

Equal-Pay oder doch nicht?

Vergleichszahlung wegen Geschlechtsdiskriminierung

Die US-Bank Goldman Sachs erklärte sich jüngst nach jahrelangem Rechtsstreit aufgrund einer Sammelklage bereit, u.a. wegen zahlreichen Fällen von Gehaltsdiskriminierung eine Entschädigung von 215 Millionen US-Dollar zu zahlen. Equal Pay schützt nun einmal Lohngleichheit zwischen Arbeitnehmern und erhält längst nicht nur in den USA, sondern auch in Europa, insbesondere Deutschland, zunehmend Aufmerksamkeit. So positionierte sich das Bundesarbeitsgericht erst kürzlich erneut klar zum Thema Einhaltung von Lohngleichheit und stärkte damit die Bedeutung des Entgelttransparenzgesetzes.

Text — Dr. Michael Braun, Nicole Heinrich



Durch die Einführung des Entgelttransparenzgesetzes (EntgTranspG) im Juli 2017 sollte man an sich davon ausgehen können, dass kaum mehr geschlechtsspezifische Differenzierungen existieren. Doch das Statistische Bundesamt veröffentlichte am 06.03.2023 in einer Pressemitteilung das Gegenteil. Frauen verdienten letztes Jahr durchschnittlich 18 % pro Stunde weniger als Männer. Weiter ist der Pressemitteilung zu entnehmen, dass selbst nach Berücksichtigung eindeutiger Erklärungen hierfür eine sogenannte bereinigte Lohnlücke von etwa 7 % des Brutto-Stundenlohns bestehen bleibt, trotz Vorliegen vergleichbarer Tätigkeit, gleicher Qualifikation und/ oder Erwerbsbiografie.¹

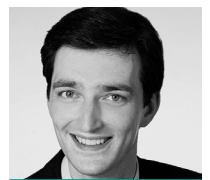
Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung ist zu begrüßen, dass das Bundesarbeitsgericht mit seinem Urteil vom 16.02.2023 (Az. 8 AZR 450/21) weitere Klarheit geschaffen hat. Wie der Urteilsbegründung zu entnehmen ist, ist „besser zu verhandeln“ alleine kein Argument für Lohnunterschiede unter Mitarbeitenden unterschiedlichen Geschlechts.

Was war passiert?

Eine Arbeitnehmerin hatte Klage gegen ihre Arbeitgeberin auf Zahlung eines höheren Gehaltes sowie einer Diskriminierungsentschädigung erhoben, da sie im Vergleich zu zwei ihrer männlichen Kollegen mit der gleichen Position ein geringeres Grundentgelt erhielt.

Die Klägerin war seit März 2017 als Außendienstmitarbeiterin im Vertrieb mit einem Grundgehalt von 3.500 € brutto zzgl. einer seit dem 01.11.2017 geltenden Umsatzprämie angestellt. Neben ihr waren noch zwei männliche Kollegen ebenfalls als Außendienstmitarbeiter im Vertrieb beschäftigt, der hier relevante erst seit Januar 2017. Die Arbeitgeberin hatte diesem zunächst ebenfalls ein Grundgehalt von 3.500 € brutto angeboten. Er aber forderte – und erhielt – 1.000 € brutto mehr, bis zum Eintreten seiner zusätzlichen leistungsabhängigen Vergütung. Der Kollege hatte somit von Januar bis Oktober 2017 ein Grundgehalt von 4.500 € brutto erhalten.

Das Grundgehalt hat sich sodann mit Einsetzen der leistungsabhängigen Vergütung ab November 2017 auf 3.500 € brutto verringert und entsprach damit dem der Klägerin. Im Juli 2018 haben die Arbeitgeberin und der Kollege dann unter anderem eine Entgelterhöhung auf monatlich 4.000 € brutto sowie die Weiterbeschäftigung als Leiter im Vertrieb vereinbart. Die Beklagte begründete



Dr. Michael Braun
ist Partner und Fachanwalt
für Arbeitsrecht bei Rödl &
Partner.



Nicole Heinrich
ist Associate und Rechts-
anwältin im Bereich
Arbeitsrecht bei Rödl &
Partner.

¹ Statistisches Bundesamt (abgerufen am 06.03.2023): Neuer Indikator „Gender Gap Arbeitsmarkt“ erweitert den Blickwinkel auf Verdienstungleichheit; <https://fmos.link/20583>

die Vereinbarung damit, dass der männliche Kollege einer ausgeschiedenen, besser vergüteten Außendienstmitarbeiterin aus dem Bereich Vertrieb nachgefolgt sei.

Die Entscheidung

Anders als das Arbeitsgericht Dresden in erster Instanz und auch das Landesarbeitsgericht Sachsen in zweiter Instanz erkennt das Bundesarbeitsgericht hierin einen Verstoß gegen das Verbot der Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts (Art. 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntGTranspG). Der Umstand, dass die Klägerin für die gleiche Arbeit ein niedrigeres Grundentgelt erhalten habe als ihr Kollege, begründe die Vermutung nach § 22 AGG, wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden zu sein.

Die Anspruchsgrundlage richtet sich sowohl nach Art. 157 AEUV als auch ab dem Inkrafttreten des Entgelttransparenzgesetzes nach §§ 3 Abs. 1, 7 EntGTranspG, wonach bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Hinblick auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen verboten ist.

Entscheidend für die Beurteilung, ob eine geschlechtsspezifische Entgeltungleichheit vorliegt, ist zunächst, ob überhaupt eine gleiche bzw. gleichartige Tätigkeit ausgeübt wird. Ist das der Fall, statuiert das Gesetz eine Diskriminierungsvermutung, die anhand objektiver Kriterien widerlegt werden kann, vgl. § 22 AGG. Der Arbeitgeber muss also Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich ergibt, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot vorliegt. Das Bundesarbeitsgericht sah dies hier nicht gegeben.

a) Gleiche bzw. gleichwertige Arbeit

Die Frage, ob eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt, kann nicht abstrakt oder gar pauschal beantwortet werden. Vielmehr ist eine Tatsachenwürdigung erforderlich, die das Gericht als zuständiges Organ durch Ermittlung und Würdigung des Sachverhalts vorzunehmen hat. Im konkreten Fall waren die Tätigkeiten der Klägerin und ihres Kollegen, der ein höheres Grundgehalt erhielt, vergleichbar. Wie schwierig diese Feststellung allerdings im Einzelfall sein kann, vermag auch die unterschiedliche Beurteilung der Vorinstanzen einerseits und des Bundesarbeitsgerichts andererseits in diesem Punkt zu verdeutlichen.²

Nach § 4 Abs. 1 EntGTranspG üben weibliche und männliche Beschäftigte eine gleiche Arbeit aus, wenn sie an verschiedenen Arbeitsplätzen oder nacheinander an demselben Arbeitsplatz eine identische oder gleichartige Tätigkeit ausführen. Gleichwertige Arbeit nach § 4 Abs. 2 EntGTranspG üben weibliche und männliche Beschäftigte aus, wenn sie unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können.

Sowohl für die gleiche als auch die gleichwertige Tätigkeit sind die tatsächlichen, für die jeweilige Tätigkeit wesentlichen Anforderungen maßgeblich, die von den ausübenden Beschäftigten und deren Leistungen unabhängig sind, wie etwa die Art der Arbeit, die Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen. Können diese Faktoren als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden, liegt eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit vor. Kein Kriterium für die Verneinung einer gleichen oder gleichwertigen Tätigkeit ist, dass die Klägerin und ihr Kollege für unterschiedliche Kunden tätig sind oder andere Produkte verkaufen.³

Ausschlaggebend war für das Bundesarbeitsgericht, dass die Klägerin und ihr Kollege die gleichen Verantwortlichkeiten und Befugnisse innehatten sowie zu den sonst gleichen Vertragsbedingungen tätig waren. Dass sie im Außendienst an unterschiedlichen Orten eingesetzt wurden, ändere hieran nichts.⁴

b) Vermutung einer Ungleichbehandlung – Diskriminierung schwer zu entkräften?

Festgestellt wurde also, dass die Klägerin bei gleicher Tätigkeit eine niedrigere Vergütung als ihr männlicher Kollege erhielt, sodass weiter zu klären war, ob die Vermutung, der Lohnunterschied beruhe auf dem unterschiedlichen Geschlecht entkräftet werden konnte.

Dazu muss der Arbeitgeber objektive Kriterien hinsichtlich seiner Entscheidung, die zu dem geschlechtsspezifischen Lohnunterschied geführt hat und gerade nicht das Gleichbehandlungsgesetz verletzt, darlegen und beweisen. Maßgeblich für die Entkräftung der Vermutung ist, dass der Arbeitgeber hierfür Tatsachen vorträgt, die eine wirksame Kontrolle und Nachprüfung durch die Gerichte ermöglichen.⁵

² Vgl. LAG Urteil vom 03.09.2021 - 1 Sa 358/19; BAG Urteil vom 16.02.2023 - 8 AZR 450/21 Rn. 31.

³ Vgl. BAG Urteil vom 16.02.2023 - 8 AZR 450/21 Rn. 36.

⁴ Vgl. BAG Urteil vom 16.02.2023 - 8 AZR 450/21 Rn. 39.

⁵ Vgl. BAG Urteil vom 16.02.2023 - 8 AZR 450/21 Rn. 42; EUGH 26. 06.2001 - C-381/99 Rn. 65.

Dies ist der Beklagten hier nicht gelungen. Der Beklagtenvortrag lag allein darin, dass der männliche Mitarbeiter schlichtweg im Bewerbungsgespräch eine höhere Grundvergütung forderte und ein großes Interesse an der Gewinnung des Arbeitnehmers bestand.

Drohender Personalengpass

Die Vorinstanz empfand das Interesse der Beklagten, dem Personalengpass mit einem höheren Gehalt entgegenzutreten, als legitim. Das Landesarbeitsgericht berief sich in seiner Begründung darauf, dass die Intention des Arbeitgebers, ein höheres Grundgehalt zu zahlen, nicht auf dem Geschlecht, sondern auf dem Wunsch der Gewinnung des Arbeitnehmers basierte.

Dies sah das Bundesarbeitsgericht jedoch anders: Die Lage auf dem Arbeitsmarkt kann Arbeitgeber zwar dazu veranlassen, das Entgelt für eine bestimmte Tätigkeit erhöhen zu müssen.⁶ Hierfür müssen jedoch dringende nachvollziehbare Gründe dargelegt und bewiesen werden, wie etwa anhaltender Fachkräftemangel, fehlende, ebenso gut geeignete Bewerber, die das angebotene Grundgehalt akzeptiert hätten, bis hin zum Nachweis, dass lediglich eine Bewerbung für die ausgeschriebene Stelle vorlag.⁷

Derartige Gründe hatte die Beklagte jedoch nicht vorgetragen.

Verhandlungsgeschick

Auch der Vortrag der Beklagten, dass der Kollege im Bewerbungsgespräch besser verhandelt habe, reichte so pauschal nicht aus, um die Vermutung zu widerlegen. Die bloße Verhandlungssituation darf nicht Selbstzweck zur Rechtfertigung sein. Vielmehr muss ein legitimer Grund die Basis für eine Gehaltsverhandlung bieten.

So verweist das Bundesarbeitsgericht darauf, dass die bloße Berufung auf die Vertragsfreiheit allein nicht geeignet ist, die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Entgeltbenachteiligung zu widerlegen. Es wird dadurch gerade nicht ausgeschlossen, dass das Geschlecht mitursächlich für die Vereinbarung der höheren Vergütung war.⁸

Daran ändert auch das Vorbringen der Beklagten nichts, dass sie das gleiche Grundgehalt dem Bewerber zumindest anbot, der Bewerber jedoch mehr Gehalt forderte. Schließlich fehle es auch hier an objektiven Gründen, die die Lohndiffe-

renz rechtfertigen könnte. Würde nämlich das Argument der Vertragsfreiheit für sich genommen schon genügen, könnte sich der Arbeitgeber leichtfertig der Beachtung des Grundsatzes der geschlechtsbezogenen Entgeltgleichheit entziehen.⁹ Dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

Welche objektiven Kriterien geeignet sind, bleibt letztendlich eine Einzelfallentscheidung. Dennoch hat sich das Bundesarbeitsgericht zu bestimmten objektiven Kriterien geäußert:



Als objektives Kriterium ist eine „bessere“ Leistung an sich geeignet, eine Vermutung der Verletzung des Entgeltgleichheitsgebotes zu widerlegen.

Zu besetzende Stelle bereits höher vergütet

Auch kein rechtfertigendes Argument ist, dass der eingestellte Mitarbeiter ein höheres Grundentgelt erhält, weil die zu besetzende Stelle zuvor bereits besser vergütet wurde. Das Gehalt des Vorgängers kann für die Beurteilung einer Lohnungleichbehandlung nur relevant sein, wenn der Bewerber die gleiche Berufserfahrung, Qualifikation oder vergleichbare objektive Kriterien mitbringt. Die Beklagte äußerte sich auch nicht dahingehend, dass die zu besetzenden Stellen unterschiedliche Anforderungen hätten, um ein unterschiedliches Grundgehalt zu rechtfertigen. Hierfür fehlt es an einem substantiierten Vorbringen der Beklagten.¹⁰

Bessere Leistung

Als objektives Kriterium ist eine „bessere“ Leistung an sich geeignet, eine Vermutung der Verletzung des Entgeltgleichheitsgebotes zu widerlegen. Eine denkbare Situation wäre beispielsweise eine erbrachte Leistung während des bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses, die über mehrere Monate hinweg andauert. Zum Zeitpunkt der Einstellung ist jedoch noch gar keine Leistung für den späteren Arbeitgeber erbracht geschwiege denn mess- und vergleichbar.¹¹

⁶ Vgl. EuGH 27.10.1993 – C-127/92 Rn. 26, 29.

⁷ Vgl. BAG Urteil vom 16.02.2023 – 8 AZR 450/21 Rn. 52; 57.

⁸ Vgl. BAG Urteil vom 16.02.2023 – 8 AZR 450/21 Rn. 56.

⁹ Vgl. EuGH 12.01.2023 – C-356/21 Rn. 77; BAG Urteil vom 16.02.2023 – 8 AZR 450/21 Rn. 56f..

¹⁰ Vgl. BAG Urteil vom 16.02.2023 – 8 AZR 450/21 Rn. 59.

¹¹ Vgl. EuGH 26.06.2001 – C-381/99 Rn. 76 ff.; BAG Urteil vom 16.02.2023 – 8 AZR 450/21 Rn. 62.



Gegeneinander aufwiegen verschiedener Entgeltbestandteile

Für eine geschlechtsspezifische Entgeltungleichheit können lediglich gleiche Entgeltbestandteile gegenübergestellt werden, insbesondere können nicht anderweitige Vertragsbedingungen einbezogen werden. Demnach ging der Versuch einer Rechtfertigung der Beklagten aufgrund unterschiedlicher Vereinbarungen erfolgsabhängiger Vergütung sowie einer Sonderurlaubsvereinbarung zwischen der Beklagten und der Klägerin fehl.¹²

Bessere Qualifikation des vergleichbaren Mitarbeiters als rechtfertigender Grund

Lohnunterschiede bleiben selbstverständlich zwischen Beschäftigten verschiedener Geschlechter noch zulässig. Es bedarf lediglich einer objektiven und insbesondere geschlechtsneutralen Begründung – wie etwa einer besseren Qualifikation oder unterschiedlichen Berufserfahrung.¹³

Eine bessere Qualifikation aufgrund einer fachspezifischen Ausbildung oder wegen einschlägiger Berufserfahrung eines Bewerbers kann durchaus im Einzelfall zur Widerlegung der Vermutung geeignet sein. Es ist nachvollziehbar, Berufserfahrung zusätzlich zu honorieren, wenn der Arbeitnehmer dadurch auch befähigt ist, seine Arbeit auch besser zu verrichten.¹⁴

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Beklagte ihre Ausführungen dazu jedoch zu spät vorgebracht und sich in den ersten Instanzen lediglich auf den Umstand, dass der Bewerber nur unter diesen bestimmten Voraussetzungen tätig geworden wäre und die Beklagte ihn unbedingt einstellen wollte, gestützt. Ausführungen zur besseren Qualifikation waren als neues Vorbringen zu qualifizieren gewesen und konnten in der Revisionsinstanz daher nach § 72 Abs. 5 ArbGG, § 559 ZPO nicht berücksichtigt werden.¹⁵

Fazit

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts führt nicht zum Ende von Gehaltsverhandlungen, geschlechtsspezifische Lohnunterschiede bleiben jedoch risikobehaftet – zumindest ohne das Vorliegen rechtfertigender Gründe. So bleibt die unterschiedliche Bezahlung beispielsweise aufgrund von längerer Berufserfahrung, besserer Ausbildung sowie durch bessere Leistung möglich. Auch der schwierige Arbeitsmarkt kann ein Grund für den Lohnunterschied sein, dem stehen jedoch hohe Anforderungen an Dokumentation sowie einem ausreichend substantiierten Vortrag im Prozess entgegen.

Arbeitgeber sollten bei unterschiedlich hoher Vergütung für vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer objektive Kriterien ausreichend dokumentieren oder die Vergütung für alle Beteiligten anpassen. ■



¹² Vgl. BAG Urteil vom 16.02.2023 - 8 AZR 450/21 Rn. 64 f.

¹³ Vgl. BAG Urteil vom 16.02.2023 - 8 AZR 450/21 Rn. 60.

¹⁴ Vgl. EuGH 28.02.2013 - C-427/11 Rn. 29.

¹⁵ Vgl. BAG Urteil vom 16.02.2023 - 8 AZR 450/21 Rn. 62.