



anwältinnenbüro

anwältinnenbüro . Jörk . Feige . Maiwald . August-Bebel-Straße 14 . 04275 Leipzig

**per beA**  
Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

**Susette Jörk**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Sozialrecht  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

**Ina Feige**  
Rechtsanwältin & Mediatorin  
Fachanwältin für Familienrecht

**Nadine Maiwald**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Familienrecht

3. Dezember 2021  
- 470/21jö -

anwältinnenbüro  
Jörk . Feige . Maiwald  
August-Bebel-Straße 14  
04275 Leipzig  
Tel. 0341-22 53 663  
Fax 0341-22 53 763

St-Nr.: 231/156/17702

In Sachen

Dumas, Susanne ./ Photon Meissener Technologies GmbH  
**8 AZR 450/21**

danken wir für die gewährte Fristverlängerung, reichen das angegriffene Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 03.09.2021, 1 Sa 358/19, mit Berichtigungsbeschluss vom 08.10.2021 zur Gerichtsakte nach (Anhang 1) und begründen nachfolgend die Revision.

Wir beantragen:

**das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 03.09.2021, 1 Sa 358/19, aufzuheben und das Urteil des Arbeitsgerichts Dresden vom 04.10.2019, 5 Ca 638/19, abzuändern und nach den Schlussanträgen erster Instanz wie folgt zu erkennen:**

**Die Beklagte wird verurteilt,**

**1. an die Klägerin 14.500 € brutto zuzüglich Zinsen iHv 5%-punkten über dem Basiszinssatz aus**

<b>1.000 €</b>	<b>seit 06.04.2017</b>
<b>1.000 €</b>	<b>seit 06.05.2017</b>
<b>1.000 €</b>	<b>seit 06.06.2017</b>

1.000 €	seit 06.07.2017
1.000 €	seit 06.08.2017
1.000 €	seit 06.09.2017
1.000 €	seit 06.10.2017
1.000 €	seit 06.11.2017
500 €	seit 06.08.2018
500 €	seit 06.09.2018
500 €	seit 06.10.2018
500 €	seit 06.11.2018
500 €	seit 06.12.2018
500 €	seit 06.01.2019
500 €	seit 06.02.2019
500 €	seit 06.03.2019
500 €	seit 06.04.2019
500 €	seit 06.05.2019
500 €	seit 06.06.2019
500 €	seit 06.07.2019
500 €	seit 06.08.2019

zu zahlen und

2. an die Klägerin eine angemessene Entschädigung nebst Zinsen in Höhe von 5%-punkten über dem Basiszinssatz aus dem zugesprochenen Betrag seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Begründung:

Die Parteien streiten um Entgelt- und Entschädigungsansprüche wegen geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung. Die Klägerin war mit ihrer Klage in erster und zweiter Instanz erfolglos. Das Sächsische Landesarbeitsgericht hat die Revision für die Klägerin zugelassen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren vollumfänglich weiter.

Zur besseren Übersicht der Begründung wird ein Inhaltsverzeichnis vorangestellt:

## Inhaltsverzeichnis

I. Sachverhalt.....	4
II. Sachrügen.....	8
1. Art. 157 AEUV, §§ 3, 7 EntgTranspG.....	8
a) gleiche Arbeit.....	9
b) Vermutung unmittelbarer Entgeltdiskriminierung.....	11
c) (keine) Widerlegung der Vermutung.....	12
aa) Verkennung des Maßstabs.....	12
bb) Dienstalter.....	16
cc) Mitarbeitergewinnung.....	18
dd) Verhandlungsgeschick.....	20
(1) Verhandlungsgeschick ist kein legitimes Unterscheidungskriterium.....	21
(2) hilfsweise: Abstellen auf Verhandlungsgeschick als mittelbare Diskriminierung.....	24
(a) Maßstab.....	24
(b) freie Verhandelbarkeit von Entgelt benachteiligt Frauen.....	25
(aa) Frauen verhandeln ihr Entgelt seltener als Männer.....	25
(bb) Frauen erzielen schlechtere Verhandlungsergebnisse.....	26
(cc) höheres Einsatzrisiko.....	29
(dd) transparenter Verhandlungsrahmen.....	30
(ee) Fazit: mittelbare Diskriminierung.....	30
(c) diskriminierende Wirkung im konkreten Fall.....	31
ee) spätere Entgelterhöhungen der männlichen Mitarbeiter.....	31
ff) gedeckeltes Tarifentgelt ab 01. August 2018.....	33
2. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG, Art. 23 Abs. 1 GRCh.....	35
3. Begründetheit der Klage bei rechtsfehlerfreier Anwendung von Art. 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG.....	37
a) Anspruch auf Zahlung der Entgeltdifferenz.....	37
b) Entschädigungsanspruch.....	38
4. vorsorglich: Vorlage an den EuGH.....	41
III. Verfahrensrügen.....	42

## I. Sachverhalt

Die Beklagte betreibt mit ca. 180 Beschäftigten ein Unternehmen zur Herstellung und Bearbeitung von Blechen für die Automobil- und Nutzfahrzeugbranche, für den Schienenfahrzeugbau, den Schiffbau, für die Raum- und Luftfahrtindustrie und die Energietechnik.

Bei der Beklagten werden drei Personen im Vertriebsaußendienst beschäftigt. Im Jahr 2016 waren das

- Frau U. seit 1978, zuletzt als „Leiterin Bahntechnik“ mit einem Bruttomonatsentgelt von 4.220,- €. Frau U. schied altersbedingt zum 31.10.2017 aus;
- Herr G. seit 1985, zuletzt mit einem Bruttomonatsentgelt von 4.500,- €;
- Herr E. seit 2012, zuletzt mit einem Bruttomonatsentgelt von 3.875,- €. Herr E. kündigte am 19.12.2016 zum 31.01.2017.

Am 14.11.2016 schloss die Beklagte mit Herrn P. einen Arbeitsvertrag (Anlage B 1), wonach dieser als „Mitarbeiter Vertrieb/Außendienst“ ab 01.01.2017 in Vollzeit (40 Wochenstunden) beschäftigt wird. Zu dem von der Beklagten zunächst angebotenen Entgelt (3.500 € brutto monatliches Grundgehalt sowie ab 01.11.2017 zusätzliche erfolgsabhängige Entlohnung) wollte Herr P. den Vertrag nicht schließen und verlangte für die Einarbeitungszeit bis zum 01.11.2017 ein Grundgehalt von monatlich brutto 4.500 €. Darauf ging die Beklagte ein.

Infolge der Kündigung des Herrn E. suchte die Beklagte wenige Wochen später eine weitere Arbeitskraft für den Vertriebsaußendienst. Die Klägerin bewarb sich erfolgreich und wurde von der Beklagten mit Arbeitsvertrag vom 06.02.2017 (Anlage K 1) ab 01.03.2017 als „Mitarbeiter Vertrieb/Außendienst“ in Vollzeit (40 Wochenstunden) eingestellt. Das angebotene monatliche Grundentgelt in Höhe von 3.500 € akzeptierte die Klägerin. Auch mit der Klägerin wurde ab 01.11.2017 zusätzlich zum Grundentgelt P. eine der Vereinbarung mit Herrn P. gleichlautende erfolgsabhängige Vergütung vereinbart. Die Klägerin bat aus familiären Gründen um eine jährliche Freistellung von 20 unbezahlten Arbeitstagen, was die Beklagte akzeptierte. Dazu schlossen die Parteien eine Zusatzvereinbarung.

Sowohl bei der Klägerin als auch bei Herrn P. verwendete die Beklagte dasselbe Arbeitsvertragsformular, einzig bei Herrn P. war – seinem Wunsch folgend – unter § 4 Abs. 1 ein zweiter Satz zum höheren Entgelt bis 31.10.2017 eingefügt, der bei der Klägerin fehlte.

Im Zeitraum 01.03.2017 bis 30.10.2017 erhielt die Klägerin folglich monatlich 1.000,- € brutto weniger als die beiden anderen, männlichen, im

Vertriebsaußendienst Beschäftigten Herren G. und P.. Ab dem 01.11.2017 bis 30.06.2018 entsprach das monatliche Bruttogrundentgelt der Klägerin dem des Herrn P.

Am 01.08.2018 trat der zwischen der Beklagten und der IG Metall, Bezirksleitung Berlin-Brandenburg-Sachsen am 29.07.2018 geschlossene Haustarifvertrag (Anlage B 5) in Kraft, der für alle bei der Beklagten Beschäftigten und Auszubildenden mit Ausnahme der leitenden Angestellten gilt. Der Tarifvertrag enthält in der Anlage C eine Entgelttabelle. Die Beklagte ordnete die Klägerin zunächst in die Entgeltgruppe E10 (3.680,- € brutto) ein, auf deren Beschwerde hin gruppierte die Beklagte die Klägerin dann rückwirkend zutreffend in die gleiche Entgeltgruppe wie Herr P. ein, nämlich Z11 (4.140,- € brutto ab 01.08.2018 und 4.320,- € brutto ab 01.08.2019). Gleiches Grundentgelt erhielten die Klägerin und Herr P. ab 01.08.2018 dennoch nicht, was folgenden Hintergrund hat:

Der Tarifvertrag enthält unter § 18 folgende Klausel:

*„§ 18  
Günstigkeitsklausel / Besitzstandsklausel*

...

*Bei allen Beschäftigten (ausgenommen der Auszubildenden) wird zum 01. August 2018 ihr derzeitiges individuelles Entgelt (Lohn/Gehalt, Leistungszulage und/oder persönlichen Zulagen) zusammengefasst und in die zugeordnete Entgeltgruppe als Grundentgelt überführt.*

*Für den Fall, dass das neue tarifliche Grundentgelt das bisherige tarifliche Entgelt (Lohn/Gehalt, Leistungszulage und/oder persönlichen Zulagen) überschreitet, erfolgt die Anpassung um nicht mehr als 120,00€/brutto (Deckelung) in den Jahren 2018 bis 2020.*

*Eine weiterhin verbleibende Differenz wird als Anpassungsbetrag ausgewiesen.*

...“

Unmittelbar vor Inkrafttreten des Haustarifvertrages vereinbarte die Beklagte mit Herrn G. und Herrn P. die Änderung deren Arbeitsverträge mit Entgelterhöhungen. Mit Herrn G. schloss die Beklagte unter Berücksichtigung einer Betriebszugehörigkeit ab 01.01.1985 am 31.07.2018 einen Anstellungsvertrag (Anlage B 13), der mit Wirkung ab 01.08.2018 bei Fortbeschäftigung als „Leiter Vertrieb Gehäuse- und Kommunikationstechnik“ und bei 38 Wochenstunden ein monatliches „außertarifliches Grundentgelt“ iHv brutto 4.500,- € vorsah.

Mit Herrn P. vereinbarte die Beklagte am 02.07. 2018 mit Wirkung ab 01.07.2018 (Anlage B 10) die Erhöhung des monatlichen Bruttogrundentgelts auf 4.000,- € als „Leiter Vertrieb Bahntechnik“.

Die Klägerin wird seit 01.08.2018 als „Leiterin Bereich Verkehrswege“ geführt (unwidersprochener Klagevortrag aus der Berufungsbegründungsschrift vom 30.12.2019 sowie die in der Anlage K 3 vorgelegte handschriftliche Vereinbarung der Parteien vom 10.12.2019 und in der Anlage K 4 vorgelegtes Schreiben der Beklagten vom 18.12.2018).

Der Leitungstitel der Klägerin ist im Tatbestand des Urteils des Landesarbeitsgerichts nicht aufgeführt. Die Klägerin hat im Wege des Tatbestandsberichtigungsantrages Ergänzung verlangt. Das Sächsische Landesarbeitsgericht hat die Tatbestandsberichtigung insoweit mit der Begründung abgelehnt, die Leitungsfunktion der Klägerin ergebe sich insbesondere aus der Anlage K 4, auf die im Urteil, S. 12 Bezug genommen worden ist.

Mit Übertragung der Leitungstitel gingen keine Veränderungen der Tätigkeit und keine erweiterten Befugnisse einher.

Wegen der tariflichen Deckelung erhielt die Klägerin ausgehend von 3.500,- € brutto ab dem 01.08.2018 3.620,- € brutto, Herr P. hingegen wegen der wenige Tage zuvor vereinbarten individualvertraglichen Gehaltserhöhung ausgehend von 4.000,- € brutto dann 4.120,- € brutto, mithin im streitigen Zeitraum 01.08.2018 bis einschließlich 31.07.2019 monatlich 500,- € brutto mehr als die Klägerin. Wegen der auch nach dem 31.07.2019 verbleibenden Entgelt Differenz bis zum Ausscheiden der Klägerin aus dem Arbeitsverhältnis zum 15.02.2021 hat die Klägerin noch keine Klage erhoben.

Mit der Klage hat die Klägerin Zahlung der Differenzbeträge zum Bruttoentgelt der männlichen Vertriebsaußendienstmitarbeiter P. und G. sowie eine angemessene Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangt und einen Mindestentschädigungsbetrag von 6.000,- € gefordert.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Es hat dabei im Wesentlichen darauf abgestellt, dass die Klägerin und Herr G. und Herr P. gleichwertige Arbeit ausüben und die Klägerin im Vergleich zu den männlichen Arbeitnehmern im streitbefangenen Zeitraum geringeres Grundentgelt erhielt (insgesamt 14.500 € brutto weniger). Das indiziere eine Benachteiligung wegen des Geschlechts. In diesem Fall trage die Beklagte die Beweislast dafür, dass das Entgeltgleichheitsgebot nicht verletzt worden ist.

Die Beklagte habe hier zur vollen richterlichen Überzeugung dargetan, dass ausschließlich andere Gründe als das Geschlecht der Klägerin zu deren ungünstigerer Behandlung geführt haben. Bei Herrn G. sei das Dienstalder seit 1985 und sein erheblicher Anteil am wirtschaftlichen Erfolg der Beklagten zu berücksichtigen. Das im Vergleich zur Klägerin höhere Grundentgelt des Herrn P. sei objektiv im Interesse der Mitarbeitergewinnung gerechtfertigt. Herr P. war nur mit höherer Grundvergütung zum Abschluss des Arbeitsvertrages bereit. Das Interesse der Beklagten, einen geeignet erscheinenden Mitarbeiter einzustellen, der bis zum Ausscheiden der dienstältesten Vertriebsmitarbeiterin eingearbeitet werden kann, sei legitim.

Die Erhöhung des Grundentgelts des Herrn P. durch die Vertragsänderung vom 02./03.2018 sah das Landesarbeitsgericht ebenfalls durch transparente und überprüfbare objektive Faktoren bedingt, denn die Beklagte musste im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages am 26.11.2017 davon ausgehen, nur für die in absehbarer Zeit ausscheidende Mitarbeiterin U. eine Nachbesetzung zu benötigen, so dass die Beklagte Herrn P. legitimerweise in Aussicht stellen durfte, die Nachfolge der Frau U. anzutreten und in deren betriebliche Stellung einrücken zu können. Die Übertragung der Aufgabe „Leiter Vertrieb Bahntechnik“ zum 01.07.2018 unter Erhöhung des Grundgehaltes sei durch das Interesse der Beklagten, die im Zuge der Mitarbeitergewinnung gemachten Zusagen einzuhalten, objektiv gerechtfertigt.

Eine absichtsvolle Umgehung der tariflichen Deckelung liege darin nicht, denn im Zuge der Änderungsvereinbarung vom 02./03.07.2018 habe sich nicht nur das Grundentgelt erhöht, sondern es sei zugleich die erfolgsabhängige Komponente für Herrn P. halbiert worden.

Der Haustarifvertrag schließlich sei als solcher diskriminierungsfrei, die Deckelung verfolge in geeigneter Weise den legitimen Zweck, die durch Inkrafttreten des Tarifvertrages eintretende wirtschaftliche Belastung der Beklagten zu dämpfen.

Ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG stehe mangels Verstoßes gegen das Entgeltgleichheitsgebot nicht zu.

Dagegen richtet sich die Revision. Die Revision rügt die Verletzung materiellen Rechts und rügt Verfahrensfehler.

## II. Sachrügen

Gerügt wird die Verletzung materiellen Rechts.

Das Landesarbeitsgericht verstieß gegen § 286 Abs. 1 ZPO. Es verkennt die Reichweite des Anspruchs auf Entgeltgleichheit nach Art. 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG (dazu 1.) sowie die Reichweite der Grundrechte aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG und Art. 23 Abs. 1 GRCh (dazu 2.). Bei rechtsfehlerfreier Anwendung des Art 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG hätte das Landesarbeitsgericht der Klage stattgeben müssen. (dazu 3). Will das Bundesarbeitsgericht das Urteil des Landesarbeitsgericht nicht aufheben, ist es nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. (dazu 4.).

### 1. Art. 157 AEUV, §§ 3, 7 EntgTranspG

Nach § 286 Abs. 1 ZPO haben die Tatsacheninstanzen unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach ihrer freien Überzeugung darüber zu befinden, ob sie eine tatsächliche Behauptung für wahr erachten oder nicht. Revisionsrechtlich zu überprüfen ist dabei, ob sich das Berufungsgericht mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungsgrundsätze verstößt (vgl. BAG, Urteil vom 24. Juni 2021 - 5 AZR 505/20, Rn. 43 m.w.N.; BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 32 m.w.N.).

Die vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung, dass es der Beklagten gelungen sei zu beweisen, dass ausschließlich andere Gründe als das Geschlecht der Klägerin zu deren ungünstigerer Behandlung geführt haben, ist rechtlich nicht möglich und nicht widerspruchsfrei.

Das Landesarbeitsgericht verkennt bei seiner Beweismwürdigung die Reichweite des Anspruchs der Klägerin aus Art. 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG auf gleiche Bezahlung von Männern und Frauen für die gleiche oder eine gleichwertige Tätigkeit.

Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass der Umstand, dass die Beklagte der Klägerin ein geringeres Entgelt zahlte als den beiden vergleichbaren männlichen Vertriebsaußendienstmitarbeitern P. und G., die von der Beklagten widerlegbare Vermutung dafür begründet, dass die Klägerin „wegen des Geschlechts“ eine Entgeltbenachteiligung erfahren hat. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts übte die Klägerin allerdings keine gleichwertige, sondern vielmehr die gleiche Tätigkeit aus wie ihre beiden männlichen Kollegen im Vertrieb (dazu a)).



Die in solchen Fällen erhaltene niedrigere Entlohnung lässt zudem eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vermuten (dazu b)).

Das Landesarbeitsgericht geht des Weiteren rechtsfehlerhaft davon aus, dass die Beklagte die Vermutung einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts widerlegt habe (dazu c)).

#### **a) gleiche Arbeit**

Das Landesarbeitsgericht nimmt gleichwertige Arbeit an, obwohl die getroffenen Feststellungen einzig den Schluss auf gleiche Arbeit zulassen. Das Landesarbeitsgericht verkennt den Unterschied zwischen gleicher und gleichwertiger Arbeit. In den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts fehlt jede Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sich hier um gleiche Arbeit im Sinne des § 4 Abs. 1 EntgTranspG handeln könnte.

Die Unterscheidung ist nicht unerheblich. Zwar normieren Art. 157 AEUV und § 3 Abs. 1, § 7 EntgTranspG den Grundsatz gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit und sowohl bei gleicher als auch bei gleichwertiger Arbeit begründet ein Entgeltunterschied die Vermutung einer Diskriminierung wegen des Geschlechts. Die Vermutungswirkung einer geschlechtsbedingten Entgeltdiskriminierung ist dabei um so größer je weniger Unterschiede die Arbeit der Vergleichsperson(en) aufweist. Ob gleiche oder lediglich gleichwertige Arbeit vorliegt, wirkt sich deshalb auf die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Entgeltunterschieds aus. Je geringer der Unterschied zwischen der verglichenen Arbeit ist, um so schwieriger wird es für den Arbeitgeber, den Entgeltunterschied zu rechtfertigen (Calliess/Ruffert/Krebber, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 157, Rn. 56).

Deshalb ist die Unterscheidung zwischen gleicher und gleichwertiger Arbeit nicht Selbstzweck, sondern für die weitere Beurteilung bedeutsam.

Die Definition gleicher und gleichwertiger Arbeit in § 4 Abs. 1 und 2 EntgTranspG geht auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zurück (BAG, Urteil vom 26. Januar 2005 - 4 AZR 171/03; BAG, Urteil vom 23. August 1995 - 5 AZR 942/93).

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. Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG ist Arbeit gleichwertig, wenn sie unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können.

Zu den zu berücksichtigenden Faktoren gehören nach § 4 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH unter anderem die Art der Arbeit, die Ausbildungsanforderungen und die Arbeitsbedingungen. Es ist von den tatsächlichen, für die jeweilige Tätigkeit wesentlichen Anforderungen auszugehen, die von den ausübenden Beschäftigten und deren Leistungen unabhängig sind (EuGH, Urteil vom 31. Mai 1995 - C-400/93 [Royal Copenhagen], Rn. 32 f.; EuGH, Urteil vom 11. Mai 1999 - C-309/97 [Angestelltenbetriebsrat Wiener Gebietskrankenkasse], Rn. 17; EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013 - C-427/11 [Kenny], Rn. 27; ErfK-Schlachter, AEUV Art. 157, Rn. 10; Schlachter, 1993, S. 127 m.w.N. zur Rspr.; Zimmer, Däubler/Bertzbach, AGG, 4. Auflage 2018, Rn. 2).

Für die Betroffenen dürfen sich hinsichtlich der zu erledigenden Aufgaben keine unterschiedlichen individuellen Anforderungen stellen (EuGH, Urteil vom 31. Mai 1995, C-400/93 [Royal Copenhagen], Rn. 38 f.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Gleichartigkeit der Arbeit durch einen Gesamtvergleich der Tätigkeiten zu ermitteln. Dabei kommt es auf die jeweiligen Arbeitsvorgänge und das Verhältnis dieser Vorgänge zueinander an. Soweit Tätigkeiten oder ihre Merkmale voneinander abweichen, ist auf die jeweils überwiegend auszuübende Tätigkeit abzustellen. Einzelne gleiche Arbeitsvorgänge für sich allein genügen nicht für die Annahme, die insgesamt jeweils geschuldete Arbeitstätigkeit sei gleich (BAG, Urteil vom 26. Januar 2005, NZA 2005, 1059; BAG, Urteil vom 23. August 1995, NZA 1996, 579).

Entscheidend für die Gleichartigkeit der Tätigkeit ist demnach, ob die Beschäftigten einander bei Bedarf auf dem konkreten Arbeitsplatz ersetzen könnten (vgl. ErfK/Schlachter EntgTranspG § 4 Rn. 2; EuArbRK/Franzen, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 157, Rn. 30; Thüsing NZA 2000, 570 (575); Heck in Boecken/Düwell, Art. 157 AEUV, Rn. 34; Zimmer in Däubler/Bertzbach, § 4 EntgTranspG, Rn. 2; Bauer/Krieger/Günther, § 4 EntgTranspG, Rn. 1).

Mit dem Begriff der „gleichwertigen Arbeit“ werden hingegen verschiedenartige Arbeiten unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren darauf hin verglichen, ob sie von gleichem Wert sind (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 37). Die für eine „gleiche Arbeit“ i.S.d. § 4 Abs. 1 EntgTranspG erforderliche sofortige Austauschbarkeit auf dem konkreten Arbeitsplatz fehlt in den Fällen der „lediglich“ gleichwertigen bzw. als gleichwertig anerkannten Arbeit (vgl. Schlachter in EAS B 4100, Rn. 31).

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe übte die Klägerin die gleiche Tätigkeit wie ihre männlichen Kollegen im Vertriebsaußendienst aus. Das Landesarbeitsgericht stellt bei der Bewertung der Tätigkeiten der Vergleichspersonen als gleichwertig durchweg auf Gesichtspunkte ab, die für

gleiche Arbeit sprechen, nämlich Einsatz aller drei im Vertriebsaußendienst, alle drei haben die gleichen Verantwortlichkeiten und Befugnisse, alle drei erfüllen die Ausbildungsanforderungen gleichermaßen, die Arbeitsverträge der Klägerin und des Herrn P. sind bis auf das abweichende Grundgehalt identisch. Sowohl die Klägerin als auch Herr P. sind von der dienstältesten Mitarbeiterin eingearbeitet worden und haben sich jeweils auch über mehrere Monate gegenseitig vertreten, ohne dass es besonderer Schulungsmaßnahmen bedurfte. Auch die Tatsache, dass die Beklagte sowohl Herrn P. als auch der Klägerin zunächst 3.500 € Grundgehalt anbot, indiziert, dass die Beklagte beiden Tätigkeiten einen identischen Wert beimisst. Ab 01.08.2021 erfolgte für Herrn P. und die Klägerin die Eingruppierung in die gleiche Entgeltgruppe des Haustarifvertrages.

Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend feststellte, sind auch die unterschiedlichen Ausbildungshintergründe für die Bewertung nicht relevant. Eine unterschiedliche Berufsausbildung kann nur dann gegen eine Einordnung von zwei Tätigkeiten als „gleich“ sprechen, wenn die unterschiedliche Qualifikation für die tatsächliche Arbeitsleistung von Bedeutung ist (EuGH, Urteil vom 11. Mai 1999 – C-309/97 [Wiener Betriebskrankenkasse], Rn. 21, juris). Das war hier nach den zutreffenden Feststellungen nicht der Fall.

Auch dem Umstand, dass unterschiedliche Produktspektren und unterschiedliche Kundschaft bearbeitet wurden, maß das Landesarbeitsgericht zutreffend keine Bedeutung bei.

Ohne Bedeutung sind auch die Leitungstitel, denen rein symbolische Wirkung zukommt. Damit gingen weder andere Aufgaben noch Weisungsbefugnisse oder zusätzliche Verantwortlichkeiten einher (vgl. BAG, Urteil vom 23. September 1992 – 4 AZR 30/92, Rn. 55, juris).

### **b) Vermutung unmittelbarer Entgeltdiskriminierung**

Das Landesarbeitsgericht geht von der Vermutung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts aus, versäumt dabei aber die Feststellung, dass ein Entgeltunterschied bei gleicher Arbeit eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vermuten lässt (Zimmer/Däubler/Bertzbach, AGG 4. Auflage 2018, § 4 EntgTranspG, Rn. 3). Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 21. Januar 2021 klargestellt, dass der Umstand, dass der Klägerin in dem zu entscheidenden Fall für die gleiche Arbeit ein geringeres monatliches Grundentgelt gezahlt wurde als den maßgeblichen männlichen Vergleichspersonen, die Vermutung begründet, dass die Klägerin eine **unmittelbare** Entgeltbenachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG „wegen des Geschlechts“ erfahren hat (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 – 8 AZR 488/19, Rn. 50f.).

Die Unterscheidung zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Diskriminierung ist nicht unerheblich. Vielmehr unterscheiden sich die Anforderungen an die Rechtfertigung einer unmittelbaren und einer mittelbaren Diskriminierung in Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b der RL 2006/54/EG und § 3 Abs. 3 EntgTranspG (so auch EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013 – C-427/11 [Kenny], Rn. 40).

Die unterlassene Feststellung der Vermutung einer unmittelbaren Entgeltdiskriminierung ist auch für den Anspruch auf eine angemessene Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG erheblich. Das Landesarbeitsgericht hätte sich deshalb nicht damit begnügen dürfen, die Vermutung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts anzuerkennen, sondern hätte, das gebietet die rechtsfehlerfreie Anwendung von Art. 157 AEUV und §§ 3, 7 EntgTranspG, unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts als indiziert ansehen müssen.

### **c) (keine) Widerlegung der Vermutung**

Das Landesarbeitsgericht geht unter Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO und § 22 AGG, Art. 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgelttranspG davon aus, dass die Beklagte in überprüfbarer Art und Weise objektive Faktoren dargelegt habe, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

Das Landesarbeitsgericht verkennt den in der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesarbeitsgerichts entwickelten strengen Maßstab zur Rechtfertigung von Entgeltunterschieden (dazu aa)). An diesem Maßstab gemessen, konnte sich die Beklagte, entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts, weder mit ihrem Vortrag zum Dienstalter (dazu bb) noch zur Mitarbeitergewinnung (dazu cc), zum Verhandlungsgeschick (dazu dd), zur Nachfolgevereinbarung (dazu ee) oder zum Tarifvertrag (dazu ff) entlasten.

### **aa) Verkennung des Maßstabs**

Der Arbeitgeber kann die Vermutung einer unmittelbaren Benachteiligung aufgrund des Geschlechts widerlegen, indem er vorträgt und ggf. beweist, dass die festgestellte unterschiedliche Vergütung durch objektive Faktoren zu erklären ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 31, 62ff.; EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013, C-427/11 [Kenny ua.], Rn. 20; EuGH, Urteil vom 26. Juni 2001, C-381/99 [Brunnhöfer] Rn. 60ff.; EuGH, Urteil vom 03. Oktober 2006 - C-17/05 [Cadman], Rn. 31).

Die vorgebrachte Erklärung muss auf einem legitimen Ziel beruhen (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 62; EuGH, Urteil vom 03. Oktober 2006 - C-17/05 [Cadman], Rn. 32) und einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens entsprechen (BAG, Urteil vom 14. Oktober 1986 - 3 AZR

66/83, BAG, Urteil vom 14. Oktober 1986 - 3 AZR 66/83; EuGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99 [Brunnhofer], Rn. 67; EuGH, Urteil vom 13. Mai 1986 - C-170/84 [Bilka], Rn. 36; Urteil vom 27. Oktober 1993 - C-127/92 [Enderby], Rn. 25, 29; EuGH, Urteil vom 1. Juli 1986, 237/85, [Rummler], Rn. 24).

Objektiv rechtfertigende Gründe sind mehr als sachliche Gründe, die zum Ausschluss des Willkürverbotes bei dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ausreichen. (BAG, Urteil vom 06. April 1982 - 3 AZR 134/79, Rn. 43, juris).

Die zur Erreichung des legitimen Ziels gewählten Mittel müssen hierzu geeignet, erforderlich und angemessen sein (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1993 - C-127/92 [Enderby], Rn. 29; Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99, [Brunnhofer], Rn. 67f.; EuGH, Urteil vom 03. Oktober 2006 - C-17/05 [Cadman], Rn. 32) und sie müssen in kohärenter und systematischer Weise angewandt werden (EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014 - C-173/13, [Leone et Leone], Rn.89; EuGH, Urteil vom 20. Oktober 2011 - C-123/10 [Brachner], Rn. 71; EuGH, Urteil vom 12. Januar 2010 - C-341/08 [Petersen], Rn. 53)

Erforderlich ist zudem eine konsequent geschlechtsneutrale Auslegung und Anwendung der gewählten Kriterien der Entgeltdifferenzierung. Auch dies ist vom Arbeitgeber substantiiert darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 68).

Auf Kriterien und Faktoren, die im Ergebnis Frauen stärker nachteilig betreffen als Männer, kann eine Entgeltdifferenzierung nur gestützt werden, wenn sie der Art der Arbeit geschuldet sind und zu den (legitimen) Bedürfnissen und Zielen des Unternehmens in Beziehung stehen (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 62; EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1993 - C-127/92 [Enderby], Rn. 25).

Subjektive Wünsche und Vorlieben eines Arbeitgebers sind irrelevant. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob eine Diskriminierungsabsicht bestand. Es genügt auch nicht darzulegen, dass der Arbeitgeber mit einer Lohnpolitik, die im Ergebnis die weiblichen Arbeitnehmer benachteiligt, andere Ziele als die Diskriminierung der Frauen verfolgt. Der objektive Tatbestand einer diskriminierenden Wirkung reicht aus und führt zur Unwirksamkeit eines Kriteriums, wenn die Beklagte keine objektiv gerechtfertigten wirtschaftlichen Gründe und ein „wirkliches Bedürfnis“ des Unternehmens nachweisen kann (EuGH, Urteil vom 13. Mai 1986 - C-170/84, [Bilka], Rn. 35; BAG, Urteil vom 14. Oktober 1986 - 3 AZR 66/83).

Das Risiko dafür, dass der Faktor nicht objektiv ist, liegt beim beklagten Arbeitgeber. Er muss sich entlasten und zeigen, dass keine mit dem Geschlecht zusammenhängenden Wertungen eingeflossen sind.

Bloße allgemeine Behauptungen des Arbeitgebers genügen zur Widerlegung der Vermutung nicht (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 63; EuGH, Urteil vom 20. März 2003 - C-187/00 [Kutz-Bauer], Rn. 58; EuGH, Urteil vom 17. Juni 1998 - C- 243/95 [Hill und Stapleton], Rn. 38).

Das Gebot der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts fordert zudem eine wirksame Kontrolle der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und die Nachprüfung seitens der nationalen Gerichte (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 64 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 27. Mai 2004 - C-285/02 [Elsner-Lakeberg], Rn. 15; EuGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99 [Brunnhöfer], Rn. 35; EuGH, Urteil vom 06. April 2000 - C-226/98 [Jørgensen], Rn. 27, 31; EuGH, Urteil vom 30. März 2000 - C-236/98 [JämO], Rn. 43; EuGH, Urteil vom 17. Mai 1990 - C-262/88 [Barber], Rn. 31, 34; EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989, 109/88 [Danfoss], Rn. 12).

Eine solche wirksame Kontrolle und Nachprüfung durch die Gerichte bedarf der Transparenz. Eine mangelnde Durchschaubarkeit der Entgeltkriterien macht jede Nachprüfung seitens der nationalen Gerichte und auch seitens der durch diskriminierende Maßnahmen beschwerten Personen unmöglich. (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 64 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 27. Mai 2004 - C-285/02 [Elsner-Lakeberg]; EuGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99 [Brunnhöfer]; EuGH, Urteil vom 06. April 2000 - C-226/98 [Jørgensen]; EuGH, Urteil vom 30. März 2000 - C-236/98 [JämO]; EuGH, Urteil vom 17. Mai 1990 - C-262/88 [Barber]; EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - 109/88 [Danfoss], Rn. 12; EuGH, Urteil vom 30. Juni 1988, 318/86 [Kommission/ Frankreich] Rn. 27).

Jedes einzelne Kriterium muss auch in transparenter und nachprüfbarer Weise angewandt werden (EuGH, Urteil vom 06. Juli 2000 - C-407/98 [Abrahamsson und Anderson], Rn. 49f.).

Als legitime und objektive Kriterien hat der EuGH bislang solche anerkannt, die sich auf besondere Flexibilität oder auf die Anpassungsfähigkeit an Arbeitszeiten und -orte beziehen, wenn dies einem echten Bedürfnis des Unternehmens entspricht und diese Entlohnung erforderlich ist, um diesem Bedürfnis nachzukommen (EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - 109/88 [Danfoss], Rn. 25), die Berufsausbildung (EuGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99 [Brunnhöfer], Rn. 78; EuGH, Urteil vom 11. Mai 1999 - C-309/97 [Angestelltenbetriebsrat Wiener Gebietskrankenkasse], Rn. 19, EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - 109/88 [Danfoss], Rn. 23) oder die Anzahl der Berufsjahre der Beschäftigten, sofern sie für die Ausführung der spezifischen übertragenen Aufgaben von Bedeutung sind und somit zu den Bedürfnissen und Zielen des Unternehmens in Beziehung stehen (EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - 109/88 [Danfoss], Rn. 24; EuGH, Urteil vom 07. Februar 1991 - C-184/89 [Nimz], Rn. 14) und den Arbeitnehmer dazu befähigen, seine Arbeit besser zu verrichten (EuGH, Urteil vom 03. Oktober

2006 - C-17/05 [Cadman], Rn. 34; BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 70ff.; BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09).

In der Entscheidung „Enderby“ eröffnete der EuGH Raum für marktbezogene Rechtfertigungen von Entgeltunterschieden. Die Lage auf dem Arbeitsmarkt könne Arbeitgeber veranlassen, trotz gleichwertiger Arbeit für bestimmte Tätigkeiten höhere Entgelte zu zahlen, um einen Anreiz für Bewerbungen zu bieten. Es sei Sache des jeweiligen nationalen Gerichts zu prüfen, ob und in welchem Maße eine Personalknappheit für die höhere Vergütung einer Tätigkeit im Verhältnis zu einer anderen als objektiv gerechtfertigter wirtschaftlicher Grund zu qualifizieren sei (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1993 - C-127/92 [Enderby], Rn. 26ff.).

Eine Konkretisierung der rechtmäßigen Ziele zur Rechtfertigung einer mittelbaren Entgeltbenachteiligung findet sich zudem in § 3 Abs. 3 Satz 2 Entgelttransparenzgesetz. Die dort exemplarisch aufgeführten arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien entsprechen der soeben dargestellten Kasuistik des EuGH. Zudem verlangt auch § 3 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG ausdrücklich für jedes dort genannte Kriterium eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit im konkreten Einzelfall. Der Kriterienkatalog darf deshalb nicht als Regelvermutung eines Rechtfertigungstatbestandes missverstanden werden (v. Roetteken in: v. Roetteken, AGG, 77. Update September 2021, § 3 EntgTranspG, Rn. 301).

Für die Erklärung eines Entgeltunterschieds, der eine unmittelbare Diskriminierung vermuten lässt, fehlen entsprechende Regelungen. Keinesfalls sind daran jedoch weniger strenge Anforderungen zu stellen als an die Rechtfertigung einer mittelbaren Entgeltbenachteiligung.

Das Landesarbeitsgericht verkennt diese für Art. 157 AEUV, §§ 3, 7 EntgTranspG geltenden Maßstäbe und beschränkt sich stattdessen auf eine reine Plausibilitätsprüfung. Dies wird bereits daran deutlich, dass das Landesarbeitsgericht den Maßstab des Bundesarbeitsgerichts unvollständig und die Rechtsprechung des EuGH überhaupt nicht rezipiert. Insbesondere fehlen Ausführungen dazu, welche Anforderungen die „objektiven Faktoren“ erfüllen müssen. Es fehlt eine Auseinandersetzung mit dem wirklichen Bedürfnis des Arbeitgebers und eine sorgfältige Prüfung der Objektivität der vorgebrachten Erklärungen.

Es hätte zudem den – aus seiner Sicht grundsätzlich gerechtfertigten Gehaltsunterschied – auf seine Verhältnismäßigkeit im konkreten Einzelfall überprüfen müssen. Wäre das Gericht auch auf die Höhe der Gehaltsunterschiede eingegangen (vgl. dazu Winter, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit, 1998, S. 148), hätte es erkennen müssen, dass die von der Beklagten vorgebrachten Gründe auch unter diesem Aspekt unverhältnismäßig sind, immerhin verdiente die Klägerin im Zeitraum 01.

März 2017 bis 31. Oktober 2017 monatlich 1.000,-€ brutto weniger als die beiden männlichen Kollegen (das entspricht ca. 29%) und ab 01. August 2017 betrug der monatliche Unterschied zum Grundentgelt des Herrn P. mit 500,- € brutto noch ca. 14%.

Im Einzelnen:

### **bb) Dienstalter**

Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts lässt sich der Entgeltunterschied zwischen Herrn G. und der Klägerin nicht mit seinem höheren Dienstalter rechtfertigen. Es ist zwar richtig, dass es ein legitimes Ziel der Entgeltpolitik ist, die Berufserfahrung zu honorieren, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 70; EuGH, Urteil vom 03. Oktober 2006 - C-17/05 [Cadman], Rn. 34; EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989, 109/88 [Danfoss], Rn. 24).

Das Landesarbeitsgericht zitiert das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21. Januar 2021 jedoch unvollständig. Zudem setzt sich das Landesarbeitsgericht nicht hinreichend mit der Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Kohärenz und Durchschaubarkeit des Entgeltsystems auseinander.

Im Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21. Januar 2021, 8 AZR 488/19, wird betont: Allerdings kann es Situationen geben, in denen der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters vom Arbeitgeber im Einzelnen erklärt und insofern sachlich gerechtfertigt werden muss. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer Anhaltspunkte liefert, die geeignet sind, ernstliche Zweifel daran aufkommen zu lassen, dass im betroffenen Fall der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters zur Erreichung des genannten Ziels geeignet ist. So kann ggf. – je nach Tätigkeit unterschiedlich – ab einer bestimmten Schwelle ein „Mehr“ an Berufserfahrung womöglich keine (weitere) Steigerung der Qualität der Arbeit mehr bewirken. Soweit der Arbeitnehmer insofern Anhaltspunkte für ernstliche Zweifel liefert, ist es Sache des Arbeitgebers, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass das, was in der Regel gilt, nämlich dass mit zunehmendem Dienstalter eine steigende Berufserfahrung einhergeht und dass diese den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten, auch in Bezug auf den fraglichen Arbeitsplatz zutrifft. Denn der objektive Charakter eines solchen Kriteriums hängt von allen Umständen des Einzelfalls und insbesondere davon ab, welche Beziehung zwischen der Art der ausgeübten Tätigkeit und der Erfahrung besteht, die durch die Ausübung dieser Tätigkeit nach einer bestimmten Dauer erworben worden ist (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 72, m.w.N.).



Außerdem ist eine wirksame Kontrolle des Entgeltsystems nur bei Gewährleistung echter Transparenz möglich und eine mangelnde Durchschaubarkeit macht jede Nachprüfung seitens der nationalen Gerichte und auch seitens der durch diskriminierende Maßnahmen beschwerten Person unmöglich. (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 64, unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 27. Mai 2004 - C-285/02 [Elsner-Lakeberg]; EuGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99 [Brunnhöfer]; EuGH, Urteil vom 06. April 2000 - C-226/98 [Jørgensen]; EuGH, Urteil vom 30. März 2000 - C-236/98 [JämO]; EuGH, Urteil vom 17. Mai 1990 - C-262/88 [Barber]; EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989, 109/88 [Danfoss] Rn. 12; EuGH, Urteil vom 30. Juni 1988, 318/86 [Kommission/ Frankreich] Rn. 27).

Der Arbeitgeber kann sich von der Vermutung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nur entlasten, wenn erkennbar ist, wie er bestimmte Zulagekriterien angewandt hat. (BAG, Urteil vom 23. September 1992 - 4 AZR 30/92, Rn. 69, EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - C-109/88 [Danfoss], Rn. 16.)

Will ein Arbeitgeber auf objektive Kriterien wie das Dienstalter zurückgreifen, so müssen diese in kohärenter und systematischer Weise angewandt werden. (EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014 - C-173/13 [Leone et Leone], Rn. 89.)

Aus alledem folgt, dass der Arbeitgeber das Dienstalter als Kriterium anwenden darf, jedoch nicht nach Belieben und ohne nachvollziehbares System oder Kohärenz.

So liegt es aber hier: Dem Entgeltsystem der Beklagten fehlt jede Transparenz und Durchschaubarkeit. Es ist nicht erkennbar, in welchen Stufen und nach welchen Kriterien sich das Dienstalter auf das Entgelt auswirkt. Bei Einstellung der Klägerin unterschieden sich die Grundentgelte der im Außendienst Beschäftigten erheblich voneinander, ohne dass sich ein stringentes Zulagesystem nach Dienstalter erkennen ließe. Ein solches gab es ersichtlich nicht. Das zeigt sich schon daran, dass die dienstälteste Frau U. (zugehörig seit 1978) mit 4.220,- € Bruttogrundentgelt weniger verdiente als der zweitdienstälteste Herr G. (zugehörig seit 1985) mit 4.500,- € Bruttogrundentgelt und weniger als Herr P. bei seiner Einstellung während der Einarbeitungszeit mit 4.500,- €.

Dabei bescheinigte die Beklagte auch Frau U. einen wichtigen Beitrag zum wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens und führt dazu im Schriftsatz vom 03.12.2020 aus: „*Frau U. hatte über Jahrzehnte die Entwicklung neuer Produkte im Bahnbereich zusammen mit der Entwicklung technologisch unterstützt und somit zum Aufbau und Erfolg der Bahntechnik über die reine Vertriebstätigkeit beigetragen*“.

Dennoch wurde in der Vergangenheit (als vorangegangene Haustarifverträge noch galten) Frau U. stets tariflich bezahlt (Anlage B 5 – Schreiben vom 31.01.2013), der weniger dienstalte Herr G. aber höher, nämlich außertariflich (Anlage B 2 – Anstellungsvertrag vom 10.07.1997; Anlage B 3 – Schreiben vom 04.02.1998, Anlage B 4 – Vereinbarung vom 26.03.2003).

Das Dienstalter wurde bei der Beklagten also weder in kohärenter noch in systematischer Weise angewandt und durfte deshalb vom Landesarbeitsgericht nicht als maßgebliches Rechtfertigungskriterium zugrunde gelegt werden. Die Annahme eines ungeeigneten Rechtfertigungsgrundes verstößt gegen § 286 Abs. 1 ZPO.

Auch die Tatsache, dass Herr G. mehr Umsatz als die Klägerin und ihr Kollege P. erwirtschaftet, legitimiert die höhere Grundvergütung nicht, denn hohe Umsatzzahlen werden bei der Beklagten durch zusätzliche variable Entgeltbestandteile bei Erreichen bestimmter Umsatzziele vergütet, auch bei Herrn G. (Anlage B 4 – Vereinbarung über den variablen Gehaltsanteil vom 26.08.2003). Wie das Landesarbeitsgericht an anderer Stelle zutreffend ausführt (S. 14 des Urteils), streiten die Parteien um das Monatsgrundentgelt, nicht jedoch um leistungsbezogene Entgeltbestandteile. Es ist deshalb widersprüchlich, ein höheres Monatsgrundentgelt damit zu rechtfertigen, dass der Mitarbeiter hohe Umsätze erwirtschaftet, denn diese sind für das Grundentgelt nicht bedeutsam.

### **cc) Mitarbeitergewinnung**

Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur erforderlichen Mitarbeitergewinnung lassen jegliche Auseinandersetzung mit den Vorgaben des EuGH und des Bundesarbeitsgerichts zur Rechtfertigung eines Entgeltunterschieds bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit vermissen.

Das Landesarbeitsgericht geht unter Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO, Art. 157 AEUV, §§ 3, 7 EntgTranspG davon aus, dass sich das höhere Einstiegsgehalt des Herrn P. im Vergleich zur wenig später eingestellten Klägerin mit dem Interesse der Beklagten rechtfertigen ließe, Herrn P. als Mitarbeiter zu gewinnen.

Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts (Seite 17 erster Absatz des Urteils) zur Nachvollziehbarkeit der Entgeltvereinbarung mit Herrn P. gehen an der Sache vorbei.

Das Landesarbeitsgericht stellt darauf ab, dass die Beklagte Herrn P. gewinnen wollte, um Frau U. zu ersetzen, die etwa ein Jahr später in den Ruhestand verabschiedet werden sollte.

Der Beklagten steht es grundsätzlich frei, auf Lohnforderungen eines Bewerbers einzugehen, wenn sie dies für erforderlich hält, um ihn für die Stelle zu gewinnen. Wenn sich daraus jedoch Entgeltunterschiede zu einer für die gleiche Arbeit beschäftigten Frau ergeben, müssen diese durch objektive Faktoren begründet sein.

Im Zeitpunkt der Einstellung des Herrn P. lag mangels vorhandener Vergleichsperson noch keine Entgeltbenachteiligung vor.

Das Verbot der Entgeltbenachteiligung aufgrund des Geschlechts gemäß Art. 157 AEUV, § 3 Abs. 1 und 7 EntgTranspG wird hier (erst) in dem Moment relevant, in dem die Beklagte mit der Klägerin für gleiche Arbeit ein um monatlich 1.000 € brutto geringeres Grundentgelt P. vereinbarte als zuvor mit Herrn P..

Abzustellen ist also entgegen dem Landesarbeitsgericht nicht darauf, ob bei Einstellung des Herrn P. am 14. November 2016 Gründe für das mit ihm vereinbarte Entgelt vorlagen, sondern ob bei Einstellung der Klägerin am 06.02.2017 objektive Faktoren vorlagen, die ein geringeres Entgelt der Klägerin rechtfertigen können. Diese Faktoren müssten einen nachvollziehbaren Bezug zur Arbeit haben, beispielsweise eine niedrigere Qualifikation oder weniger Berufserfahrung und liegen hier nicht vor.

Das Ziel der Mitarbeitergewinnung liegt jeder Einstellung zugrunde.

Auch die Klägerin musste als Mitarbeiterin gewonnen werden, und zwar noch viel dringlicher, denn nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte Herrn P. eingestellt, weil Frau U. etwa ein Jahr später in den Ruhestand verabschiedet werden würde und eine Stelle frei werden wird. Die Klägerin wurde infolge des recht kurzfristigen Ausscheidens des Herrn E. eingestellt, nachdem dessen Stelle schon frei geworden war.

Einen Gehaltsunterschied zwischen einem Mann und einer Frau kann das Ziel der Mitarbeitergewinnung möglicherweise und allenfalls dann rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber bei gleichwertiger Tätigkeit darlegen kann, dass es für die höher entlohnte Tätigkeit eine Personalknappheit gab und konkrete Personalgewinnungsschwierigkeiten (P.U. E.EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1993 - C-127/92 [Enderby]).

Solche arbeitsmarktbezogenen Gründe liegen hier nicht vor. Weder nach dem Beklagtenvortrag noch nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Arbeitsmarkt oder eine irgendwie geartete Personalknappheit/Personalgewinnungsschwierigkeit die Beklagte veranlasst, die Klägerin geringer zu vergüten als Herrn P..

Da die Klägerin und Herr P. die gleiche Arbeit verrichten, wären arbeitsmarktbezogene Erklärungen hier schon denklogisch nicht möglich. Verrichten, wie hier, zwei Mitarbeitende gleiche Arbeit, so kann der Markt keine unterschiedlichen Anforderungen an ihre Entlohnung stellen, da es sich um denselben Markt mit denselben Anforderungen handelt. Das gilt erst recht, wenn zwischen den beiden Arbeitsvertragsabschlüssen weniger als 3 Monate liegen.

Selbst wenn man wie das Landesarbeitsgericht hier von gleichwertiger Arbeit ausgeht, ändert sich nichts daran. Marktbezogene Gründe können allenfalls Gehaltsunterschiede gleichwertiger Tätigkeiten in unterschiedlichen Berufsgruppen, nicht aber wie hier in der gleichen Berufsgruppe begründen. In dem vom EuGH entschiedenen Fall (Enderby) ging es um die unterschiedliche Entlohnung der überwiegend weiblichen Logopäd\*innen im Vergleich zu den ebenfalls beim National Health Service beschäftigten, überwiegend männlichen Apotheker\*innen und Psycholog\*innen. In solchen Konstellationen kann „die Lage auf dem Arbeitsmarkt, die einen Arbeitgeber veranlassen kann, das Entgelt für eine bestimmte Tätigkeit zu erhöhen, um Bewerbern einen Anreiz zu bieten, [...] einen sachlich gerechtfertigten wirtschaftlichen Grund“ darstellen (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1993 - C-127/92 [Enderby], Rn. 26). Die Lage auf dem Arbeitsmarkt hat hier weder nach dem Beklagtenvortrag noch den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Beklagte veranlasst, Herrn P. höher und die Klägerin geringer zu entlohnen.

Auch soweit im Rahmen – hier nicht einschlägiger – tariflicher Vergütung unter bestimmten Voraussetzungen „zur Deckung des Personalbedarfs“ eine höhere Vergütung über die Möglichkeit einer höheren Stufenzuordnung durch die Berücksichtigung von Zeiten förderlicher Tätigkeiten möglich ist (§ 16 Abs. 2 S. 4 TV-L), genügt nicht, dass überhaupt ein Personalbedarf besteht (oder ein Mitarbeiter/eine Mitarbeiterin gewonnen werden muss), sondern es müssen dafür Personalgewinnungsschwierigkeiten nachgewiesen sein, die arbeitsmarktbedingt in bestimmten Bereichen oder bei örtlich besonders schwieriger Bewerberlage für bestimmte Aufgaben auftreten (BAG, Urteil vom 15. Oktober 2021 - 6 AZR 254/20, Rn. 20) und auch in diesen Fällen hängt das Merkmal „zur Deckung des Personalbedarfs“ nicht vom jeweiligen Verhandlungsgeschick ab (BAG, Urteil vom 15. Oktober 2021, 6 AZR 254/20). Eine Personalknappheit oder Personalgewinnungsschwierigkeiten hat es vorliegend nicht gegeben.

#### **dd) Verhandlungsgeschick**

Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur erforderlichen Mitarbeitergewinnung laufen im Ergebnis darauf hinaus, dass das Gericht die Verhandlung eines höheren Entgelts als Rechtfertigung eines Entgeltunterschieds für gleiche oder gleichwertige Arbeit ausreichen lässt.

Das vom Landesarbeitsgericht formulierte Interesse, auf die vom Bewerber ausbedungene Erhöhung des Grundgehalts einzugehen, um das Ziel einer Einstellung erreichen zu können (S. 17 des Urteils), bezeichnen wir deshalb als „Verhandlungsgeschick“, auch wenn sich diese Formulierung im Urteil nicht findet.

Die Tatsache, dass Herr P., anders als die Klägerin, nicht bereit war, für ein Grundentgelt von 3.500 € die Stelle anzutreten und daher ein höheres Grundentgelt verhandelte, reicht als Rechtfertigung für den Entgeltunterschied nicht.

Die höhere Lohnforderung eines männlichen Bewerbers ist bereits kein legitimer, einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens entsprechender objektiver Grund für einen Entgeltunterschied bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit (dazu (1)). Jedenfalls handelt es sich dabei nicht um ein geschlechtsneutrales Kriterium, da eine freie Verhandelbarkeit von Gehältern überproportional Frauen benachteiligt (dazu (2)).

### **(1) Verhandlungsgeschick ist kein legitimes Unterscheidungskriterium**

Das Landesarbeitsgericht verkennt, dass ein Eingehen auf eine vom Bewerber ausbedungene Entgelterhöhung eines Bewerbers keine Rechtfertigung für einen Entgeltunterschied zwischen zwei Mitarbeiter\*innen unterschiedlichen Geschlechts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit darstellt.

Die Rechtfertigung des Entgeltunterschieds kann spiegelbildlich auch nicht damit begründet werden, dass die später eingestellte Klägerin keine entsprechende Forderung stellte, sondern sich mit dem angebotenen Grundentgelt einverstanden erklärte und nicht dazu verhandelte.

Verhandlungsgeschick ist kein legitimes Unterscheidungskriterium, denn es ist per se subjektiver Natur. Es fehlt ihm die Objektivität.

Das Verbot der Entgeltdiskriminierung ist nicht verhandelbar.

Die unionsrechtliche Anordnung, dass Männer und Frauen für gleiche oder gleichwertige Arbeit das gleiche Entgelt erhalten müssen, schränkt die Vertragsfreiheit in legitimer Weise ein (Winter, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit, 1998, S. 155, 213; Colneric, Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und das Verbot der mittelbaren Diskriminierung in: Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift Dieterich, 1999, S. 45 (54); Zimmer in: Däubler/Bertzbach, EntgTranspG, § 3 Rn. 1; ErfK-Schlachter, EntgTranspG § 3 Rn. 2; Baer, ZRP, 2002, 290 ff.; Wenckebach, S. 53ff.; BMFSFJ 2017, S. 9f.).

Auch der EuGH hat immer wieder betont, dass das Verbot der Entgeltdiskriminierung zwingenden Charakter hat und sich auf alle Tarifverträge und alle individuell verhandelten Verträge erstreckt. Dem Einwand, dass die Privat- oder Tarifautonomie der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts entgegenstünde, tritt der EuGH sehr deutlich entgegen (EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1994 – C-399/92 [Helmig], Rn. 12; EuGH, Urteil vom 8. April 1976 - 43-75 [Defrenne II], Rn. 38, 39; EuGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - C-33/89 [Kowalska], Rn. 17-20; EuGH, Urteil vom 7. Februar 1991 - C-184/89 [Nimz], Rn. 16-21).

Dabei hat er selbst den kollektiv verhandelten Tarifverträgen verschiedener Berufsgruppen in aller Regel keine Indizwirkung dafür beigemessen, dass Gehaltsunterschiede zwischen gleichwertigen Tätigkeiten objektiv gerechtfertigt sind. Es genüge als Rechtfertigung nicht, darauf zu verweisen, dass die Entgelte in getrennten Tarifverhandlungen vereinbart worden seien, bei denen Frauen jeweils nicht diskriminiert wurden (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1993 - C-127/92 [Enderby], Rn. 22.) Lediglich in der Entscheidung Royal Copenhagen weist der EuGH darauf hin, dass Kollektivverhandlungen, die nichts mit dem Geschlecht zu tun haben, als ein Gesichtspunkt bei der Beurteilung der objektiven Faktoren berücksichtigt werden können; (EuGH, Urteil vom 31. MI 1995 - C-400/93 [Royal Copenhagen], Rn. 44-47).

Eine etwaige Legitimität, die kollektiv ausgehandelten Tarifverträgen anhaften könnte, fehlt beim – wie hier – individuell ausgehandelten Entgelt aber ohnehin.

Hier muss es jenseits der vom Bewerber gestellten Entgeltforderungen objektive Gründe geben, die eine abweichende Entgelthöhe rechtfertigen, beispielsweise eine höhere Flexibilität, Erfahrung oder Qualifikation oder Personalknappheit. Diese sind nicht vorgetragen und liegen nicht vor. Stellt die Beklagte – wie hier – wenige Monate später eine gleichermaßen qualifizierte und erfahrene Bewerberin für die gleiche Tätigkeit ein, dann muss sie ihr das gleiche Entgelt anbieten, das sie zuvor mit dem männlichen Arbeitnehmer vereinbart hat.

Die Annahme, ein besseres Verhandlungsgeschick könne eine geschlechtsbedingte Entgeltungleichheit legitimieren, ist mit dem Gebot der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts nicht zu vereinbaren. Denn wenn Männer individuell aushandeln könnten, dass ihnen für die gleiche Arbeit mehr Entgelt gezahlt wird, dann verlöre das Gebot der Entgeltgleichheit jede Wirksamkeit (Colneric, Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und das Verbot der mittelbaren Diskriminierung in: Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift Dieterich, 1999, S. 45, 54).

Auch das Bundesarbeitsgericht hat bereits 1981 in seinem Urteil zu den sogenannten „Heinze-Frauen“ zum Ausdruck gebracht, dass ein Entgeltunterschied nicht damit gerechtfertigt werden kann, dass Männer nicht bereit sind für weniger zu arbeiten, denn gerade darin liege die Diskriminierung, die Art. 3 Abs. 2 GG verbietet (BAG, Urteil vom 09. September 1981 - 5 AZR 1182/79 mit Hinweis auf Pfarr-Bertelsmann, Lohngleichheit, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, Band 100, S. 228 - 230, 429).

In diesem Fall hatten alle männlichen Angestellten günstigere individuelle Regelungen ausgehandelt als die weiblichen Angestellten. Doch auch eine höhere Lohnforderung eines einzelnen männlichen Kollegen als Rechtfertigung für einen Entgeltunterschied würde den Grundsatz der Lohngleichheit vollständig unterlaufen.

Dies brachte Lord Denning 1978, also wenige Jahre zuvor, in einer Entscheidung des britischen Court of Appeal sehr treffend auf den Punkt:

*„Ein Arbeitgeber kann sich seinen Verpflichtungen aus dem Gesetz nicht entziehen, indem er sagt: Ich habe ihm mehr bezahlt, weil er mehr verlangt hat, oder: Ich habe ihr weniger bezahlt, weil sie bereit war, für weniger zu kommen“. Wäre eine solche Ausrede zulässig, wäre das Gesetz tot. Das sind genau die Gründe, warum es vor dem Gesetz ungleiche Bezahlung gab. Das sind genau die Umstände, auf die das Gesetz einwirken soll“* (Clay Cross (Quarry Services) Ltd v Fletcher [1979] ICR 1, CA (Court of Appeal, 1978 June 27, 28, 29; July 11 - Lord Denning M.R., Lawton and Browne L.JJ, Urteil in Originalsprache und Volltext in Anhang 2).

Genauso urteilte 2013 der United States District Court of Vermont. In dem zugrundeliegenden Fall hatte der ehemalige Arbeitgeber der dortigen Klägerin ihrem Nachfolger auf ihrer Position für die gleiche Arbeit deutlich mehr Gehalt bezahlt. Als Grund für den Lohnunterschied führte der Arbeitgeber an, der männliche Nachfolger habe ein höheres Gehalt ausgehandelt. Das Gericht wies dieses Argument mit der Begründung zurück, dass das Verhandlungsgeschick weder geschlechtsneutral noch geschäftsbezogen sei und die gegenteilige Auffassung die Bestimmungen zur Lohngleichheit aushebeln würde (Dreves v. Hudson Group Retail LLC, 2013 WL 2634429, \*\*8-9 (D. Vt. June 12, 2013, Urteil im Volltext und Originalsprache in Anhang 3).

Die individuelle Verhandelbarkeit von Gehaltsunterschieden zwischen Männern und Frauen, unabhängig von arbeitsbezogenen Kriterien wie Erfahrung oder Qualifikation stünde auch deswegen der Wirksamkeit des Verbots der Entgeltdiskriminierung entgegen, weil dieses Kriterium gerichtlich kaum überprüfbar wäre (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 30, 64 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 27. Mai 2004 -

C-285/02 [Elsner-Lakeberg]; EuGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99 [Brunnhöfer]; EuGH, Urteil vom 6. April 2000 - C-226/98 [Jørgensen]; EuGH, Urteil vom 30. März 2000 - C-236/98 [JämO]; EuGH, Urteil vom 17. Mai 1990 - C-262/88 [Barber]; EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - 109/88 [Danfoss], Rn. 12f.).

## **2) hilfsweise: Abstellen auf Verhandlungsgeschick als mittelbare Diskriminierung**

Das Landesarbeitsgericht hätte prüfen müssen, ob es sich beim Verhandlungsgeschick um ein geschlechtsneutrales Kriterium handelt, denn eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen kann nur durch objektive Faktoren gerechtfertigt werden, die frei von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sind (dazu (a)). Zahlreiche wissenschaftliche Studien und repräsentative Umfragen zeigen, dass eine freie Verhandlungsfähigkeit von Gehältern Frauen im Vergleich zu Männern weit überproportional benachteiligt (dazu (b)). Im konkreten Fall hat sich diese benachteiligende Wirkung auch realisiert (dazu (c)). Diese mittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts ist nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt (dazu (d)).

### **a) Maßstab**

Nach § 3 Abs. 3 EntgTranspG ist eine mittelbare Entgeltbenachteiligung gegeben, wenn dem Anschein nach neutrale Entgeltregelungen oder Arbeitsbewertungsverfahren Beschäftigte des einen Geschlechts gegenüber Beschäftigten des anderen Geschlechts in besonderer Weise bei der Entgeltfestlegung benachteiligen können. Eine benachteiligende Wirkung bejaht der EuGH, wenn bestimmte Voraussetzungen der fraglichen Regelung schwerer von Frauen als von Männern erfüllt werden können. Auch bei auf den ersten Blick objektiven Kriterien muss sichergestellt werden, dass sich durch ihre Anwendung nicht geschlechtsspezifische Unterschiede niederschlagen. So kann das Kriterium der Flexibilität die weiblichen Arbeitnehmer benachteiligen, die aufgrund der häufig ihnen obliegenden Aufgaben in Haushalt und Familie ihre Arbeitszeit weniger leicht als männliche Arbeitnehmer flexibel gestalten können. Und beim Kriterium der Berufsausbildung sei eine mittelbare Benachteiligung denkbar, soweit die weiblichen Angestellten weniger Möglichkeiten hatten, eine so gründliche Berufsausbildung zu erwerben wie die männlichen Arbeitnehmer, oder diese Möglichkeiten in geringerem Maße genutzt haben (EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - C-109/88 [Danfoss], Rn. 21ff.).

Wenn dargelegt ist, dass die nachteilige Wirkung also typischerweise überwiegend Angehörige eines Geschlechtes trifft, ist zu vermuten, dass gerade die Geschlechtszugehörigkeit maßgebliche Ursache der Entgeltbenachteiligung ist (BAG, Urteil vom 23. Februar 1994, NZA 1994, 1136; BAG, Urteil vom 18. Oktober 2005, NZA 2006, 1159; BAG, Urteil



vom 27. Januar 2011, NZA 2011, 1361; EuGH, Urteil vom 17.7.2014 – C-173/13 [Leone und Leone]; ErfK-Schlachter, AGG § 3 Rn. 9; Dahm, BB 2010, 1792, 1793). In diesem Fall hat der Arbeitgeber den Nachweis zu erbringen, dass der Unterschied durch Faktoren sachlich gerechtfertigt ist, die nicht auf einer Geschlechterdiskriminierung fußen, sondern der Art der Arbeit geschuldet sind und zu den (legitimen) Bedürfnissen und Zielen des Unternehmens in Beziehung stehen (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 – 8 AZR 488/19, Rn. 62; EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1993 - C-127/92 [Enderby], Rn. 25).

### **b) freie Verhandelbarkeit von Entgelt benachteiligt Frauen**

Zahlreiche wissenschaftliche Studien und repräsentative Umfragen zeigen, dass eine freie Verhandelbarkeit von Gehältern Frauen im Vergleich zu Männern weit überproportional benachteiligt. Frauen verhandeln ihr Entgelt seltener als Männer ((aa)). Dies liegt unter anderem darin begründet, dass Frauen aufgrund verbreiteter stereotypischer Geschlechterbilder in Lohnverhandlungen signifikant schlechter abschneiden als Männer ((bb)). Zudem haben Frauen auch aufgrund externer Faktoren nicht die gleichen Gehaltsverhandlungschancen wie Männer, da sie aus Sicht des Arbeitgebers ein höheres Einsatzrisiko darstellen ((cc)). Die benachteiligende Wirkung von Entgeltverhandlungen verringert sich, wenn der Rahmen, in dem verhandelt wird, transparent und strukturiert ist ((dd)).

#### aa) Frauen verhandeln ihr Entgelt seltener als Männer

Eine von Wissenschaftler\*innen der American Psychological Association (APA) veröffentlichte Studie zu Geschlechtsunterschieden bei der Einleitung von Gehaltsverhandlungen aus dem Jahr 2007 stellte fest, dass Männer statistisch gesehen 10,6-mal wahrscheinlicher als Frauen ein höheres Geld verhandeln. In dem Experiment mit 74 Proband\*innen stellte sich heraus, dass die beteiligten Frauen seltener davon ausgingen, dass es überhaupt eine Verhandlungsmöglichkeit gab. Selbst wenn ein Hinweis auf die Verhandelbarkeit erfolgte, forderten Männer gleichwohl mit einer 8,3-mal höheren Wahrscheinlichkeit ein höheres Gehalt (Small/ Gelfand/ Babcock/ Gettman, Who goes to the bargaining table? The influence of gender and framing on the initiation of negotiation, 2007, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 1.).

Auch deutsche Untersuchungen auf diesem Gebiet kommen zu ähnlichen Ergebnissen. So bestätigte eine Studie der Hochschule Pforzheim aus dem Jahr 2012 in einem Simulationsexperiment, dass 60,1 % der Frauen ohne weitere Verhandlungen ein Gehaltsangebot annahmen, das 15 % unter dem von ihnen anfänglich angegebenen Gehalt lag, während sich nur 30,3 % der männlichen Probanden darauf einließen (Wüst/ Burkart, Schlecht gepokert?

Warum schneiden Frauen bei Gehaltsverhandlungen schlechter ab als Männer?, 2012, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 2).

Dass Frauen weniger als Männer verhandeln, zeigt auch eine erst kürzlich veröffentlichte Befragung von Berufstätigen im Alter zwischen 25 und 55 Jahren des Berufsnetzwerks LinkedIn in Deutschland. Demzufolge gaben 41% der ca. 2.000 befragten berufstätigen Frauen an, noch nie ihr Gehalt verhandelt zu haben, bei den Männer betrug der Anteil nur 25 % (LinkedIn, Studie zum internationalen Frauentag, vgl. Anlage 4 Nr. 3.).

Ob ein\*e Arbeitnehmer\*in Gehaltsverhandlungen führt, ist ganz wesentlich auch davon abhängig, ob die Person in Teilzeit oder in Vollzeit arbeitet. Die Auswertung einer Datenset-Analyse der University of Warwick (UK) mit einer Stichprobe von ca. 4.600 Arbeitnehmer\*innen aus dem Jahr 2014 ergab, dass der Eintritt in Gehaltsverhandlungen mit dem Arbeitspensum der Arbeitnehmenden im Zusammenhang steht: Wer nicht in Vollzeit arbeitet, fragt statistisch seltener nach Gehaltserhöhungen (Arzt/ Goodall/ Oswald, Do Women Ask?, 2016, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 4.).

Dies gilt zwar für Männer und Frauen gleichermaßen, wirkt sich aber bei Frauen weitaus häufiger aus. 47,8 % der abhängig beschäftigten Frauen arbeiten in Teilzeit, während es nur 10,6 % der abhängig beschäftigten Männer tun (Eurostat, Teilzeitbeschäftigung als Prozentsatz der gesamten Beschäftigung, nach Geschlecht und Alter (%), 2021, [https://ec.europa.eu/eurostat/de/web/products-datasets/-/LFSQ\\_EPPGA](https://ec.europa.eu/eurostat/de/web/products-datasets/-/LFSQ_EPPGA), zuletzt abgerufen: 17. November 2021).

#### bb) Frauen erzielen schlechtere Verhandlungsergebnisse

Wenn Frauen ihr Entgelt verhandeln, erzielen sie signifikant schlechtere ökonomische Ergebnisse als Männer. Diese These wurde bereits 1999 durch eine Meta-Analyse der DePaul University (Chicago) verifiziert. Ausgewertet wurden 21 Studien auf dem betreffenden Gebiet im Zeitraum von 1990 bis 1996 mit insgesamt 3.496 Teilnehmenden (Stuhlmacher/ Walters, Gender differences in negotiation outcome: A meta analysis, 1999, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 5.).

An diese Studie knüpft eine von Wissenschaftler\*innen der American Psychological Association (APA) veröffentlichte Meta-Analyse aus dem Jahr 2014 an, für die 51 empirische Studien mit insgesamt 10.888 Teilnehmenden im Zeitraum von 1999 bis 2012 zu diesem Thema ausgewertet wurden. Auch diese Analyse bestätigt, dass Männer signifikant bessere ökonomische Ergebnisse bei Verhandlungen erzielen als Frauen (Mazei/ Hüffmeiner/ Freund/ Stuhlmacher, Meta-Analysis on Gender Differences in Negotiation Outcomes and Their Moderators, 2014, vgl. für eine umfassende

Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 6, so auch: Arzt/ Goodall/ Oswald, Do Women Ask?, 2016, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 4.).

Im Rahmen einer vom Bundesministerium für Frauen, Senioren, Familie und Jugend in Auftrag gegebenen Studie der Frankfurt University of Applied Science wurden 735 Führungskräfte zum Thema „geschlechtsspezifische Verhandlungskompetenzen“ im März und April 2017 befragt. Die Studie schließt mit der Feststellung, dass jeder dritte Mann im Verlauf der vergangenen fünf Jahre mehr als zwei Gehaltserhöhungen hatte, bei den Frauen war es nur jede fünfte. Das Ergebnis der von den Teilnehmenden jeweils letzten Gehaltsverhandlung fiel für Männer im Durchschnitt deutlich besser aus als für Frauen. So konnten 38,8 % der Männer, aber nur 26,6 % der Frauen ihr Gehalt um mehr als 10 % verbessern (Voigt/ Ruppert, Follow-up-Studie: Gendertypische Verhandlungskompetenz und ihre Auswirkungen auf Gehalts- und Aufstiegsverhandlungen, 2018, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 7.).

Die Ursachen hierfür sind vielschichtig und liegen in den sozialtypischen Verhaltensweisen von Männern und Frauen begründet. Die sozial erwarteten Geschlechterrollen haben einen direkten Einfluss auf den Verhandlungserfolg. Die soziale Rolle von Frauen wird gemeinhin mit den Attributen der Empathie, Fürsorge und Einsatzbereitschaft für Dritte assoziiert. Dies führt nicht nur dazu, dass es Frauen typischerweise schwerer fällt, in Verhandlungssituationen mit dem gebotenen Nachdruck für ihre eigenen Interessen einzutreten. Weichen Frauen von dieser sozialen Rolle ab, erschweren sich auch ihre Verhandlungsbedingungen. Verhaltensweisen, die die ökonomischen Verhandlungsergebnisse potenziell verbessern würden – wie etwa ein starkes Durchsetzungsvermögen – stimmen nicht mit den an sie gerichteten sozialen Erwartungen überein (Mazei/ Hüffmeiner/ Freund/ Stuhlmacher, Meta-Analysis on Gender Differences in Negotiation Outcomes and Their Moderators, 2014, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 6.).

Dass sich diese stereotypen Rollenbilder in konkreten Verhandlungssituationen nachteilig auf die Verhandlungsergebnisse von Frauen auswirken, bestätigt eine empirische Studie der Harvard University (Harvard Kennedy School) aus dem Jahr 2006. Die Analyseergebnisse auf Grundlage von simulierten Bewerbungsgesprächen zeigten, dass Frauen fünfeinhalb mal öfter als Männer dafür sanktioniert wurden, wenn sie von sich heraus verhandelten. Diese Frauen wurden von den Teilnehmer\*innen aufgrund ihrer Verhandlungsweise als „nicht nett“ und „zu fordernd“ wahrgenommen. Für Männer wurde eine entsprechende Beobachtung nicht gemacht (Bowles/ Babcock/Lei, Social incentives for gender differences in the propensity to initiate negotiations: Sometimes it does hurt to ask, 2006, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4, Nr. 8.).

Ähnliche Ergebnisse erzielte eine im Jahr 2011 veröffentlichte Studie der University of Queensland, Australien, die herausfand, dass Frauen, die einen männlichen Kommunikationsstil in Verhandlungssituationen einnahmen, weniger sympathisch wahrgenommen wurden. Zudem fand man heraus, dass die Adaptation männlicher Verhaltensweisen gerade nicht zu dem gleichen Erfolg in der Verhandlungssituation führte, wie bei Männern (Von Hippel/ Wiryakusuma/ Bowden/ Shochet, Stereotype threat and female communication styles, 2011, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 9.).

Frauen passen daher ihr Verhalten bereits im Vorhinein an die von ihnen erwarteten Verhaltensweisen an. So zeigte eine Untersuchung von Wissenschaftler\*innen der University of Pennsylvania, der University of Maryland und der Carnegie Mellon University (USA), dass Frauen die Vorstellung, Vorteile für sich zu verhandeln, als einschüchternd empfinden und in entsprechenden Situationen nervöser sind. In der Folge verhandeln sie seltener (Small/ Gelfand/ Babcock/ Gettman, Who goes to the bargaining table? The influence of gender and framing on the initiation of negotiation, 2007, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 1).

Zudem unterschätzen Frauen oftmals den Wert ihrer Fähigkeiten und damit ihre Verhandlungsposition. Eine Studie der Freien Universität Berlin aus dem Jahr 2003 zeigte, dass weibliche Probandinnen sich in einer realitätsnahen Bewerbungssituation deutlich weniger erfolgreich einschätzen als männliche Probanden. Während Männer sich mit ihrer objektiven Leistung meist überschätzen, war bei Frauen im Vergleich eine starke Selbstunterschätzung zu beobachten. Wenn Frauen jedoch ihr eigenes Potential unterschätzen, dann ist es auch unwahrscheinlicher, dass es ihnen gelingt, ihr Gegenüber von einer Gehaltserhöhung zu überzeugen (Sieverding, Frauen unterschätzen sich: Selbstbeurteilungs-Biases in einer simulierten Bewerbungssituation, 2003, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 10.).

Dies korreliert auch mit den Ergebnissen der bereits zitierten Studie der Hochschule Pforzheim, in der gezeigt wurde, dass Frauen in den Situationen, in denen sie überhaupt verhandeln, bei gleicher Qualifikation ein geringeres Anfangsgehalt fordern als männliche Bewerber. Bemerkenswert ist hierbei, dass das geforderte Anfangsgehalt sogar noch unter dem Gehalt liegt, das die Frauen in Ansehung ihrer Qualifikation selbst als angemessen empfinden. So nannten 44,4 % der Frauen im Verhandlungsgespräch ein geringeres Einstiegsgehalt als jenes, das ihren eigentlichen Vorstellungen entspricht. Nur 25,7 % der Männer gingen so vor. Die Studie zeigt darüber hinaus, dass Frauen flexible Arbeitszeiten, Teilzeitmöglichkeiten und Heimarbeit wichtiger sind als Männern und sie sich im Austausch mit weniger Gehalt zufriedengeben – selbst wenn dieses Gehalt dem Wert ihrer Arbeit nicht entspricht (Wüst/ Burkart, Schlecht gepokert? Warum schneiden Frauen bei

Gehaltsverhandlungen schlechter ab als Männer?, 2012, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 2.).

### cc) Höheres Einsatzrisiko

Frauen haben in Verhandlungen auch deswegen nicht die gleichen Erfolgchancen, weil sie für Arbeitgeber\*innen ein höheres „Einsatzrisiko“ darstellen. Aus familiären Gründen arbeiten Frauen überproportional häufig in Teilzeit, was der Arbeitgeber organisatorisch kompensieren muss. Hinzu kommen die höhere Wahrscheinlichkeit von Laufbahnunterbrechungen aufgrund von Mutterschutz, Elternzeit oder Pflege von kranken Angehörigen. So heißt es in Erwägungsgrund 10 der Richtlinie EU 2019/1158 EU (Elternrichtlinie):

*„Frauen sind vor allem auch deshalb am Arbeitsmarkt unterrepräsentiert, weil sich berufliche und familiäre Pflichten nur schwer vereinbaren lassen. Frauen mit Kindern sind häufig in geringerem Stundenausmaß bezahlt beschäftigt und wenden mehr Zeit für unbezahlte Betreuungs- und Pflegeaufgaben auf. Auch die Erkrankung oder Pflegebedürftigkeit von Angehörigen wirkt sich nachweislich negativ auf die Erwerbstätigkeit von Frauen aus und führt sogar dazu, dass manche Frauen ganz aus dem Arbeitsmarkt ausscheiden“.*

Diese Umstände können zwar auch Männer treffen, in der Mehrzahl der Fälle übernehmen jedoch Frauen diese mit der Berufstätigkeit konkurrierenden unbezahlten Pflichten.

Auch für Frauen ohne solche Sorgeverpflichtungen ist diese Struktur nachteilig. So weist der EuGH in der Rechtssache Marschall darauf hin, dass Vorurteile und stereotypische Vorstellungen über die Rolle und Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben ihre Karrierechancen negativ beeinflussen. In dem zu entscheidenden Fall ging es um die Chancengleichheit bei einer Beförderung, die Erwägungen sind jedoch gleichermaßen auf die Entgeltfestsetzung bei Einstellung übertragbar.

*„Es zeigt sich jedoch, [...] daß selbst bei gleicher Qualifikation die Tendenz besteht, männliche Bewerber vorrangig vor weiblichen Bewerbern zu befördern; dies hängt vor allem mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben und z. B. mit der Befürchtung zusammen, daß Frauen ihre Laufbahn häufiger unterbrechen, daß sie ihre Arbeitszeit aufgrund häuslicher und familiärer Aufgaben weniger flexibel gestalten oder daß sie durch Schwangerschaften, Geburten und Stillzeiten häufiger ausfallen. Aus diesen Gründen bedeutet allein die Tatsache, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, nicht, daß sie gleiche Chancen haben“ (EuGH, Urteil vom 11. November 1997 - C-409/95 [Marschall], Rn. 29f.).*

Diese Umstände können die Bereitschaft eines Arbeitgebers verringern, auf Lohnforderungen von Frauen einzugehen; zugleich können sie dazu beitragen, dass Frauen aufgrund dieser bekannten „Risiken“ Sorge haben, bei zu hohen Forderungen erst gar nicht eingestellt zu werden und daher nicht oder deutlich zurückhaltender verhandeln als Männer, die sich diese Sorgen nicht machen müssen (Wüst/ Burkart, Schlecht gepokert? Warum schneiden Frauen bei Gehaltsverhandlungen schlechter ab als Männer?, 2012, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 1 Nr. 2.).

#### (dd) transparenter Verhandlungsrahmen

Geschlechtsspezifische Unterschiede zugunsten von Männern können in Unternehmen abgebaut werden. So kommt die Studie von Mazei et al. aus dem Jahr 2014 zu dem Ergebnis, dass sich die benachteiligende Wirkung von Lohnverhandlungen verringert, wenn Gehaltsverhandlungen transparenter und strukturierter gestaltet werden. Wenn Individuen wenig über die Grenzen des Verhandlungsspielraums und die angemessenen Standards für eine Einigung wissen, steigt die Gefahr für Ungleichbehandlungen. Je unklarer die Verhandlungssituation ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass geschlechtsspezifische Faktoren (wie z.B. soziale Rollenerwartungen und Verhaltensweisen) das Verhandlungsergebnis beeinflussen. Diesen Unsicherheiten kann durch die transparente Gestaltung von Verhandlungspraxen begegnet werden, zum Beispiel durch die Information über die potentielle Verhandlungsspanne, das Festlegen eines Mindestgehalts oder Gehaltsstufen sowie durch das Vorgeben von festen Verhandlungskriterien (Mazei/ Hüffmeiner/ Freund/ Stuhlmacher, Meta-Analysis on Gender Differences in Negotiation Outcomes and Their Moderators, 2014, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 6.). Ein anderer Ansatz ist die strukturelle Etablierung und Normalisierung von Verhandlungen innerhalb der Organisationskultur. Die Studie von Small et al. aus dem Jahr 2007 fand heraus, dass für Frauen die Aussicht, nach Gehaltserhöhungen gefragt zu werden, viel weniger einschüchternd ist, als die Aussicht, selbst die Verhandlung zu initiieren. Dies bedeutet, dass ein aktiver Hinweis auf Verhandlungsmöglichkeiten die Rate der Verhandlungsanbahnung von Frauen erhöhen kann (Small/ Gelfand/ Babcock/ Gettman, Who goes to the bargaining table? The influence of gender and framing on the initiation of negotiation, 2007, vgl. für eine umfassende Zusammenfassung Anlage 4 Nr. 1).

#### ee) Fazit: mittelbare Diskriminierung

Das auf den ersten Blick geschlechtsneutrale Kriterium des Verhandlungsgeschicks wirkt sich damit typischerweise negativ für Frauen aus: Sie verhandeln seltener und erzielen schlechtere Verhandlungsergebnisse. Dieser Effekt verstärkt sich, wenn die Verhandlungssituation intransparent

ausgestaltet ist. Damit erfüllt die Entgeltdifferenzierung aufgrund von Verhandlungsgeschick die Definition der mittelbaren Diskriminierung. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verhandlungssituation nicht so ausgestaltet wird, dass die diskriminierenden Effekte verringert werden.

### **c) diskriminierende Wirkung im konkreten Fall**

Die dargelegten Studien und Umfragen begründen auch für den konkreten Fall die Vermutung, dass sich die freie Verhandelbarkeit des Gehalts für die Klägerin aufgrund ihres Geschlechts nachteilig ausgewirkt hat. Insbesondere haben sich einige der beschriebenen, benachteiligenden Faktoren hier konkret realisiert: die Klägerin hat aus familiären Gründen individualvertraglich 20 Tage zusätzlichen unbezahlten Urlaub und damit eine vertikale Teilzeit vereinbart. Das ihr angebotene Entgelt hat sie hingegen nicht verhandelt. Dies deckt sich mit dem Befund, dass Beschäftigte, die in Teilzeit arbeiten (überwiegend Frauen), statistisch deutlich seltener nach einem höheren Gehalt fragen.

Bezeichnenderweise stellt auch die Beklagte in ihrem Vortrag darauf ab, dass der von der Klägerin verhandelte Wunsch nach 20 zusätzlichen, unbezahlten Sonderurlaubstagen pro Jahr für die Beklagte mit erheblichen finanziellen und organisatorischen Mehrbelastungen verbunden sei, immerhin generiere die Klägerin in dieser Zeit keinen Umsatz, sei nicht ansprechbar und andere Kollegen müssen die Abwesenheit kompensieren, dennoch (!) entschied man sich, den Vertrag der Klägerin zur Grundvergütung von 3.500,- € abzuschließen (Beklagtschriftsatz vom 14.08.2019, Seite 5). Das belegt auch im konkreten Fall, dass die Beklagte nicht frei von Geschlechtsstereotypen verhandelt.

Das auf den ersten Blick geschlechtsneutrale Kriterium des Verhandlungsgeschicks wirkt sich nicht nur typischerweise negativ für Frauen aus, sondern benachteiligt die Klägerin hier konkret.

Diese mittelbare Diskriminierung ist nicht gerechtfertigt. Auf Kriterien und Faktoren, die im Ergebnis Frauen stärker nachteilig betreffen als Männer, kann eine Entgeltdifferenzierung nur gestützt werden, wenn sie der Art der Arbeit geschuldet sind und zu den (legitimen) Bedürfnissen und Zielen des Unternehmens in Beziehung stehen (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 – 8 AZR 488/19, Rn. 62; EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1993 - C-127/92 [Enderby], Rn. 25). Das ist hier nicht der Fall, wie unter II. 1 cc) und dd) ausführlich dargelegt wurde.

### **ee) spätere Entgelterhöhungen der männlichen Mitarbeiter**

Die Entgelterhöhung für Herrn G. lässt sich wie gezeigt nicht mit dem höheren Dienstalter rechtfertigen.

Soweit das Landesarbeitsgericht für die Entgelterhöhung mit Herrn P. darauf abstellt, dass die Beklagte bereits bei Einstellung „im Zuge der Gewinnung des Mitarbeiters“ eine Zusage getroffen hat, das Grundgehalt nach 18 Monaten um 500 € zu erhöhen, gelten die unter II. 1. c) cc) und dd) getroffenen Ausführungen. Weder hat die Beklagte zeigen können, dass die Marktlage besondere finanzielle Anreize erforderlich gemacht hat, noch können individuelle vertragliche Vereinbarungen ohne Bezug zur Arbeit einen Entgeltunterschied zwischen zwei Angestellten unterschiedlichen Geschlechts rechtfertigen (dazu ausführlich unter II. 1. c) cc) und dd)).

Soweit das Landesarbeitsgericht damit argumentiert, die Beklagte durfte sich legitimerweise darauf stützen, dass sie Herrn P. die Nachfolge der ausscheidenden Frau U. versprach, so ist das widersprüchlich, denn nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts übten die Klägerin, Herr P. (und auch Herr G.) gleichwertige Arbeit aus (nach Ansicht der Klägerin gleiche Arbeit). Die Arbeit verändert sich nicht durch die Nachfolge, d.h. den Personalaustausch. Herr P. rückte nicht in eine gehobene Position oder in eine Arbeitsstelle mit weitergehenden Befugnissen oder besser dotierten Aufgaben nach, sondern die Arbeit blieb gleich. Bloße Personalnachfolge ist deshalb kein geeignetes Rechtfertigungskriterium für bessere Bezahlung. Einen Entgeltunterschied bei gleicher/gleichwertiger Arbeit muss die Beklagte mit objektiven, arbeitsbezogenen Kriterien erklären, der Besitzstand einer ausgeschiedenen Kollegin gehört nicht dazu.

Soweit das Landesarbeitsgericht darauf abstellt, dass die vereinbarte Gehaltserhöhung des Herrn P. nur bei Bewährung nach 18 Monaten eintreten sollte und Herr P. sich ausweislich der Protokolle der Mitarbeitergespräche bewährt habe, bestehen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH Zweifel bereits an der Zulässigkeit einer solchen Vorab-Vereinbarung. Zudem besteht bei der Entgeltdifferenzierung nach Qualitätskriterien bei gleicher Arbeit der Verdacht, dass geschlechtsbezogene Faktoren eine Rolle spielen. Jedenfalls aber war das Grundentgelt bei der Beklagten nicht leistungsabhängig, weshalb das Landesarbeitsgericht insoweit zutreffend auch nicht auf Leistung als Differenzierungskriterium abgestellt hat.

Eine bereits bei Einstellung getroffene Zusage, dass eine Gehaltserhöhung bei Bewährung erfolgt, ist schon deswegen nicht zulässig, weil damit eine voraussichtliche Qualität der Arbeitsleistung antizipiert wird. Die Formulierung „bei Bewährung“ impliziert bereits, dass beim üblichen Verlauf des Arbeitsverhältnisses die Gehaltserhöhung eintreten wird. In der Rechtssache „Brunnhof“ hat der EuGH jedoch klargestellt, dass in der Person von Beschäftigten liegende Umstände, die sich bei einer Einstellung nicht objektiv bestimmen lassen, sondern sich erst während der Ausübung der im Zusammenhang mit der Einstellung übertragenen Tätigkeit herausstellen, keine objektiven Faktoren sind und einen Entgeltunterschied bei der



Übertragung einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit an Personen verschiedenen Geschlechts nicht rechtfertigen können, wenn diese Unterscheidung schon bei der Einstellung erfolgen soll. Das gilt insbesondere für die Einschätzung der persönlichen Leistungsfähigkeit oder der voraussichtlichen Qualität der erbrachten Leistungen (EuGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99 [Brunnhofer], Rn. 76).

Der EuGH geht in seinen Aussagen noch weiter: Ein Arbeitgeber kann die Zahlung eines unterschiedlichen Entgelts nur dann mit der Qualität der Leistungen, die bei der tatsächlichen Verrichtung der den betroffenen Arbeitnehmern ursprünglich übertragenen Arbeit erbracht werden, begründen, wenn er ihnen unterschiedliche Aufgaben zuweist, z.B. indem er einen Angestellten, dessen Leistungen sich nicht als den Erwartungen entsprechend herausstellen, auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt. Verrichten Betroffene tatsächlich die gleiche oder zumindest eine gleichwertige Arbeit, so lässt sich nämlich bei der Begründung einer Ungleichbehandlung mit der späteren Beurteilung der Leistungen der betroffenen Arbeitnehmer nicht ausschließen, dass Überlegungen, die auf dem unterschiedlichen Geschlecht der Betroffenen beruhen, eine Rolle spielen (EuGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99 [Brunnhofer], Rn. 77, 79).

Die Bewährung des Herrn P. ist kein legitimes Unterscheidungskriterium, denn auch die Klägerin hatte sich bewährt. Die Beklagte bewertete auch die Leistungen der Klägerin in den Protokollen der Mitarbeitergespräche mit überdurchschnittlich und ebenso wie bei Herrn P. mit „wirklich gut“ (Anlage B 15 – Protokoll Klägerin vom 09. Februar 2018 und Anlage B 16 – Protokoll Herr P. vom 09. Februar 2018).

#### **ff) gedeckeltes Tarifentgelt ab 01. August 2018**

Die Entgeltdifferenz zwischen der Klägerin und ihren männlichen Kollegen im Vertriebsaußendienst nach Inkrafttreten des Haustarifvertrages sind entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht durch die in § 18 des Tarifvertrags enthaltene Deckelung gerechtfertigt.

Verwendet der Arbeitgeber ein Entgeltsystem, müssen nach § 4 Abs. 4 EntgTranspG und Art. 4 Satz 2 der Richtlinie 2006/54/EG dieses Entgeltsystem als Ganzes und auch die einzelnen Entgeltbestandteile so ausgestaltet sein, dass eine Benachteiligung wegen des Geschlechts ausgeschlossen ist (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 66f., unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 01. Juli 1986 - 237/85 [Rummler], Rn. 13, 15, 23; EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989, 109/88 [Danfoss], Rn. 12f., 15). Erforderlich ist zudem eine konsequent geschlechtsneutrale Auslegung und Anwendung der Kriterien der Entgeltdifferenzierung. Denn nach Art. 4 Satz 1 der Richtlinie 2006/54/EG soll bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, mittelbare und unmittelbare

Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen beseitigt werden. Damit geht es nicht nur darum, geschlechtsneutrale Kriterien aufzustellen; die Kriterien müssen in der betrieblichen Praxis auch geschlechtsneutral ausgelegt und auf alle männlichen wie weiblichen Beschäftigten, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten und deshalb zur maßgeblichen Vergleichsgruppe gehören, geschlechtsneutral angewendet werden. Auch dies ist vom Arbeitgeber substantiiert darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 68).

§ 18 des Tarifvertrags ist vor diesem Hintergrund so auszulegen, dass die Deckelung nur auf Lohnvereinbarungen anwendbar ist, die rechtmäßig sind, nicht jedoch auf diskriminierende Lohnvereinbarungen. Da zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Tarifvertrags eine verbotene Ungleichbehandlung gemäß Art. 157 AEUV, § 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, § 7 EntgTranspG vorlag, hätte die Beklagte § 18 Tarifvertrag auf die Klägerin nicht anwenden dürfen, sondern hätte stattdessen dasselbe Grundgehalt wie bei den männlichen Kollegen zugrunde legen müssen.

Legt man § 18 Tarifvertrag hingegen so aus, dass dadurch vorherige Diskriminierungen fortgesetzt werden dürfen, so wirkt sich der Tarifvertrag selbst unmittelbar diskriminierend aus.

Denn in dieser Auslegung würde § 18 des Tarifvertrags die zuvor bereits bestehende Diskriminierung fortführen. Schlimmer noch: Diese Entgeltdiskriminierung könnte aufgrund der Regelung in § 18 des Tarifvertrages von der Beklagten nun nicht mehr ohne Hinwegsetzung über die tarifvertragliche Regelung beseitigt werden, denn ausgehend vom Wortlaut der Regelung erfolgt die Anpassung um nicht mehr als 120,- € pro Jahr in den Jahren 2018 bis 2020 und die verbleibende Differenz wird als Anpassungsbetrag ausgewiesen, kommt aber nicht zur Auszahlung. Anstatt also ein diskriminierungsfreies Entgeltsystem zu schaffen, würde durch die Regelung in § 18 des Tarifvertrags die Diskriminierung wegen des Geschlechts endgültig festgeschrieben (EuGH, Urteil vom 28. Januar 2015 - C-417/13 [Starjakob], Rn. 29ff., 39f. zur endgültigen Festschreibung einer Diskriminierung aufgrund des Alters).

Zudem übersieht das Landesarbeitsgericht, dass der Tarifvertrag auch in der konkreten Anwendung durch die Beklagte nicht diskriminierungsfrei war. Die Beklagte hat einen Monat vor Inkrafttreten des Tarifvertrags das Grundentgelt des Herrn P. und einen Tag vor Inkrafttreten des Tarifvertrags das Grundentgelt mit Herrn G. individualvertraglich erhöht. Eine Erhöhung des Grundentgelts der Klägerin erfolgte vor Inkrafttreten des Tarifvertrags nicht. Zudem wurde die Klägerin erst auf ihre Beschwerde hin in die zutreffende Tarifgruppe eingruppiert.

Der Zweck der Deckelungsabrede, die durch Inkrafttreten des Tarifvertrages eintretende wirtschaftliche Belastung zu dämpfen, steht nicht entgegen, denn es handelt sich dabei nicht um ein geeignetes und objektives Kriterium. Finanzielle Erwägungen der Beklagten können eine Diskriminierung nicht rechtfertigen.

Wenn der Arbeitgeber sparen muss, so kann er das nicht einseitig zu Lasten eines Geschlechts verwirklichen (EuGH, Urteil vom 24. Februar 1994, C-343/92 [Roks] Rn. 35; EuGH, Urteil vom 23. Oktober 2003, C-4/02, [Schönheit] Rn. 84f.; Urteil vom 20. März 2003, C-187/00, [Kutz-Bauer] Rn. 60; Urteil vom 17. Juni 1998, C-243/95 [Hill u. Stapleton] Rn. 40; Winter, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit, 1998, S. 15).

## **2. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG, Art. 23 Abs. 1 GRCh**

Bei seiner Beurteilung hat das Landesarbeitsgericht den Gehalt der Grundrechte der Klägerin aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG und Art. 23 Abs. 1 GRCh verkannt. Diese Normen schützen gegen Entgeltdiskriminierung und sind bei der Auslegung der §§ 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 7 EntgTranspG zu berücksichtigen:

Der Gleichberechtigungsgrundsatz und das Benachteiligungsverbot umfassen auch den Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau bei gleicher Arbeit. Das ist heute unbestritten (vgl. v. Mangoldt, Komm. z. GG, Art. 3 Anm. 4; Bonner Kommentar z. GG, Art. 3, Anm. I, II 2 b; Rechtsgutachten des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bonn, erstattet von Schmidt-Rimpler, Gieseke, Friesenhahn, Knur = Bonner Gutachten, AöR 76, 168; Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, 1951, S. 4ff., mit zahlreichen weiteren Angaben; Herschel, BB 1950, 92; Molitor, Die arbeitsrechtliche Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes, AcP 151, 385; derselbe BB 1952, 203; Hildegard Krüger, Die Gleichberechtigung im Arbeitsrecht, NJW 1953, 1772; A. Bischoff, BB 1950, 427; Hueck, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, 1951 S. 9f; Nikisch, Arbeitsrecht 2. Aufl. Bd. 1, 1955 S. 302ff; Beitzke RdA 1951, 40; 1953, 281 und in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Bd., 1954 S. 222ff.). Art. 3 Abs. 2 GG ist bei der Auslegung von Vorschriften des einfachen Rechts zu beachten, die die Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben fördern sollen. Namentlich ist „[b]ei Vorschriften, die grundrechtliche Schutzpflichten erfüllen sollen, [...] das maßgebende Grundrecht dann verletzt, wenn ihre Auslegung und Anwendung den vom Grundrecht vorgezeichneten Schutzzweck grundlegend verfehlt.“ (BVerfGE 89, 276, 286). Auch im hiesigen Fall handelt es sich um die Auslegung von Vorschriften, die „wirksamen Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung“ bieten sollen. §§ 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 7 EntgTranspG dienen der Durchsetzung des Verbots der Entgeltdiskriminierung und verfolgen die Ziele des Art. 3 Abs. 2

GG, die Gleichberechtigung der Frau durchzusetzen. §§ 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 7 EntgTranspG sind danach im Lichte des Art. 3 Abs. 2 GG so auszulegen und anzuwenden, dass Frauen bei der Festsetzung ihres Entgelts wirksam vor Benachteiligung wegen des Geschlechts geschützt werden.

Diesen Einfluss des Art. 3 Abs. 2 GG hat das Landesarbeitsgericht grundlegend verkannt. Denn in der Auslegung, die dem Urteil des Landesarbeitsgerichts zugrunde liegt, bieten §§ 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 7 EntgTranspG keinen wirksamen Schutz vor Entgeltdiskriminierung.

Unvereinbar mit Art. 3 Abs. 2 GG sind insbesondere die Voraussetzungen, unter denen das Landesarbeitsgericht die Vermutung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts als widerlegt ansieht. Das aus Art. 3 Abs. 2 GG folgende Gleichberechtigungsgebot stellt strenge Anforderungen an die Zulässigkeit einer Differenzierung. Dies folgt aus der Wertigkeit der Gleichberechtigung für das Zusammenleben. Ein wirkungsvoller Schutz vor Diskriminierungen, wie ihn Art. 3 Abs. 2 GG erreichen will, setzt voraus, dass die Sachgründe zur Rechtfertigung einer Entgeltbenachteiligung über eine reine Willkürprüfung hinausgehen. Ein die unterschiedliche Behandlung der Geschlechter rechtfertigender Grund ist nur dann gegeben, wenn die unterschiedliche Behandlung einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dient, für die Erreichung der unternehmerischen Ziele geeignet und nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist. Insoweit reicht der Gleichberechtigungssatz des Art. 3 Abs. 2 GG wesentlich über den allgemeinen Gleichheitssatz und den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hinaus (BAG, Urteil vom 06. April 1982 - 3 AZR 134/79, Rn. 43, juris; BAG, Urteil vom 14. Oktober 1986 - 3 AZR 66/83).

Das Landesarbeitsgericht unterzieht die Erklärungen der Beklagten hier jedoch einer schlichten Plausibilitätsprüfung und prüft nicht, ob es sich dabei tatsächlich um objektive Kriterien handelte, die ein legitimes Ziel verfolgen, einem wirklichen Bedürfnis des Arbeitgebers entsprechen und in der konkreten Anwendung geeignet, erforderlich und angemessen waren. Vielmehr gesteht es der Beklagten die Berufung auf individuelle Verhandlungen und Vertragsvereinbarungen zu. Könnten sich Arbeitgeber auf diese Weise rechtfertigen, so würde dem Verbot der Entgeltdiskriminierung jede Wirksamkeit genommen. Indem es die Vorschriften der §§ 3, 7 EntgTranspG so auslegte und anwendete, dass sie eine zumindest mittelbar diskriminierende Entgeltgestaltung wie die der Beklagten ermöglichen, obwohl sie sich gerade gegen Entgeltdiskriminierung richten, hat das Landesarbeitsgericht auch die Ausstrahlungswirkung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verkannt und daher rechtsfehlerhaft entschieden.

Aus den genannten Gründen verletzt die angefochtene Entscheidung des Landesarbeitsgerichts die Klägerin auch in ihrem europäischen Grundrecht auf Entgeltgleichheit aus Art. 23 Abs. 1 GRCh.

Nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh finden die Unionsgrundrechte bei der Durchführung von Unionsrecht Anwendung. Bei der Prüfung von Entgeltgleichheitsklagen wie der vorliegenden führen die nationalen Gerichte in diesem Sinne Unionsrecht durch. Dies folgt zum einen daraus, dass schon die Anspruchsgrundlage – auch hier – unmittelbar dem europäischen Primärrecht (Art. 157 Abs. 1 AEUV) entnommen wird. Darüber hinaus gibt es seit langem sekundärrechtliche Regelungen, die inzwischen in Art. 4, 14 Abs. 1 lit. c und 19 der Richtlinie 2006/54/EG (GleichbehandlungsRL) verankert sind. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 157 Abs. 1 AEUV ist zugleich maßgeblich für die Auslegung von Art. 23 Abs. 1 GRCh (Kugelman, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1, 2010, § 160 Rn. 71). Art. 23 Abs. 1 GRCh ist hier verletzt, weil die Klägerin für die gleiche (jedenfalls – so das Landesarbeitsgericht – gleichwertige) Arbeit weniger Entgelt erhielt als ihre beiden männlichen Kollegen und die Beklagte die sich hieraus ergebende Vermutung einer unmittelbaren Entgeltdiskriminierung nicht widerlegt hat (dazu ausführlich unter II. 1.).

### **3. Begründetheit der Klage bei rechtsfehlerfreier Anwendung des Art. 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG**

Bei rechtsfehlerfreier Anwendung des Art 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG und Wahrung der Grundrechte aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG und Art. 23 Abs. 1 GRCh hätte das Landesarbeitsgericht der Berufung der Klägerin stattgeben müssen. Die festgestellten Tatsachen sind nicht geeignet, die Entgeltunterschiede zwischen der Klägerin und ihren männlichen Vertriebskollegen sachlich zu rechtfertigen. Somit liegt eine verbotene Ungleichbehandlung gemäß Art. 157 AEUV und §§ 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 7 EntgTranspG und Verstoß gegen Grundrechte vor.

#### **a) Anspruch auf Zahlung der Entgeltdifferenz**

Wird – wie hier – eine unionsrechtswidrige Diskriminierung festgestellt und sind bislang keine Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung getroffen worden, können die Gerichte die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung nur dadurch gewährleisten, dass den Angehörigen der benachteiligten Gruppe dieselben Vorteile gewährt werden wie die, die den Angehörigen der privilegierten Gruppe zugutekommen, wobei diese Regelung, solange das Unionsrecht nicht richtig durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 75, mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 07. Oktober 2019 - C-171/18 [Safeway], Rn. 17, 40 jeweils m.w.N.; EuGH, Urteil vom 28. Januar

2015 - C-417/13 [Starjakob], Rn. 46; EuGH, Urteil vom 19. Juni 2014 - C-501/12 bis C-506/12 [Specht ua.], Rn. 95; EuGH, Urteil vom 22. Juni 2011 - C-399/09 [Landtov], Rn. 51 m.w.N.; EuGH, Urteil vom 21. Juni 2007 - C-231/06 bis C-233/06 [Jonkman ua.], Rn. 39 m.w.N.; EuGH, Urteil vom 28. September 1994 - C-408/92 [Avdel Systems], Rn. 15f.; EuGH, Urteil vom 07. Februar 1991 - C-184/89 [Nimz], Rn. 18ff. m.w.N.; EuGH, Urteil vom 08. April 1976, 43/75 [Defrenne II], Rn. 15; BAG, Urteil vom 22. Oktober 2015 - 8 AZR 168/14, Rn. 62 m.w.N.).

Für diese Rechtsfolge bedarf es keiner weiteren Regelung; sie folgt bereits aus dem Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, Rn. 75, juris; BAG, Urteil vom 22. Oktober 2015 - 8 AZR 168/14, Rn. 62; BAG, Urteil vom 10. Dezember 1997 - 4 AZR 264/96, Rn. 32; BAG, Urteil vom 09. September 1981 - 5 AZR 1182/79, BAGE 36, 187-199, Rn. 38 f.)

## **b) Entschädigungsanspruch**

Die unmittelbare Entgeltdiskriminierung begründet einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Hätte das Landesarbeitsgericht den Verstoß gegen das Verbot der Entgeltdiskriminierung aus Art 157 AEUV, §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG nicht in rechtsfehlerhafter Weise verkannt, hätte es nicht nur den Entgeltdifferenzanspruch zuerkennen müssen, sondern auch dem Antrag auf Entschädigung stattgeben müssen.

Die Höhe der angemessenen Entschädigung hängt von einem Ermessenspielraum ab, so dass die Bemessung des Anspruchs grundsätzlich Sache des Tatsachengerichts ist und vom Revisionsgericht eingeschränkt darauf überprüft werden kann, ob die Rechtsnorm zutreffend ausgelegt worden ist, überhaupt ein Ermessen ausgeübt wurde und ob das Berufungsgericht von seinem Ermessen fehlerfrei Gebrauch gemacht hat, indem es sich mit allen für die Bemessung der Entschädigung maßgeblichen Umständen ausreichend auseinandergesetzt und nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen (BAG, Urteil vom 28. Mai 2020 - 8 AZR 170/19).

Bei zweifelsfreier Sachlage darf auch das Revisionsgericht eine Ermessensentscheidung nachholen (BGH, Urteil vom 30. April 1993, V ZR 234/91; BGH, Urteil vom 23. Juni 1995, V ZR 265/93; BGH, Beschluss vom 02. Oktober 1996, XII ZB 1/94; BAG, Urteil vom 28. Mai 2020 - 8 AZR 170/19; Hebler, in: Zöller, 33. Aufl. 2020, ZPO § 546 Rn. 14; Musielak/Voit/Ball, 18. Aufl. 2021, ZPO § 546 Rn. 14).

Das gilt auch dann, wenn, wie hier, das Berufungsgericht, weil es ihm entbehrlich erschien, den Ermessenstatbestand nicht abschließend geprüft hat (Musielak/Voit/Ball, 18. Aufl. 2021, ZPO § 546 Rn. 14).

Hier reichen die vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen aus, um abschließend über die angemessene Höhe der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG entscheiden zu können:

- Die Klägerin verdiente im Zeitraum 01.03.2017 bis 30.10.2017 monatlich 1.000 € brutto geringeres Entgelt als die beiden männlichen Arbeitnehmer, die gleiche Arbeit verrichteten.
- Die Klägerin verdiente bei Verrichtung gleicher Arbeit im Zeitraum 01.07.2018 bis 31.07.2019 monatlich 500 € brutto weniger als der Arbeitnehmer P. und mindestens monatlich 500 € brutto weniger als der Arbeitnehmer G..
- Die Änderungsvereinbarungen mit den beiden männlichen Arbeitnehmern zu deren Entgelterhöhung schloss die Beklagte mit Herrn G. einen Tag vor Inkrafttreten des Haustarifvertrages, mit Herrn P. knapp einen Monat vor Inkrafttreten des Haustarifvertrages in Kenntnis des Umstandes, dass der Haustarifvertrag die Deckelung von 120 € monatlich ausgehend vom zuletzt individuell vereinbarten Entgelt vorsieht, so dass bekannt war, dass trotz gleicher Eingruppierung der Klägerin und des Herrn P. ein Entgeltunterschied im streitigen Zeitraum von 500,- € monatlich verbleibt.
- Die Beklagte verlangte von Herrn P. bei Abschluss der Änderungsvereinbarung vom 02./03. Juli 2018: „Wir möchten Sie bitten, dieses Schreiben streng vertraulich zu behandeln“ (Anlage B 10, unwidersprochen, siehe Berufungsbeantwortungsschrift vom 06.03.2020 letzte Seite). Bei nur drei vergleichbaren Personen ist augenscheinlich, dass die Vertraulichkeit auf die Klägerin abzielt, denn Herr G. erzielte zuvor schon ein Grundgehalt von wenigstens 4.000 € brutto und ab 01.08.2018 bei gleichzeitiger Verringerung seiner Wochenarbeitszeit auf 38 Stunden „außertarifliches Grundgehalt“ von 4.500,- € brutto, ihm wird also die Anhebung für Herrn P. einerlei gewesen sein.
- Die Beklagte hat die Klägerin erst auf deren Beschwerde hin rückwirkend in die zutreffende (höhere) Entgeltgruppe des Haustarifvertrages (Z11) eingruppiert.
- Der Jahresumsatz der Beklagten liegt bei etwa 8 Millionen €. Der Tatbestandsberichtigungsantrag der Klägerin dahingehend, diese Zahl im Urteil zu ergänzen, blieb erfolglos. Das Landesarbeitsgericht wies im Beschluss vom 08.10.2021 darauf hin, dass der Jahresumsatz über die Verweisung auf die Schriftsätze der Parteien in ausreichender Form

Gegenstand des Tatbestandes geworden ist. Die Klägerin hat den Jahresumsatz im Schriftsatz vom 04.07.2019 (S. 14) mit „etwa 8 Millionen €“ angegeben. Das blieb unwidersprochen und die Angabe zum Jahresumsatz wird von der Beklagten im Schriftsatz vom 30.09.2021 (Stellungnahme zum Tatbestandsberichtigungsantrag) als „korrekt“ bezeichnet.

- Es liegt eine unmittelbare Entgeltbenachteiligung vor. Eine unmittelbare Benachteiligung ist regelmäßig schwerwiegender als eine mittelbare (vgl. BAG, Urteil vom 18. März 2010, 8 AZR 1044/08, Rn. 41; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14. August 2014 - 5 Sa 509/13, BeckOK ArbR/Roloff, 61. Ed. 1.9.2021, AGG § 15 Rn. 8; Schlachter-Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 15 AGG Rn. 10)

- Die Ausschlussfristen nach § 15 Abs. 4 AGG, § 61b ArbGG sind gewahrt. Die Klägerin hat den Entschädigungsanspruch mit Klageerweiterungsschrift vom 04.07.2019 geltend gemacht. Die Frist nach § 15 Abs. 4 AGG beginnt mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von der Benachteiligung, bei Dauertatbeständen jedoch erst mit der Beseitigung der Diskriminierung (BAG, Urteil vom 24. September 2009 - 8 AZR 705/08, LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28. Oktober 2015, 4 Sa 12/14). Da das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs noch bestand und die Entgeltdiskriminierung zu diesem Zeitpunkt noch anhielt, hatte der Fristenlauf noch nicht begonnen und der Entschädigungsanspruch konnte wirksam geltend gemacht werden.

Die Klägerin hat als Mindestbetrag der Entschädigung 6.000,- € angegeben.

Die Höhe der Entschädigung ist hier gesetzlich nicht begrenzt.

Die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG ist verschuldensunabhängig. Es darf daher nicht zugunsten der Beklagten berücksichtigt werden, dass es ihr möglicherweise nicht darauf ankam, die Klägerin zu benachteiligen, sondern sie sich (irrtümlich) einer Absprache mit dem Arbeitnehmer P. verpflichtet fühlte, um dessen Entgeltforderungen nachzukommen. Das absichtsvolle Handeln zur Umgehung der tariflichen Deckelungswirkung bei den männlichen Arbeitnehmern hingegen darf und muss sich erhöhend auswirken.

Die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG muss einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz der aus den Antidiskriminierungsrichtlinien des Unionsrechts hergeleiteten Rechte gewährleisten (vgl. EuGH, Urteil vom 25. April 2013 - C-81/12 [Asociația Accept], Rn. 63 m.w.N. zur Richtlinie 2000/78/EG; 22.04.1997 - C-180/95 [Draehmpaehl], Rn. 24, 39 und 40 zur Richtlinie 76/207/EWG). Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH muss die Härte der Sanktionen der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der



Verhältnismäßigkeit wahrt (EuGH, Urteil vom 25. April 2013 - C-81/12 [Asociația Accept], Rn. 63 m.w.N. zur Richtlinie 2000/78/EG; EuGH, Urteil vom 22. April 1997 - C-180/95 [Draehmpaehl], Rn. 25 zur Richtlinie 76/207/EWG; EuGH, Urteil vom 10. April 1984, 14/83 [von Colson und Kamann], Rn. 23f. ebenfalls zur Richtlinie 76/207/EWG; BAG, Urteil vom 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13, Rn. 161, BAG, Urteil vom 28. Mai 2020 - 8 AZR 170/19 Rn. 18f.). Sie muss auf jeden Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen. Eine rein symbolische Entschädigung wird den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinien nicht gerecht (EuGH, Urteil vom 22. April 1997 - C-180/95 [Draehmpaehl], Rn. 25 zur Richtlinie 76/207/EWG; EuGH, Urteil vom 10. April 1984, 14/83 [von Colson und Kamann], Rn. 23f. ebenfalls zur Richtlinie 76/207/EWG; BAG, Urteil vom 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14, Rn. 111, BAG, Urteil vom 28. Mai 2020 - 8 AZR 170/19, Rn. 19). Vielmehr sind die tatsächlich entstandenen Nachteile gemäß den anwendbaren staatlichen Regeln in vollem Umfang auszugleichen (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2015 - C-407/14 [Arjona Camacho], Rn. 33 m.w.N.; EuGH, Urteil vom 11. November 2007 - C-460/06 [Paquay], Rn. 46 m.w.N.; EuGH, Urteil vom 02. August 1993 - C-271/91 [Marshall], Rn. 26, sämtlich insoweit übertragbar zur Richtlinie 76/207/EWG; BAG, Urteil vom 28. Mai 2020 - 8 AZR 170/19 Rn. 19).

#### **4. vorsorglich: Vorlage an den EuGH**

Will das Bundesarbeitsgericht das Urteil des Landesarbeitsgericht nicht aufheben, weil es in Übereinstimmung mit dem Landesarbeitsgericht die Vermutung einer unmittelbaren Diskriminierung durch den Vortrag der Beklagten als widerlegt ansieht, muss nach Art. 267 Abs. 3 AEUV die Vorlage an den EuGH erfolgen, denn es stellen sich entscheidungserhebliche Auslegungsfragen des Unionsrechts:

Die Rechtsprechung des EuGH zu den Anforderungen an die Rechtfertigung eines Entgeltunterschieds zwischen zwei Arbeitnehmenden unterschiedlichen Geschlechts, die die gleiche oder eine gleichwertige Arbeit verrichten, kann als gefestigt angesehen werden. Danach kann eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen nur durch objektive Faktoren gerechtfertigt werden, die frei von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sind.

Will das Bundesarbeitsgericht das Eingehen auf Entgeltforderungen eines Bewerbers, mit anderen Worten die individuelle Verhandelbarkeit von Gehältern als zusätzliches objektives Kriterium anerkennen, weicht es in entscheidungserheblicher Weise von den europarechtlich anerkannten Fallgruppen ab (dazu ausführlich unter II. 1.c) aa)). In dem Fall muss das Gericht das Verfahren aussetzen und dem EuGH die Frage vorlegen, ob bei gleicher Arbeit ein Entgeltunterschied zwischen Arbeitnehmern

unterschiedlichen Geschlechts allein dadurch gerechtfertigt werden kann, dass die männliche Vergleichsperson erfolgreich höhere Bezahlung gefordert hat.

Täte es dies nicht, läge in der bewussten Abweichung von gefestigter EuGH-Rechtsprechung eine willkürliche Nichtvorlage und damit eine Verletzung des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

### **III. Verfahrensrügen**

Das Landesarbeitsgericht ist seiner Hinweispflicht nach § 139 Abs. 2 ZPO nicht nachgekommen. Es hat den Vortrag der Klägerin, die Beklagte habe absichtlich mit den beiden männlichen Vertriebsmitarbeitern wenige Tage vor dem bekannten Inkrafttreten des Haustarifvertrages eine Entgelterhöhung zur Umgehung der tariflichen Deckelungsklausel vereinbart, damit abgetan, dass die Änderungsvereinbarung mit Herrn P. vom 02./03.2018 (Anlage B 10) im Hinblick auf das Entgelt auch eine erhebliche Verschlechterung im Vergleich zur Klägerin enthalte, weil die erfolgsabhängige Entgeltkomponente nur bei Herrn P. halbiert worden sei (S. 18 des Urteils).

Mit Annahme der Tatsache, die Halbierung der erfolgsabhängigen Entgeltkomponente habe nur Herrn P. betroffen und nicht auch die Klägerin, hat das Landesarbeitsgericht auf einen Gesichtspunkt abgestellt, der zum einen so von der Beklagten nicht behauptet und zum anderen auch nicht zutreffend ist, da die Klägerin gleichermaßen von der Halbierung betroffen war. Das Berufungsgericht hat damit den Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 GG verletzt, indem es der Hinweispflicht aus § 139 Abs. 2 ZPO nicht nachgekommen ist.

Die Beklagte hat die Anlage B 10 (Änderungsvereinbarung mit Herrn P. vom 02./03. Juli 2018) mit an das Arbeitsgericht Dresden gerichtetem Schriftsatz vom 20.05.2019 vorgelegt und dazu vorgetragen, dass Herr P. seine Einarbeitung erfolgreich absolviert habe, ihm im Mitarbeitergespräch vom 22.02.2018 in Aussicht gestellt worden sei, ab 01.07.2018 „offiziell“ die Nachfolge von Frau U. anzutreten und mit Antritt dieser Nachfolge das Grundentgelt auf monatlich 4.000,- € brutto angepasst worden sei (Beklagten-Schriftsatz vom 20.05.2019, S. 6). Zu der sich allein aus der Anlage ergebenden weiteren Absprache zur erfolgsabhängigen Entlohnung gibt die Beklagte weder bei Vorlage der Anlage B 10 noch in späteren Schriftsätzen erster oder zweiter Instanz eine Erklärung ab. Die in der Änderungsvereinbarung vom 02./03. Juli 2018 aufgeführte Staffelung der erfolgsabhängigen Vergütung war auch nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung, weder vor dem Arbeitsgericht noch vor dem Landesarbeitsgericht.

Die vom Berufungsgericht aus der Anlage herausgelesene Halbierung der erfolgsabhängigen Entgeltkomponente, mithin eine vermeintlich nachteilige

Regelung ergibt sich erst durch einen Vergleich mit dem Arbeitsvertrag des Herrn P. (Anlage B 1), nicht unmittelbar aus der Anlage selbst.

Die Beklagte selbst hat nie eine (auch) benachteiligende Komponente der Entgeltanpassung bei Herrn P. für diesen zum Juli 2018 behauptet, sondern im Gegenteil durchgehend und von der Klägerin unbestritten darauf hingewiesen, dass die ab dem 01.11.2017 neben dem Grundgehalt vereinbarte umsatzabhängige Provision bei der Klägerin und Herrn P. identisch waren (z.B. Beklagtenschriftsatz vom 03.12.2020, S. 4), und zwar auch nach der Vertragsänderung mit Herrn P. am 02. Juli 2018.

Auch mit der Klägerin wurde inhaltsgleich wie mit Herrn P. eine Halbierung der erfolgsabhängigen Vergütung vereinbart. Es bestand für die Klägerin keine Veranlassung, explizit darauf hinzuweisen, dass die mit Herrn P. in der Anlage B 10 vereinbarte geänderte Staffelung in gleichem Maße auch mit ihr vereinbart worden ist, denn das stand nicht im Streit.

Das Berufungsgericht beurteilt deshalb einen Gesichtspunkt (nämlich die vermeintliche Ungleichheit der erfolgsabhängigen Vergütung) anders als die Parteien, die übereinstimmend von identischen Provisionsregelungen der Beklagten mit der Klägerin und Herrn P. ausgehen. Ein Hinweis des Gerichts wäre deshalb nach § 139 Abs. 2 S. 2 ZPO erforderlich gewesen.

Hätte das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, dass es eine – tatsächlich von Beklagtenseite nicht vorgetragene – im Vergleich zur Klägerin ungünstigere Provisionsvereinbarung des Herrn P. annimmt, hätte die Klägerin auf den entgegenstehenden unstreitigen Vortrag beider Parteien hingewiesen und ergänzend vorgetragen, dass die Beklagte auch mit ihr identisch zu Herrn P. eine Halbierung der Provisionsstaffeln vereinbart hat. Für die Klägerin ist das in den Zielvereinbarungsgesprächen dokumentiert, etwa

#### **Anlage K 9 – Zielvereinbarungsgespräch vom 15. Januar 2019**

Bei Annahme identischer Regelungen zur umsatzabhängigen Entgeltkomponente hätte das Landesarbeitsgericht die von der Klägerin dargestellte Absicht einer auf dem unterschiedlichen Geschlecht beruhenden Besserstellung des Herrn P., um die Folgen der tariflichen Deckelung zu umgehen, nicht mit dem Argument widerlegen können, die Erhöhung der Grundvergütung sei mit einer Reduzierung der umsatzabhängigen Provisionen einhergegangen, die die Klägerin nicht betreffe.

Die gerügte Verletzung ist für das Urteil kausal. Wenn feststeht, dass die Änderungsvereinbarung mit Herrn P. für diesen im Verhältnis zur Klägerin keinerlei nachteilige Regelung enthält, sondern diesen im Vergleich zur

Klägerin ausschließlich begünstigt, wäre die Überzeugung der Kammer, dass es der Beklagten ausschließlich um Einhaltung der Zusagen ging, die die Beklagte Herrn P. bei seiner Einstellung gegeben habe, erschüttert und die Annahme der Klägerin, die Beklagte habe hier absichtsvoll eine auf dem unterschiedlichen Geschlecht beruhende Besserstellung des Herrn P. zur Umgehung der tariflichen Deckelung herbeigeführt, wäre bekräftigt. Der Beklagten wäre es dann nicht zur Überzeugung des Berufungsgerichts gelungen, das Indiz geschlechtsbedingter Entgeltdiskriminierung zu widerlegen und das Landesarbeitsgericht hätte zugunsten der Klägerin urteilen müssen.

Nach allem ist die Revision begründet und wir bitten wie beantragt zu entscheiden.

Die Anlagen sind beigelegt.

Jörk  
- Rechtsanwältin -

### **Anlagen**

1. Urteil SächsLAG vom 03.09.2021, 1 Sa 358/19 mit Berichtigungsbeschluss vom 08.10.2021
2. Urteil Clay Cross (Quarry Services) Ltd v Flechter [1979] ICR 1, CA (Court of Appeal, 1978, 27, 28, 29; July 11
3. Urteil Dreves v. Hudson Group Retail LLC, 2013 WL 2634429, \*\*8-9 (D. Vt. June 12, 2013)
4. Zusammenfassungen der Studien:
  - Nr. 1 (Small/ Gelfand/ Babcock/ Gettman, Who goes to the bargaining table? The influence of gender and framing on the initiation of negotiation, 2007
  - Nr. 2 Wüst/ Burkart, Schlecht gepokert? Warum schneiden Frauen bei Gehaltsverhandlungen schlechter ab als Männer?, 2012
  - Nr. 3 LinkedIn, Studie zum internationalen Frauentag
  - Nr. 4 Arzt/ Goodall/ Oswald, Do Women Ask?, 2016
  - Nr. 5 Stuhlmacher/ Walters, Gender differences in negotiation outcome: A meta analysis, 1999
  - Nr. 6 Mazei/ Hüffmeiner/ Freund/ Stuhlmacher, Meta-Analysis on Gender Differences in Negotiation Outcomes and Their Moderators, 2014
  - Nr. 7 Voigt/ Ruppert, Follow-up-Studie: Gendertypische Verhandlungskompetenz und ihre Auswirkungen auf Gehalts- und Aufstiegsverhandlungen, 2018

- Nr. 8 Bowles/ Babcock/Lei, Social incentives for gender differences in the propensity to initiate negotiations: Sometimes it does hurt to ask, 2006
  - Nr. 9 von Hippel/ Wiryakusuma/ Bowden/ Shochet, Stereotype threat and female communication styles, 2011
  - Nr. 10 Sieverding, Frauen unterschätzen sich: Selbstbeurteilungs-Biases in einer simulierten Bewerbungssituation, 2003
5. Anlage K 9 Zielvereinbarungsgespräch vom 15. Januar 2019