



**Unionsrechtliche  
Perspektiven zur  
Entgeltgleichheit**

**Vergleichsgruppen &  
Beweislast**

**Prof Dr Dagmar Schiek  
d.schiek@qub.ac.uk**



## Überblick

- Konzeptionen der Gleichheit
- Relevanz für Vergleich und Rechtfertigungslast
- Kritik der Verwendung im EU Recht (Schwerpunkt EuGH)
- „strategic litigation“ zum EuGH noch sinnvoll?
- Die jüngste Strategie der EU Kommission



# Gleichheit und Recht

## Formale Gleichheit

- Gleichheit nur für Gleiche
- Vergleichbarkeit als Voraussetzung
- Enge Auslegung von Diskriminierungsverboten, Diskriminierungsverbot als Anomalie

## Substantielle Gleichheit

- Gleichheit korrespondiert der menschlichen Grundkondition
- Weite Auslegung von Diskriminierungsverboten
- Diskriminierungsverbote als Instrument um Gleichheit zu verwirklichen → asymmetrisches Konzept



School of Law

3

Professor Dagmar Schiek

# Strukturen Gleichheitssätze

## Formale Gleichheit

- Gleichbehandlung setzt voraus dass Personen sich in der gleichen Situation befinden
- Sie ist daher die Ausnahme
- Männer und Frauen sind gleich zu behandeln, sofern sie sich nicht in einer für das fragliche Sachgebiet wesentlichen Hinsicht unterscheiden

## Substantielle Gleichheit

- Gleichbehandlung wird als Grundsatz vermutet, ist die Regel
- Männer und Frauen sind gleich zu behandeln, Abweichungen bedürfen der Rechtfertigung
- Weitere Maßnahmen zur Herstellung tatsächlicher Gleichstellung sind zu ergreifen



4

## Gleichheitskonzeption EU Recht - Texte

### Artikel 23 GRC

- Die Gleichheit von Frauen und Männern ist in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen.
- Der Grundsatz der Gleichheit steht der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen.

### Artikel 157 AEUV

- (1) Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.
- 4) Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.

## Zwischenergebnis

- Der Begriff der substantiellen Gleichheit steht der Vergleichbarkeit als besondere Kategorie skeptisch gegenüber, da Menschen grundsätzlich gleich sind.
- Unterschiede aufgrund historischer Diskriminierung sind zu überbrücken
  - Asymmetrisches Konzept
- Das EU Primärrecht kann im Sinne substantieller Gleichheit interpretiert werden, insbesondere bei Rückgriff auf gemeinsame Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und die CEDAW

## Überblick

- Konzeptionen der Gleichheit
- Relevanz für Vergleich und Rechtfertigungslast
- Kritik der Verwendung im EU Recht (Schwerpunkt EuGH)
- „strategic litigation“ zum EuGH noch sinnvoll?
- Die jüngste Strategie der EU Kommission



## Unmittelbare Diskriminierung

- Substantielle Gleichheit
  - Bei verpönten Merkmal führt Benachteiligung zur Unrechtsvermutung.
    - E.g. Benennung einer gegengeschlechtlichen Vergleichsperson löst Rechtfertigungslast des Urhebers der Ungleichbehandlung aus
    - Soweit Asymmetrie gegeben
- Formelle Gleichheit
  - Auch bei Benachteiligung muss der/die Benachteiligte darlegen, dass diese nicht auf dem verpönten Merkmal beruht

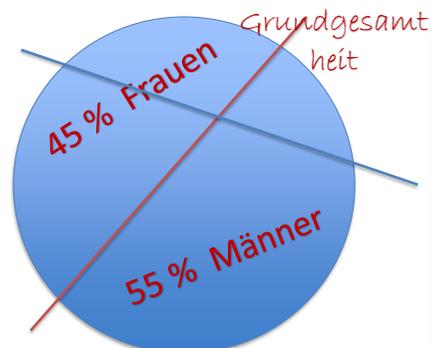
## Mittelbare Diskriminierung

- Konservatives Konzept (ist mit formeller Gleichheit vereinbar)
  - Verhindert Umgehung des Diskriminierungsverbotes
- Weitergehendes Konzept (basiert auf substantieller Gleichheit)
  - Die faktische Benachteiligung wird prima facie der herkömmlichen Diskriminierung zugeschrieben
- Gemeinsame Struktur
  - Diskriminierende Wirkung ist suspekt und löst Rechtfertigungspflicht aus

## Feststellung diskriminierender Wirkung

- Die Bildung von Vergleichsgruppen ist zentral
- Wenn eine merkmalsneutrale Regelung sich überwiegend nachteilig auswirkt, besteht eine Diskriminierungsvermutung

Nachteilswirkung:  
20 % der Frauen, 15 % der Männer



## “Rechtfertigung”

### Tatbestandsausschluss

- Nachteilige Wirkung beruht auf dem Ziel der Regelung,
  - die nicht mit dem Geschlecht zu tun haben
  - Die nicht auf weniger benachteiligende Weise erreicht werden können

### Weitergehende Rechtfertigung

- E.g. positive Maßnahmen
- E.g. Geschlecht  
Voraussetzung um Aufgabe zu erfüllen

## Zwischenergebnis

- Der Vergleich mit einer Person die der bevorzugten Gruppe angehört ist ein Instrument um eine Vermutung der Diskriminierung auszulösen
- Diese führt zu Rechtfertigungslasten (Beweislast)
- Vergleichsgruppen, aber nicht Vergleichspersonen, sind zentral für mittelbare Diskriminierung

## Überblick

- Konzeptionen der Gleichheit
- Relevanz für Vergleich und Rechtfertigungslast
- Kritik der Verwendung im EU Recht (Schwerpunkt EuGH)
- „strategic litigation“ zum EuGH noch sinnvoll?
- Die jüngste Strategie der EU Kommission



## Wie wird Vergleichbarkeit “missbraucht”?

- RL 2006/54 (Definition der mittelbaren Diskriminierung)
- Rspr EuGH zur Entgeltgleichheit

## RL 2006/54 – Art 4

- Bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, wird mittelbare und unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen beseitigt.
- Insbesondere wenn zur Festlegung des Entgelts ein System beruflicher Einstufung verwendet wird, muss dieses System auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden.

## RL 2006/54 – Art 2 (1) a, b

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck (...)

- „unmittelbare Diskriminierung“ eine Situation, in der eine Person aufgrund ihres Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;
- „mittelbare Diskriminierung“ eine Situation, in der dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich;

## Strategische Wahl der KI bei Entgeltgleichheit

### Individueller Maßstab

- Benennung konkreter Vergleichsperson die mehr verdient
- Arbeitgeber muss Ungleichbehandlung rechtfertigen...
- .... Sofern die Person vergleichbar ist

### Kollektiver Maßstab

- Ein bestimmtes Kriterium oder ein gesamtes Vergütungssystem resultiert in einer diskriminierenden Wirkung (Frauen/eine einzelne Frau erhält weniger Entgelt)
- Vergleichsgruppenbildung – Vergleichbarkeit??

## Bei konkreter Vergleichsperson

- Ist vieles möglich
  - Ungleichzeitigkeit (EuGH 129/79 -Smith)
  - Geringerwertige Arbeit wird besser bezahlt (EuGH 157/86 - Murphy)
  - Hypothetische Vergleichsperson: muss nach RL 2006/54 Artikel 2 (1) (a) möglich sein
- Aber nicht alles
  - Gleichursprünglichkeit der Entgeltregelung (EuGH C-320/00 – Lawrence: Kanalarbeiter und „Dinnerladies“ nach outsourcing nicht mehr beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt, s.a. EuGH C-256/01 – Allonby)

## Beispiel einer problematischen Argumentation

- Brunnhofer (C-388/99 – 2001)
  - zu prüfen ist, ob diese Arbeitnehmer unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren, wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen, als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können
  - Eingruppierung in dieselbe Tarifgruppe allenfalls als Indiz, konkret könnte die Betreuung von Großkunden und Prokura die unterschiedliche Bezahlung rechtfertigen

## Beim kollektiven Masstab

- Wurden die Anforderungen an die Darlegungslast im Zusammenhang mit der Identifizierung der “richtigen” Vergleichsgruppe und korrekten Vergleichsmasstabe sukzessive angehoben
- Das gilt sowohl beim Gruppenvergleich als auch bei der Kritik an einzelnen Kriterien

## Gruppenvergleich

- Danfoss (109/88 [1989])
  - Klagende Gewerkschaft: Frauen erhalten durchschnittlich geringere Zulagen als Männer
- Royal Copenhagen (C-400/93 [1995])
  - KI Gewerkschaft: Blaumaler/innen erhalten durchschnittlich geringeres Entgelt als Rollerdreher und Wandtellermaier, die letztgenannten Tätigkeiten erfordern weniger Geschick und Ausbildung (erstere jedoch Körperkraft) und werden überwiegend von Männern ausgeführt.
  - EuGH: nicht genügend spezifizierte Vortrag



## Anforderungen Royal Copenhagen

- 33 Wenn ein (...) Vergleich des Durchschnittsentgelts zwei nach Stückzahl entlohnte Gruppen von Arbeitnehmern betrifft, muss er sich, um aussagekräftig zu sein, auf Gruppen beziehen, die jeweils sämtliche Arbeitnehmer umfassen, die unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren, wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen, als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können.
- 34 Der Vergleich muss sich außerdem auf eine relativ große Zahl von Arbeitnehmern beziehen, um auszuschließen, dass die festgestellten Unterschiede rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen widerspiegeln oder auf Unterschiede in den individuellen Arbeitsergebnissen (...) zurückgehen.
- 35 [erforderlichen Würdigungen des Sachverhalts (sind Sache des nationalen Gerichts)]
- 36 (...) ein Vergleich (ist) nicht aussagekräftig (...), wenn er sich auf Gruppen bezieht, die willkürlich so zusammengestellt sind, dass die eine überwiegend Frauen und die andere überwiegend Männer umfasst, um dann durch weitere Vergleiche zu erreichen, dass das Entgelt der überwiegend aus Frauen bestehenden Gruppe dem einer anderen Gruppe angeglichen wird, die ebenfalls willkürlich so zusammengesetzt ist, dass sie überwiegend Frauen umfasst.



## Darlegungslast und Vergleichsgruppen

- Enger Zusammenhang (cf Royal Copenhagen)
- Stets wiederholtes Zitat (Brunnhöfer)
 

53 die Beweislast sich umkehren kann, wenn Arbeitnehmer, die dem ersten Anschein nach diskriminiert sind, sonst kein wirksames Mittel hätten, um die Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen (vgl. Urteil Enderby, Randnr. 14).

54 (...) obliegt insbesondere dann, wenn in einem Unternehmen ein Entlohnungssystem mit individuellen Zulagen zu den Mindestlöhnen angewandt wird, dem jede Transparenz fehlt, dem Arbeitgeber der Nachweis, dass seine Lohnpolitik nicht diskriminierend ist, sofern eine Arbeitnehmerin auf der Grundlage einer relativen großen Zahl von Arbeitnehmern belegt, dass das durchschnittliche Entgelt der Frauen niedriger als das der Männer ist (Urteil vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 109/88, Danfoss, Slg. 1989, 3199, Randnr. 16).

55. In einem solchen System können die Arbeitnehmerinnen nämlich die verschiedenen Bestandteile ihres Gehalts nicht mit denen ihrer männlichen Kollegen, die derselben Gehaltsgruppe angehören, vergleichen, sondern nur Unterschiede zwischen Durchschnittsgehältern feststellen, so dass sie praktisch kein wirksames Mittel hätten, die Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu kontrollieren, wenn der Arbeitgeber nicht angeben müsste, wie er die Zulagekriterien angewandt hat (vgl. Urteil Danfoss, Randnrn. 10, 13 und 15).



## Die jüngste Rechtsprechung

- Kenny (C-427/11 - 2013)
  - Beschäftigungssicherung führt zu unterschiedlichen Entgelten von VerwaltungsmitarbeiterInnen bei der irischen Polizei
  - Beamten, die nicht mehr benötigt wurden, wurden auf speziell dafür geschaffenen Sonderposten in die Verwaltung versetzt.
  - Dort verrichten sie nach Auffassung der Kl'innen die gleiche Arbeit wie diese bei höherem Entgelt



## Kenny

28 Wenn verschiedene Arbeitnehmergruppen, die nicht dieselbe Berufsberechtigung oder -qualifikation für die Ausübung ihres Berufs besitzen, eine anscheinend identische Tätigkeit ausüben, ist also zu prüfen, ob sie – unter Berücksichtigung der Art der Aufgaben, die den einzelnen Arbeitnehmergruppen jeweils übertragen werden können, der an die Ausübung dieser Tätigkeiten geknüpften Ausbildungserfordernisse und der Arbeitsbedingungen, unter denen die Tätigkeiten ausgeübt werden – eine gleiche Arbeit im Sinne von Art. 141 EG ausüben (Urteil Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, Randnr. 18).

29 Die Berufsausbildung stellt nämlich nicht nur einen Faktor dar, der eine unterschiedliche Vergütung für Arbeitnehmer, die die gleiche Arbeit verrichten, objektiv rechtfertigen kann. Sie gehört vielmehr auch zu den Kriterien, anhand deren sich feststellen lässt, ob die Arbeitnehmer die gleiche Arbeit verrichten (Urteil Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, Randnr. 19).



## Kenny

30 Im Ausgangsverfahren geht aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten hervor, dass die Berufsberechtigung oder -qualifikation der Verwaltungssekretäre einerseits und der auf den bezeichneten Stellen verwendeten Mitglieder von An Garda Síochána andererseits Unterschiede aufweist.

31 Unter diesen Umständen müsste, falls das vorlegende Gericht feststellt, dass es keine sachliche Rechtfertigung für den fraglichen Entgeltunterschied gibt, dieses Gericht oder der Labour Court prüfen, ob unter Berücksichtigung der Art der Aufgaben, die den einzelnen Arbeitnehmergruppen jeweils übertragen werden können, der an die Ausübung dieser Tätigkeiten geknüpften Ausbildungserfordernisse und der Arbeitsbedingungen, unter denen die Tätigkeiten ausgeübt werden, diese verschiedenen Gruppen von Arbeitnehmern die gleiche Arbeit im Sinne von Art. 141 EG und der Richtlinie 75/117 verrichten.

32 (...) herrscht zwischen den Parteien Uneinigkeit über die Zahl der auf den bezeichneten Stellen verwendeten Mitglieder von An Garda Síochána, die nur Verwaltungsaufgaben erfüllen, und der Zahl derjenigen, die daneben operative Aufgaben wie die Kommunikation mit dem Europäischen Polizeiamt (Europol) oder Interpol wahrnehmen sollen, die sich von den Aufgaben unterscheiden, die von den Verwaltungssekretären wahrgenommen werden.



## Überblick

- Konzeptionen der Gleichheit
- Relevanz für Vergleich und Rechtfertigungslast
- Kritische Analyse der EU Rechtssetzung und EuGH Rechtsprechung zum Vergleich in Fällen der (mittelbaren) Entgelt**diskriminierung**
- Gibt es eine Zukunft für strategische Vorabentscheidungsverfahren?
- Die jüngste Strategie der EU Kommission



## Strategic litigation - Ziele

- Weiterentwicklung der Rspr des EuGH?
- Infragestellung nationaler Rspr?
- Durchsetzung der Entgeltgleichheit über den individuellen Fall hinaus?
- Teil einer öffentlichen Debatte zum Aufzeigen fortbestehender Ungleichbehandlung ?
- ➔ Beeinträchtigung der Zielerreichung bei negativem Ausgang des Verfahrens?

## Der EuGH als Risikofaktor & Chance

- Rechtsprechung ist zunehmend uneinheitlich
- Das gilt auch in Frage der Entgeltgleichheit
- Erschwerend kommt hinzu dass dieser Bereich nur noch punktuell den Gerichtshof beschäftigt
  - EU Kommission verfolgt andere Schwerpunkte, Geschlechtsdiskriminierung weniger „sexy“ als sexuelle Orientierung, Alter etc

## Überblick

- Konzeptionen der Gleichheit
- Relevanz für Vergleich und Rechtfertigungslast
- Kritische Analyse der EU Rechtssetzung und EuGH Rechtsprechung zum Vergleich in Fällen der (mittelbaren) Entgeltdiskriminierung
- Gibt es eine Zukunft für strategische Vorabentscheidungsverfahren?
- Die jüngste Strategie der EU Kommission



## EU Kommissionsstrategie zur Entgeltgleichheit

- Bericht zur Anwendung RL 2006/54 (COM (2013) 861 final)
  - Stellt Lücken bei der Verwirklichung Entgeltgleichheit fest
  - Ausführliche Anlagen, u.a. Zusammenfassung EuGH Rspr, nationale Rspr, Ursachenanalyse KOM
- “Transparenzempfehlung“ COM (2014) 1405
- Mitteilung zur Bekämpfung des „gender pay gap“ (geschlechtsspezifischen Lohngefälles)



## Gender Pay Gap Mitteilung COM (2017) 678 final

- Bedarf gesetzgeberischer Maßnahmen wird geprüft
  - Verbindlichkeit Entgelttransparenz
  - Verschärfung von Sanktionen
  - Verbot aktuarischer Diskriminierung bei betriebl. Alterssicherung
- Aufklärung durch
  - Erhebung von Daten und Veröffentlichung derselben
  - Spezielle Informationen zum Entgeltgleichheitstag nach Ländern differenziert
  - Patenschaften, Seminare etc.



## Vorsichtiger Ausblick

- Von der EU Kommission ist keine gezielte Aktivität im Sinne judizieller Kampagnen („strategic litigation“) zu erwarten
- Strategic Litigation zum EuGH ist risikobehaftet
- Möglicherweise eine Phase der interdisziplinären Entwicklung von Instrumentarien, die Transparenzgebote zur umfassenden Entgeltbewertung nutzen helfen (Ansätze Jochmann-Döll, Tonndorf weiterentwickeln)
- Kampagnen im Zusammenhang mit Vergütung in den Medien sind von strategischem Vorteil in mehrfacher Hinsicht
  - Gefahr: Entgeltgleichheitskampagnen vorrangig zugunsten von höher Verdienenden könnten zum Backlash führen



School of Law

33

Professor Dagmar Schiek

Vielen Dank fürs  
Zuhören



[d.schick@qub.ac.uk](mailto:d.schick@qub.ac.uk)  
<http://go.qub.ac.uk/schicknew>