# Fünf Schritte zu einem besseren Entgelttransparenzgesetz

## I. Was bisher geschah

Es scheint ein schwieriger Weg zum neuen Gesetz zu werden: Im Koalitionsvertrag einigten sich die Regierungsparteien darauf, neue Regelungen zu größerer Entgelttransparenz zwischen Männern und Frauen zu schaffen.<sup>1</sup> Dafür legte im vergangenen Jahr das BMFSFJ einen ersten Entwurf vor, der inhaltlich sehr weitgehend und handwerklich gänzlich missglückt war.<sup>2</sup> Nach intensiver Ressortabstimmung gibt es nun einen Regierungsentwurf.<sup>3</sup> Rechtspolitisch bleibt er umstritten, sehen doch die einen in ihm einen wichtigen Schritt zur weiteren Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebots von Männern und Frauen, die anderen einen bürokratischen Ballast, der vom eigentlichen Ziel der Geschlechtergerechtigkeit ablenkt.

Wie dem auch sei: Rechtspolitik ist nicht Aufgabe des Juristen. Im Folgenden soll es allein darum gehen, wie dieses Gesetz handwerklich besser gemacht werden kann und seine Ziele besser erreichen kann, an denen es sich selbst messen lassen will. Hier sind einige Verbesserungen zwingend notwendig. Fünf Hinweise sind daher dem Gesetzgeber mit auf den Weg gegeben.

### Schritt 1: Umfassende Rechtsförmlichkeitsprüfung ist erforderlich

Es galt bereits für den vorangegangenen Entwurf und gilt nicht anders für den vorliegenden: Obwohl bereits zahlreiche Monita im Vorfeld behoben werden konnten,<sup>4</sup> hat auch der vorliegende Text mehr Rechtsförmlichkeitsfehler als ein Straßenkötter Flöhe. Handwerklich ist er erschreckend schlecht gemacht. Nur einige Hinweise, willkürlich herausgegriffen:

- Am einfachsten lassen sich wohl Rechtschreib-, Wortwahl- und Grammatikfehler beseitigen. Wie wenig die Verfasser mit dem Arbeitsrecht vertraut sind, zeigt schon der wiederholte Hinweis im Gesetzestext und seiner Begründung auf die „Allgemeinverbindlichkeitserklärung“ von Tarifverträgen. § 5 TVG spricht von „Allgemeinverbindlicherklärung“. Auch heißt es richtigerweise

---

<sup>1</sup> Wörtlich: „Um das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit“ besser zur Geltung zu bringen, wollen wir mehr Transparenz herstellen, unter anderem durch eine Verpflichtung für Unternehmen ab 500 Beschäftigte, im Lagebericht nach dem Handelsgesetzbuch (HGB) auch zur Frauenförderung und Entgeltgleichheit nach Maßgabe gesetzlicher Kriterien Stellung zu nehmen. Darauf aufbauend wird für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein individueller Auskunftsanspruch festgelegt. Unternehmen werden dazu aufgefordert, mithilfe verbindlicher Verfahren und gemeinsam mit den Beschäftigten und unter Beteiligung der Interessenvertreterinnen und Interessenvertreter im Betrieb in eigener Verantwortung erwiesene Entgeltdiskriminierung zu beseitigen.“

<sup>2</sup> *Thüsing*, DB 2016 S. 2234.

<sup>3</sup> BR-Drucksache 8/17 vom 12.01.17.

<sup>4</sup> s. die Hinweise *Thüsing*, DB 2016 S. 2234, 2336f.

„kollektivrechtlich“, nicht „kollektiv-rechtlich“. Wer das nicht glaubt, der mag im Duden<sup>5</sup> oder beim BAG <sup>6</sup> nachschauen. Teilweise spricht der Entwurf von der Einhaltung des „Entgeltgleichheitsgebotes“ teilweise des „Entgeltgleichheitsgebots“. Beides ist möglich, üblicher die Fassung ohne Zwischenvokal. Beide Varianten zusammen - einmal so, einmal so - sollten nicht verwendet werden. Die Gesetzesbegründung sollte zudem beherzigen, dass begleitete Infinitive auch in Gesetzen mit Komma abgetrennt werden. Auch spricht das Gesetz zuweilen von der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (§ 4 Abs. 4), zuweilen von der Diskriminierung wegen des Geschlechts (§ 6 Abs. 2); letzteres entspricht auch der Wortwahl des Grundgesetzes und ist zu bevorzugen. Nach § 4 Abs. 2 liegt gleiche Arbeit vor, wenn Arbeitnehmer eine identische oder gleichartige Tätigkeit „ausführen“. Tätigkeiten führt man nicht aus (das gilt für Befehle), sondern man übt sie aus.<sup>7</sup> In § 4 Abs. 2 wird dann auch das richtige Verb verwandt. Einiges anderes wird man wohl finden, wenn man noch genauer nachschaut – mir ist nach ca. zwei Stunden die Lust vergangen.

- In § 16 S. 2 muss es heißen „Die §§ 11-14 finden sinngemäß Anwendung“.<sup>8</sup> In § 11 Abs. 4 kann es nicht „findet“ heißen, sondern „finden Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 Nummer 1 entsprechend Anwendung“.<sup>9</sup> Besser würde man freilich formulieren „gelten Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 Nummer 1 entsprechend“.<sup>10</sup> Nach § 15 Abs. 2 „gelten § 14 Absatz 1 und 2 entsprechend“ – es muss heißen „Absätze“ oder vor „2“ muss ein weiteres Mal das Wort „Absatz“ stehen.

- Zuweilen formuliert das Gesetz deskriptiv, nicht normativ (s. § 15 Abs. 1 und § 19 des Entwurfs). Statt „Beschäftigte wenden sich ... an den Arbeitgeber“ (Was ist, wenn sie es nicht tun?) muss es heißen: „Beschäftigte müssen sich an den Arbeitgeber wenden“ – besser „Der Anspruch richtet sich gegen den Arbeitgeber“. Gleiches gilt für § 19. Danach „ergreift der Arbeitgeber die geeigneten Maßnahmen“. Ob er das wirklich tut, kann der Gesetzgeber nicht wissen. Auch hier muss es richtig heißen: „Der Arbeitgeber hat Maßnahmen zu ergreifen“.

Schon diese kurze Sichtung macht deutlich: Hier wurde erschreckend schlampig gearbeitet. Bei all dem kann man sagen, dass sei nicht so schlimm, weil man ja weiß, was gemeint ist. Bislang war das aber nicht der Standard unserer Gesetzgebung und er sollte es auch nicht werden.

---

<sup>5</sup> Regel Nr. 23: „Es besteht kein Bindestrich, wenn das erste Adjektiv nur die Bedeutung des zweiten Adjektivs näher bestimmt“ s. [www.duden.de/sprachwissen/rechtschreibregeln/bindestrich](http://www.duden.de/sprachwissen/rechtschreibregeln/bindestrich).

<sup>6</sup> Wahllos herausgegriffen BAG v. 19.10.2011 – 7 AZR 672/10, AP Nr. 58 zu § 307 BGB – im Übrigen verweist Juris auf insg. 249 BAG-Entscheidungen, die dieser Rechtschreibung folgen.

<sup>7</sup> S. auch LAG Niedersachsen v. 09.03.2009 – 9 SA 270/08, NZA-RR 2009 S. 436.

<sup>8</sup> S. *BMJV*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 106.

<sup>9</sup> S. *BMJV*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 199.

<sup>10</sup> S. *BMJV*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 195ff. Jedoch wird auch hier keine einheitliche Linie vertreten.

## Schritt 2: Verwirrende Doppelungen entfernen

Ein zweiter, wichtigerer Schritt zu einem besseren Gesetz wäre es, Doppelungen des Gesetzes zu beseitigen. Das gilt zum einen für Doppelungen innerhalb des Gesetzes, zum anderen für Doppelungen gegenüber dem AGG. Doppelungen damit zu begründen, sie würden bestehende Rechtslagen verdeutlichen,<sup>11</sup> ist falsch. Wer zweimal dasselbe sagt, verdeutlicht nicht, sondern wiederholt schlicht und – schlimmer - schafft Unklarheit darüber, was denn nun die geltende Norm ist. Das zeigt besonders anschaulich § 8 Abs. 1 des Entwurfs:

„Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen § 3 oder § 7 verstoßen, sind unwirksam.“

Gegen was denn nun? Der Gesetzgeber ist sich selber nicht ganz sicher, ob sich das Verbot der Entgeltbenachteiligung aus § 3 ergibt oder aus § 7 ergibt oder, ob beides dasselbe sagt, und wenn nicht, wie die Regelungen voneinander abzugrenzen sind. Wer genauer hinschaut sieht schnell: § 7 hat gegenüber § 3 keinen normativen Mehrwert, sondern formuliert dasselbe nur noch einmal von der anderen Seite. Während § 3 seinem Wortlaut nach ein Verbot der Diskriminierung enthält, regelt § 7 ein Gebot nicht zu diskriminieren. Das ist entbehrlich, weil es das Spiegelbild ist.

Gänzlich unklar bleibt überdies, wie sich beide Regelungen zu § 7 Abs. 1 und Abs. 2 AGG verhalten. Der Gesetzgeber betont an verschiedenen Stellen, dass die Regelungen des AGG „unberührt“ bleiben (§ 2 Abs. 2, § 3 Abs. 4, § 9 S. 3). Wenn es in § 2 Abs. 2 heißt, „Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bleibt unberührt.“, dann gilt das ganz umfassend in seiner Gänze und der Hinweis in § 3 Abs. 4, dass die § 5 und 8 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes unberührt bleiben, ist damit entbehrlich – das eine ist notwendig im anderen enthalten. Gleiches gilt dann für § 9 S. 3 und den Hinweis, dass § 16 AGG unberührt bleibt. In der Formulierung „unberührt bleibt“ offenbart sich jedoch die Unsicherheit des Gesetzgebers, denn er scheint nicht so recht sagen zu wollen, was er tatsächlich meint: Im Handbuch der Rechtsförmlichkeiten heißt es:

„Eine Wendung wie ‚Regelungen anderer Gesetze bleiben unberührt‘ kann ... verschiedenes meinen: Es kann sich um einen klarstellenden Hinweis auf andere Rechtsnormen handeln, wobei der Geltungsbereich beider Regelungen sich nicht überschneidet. Durch die Formulierung kann ferner angeordnet werden, dass beide Regelungen nebeneinander anwendbar sind. Manchmal wird mit der Wendung ein Vorrangverhältnis ausgedrückt.“<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> S. Gesetzesbegründungen BR-Drucksache 8/17 v. 12.01.2017 u.a. S. 55, 65.

<sup>12</sup> *BMJV*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 87.

Nichts von all dem soll aber im vorliegenden Entwurf gesagt werden. Überschneidungen sind offensichtlich, und gewollt ist ein Vorrangverhältnis – aber anders als es gesetzgeberisch richtig wäre, nicht für die AGG-Regelung, die ausdrücklich „unberührt“ bleibt, sondern für das Entgelttransparenzgesetz, wie aus der Begründung etwa zu § 2 deutlich wird.<sup>13</sup> Alle diese wiederholten Hinweise sind also falsch entsprechend den Regeln der Rechtsförmlichkeit und müssten insofern angepasst werden. Besser aber wäre es ohnehin, alle Doppelungen herauszunehmen. Das Verbot des § 3 ergibt sich schon aus dem AGG und wenn man gleiche oder gleichwertige Arbeit definieren will, dann sollte man das auch besser im AGG tun – weil es dann auch für die anderen Diskriminierungsverbote dieses Gesetzes gleichermaßen angewandt werden könnte. Entbehrlich ist auch § 8 Abs. 1 und § 9 - und wenn man streng ist der ganze erste Abschnitt.

### **Schritt 3: Das Gesetz sollte sagen, was es meint, wo es bislang nur im Vagen bleibt**

Will man das Gesetz handhabbar machen, dann sollten in einem nächsten Schritt vermeidbare Unklarheiten beseitigt werden. Dies gilt insbesondere für zwei Bereiche: Zum einen den Datenschutz bei der Beantwortung des Auskunftsverlangens, zum anderen die Rolle der Tarifautonomie bei der Festlegung der Entgelte.

- **Datenschutz ernst genommen:** Die Gesetzesbegründung betont an insgesamt sieben Stellen die Wichtigkeit des Datenschutzes bei der Schaffung von Entgelttransparenz. Doch es bleibt unklar, inwieweit das Gesetz eine Rechtfertigung nach § 4 Abs. 1 2. Var. BDSG sein soll. Zentrale Vorschrift ist hier § 12 Abs. 3, wonach bei der Beantwortung eines Auskunftsverlangens der Schutz personenbezogener Daten der Auskunft begehrenden Beschäftigten, sowie der vom Auskunftsverlangen betroffenen Beschäftigten zu wahren ist. Insbesondere der Zusatz, dass eine Auskunftserteilung zu unterbleiben hat, wenn weniger als sechs Arbeitnehmer des jeweils anderen Geschlechts die gleiche oder eine gleichartige Tätigkeit ausüben, deutet darauf hin, dass insgesamt die Antwort auf das Auskunftsverlangen unter den Vorbehalt möglicher Anonymisierung personenbezogener Daten gestellt wird. Das erscheint vernünftig, doch sollte man dies ausdrücklich festschreiben. So bleibt unklar, ob das Gesetz anderenfalls Rechtfertigung für die Datenverarbeitung sein soll und eben auch nicht anonymisierte Daten weitergeleitet werden dürfen.

- **Rolle der Tarifvertragsparteien:** Nach § 4 Abs. 5 gilt für tarifvertragliche Entgeltregelungen eine Angemessenheitsvermutung. Die Begründung verweist hier auf die Rechtsprechung des BAG, das zu Recht davon ausgeht, dass aufgrund des Zustandekommens des Tarifvertrags von einem annähernd

---

<sup>13</sup> BR-Drucksache 8/17 v. 12.01.2017, S. 54ff.

gleichgewichtigen Aushandeln der Vergütung und der Arbeitsbedingungen auszugehen ist.<sup>14</sup> Daraus folgt die Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung und vielleicht sogar der tariflichen Regelung allgemein<sup>15</sup> - jedoch nicht, dass eine Vermutung dafür bestehen würde, dass die Festlegung der Vergütung diskriminierungsfrei erfolgen würde. Die Angemessenheitsvermutung ist bislang von der Rechtsprechung nicht relational zu anderen Vergütungen verstanden worden. Richtig ist freilich, dass dem Umstand der tarifvertraglichen Verhandlungen ein Indiz dafür zukommen kann, ob eine Leistung gleichwertig oder nicht gleichwertig ist. Hierfür kann man sehr wohl Rechtsprechung des EuGH in Bezug nehmen, wie die Begründung des Gesetzes auch bereits tut. Das hat aber nichts mit der Angemessenheitsvermutung zu tun. Richtiger wäre es daher, den besonderen Umstand des Zustandekommens von Tarifverträgen diskriminierungsrechtlich positiv zu fassen: „Von Tätigkeiten, die in Tarifverträgen unterschiedlichen Entgeltstufen zugewiesen werden, wird vermutet, dass sie nicht gleichwertig sind.“ Die bisherige Formulierung, dass die Angemessenheitsvermutung ihre Grenze in höherrangigem Recht finde, ist banal und sollte entfallen. Das ganze Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts besteht 1:1 aus höherrangigem europarechtlichem Recht, s. Art. 157 Abs. 1 AEUV.

#### **Schritt 4: Neuausrichtung des Auskunftsanspruchs sowie der darauf bezogenen Beweislastregel**

Die Arbeitnehmerin und der Arbeitnehmer sollen nach § 11 Abs. 3 einen Anspruch darauf haben, den statischen Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts<sup>16</sup> der Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts, die gleiche oder gleichwertige Tätigkeit verrichten, zu erfahren.

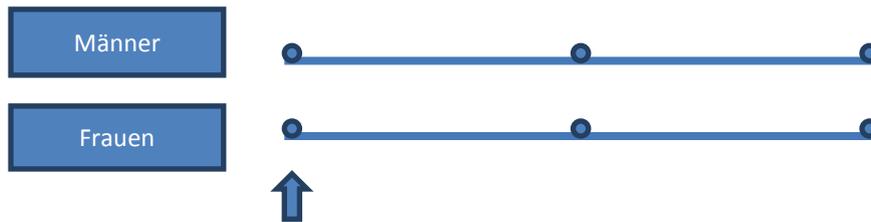
Diese Information ist aber zur Darlegung einer Entgeltdiskriminierung gänzlich ungeeignet. Das liegt zum einen daran, dass der Median der Vergütung der Beschäftigten des eigenen Geschlechts unbekannt bleibt, zum anderen daran, dass nur der Median, nicht aber der Durchschnitt erfragt wird. Schon eine vereinfachte Skizze macht dies deutlich. Selbst dort, wo Männer und Frauen die exakt gleiche Vergütung bekommen, Männer aber unterschiedlich gegenüber Männern und Frauen unterschiedlich gegenüber Frauen verdienen, würde die Beantwortung des Auskunftsverlangens immer auf eine Diskriminierung hinweisen, sei es des einen oder anderen Geschlechts, obwohl diese gerade nicht indiziert ist. Fragt eine Frau am unteren Vergütungsniveau weiblicher Beschäftigten der gleichen Tätigkeit nach dem männlichen Median, so wird sie auch unter dem Median der Männer liegen, fragt eine Frau am oberen Ende des Vergütungsspektrums, so wird sie darüber liegen:

---

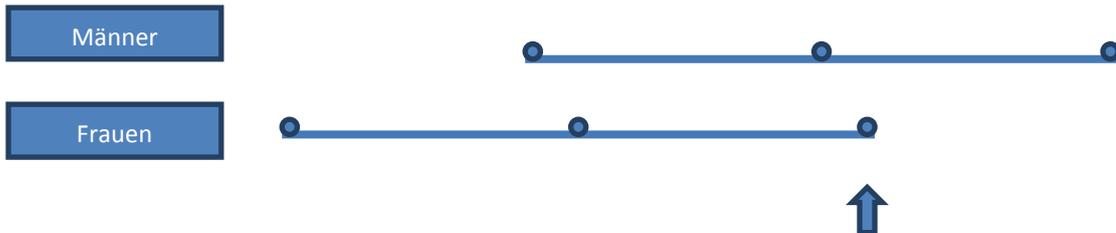
<sup>14</sup> S. hierzu auch *Wiedemann*, in: *Wiedemann, TVG*, Einleitung, Rn. 4; zu den in den Gesetzesbegründungen genannten Entscheidungen des BAG zusätzlich BAG v. 21.5.2014 - 4 AZR 50/13, NZA 2015, 215, m.w.N.

<sup>15</sup> Ausführlich *Thüsing*, in: *Wiedemann, TVG*, § 1 Rn. 20; kritisch *Waltermann*, *Tarifautonomie und "Richtigkeitsgewähr" des Tarifvertrags in der Leiharbeit?*, in: *Festschrift für Klaus Bepler*, 2012, S. 569

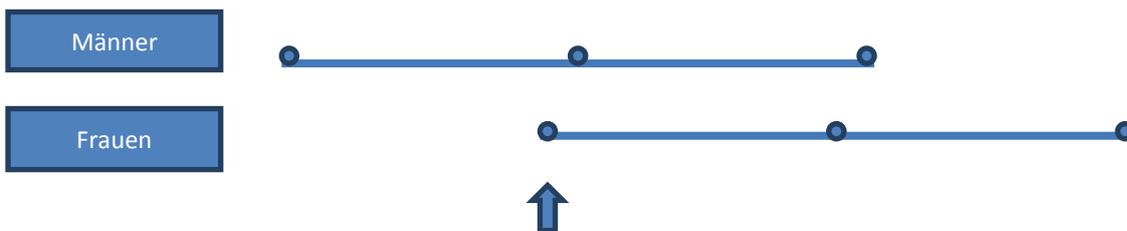
<sup>16</sup> Auch das ist unklar. Wer Durchschnitt sagt, der muss den Bemessungszeitraum bestimmen. S. zur Illustration BAG v. 21.6.2011 - 9 AZR 238/10, NZA 2012, 527.



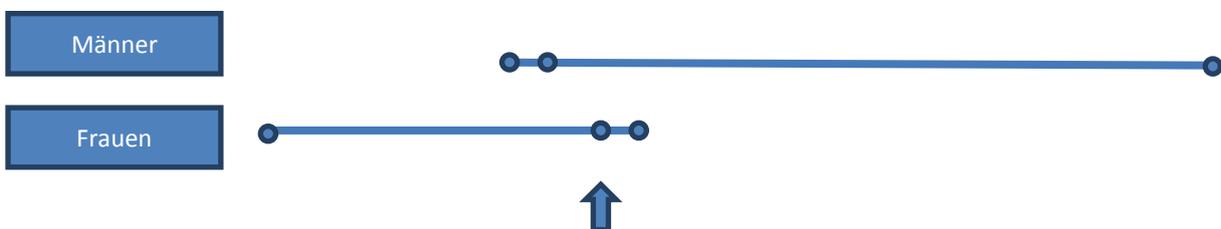
Selbst in einem Frauen diskriminierenden Vergütungsschema kann eine Frau über dem Median der Männer verdienen:



Und umgekehrt: Auch in einem Männer diskriminierenden Vergütungsschema kann die Frau weniger als der Median der Männer verdienen:



Es wird schnell deutlich: Die Information hat keinerlei Aussagekraft, insbesondere wenn man zusätzlich in den Blick nimmt, dass der Durchschnitt der Vergütung ganz anders sein kann. Der Median der Vergütung weiblicher oder männlicher Beschäftigter kann identisch sein, auch wenn männliche Beschäftigte durchschnittlich (ggf. deutlich) mehr verdienen - und mehr noch: Der Median weiblicher Beschäftigter kann über dem Median männlicher Beschäftigter liegen, obwohl diese durchschnittlich (ggf. deutlich) weniger als Männer verdienen:



Wer also solcherlei Informationen erhält, kann daraus für eine Diskriminierung nichts herleiten. Deshalb sind andere Gesetzgeber daher andere Wege gegangen. Zum 1 April diesen Jahres treten die *Equality Act 2010 (Gender Pay Gap Information) Regulations 2017* in Kraft. Diese gelten für Arbeitgeber mit mehr als 250 Arbeitnehmern und schaffen eine Veröffentlichungspflicht folgender sechs Daten:

- Die Differenz zwischen dem durchschnittlichen Stundenlohn der männlichen Beschäftigten und der weiblichen Beschäftigten des Unternehmens,
- der Unterschied zwischen dem Median des Stundenverdiensts der männlichen und der weiblichen Beschäftigten des Unternehmens,
- die Differenz zwischen dem Durchschnitt des Bonusverdienstes männlicher Beschäftigter und des Bonusverdienstes weiblicher Beschäftigter,
- der Unterschied zwischen dem Median der Bonuszahlungen an männliche und an weibliche Beschäftigte,
- der Anteil der Männer und der Frauen, die überhaupt einen Bonus erhalten,
- und die Anteile der Männer und Frauen im unteren, im unteren Mittel, im oberen Mittel und im oberen Viertel des Gehaltsbandes.<sup>17</sup>

Dies alles sind Informationen, die – weil auf das Unternehmen insgesamt bezogen – sehr viel einfacher zu generieren sind und in ihrer Gesamtheit eine deutlich höhere Aussagekraft für mögliche Diskriminierungen haben. Hier wäre Rechtsvergleichung hilfreich gewesen.<sup>18</sup>

Eben weil die Information des Auskunftsverlangens kein hinreichendes Indiz für eine Diskriminierung ist, ist auch die Beweislastregelung bei unterlassener Auskunft verfehlt. Nach § 15 Abs. 5 soll der Arbeitgeber die Beweislast dafür tragen, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot vorliegt, wenn er seine Auskunftspflicht nicht erfüllt.<sup>19</sup>

In der Gesetzesbegründung heißt es, diese Beweislastregelung „orientiert“ sich an § 22 AGG.<sup>20</sup> Das ist Unfug. Sie hat nichts mit der europarechtlich gebotenen und ihrer Struktur nach sinnvollen Regelung des § 22 AGG zu tun<sup>21</sup>, sondern trifft eine davon gänzlich unabhängige Sanktionsregelung, die überschießend ist. Die Beweislastregelung des § 22 AGG bezieht sich allein auf die Frage der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung. Beim Entgelttransparenzgesetz geht es aber darum, festzustellen, ob überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegt. Das ist etwas gänzlich anderes und es bleibt offen, in welchem Ausmaß denn durch die unterlassene Auskunft die Beweislast erfüllt ist. Geht

<sup>17</sup> Sec. 2 Subs. 1, abrufbar <http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2017/9780111152010>.

<sup>18</sup> S. bereits *Thüsing*, DB 2016 S. 2234.

<sup>19</sup> Besser als „unterlässt der Arbeitgeber die Erfüllung seiner Auskunftspflicht“ sollte es heißen „erfüllt der Arbeitgeber seine Auskunftspflicht nicht“ oder besser noch „gibt der Arbeitgeber keine Auskunft“ – der ganze Gesetzesentwurf strotzt von unnötigen Substantivierungen (s. Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 63).

<sup>20</sup> BR-Drucksache 8/17 S. 77.

<sup>21</sup> Ausführlich hierzu *Thüsing*, in: MünchKomm, § 22 AGG Rn. 1 ff; monographisch *Wörl*, Die Beweislast nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2009. Aus der Rechtsprechung jüngst BAG v. 26.1.2017 - 8 AZR 736/15, n.v., Juris.

danach der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin mit einer beliebigen Summe angeblicher Gehaltsdifferenz in das gerichtliche Verfahren, so soll der Arbeitgeber auch gegenüber einer vollständig frei behaupteten Differenz die Beweislast tragen? Er müsste damit eine negative Tatsache vortragen, was prozessual zwar möglich ist, aber nach allgemeinen Regeln eben nicht ohne qualifizierten Vortrag der Gegenseite verlangt werden kann.<sup>22</sup> Auch ist unklar, wie lange diese Sanktionen wirken sollen. Hat eine Arbeitnehmerin vor einigen Jahren einmal ein Auskunftsverlangen gestellt, das nicht beantwortet ist, kann sie sich dann bis zu den Grenzen der Verjährung des Auskunftsanspruchs auf eine Beweislastverlagerung berufen? Was ist, wenn die Information im Prozess nachgeholt wird? § 22 AGG trifft eine prozessuale Regelung, die Vortrag im Prozess verlangt. § 15 Abs. 5 des Entwurfs ist eine reine Sanktionsregelung, die materielle Wirkung hat. Das ist etwas ganz anderes.

Notwendig ist also, dem pflichtwidrigen Schweigen des Arbeitgebers Sanktionen folgen zu lassen, jedoch nur solche, die sich aus der Systematik des Gesetzes ergeben. Der Gesetzgeber mag daher anordnen, dass bei unterlassener Auskunft vermutet wird, dass der Median des Entgelts der Beschäftigten des anderen Geschlechts über dem Entgelt der Auskunft verlangenden Beschäftigten liegt. Nicht mehr und nicht weniger. Alles andere hätte eine überschießende Tendenz.

### **Schritt 5: Die Totgeburt des Entgeltprüfungsverfahrens zum Leben zu erwecken**

Ein letzter Schritt tut not, liegt einem das Gesetz am Herzen, So wie das Entgeltprüfungsverfahren zurzeit normiert ist, wird es *dead letter law* sein. Denn das Verfahren soll ausdrücklich nur freiwillig erfolgen - freiwillig wird es ein Unternehmen jedoch nicht durchführen (können). Dies liegt vor allem an der Pflicht des § 20 Abs. 2 S. 1:

„Die Beschäftigten sind über die Ergebnisse des betrieblichen Prüfverfahrens zu informieren“.

Wenn das Prüfverfahren keinerlei Diskriminierung zum Ergebnis hat, dann ist es letztlich entbehrlich; offenbart es aber eine Diskriminierung, dann sind zwingend die Beschäftigten zu informieren und so wird eine Klagewelle im Hinblick auf mögliche Nachforderungsansprüche bis zu den Grenzen der Verjährung ausgelöst. Ein Personaler könnte eine solche Einladung zur Klage nicht aussprechen, wenn er sie nicht aussprechen müsste – schlicht weil er sich haftbar machen würde. Das Unternehmen kann damit nur verlieren: Entweder hat es die Kosten des Prüfverfahrens zu tragen, ohne dass es

---

<sup>22</sup> s. hierzu BGH b. 8.10.1992 - I ZR 220/90, NJW-RR 1993, 746, 747: „Die genannten Grundsätze besagen, daß in Fällen, in denen das Nichtvorliegen von Tatsachen nach materiellem Recht zu den Anspruchsvoraussetzungen gehört, den Schwierigkeiten, denen sich die Partei gegenübersteht, die das Negativum (das Nichtvorliegen der Tatsache) beweisen muß, im Rahmen des Zumutbaren dadurch zu begegnen ist, daß sich der Prozeßgegner seinerseits nicht mit bloßem Bestreiten begnügen darf, sondern darlegen muß, welche tatsächlichen Umstände für das Vorliegen des Positiven spricht. Der Beweispflichtige genügt dann der ihm obliegenden Beweispflicht, wenn er die gegnerische Tatsachenbehauptung widerlegt oder ernsthaft in Frage stellt.“

bislang diskriminiert hat - oder es hat bislang diskriminiert und sieht sich nun zusätzlich Klagen ausgedehnt, die sonst in die Verjährung hineingelaufen wären. Schlimmer noch wäre es bei ausländischen Unternehmen. Hat ein Unternehmen in Deutschland ein diskriminierendes Entgeltsystem, so bestünde eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass es auch im Ausland (etwa in den USA) dieses Vergütungssystem anwendet, wo die Sanktionen noch einmal weitaus erheblicher werden.<sup>23</sup>

Erforderlich ist es also, einen Anreiz zu setzen, ein solches Prüfungsverfahren überhaupt einzuleiten. Dies kann darin liegen, dass das Unternehmen, das Diskriminierungen allein aufgrund dieses Prüfungsverfahrens erkennt, für die Vergangenheit von Ansprüchen freigestellt wird, wenn sie denn entsprechende Ergebnisse der Belegschaft offenbart. Es hat damit die Chance „reinen Tisch“ zu machen. Dies wäre durchaus im Sinne der Beschäftigten, die Entgeltdiskriminierung bislang nicht thematisiert oder geltend gemacht haben und damit ohne ein solches Handeln des Unternehmens faktisch leer ausgingen. Europarechtskonform wäre das allemal. Die Diskriminierungsrichtlinien verlangen zwar grundsätzlich den Ausgleich des Schadens, aber vor allem effektive Sanktionierung (s. Art. 18 Richtlinie 2006/54/EG). Dies liegt in einer solchen Anreizregelung zur Effektivierung des Verbotes sicherlich; eine solche Ausschlussregelung wäre ebenso wie allgemeine Ausschlussfristen zulässig. Zudem bliebe ansonsten gänzlich im Dunkeln, warum sich das Unternehmen gerade dem differenzierten *Procedere* des kleinschrittig vorgeschriebenen Prüfungsverfahrens des Gesetzes annehmen sollte - wenn es doch freiwillig ist, kann es auch irgendetwas anderes tun. All die wortreichen Paragraphen wären überflüssig.

## **VI. Was bleibt?**

Angesichts der dargelegten Mängel mag der Gesetzgeber überlegen, ob er nicht gänzlich neu startet: Es liegt jetzt ein handwerklich schlechter, in seinen Instrumenten wirkungsloser und in seinem bürokratischen Aufwand nicht zu unterschätzender Gesetzesentwurf vor. Das Gute an diesem Gesetz ist allein das Ziel, das es erreichen will – doch es ist offensichtlich, dass es weitaus bessere Wege gibt, diesem Ziel näher zu kommen. Das Skandalon ungleicher Bezahlung wegen des Geschlechts ist ernst zu nehmen und zu beseitigen. Die Gesetzesbegründung selber legt aber dar, dass die wesentliche Ursache für den unterschiedlichen Verdienst von Männern und Frauen nicht in der unterschiedlichen Vergütung gleicher oder gleichwertiger Tätigkeit liegt, sondern in der unterschiedlichen Berufswahl von Frauen, ihrer höheren Teilzeitquote und den längeren, zumeist familienbedingten Unterbrechungen im Berufsverlauf. Alles, was die Vereinbarkeit von Familie und Beruf erhöht, tut damit mehr für den

---

<sup>23</sup> S. ausführlich *Estreicher/Harper*, *Cases and Materials on Employment Discrimination Law*, 4. Aufl., S. 256 ff.

gleichen Verdienst von Männern und Frauen als ein solches Entgelttransparenzgesetz.<sup>24</sup> Jeder Betriebskindergarten bringt uns dem Ziel näher als die Erfüllung von Informationspflichten, denen keine Indizwirkung zukommt. Wer erkennt, dass er hier auf dem Holzweg ist, der kann vielleicht beim zurzeit ebenfalls im Gesetzgebungsprozess befindlichen erweiterten Anspruch auf Teilzeit mehr herausverhandeln. Dies wäre ein Weg zu einem sinnvolleren politischen Kompromiss. Aber dazu gehört Mut.

---

<sup>24</sup> Hierzu auch die Vorschläge des 8. Familienberichts BT-Drucks. 17/9000, S. 119.