

Strukturelle, mittelbare Entgeltdiskriminierung: Stand der EuGH- Rechtsprechung

DR. TORSTEN VON ROETTEKEN, VRIVG A. D.



Nationales Recht

AGG §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, § 3 Abs. 1, 2, § 7 Abs. 1

EntgeltTranspG §§ 3, 7

Strukturelle Benachteiligung von Frauen: § 1 Abs. 2 S. 2 BGleig

Gewährleistung der Entgeltgleichheit: § 4 Abs. 2 HGIG

Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 GG

IAO-Übereinkommen Nr. 100 – keine Vollzugsregelungen erlassen

Landesverfassungen: Art. 33 S. 2 HV, Art. 168 Abs. 1 S. 2 BayVerf, Art. 47 S. 4 SaarlVerf, Art. 53 BremVerf, Art. 56 Abs. 2 Verf Rhlpf, Art. 24 Abs. 2 S. 2, 3 Verf NRW

BAG-Judikatur dazu endet 1963

Art. 119 EWG-Vertrag

Bezug auf gleiche Arbeit

„Erweiterung“ auf gleichwertige Arbeit durch Art. 1 RL 75/117/EWG- „nur“ Präzisierung des Primärrechts

Akkordbezahlung: gleiche **Maßeinheit** für Frauen und Männer

Arbeit, die nach **Zeit** bezahlt wird:

Entgelt muss bei gleicher bzw. gleichwertiger Arbeit gleich sein

Art. 157 AEUV

Sicherstellungsauftrag – Ergebnisverpflichtung

Begriff des Grundsatzes bedeutet keine
Abschwächung

Art. 157 Abs. 1, 2 AEUV begründet

individuelle und klagbare

Rechte

Unmittelbare Diskriminierung

Solche, die sich durch die – unmittelbare – Anwendung von Art. 119 EWG-Vertrag bzw. Art. 157 Abs. 1, 2 AEUV im Wege der **Rechtsanwendung** und –auslegung gerichtlich feststellen lassen

Voraussetzung:

Rückgriff auf nationale oder unionsrechtliche **Durchführungsbestimmungen** ist entbehrlich

Mittelbare Diskriminierung

Andere Diskriminierung,

- die nur unter Anwendung von Durchführungsbestimmungen feststellbar sind,

bezeichnet der EuGH 1976 ff. als

- mittelbare, versteckte Diskriminierungen

Frage des **Anwendungsbereichs** von Art. 157 AEUV

Reichweite der unmittelbaren Geltung von Art. 157 AEUV

Unmittelbare Geltung begrenzt auf Fälle derjenigen Art, die ohne Anwendung von Durchführungsbestimmungen beurteilt werden können

Geltungsbereich von **Gesetzen** oder **Kollektivvereinbarungen** hinsichtlich des jeweiligen Entgeltbestanteils oder der jeweiligen Entgeltbedingung

Tätigkeit im **selben Betrieb** bzw. Dienst (service)

- Betriebsbegriff entspricht wohl § 1 BetrVG, wobei Nebenbetriebe zum Hauptbetrieb gehören
- Dienst meint wohl Dienstleistungszweig, -bereich

Keine unmittelbare Anwendung auf Unternehmen oder Branchen

Zeitgleiche Tätigkeiten

Es ist für die Anwendung von Art. 157 Abs. 1, 2 AEUV **nicht erforderlich**, dass Tätigkeiten verschiedener Personen **zeitgleich** ausgeführt werden.

Wird die gleiche bzw. gleichwertige Arbeit jedoch zu **unterschiedlichen Zeiten** verrichtet,

steht dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen,

Eine Entgeltdifferenzierung durch Umstände/Faktoren zu **erklären**, die nicht mit dem Geschlecht zu tun haben dürfen

- Sog. **objektive Faktoren**

Einheitliche Quelle

Ist relevant für die Frage, ob die mit einander in Bezug gesetzten Tätigkeiten

vom selben Gesetz bzw. derselben Kollektivvereinbarung erfasst werden.

Innerhalb eines Betriebes bzw. Dienstes kommt es darauf nicht, da hier der Arbeitgeber die Instanz ist, die die Gleichbehandlung herstellen kann.

Vergleichbarkeit von Tätigkeiten im Arbeits- und Beamtenverhältnis
bejaht für Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse:

EuGH U. v. 9.7.2015 – C-177/14 - NZA 2016, 95, 97 f. Rn. 46 ff. - „Regojo Dans“

Vergleichbarkeit

Gleiche bzw. gleichwertige Arbeit

Sind die gesetzlichen Faktoren für die Feststellung,

dass sich die entsprechenden Personen mutmaßlich in einer **gleichen bzw. vergleichbaren Lage** befinde“

EuGH 15.6.1978 – Rs. 149/77 – NJW 1978, 2445, 2446 – „Defrenne III“

Versteht man Art. 157 Abs. 1 AEUV als **Gleichbehandlungsgebot** (Ergebnis- bzw. Erfolgspflicht), so folgt daraus,

dass die Abweichung von einem solchen Ergebnis, indiziert durch eine Entgeltdifferenz von Personen unterschiedlichen Geschlechts,

erklärungsbedürftig ist.

Mittelbare Diskriminierung im Sekundärrecht

Art. 1 Abs. 1 RL 75/117/EWG differenzierte noch nicht nach unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung

Art. 4 Abs. 1 RL 2006/54/EG will Beseitigung unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung gewährleisten.

Beschreibt das Ziel bzw. **Ergebnis**, formuliert aber kein eigenes Diskriminierungsverbot mit Tatbestandsvoraussetzungen.

Anknüpfung an Rspr. des EuGH, der seit den 90'er Jahren ausführt, Art. 119 EWG-Vertrag bzw. Art. 141 EG bzw. Art. 157 AEUV schütze auch vor mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Damit ist jedoch etwas anderes gemeint, als die Umschreibung des **Geltungsbereichs** von Art. 157 Abs. 1, 2 AEUV.

Erklärung einer Entgeltendifferenzierung

Wenn Frauen und Männer für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit nicht das gleiche Entgelt erhalten,

steht dies im **Widerspruch** zum Gebot der Entgeltgleichheit in Art. 157 Abs. 1 AEUV.

Dieser – scheinbare oder tatsächlich bestehende – Widerspruch kann vom Arbeitgeber ggf. **erklärt** bzw. **gerechtfertigt** werden.

Dazu muss der Arbeitgeber sog. **objektive Faktoren** anführen, die nichts mit einer Diskriminierung zu tun haben dürfen.

Gebot der Entgeltgleichheit

Art. 157 Abs. 1 AEUV enthält ein **Gebot** der Entgeltgleichheit

Gleichstellungs- und Gleichbehandlungsgebot Grundsatz der Gleichbehandlung

Ausschluss von Diskriminierungen ist die **Folge** der Beachtung dieses Gebots.

Feststellung einer Diskriminierung ist als solche keine Voraussetzung für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Seine Parameter sind im Geltungsbereich von Art. 157 Abs. 1, 2 AEUV nur:

- Leistung gleicher bzw. gleichwertiger Arbeit
durch
- Personen unterschiedlichen Geschlechts

Was muss ein Opfer belegen?

Arbeitgeber zahlt

für eine gleiche bzw. gleichwertige Arbeit von Frauen und Männern

ein geringeres Entgelt

oder gewährt Frauen und Männern eine unterschiedliche Entgeltbedingung.

Das begründet den ersten **Anschein** dafür, dass die ungünstiger behandelte Person des einen Geschlechts Opfer einer nur mit ihrem Geschlecht zusammenhängenden Benachteiligung ist.

- EuGH 28.2.2013 – C-427/11 – NZA 2013, 315 Rn. 19 – „Kenny u.a.“

Rechtliche **Schlussfolgerung**, aber **keine Tatbestandsvoraussetzung**.

Erklärung/Rechtfertigung

Widerlegung des Anscheins einer auf dem Geschlecht beruhenden Benachteiligung

obliegt **allein dem Arbeitgeber**.

„Opfer“ muss daher weder vortragen noch beweisen, dass eine zwischen Angehörigen unterschiedlichen Geschlechts bestehende Entgelt Differenz

- Bei Vorliegen gleicher bzw. gleichwertiger Arbeit

auf dem Geschlecht beruht oder mit ihm zusammenhängt.

Arbeitgeber muss nachweisen, dass trotz des ersten Anscheins genau das nicht der Fall ist, indem er die Differenzierung erklärt bzw. rechtfertigt.

Beweiserleichterung

Art. 19 Abs. 2 lit. a RL 2006/54/EG lässt Beweiserleichterungen des Art. 19 Abs. 1 RL 2006/54/EG entsprechend gelten für Fälle des Art. 157 AEUV

„Opfer“ muss daher nur den **Anschein** einer gleichen bzw. gleichwertigen Arbeit durch Personen unterschiedlichen Geschlechts und deren unterschiedliche Bezahlung vortragen und glaubhaft machen, d. h. indiziell belegen.

Schon dieser Anschein zwingt den Arbeitgeber dazu,

entweder den **Anschein der gleichen bzw. gleichwertigen Arbeit zu widerlegen**, d. h. die entsprechende Tatbestandsvoraussetzung des Gleichbehandlungsgebots,

oder

die unterschiedliche Behandlung zu **erklären** bzw zu **rechtfertigen**.

Nationales Recht

AGG und EntgeltTranspG setzen die unionsrechtlichen Anforderungen nach Maßgabe der Auslegung von Art. 157 AEUV durch den EuGH nicht um,

Sondern stellen mit diesen Vorgaben unvereinbare Anforderungen:

Gilt sowohl für Regelungen wie § 7 Abs. 1 AGG, §§ 3, 7 EntgeltTranspG wie für § 22 AGG, auf den das EntgeltTranspG keinen Bezug nimmt.

Nachweis des „Diskriminierungsgrundes“ ist jedenfalls im Rahmen von Art. 157 AEUV keine Aufgabe der sich benachteiligt glaubenden Person.

Arbeitsbewertung (1)

Ausschluss mittelbarer Diskriminierung durch Art. 4 Abs. 1 RL 2006/54/EG

Scheinbar neutrale Kriterien oder Verfahren – Art. 2 Abs. 1 lit. b RL 2006/54/EG

relevant für **Arbeitsbewertungsvorgänge – Vorverlagerung des Diskriminierungsschutzes**

Können Angehörige eines Geschlechts bestimmte **Bewertungsmerkmale** leichter als die Angehörigen des anderen Geschlechts erfüllen, ohne dass dies erklärt werden kann?

Ist das Bewertungsverfahren selbst tatsächlich neutral

Objektivität der Bewertung mit Bezug auf die jeweilige Tätigkeit unabhängig davon, wer sie ausführt

- Art. 3 Abs. 1 IAO-Übereinkommen Nr. 100

Arbeitsbewertung (2)

Berufliche Erfahrungen grds. kein zulässige Kriterium für eine objektive Arbeitsbewertung

Soweit berufliche Erfahrungen nötig sind, können sie die Gleichwertigkeit der Tätigkeiten ausschließen

Berufliche Erfahrungen können höheres Entgelt für geleistete Arbeit rechtfertigen,

- aber nur innerhalb derselben Entgeltgruppe
- oder als Honorierung besserer Leistungen einer identisch bewerteten Arbeitsleistung

Arbeitsbewertung (3)

Ausbildungsanforderungen müssen in **angemessenem** Verhältnis zur Art der Tätigkeit stehen

Ausbildungen, die einen **erweiterten Aufgabenkreis** abdecken als andere Ausbildungen,

schließen grds. die Gleichwertigkeit von Arbeiten aus,

wenn Betroffenen unterschiedliche Aufgaben bzw. Befugnisse zugeordnet sind.

Arbeitsbewertung (4)

Anspruch auf gerichtliche Überprüfung und ggf. Korrektur einer Arbeitsbewertung

gegen den Willen des Arbeitgebers

und mit Verbindlichkeit für ihn.

- Arbeitsgerichte
- Verwaltungsgerichte – mit Nachholbedarf !

Systeme beruflicher Einstufung (1)

Art. 4 Abs. 2 RL 2006/54/EG

Vorfeld der Entgeltgewährung – Sonderfall der Entgeltbedingungen

Rechtliche Charakter des Einstufungssystems ist egal

System muss auf Kriterien beruhen, die auf beide Geschlechter gemeinsam angewandt werden.

Objektiv messbare bzw. sonst für die Tätigkeitsausführungen erforderliche Anforderungen,

die einseitig Angehörige eines Geschlechts bevorteilen,

sind dann und in dem Umfang zulässig,

wie sie durch andere Kriterien **ausgeglichen** werden, die das andere Geschlecht in äquivalenter Weise bevorzugen.

Systeme beruflicher Einstufung (2)

Systeme müssen durchschaubar und transparent sein

Einstufungskriterien dürfen nicht für Geschlechterstereotype offen sein

Anforderungen der jeweiligen Tätigkeiten müssen **vollständig berücksichtigt** werden, auch soziale, psychische, kommunikative Anforderungen, die zulasten von Frauentätigkeiten häufig ausgeblendet werden – Vorrang des sog. Fachspezifischen

Tondorf GiP 6/2005, 7; 3/2006, 34; 3/2009, 8; 1/2011, 13, 16 f.; DB 2010, 616

Winter ZTR 2001, 7, 9

Woocker GiP 2/2017, 12

BT-Drucks. 18/11133 S. 51

Systeme beruflicher Einstufung (3)

Von männlichen Berufsvorstellungen

geprägte Berufswelt

produziert im Zweifel

männlich dominierte Bewertungs- und Anforderungskriterien.

Je vollständiger die objektiven Tätigkeitsanforderungen bestimmt werden, je wertungsfreier die entsprechenden Merkmale/Kriterien sind, desto leichter gelingt der Ausschluss mittelbarer Benachteiligungen.

Strukturelle Benachteiligungen

Art. 4 Abs. 2 RL 2006/54/EG

In Deutschland fehlt Instrumentarium, sich derartigen Nachteilen zu nähern, sie aufzudecken und zurückzudrängen.

Angemessenheitsvermutung für tarifliche Regelungen steht Beseitigung struktureller Benachteiligung entgegen, weil den Betroffenen damit die Rechtsdurchsetzung erschwert wird

Unvereinbarkeit mit Art. 157 AEUV in Auslegung des EuGH