
Anreizwirkung der Rechtsrisiken für Unternehmen

Volker Rieble

	Seite
I. Positive und negative Verhaltensanreize als Normwirkung	102
1. Anreizwirkung als Normzweck.....	102
2. Zielgenauigkeit der Verhaltenslenkung.....	103
3. Norm-Folgenabschätzung	105
II. Deutliche Verschärfung durch Entgelttransparenz.....	109
1. Staatszugriff auf die Entgeltfindung	109
2. Anforderungs- statt Leistungsgerechtigkeit	111
3. Der marktfremde Ansatz der Richtlinie	113
4. Richterliche Vergütungsgruppen?	114
5. Kein Tarifprivileg	114
6. Rechtsfolgenlasten	116
III. Das Vergütungssystem als maßgeblicher Vergleichszusammen- hang	117
IV. Systemtrennung als Gebot der Stunde.....	119
1. Systemtrennung auf Tarifebene.....	119
2. Systemtrennung durch Ausgliederung und Fremdvergabe	122
3. Systemtrennung durch betriebliche Vergütungssysteme?	123
V. Sonderrisiko Betriebliche Altersversorgung	124
VI. Fazit	125
Diskussion	127

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Europäische Entgelttransparenz als Gefahr für die Tarifautonomie (München 2026), S. 101-126

Die Entgelttransparenzrichtlinie 2023/970/EU greift in private Entgeltsysteme ein – um geschlechterbezogene Entgeltunterschiede durch Korrektur nicht mehr der konkreten Entgelte, sondern der Entgeltsysteme zu beseitigen.¹ Unabhängig davon, wie dieser Rechtsakt zu bewerten ist, bleibt eine elementare Kritik: Die Rechtsetzung blendet das Folgeverhalten der Arbeitgeber und anderer Normadressaten aus – wiewohl der britische *The Equality Act 2010*² Anschauungsmaterial für Reaktionen bietet.

Die Normfolgenabschätzung³ hat zwei Aspekte: Einmal zeigt sie dem Normgeber Schwächen seiner Regulatorik auf: Ausweichreaktionen beschränken die Wirksamkeit des Normvollzugs in der Lebenswirklichkeit. Zum anderen sind „Fluchtwege“ für die Normadressaten ein Aspekt der Freiheitswahrung gegenüber einem als übergriffig empfundenen Rechtsetzer. Die Entgelttransparenzrichtlinie beschäftigt schon vor ihrer Umsetzung zahlreiche Rechtsanwältinnen, die für ihre Mandanten eine „Optimierung“ der Entgeltsysteme besorgen – teils in die gewünschte Richtung des Normvollzugs, aber eben auch durch Nutzung wahrer oder vermeintlicher Fluchtwege.

I. Positive und negative Verhaltensanreize als Normwirkung

1. Anreizwirkung als Normzweck

Von jeder Rechtsnorm gehen *Verhaltensanreize* aus. Manche sind vom Normgeber bezweckt, andere unerwünscht. Vermeidungsanreize intendiert der Gesetzgeber mit Sanktionsnormen, die sich nicht nur im Sanktionenrecht finden: Der Anreiz soll den Normadressaten dazu bewegen, das

-
- 1 Diese Marschrichtung bereits die neuere Rechtsprechung von EuGH und BAG: EuGH 29.7.2024 – C-184/22 Rn. 54 ff. – KfH Kuratorium; EuGH 3.6.2021 – C-624/19 – *Tesco Stores*; BAG 23.10.2025 – 8 AZR 300/24, NZA 2026, 192 Rn. 16 ff.; BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 Rn. 21 ff.; BAG 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 Rn. 16 ff.; BAG 26.9.2017 – 3 AZR 733/15, NJOZ 2018 1710 Rn. 15 ff. Zu den Ursachen der Entgeltunterschiede *Blau/Kahn*, *Journal of Economic Literature* 2017, 789, 807 ff.
 - 2 Überblicksweise: *Trübenbach*, *Neue Wege zur Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern*, 2024, S. 174 ff.
 - 3 Beiträge in Hensel/Bizer/Führ/Lange (Hrsg.), *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung*, 2010 sowie Rieble/Junker (Hrsg.), *Folgenabschätzung im Arbeitsrecht*, 2007; *Karpen*, AöR 1999, 400, 408 ff.; *Bauer/Wittholz*, *Regulatory Impact Analysis (RIA) – Developments and Current Practices in the EU Member States, on the EU Level and in Selected Third Countries*, 2002, S. 10 ff.; zur Folgenabschätzung als Gebot „guter“ Gesetzgebung etwa *Hoffmann-Reim*, *Innovation und Recht – Recht und Innovation*, 2016, S. 155 ff.; *Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, 2017, S. 136 ff.; zur begrenzten Bedeutung der Normfolgenabschätzung in der gesetzgeberischen Praxis *Krönke*, ZHR 189 (2025), 689, 713 ff.; speziell für das Privatrecht *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff.

unerwünschte Verhalten zu unterlassen (*negativer Verhaltensanreiz*). Schadensersatz und Vertragsstrafe sind zwei Instrumente des Schuldrechts, die den Schuldner zu pflichtgemäßem Verhalten bewegen sollen.

Positive Verhaltensanreize gehen von Belohnungstatbeständen aus, wie dem Kronzeugenprivileg gemäß § 33e GWB, dem Rücktritt gemäß § 24 StGB und der tätigen Reue gemäß §§ 306e, 320 StGB, aber auch von steuerlichen Vorteilen, wie einer Sonderabschreibung auf erwünschte Wirtschaftsgüter.

Das *Unionsrecht* setzt intensiv auf Verhaltenslenkung durch Sanktionen (*effet utile*). Die Mitgliedstaaten sind angehalten, zur Durchsetzung des Unionsrechts Sanktionen vorzusehen, die nach der üblichen Formel „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen (etwa Art. 84 Abs. 1 Satz 2 DSGVO, Art. 99 Abs. 1 Satz 2 KI-VO, Art. 23 Abs. 1 Whistleblower-RL 2019/1937/EU). Ebenso verfährt Art. 23 Abs. 1 ETRL.

2. Zielgenauigkeit der Verhaltenslenkung

Soll eine Norm ein bestimmtes Verhalten erreichen, muss die Sanktion den richtigen Adressaten treffen, also diejenige Person, deren Verhalten gesteuert werden soll. Das geschieht in der Regel unmittelbar, kann aber auch mittelbar erfolgen, wenn der Sanktionsadressat Druck auf den eigentlichen Störer ausüben kann. Wenn der DFB einem Ligaverband wegen eines Zuschauerfehlverhaltens eine Vereinsstrafe auferlegt, dann mag das den Verband zu besseren Sicherheitsvorkehrungen gegen Störer anhalten. Die eigentliche Sanktionswirkung folgt daraus, dass der Verband beim Störer Strafregress nehmen kann.⁴ Ähnliches gilt für das Compliance-Bußgeld des § 130 OWiG. Wird dagegen eine Sanktion angedroht oder eine Belohnung ausgelobt, ohne dass der Verhaltensadressat auch nur mittelbar erreicht wird, dann geht die Normwirkung ins Leere: Den Sack schlägt man; den Esel meint man.⁵

Das betrifft gerade die Diskriminierungskontrolle tariflicher Vergütungssysteme: Die vom EuGH geforderte Anpassung nach oben trifft den einzelnen Arbeitgeber⁶ – und nicht die für die Regelung verantwortlichen Tarifparteien. Der Arbeitgeber zahlt für den Rechtsverstoß, den Arbeitgeberverband und Gewerkschaft begangen haben. Der einzelne Arbeitgeber hat

4 BGH 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715.

5 Qui asinum non potest, stratum caedit.

6 So etwa EuGH 8.4.1976 – C-43/75 – Defrenne II; EuGH 7.2.1991 – C-184/89 Rn. 21 – Nimz; EuGH 19.10.2023 – C-660/20 Rn. 67 – LufthansaCityLine; anders nach autonomer Korrektur EuGH 14.3.2018 – C-482/16 Rn. 47 – Stollwitzer; EuGH 8.9.2011 – C-297/10 Rn. 99 – Hennings und Mai; Interpretation der EuGH-Rechtsprechung bei Ulber, NZA 2025, 449, 454; Gallner, NZA 2025, 877, 879; relativierend Höpfner/Schnurbusch, ZFA 2025, 347, 363 ff.

in der Regel wenig Möglichkeiten, korrigierend auf Tarifpolitik und Abschlussverhalten des Arbeitgeberverbandes einzuwirken. Statt *voice* bleibt ihm *exit*.⁷ Nachbindung und Nachwirkung sorgen dafür, dass er lange an den diskriminierenden Tarifvertrag gebunden bleibt, obzwar er keine Mitgliedschaftsrechte mehr hat. Umgekehrt ist es für die Gewerkschaft eine lohnende Strategie, in den Tarifvertrag diskriminierende Elemente hineinzuverhandeln, weil die Korrektur sie mit einem Vergütungsplus belohnt.⁸ Jedenfalls hat die tarifschießende Gewerkschaft keinen Anreiz, Diskriminierungen zu unterbinden, die ausschließlich die Arbeitgeber ausbaden müssen. Das hat der 6. Senat des BAG nicht bedacht, wenn er sich gerade wegen der Abschreckungsfunktion unionsrechtlicher Diskriminierungsverbote für befugt hält, eine Ungleichbehandlung durch Anpassung nach oben zu beseitigen, ohne den Tarifparteien Gelegenheit zur Anpassung zu geben.⁹ Die von Art. 23 ETRL geforderten Sanktionen werden ihre beabsichtigte abschreckende Wirkung nur erzielen können, wenn nicht der Arbeitgeber, sondern die Tarifparteien als „Quelle“ der Diskriminierung sanktioniert werden. Solche Sanktionen würden für die Gewerkschaften künftig Kampagnen gegen eigene Tarifverträge unattraktiv machen.

Normen in diesem Sinn sind nicht nur Gesetze oder andere staatliche Regeln. Folgt der Arbeitgeber bei seinen Personalentscheidungen einer selbst gesetzten Regel, setzt das einen Verhaltensanreiz. Zielvereinbarungsboni und andere belohnende Vergütungselemente bezwecken dies. Im Gleichnis vom Weinberg (in diesem Band, S. 17) setzte ein realer Winzer gegenüber den Arbeitern den Anreiz, die Arbeitskraft erst zur letzten Stunde anzubieten, um den gesamten Tageslohn zu verdienen. Das verteuerte die Arbeit erheblich und schränkte die Verfügbarkeit erheblich ein. Unvorhersehbares, regelloses Verhalten privater Rechtssubjekte entfaltet wenig konkreten Verhaltensanreiz, weil es an der Vorhersehbarkeit fehlt. Immerhin kann solche Sprunghaftigkeit abschreckend wirken.

Anreizwirkungen gehen nicht nur von den feststehenden Rechtsfolgen einer Norm aus. Auch die mit einer Norm verbundenen *Rechtsrisiken* ent-

7 *Hirschman*, Exit, Voice, and Loyalty, 1970, deutsche Übersetzung von *Walentik*, Abwanderung und Widerspruch, 1974, Nachdruck 2004.

8 *Bepler*, FS Schmidt, 2021, S. 67, 69; ähnlich *Todenhöfer*, Haftung für Tarifunrecht, 2007, S. 136.

9 BAG 13.11.2025 – 6 AZR 131/25, NZA 2026, 124 Rn. 53 ff.; dagegen verlangt Art. 3 Abs. 1 GG keine Sanktion, sondern nur die Beseitigung des Gleichheitsverstoßes: BVerfG 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 Rn. 208.

fallen einen *Verhaltensanreiz*.¹⁰ Denn die Normunterworfenen müssen sich gegen alle nicht ganz unwahrscheinlichen Auslegungsvarianten absichern, wollen sie nicht von einer späteren Gerichtsentscheidung auf dem falschen Fuß erwischt werden. Anreizneutrale Normen gibt es nicht. Auch scheinbar harmlose Normen erzeugen zumindest *Handhabungslasten*, die Ausweichreaktionen hervorrufen. Paradebeispiele sind Berichts- und Dokumentationspflichten, wie sie § 10 Abs. 1, Abs. 2 LkSG oder Art. 9 Abs. 1 ETRL vorsehen. Abgaben programmieren Steuervermeidung, Schwellenwerte etwa gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG setzen einen Meidungsanreiz – insbesondere im Zusammenspiel mit dem Einfriereffekt gemäß § 18 Abs. 3 Satz 1 SEBG *e contrario*.¹¹ Der Wettlauf zwischen dem regulierenden Normgeber und dem ausweichenden Privatrechtssubjekt führt zu Umgehungstatbeständen wie § 42 AO, § 312m Abs. 1 Satz 2, § 476 Abs. 4 BGB oder im Mitbestimmungsrecht § 43 Satz 1 SEBG, § 36 Satz 1 MgFSG. Diese bezwecken eine erweiternde Auslegung von Normen, können jedoch nur einfache Ausweichreaktionen einfangen.¹²

3. Norm-Folgenabschätzung

Die Norm-Folgenabschätzung (§ 44 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien¹³) versucht solche Normvermeidungsanreize systematisch zu erforschen¹⁴ – das ist ein außerrechtliches Controlling¹⁵. Ein Interesse daran hat zuvorderst die Politik. Ob der Gesetzgeber sein politisches Ziel erreicht, hängt von den tatsächlichen Wirkungen der Gesetzgebung ab. Eine wichtige Erkenntnis dieser Disziplin: Der Anreiz folgt nicht aus der Norm, sondern aus der *Normwahrnehmung*.¹⁶

10 So fördert die Rechtsunsicherheiten, ob eine Kündigung sozial gerechtfertigt i.S.v. § 1 KSchG ist, die Vergleichsbereitschaft: *Temming*, RdA 2019, 102, 108 (Fn. 93); *Rüthers*, NJW 2002, 1601, 1603.

11 Zur strafrechtlichen Risikominimierung bei § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG: *Hohenstatt/Kreis/Reinbach*, NZG 2025, 1451.

12 Zur beschränkten Reichweite des § 43 SEBG: BAG 26.11.2024 – 1 ABR 3/23, NZG 2025, 805 Rn. 30 ff.; *Rieble*, Der Konzern 2025, 333, 337 f.; auch ein sog. Agenturgeschäft ist nicht unbedingt ein Umgehungsgeschäft i.S.d. § 476 Abs. 4 BGB: BGH 26.1.2005 – VIII ZR 175/04, NJW 2005, 1039, 1040.

13 Hierzu *Böhret/Konzendorf*, Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, 2000, herausgegeben vom BMI in der Reihe Moderner Staat – Moderne Verwaltung; eine aktualisierte Version ist verfügbar als Speyerer Forschungsberichte 234, 2004 unter <https://dopus.uni-speyer.de/frontdoor/deliver/index/docId/456/file/FB-234.pdf> (23.2.2026).

14 Zur Folgenabschätzung Nachweise in Fn. 3.

15 *Brockner*, Gesetzesfolgenabschätzung – ein Überblick, DRiZ 2002, 462.

16 Das Recht kann nur denjenigen steuern, dem es bekannt ist: *Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 478 ff.

Irrational, aber bedeutsam sind Verhaltensanreize, die auf *Fehlvorstellungen* über Tatbestand oder Rechtsfolge einer Norm beruhen. Die Regierung *Schröder* hat die Verhaltensanreize der Schwellenwerte des KSchG erforscht. Damals galt ein Schwellenwert von *mehr als* fünf Arbeitnehmern (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG i.d.F. 1.1.1999). Inhaber von Kleinbetrieben nahmen irrig an, dass bereits *ab* dem fünften Arbeitnehmer das KSchG Anwendung fände und schreckten vor dessen Anstellung zurück.¹⁷

Je unschärfer eine Norm gefasst ist, desto größer ist der Negativanreiz. Dieser fußt nicht auf dem eigentlichen und wohlverstandenen Norminhalt, sondern auf den *Rechtsrisiken* der Norm. So lässt die BAG-Rechtsprechung im Unklaren, unter welchen Voraussetzungen ein technisches Hilfsmittel wie Microsoft Office 365 oder Google Maps zur Überwachung geeignet ist i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.¹⁸ Dass der rationale Arbeitgeber den Betriebsrat lieber einmal zu oft beteiligen wird, dürfte Manchen am BAG nicht unrecht sein. Rechtsunsicherheiten, ob der Arbeitgeber ein Mitbestimmungsrecht verletzt hat, kann der Betriebsrat als Verhandlungsmasse bei Koppelungsgeschäften nutzen.

Empirisch gut belegt ist, dass *scharfe Haftung* über das eigentliche Haftungsrisiko hinaus *abschreckend* wirkt.¹⁹ Übervorsicht entsteht etwa im Umgang mit datenschutzrechtlichen Pflichten²⁰ oder Verkehrssicherungspflichten im öffentlichen Raum²¹. Kein Bäcker wird noch Bienenstich aus

-
- 17 So heißt es in der Begründung der darauf reagierenden Gesetzesänderung: „Gerade in Kleinbetrieben besteht ein hohes Beschäftigungspotential, das durch Entschärfung der ‚Schwellenproblematik‘ im Kündigungsschutzgesetz wirksam erschlossen werden kann“, BT-Drs. 15/1204, S. 1. Laut einer WSI-Befragung von 2003 gingen 64 % der Kleinstbetriebe bis fünf Arbeitnehmern fälschlich davon aus, das damalige KSchG gelte in ihrem Betrieb: *Pfarr et al.*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, 2005, S. 28.
- 18 Verwendung von Excel soll mitbestimmungspflichtig sein: BAG 23.10.2018 – 1 ABN 36/18, juris Rn. 5 (erfolglose Nichtzulassungsbeschwerde); ebenso Microsoft Office 365: BAG 8.3.2022 – 1 ABR 20/21, NZA 2022, 1134 Rn. 29 ff.; anders BAG 10.12.2013 – 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, NZA 2014, 439 Rn. 21 ff.: kein Mitbestimmungsrecht, wenn der Arbeitgeber mit Google Maps die Fahrtkostenabrechnungen seiner Mitarbeiter prüft, da der Routenplaner nur Hilfsmittel für die menschliche Kontrolle ist. Das hätte man nach den Kriterien des BAG auch anders sehen können, *Santon/Vollstädt*, NZA 2024, 1610, 1612.
- 19 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 350; *Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 512.
- 20 Repräsentativ für die scharfe Haftung für angebliche immaterielle Schäden: EuGH 4.5.2023 – C-300/21 Rn. 43 ff. – Österreichische Post AG; BGH 18.11.2024 – VI ZR 10/24, NJW 2025, 298 Rn. 27 ff.
- 21 Aus Haftungsangst wurden Freibäder geschlossen nach einem BGH-Urteil zu Aufsichtspflichten: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/freibaeeder-kommunen-haftung-aufsichtspflicht-bgh-urteil> (20.1.2026).

frischem, nicht pasteurisiertem Ei verkaufen, seitdem er mit diesem Produkt der deliktischen Produkthaftung mit ihren Beweiserleichterungen unterfällt.²² Rechtsunsicherheit bringt überdies *Verfahrenslasten* mit sich, die *abschreckend wirken*. Lädt eine unbestimmte und gleichzeitig weitreichende Norm dazu ein, Vorwürfe vor Gericht zu erheben, belastet das den Beklagten auch dann, wenn die Vorwürfe in der Sache ohne Substanz sind.²³ Das führt zu starken *Meidungsanreizen*. Umgekehrt erreicht der Verhaltensanreiz denjenigen nicht, der der Norm mit Ignoranz begegnet. So könnte etwa ein Unternehmen die Entgelttransparenzrichtlinie ignorieren in der Annahme, diese scheitere an Art. 153 Abs. 5 AEUV oder Art. 28 GRCh. Stellt sich das Unternehmen – anders als die Konkurrenz – nicht auf die Pflichten der Richtlinie ein, kann das zu einem bösen Erwachen führen.

Schon das bislang geltende Diskriminierungsrecht hat *Ausweichreaktionen* veranlasst. Der diskriminierungsrechtliche Zugriff auf das Bewerbungsverfahren (§ 11 AGG) – macht öffentliche *Stellenausschreibungen* weniger attraktiv. Stattdessen setzen Unternehmen Programme auf wie „Mitarbeiter werben Mitarbeiter“ oder beauftragen Headhunter, die gezielt Kandidaten suchen. Häufiger werden Scheinausschreibungen, die mit der Mitteilung enden, die Stelle werde doch nicht besetzt. Ohne Einstellung gibt es keine Diskriminierung. Den Wunschkandidaten aus dem Bewerbungsverfahren stellt der Arbeitgeber danach ein – auf eine andere Stelle ohne Ausschreibung. Ein Kleinvermieter mag wegen § 19 Abs. 2, § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG eine öffentliche Ausschreibung meiden und „unter der Hand“ vermieten. Oder er beauftragt einen Makler, die Wohnung ausschreibungslos Personen anzubieten, die bei anderer Bewerbung nicht erfolgreich waren.²⁴

Die *Vergütungspolitik* des Arbeitgebers wird nach dem derzeitigen Recht, also ohne die Verschärfungen der ETRL scharf auf Diskriminierung kontrolliert.²⁵ Die einfachste Reaktion wäre der *Einheitslohn*. Außerhalb der TAZ dürfte dieser nicht praktisch werden. Nach geltendem Recht kann der Arbeitgeber Diskriminierungsvorwürfen indes entgehen, indem er die Tä-

22 Bienenstichfall OLG Hamm 20.09.1994 – 9 U 6/94, NJW-RR 1995, 346; grundlegend zur Produkthaftung im Kleinunternehmen BGH 19.11.1991 – VI ZR 171/91, NJW 1992, 1039, 1040.

23 Vielfach zahlen Adressaten unberechtigter Abmahnungen aus Angst vor Gerichtsverfahren: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/abmahnung-berlin-betrug-erpressung-gerichtsverfahren-vergleich-anwalt-google-fonts-nutzung> (20.1.2026).

24 Allerdings haftet auch der Makler gem. § 21 Abs. 2, § 19 Abs. 2 AGG auf Schadensersatz wegen Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot, BGH 29.1.2026 – I ZR 129/25, juris Rn. 28 ff.

25 Dazu die neuere Rechtsprechung des BAG zu Art. 157 AEUV oben Fn. 1.

tigkeiten und *Verantwortungsbereiche* der einzelnen Mitarbeiter *unterschiedlicher gestaltet*. Je verschiedenartiger die Tätigkeiten, umso schwieriger können sie verglichen (und künftig auf „Gleichwertigkeit“ überprüft) werden. So einfach wird es künftig wegen Art. 4 Abs. 4 ETRL nicht mehr sein (unten II 1). Für *Führungskräfte* bietet sich ein Sonderweg an: Während das Kernentgelt dasjenige Unternehmen zahlt, bei dem der Arbeitnehmer angestellt ist, sagt eine fremde Konzerngesellschaft, die der Arbeitgeber nicht steuert, Bonusvergütungen zu. Diese Leistungen rühren jedenfalls von einer anderen Quelle (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 ETRL)²⁶ und können von Kollegen nicht in den Gleichbehandlungsvergleich einbezogen werden. Der Abschlussbericht der Entgelttransparenz-Kommission hielt es für die Berichtspflichten des Art. 9 ETRL für richtlinienkonform, „Leistungen, die nicht von Vertragsarbeitgeber gewährt werden“ vom Entgeltbegriff auszunehmen.²⁷ Außerdem kann der Arbeitnehmer neben seinem primären Arbeitsvertrag einen zweiten Arbeitsvertrag mit einer anderen Gesellschaft schließen, die vom Arbeitgeber nicht gesteuert wird. Die Leistungen aus dem zweiten Arbeitsvertrag stammen von einer anderen Quelle.

Vergütet eine Konzerngesellschaft unternehmensübergreifend Führungskräfte, so ist offen, ob dieses Bonusvergütungssystem als eigene Quelle selbst auf Entgeltungleichheit zu kontrollieren ist. Dazu müsste das zugrundeliegende Rechtsverhältnis Arbeitsverhältnis und die Bonuszahlung Arbeitsentgelt sein. Das BAG verneint dies durchgehend²⁸ – indes ist diese Frage europarechtlich gestellt und also vom EuGH zu beantworten.

26 Bonuszusagen von fremden Konzernunternehmen können dem Vertragsarbeitgeber nicht zugerechnet werden, wenn er sie nicht selbst versprochen hat: BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, NZA 2003, 487, 488 ff.; BAG 16.1.2008 – 7 AZR 887/06, NZA 2008, 836, 837 f.; BAG 25.8.2022 – 8 AZR 453/21, NZA 2023, 154 Rn. 36 ff.; kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG: BAG 12.6.2019 – 1 ABR 57/17, juris Rn. 19 ff.; *anders* nur, wenn sich der Vertragsarbeitgeber selbst verpflichtet, bejaht von LAG Hessen 31.5.2017 – 18 Sa 768/16, juris Rn. 57 ff.; LAG Baden-Württemberg 14.1.2009 – 2 Sa 17/08, juris Rn. 63 ff.; im Zusammenhang mit dem EntgTranspG LAG Berlin-Brandenburg 9.3.2021 – 24 TaBV 481/20, NZA-RR 2021, 433 Rn. 49 ff.: Hier wies die Vertragsarbeitgeberin die Bonuszusagen der Konzernobergesellschaft als Komponente der Gesamtvergütung aus; monographisch: *Wobst*, Lohn vom Dritten, 2015.

27 Abschlussbericht der Kommission „Bürokratiearme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“, 2025, S. 19 f., abrufbar unter <https://www.bmbfsfj.bund.de/bmbfsfj/aktuelles/pressemitteilungen/abschlussbericht-der-kommission-buerokratiearme-umsetzung-der-entgelttransparenzrichtlinie--274262> (4.3.2026).

28 Nachweise in Fn. 26.

Männer in Führungspositionen erhalten auch deswegen ein höheres Grundgehalt als Frauen, weil sie zu mehr *Überstunden* bereit sind und diese mit dem Grundgehalt abgegolten sind.²⁹ Das verstößt gegen Art. 157 Abs. 1 AEUV. Der Arbeitgeber verhält sich widersprüchlich, wenn er Überstunden nicht zeitbezogen entlohnt, deren erwarteten Umfang indes seiner geschlechtsdifferenzierenden Vergütungspolitik zugrunde legt.³⁰ Die Lösung ist die Zeiterfassung auch für Führungskräfte: Ist mit dem niedrigeren Grundgehalt nur die Kernarbeitszeit abgegolten, darf der Arbeitgeber Überstunden separat entlohnen. Leisten männliche Arbeitnehmer mehr Überstunden, beruht das unterschiedliche Gesamtentgelt auf objektiven, geschlechtsneutralen Faktoren und verstößt nicht gegen Art. 157 AEUV.

II. Deutliche Verschärfung durch Entgelttransparenz

Die Entgelttransparenzrichtlinie verschärft die Diskriminierungskontrolle im Entgeltbereich und mit ihr die Ausweichenreize.

1. Staatszugriff auf die Entgeltfindung

Art. 4 ETRL soll den Grundsatz gleichen Entgelts für „gleichwertige“ Arbeit operationalisierbar und gerichtlich durchsetzbar machen, indem die Vorschrift die Spielräume für die Gestaltung von Vergütungssystemen einengt und den Richter ermächtigt, über den gleichen Wert unterschiedlicher Arbeit zu entscheiden.

Um verschiedenartige Tätigkeiten vergleichen zu können, sollen *Methoden der objektiven Arbeitsbewertung* (Art. 4 Abs. 2 ETRL) helfen. Oft übersehen wird, dass die Kommission gemäß Art. 4 Abs. 3 ETRL gemeinsam mit dem Europäischen Institut für Gleichstellungsfragen unmittelbar auf die mitgliedstaatlichen Entgeltssysteme zugreifen kann. Nach ErwG 26 ETRL sollen Kommission und EIGE Leitlinien aufstellen, wie die Kriterien des Art. 4 Abs. 4 ETRL in verschiedenen Branchen zu gewichten sind. Damit ist die Schwelle zur *staatlichen Entgeltfestsetzung* überschritten – gekleidet in das Gewand der Entgeltgleichheit. Der EuGH könnte diese Leitlinien nämlich zum allein maßgeblichen Verteilungsstandard erheben und jede andere Gewichtung unter Diskriminierungsverdacht stellen. Kommission und EIGE würden zur staatlichen *Lohnplanungsbehörde*.

29 Früher war diese Erwägung verbreitet, um Entgeltunterschiede zu rechtfertigen, A. Hueck, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, 1951, S. 38.

30 Allerdings darf der Arbeitgeber nach einer älteren EuGH-Entscheidung die Flexibilität eines Arbeitnehmers durch Zulagen entlohnen, auch wenn das im Ergebnis zum Nachteil weiblicher Arbeitnehmer geht: EuGH 17.10.1989 – 109/88 Rn. 21 f., 25 – Danfoss.

Autonom würden etwa die Tarifparteien nur noch den Ecklohn, nicht hingegen die Entgeltverteilung festsetzen.

Doch schon die Richtlinie selbst engt den Spielraum für autonome Vergütungssysteme deutlich ein. Denn Art. 4 Abs. 4 ETRL gibt – vorgeblich zum Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen (ErwG 26 ETRL) – vier Kriterien vor, die als Zauberformel für die objektive Arbeitsbewertung dienen sollen: *Kompetenz, Belastungen, Verantwortung* und *Arbeitsbedingungen*. Dass hierdurch der objektive Wert der Arbeit ermittelt werden kann, ist illusorisch.³¹ Die Richtlinie versucht es trotzdem. Das ist alter Wein in neuen Schläuchen. Die *analytische Arbeitsbewertung* ist in den 1950er Jahren nicht ohne Grund gescheitert³² und wird von der EU aus dem Keller geholt. Außerdem klingt in der Richtlinie die *Marx'sche Arbeitswertlehre* an, von der sie sich aber unterscheidet. *Marx* fragte unternehmensübergreifend nach dem absoluten Wert von Arbeit.³³ Die Entgelttransparenzrichtlinie will den relativen Wert der Arbeit innerhalb eines Entgeltsystems bestimmen. Zu berücksichtigen ist die Kompetenz, die für die Stelle erforderlich ist, nicht die vom Inhaber mitgebrachte Kompetenz.³⁴ Der habilitierte Pförtner erhält Pförtner-, nicht Professorengehalt. Der letzte Satz des Abs. 4 dient der Frauenförderung. In technischen Berufen sind Frauen oft schwächer vertreten als Männer, da sie im Durchschnitt eine geringere abstrakt-technische Intelligenz besitzen; insbesondere Hochintelligente sind deutlich häufiger männlich.³⁵ Das so nebulöse

31 *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353, 1355; *Husemann*, EuZA 2022, 166, 173 ff. noch zum Richtlinienentwurf; nach *Wank*, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 899 f. ist es unmöglich, den gerechten Lohn zu bestimmen.

32 Zum Konflikt von Entgeltgleichheit und dem Bekenntnis der Verträge zur sozialen Marktwirtschaft *EuArbRK/Franzen*, 5. Aufl. 2024, Art. 157 AEUV Rn. 33; siehe aus der Zeit etwa die Gegenrede von *A. Hueck*, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, 1951, S. 36 f.; positive Erfahrungen dagegen im Erzbergbau: *Schwarz*, BB 1955, 1059 f.

33 *Marx*, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Erster Band, zitiert nach Gesamtausgabe (MEGA), 1983, Abt. 2, Band 5, S. 123 Rn. 10 ff.

34 *Brors/Krumnack*, SPA 2025, 149, 150.

35 Klassisch ist eine Studie zur Intelligenzverteilung bei Kindern im Alter von elf Jahren in Schottland 1932: Diese ergab zwar im Mittel gleiche Intelligenzquotienten, männliche Teilnehmer wiesen jedoch eine signifikant höhere Standardabweichung auf und waren in den Extremen (IQ geringer als 60 oder über 130) überrepräsentiert, so die erneute Analyse der Studiendaten von *Deary/Thorpe/Wilson/Star/Whalley*, *Intelligence* 31 (2003), 533 ff.; auf Basis eines deutschen Datensatzes zum Wechsler-Intelligenztest konnten hingegen *Goldbeck/Daseking/Hellwig-Brida/Waldmann/Petermann*, *Journal of Individual Differences* 31 (2010), 22 ff. keine Geschlechterunterschiede bei der Standardabweichung feststellen; chinesische Daten legen dagegen nahe, dass der

wie inhaltsarme Kriterium der sozialen Kompetenz³⁶ soll abhelfen – und auch für solche Tätigkeiten, für die soziale Kompetenz nicht gefordert wird.

2. Anforderungs- statt Leistungsgerechtigkeit

Gleichwertig i.S.v. Art. 4 Abs. 1 ETRL sind Tätigkeiten, für die dasselbe *Anforderungsprofil* gilt. Ein Arbeitnehmer muss, will er einen Entgeltgleichheitsanspruch durchsetzen, nicht nachweisen, dass seine Tätigkeit den gleichen Wert hat wie die eines Kollegen, d.h. er dieselbe Leistung erbringt.³⁷ Maßgeblich sind die Soll-Anforderungen der jeweiligen Stelle. Der Richtlinie geht es um *anforderungsgerechte, nicht um leistungsgerechte Vergütung*.³⁸ Leistungsbezogene Entgeltbestandteile bleiben zulässig, geraten allerdings unter mittelbaren Diskriminierungsverdacht. Zahlt der Arbeitgeber Leistungsprämien, entlohnt er auf der ersten Stufe gleiche Arbeit ungleich, was auf der zweiten Stufe strenge objektive Rechtfertigungsanforderungen nach sich zieht.³⁹ Setzt der Arbeitgeber den Leistungslohn nach freiem Ermessen fest („Nasenprämie“), fehlt es an objektiven, geschlechtsneutralen Kriterien, die den Entgeltunterschied rechtfertigen.

höhere Männeranteil in Spitzenpositionen jedenfalls auch durch deren höhere Intelligenzvarianz erklärt werden kann, *Li/Wang/Li*, *Intelligence* 96 (2023), 101719.

36 Die Begründung des Fraktionsentwurfs zu § 9 Nr. 4 DRiG (BT-Drs. 14/7176, S. 14) konzidiert: „Die gesetzliche Formulierung abstrakt-genereller Kriterien zur Bemessung der sozialen Kompetenz etwa als Zulassungsvoraussetzung zur Rechtsanwaltschaft oder als Einstellungs voraussetzung für das Richteramt bereitet Schwierigkeiten“. Der Ausschussbericht (BT-Drs. 14 8629, S. 13) hofft, dass der „unbestimmte Rechtsbegriff der sozialen Kompetenz“ von den zuständigen Berufsorganen „konkretisiert“ wird. Der Ausschuss lässt viel Raum für Konkretisierung, zählt er doch sogar „Leistungsbereitschaft und Belastbarkeit“ zu den sozialen Kompetenzen (BT-Drs. 14 8629, S. 14) – das macht den Begriff konturlos (ebenso *Staats*, DRiG, 2012, § 9 Rn. 13). Treffend die Kritik des MdB *Schmidt-Jortzig* (FDP): „Es sei [...] der Koalition noch einmal sehr geraten, weniger auf Modeaspekte [zu achten] – Stichwort: soziale Kompetenz; keiner weiß, was das ist.“ „Sie [Anm.: *Joachim Stünker*, SPD] können es mit Sicherheit nicht definieren oder tragen Dinge vor, die jedenfalls nichts mit Juristerei zu tun haben“ (Plenarprotokoll 14/212 zur ersten Lesung des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung, S. 20990). Zu § 38a Abs. 1 Nr. 3 BBesG Bln erkennt das BVerwG, dass soziale Kompetenz „nicht objektiv messbar“ ist, BVerwG 22.9.2016 – 2 C 29/15, NVwZ-RR 2017, 199 Rn. 18.

37 *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353, 1354.

38 *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353, 1354.

39 *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353, 1359.

tigen können.⁴⁰ Der Arbeitgeber muss vielmehr „Leistung“ in Unterkriterien übersetzen, um seine Verteilungsentscheidung transparent zu machen. Die Transparenzanforderungen an die Leistungsbewertung können vom EuGH unbegrenzt nach oben geschraubt werden.⁴¹ Diese Rechtsunsicherheit schafft einen Verhaltensanreiz, künftig auf Leistungslöhne zu verzichten. Jedenfalls verursachen die hohen Anforderungen an die Bemessung Verfahrenskosten, die der Arbeitgeber vom ansonsten vorgesehenen Zulagenvolumen abziehen wird. Die betrieblichen Leistungsträger zahlen also für die Kosten der Entgelttransparenz.

Die Praxis hat bislang einseitige *Leistungsbestimmungsrechte* des Arbeitgebers i.S.v. § 315 BGB als „Königsweg“ betrachtet, um rechtssicher Prämien und Boni oder das konkrete Gehalt im Entgeltband festzusetzen. Scheiterte die Leistungsbestimmungsklausel an der AGB-Kontrolle, entfiel der leistungsbezogene Vergütungsbestandteil.⁴² Außerdem musste der Arbeitgeber im Vertrag die Kriterien für die Leistungsbestimmung nach dem BAG nicht konkret angeben.⁴³ Fehler des Arbeitgebers bei der Leistungsbestimmung führten zu deren Unwirksamkeit. Eine bessere Leistung konnte der Arbeitnehmer nur durch richterliche Ersatzbestimmung erlangen (§ 315 Abs. 3 BGB).⁴⁴ Das ist nach der Entgelttransparenzrichtlinie anders. Gemäß Art. 4 Abs. 4 Satz 1 ETRL müssen die Kriterien, nach der sich die Leistungsbestimmung richtet, *transparent* sein. Intransparenz begründet nach der Vorstellung der Richtlinie für sich genommen eine Diskriminierungsgefahr, die die Richtlinie bekämpfen soll, unabhängig ob es tatsächlich im Ergebnis eine Diskriminierung gegeben hat. Verfehlen Leistungsbestimmungsrechte diese Transparenzanforderungen, sind die Leistungen nach europäischem Recht nach oben anzupassen.⁴⁵ Im Extremfall könnte der Richter sämtlichen Arbeitnehmern die höchste in Bezugsjahr ausgekehrte Prämie zusprechen.

40 Brors/Krumnack, SPA 2025, 149, 151; So auch schon nach derzeitiger Rechtslage gemäß § 4 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 EntgTranspG: Heilmann/Weinzierl, BB 2024, 884, 885 f.

41 Ein anschauliches Beispiel für dieses Vorgehen liefert die Entscheidung des EuGH in Lufthansa CityLine zur Teilzeitbenachteiligung, die „wissenschaftliche Erkenntnisse“ oder „allgemeine Erfahrungswerte“ verlangt, dass jenseits der regulären Wochenarbeitszeiten eines Vollzeitarbeitnehmers Gesundheitsgefahren erhöht sind: EuGH 19.10.2023 – C 660/20 Rn. 61 – Lufthansa CityLine; kritisch Friese, ZESAR 2024, 66, 70.

42 Staudinger/Rieble, 2026, § 315 Rn. 473.

43 BAG 16.1.2013 – 10 AZR 26/12, NZA 2013, 1013, 1014 Rn. 15 ff.; vertiefend: Schmidt-Lauber, Leistungsbestimmungsrechte und Arbeitsentgelt, 2020, S. 59 ff.

44 Staudinger/Rieble, 2026, § 315 Rn. 17 f.

45 Das ist allerdings auch auf Basis der EuGH-Rechtsprechung streitig, oben Fn. 6.

3. Der marktfremde Ansatz der Richtlinie

Marktbedingungen, d.h. insbesondere die Nachfrage nach der einen oder der anderen Arbeitsleistung, können Entgeltunterschiede nicht rechtfertigen.⁴⁶ Weicht der Markt- vom Staatslohn ab, sei der *Markt diskriminierend*.⁴⁷ Manche wollen mit diesem Argument den Spielerinnen der Frauenbundesliga den Lohn männlicher Bundesligaspieler zusprechen.⁴⁸ Bundesligavereine sollten sich nicht auf die Vernunft des EuGH verlassen, sondern besser ihre Herren- und Frauenabteilung auf verschiedene Rechtsträger ausgliedern (noch IV 2). Welche Auswirkungen der marktfremde Ansatz der Richtlinie hat, verdeutlicht der britische Fall „Next“:⁴⁹ In Großbritannien wurde 2010 der Equal Pay Act eingeführt, den die Entgelttransparenzrichtlinie nacharbeitet. Verkäuferinnen dieser Handelskette verlangten dasselbe Entgelt wie Lagerarbeiter. Diese waren höher vergütet worden, da am Arbeitsmarkt Lagerarbeiter, nicht aber Verkäuferinnen knapp waren. Das Gericht sah beide Tätigkeiten als gleichwertig und sprach den Verkäuferinnen den Lagerarbeiterlohn zu. Das macht die Lagerarbeiter zu *Vergütungspaten* der Verkäuferinnen. Sind Lagerarbeiter knapp, wäre die marktkonforme Reaktion des Arbeitgebers, diesen ein höheres Gehalt zu bieten, um mehr Arbeitskräfte zu gewinnen. Nach dem Equal Pay Act kommt es auch nicht auf die Frage an, weswegen Frauen keine Lagerarbeit leisten wollen oder können. Der Arbeitgeber muss den Lohn der Verkäuferinnen anheben, obwohl diese am Markt nicht knapp sind. Der Lohn verliert auf diese Weise seine *Steuerungs- und Signalfunktion*.⁵⁰

-
- 46 In der älteren EuGH-Rechtsprechung werden dagegen die Marktbedingungen berücksichtigt: EuGH 27.10.1993 – C 127/92 Rn. 24 ff. – Enderby; auch die Tarifentgelte sind das Resultat eines Marktprozesses. Wenn der EuGH diese als Indiz für den Wert der Arbeit berücksichtigt, öffnet er sich einer marktmäßigen Arbeitsbewertung, etwa EuGH 31.5.1995 – C 400/93 Rn. 46 – Royal Copenhagen; EuGH 28.2.2013 – C-427/11 Rn. 49 f. – Kenny; so auch die Einschätzung von EuArbRK/*Franzen*, 5. Aufl. 2024, Art. 157 AEUV Rn. 33; zu verbleibenden Spielräumen: *Flöter/Heinemann*, BB 2025, 2164, 2171 f.
- 47 In diesem Sinne *Keller/Petersen*, NZA 2024, 793, 797; ähnlich EuGH 14.3.2017 – C-188/15 Rn. 40 – Bougnaoui: besonderen Kundenwünschen zu entsprechen sei eine „subjektive Erwägung“ des Arbeitgebers und könne eine Diskriminierung nicht rechtfertigen.
- 48 In diese Richtung *Keller/Petersen*, NZA 2024, 793; für Nationalspieler *Reiter/Gerlach*, SpuRt 2024, 459, 465 ff.
- 49 Employment Tribunal (UK) 22.8.2024 – Case No. 1302019/18 and others, https://www.gov.uk/employment-tribunal-decisions/ms-m-thandi-and-others-v-next-retail-ltd-and-next-distribution-ltd-1302019-slash-2018-and-others?utm_source=chatgpt.com#full-publication-update-history (17.1.2026).
- 50 Allgemein zur Funktion des Lohns am Arbeitsmarkt: *Franz*, Arbeitsmarktökonomik, 8. Aufl. 2013, S. 9, 317 ff.

4. Richterliche Vergütungsgruppen?

Der Wortlaut der Richtlinie ließe es sogar zu, *Abstandsgebote* zwischen verschiedenen Tätigkeiten zu formulieren. Verdient eine Ärztin nicht mehr als der Hausmeister, würden beide zwar das gleiche Entgelt erhalten, allerdings bei ungleicher und ungleichwertiger Arbeit – das könnte man als Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 ETRL lesen. Der Richter könnte auf diese Weise *Vergütungsgruppen* schaffen. Dass der EuGH ein solches Abstandsgebot formuliert, ist nicht ausgeschlossen. Immerhin wäre es denkbar, eine Ursache für den geringeren Durchschnittsverdienst von Frauen darin zu sehen, dass Frauen, die hochwertige Tätigkeiten ausüben, nicht ausreichend Verhandlungsmut besitzen, um einen gehörigen Entgeltabstand zu geringerwertigen Tätigkeiten auszuhandeln.⁵¹ Die durchschnittlich geringere Verhandlungsbereitschaft von Frauen könnte der EuGH durch richterliche Abstandsgebote auszugleichen versuchen.⁵² Anhaltspunkte, dass der Unionsgesetzgeber dies wollte, findet man in der Richtlinie nicht. Diese zielt auf formale Gleichbehandlung. Die Richtlinie gebietet nicht, Ungleiches verschieden zu behandeln.⁵³

5. Kein Tarifprivileg

Auf eine zurückhaltende Gleichbehandlungskontrolle von *Tarifverträgen* sollte man nicht hoffen. Gewährte die Rechtsprechung den Tarifparteien einen *Bewertungsspielraum* für den Wert der Arbeit,⁵⁴ wäre das viel.⁵⁵ Im

51 In diesem Sinne *Jung*, NZA 2024, 18, 20 mit weiteren Nachweisen; *Säve-Söderbergh*, *Journal of Economic Behaviour & Organization* 161 (2019), 35 ff.; *Caldwell/Haegele/Heining*, *Bargaining and Inequality in the Labor Market*, IAB-Discussion Paper 2/2025, S. 38 ff.

52 In diese Richtung bereits BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958, 963 Rn. 54 ff.: Der Arbeitgeber könne einen Entgeltunterschied nicht damit rechtfertigen, der Mann habe besser verhandelt; hierzu luzide: *Hartmann*, ZFA 2024, 4, 16 f.

53 Der EuGH hat sich für die Teilzeiterdiskriminierung über diesen Unterschied mühelos hinweggesetzt, hierzu: *Denke*, RdA 2025, 243, 246 f.; schon *A. Hueck*, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, 1951, S. 37 f. und *Dietz*, Rechtsgutachtliche Äußerung zu der Frage, ob Art. 3 Absätze 2 und 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland der Berücksichtigung einer geringeren Wertigkeit von Frauenarbeit gegenüber der Männerarbeit sowie einer typisch geringeren sozialen Belastung der Frau gegenüber dem Mann bei der Aufstellung einer Norm für den Lohn entgegensteht, 1957, S. 40 f. haben vorgeschlagen, die Angemessenheit des Entgeltabstands zwischen Männern und Frauen, die ungleiche Arbeit verrichten, anhand des Gleichheitssatzes zu kontrollieren.

54 So: *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353, 1355.

55 *Sagan*, ZESAR 2025, 447, 450 f.; *Löw/Oldehaver*, NZA 2024, 88, 91; *Henkel*, öAT 2025, 26, 29.

Kern passt dieser allerdings nicht zur Idee der Richtlinie, Vergütungsstrukturen nach (vermeintlich) objektiven Arbeitswertrelationen zu kontrollieren.⁵⁶ Bislang zeigt der EuGH wenig Respekt für die Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen.⁵⁷ Art. 30 ETRL erwähnt die Tarifautonomie und Kollektivmaßnahmen, doch ist das ein Lippenbekenntnis und wird den EuGH nicht beeindrucken. Im Gegenteil: Dass ErwG 24 der RL 2000/78/EG vorgibt, die Europäische Union achte den Status der Kirchen, wertet der EuGH in der Egenberger-Entscheidung als Indiz, dass die Richtlinie nicht gegen Art. 17 AEUV verstößt.⁵⁸ So könnte das Lippenbekenntnis des Art. 30 ETRL dem EuGH als Argument dienen, dass die in Art. 4 ETRL vorgesehene Gleichwertigkeitskontrolle nicht gegen Art. 28 GRCh verstößt.

Die von der Richtlinie angeordnete Gleichheitskontrolle wirkt sich durchaus auf die „Aushandlung [...] und Durchsetzung von Tarifverträgen“ (Art. 30 ETRL) aus: *Streikbereite Gruppen* werden künftig kaum mehr eine besondere *Arbeitskampfbrendite* erzielen können. In den 1970er Jahren hatten Müllmänner die Streiks im öffentlichen Dienst maßgeblich getragen und waren in der Folge in den Vergütungsgruppen des öffentlichen Dienstes aufgestiegen, erzielten überproportionale Lohnsteigerungen. Das hat später erhebliche Fremdvergaben ausgelöst und einen Mindestlohn für die Entsorgungswirtschaft erforderlich gemacht.

Streikverhalten ist Markt und damit nach der Entgelttransparenzrichtlinie diskriminierungsverdächtig. Der objektive Arbeitswert der Müllmänner i.S.v. Art. 4 Abs. 4 ETRL steigt durch den Streikerfolg nicht. Hält man die Arbeit von Pflegekräften für gleichwertig i.S.v. Art. 4 Abs. 4 ETRL, dürfen diese nicht wegen ihrer geringeren Streikbereitschaft eine geringere Vergütung erhalten. Konkret müssten die Tarifparteien mit dem Tarifentgelt der Müllmänner dasjenige der Pflegekräfte anheben. Die Gewerkschaft verliert den tarifpolitischen Verteilungsspielraum. Das ist der Preis scharfer Entgeltgleichheit. Das kann die Streikbereitschaft kampfstarker Arbeitnehmergruppen senken. Umgekehrt verschwindet jeder Anreiz zur Selbsthilfe durch Arbeitskampf, wenn sich Arbeitnehmergruppen, statt

56 Dennoch spricht sich die Entgelttransparenz-Kommission mehrheitlich für eine beschränkte Tarifprivilegierung aus, Abschlussbericht der Kommission „Bürokratiarme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“, 2025, S. 26 ff.; ferner dort Sondervotum *Diem-Puella*, S. 52 f.

57 EuGH 19.10.2023 – C 660/20 Rn. 57 ff. – Lufthansa CityLine; für gegenläufige Tendenzen in der EuGH-Rechtsprechung Fn. 46; großzügiger auch eine Entscheidung zur Diskriminierung Schwerbehinderter: EuGH 19.9.2018 – C-312/17 Rn. 67 ff. – Bedi; zur Rechtsprechung *Höpfner/Schnurbusch*, ZFA 2025, 347, 397 f.

58 EuGH 17.4.2018 – C-414/16 Rn. 57 – Egenberger.

selbst zu streiken, darauf verlassen können, dass ihre „*Vergütungspaten*“ unfreiwillig für sie mitstreiken.⁵⁹ Das schwächt die Tarifautonomie.

6. Rechtsfolgenlasten

Auf der Rechtsfolgenseite drohen weitere Belastungen für die Arbeitgeberseite. Die Gleichheitskontrolle löst eine *Entgelt drift nach oben* aus (oben I 2). Wie stark diese ausfallen wird, hängt von der Kontrolldichte ab. Die Beweislast wird wegen Art. 18 ETRL oft der Arbeitgeber tragen.⁶⁰ Wird eine Entgeltdiskriminierung offenbar, drohen dem Arbeitgeber Nachforderungen weit in die Vergangenheit:

Gemäß Art. 21 ETRL dürfen *Verjährungsfristen* erst beginnen, wenn die „klagende Partei Kenntnis von einem Verstoß hat oder diese Kenntnis vernünftigerweise von ihm [sic!] erwartet werden kann“. Die Verjährungsfrist muss mindestens drei Jahre betragen. Das entspricht an sich den §§ 195, 199 Abs. 1 BGB.⁶¹ Allerdings meinen manche, an die Kenntnis des Arbeitnehmers seien höhere Anforderungen zu stellen, wenn der Arbeitgeber Pflichten aus der Richtlinie verletzt hat – man könnte etwa an die Informationspflicht über den Auskunftsanspruch gemäß Art. 7 Abs. 3 ETRL denken.⁶² Dass der EuGH dem deutschen Verjährungsrecht skeptisch gegenübersteht, wenn der Arbeitgeber Informationspflichten verletzt hat, zeigt seine Rechtsprechung zum Urlaubsrecht.⁶³

Die für die Praxis in Entgeltfragen so wichtigen *Ausschlussfristen* sind nur zulässig, wenn sie nicht zu den Vorschriften über die Verjährung, sondern zu denen über das Erlöschen von Ansprüchen rechnen (Art. 21 Abs. 3 ETRL). Sie müssen in „Vorschriften“ enthalten sein, um nicht an Art. 21 Abs. 1, Abs. 2 ETRL gemessen zu werden, Art. 21 Abs. 3 ETRL. *Rolfs* hält an einer Stelle einzel- oder tarifvertragliche Ausschlussfristen künftig nicht mehr für unionsrechtskonform,⁶⁴ an anderer Stelle behauptet er gemeinsam mit *Lex* das Gegenteil⁶⁵. Unionsrechtskonform sind tarifliche Ausschlussklauseln, wenn der Tarifvertrag im Arbeitsverhältnis normativ gilt.⁶⁶ Falls „Vorschrift“ normative Geltung verlangt, dann genügt die Bezugnahme Klausel nicht. Sollen tarifgebundene Arbeitnehmer schlechter stehen als tariffreie? Ausschlussfristen in einer gemäß § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG normativ wirkenden Betriebsvereinbarung reichten hingegen

59 Hierzu bereits *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 874.

60 Näher *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353, 1358.

61 *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353, 1359.

62 *Sagan*, ZESAR 2025, 447, 453.

63 EuGH 22.9.2022 – C-120/21 Rn. 38 ff. – LB.

64 *Rolfs*, EuZW 2023, 489, 490.

65 *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353, 1359.

66 *Sagan*, ZESAR 2025, 447, 453.

aus⁶⁷; ohne Öffnungsklausel können sie aber tarifliche Ansprüche nicht erfassen, was konsequenterweise auch für den Entgeltausgleich für diskriminierende Tarifentgelte gelten muss.

Neben der *Anpassung nach oben*, Ansprüchen auf (immateriellen) *Schadensersatz* und *Sanktionen* i.S.d. Art. 23 ETRL (hierzu oben I 2) können Arbeitgeber gemäß Art. 24 Abs. 2 ETRL von *öffentlichen Aufträgen* ausgeschlossen werden, wenn sie gegen dort näher bezeichnete Pflichten aus der Entgelttransparenzrichtlinie verstoßen. Beruht der Richtlinienverstoß des Arbeitgebers darauf, dass er einen richtlinienwidrigen Tarifvertrag anwendet, kann diese Sanktion skurril geraten: Der Arbeitgeber wendet den Tarifvertrag womöglich nicht freiwillig an, sondern wird durch *Tariftreue* nach Landesgesetzen und jetzt dem Bundestariftreuegesetz hierzu angehalten. Das Vergaberecht schiebe dem Auftragnehmer vor, einen Tarifvertrag anzuwenden, woraus ihm die Entgelttransparenz einen Strick dreht. Man mag an eine Haftung des öffentlichen Auftraggebers denken, der keine Anwendung diskriminierender Tarifverträge verlangen darf.

III. Das Vergütungssystem als maßgeblicher Vergleichszusammenhang

Bezugspunkt der Gleichheitskontrolle ist das *Vergütungssystem* in seiner Abstraktheit, nicht notwendig Arbeitnehmer im konkreten Unternehmen. Dieses Prinzip hat der Richtliniengeber in Art. 19 Abs. 1 ETRL systematisch unglücklich in Kapitel III der Richtlinie („Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung“) platziert. Gemäß Art. 19 Abs. 1 ETRL können Entgeltbestandteile unternehmensübergreifend verglichen werden, wenn eine *einheitliche Quelle* diese festlegt. Regelt ein Flächentarifvertrag die Vergütungsstruktur, kann sich ein Arbeitnehmer somit mit allen Vergütungsgruppen des Tarifvertrags vergleichen – unabhängig davon, ob ein Kollege im selben Unternehmen die Vergleichstätigkeiten ausübt. Der Entgeltvergleich bezieht sich also auf die *hypothetische Vergleichsperson* im Vergütungssystem, nicht auf die konkrete Vergleichsperson im Unternehmen.⁶⁸

Der *unternehmensübergreifende Entgeltvergleich* ist keine Erfindung der Entgelttransparenzrichtlinie. Auch Teilzeitbeschäftigte können ihre Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Abs. 2 Teilzeit-Rahmenvereinbarung mit den tariflichen Arbeitsbedingungen eines Vollzeitbeschäftigten vergleichen,

67 Ob allerdings die Betriebsparteien befugt sind, Ausschlussfristen zu vereinbaren, ist streitig, wird vom BAG allerdings anerkannt: BAG 9.4.1991 – 1 AZR 406/90, NZA 1991, 734, 735; dagegen *Waltermann*, RdA 2007, 257, 266.

68 *Winter*, NZA 2024, 8, 17; *Heilmann/Weinzierl*, BB 2024, 884, 889; kritisch Sondervotum *Diem-Puella*, Abschlussbericht der Kommission „Bürokratierme Umsetzungen der Entgelttransparenzrichtlinie“, 2025, S. 52.

auch wenn im Betrieb kein vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter vorhanden ist. Der EuGH vergleicht in Entscheidungen zu Art. 157 AEUV alle von einer einheitlichen Quelle festgesetzten Vergütungsbestandteile.⁶⁹ Anschaulich ist die *Lawrence-Entscheidung*:⁷⁰ Kommunale Reinigungs- und Kantinenmitarbeiterinnen verlangten dasselbe Entgelt wie männliche Gärtner, Müllmänner und Kanalarbeiter. Mit diesem Ansinnen waren sie vor dem britischen House of Lords erfolgreich. In Reaktion hatte die Gemeinde die Reinigungs- und Kantinendienstleistungen auf ein eigenständiges Unternehmen fremdvergeben. Dieses beschäftigte die vormals mit den männlichen Kollegen gleichgestellten Arbeitnehmerinnen weiter, zahlte Ihnen jedoch eine geringere Vergütung. Nach dem EuGH setzt das Gebot gleichen Entgelts für gleiche und gleichwertige Tätigkeiten nicht voraus, dass die verglichenen Vergütungen auf den einzelnen Arbeitgeber zurückgehen. Vielmehr gelte das Gebot der Entgeltgleichheit für alle Vergütungsbestandteile, die vom selben Urheber stammen. Sind die unterschiedlichen Entgelte nicht auf denselben „*Ursprung*“ zurückzuführen, könnten diese nicht miteinander verglichen werden. Dann gebe es keine Stelle, die für die Ungleichbehandlung verantwortlich ist und diese beseitigen könnte.⁷¹

Rechtsrisiken entstehen also vor allem für Tarifwerke wie die des *öffentlichen Dienstes*, die als einheitliche Quelle die Vergütung für viele *verschiedenartige Tätigkeiten* regeln. Eine Pflegerin in einem an den TVÖD gebundenen Krankenhaus kann ihre Vergütung mit der eines Müllmanns im öffentlichen Dienst vergleichen, auch wenn das Krankenhaus keine Müllmänner beschäftigt. Im öffentlichen Dienst drohen unkalkulierbare *Rechtsrisiken*.⁷² Dass ein Arbeitnehmer einen hypothetischen Vergleichsarbeitnehmer findet, dessen höheres Entgelt nicht „objektiv“ gerechtfertigt ist,⁷³ ist umso unwahrscheinlicher, je kleiner und gleichförmiger die vom Vergütungssystem erfasste Arbeitnehmerschaft ist. Der Normvermeidungsanreiz der Richtlinie geht somit dahin, *Vergütungssysteme* so zu

-
- 69 EuGH 17.9.2002 – C-320/00 Rn. 17 mit weiteren Nachweisen – Lawrence; EuGH 13.1.2004 – C-256/01 Rn. 45 – Allonby.
- 70 EuGH 17.9.2002 – C-320/00 – Lawrence; ähnlich auch in der Entscheidung EuGH 13.1.2004 – C-256/01 Rn. 45 ff. – Allonby, bei der eine über ein Drittunternehmen beschäftigte Lehrerin das gleiche Entgelt begehrte wie unmittelbar bei der Schule beschäftigte männliche Kollegen.
- 71 EuGH 17.9.2002 – C-320/00 Rn. 17 f. – Lawrence; EuGH 13.1.2004 – C-256/01 Rn. 45 f. – Allonby.
- 72 Winter, NZA 2024, 8, 17 f.; EuArbRK/Winter, 5. Aufl. 2024, Art. 4 RL (EU) 2023/970 Rn. 25.
- 73 Ob in der begünstigten Gruppe die Frauen in der Mehrzahl sind, soll dagegen wegen des sog. Paarvergleichs unerheblich sein, EuGH 29.7.2024 – C-184/22, C-185/22 Rn. 58 ff. – KfH Kuratorium und BAG 23.10.2025 – 8 AZR 300/24, NZA 2026, 192 Rn. 24.

trennen, dass der Vergleichszusammenhang unterbrochen wird. Risiko-averse Arbeitgeber werden mithin Entgeltsysteme so gestalten, dass die Zahl der Arbeitnehmer, deren Vergütung durch eine einheitliche Quelle festgelegt wird, gering ist.

IV. Systemtrennung als Gebot der Stunde

1. Systemtrennung auf Tarifebene

Die *Tarifparteien* können den Vergleichszusammenhang nicht unterbrechen, indem sie Entgeltsysteme auf unterschiedliche Tarifverträge in *getrennten Tarifurkunden* verteilen. Art. 19 Abs. 1 ETRL stellt auf die Quelle des Vergütungssystems ab – das sind die Tarifparteien als Normurheber. Maßgeblich ist stets das *Tarifwerk*.⁷⁴

Vergütungen können auch dann über Tarifverträge hinweg verglichen werden, wenn die einzelnen Tarifverträge von unterschiedlichen *rechtlich unselbstständigen Untergliederungen* derselben Gewerkschaft geschlossen wurden. Eine ältere Entscheidung des BAG zu Art. 3 Abs. 1 GG hat zwei Tarifverträge nicht verglichen, von denen der eine von der TdL und dem Hauptvorstand der ÖTV, der andere dagegen vom Land Hessen und der Bezirksverwaltung Hessen der ÖTV geschlossen worden war. Das seien unterschiedliche Normgeber.⁷⁵ Die Tarifgemeinschaft deutscher Länder ist eine rechtlich selbständige Arbeitgebervereinigung und schließt im eigenen Namen Tarifverträge (§ 1, § 3 Satzung der Tarifgemeinschaft deutscher Länder vom 12.2.1959 zuletzt geändert am 26.9.2018). Tarifverträge der TdL stammen somit von einer anderen Quelle als solche der Mitgliedsländer. Dagegen handelt rechtlich stets die ÖTV, gleich ob sie durch den Hauptvorstand oder die Bezirksverwaltung vertreten ist.⁷⁶ Das BAG hat das für die IG Metall entschieden. Diese wird durch den Vorstand vertreten (§ 18 Abs. 3 lit. a Satzung IG Metall), die Bezirksleiter handeln nach Anweisung des Vorstands in dessen Auftrag. Die Bezirke führen ihre Aufgaben nicht eigenverantwortlich aus, sondern sind in die zentralistische Organisation der IG Metall eingebunden. Die Bezirksleiter vertreten die IG Metall als einheitliche Gewerkschaft.⁷⁷ Anders ist das beim Marburger

74 EuGH 27.10.1993 – C-127/92 Rn. 22 – Enderby; eine gesetzliche Klarstellung befürwortet der Abschlussbericht der Kommission „Bürokratiearme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“, 2025, S. 45.

75 BAG 16.12.2003 – 3 AZR 668/02, NZA-RR 2004, 595, 597; das gilt laut BAG auch für Art. 141 Abs. 1 EGV; kritisch *Franzen*, RdA 2005, 241, 246.

76 Dagegen soll nach dem OLG Düsseldorf 14.5.1986 – 15 U 188/85, NJW-RR 1986, 1506 die Kreisverwaltung der ÖTV körperschaftlich verfasst und eigenständig sein (aber ohne Bezug zur Tarifpolitik).

77 BAG 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, NZA 1997, 830, 831 f.; MHdBArbR/*Rieble*, 6. Aufl. 2025, § 223 Rn. 7 f.

Bund: Dessen Gewerkschaften sind rechtlich selbständige Landesgewerkschaften (etwa § 1 Abs. 1, Abs. 2, § 2 Abs. 1 Satzung des Marburger Bundes Bayern), der Bundesverband ist eine Spitzenorganisation i.S.d. § 2 Abs. 2 TVG.⁷⁸ Das ist für *regionale Tarifverträge* entscheidend: Schließen rechtlich unselbständige Landesbezirke einer Gewerkschaft mit einem bundesweit einheitlich organisierten Arbeitgeberverband Landestarife ab, müssen die Entgeltunterschiede zwischen den Ländern nach dem objektiven Arbeitswert gerechtfertigt sein (Art. 4 ETRL).⁷⁹ Dass die Arbeit eines Kochs in Bayern mehr wert ist als die einer Köchin in Thüringen, wird sich kaum begründen lassen, wenn Marktbedingungen keine Rolle spielen sollen. Landestarife stammen auch dann nicht mehr von einer einheitlichen Quelle, wenn rechtlich selbständige Arbeitgeberverbände tarifieren. Gesamtmetall als Spitzenverband ist selbst nicht tariffähig. Tarifpartner der IG Metall sind die regionalen Arbeitgeberverbände wie vbm, Südwestmetall oder Metall.NRW. Zwischen den Landestarifen der Metallindustrie ist ein Gleichwertigkeitsvergleich ausgeschlossen.

Zwei Tarifverträge stammen bereits dann nicht von einer einheitlichen Quelle, wenn an einem der Tarifverträge *eine andere Partei beteiligt* ist, etwa wenn derselbe Arbeitgeberverband mit unterschiedlichen Gewerkschaften tarifiert. Nur weil eine Vertragspartei identisch ist, können Vergütungen nicht tarifvertragsübergreifend verglichen werden. Diese Vertragspartei hat die Ungleichbehandlung nicht in der Hand.⁸⁰ Niemand kann einseitig einen Tarifvertrag diktieren.

Von unterschiedlichen Quellen stammen *Verbands- und Haustarifvertrag*. Der Verband hat nicht in der Hand, wie der einzelne Arbeitgeber tarifiert, und umgekehrt. Daher sind die Vergütungssysteme selbständig

78 MHdBArbR/Rieble, 6. Aufl. 2025, § 223 Rn. 8.

79 Nach Frieling/Würz, DB 2025, 725, 727 können allerdings regionale Besonderheiten als weiteres Kriterium gemäß Art. 4 Abs. 4 Satz 3 ETRL den Wert der Arbeit beeinflussen.

80 Zu diesem Kriterium EuGH 17.9.2002 – C-320/00 Rn. 18 – Lawrence; allerdings soll nach den Schlussanträgen des Generalanwalts Szpunar, 6.6.2024 EuGH – C-314/23 Rn. 80 ff. – Air Nostrum eine mittelbare Diskriminierung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GleichbehandlungsRL 2006/54/EG nicht ausgeschlossen sein, wenn unterschiedliche Arbeitsbedingungen (höhere Verpflegungspauschalen für Piloten als für Kabinenpersonal) auf Tarifverträgen mit verschiedenen Gewerkschaften beruhen; der EuGH hat in seiner Entscheidung dagegen nur Art. 4 Abs. 1 GleichbehandlungsRL geprüft und ist auf den Ansatz des Generalanwalts nicht eingegangen, weil Piloten und Kabinenpersonal keine gleichwertige Arbeit leisten, EuGH 4.10.2024 – C-314/23 Rn. 39 ff. – Air Nostrum.

und nicht vergleichbar.⁸¹ Das setzt voraus, dass der Haustarifvertrag *eigenständige Regelungen* trifft. Der Hausanschlusstarifvertrag schafft trotz abweichender Tarifparteien kein eigenes Vergütungssystem. Quelle der Vergütungsstruktur eines Hausanschlusstarifvertrags sind somit die Verbandstarifparteien.

Wegen Parteiidentität stammen der Flächen- und der *unternehmensbezogene Verbandstarifvertrag* von derselben Quelle. Im *Sanierungsfall* birgt das Rechtsrisiken: Arbeitnehmerinnen werden sich darauf berufen, durch die Einschnitte des Sanierungstarifs wegen ihres Geschlechts benachteiligt zu werden. Da sie tatsächlich für dieselbe Tätigkeit ein geringeres Gehalt erhalten als männliche Arbeitnehmer in anderen Unternehmen, die nicht vom Sanierungstarif erfasst sind, muss der unternehmensbezogene Verbandssanierungstarif objektiven Rechtfertigungsanforderungen genügen. Dass der Arbeitgeber „Unternehmenskrise“ ruft, wird kaum genügen. Das hiermit verbundene Rechtsrisiko ist das letzte, was ein kriselnder Arbeitgeber gebrauchen kann. Insofern bietet sich der Sanierungshaustarifvertrag an, an dem der Arbeitgeberverband beratend mitwirken kann. Das ist im wohlverstandenen Interesse der Gewerkschaft, die ihre Sanierungsbemühungen nicht durch Entgeltgleichheitsklagen vereitelt sehen will.

Noch ungeklärt ist die Frage, ob die *Stellvertretung* in Tarifverhandlungen eine Regelungsquelle begründen kann, wenn ein und derselbe Vertreter zwei Tarifträger vertritt. Das betrifft zwei typische Fälle: Die Vertretung zweier oder mehr Arbeitgeberverbände (ausnahmsweise auch von Gewerkschaften etwa des Marburger Bundes) durch einen Spitzenverband, dem sie angehören und der nicht selbst tariffähig sein muss und die Vertretung mehrerer Arbeitgeber im Haustarifschluss durch denselben Arbeitgeberverband, der ebenso wenig tariffähig sein muss (etwa einen OT-Verband). Legt die Willensbildung durch denselben Vertreter eine Klammer um die vertretenen Tarifträger, so dass deren Tarifverträge vergleichbar werden?

Schwer vorhersehbar sind *Gleichwertigkeitsvergleiche sehr unterschiedlicher Tätigkeiten*. Das setzt einen Anreiz, Tarifverträge homogener zu gestalten, d.h. etwa je nach Branche unterschiedliche Tarifverträge zu schließen. Um jedoch die einheitliche Quelle zu beseitigen, dürfen solche Tarifverträge nicht von denselben Tarifparteien stammen. Stattdessen müssten etwa die Arbeitgeberverbände *rechtlich selbständige und tariffähige Untergliederungen* je nach Branche schaffen. Theoretisch könnten Metallarbeitgeberverbände rechtlich solche Untergliederungen für Maschinenbau und Automobilindustrie gründen und eigenständige Tarifverträge abschließen, zwischen denen Vergütungen nicht mehr verglichen

81 Winter, NZA 2024, 8, 17; für Art. 3 GG bereits Rieble/Klebeck, RdA 2006, 65, 70.

werden könnten. Steigt die Produktivität des Maschinenbaus, nicht aber die der Autoindustrie, gerieten stärkere Lohnsteigerungen im Maschinenbau sonst unter Diskriminierungsverdacht. Produktivität ist Markt und damit ohne Einfluss auf den objektiven Arbeitswert.

2. Systemtrennung durch Ausgliederung und Fremdvergabe

Für den einzelnen Arbeitgeber entsteht ein Anreiz, den *Kreis der* für seine Beschäftigten in Frage kommenden *hypothetischen Vergleichspersonen möglichst klein* zu halten. In erster Linie wird er den *Flächentarifvertrag meiden*, um keine unternehmensfremden Vergleichstätigkeiten auf sich zu beziehen. Beschränkt sich das Entgeltsystem auf das eigene Unternehmen, muss der Arbeitgeber nur für die Verteilungsgerechtigkeit innerhalb seines eigenen Vergütungssystems einstehen und nicht für Entscheidungen der Tarifparteien über die Vergütung von Tätigkeiten, die in seinem Unternehmen nicht vorhanden sind. Auch wenn der Flächentarifvertrag kraft *Bezugnahme* gilt, wendet der Arbeitgeber ein unternehmensübergreifenden Entgeltsystem an und importiert unternehmensfremde Vergütungspaten.⁸²

Innerhalb des eigenen Vergütungssystems ist das Rechtsrisiko von Entgeltgleichheitsklagen höher, je unterschiedlicher die vergüteten Tätigkeiten sind. Gerichte haben Spielraum für engagierte Entgeltpolitik. Das legt es dem Arbeitgeber nahe, verschiedenartige Tätigkeiten auf *unterschiedliche Vertragsarbeitgeber* zu verlagern – durch *Ausgliederung* und *Fremdvergabe*. Wichtig ist, dass die selbständigen Vertragsarbeitgeber eigenständige Vergütungssysteme anwenden, also nicht an denselben Flächentarifvertrag oder dieselbe Konzernbetriebsvereinbarung gebunden sind wie der Hauptarbeitgeber. Dann stammt die Vergütung nicht von einer einheitlichen Quelle i.S.d. Art. 19 Abs. 1 EURL und der Vergleichszusammenhang ist unterbrochen.⁸³

Schon heute sind in Hochlohntarifwerken produktivitätsarme und schlecht bezahlte Hilfstätigkeiten (Reinigung, Kantine) weitgehend fremdvergeben. Wer aus Gründen des Unternehmensstolzes noch eine eigene Kantine betreibt, riskiert, dass Hilfsköchinnen Entgeltgleichstellung zu Lagerarbeitern begehren. Die vielfach praktizierte Kantinen-GmbH vermeidet das.

82 Ob er sich auf die beschränkte Richtigkeitsvermutung des angewendeten Tarifvertrags berufen kann, war unter den Mitgliedern der Entgelttransparenz-Kommission streitig: Abschlussbericht der Kommission „Bürokratiearme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“, 2025, S. 29.

83 EuGH 17.9.2002 – C-320/00 Rn. 17 f. – Lawrence; EuGH 13.1.2004 – C-256/01 Rn. 45 f. – Allonby.

Unternehmen werden erwägen, abgrenzbare Organisationseinheiten fremdzuvergeben oder auszugliedern. Neben klassischen Hilfstätigkeiten wird das für *Forschung* und *Entwicklung* sowie den *Vertrieb* praktisch: Sonst kann die studierte HR-Mitarbeiterin geltend machen, sie müsse so bezahlt werden wie der – am Markt knappere – Entwicklungsingenieur. Ein Unternehmen kann Entgeltgleichheitsrisiken nicht nur begegnen, indem es die geringerwertige Tätigkeit ausgliedert. Auch teure Mitarbeiter können ausgegliedert werden, um eigenen Arbeitnehmern den „gleichwertigen“ Vergütungspaten zu nehmen.

Besonders divergent sind die Belegschaften im *öffentlichen Dienst*. Eine Kommune, die Kantinenmitarbeiterinnen und Gärtner beschäftigt, geht ein Entgeltgleichheitsrisiko ein. Das zeigt der Fall Lawrence, der zugleich den Ausweg weist (oben III): Überträgt der Arbeitgeber eine Tätigkeit unter *Betriebsübergang* auf einen *selbständigen Rechtsträger*, zerschneidet das den Vergleichszusammenhang. Nur weil das Vergütungssystem gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB mit Betriebsübergang auf den Erwerber übergeht, stammen die Entgeltsysteme des Erwerbers und des Veräußerers nicht auf Dauer aus einer einheitlichen Quelle. Der Erwerber darf das Vergütungssystem nach dem Betriebsübergang frei anpassen, sodass die Vergütungsstruktur des Veräußerers und die des Erwerbers nicht mehr von derselben Stelle gesteuert wird. Auch im öffentlichen Dienst sind daher Ausgliederung und Fremdvergabe das Gebot der Stunde. Ob man das dort erkennen und nach dieser Erkenntnis handeln wird, ist zweifelhaft.

3. Systemtrennung durch betriebliche Vergütungssysteme?

Auch *betriebliche Entgeltsysteme* bergen Risiken. Größere Unternehmen vereinbaren ihr Entgeltsystem häufig mit dem *Gesamtbetriebsrat*.⁸⁴ Arbeitgeber und Gesamtbetriebsrat sind dann eine einheitliche Quelle (Art. 19 EURL) und Arbeitnehmer können ihr Entgelt mit hypothetischen oder realen Arbeitnehmern anderer Betriebe vergleichen. Um den Vergleichszusammenhang zu verkleinern, könnten Arbeitgeber die Vergütungen mit den örtlichen *Betriebsräten* verhandeln und wegen § 77 Abs. 3 BetrVG durch Regelungsabrede, bei Betrieben außerhalb des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags auch durch Betriebsvereinbarung regeln.

Die Entscheidung des Arbeitgebers, das Entgeltsystem künftig nicht mehr auf Unternehmens- sondern auf Betriebsebene zu regeln, lässt die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats entfallen, § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.⁸⁵ Ob so jedoch der diskriminierungsrechtliche Vergleichszusammenhang auf

84 Sagan, ZESAR 2025, 447, 454.

85 Richtig GK-BetrVG/Franzen, 12. Aufl. 2022, § 87 Rn. 34 mit weiteren Nachweisen auf die uneinheitliche Rechtsprechung.

den einzelnen Betrieb beschränkt werden kann, ist ungeklärt.⁸⁶ Erstens könnte der EuGH aus Art. 4 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1 EURL folgern, dass der Arbeitgeber mit allen seinen Arbeitsverhältnissen die *Mindestbezugsgröße* für den Entgeltvergleich ist. Den Vergleichszusammenhang auf den einzelnen Betrieb zu beschränken, obwohl der Vertragsarbeitgeber bei allen Arbeitnehmern des Unternehmens derselbe ist, wäre dann ausgeschlossen.

Die betrieblichen Entgeltsysteme könnten allerdings deshalb von unterschiedlichen Quellen stammen, weil jeweils *unterschiedliche Betriebsräte* Vertragspartner der Betriebsvereinbarung sind. Ob der EuGH indes ein so genaues Verständnis des deutschen kollektiven Arbeitsrechts entwickeln wird, ist zweifelhaft. Während ErwG 27 der Richtlinie Rücksichtnahme gegenüber tariflichen oder vom Arbeitgeber beschlossenen Systemen zur Lohnfestsetzung zumindest noch erwähnt, ist von Betriebsräten nicht die Rede. Eine Strategie, den Vergleichszusammenhang allein durch Beteiligung unterschiedlicher örtlicher Betriebsräte unterbrechen zu wollen, ist riskant. Rechtssichere Alternative ist die Übertragung des Betriebes auf einen eigenständigen Rechtsträger als Arbeitgeber (oben IV 2).

V. Sonderrisiko Betriebliche Altersversorgung

Wenig beachtet sind bislang die *Sonderrisiken*, die die Entgelttransparenzrichtlinie für die *betriebliche Altersvorsorge* bringt.

Erstens treibt die von der Richtlinie ausgehende Entgelt drift (oben I 2 und II 6) mittelbar die *Versorgungszusage*. Steigt das Entgelt infolge Diskriminierungsklagen um zehn Prozent, schuldet der Arbeitgeber auch eine um zehn Prozent erhöhte Altersversorgung. Rückwirkende finanzielle Zusatzbelastungen drohen auch im Fall der reinen Beitragszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG). Hier garantiert der Arbeitgeber zwar keinen konkreten Auszahlungsbetrag,⁸⁷ allerdings hängt die Höhe seiner Einzahlungen häufig von der Höhe des Arbeitsentgelts ab. Steigt rückwirkend das Arbeitsentgelt, werden zusätzliche Beiträge fällig. Noch wichtiger: Verstößen Arbeitsentgelte und damit die Beitragszahlungen gegen Diskriminierungsverbote, kann der Arbeitgeber als Schadensersatz die Differenz zur hypothetisch erzielbaren Rente schulden, die auch den hypothetischen Kapitalertrag umfasst.⁸⁸

86 Zuversichtlich außer in Umgehungsfällen: *Flöter/Heinemann*, BB 2025, 2164, 2167.

87 BeckOK-ArbR/*Clemens*, Stand: 1.12.2025, § 1 BetrAVG Rn. 46a.

88 So die berechtigten Befürchtungen von *Thüsing* in der öffentlichen Expertenanhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales zum Betriebsrentenstärkungsgesetz, vgl. Bt-Drs. 18/12612, S. 24; ebenso *Ulbrich*, BB 2017, 2423, 2424.

Die Betriebsrente selbst ist Arbeitsentgelt und damit auf Entgeltgleichheit verpflichtet (ErwG 21 ETRL).⁸⁹ Das ist riskant, weil die Altersversorgung in vielen Unternehmen auf einer Konzernbetriebsvereinbarung beruht, d.h. konzernweite Vergleichstatbestände importiert. Überdies könnte eine konzernweite Altersversorgung eine Diskriminierungsklammer um alle Konzernunternehmen legen – jedenfalls in Ansehung der Rentenanwartschaft. Die Konzernobergesellschaft darf als Quelle der Versorgungsregelung keine diskriminierenden Entgeltdifferenzierungen importieren.

Zudem sind Entgeltgleichheitsklagen im Ruhestand wahrscheinlicher. Während ein Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis selten gegen den Arbeitgeber klagt, um den Betriebsfrieden zu wahren und sich keinen Ärger einzuhandeln,⁹⁰ lockert sich die Verbundenheit zum Betrieb mit Renteneintritt. Den Arbeitnehmer hält wenig davon ab, in seiner nun ausweiteten Freizeit die Versorgungsordnungen der letzten 15 Jahre auf Fehler zu durchsuchen, um merkliche Rentensteigerungen einzuklagen.⁹¹ Schutz durch Verjährung und Verwirkung gibt es schon deshalb nicht, weil der Arbeitnehmer zuvor von der Diskriminierung nicht wusste und diese Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhte (Art. 21 Abs. 1 ETRL, oben II 6). Zudem ist die Rente erst mit Versorgungsbeginn fällig, weswegen auch herkömmliche Streitigkeiten um die Anwartschaftsberechnung keine vorherige Verjährung oder Verwirkung kennen.

Diese Risiken sind für den Arbeitgeber kaum kalkulierbar. Risikoaverse Arbeitgeber werden keine betriebliche Altersversorgung mehr zusagen und womöglich existierende Versorgungswerke schließen. Risikoarm wäre eine niedrige Einheitsrente, die unabhängig vom vorherigen Einkommen und der vorherigen Tätigkeit und damit diskriminierungsfrei ist.

VI. Fazit

Die Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie wird Anwälten ein lohnendes Geschäftsfeld verschaffen. Müssen Unternehmen eigene Vergütungssysteme entwickeln, um Diskriminierungsvergleiche auf das Unternehmen zu beschränken, ist das aufwendig und mit komplexen Rechtsfragen verbunden. Auch die Errichtung getrennter Unternehmen, um Beleg-

89 EuArbRK/*Winter*, 5. Aufl. 2024, Art. 3 RL (EU) 2023/970 Rn. 4; *Brandl*, BetrAV 8/2025, 665; den Entgeltbegriff im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge deshalb einschränkend Sondervotum *Diem-Puella*, Abschlussbericht der Kommission „Bürokratiearme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“, 2025, S. 51; „Entgelt“ sind auch Leistungen, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgezahlt werden: grundlegend EuGH 17.5.1990 – C 262/88 – Barber; zuletzt BAG 23.10.2025 – 8 AZR 300/24, juris Rn. 22.

90 *Höland*, FS Bepler, 2012, S. 221, 238; *Pionteck*, jM 1/2025, 13.

91 Vgl. *Höland*, FS Bepler, 2012, S. 221, 238.

schaften zu trennen (Kindergärtnerinnen hier, Kanalarbeiter dort), bedeutet Aufwand.

Nicht abzuschätzen ist die Folgewirkung auf die Tarifautonomie. Kleine und mittlere Unternehmen könnten den Arbeitgeberverbänden fernbleiben – insofern schafft die EU einen Tarifabschreckungsfaktor, dem dann mit einem „Aktionsplan“ nach der MindestlohnRL zu begegnen ist.⁹²

Angeschlagenen Unternehmen kann eine Entgeltanpassung nach oben den Rest geben. Die Union wird als Standort für große Belegschaften unattraktiver. „Vorbild“ ist Großbritannien: Studien zu den Folgen des Equality Act 2010 für die Wirtschaft zeigen, dass sich gesetzliches Gleichheitsstreben negativ auf die Wirtschaft auswirken kann.⁹³ Männer, die keine Vergütungspaten mit eigenen Einkommenseinbußen sein wollen, wird die Beschäftigung als Arbeitnehmer verleidet. Das könnte einen Anreiz zu Selbständigkeit auslösen – oder aber eine innere Kündigung.

So gesehen ist die Entgelttransparenz ein interessantes gesellschaftliches Experiment.

92 EuGH 11.11.2025 – C-19/23 Rn. 76 ff. – Dänemark/Parlament und Rat.

93 *Nigel Williams*, Institute for the Study of civil Society (CIVITAS), *Assessing the Damage: Assessing the Equality Act Impact Assessment*, 2011; *Alka Sehgal Cuthbert*, *Dont Divide Us, The Equality Act Isn't Working*, 2025, S. 55 mit weiteren Nachweisen; staatliche Evaluationen zum Equality Act blenden ökonomische Folgen aus, *Evaluation of the Implementation of the Equality Act 2010*, 2013, <https://www.gov.uk/government/publications/evaluation-of-the-implementation-of-the-equality-act-2010> (13.3.2026).