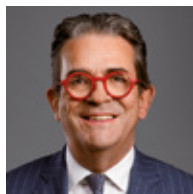




## Der feine Unterschied zwischen „gleich“ und „gleichwertig“ Entgelttransparenz und Entgeltgleichheit – Anforderungen an Unternehmen

Mit seiner Entscheidung vom 16. Februar 2023 zum Equal Pay hat das Bundesarbeitsgericht eine intensive Diskussion ausgelöst, sowohl in der Fachwelt als auch in der Öffentlichkeit. Vom „Paukenschlag aus Erfurt“ war die Rede und vom „Ende der Vertragsfreiheit“. Teilweise hieß es gar, dass damit das Ende von Vergütungssystemen mit Gehaltsbändern eingeleitet sei.



Dr. Hans-Peter Löw  
Senior Counsel,  
DLA Piper,  
Frankfurt/M. hans-  
peter.loew@  
dlapiper.com



Jule Winkemann, LL.M.  
(Stellenbosch)  
Associate in der Praxis-  
gruppe Employment bei  
DLA Piper, Hamburg

Bei genauerer Betrachtung stellt sich die Entscheidung des BAG als konsequente Anwendung des Entgeltdiskriminierungsverbots dar. Nach Art. 157 der Verordnung über die Arbeitsweise der Europäischen Union stellt jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

### Umsetzungsdefizite beim Entgeltdiskriminierungsverbot

Im Rahmen einer Bewertung der Entgeltgleichheit innerhalb der EU stellte die Kommission fest, dass das Entgeltdiskriminierungsverbot nur unzureichend umgesetzt wurde. Als Gründe wurden identifiziert: fehlende Transparenz der Entgeltsysteme, Unklarheit über die Begriffe „gleiche Arbeit“ und „gleichwertige Arbeit“, Verfahrenshindernisse bei der Durchsetzung von Ansprüchen auf Equal Pay und fehlende Information über die Entgelthöhe von Arbeitnehmergruppen mit gleicher oder gleichwertiger Arbeit. Das war Veranlassung für die Richtlinie zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen (Entgelttransparenzrichtlinie).

Die Notwendigkeit entsprechender Maßnahmen erschließt sich vor dem Hintergrund eines (unbereinigten) Gender Pay Gap von 13 Prozent innerhalb der EU mit gravierenden Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten. Die Lohndiskriminierung ist eine der Haupthindernisse für die Verwirklichung der Lohngleichheit zwischen Männern und Frauen. Und eine ungleiche Entlohnung führt dazu, dass Frauen deutlich stärker von Armut bedroht sind als Männer. Außerdem trägt sie zum geschlechtsbedingten Rentengefälle, dem Gender Pension Gap, bei, das 2018 innerhalb der EU bei 30 Prozent lag.

### Informationspflicht von Anfang an

Nach der Neuregelung ist der Arbeitgeber verpflichtet, in der Stellenausschreibung oder spätestens zu Beginn des Vorstellungsgesprächs das Einstiegsgehalt oder die vorgesehene Gehaltsspanne anzugeben. Außerdem ist die Frage nach dem aktuellen oder einem früheren Entgelt verboten. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben Anspruch auf Auskunft über das durchschnittliche Gehalt vergleichbarer Mitarbeitender, aufgeschlüsselt nach Geschlecht. Außerdem haben Arbeitgeber Auskunft zu geben über die Kriterien zur Entgeltbestimmung und zur Laufbahntwicklung. Natürlich müssen diese Kriterien objektiv und geschlechtsneutral sein. Zur weiteren Erhöhung der Transparenz sollen arbeitsvertragliche Regelungen verboten werden, nach denen es den Mitarbeitenden untersagt ist, über ihr Gehalt zu sprechen, jedenfalls soweit das Verbot die Durchsetzung der Entgeltgleichheit verhindern könnte. Damit wird den leider immer noch verbreiteten Vertragsklauseln zur Geheimhaltung über das Entgelt ein Ende bereitet.

Die Richtlinie ist am 6. Juni 2023 in Kraft getreten und muss von den Mitgliedstaaten innerhalb von drei Jahren umgesetzt werden. Das wird dem deutschen Gesetzgeber Gelegenheit geben, das technisch völlig verfehlte Entgelttransparenzgesetz auf neue, hoffentlich praktikablere Füße zu stellen. Nach der Richtlinie müssen Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten der zuständigen nationalen Behörde jährlich über das geschlechtsspezifische Lohngefälle in ihrer Organisation Bericht erstatten. Für kleinere Organisationen, zunächst solche mit mindestens 150 Beschäftigten und ab 2031 auch für solche mit mindestens 100 Beschäftigten, gilt die Berichtspflicht nur alle drei Jahre. Wird im Bericht ein Lohngefälle von mehr als fünf Prozent festgestellt,

das nicht durch objektive, geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigt werden kann, müssen die Unternehmen Maßnahmen in Form einer gemeinsamen Entgeltbewertung ergreifen, die in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretern durchgeführt wird.

Auch im Zusammenhang mit der Nachhaltigkeitsberichterstattung der Unternehmen wird das Thema Gender Pay Gap Reporting eine Rolle spielen. Die aufgrund der Corporate Sustainability Reporting Directive erlassenen European Sustainability Reporting Standards (ESRS) konkretisieren die Berichterstattungspflichten der Unternehmen über ihre ESG-Bemühungen. Nach ESRS S1 müssen Unternehmen auch über angemessene Löhne, die Gleichbehandlung der Geschlechter und die Umsetzung des Grundsatzes „gleiches Entgelt für gleiche Arbeit“ berichten.

Vergleichbare Berichterstattungspflichten gibt es für den Finanzsektor bereits heute. Nach § 24 Abs. 1a Nr. 5 KWG müssen die Institute in ihrer Meldung an die Aufsicht zum Vergleich über Vergütungstrends und die Vergütungspraxis auch Informationen über das geschlechtsspezifische Lohngefälle aufnehmen. Und die europäische Bankenaufsicht EBA hat angekündigt, das Thema Gender Diversity einschließlich Equal Pay zu einem Schwerpunkt ihrer Überprüfungen zu machen.

### Der Fall des Bundesarbeitsgerichts vom Februar 2023

Auf den ersten Blick hat der vom BAG im Februar dieses Jahres entschiedene Fall nichts mit Entgelttransparenz zu tun. Dort war die Klägerin als Außendienstmitarbeiterin im Vertrieb zu einem Gehalt von 3500 Euro beschäftigt. Zwei Monate vor ihr hatte ein männlicher Kollege mit dem gleichen Tätigkeitsfeld begonnen, dem der Arbeitgeber

ebenfalls 3500 Euro angeboten hatte, der aber auf seine Forderung hin dann 4500 Euro erhielt. Der Anspruch der Klägerin auf den Differenzbetrag und eine Entschädigung wegen Benachteiligung aufgrund des Geschlechts hielt das BAG anders als das Sächsische Landesarbeitsgericht für gerechtfertigt.

Die unterschiedliche Behandlung war evident, also transparent. Und dennoch: Hätte der Arbeitgeber vor dem Vorstellungsgespräch – wie jetzt in der Entgelttransparenzrichtlinie vorgesehen – eine Spanne von 3500 bis 4500 Euro genannt, wäre der Fall wahrscheinlich anders ausgegangen. Mehr noch: Nach der Richtlinie hätte die Arbeitnehmerin Anspruch auf die Mitteilung der Kriterien für die Entgeltfestsetzung. Diese Kriterien hatte der beklagte Arbeitgeber aus Sicht des BAG nicht hinreichend dargelegt. Ausgangspunkt der Überlegung

gen ist § 22 AGG. Da die Klägerin unbestritten ein geringeres Gehalt als ihr männlicher Kollege erhalten hatte, begründete dies die Umkehr der Beweislast. Der Arbeitgeber musste darlegen, dass das unterschiedliche Gehalt seine Ursache nicht in dem Geschlecht hatte. Dieser Nachweis ist dem Arbeitgeber nach Auffassung des BAG nicht gelungen. Aus den Urteilsgründen ergibt sich eindeutig, dass diese Entscheidung wegen der Beweislastumkehr erfolgt ist, es sich also um eine Einzelfallentscheidung handelt und nicht um eine grundsätzliche Aufgabe bisher geltender Rechtsgrundsätze.

### Diskriminierungsfreie Differenzierungskriterien

Selbstverständlich sind auch nach der BAG-Entscheidung weiterhin Entgeltdifferenzierungen möglich, wenn sie auf der Grundlage objektiver, geschlechtsneutraler und vorurteilsfreier Kriterien erfolgen. Diese Kriterien sind für jeden Entgeltbestandteil einzeln zu ermitteln. Deshalb konnte im entschiedenen Fall auch nicht das höhere Gehalt des Kollegen aufgerechnet werden gegen eine Vereinbarung zusätzlichen unbezahlten Urlaubs für die Klägerin. Diskriminierungsfreie Kriterien können sein: Leistung und Kompetenz, Berufsausbildung, arbeitsmarktbezogene Gründe und das Dienstalter, soweit es eine größere Erfahrung mit sich bringt.

Im konkreten Fall hatte der Arbeitgeber versucht, das unterschiedliche Gehalt mit der Arbeitsmarktlage und einer unterschiedlichen Qualifikation zu begründen, beides im Ergebnis ohne Erfolg. Zur Arbeitsmarktlage hatte er im Verfahren nicht substantiiert vorgetragen. Die reine Behauptung, die höhere Bezahlung sei aufgrund der Arbeitsmarktlage erfolgt, reicht natürlich nicht aus. Und die höhere Qualifikation des männlichen Bewerbers hatte der Arbeitgeber erst in der Revisionsinstanz und damit verspätet

vorgebracht. Nachdem die Frage der beruflichen Qualifikation in den Vorinstanzen zur Sprache kam, ohne dass der Arbeitgeber dazu substantiiert vorgetragen hat, liegt die Vermutung nahe, dass es sich hierbei nur um einen vorgeschobenen Grund handelte.

### Differenzierungskriterium Vertragsfreiheit?

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung ist eine höhere Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit gerechtfertigt, wenn sich ein Bewerber im Vorstellungsgespräch besonders gut verkauft. Entsprechend hatte sich der Arbeitgeber im BAG-Fall auch damit zu rechtfertigen versucht, dass der höhere Gehalt als Ausdruck der Vertragsfreiheit und des besonderen Verhandlungsgeschicks des männlichen Bewerbers qualifizierte. Auch das überzeugte die obersten deutschen Arbeitsrichter nicht. Der Umstand, dass sich Arbeitsvertragsparteien im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit auf ein höheres Entgelt verständigen, als der Arbeitgeber mit einem Mitarbeiter oder einer Mitarbeiterin des anderen Geschlechts vereinbart hat, ist für sich allein betrachtet nicht geeignet, die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Entgeltbenachteiligung zu widerlegen. Dann sei nämlich gerade nicht ausgeschlossen, dass das Geschlecht ursächlich für die Vereinbarung der höheren Vergütung gewesen sei. Das überzeugt: Wenn die Vereinbarung eines höheren Gehalts die Vermutung der Benachteiligung begründet, dann kann die gleiche Tatsache, nämlich der Verweis auf die geschlossene Vereinbarung, nicht dafür herhalten, die Vermutung zu widerlegen.

Die Entscheidung markiert auch nicht das Ende der Vertragsfreiheit, wie gelegentlich argumentiert wird. Sie bedeutet vielmehr die konsequente Anwendung des Entgeltdiskriminierungsverbots, das immerhin Bestand-

#### Abkürzungen in den Rechtstexten

AGG: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz  
 AktG: Aktiengesetz  
 BAG: Bundesarbeitsgericht  
 BetrVG: Betriebsverfassungsgesetz  
 BFH: Bundesfinanzhof  
 BMF: Bundesfinanzministerium  
 BSG: Bundessozialgericht  
 DBA: Doppelbesteuerungsabkommen  
 ESRS: European Sustainability Reporting Standards  
 EStG: Einkommensteuergesetz  
 EuGH: Europäischer Gerichtshof  
 FG: Finanzgericht  
 InsO: Insolvenzordnung  
 i.S.d.: im Sinne des  
 i.V.m.: in Verbindung mit  
 KschG: Kündigungsschutzgesetz  
 KWG: Kreditwesengesetz  
 LAG: Landesarbeitsgericht  
 LStR: Lohnsteuerrichtlinie



teil des EU-Primärrechts ist. Dieser Grundsatz schränkt in der Tat die Vertragsfreiheit ein, wie es viele arbeitsrechtliche Schutzgesetze tun. Das ist per se nichts Neues.

### Handlungsempfehlungen für Unternehmen

Die aktuelle Rechtsprechung wie auch die gesetzgeberischen Aktivitäten der EU geben den Unternehmen Veranlassung, im Sinne einer fortlaufenden Sorgfaltsprüfung die Regularien zum Entgelt zu überprüfen. Dabei sollten die Entgeltsysteme, die Kriterien und Verfahren zur Entgeltfindung und -entwicklung wie auch die Dokumentation von Gehaltsentscheidungen und die zukünftigen

Berichterstattungspflichten berücksichtigt werden. Im Einzelnen ist zu empfehlen:

- \ Analysieren Sie Ihre bestehenden Gehaltsstrukturen, -praktiken und die dazugehörigen Verfahren.
- \ Erstellen Sie diskriminierungsfreie Anforderungsprofile.
- \ Ordnen Sie jedem Profil ein Gehalt oder eine Gehaltsspanne zu, und geben Sie diese bei der Stellenausschreibung, spätestens zu Beginn des Vorstellungsgesprächs, bekannt.
- \ Stellen Sie sicher, dass die Kriterien zur Gehaltsfindung objektiv und neutral sind, und zwar für jedes Entgeltelement separat.
- \ Überprüfen Sie, ob die Kriterien zur Gehaltsentwicklung objektiv und neutral sind,

und sorgen Sie dafür, dass diese Kriterien für die Mitarbeitenden transparent sind.

- \ Dokumentieren Sie die Gründe für eine Gehaltsfestsetzung im Einzelfall in einer Weise, dass die Entscheidung aufgrund objektiver und neutraler Kriterien nachvollziehbar ist und im Streitfall auch vor Gericht substantiiert dargelegt werden kann.
- \ Unterbinden Sie Fragen zur Gehaltshistorie im Vorstellungsgespräch.
- \ Streichen Sie eventuell noch vorhandene Geheimhaltungsverpflichtungen mit Bezug auf das Gehalt aus Ihren Arbeitsverträgen.
- \ Bereiten Sie sich auf die Berichterstattungspflichten vor. Dabei ist es wichtig, festzulegen, woher die notwendigen Daten kommen und welche Zielwerte angestrebt werden. ●