

ihn bei der Gewerbeaufsicht beschwert hat. Hierin läge eine unerlaubte Maßregel (§ 612a BGB).

Gemeinsam ist den beiden Benachteiligungsverboten, dass sie die Zurücksetzung von Arbeitnehmern untersagen. Unterschiedlich sind jedoch die Voraussetzungen. Der **Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt** vom Arbeitgeber, sich **“regelgetreu“ zu verhalten**, wenn er selbst eine Vergütungsregel aufgestellt hat.² Eine Vergütungsregel aufstellen muss er nicht. Hat er jedoch eine solche begründet, darf er niemanden dadurch benachteiligen, dass er ihm in vergleichbarer Lage die Vorteile der Regel versagt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz hat insoweit **kollektiven Charakter**;³ die Belegschaft im Ganzen oder zumindest Gruppen müssen von der Vergütungsregel betroffen sein. **Diskriminierungsverbote** gelten demgegenüber bereits dann, wenn ein **einzelner Arbeitnehmer** gegenüber einem anderen in vergleichbarer Lage benachteiligt wird.⁴ Da sie die unternehmerische Freiheit stärker beschneiden als der Gleichbehandlungsgrundsatz, bei dem es dem Arbeitgeber immerhin freisteht, keine Regel aufzustellen, müssen sie ausdrücklich gesetzlich geregelt sein. Das wichtigste Diskriminierungsverbot enthält § 7 AGG (s. Rn. 26 ff.).

2. Dogmatische Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes

a) Arbeitsvertragliche Vergütungsregel

Die dogmatische Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist streitig.⁵ Die heute h.M. sieht den Geltungsgrund im **Gewohnheitsrecht**.⁶ Andere erkennen in ihm die privatrechtliche Ausprägung des **Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG**.⁷ Jedenfalls dient der Gleichbehandlungsgrundsatz der **Verteilungsgerechtigkeit in einer Gemeinschaft**, d. h. in einer rechtlich anerkannten Gruppe, wie es die Belegschaft ist. Die Belegschaftsangehörigen haben Rechtsbeziehungen zwar nur je für sich zum Arbeitgeber, in einem arbeitsteiligen Prozess wirken sie aber an der Erreichung des Unternehmensziels zusammen. Ihr schützenswertes Interesse ist deshalb nicht nur auf Gerechtigkeit in dem jeweiligen Austauschverhältnis gerichtet (iustitia commutativa), sondern auch auf Gerechtigkeit bei

2 ZLH-Loritz, § 20 Rn. 10 im Anschluss an Böttcher, RdA 1953, 161, 162 ff.

3 AR-Kamanabrou, § 611a BGB Rn. 290; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 579; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 11; HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 336.

4 ZLH-Loritz, § 20 Rn. 43.

5 Dazu Hromadka/Maschmann, § 7 Rn. 102; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 9 f.

6 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367, 368; BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31; Wiedemann, RdA 2015, 298; AR-Kamanabrou, § 611a BGB Rn. 286; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 1122; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 574; HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 331.

7 Zwanziger, NZA-Beil. 2012, 108, 112.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Maßnahmen des Arbeitgebers, die ihre Stellung in diesem arbeitsteiligen Prozess betreffen (iustitia distributiva). Will man nicht auf die Verteilungsgerechtigkeit als überpositiven Rechtsgrundsatz zurückgreifen,⁸ dann kann man die Rechtsgrundlage nur in einem **strukturellen Ungleichgewicht** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sehen.⁹ Dieses beruht auf der tatsächlichen und rechtlichen Überlegenheit des Arbeitgebers, der Vergünstigungen gewähren und dabei einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von ihnen ungleich „behandeln“ und damit die einen gegenüber den anderen schlechter stellen kann.¹⁰ Aus diesem Grund genießt der Gleichbehandlungsgrundsatz auch Vorrang gegenüber der Vertragsfreiheit, die sonst für Vergütungsvereinbarungen gilt. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, für die er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlegt.¹¹

b) Tarifliche Vergütungsregel

- 4 Für **tarifliche Regelungen** gilt der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nicht. Im Gegensatz zu den Arbeitsvertragsparteien besteht zwischen den Tarifvertragsparteien kein strukturelles Ungleichgewicht. Vielmehr setzt Art. 9 Abs. 3 GG ihre Verhandlungsparität voraus.¹² Die Ergebnisse kollektiv ausgehandelter Tarifvereinbarungen haben die Vermutung der Angemessenheit für sich (vgl. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB). Dies gilt für Verbands- und Haustarifverträge, deren Tarifnormen unmittelbar und zwingend gelten (§ 4 Abs. 1 TVG), ebenso wie für schuldrechtliche Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien, wenn dort zugunsten Dritter (z. B. Gewerkschaftsmitgliedern) Leistungsansprüche begründet werden.¹³
- 5 **Gebunden** sind die Tarifvertragsparteien aber an **Art. 3 Abs. 1 GG**.¹⁴ Ebenso wenig wie der Gesetzgeber dürfen die Tarifvertragsparteien gleiche Sachverhalte willkürlich verschieden behandeln. Allerdings kommt ihnen bei der Frage, an welchen Differenzierungskriterien sie anknüpfen wollen, ein **weiter Ermessensspielraum** zu. Sie können auch dort noch differenzieren, wo dem Arbeitgeber bereits eine Ungleichbehandlung verboten ist. Ob dabei die zweckmäßigste, ver-

8 So BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, 223 m. w. N.

9 Ebenso die neuere Rechtsprechung, vgl. BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, 118 ff.

10 So auch ZLH-Loritz, § 20 Rn. 2.

11 St. Rspr., vgl. BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31, 33.

12 BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115.

13 Etwa auf Leistung einer Erholungsbeihilfe über einen gewerkschaftsnahen Verein an die beim Arbeitgeber beschäftigten Mitglieder der Gewerkschaft, BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115.

14 BAG 27.5.2004, 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399.

nünftigste und gerechteste Lösung gefunden wurde, haben die Gerichte nicht zu überprüfen. Das gilt sogar dort, wo die neuere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung verlangt,¹⁵ dass eine Ungleichbehandlung zur Erreichung eines (legitimen) Zwecks geeignet und notwendig ist und in einem angemessenen Verhältnis zur Zweckerreichung steht. Allerdings darf diese „kaschierte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ nicht dazu führen, dass die Gerichte ihre eigene Vorstellung von Angemessenheit durchsetzen. Vielmehr ist nur zu prüfen, ob für die Regelung **sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar sind**.¹⁶ Die Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hindert die Tarifvertragsparteien nicht daran, tarifliche Leistungen aus Gründen der Praktikabilität zu **generalisieren und zu typisieren**. Eine Verallgemeinerung muss sich allerdings am Regelfall orientieren. Dabei entstehende Ungerechtigkeiten und Härten in Einzelfällen sind hinzunehmen, wenn sie nicht besonders schwer wiegen und nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären.¹⁷ Wegen des Kompromisscharakters des Tarifvertrags dürfen auch an die Systemgerechtigkeit tariflicher Regelungen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Die Grenze für eine Ungleichbehandlung nach personenbezogenen Merkmalen ist dann erreicht, wenn zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.¹⁸ Außerdem dürfen Tarifverträge **keine diskriminierenden Regelungen** enthalten. Auch für sie gelten die Benachteiligungsverbote,¹⁹ wie z. B. in § 7 AGG, § 4 TzBfG, Art. 9 Abs. 3 GG.

c) Betriebliche Vergütungsregel

Für **betriebliche Regelungen**, wie z. B. Betriebsvereinbarungen und Sozialpläne, gilt der **betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz**. Er entspricht im Wesentlichen dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.²⁰ Gestützt wird dieser auf § 75 Abs. 1 BetrVG.²¹ Danach haben Arbeitgeber und Betriebsrat darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden und dass jede Benach-

15 BVerfG 8.3.1983, 1 BvL 21/80, BVerfGE 63, 255, 263 ff.

16 BVerfG 17.5.1983, 2 BvL 8/82, BVerfGE 64, 158, 168 f.; BAG 21.9.2011, 7 AZR 134/10, NZA 2012, 271 („wenn plausible, einleuchtende Gründe nicht erkennbar sind“).

17 BAG 15.2.2011, 9 AZR 584/09, NZA-RR 2011, 467; BAG 13.6.2012, 10 AZR 247/11, NZA 2012, 1052.

18 Gute Zusammenfassung der Rspr. zu Art. 3 Abs. 1 GG in BAG 22.12.2009, 3 AZR 895/07, NZA 2010, 521.

19 EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 79 ff. – Hennigs.

20 BAG 20.9.2017, 10 AZR 610/15, NZA 2018, 670 Rn. 18 ff.

21 St. Rspr., vgl. nur BAG 17.11.2015, 1 AZR 938/13, NZA 2016, 501; Richardi-*Annuß*, § 112 BetrVG Rn. 102; *Fitting*, § 75 Rn. 29 ff.; *ErfK-Kania*, § 75 BetrVG Rn. 5; *AR-Rieble*, § 75 BetrVG Rn. 9.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

teilung unterbleibt, insbesondere aus den in § 75 Abs. 1 BetrVG erwähnten Merkmalen, die sogar über die nach § 1 AGG verpönten Kriterien hinausgehen. Besondere Bedeutung kommt dem betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Gestaltung von Sozialplänen im Zuge eines Personalabbaus zu. Zwar genießen die Betriebsparteien einen weiten Spielraum bei der Beurteilung, welche Nachteile sie infolge eines Arbeitsplatzverlustes ausgleichen wollen, wozu sie auch typisierende und pauschalierende Regelungen treffen können.²² Ihre Gruppenbildungen müssen sich aber an der Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion des Sozialplans orientieren.²³ Außerdem sind die Diskriminierungsverbote zu beachten.²⁴

3. Verbot der Benachteiligung

- 7 **Benachteiligungsverbote** sollen **nur die Schlechterstellung** von Arbeitnehmern **verhindern, nicht ihre Begünstigung**. **Ausnahmsweise** kann aber auch die **Begünstigung verboten** sein. So liegt es, wenn der Arbeitgeber einem **Betriebsratsmitglied** wegen „guter Betriebsratsarbeit“ eine Zulage zahlt. Die Zahlung verstößt gegen § 78 Satz 2 BetrVG. Das Verbot soll die Belegschaftsvertretung vor unzulässiger Einflussnahme durch den Arbeitgeber sichern. Ein Arbeitgeber, der sich einen Betriebsrat „kauft“, macht sich überdies strafbar (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber eine Prämie dafür zahlt oder verspricht, dass ein ihm genehmer Mitarbeiter **für die Betriebsratswahl kandidiert**. Dies verstößt gegen das Beeinflussungsverbot des § 20 BetrVG. Umgekehrt darf niemand wegen der Ausübung eines Amtes in der Belegschaftsvertretung benachteiligt, insbesondere nicht mit Kosten der Betriebsratsarbeit belastet werden. Pauschalierte Aufwandsentschädigung sind allerdings nur unter engen Voraussetzungen erlaubt (s. Kap. ■ 10 Rn. 58 ff.).

4. Gerechtfertigte Benachteiligungen

- 8 Die meisten Benachteiligungsverbote gelten **nicht absolut**, sondern lassen Zurücksetzungen unter gewissen Bedingungen zu. Beim **Gleichbehandlungsgrundsatz** ist die Benachteiligung zumeist schon dann erlaubt, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt, d. h. die **Zurücksetzung nicht rein willkürlich** erfolgt (s. Rn. 18 ff.). Es dürfen nur keine absolut verbotenen Gründe zur Rechtfertigung herangezogen werden. Die Anforderungen an den Sachgrund steigen, wenn es sich um **mittelbare Benachtei-**

22 BAG 11.11.2008, 1 AZR 475/07, NZA 2009, 210; BAG 20.1.2009, 1 AZR 740/07, NZA 2009, 495.

23 Dazu *Maschmann*, Anm. zu BAG, 17.11.2015, 1 AZR 938/13, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 232.

24 St. Rspr., vgl. nur BAG 17.11.2015, 1 AZR 938/13, NZA 2016, 501.

ligungen (§ 3 Abs. 2 AGG) aus Gründen handelt, nach denen wegen § 1 AGG nicht mehr differenziert werden darf: Werden scheinbar neutrale Merkmale verwendet, die aber bei Personen besonders häufig vorkommen, welche sich auf § 1 AGG berufen können,²⁵ muss diese Differenzierung zur Erreichung des mit der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitnehmern erstrebten Ziels erforderlich und angemessen sein (§ 3 Abs. 2 AGG). Das ist keine reine Willkürkontrolle, sondern eine **Prüfung auf Verhältnismäßigkeit** der Unterscheidung. Werden Arbeitnehmer **unmittelbar aus in § 1 AGG** genannten Gründen gegenüber anderen benachteiligt, so ist das nur dann zulässig, wenn der Grund für die Zurücksetzung in einer für den **Arbeitgeber wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung** liegt (§ 8 Abs. 1 AGG). Dafür trägt der Arbeitgeber die Beweislast. **Überhaupt keinen Grund** für die Rechtfertigung einer Benachteiligung gibt es, wenn Arbeitnehmer damit **gemäßregelt** werden sollen. Das ist der Fall, wenn sie gegenüber anderen zurückgesetzt werden, weil sie in zulässiger Weise von ihren Rechten Gebrauch gemacht haben (§ 612a BGB, § 16 AGG). Ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot kann Schadensersatzansprüche zur Folge haben (§ 15 Abs. 6 AGG entspr.).²⁶

II. Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Vergütung

1. Anwendungsbereich

a) Allgemeine Vergütungsregel des Arbeitgebers

Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes setzt zunächst voraus, dass der Arbeitgeber ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten eine Vergütungsregel aufstellt.²⁷ Das ist zu bejahen, wenn er – rein tatsächlich – bei einer Mehrzahl von Fällen nach einem generalisierenden Prinzip verfährt,²⁸ d. h. erkennbar nach abstrakten Merkmalen differenziert und dabei bevorzugte und benachteiligte Arbeitnehmergruppen bildet.²⁹ Erforderlich ist also, dass die Belegschaft im Ganzen oder bestimmte Gruppen von der Regel betroffen sind: sei es bei ihrer Aufstellung – der Arbeitgeber zahlt nur Führungskräften ein Weihnachtsgeld –, sei es bei ihrer Durchführung – alle Arbeitnehmer erhalten ein Weihnachtsgeld, nur A nicht. Dieser **kollektive Bezug** unterscheidet den allgemeinen Gleichbe-

25 Beispiel: Regelungen, die unmittelbar an das Merkmal „Teilzeitarbeit“ anknüpfen, können Frauen mittelbar ungleich behandeln, weil Teilzeitarbeit überwiegend von Frauen geleistet wird, vgl. Bundesagentur für Arbeit, Frauen und Männer am Arbeitsmarkt im Jahr 2017, Juli 2018, S. 19.

26 BAG 21.9.2011, 7 AZR 150/10, NZA 2012, 317.

27 St. Rspr., vgl. nur BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, 223; *Franzen*, RdA 2013, 180.

28 BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 32, 33; *Schaub-Linck*, § 112 Rn. 5.

29 ZLH-Loritz, § 20 Rn. 10.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

handlungsgrundsatz³⁰ von den sog. Diskriminierungsverboten (z.B. § 7 AGG, § 4 TzBfG, Art. 9 Abs. 3 GG). Diese gelten bereits dann, wenn ein einzelner Arbeitnehmer gegenüber einem anderen Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Lage benachteiligt wird (vgl. § 3 Abs. 1 AGG). Eine absolute Gleichbehandlungspflicht („gleicher Lohn bei gleicher Arbeit“) gibt es dagegen nicht.³¹ Man käme sonst zu einer Kontrolle der Austauschgerechtigkeit,³² die mit einer Marktwirtschaft unvereinbar ist.³³

b) Eigene Vergütungsregel des Arbeitgebers

- 10 Weiterhin verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass der Arbeitgeber eine eigene Vergütungsregel aufstellt.³⁴ Er gilt nicht, wenn die Ungleichbehandlung auf Gesetz oder Tarifvertrag beruht, dessen Normen der Arbeitgeber schlicht vollzieht.³⁵ Aus diesem Grund kann, wenn der Arbeitgeber einen fremden Betrieb mit besseren Vergütungsregeln übernimmt, die eigene Belegschaft keine Gleichbehandlung für sich reklamieren. Denn die besseren Bedingungen stammen nicht vom Arbeitgeber, sondern vom Veräußerer, an dessen Regelungen der Erwerber nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gebunden ist.³⁶ Eine andere Frage ist, ob (übergangene) Arbeitnehmer Gleichbehandlung verlangen können, wenn der Arbeitgeber Leistungen in der irrigen Ansicht gewährt, hierzu aufgrund tariflicher oder betrieblicher Regelungen verpflichtet zu sein. Die h. M. verneint das.³⁷ Ein Anspruch auf „**Gleichbehandlung im Irrtum**“ besteht im Grundsatz jedenfalls nicht.³⁸ Anderes gilt jedoch dann, wenn der Arbeitgeber in Kenntnis der Unwirksamkeit der Norm die Leistungen weiter gewährt und nicht die ihm möglichen und zumutbaren Korrekturmaßnahmen ergreift. Was vom Arbeitgeber verlangt werden kann, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.³⁹

30 BAG 18.3.2010, 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872; AR-Kamanabrou, § 611a BGB Rn. 290.

31 BAG 28.2.1962, 19.8.1992, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 31, 102; HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 376.

32 Böttcher, RdA 1953, 161, 165.

33 Fastrich, RdA 2000, 65 f. m. w. N.

34 BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, 117; Zwanziger, NZA-Beil. 2012, 108, 112 m. w. N.

35 BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 1127.

36 BAG 31.8.2005, 5 AZR 517/04, AP BGB § 613a Nr. 288 m. Anm. Maschmann.

37 BAG 23.1.2008, 1 AZR 988/06, NZA 2008, 709.

38 Schaub-Linck, § 112 Rn. 19.

39 BAG 26.4.2005, 1 AZR 76/04, NZA 2005, 892.

c) Unternehmensweite Vergütungsregel

Bezugspunkt für den Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht – wie von der früher h. M.⁴⁰ vertreten wurde – der Betrieb, sondern das **Unternehmen**.⁴¹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz richtet sich an den Arbeitgeber.⁴² Da er als Normadressat für das Unternehmen in seiner Gesamtheit verantwortlich ist, spricht das dafür, dass er alle Arbeitnehmer des Unternehmens und nicht nur die eines Betriebs gleich zu behandeln hat.⁴³ Das gilt jedenfalls dann, wenn eine Vergütungsregel unternehmensweit oder betriebsübergreifend besteht.⁴⁴ Allerdings kann die Zugehörigkeit zu verschiedenen Betrieben einen Differenzierungsgrund bilden. Gehören diese zu unterschiedlichen Branchen oder liegen sie in verschiedenen Tarifgebieten, kommt dem Arbeitgeber ein besonders weiter Beurteilungsspielraum zu. Bis zur Grenze der Willkür kann er jeden vernünftigen Gesichtspunkt ins Feld führen.⁴⁵

Beispiele:

- Unterscheidung zwischen **mitbestimmten und betriebsratslosen Betrieben**, weil der Arbeitgeber nicht einseitig für alle Betriebe eine einheitliche Regelung schaffen kann, sondern die unterschiedlichen Positionen der jeweiligen Betriebsräte berücksichtigen muss;⁴⁶
- **unterschiedliche Arbeitsanforderungen** und Vertragsbedingungen in den Betrieben, die konkret darzulegen sind;⁴⁷
- unterschiedliche **Ertragsituation** der Betriebe allgemein oder in bestimmter Hinsicht; um die Konkurrenz zwischen den Betrieben zu beleben, darf der Arbeitgeber Leistungsanreize durch entsprechend differenzierte Lohnerhöhungen schaffen;⁴⁸
- unterschiedliche **Lohnentwicklung in der Vergangenheit** und absolute Lohnhöhe in den Betrieben, die der Arbeitgeber konkret darzulegen hat.⁴⁹

Eine über das Unternehmen hinausgehende **konzernweite Geltung** hat der Gleichbehandlungsgrundsatz regelmäßig nicht.⁵⁰ Der Konzern selbst ist nicht

40 Dazu BAG 17.12.1992, 10 AZR 306/91, NZA 1993, 691; BAG 12.1.1994, 5 AZR 6/93, NZA 1994, 993.

41 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367, 369 m. w. N.; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 584; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 12; HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 350; ZLH-Loritz, § 20 Rn. 8.

42 BAG 26.9.2017, 1 ABR 27/16, NZA 2018, 108.

43 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 584.

44 St. Rspr., BAG 18.5.2010, 1 ABR 96/08, NZA 2011, 171.

45 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367.

46 BAG 25.4.1995, 9 AZR 690/93, NZA 1995, 1063; BAG 26.5.1998, 1 AZR 704/97, NZA 1998, 1292.

47 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367.

48 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367.

49 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367.

50 BAG 20.8.1986, 4 AZR 272/85, AP TVG § 1 Seniorität Nr. 6; Bachner, ArbR 2009, 31.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Arbeitgeber, sondern ein Verbund rechtlich selbstständig bleibender Unternehmen; nur diese kommen als Adressaten des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Betracht.⁵¹ Konzernbezogen gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz jedoch dann, wenn die Konzernleitung eine Vergütungsregel konzernweit aufstellt.⁵² Schwierige Probleme bereitet die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes in **Matrixorganisationen internationaler Konzernunternehmen**. Hier bedarf es einer sorgfältigen Analyse der tatsächlichen Gegebenheiten.⁵³ Nicht anwendbar ist der Gleichbehandlungsgrundsatz in einem **Gemeinschaftsbetrieb** verschiedener Unternehmen (vgl. § 1 Abs. 2 BetrVG), weil die Trägerunternehmen selbstständig bleiben.⁵⁴ Das gilt erst recht, wenn ein Betrieb zwar gemeinschaftlich von verschiedenen Rechtsträgern unterhalten wird, es aber keinen für alle Rechtsträger entscheidungsbefugten Betriebs- oder Personalleiter gibt. Aus diesem Grund sind die verschiedenen Träger eines „**Job-Centers**“ nicht verpflichtet, die Arbeitsbedingungen des einen an den Bedingungen des anderen auszurichten.⁵⁵ Da der Gleichbehandlungsgrundsatz grundsätzlich unternehmensbezogen gilt, betrifft er nicht die innerbetriebliche, sondern die überbetriebliche Lohngerechtigkeit und deren Gestaltung. Für die Wahrnehmung der **Mitbestimmungsrechte** nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG an den vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten finanziellen Mitteln ist der **Gesamtbetriebsrat zuständig**.⁵⁶

3. Benachteiligung in vergleichbarer Lage

- 14 Hat der Arbeitgeber eine Vergütungsregel aufgestellt, muss er Arbeitnehmer, die miteinander vergleichbar sind, gleichbehandeln. Er darf weder einzelne noch Gruppen von ihnen benachteiligen. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, deren **Arbeit gleichwertig** ist. Gleichwertig ist eine Arbeit, wenn sie nach den objektiven Maßstäben der Arbeitsbewertung denselben Arbeitswert hat (s. Kap. 4 Rn. 2 ff.). Dabei genügt es nicht, dass sich nur einzelne Arbeitsvorgänge gleichen oder dass nur vorübergehend die gleiche Arbeit verrichtet wird oder dass die Tätigkeiten nur ähnlich, aber nicht gleich sind.⁵⁷ Notwendig ist ein Gesamtvergleich der Tätigkeiten anhand der tatsächlichen Durchführung des Vertrags.⁵⁸ Dabei ist der jeweils erforderliche Umfang von Vorkenntnissen und Fähigkeiten zu be-

51 Vgl. auch BGH 14.5.1990, II ZR 122/89, NJW-RR 1990, 1313.

52 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 588; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 15; HKW-Thüsing, § 611a BGB Rn. 351.

53 Ausf. Maschmann/Fritz-Maschmann, Matrixorganisationen, Kap. 3 Rn. 215 f.

54 BAG 19.11.1992, 10 AZR 290/91, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 148; HKW-Thüsing, § 611a BGB Rn. 352.

55 BAG 9.6.2016, 6 AZR 321/15, NJOZ 2016, 1545.

56 BAG 26.9.2017, 1 ABR 27/16, NZA 2018, 108 Rn. 15.

57 BAG 23.8.1995, 5 AZR 942/93, NZA 1996, 579 m. w. N.

58 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 579 m. w. N.

rücksichtigen. Die Tarifpraxis und die Verkehrsanschauung können Anhaltspunkte liefern.⁵⁹

Sind die Tätigkeiten vergleichbar, kommt es wegen § 4 TzBfG nicht auf den Umfang der geschuldeten Dienste an. **Teilzeitkräfte sind mit Vollzeitkräften vergleichbar** und dürfen nicht allein wegen ihrer geringeren Arbeitszeit benachteiligt werden.⁶⁰ Nach der Rechtsprechung darf deshalb die Verringerung des Beschäftigungsumfangs nicht dazu führen, dass der von einem Arbeitnehmer vor der Verringerung erworbene und nach der Verringerung angetretene Jahresurlaub mit einem reduzierten Urlaubsentgelt vergütet wird.⁶¹ Entsprechendes gilt für die Dauer des Arbeitsverhältnisses. **Befristet Beschäftigte** sind daher bei gleicher Tätigkeit mit unbefristet Beschäftigten vergleichbar.⁶² Obsolet ist auch die allein am Status anknüpfende Differenzierung zwischen **Arbeitern und Angestellten**.⁶³ Vergleichbar sind auch Nachtarbeiter, die ihre Arbeit im Rahmen von Schichtarbeit leisten, mit Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen Nachtarbeit verrichten, soweit es um die Zahlung tariflicher Nachtarbeitszuschläge geht.⁶⁴ Unterschieden werden darf aber zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern.⁶⁵ **15**

Arbeitnehmer mit an sich nicht vergleichbaren Tätigkeiten können trotzdem gleich zu behandeln sein, wenn der Arbeitgeber eine **einheitliche Vergütungsregel**⁶⁶ aufstellt, die nicht an bestimmten Tätigkeitsmerkmalen anknüpft, sondern für die gesamte Belegschaft eines Betriebes, Unternehmens oder Konzerns gilt.⁶⁷ Das kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber freiwillig die **Arbeitsentgelte kollektiv erhöht**⁶⁸ oder wenn er einen **Tarifvertrag** unterschiedslos auf tarifgebundene wie **auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer anwendet**, eine bestimmte Beschäftigtengruppe (z.B. Werkstudenten) hiervon aber wieder ausnimmt.⁶⁹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt ferner dann, wenn der Arbeitgeber eine **Leistung nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip** **16**

59 BAG 23.8.1995, 5 AZR 942/93, NZA 1996, 579 m. w. N.

60 BAG 12.1.1994, 5 AZR 6/93, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 112.

61 EuGH 22.4.2010, C-486/08 NZA 2010, 557; BAG 20.3.2018, 9 AZR 486/17, NZA 2018, 851.

62 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 600.

63 BVerfG 16.11.1982, 1 BvL 16/75, 1 BvL 36/79, AP BGB § 622 Nr. 16; BAG 21.3.1991, 2 AZR 323/84 (A), AP BGB § 622 Nr. 29.

64 BAG 21.3.2018, 10 AZR 34/17, BB 2018, 2326.

65 BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1034.

66 BAG 12.1.1994, 5 AZR 6/93, NZA 1994, 993; BAG 23.2.1994, 4 AZR 219/93, NZA 1994, 1136.

67 BAG 27.7.1988, 5 AZR 244/87, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 76, 83; BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862; BAG 27.7.2010, 1 AZR 874/08, NZA 2010, 1369; BeckOKArbR-Joussen, § 611a BGB Rn. 320.

68 BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222.

69 BAG 11.11.2008, 1 ABR 68/07, NZA 2009, 450.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

gewährt und er dazu bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.⁷⁰ Erhöht der Arbeitgeber kollektiv das Entgelt, gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz nur für Arbeitnehmer „**in vergleichbarer Lage**“. Dazu genügt aber nicht bereits das „gemeinsame Band“ eines Arbeitsverhältnisses zum Arbeitgeber; umgekehrt müssen die Arbeitsbedingungen auch nicht in Gänze identisch sein.⁷¹ Allerdings können unterschiedliche Arbeitsvertragsmodelle dazu führen, dass sich Arbeitnehmer nicht in vergleichbarer Lage befinden. Das kann z. B. der Fall sein, wenn das eine Vertragsmodell eine dynamische Bezugnahme-klausel auf ein Tarifwerk enthält, das der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers entzogen ist, das andere jedoch nicht.⁷² Befinden sich Arbeitnehmer trotz unterschiedlicher Arbeitsbedingungen in einer vergleichbaren Lage, können diese immerhin noch den Sachgrund für eine Ungleichbehandlung liefern.⁷³

- 17 Der Gleichbehandlungsgrundsatz **verbietet nur** willkürliche **Ungleichbehandlungen unter Arbeitnehmern**. Dagegen verlangt er keine Gleichstellung von Arbeitnehmern mit Personen, die ihre Dienste aufgrund andersartiger Beschäftigungsverhältnisse erbringen, wie etwa Handelsvertreter,⁷⁴ Heimarbeiter⁷⁵ oder Organmitglieder juristischer Personen.⁷⁶ Angestellte im öffentlichen Dienst sind selbst dann nicht mit Beamten vergleichbar, wenn sie auf demselben Dienstposten beschäftigt werden.⁷⁷ Im umgekehrten Fall – also hinsichtlich der Gleichstellung von Dienstverpflichteten ohne Arbeitsvertrag mit Arbeitnehmern – kann der Gleichbehandlungsgrundsatz mitunter gelten. Bejaht hat das die Rechtsprechung für GmbH-(Fremd-)Geschäftsführer, die nicht oder nicht nennenswert an der Gesellschaft beteiligt sind und deshalb einen arbeitnehmerähnlichen Status haben. Sie dürfen nicht grundlos gegenüber Mitgeschäftsführern und auch nicht gegenüber leitenden Angestellten des Unternehmens benachteiligt werden, wenn sie der Sache nach wie leitende Angestellte behandelt werden.⁷⁸
- 18 Nicht verboten sind **Vergünstigungen**, insbesondere dann nicht, wenn sie individuell zwischen den Arbeitsvertragsparteien verabredet werden⁷⁹ oder Einzelfälle

70 BAG 15.7.2009, 5 AZR 486/08, NZA 2009, 1202; BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696; BAG 12.10.2011, 10 AZR 510/10, NZA 2012, 680, 682.

71 Vgl. BAG, 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 82.

72 BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, 224.

73 BAG, 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 82 Rn. 26; BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222 Rn. 22.

74 BGH 28.1.1971, VII ZR 95/69, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 35.

75 BAG 19.6.1957, 2 AZR 84/55, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 12.

76 BGH 14.5.1990, II ZR 122/89, NJW-RR 1990, 1313.

77 BAG 3.4.2003, 6 AZR 633/01, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 105, 185.

78 BGH 14.5.1990, II ZR 122/89, NJW-RR 1990, 1313.

79 BAG 21.3.2002, 6 AZR 144/01, NZA 2002, 1304; BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367, 369; MüArbR-Fischinger, § 14 Rn. 48.

betreffen.⁸⁰ Von Einzelfällen geht die Rechtsprechung jedoch nur dann aus, wenn die Zahl der Begünstigten im Verhältnis zur Gesamtzahl der Betroffenen klein ist.⁸¹ Es darf nur keine Regel, d.h. kein abstrakt-generalisierendes Prinzip für die Vergünstigung zugrunde liegen.⁸²

4. Sachgrund

Zulässig ist die Ungleichbehandlung, wenn es für sie einen sachlichen Grund gibt.⁸³ Hierfür trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast. Sind die Gründe nicht offenkundig, genügt es, wenn der Arbeitgeber sie erst im Prozess offenlegt und nicht schon dann, wenn der Arbeitnehmer die Gleichbehandlung verlangt.⁸⁴ Ein abschließender Kanon von Sachgründen existiert nicht. Welche Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, entscheiden die Gerichte von Fall zu Fall.⁸⁵ Die Judikatur ist deshalb unüberschaubar. Stets muss die Ungleichbehandlung auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruhen und darf nicht gegen höherrangige Wertentscheidungen verstoßen.⁸⁶ An **gesetzlich verpönte Kriterien** darf nicht angeknüpft werden. Unzulässige Differenzierungskriterien sind: Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität (§ 1 AGG), sofern nicht ausnahmsweise eine Rechtfertigung nach §§ 8–10 AGG vorliegt, ferner politische Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 GG), gewerkschaftliche Betätigung oder Einstellung (§ 75 Abs. 1 BetrVG), Teilzeitbeschäftigung (§ 4 Abs. 1 TzBfG), befristete Beschäftigung (§ 4 Abs. 2 TzBfG).

Umgekehrt kann eine Ungleichbehandlung, die der Gesetzgeber selbst – zulässigerweise – vorgenommen hat, auch dem Arbeitgeber eine entsprechende Differenzierung erlauben. Deshalb darf er – da § 4 Abs. 1 TVG die normative Geltung des Tarifvertrags nur für die beiderseits Tarifgebundenen anordnet – für nicht gewerkschaftlich organisierte Mitarbeiter vom Tarifvertrag abweichen,⁸⁷ jedenfalls soweit darin keine Maßregelung (§ 612a BGB) wegen der (Nicht-)Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft liegt. Entsprechendes gilt für leitende Angestellte. Da sie vom Anwendungsbereich des BetrVG ausgenommen sind, können sie aus dem

80 BAG 17.2.1998, 3 AZR 783/96, NZA 1998, 762.

81 BAG 13.2.2002, 5 AZR 713/00, NZA 2003, 215: im Fall weniger als 5 % der Arbeitnehmer eines Betriebs.

82 BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862; Schaub-Linck, § 112 Rn. 6 f.

83 BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696.

84 BAG 27.7.2010, 1 AZR 874/08, NZA 2010, 1369.

85 HWK-Thüsing, § 611a BGB Rn. 353.

86 BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862.

87 BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1034; BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 1138 m. w. N.; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 907 m. w. N.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Gesichtspunkt der Gleichbehandlung keine Einbeziehung in einen Sozialplan verlangen, der die Ansprüche auf Abfindungen bei einer Massenentlassung regelt.⁸⁸

- 21 Bei freiwilligen zusätzlichen Leistungen an die Belegschaft kommt es zunächst auf den **Zweck** an, der mit einer ungleichen Gewährung verfolgt wird.⁸⁹ Diesen kann der Arbeitgeber in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB **frei bestimmen**. Hierbei genießt er einen – von den Gerichten zu respektierenden – Gestaltungs- und Ermessensspielraum.⁹⁰ Fehlt eine Zweckangabe, ist das Vergütungsziel anhand der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die Leistungsgewährung zu ermitteln.⁹¹ Nur so lassen sich nämlich dessen Legitimität sowie die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Ungleichbehandlung im Hinblick auf das verfolgte Vergütungsziel gerichtlich überprüfen.⁹² Definiert der Arbeitsvertrag die Voraussetzungen für eine Sonderzahlung eindeutig, können nicht im Nachhinein weitere Anspruchsvoraussetzungen aufgestellt werden, die auf weitere Zwecke schließen lassen.⁹³ Verfolgt die Regelung objektiv **mehrere Zwecke** (z. B. Ausgleich für die Vereinbarung schlechterer Arbeitsbedingungen und zugleich Honorierung künftiger Betriebstreue), kann der Arbeitgeber nicht einen zum „Hauptzweck“ erheben, um damit die Herausnahme einer Arbeitnehmergruppe sachlich zu rechtfertigen, wenn die hierdurch benachteiligte Gruppe (z. B. Arbeitnehmer, die die Verschlechterung abgelehnt haben) die übrigen Zwecke (weitere Betriebstreue) auch erreichen kann.⁹⁴ Steht der Zweck der Leistung fest, ist seine Rechtmäßigkeit zu prüfen. Ist der **Zweck legitim**, ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn die **Gruppenbildung** nicht von vornherein verboten ist und sie zur Erreichung des Zwecks **erforderlich und angemessen** erscheint. Dass der Arbeitgeber eine Sonderzahlung oder Gratifikation nur unter dem **Vorbehalt der Freiwilligkeit** gewährt, mit dem der einen Anspruch auf Leistungen in der Zukunft vermeiden will, schließt seine **Bindung** an den **Gleichbehandlungsgrundsatz** im Jahr der Zahlung **nicht aus**.⁹⁵

88 BAG 16.7.1985, 1 AZR 206/81, DB 1985, 2207.

89 BAG 13.4.2011, 10 AZR 88/10, DB 2011, 1923; Küttner-Kania, Gleichbehandlung, Rn. 28.

90 Vgl. für Betriebsrentenleistungen BAG 12.2.2013, 3 AZR 100/11, BAGE 144, 231 Rn. 31; für übergesetzlichen Mehrurlaub BAG 21.10.2014, 9 AZR 956/12, NZA 2015, 297 Rn. 18; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 1129.

91 BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696.

92 BAG 20.3.2012, 9 AZR 529/10, BAGE 141, 73 Rn. 19 m. w. N.; BAG 21.10.2014, 9 AZR 956/12, NZA 2015, 297.

93 BAG 10.12.2008, 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256, 258.

94 BAG 1.4.2009, 10 AZR 353/08, NZA 2009, 1409; vgl. weiter BAG 13.4.2011, 10 AZR 88/10, DB 2011, 1923: kein zusätzlicher Leistungszweck, wenn der Ausgleich nur bei Erreichen bestimmter Unternehmensziele geleistet wird.

95 BAG 6.12.1995, 10 AZR 198/95, NZA 1996, 1027; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 594.

Beispiele für zulässige Ungleichbehandlungen:

- **Stichtagsregelungen** zur Abgrenzung des begünstigten Personenkreises, wenn sich die Wahl des Zeitpunkts am zu regelnden Sachverhalt orientiert und die Interessenlage der Betroffenen angemessen erfasst.⁹⁶ Der Arbeitgeber ist angesichts der sich ständig ändernden Wirtschaftslage nicht verpflichtet, einmal gewährte Leistungen auch bei allen künftigen Arbeitsverhältnissen einzuführen.⁹⁷
- **Herstellung einheitlicher Arbeitsbedingungen** nach einem Betriebsübergang durch Ausgleich von Nachteilen der Stammbesellschaft zur Angleichung an die Bedingungen der übernommenen Belegschaft,⁹⁸ wobei es keine Rolle spielt, ob der Arbeitgeber die Unterschiede ganz oder nur teilweise ausgleicht.⁹⁹
- **Einführung eines Vergütungssystems** mit unterschiedlichen Faktoren und Komponenten und Gewährung zusätzlicher Leistungen für einzelne Arbeitnehmergruppen unter bestimmten Voraussetzungen, um bestehende erhebliche Vergütungsunterschiede auszugleichen oder abzumildern.¹⁰⁰
- **Geringere Vergütung** von Arbeitnehmern, die über die zeitliche Lage und Dauer ihres Arbeitseinsatzes uneingeschränkt selbst bestimmen können, im Vergleich zu Kollegen, die dem Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Lage und Dauer der Arbeitseinsätze uneingeschränkt unterliegen.¹⁰¹
- **Sonderzahlung zum Ausgleich von Nachteilen** nur an solche Arbeitnehmer, die mit dem Arbeitgeber ungünstigere Arbeitsbedingungen vereinbart haben, soweit diese nicht zu einer „**Überkompensation**“ führt.¹⁰² Ob das der Fall ist, bemisst sich nach einem Gesamtvergleich: Gegenüberzustellen ist das Arbeitsentgelt, das der auf Gleichbehandlung klagende Arbeitnehmer im maßgeblichen Zeitraum aufgrund der für ihn geltenden arbeitsvertraglichen Regelungen tatsächlich verdient hat, und dasjenige Arbeitsentgelt, das er erhalten hätte, wenn er zu den Konditionen der begünstigten Arbeitnehmer gearbeitet hätte. Rechtsfolge einer Überkompensation ist, dass im Umfang der Überkompensation der sachliche Grund des Ausgleichs von Unterschieden nicht trägt.¹⁰³ Dabei gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast: Berufte sich ein Arbeitnehmer auf eine Überkompensation, ist der Arbeitgeber im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast verpflichtet, die Gründe für die unterschiedliche Verteilung der Sonderzahlung auf die verschiedenen Arbeitnehmergruppen offenzulegen.¹⁰⁴
- **Bindung bestimmter Arbeitnehmergruppen an den Betrieb** durch Gewährung erhöhter Sonderzahlungen,¹⁰⁵ wenn ihre im Betrieb benötigten Kenntnisse und Fä-

96 BAG 15.11.2011, 9 AZR 387/10, NZA 2012, 218.

97 BAG 11.6.2002, 1 AZR 390/01, NZA 2003, 570.

98 BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862.

99 BAG 15.7.2009, 5 AZR 486/08, NZA 2009, 1202.

100 BAG 12.10.2011, 10 AZR 510/10, NZA 2012, 680.

101 LAG Baden-Württemberg, 13.9.2017, 9 Sa 17/17, LAGE § 75 BetrVG 2001 Nr 11.

102 BAG 13.4.2011, 10 AZR 88/10, DB 2011, 1923.

103 BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222; vgl. weiter *Lingemann/Chakrabarti*, RdA 2016, 114.

104 BAG 20.9.2017, 10 AZR 610/15, NZA 2018, 670.

105 BAG 19.3.2003, 10 AZR 365/02, NZA 2003, 724.

higkeiten auf dem Arbeitsmarkt nicht oder nur schwer zu finden sind oder sie für ihre Einsetzbarkeit eine längere interne Ausbildung durchlaufen müssen

- **Reaktion auf akuten Arbeitskräftemangel** durch finanzielle Anreize, um schwer vermittelbare Arbeitsplätze zu besetzen.¹⁰⁶
- **Honorierung von Betriebstreue** durch Gewährung einer freiwilligen Sonderzahlung ausschließlich an Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis über den Auszahlungszeitpunkt hinaus innerhalb eines bestimmten Zeitraums fortbesteht;¹⁰⁷ wird allerdings neben der Honorierung von Betriebstreue auch an eine bereits erbrachte Arbeitsleistung angeknüpft, handelt es sich um eine Sonderzahlung mit Mischcharakter, sodass eine solche Klausel eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB darstellt, da dem Arbeitnehmer bereits erbrachter Lohn entzogen und die Ausübung des Kündigungsrechts unzulässig erschwert wird;¹⁰⁸ unzulässig aber auch bei entgeltrelevanten Zielvereinbarungen, in der für jedes Geschäftsjahr Bonuszahlungen verabredet werden;¹⁰⁹ nach § 307 Abs. 1 BGB außerdem unzulässig bei einer Jahressonderzahlung, die (auch) Entgelt für geleistete Arbeit darstellt und an den ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses am 31.12. des Bezugsjahres anknüpft.¹¹⁰
- **Ausschluss von Elternzeitlern** mit ruhendem Arbeitsverhältnis von einer freiwillig gezahlten Weihnachtsgratifikation.¹¹¹
- **Ausschluss von Arbeitnehmern in einem Betriebsteil, der stillgelegt**¹¹² oder veräußert¹¹³ werden soll, von einer Bonuszahlung, die vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beim bisherigen Arbeitgeber abhängt.
- **Tarifregelung**, mittels der zwischen verschiedenen Gruppen von Gewerkschaftsmitgliedern bei einer tariflichen Sonderzahlung differenziert wird, insbesondere wenn zur Differenzierung ein Stichtag nicht willkürlich gewählt wird.¹¹⁴
- Zahlung einer **Streikprämie** an diejenigen Arbeitnehmer, die während eines Arbeitskampfes weiter ihrer Arbeit nachgehen, soweit diese als Mittel des Arbeitskampfes eingesetzt wird.¹¹⁵ Zwar gilt für ihre Gewährung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; allerdings hält die Rechtsprechung eine solche Prämie selbst dann nicht für unangemessen, wenn sie den Tagesverdienst der Streikenden um ein Mehrfaches übersteigt. Im konkreten Fall waren das 200 €.¹¹⁶

106 BAG 21.3.2001, 10 AZR 444/00, NZA 2001, 782.

107 BAG 28.3.2007, 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687; BAG 18.1.2012, 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620.

108 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561.

109 BAG 6.5.2009, 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783.

110 BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368.

111 BAG 12.1.2000, 10 AZR 840/98, NZA 2000, 944; vgl. weiter BAG 10.12.2008, 10 AZR 35/08, NZA 2009, 258.

112 BAG 10.3.1998, 1 AZR 509/97, NZA 1998, 1297.

113 BAG 14.2.2007, 10 AZR 181/06, NZA 2007, 558.

114 BAG 5.9.2012, 4 AZR 696/10, DB 2013, 1123.

115 BAG 13.7.1993, 1 AZR 676/92, NZA 1993, 1135; BAG.

116 BAG 14.8.2018, 1 AZR 287/17; a.A. LAG Nds 18.5.2017, 7 Sa 815/16, LAGE § 612a BGB 2002 Nr 11.

Beispiele für sachfremde Ungleichbehandlungen:

- **Ausschluss von einer Sonderzuwendung**, die Anwesenheit und Betriebstreue prämiert, weil Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber angetragene Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ablehnen.¹¹⁷
- Ausschluss **studentischer Hilfskräfte** von einer Sonderzuwendung, die sonst allen Bediensteten einer Hochschule unabhängig von der Art ihrer jeweiligen Tätigkeit gezahlt wird.¹¹⁸
- **Geringerer Stundenlohn** gegenüber einer Vollzeitkraft für eine Studentin, die neben ihrem Studium als Teilzeitkraft beschäftigt wird:¹¹⁹ weder der Status eines Studenten noch die größere zeitliche Flexibilität bei der Festlegung der Arbeitseinsätze stellen einen Sachgrund dar.
- **Geringerer Nachtarbeitszuschlag** für Arbeitnehmer, die Nachtarbeit im Schichtbetrieb leisten gegenüber Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen Nachtarbeit verrichten.¹²⁰
- **Teilzeitbeschäftigte Fahrer**, denen der Arbeitgeber Sonntagszuschläge und Spesen im Gegensatz zu den Vollzeitfahrern vorenthält.¹²¹
- **Prämie für Nichtteilnahme an einem Streik**, wenn damit nicht ausschließlich die besonderen Belastungen ausgeglichen werden sollen, die mit jeder Streikarbeit verbunden sind.¹²²
- **Höheres Weihnachtsgeld für Angestellte**, ohne dass ein konkretes Bedürfnis besteht, sie damit stärker als Arbeiter an den Betrieb zu binden.¹²³

III. Verbot diskriminierender Vergütungsregelungen**1. Grundsatz**

Diskriminierungsverbote verbieten dem Arbeitgeber – meist aus sozialpolitischen Gründen –, Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage zu benachteiligen.¹²⁴ Vom Gleichbehandlungsgrundsatz **unterscheiden** sich die Diskriminierungsverbote vor allem in **dreierlei Hinsicht**:

117 BAG 30.7.2008, 10 AZR 497/07, NZA 2008, 1412.

118 BAG 6.10.1993, 10 AZR 450/92, NZA 1994, 257.

119 BAG 25.4.2001, 5 AZR 368/99, NZA 2002, 1211.

120 BAG 21.3.2018, 10 AZR 34/17, BB 2018, 2362.

121 ArbG Weiden 5.7.2017, 3 Ca 1513/16, juris.

122 BAG 28.7.1992, 1 AZR 87/92, NZA 1993, 267; BAG 14.8.2018, 1 AZR 287/17.

123 BAG 12.10.2005, 10 AZR 640/04, NZA 2005, 1418.

124 Maschmann-Bayreuther, S. 77 ff.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

- Sie sind nicht auf das bestehende Arbeitsverhältnis beschränkt, sondern können auch die **Einstellung** betreffen (z. B. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG).
- Sie setzen **keine Regel** voraus. Sie gelten beispielsweise auch für die individuelle Entgeltvereinbarung (§ 7 Abs. 2 AGG) und bei Maßnahmen, die nur einen einzigen Arbeitnehmer betreffen (§ 612a BGB).
- Sie sind regelmäßig **unabdingbar**.¹²⁵

25 Wer gegenüber wem, bei welchen Maßnahmen und mit welcher Rechtsfolge nicht benachteiligt werden darf, ergibt sich aus der jeweiligen gesetzlichen Regelung. Manchmal sind dort auch Ausnahmen vom Benachteiligungsverbot oder Gründe für eine zulässige Zurücksetzung geregelt. Die meisten Diskriminierungsverbote betreffen persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse oder knüpfen an Funktionen an, die im öffentlichen Interesse ausgeübt werden. Im Folgenden können nur einige Fälle beispielhaft genannt werden.¹²⁶ Die wichtigsten Diskriminierungsverbote enthält § 7 Abs. 1 AGG.¹²⁷

2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

a) Grundsatz

26 Wegen welcher Merkmale Arbeitnehmer nicht benachteiligt werden dürfen, zählt § 1 AGG abschließend auf. Das AGG lässt Gesetze, die vor anderen Benachteiligungen schützen, unberührt (§ 2 Abs. 3 AGG). Aus den in §§ 5, 8–10 AGG genannten Gründen können Benachteiligungen gerechtfertigt sein. Praktisch relevant sind direkte und indirekte Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts und solche aus Altersgründen.

b) Geschlecht

27 Vergütungsregeln, die eine **Frau** unmittelbar wegen ihres Geschlechts benachteiligen, sind unzulässig, kommen heute aber kaum noch vor.¹²⁸ Von Bedeutung sind mittelbare Benachteiligungen, die sich daraus ergeben, dass Teilzeitkräfte und Elternzeitler überwiegend weiblichen Geschlechts sind.¹²⁹ Die **Versagung von Entgeltleistungen an Elternzeitler** lässt sich typischerweise mit der Nicht-

125 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68.

126 Näheres bei *Fastrich*, RdA 2000, 65, 75 ff.

127 Zur analogen Anwendung des 2. Abschnitts des AGG auf den Geschäftsführer einer GmbH unter bestimmten Voraussetzungen BAG 23.4.2012, NZA 2012, 797.

128 Vgl. aber *Winter*, FS Heide Pfarr, S. 320 ff.

129 *Rolfs/Wessel*, NJW 2009, 3329 ff.

erbringung der Arbeitsleistung rechtfertigen.¹³⁰ Das gilt für das Arbeitsentgelt einschließlich der Sachbezüge sowie für alle anderen Vergütungen, die sich als Gegenleistung für eine tatsächlich erbrachte Arbeit darstellen, wenn mit ihnen auch kein weiterer Zweck, wie z.B. die Förderung der Betriebstreue, verfolgt wird.¹³¹ Zur Benachteiligung von Teilzeitkräften s. Rn. 37 ff.

c) *Alter*

Vergütungsregeln, die an das **Lebensalter** anknüpfen und dabei jüngere Mitarbeiter gegenüber älteren benachteiligen, sind problematisch.¹³² Die Ungleichbehandlung kann **unmittelbar** (§ 3 Abs. 1 AGG) geschehen, etwa wenn eine tarifliche **Grundvergütung nur nach dem Lebensalter** gestaffelt wird,¹³³ oder **mittelbar** (§ 3 Abs. 2 AGG), wenn die Vergütung von der **Dauer der Betriebszugehörigkeit** oder dem Innehaben einer bestimmten Position abhängt, weil eine längere Dienstzeit im Regelfall mit einem entsprechend höheren Lebensalter einhergeht.¹³⁴ **28**

Eine **unterschiedliche Behandlung wegen des Alters** ist nach § 10 Satz 1 AGG **zulässig**, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Da § 10 AGG der Umsetzung von Art. 6 RL 2000/78/EG in das nationale Recht dient¹³⁵ und zugleich das Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 21 EU-GRCh konkretisiert,¹³⁶ muss die Vorschrift **unionsrechtskonform** unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH **ausgelegt** werden.¹³⁷ Da § 10 Satz 1 AGG keine legitimen Ziele nennt, ist auf Art. 6 RL 2000/78/EG zurückzugreifen, der hierfür als Beispiele **Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung** anführt. Bei ihnen handelt es sich um **sozialpolitische Ziele der Allgemeinheit**. Dasselbe hat die Rechtsprechung für Ziele angenommen, die ein Arbeitgeber mit einer im Arbeitsvertrag vorgesehenen betrieblichen **29**

130 Vgl. z. B. BAG 20.4.2010, 3 AZR 370/08, NZA 2010, 1188; *Zwanziger*, NZA-Beil. 2012, 108, 110.

131 BAG 24.10.1990, 6 AZR 156/89, DB 1991, 446; vgl. weiter Küttner-Poeche, Elternzeit, Rn. 58 ff. m. w. N.

132 *Dornbusch/Kasprzyk*, NZA 2009, 1000; *Glažcar*, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung, Diss. 2011; *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz, Diss. 2012; *Kasprzyk*, Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, Diss. 2014.

133 So wie früher beim BAT, vgl. BAG 10.11.2011, 6 AZR 481/09, NZA-RR 2012, 100.

134 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 38 ff.

135 BAG 18.3.2014, 3 AZR 69/12, NZA 2014, 606 Rn. 21.

136 EuGH 13.9.2011, C-447/09, NZA 2011, 1039 Rn. 38 – Prigge; BVerfG 21.4.2015, 2 BvR 1322/12, BVerfGE 139, 19.

137 Dazu auch BAG 21.10.2014, 9 AZR 956/12, NZA 2015, 297 Rn. 17; BAG 12.6.2013, 7 AZR 917/11, NZA 2013, 1428 Rn. 32; BAG 5.3.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rn. 40.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Altersversorgung anstrebt.¹³⁸ Für legitim hält die Rechtsprechung deshalb auch Maßnahmen, die der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung dienen. Dazu gehört auch das Interesse des Arbeitgebers, das mit der Gewährung einer betrieblichen Altersrente eingegangene Risiko sachgerecht zu begrenzen.¹³⁹ Ziele, die nur im Eigeninteresse des Arbeitgebers liegen, wie etwa **Kostenreduzierung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit**, können eine Benachteiligung wegen des Alters für sich allein nicht rechtfertigen.¹⁴⁰

- 30 Außerdem muss die Ungleichbehandlung angemessen und erforderlich sein (§ 10 Satz 2 AGG). Das ist der Fall, wenn Arbeitnehmer nicht übermäßig wegen ihres Alters benachteiligt werden,¹⁴¹ d.h. wenn die Benachteiligung nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist.¹⁴² Dafür trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast.¹⁴³ Erfolgt eine Regelung durch die Sozialpartner, genießen diese für ihre Entgeltpolitik einen weiten Ermessensspielraum.¹⁴⁴ Die Rechtsprechung unterstellt, dass sie bei der Wahrnehmung ihres Grundrechts auf Kollektivverhandlungen (Art. 28 EU-GRCh) für einen angemessenen Ausgleich sorgen.¹⁴⁵ Freilich werden auch die Sozialpartner nicht vollkommen vom Verbot der Altersdiskriminierung freigestellt.¹⁴⁶
- 31 Hilfestellung bei der Rechtfertigung leisten die in § 10 Satz 3 AGG genannten Beispiele. So erlaubt etwa § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG besondere Arbeitsbedingungen zum Schutz älterer Beschäftigter.¹⁴⁷ Allerdings ist auch dann substantiiert darzulegen, dass eine Schutzvorschrift angemessen und erforderlich ist.¹⁴⁸ Der pauschale Vortrag, dass mit höherem Lebensalter das Erholungsbedürfnis steigt, genügt daher nicht, um einen **längeren Erholungsurlaub** schon für über 30-Jäh-

138 EuGH 26.9.2013, C-476/11, EuZW 2013, 951 – HK Danmark Rn. 60 ff.; BAG 26.9.2017, 3 AZR 72/16, NZA 2018, 315 Rn. 49; BAG 17.10.2017, 3 AZR 199/16, NZA 2018, 376.

139 EuGH 13.7.2017, C-354/16, NZA 2017, 1047 – Kleinststeuer Rn. 62; BAG 26.4.2018, 3 AZR 19/17, NZA 2018, 1006.

140 Vgl. BAG 23.7.2015, 6 AZR 457/14, NZA 2015, 1380 Rn. 48

141 Vgl. etwa EuGH 9.9.2015, C-20/13, NVwZ 2016, 131 Rn. 43 – Unland; EuGH 26.9.2013, C-546/11, NVwZ 2013, 1401, Rn. 56 – Dansk Jurist.

142 EuGH 22.11.2005, C-144/04, NZA 2005, 1345 Rn. 65 – Mangold.

143 Vgl. BAG 23.7.2015, 6 AZR 457/14, NZA 2015, 1380 Rn. 37 m.w.N.; BAG 24.1.2013, 8 AZR 429/11, NJW 2013, 2055, Rn. 50.

144 EuGH 16.10.2007, C-411/05, NZA 2007, 1219 Rn. 68 – Palacios de la Villa; EuGH 12.10.2010, C-45/09, NZA 2010, 1167 Rn. 41 – Rosenblatt.

145 Vgl. EuGH 12.10.2010, C-45/09, NZA 2010, 1167 Rn. 67 – Rosenblatt m.w.N.; EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 66 – Hennigs.

146 Vgl. EuGH 27.10.1993, C-127/92, NZA 1994, 797 Rn. 22 – Enderby; EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 68 – Hennigs.

147 BAG 22.10.2015, 8 AZR 168/14, NZA 2016, 1081 Rn. 47 ff.

148 St. Rspr., vgl. BAG 12.4.2016, 9 AZR 659/14, NZA-RR 2016, 438.

rige zu rechtfertigen.¹⁴⁹ Ebenso wenig existiert ein Erfahrungssatz, dass alle über 50-Jährigen ein erhöhtes Erholungsbedürfnis hätten, weil von da an ihre physische Belastbarkeit abnähme.¹⁵⁰ Indes kann ab einem bestimmten Alter ein gesteigertes Erholungsbedürfnis „eher nachvollziehbar“ sein. Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung einen um zwei Tage längeren Erholungsurlaub für über 58-Jährige unbeanstandet gelassen.¹⁵¹ Eine unzulässige Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten stellt es allerdings dar, wenn vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer ab dem 57. Lebensjahr eine wöchentliche Altersfreizeit von 2,5 Stunden erhalten, Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit mit weniger als 35 aber leer ausgehen.¹⁵²

Ebenfalls keinen Rechtfertigungsgrund liefert das Argument, eine Ungleichbehandlung Jüngerer sei erforderlich, um einen **höheren finanziellen Bedarf älterer Arbeitnehmer** auszugleichen. Abgesehen davon, dass es sich hierbei nicht um ein sozialpolitisches Ziel i. S. d. Art. 6 RL 2000/78 handelt,¹⁵³ fehlt es an einer nachvollziehbaren Korrelation zwischen Alter und finanziellem Bedarf.¹⁵⁴ So kann ein junger Arbeitnehmer erhebliche familiäre Lasten zu tragen haben, während ein älterer möglicherweise ledig ist und kein unterhaltsberechtigtes Kind hat. Entsprechendes gilt für den Ausgleich schlechterer Chancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt. Zwar kann die Kompensation dieses Nachteils ein an sich legitimes sozialpolitisches Ziel i. S. d. § 10 AGG darstellen.¹⁵⁵ Die damit einhergehende Benachteiligung Jüngerer ist jedoch unzulässig, wenn eine Arbeitgeberleistung nicht den vollständigen Verlust des Arbeitsplatzes ausgleichen soll, sondern Einkommensminderungen infolge eines Arbeitsplatzwechsels.¹⁵⁶ Ob der Ausgleich einer altersbedingten Minderung der Leistungsfähigkeit durch eine **Verdienstsicherungsklausel** ein legitimes Ziel i. S. v. § 10 AGG bildet, hat die Rechtsprechung offengelassen.¹⁵⁷

149 BAG 20.3.2012, 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803 Rn. 20; BAG 13.10.2009, 9 AZR 722/08, BAGE 132, 210.

150 BAG 12.4.2016, 9 AZR 659/14, NZA-RR 2016, 438 Rn. 26.

151 BAG 21.10.2014, 9 AZR 956/12, NZA 2015, 297 Rn. 33.

152 LAG Düsseldorf 13.9.2016, 14 Sa 874/15 juris.

153 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 32.

154 EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 70 – Hennigs.

155 BAG 15.12.2011, 2 AZR 42/10, NZA 2012, 1044 Rn. 53 ff.; BAG 12.4.2011, 1 AZR 743/09, NZA 2011, 985 Rn. 14.

156 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 35.

157 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 36; bejahend *Linsenmaier*, RdA 2003, Sonderbeil. zu Heft 5, S. 22, 29; *Adomeit/Mohr*, § 10 AGG Rn. 98; *Bauer AGG*, § 5 AGG Rn. 18; zweifelnd und differenzierend *Glajcar*, S. 158 ff.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

- 32a Großzügiger verfährt die Rechtsprechung bei der Gewährung freiwilliger Leistungen aus einer betrieblichen Altersversorgung.¹⁵⁸ Beispielsweise erlaubt sie die Bestimmung von Altersgrenzen, jenseits derer der Arbeitgeber keine Beiträge mehr in die Versorgungssysteme entrichtet, was dazu führt, dass Arbeitnehmer, die über diese Grenze hinaus weiterarbeiten, keine zusätzlichen Versorgungsansprüche erhalten.¹⁵⁹ Allerdings muss die Altersgrenze zur Begrenzung des finanziellen Risikos, das der Arbeitgeber mit dem Versprechen einer Altersrente eingeht, erforderlich sein.¹⁶⁰ Das hat die Rechtsprechung für eine auf die Vollendung des 60. Lebensjahres bezogene Altersgrenze bejaht, weil die überwiegende Mehrheit der in dem fraglichen Betrieb Beschäftigten mit diesem Alter ihre Erwerbsarbeit ohnehin beendet hatte.¹⁶¹ Für ebenso wenig altersdiskriminierend hat die Rechtsprechung eine Abstandsregelung in einer Versorgungsordnung erachtet, nach der Ehegatten, die mindestens 15 Jahre jünger als der versorgungsberechtigte Arbeitnehmer waren, von der Gewährung einer Hinterbliebenenversorgung ausgeschlossen wurden.¹⁶²
- 33 Zulässig ist es, die **Berufserfahrung** eines Arbeitnehmers zu honorieren. Da diese üblicherweise mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit steigt, lässt sich das **Dienstalter** – anders als das Lebensalter – auch bei der Vergütung berücksichtigen.¹⁶³ Stellt ein Vergütungssystem ganz allgemein auf das Dienstalter ab, muss der Arbeitgeber nicht im Einzelnen nachweisen, dass ein älterer Arbeitnehmer über die Jahre tatsächlich mehr Berufserfahrung als ein jüngerer gesammelt hat.¹⁶⁴ Anders liegt es nur, wenn der Arbeitnehmer konkrete Anhaltspunkte dafür liefert, dass bei seiner Arbeit Berufserfahrung und Dienstalter nichts miteinander zu tun haben. Dann ist es Sache des Arbeitgebers, das Gegenteil zu beweisen.¹⁶⁵ Stets kommt es auf die Art der Tätigkeit an. Für eine nach dem 55. Lebensjahr typischerweise vorliegende besondere Berufserfahrung gibt es keinerlei Anhaltspunkte.¹⁶⁶ Unzulässig ist es, wenn ein Tarifvertrag zwar innerhalb

158 Vgl. EuGH 26.9.2013, C-546/11, NVwZ 2013, 1401 – Dansk Jurist Rn. 59; BAG 26.4.2018, 3 AZR 19/17, NZA 2018, 1006 Rn. 40 f.

159 Vgl. EuGH 26.2.2015, C-515/13, NZA 2015, 473 – Ingeniørforeningen i Danmark Rn. 2.

160 Vgl. EuGH 26.9.2013, C-546/11, NVwZ 2013, 1401 – Dansk Jurist Rn. 59.

161 BAG 17.10.2017, 3 AZR 199/16, NZA 2018, 376 Rn. 25 mwN; BAG 26.4.2018, 3 AZR 19/17, NZA 2018, 1006.

162 BAG 20.2.2018, 3 AZR 43/17, BB 2018, 1148.

163 EuGH 17.10.1989, C-109/88, NZA 1990, 772 Rn. 24 f. – Danfoss; EuGH 3.10.2006, C-17/05, NZA 2006, 1205, Rn. 34 f., 40 – Cadman; EuGH 18.6.2009, C-88/08, NZA 2009, 891 Rn. 47 – Hütter; EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 72 – Hennigs; EuGH 19.6.2014, C-502/12, NZA 2014, 831 Rn. 48 – Specht; BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 33.

164 EuGH 3.10.2006, C-17/05, NZA 2006, 1205 Rn. 35 – Cadman.

165 EuGH 3.10.2006, C-17/05, NZA 2006, 1205 Rn. 38 – Cadman.

166 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629 Rn. 34.

einer Vergütungsgruppe einen stufenweisen Aufstieg in Abhängigkeit vom Lebens- und Dienstalter vorsieht, die **erstmalige Einstufung** aber **allein nach dem Lebensalter** erfolgt.¹⁶⁷ Wird jedoch ein derart altersdiskriminierender Tarifvertrag durch einen diskriminierungsfreien ersetzt, können die Benachteiligungen für einen Übergangszeitraum hinnehmbar sein, um den Besitzstand einer bestimmten Personengruppe zumindest vorübergehend zu wahren.¹⁶⁸ Eine Tarifregelung, die bei der **Anrechnung von Entgelterhöhungen** auf eine zur **Einkommenssicherung gebildete Zulage** nach dem Lebensalter differenziert, kann unzulässig sein. Erlaubt ist aber eine Differenzierung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit.¹⁶⁹

3. Staatsangehörigkeit

Art. 45 AEUV, der unmittelbar im Arbeitsverhältnis gilt,¹⁷⁰ verbietet jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Die Vorschrift schützt allerdings nur Bürger aus den Mitgliedstaaten der EU. Für die anderen gilt § 7 AGG. **34**

4. Gewerkschaftszugehörigkeit

Vergütungsabreden, die das Grundrecht auf koalitionsmäßige Betätigung einschränken und zu behindern suchen, sind nichtig, einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers rechtswidrig (Art. 9 Abs. 3 GG). Nichtorganisierte Arbeitnehmer dürfen deshalb gegenüber organisierten beim Entgelt nicht begünstigt werden. Umgekehrt wird nicht gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen, wenn tariflich geregelte Arbeitsbedingungen nur den Gewerkschaftsmitgliedern gewährt werden.¹⁷¹ Zulässig sind darüber hinaus **einfache Differenzierungsklauseln**,¹⁷² d. h. Klauseln, die eine tarifliche Leistung von der Zugehörigkeit zu der tarifschließenden Gewerkschaft abhängig machen, den Arbeitgeber aber nicht hindern, diese Leistung auch anderen Arbeitnehmern zu gewähren („erhalten die ver.di-Mitglieder in jedem Geschäftsjahr ... eine Ausgleichszahlung in Höhe von 535 € brutto“).¹⁷³ Diese Klauseln geben nur die Rechtslage nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG wieder. Zulässig ist es ferner, wenn eine Leistung nur denjenigen gewährt wird, die **35**

167 EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 75 ff. – Hennigs.

168 EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 79 ff., 99 – Hennigs.

169 BAG 15.11.2012, 6 AZR 359/11, NZA 2013, 629.

170 EuGH 6.6.2000, C-281/98, NZA-RR 2001, 20.

171 BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1034; BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115; Küttner-Kania, Gleichbehandlung, Rn. 23.

172 BAG 21.8.2013, NZA-RR 2014, 201; BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115.

173 BAG 18.3.2009, NZA 2009, 1028; ebenso BAG 13.6.2012, NZA 2012, 1052.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

zu einem bestimmten **Stichtag** Gewerkschaftsmitglied waren.¹⁷⁴ Allerdings darf dieser Stichtag nicht willkürlich gewählt sein.¹⁷⁵ Stichtagsregelungen sind zulässig, wenn nur so verlässlich und planbar bestimmt werden kann, wie viele Mitglieder einen Anspruch auf ergänzende Leistungen (zB Abfindungszahlungen, BeE-Monatsentgelte) haben.¹⁷⁶ Stets bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, den nicht und den anders organisierten Arbeitnehmern die **tarifliche Leistung arbeitsvertraglich zuzusagen**. Allerdings reicht für eine Zusage nach der umstrittenen Rechtsprechung des BAG eine bloße Bezugnahme auf den Tarifvertrag nicht aus, selbst wenn man sie als Gleichstellungsabrede auffasst.¹⁷⁷ Immerhin hat der Arbeitnehmer für die Zukunft die Möglichkeit, durch Gewerkschaftsbeitritt Anspruch auf die tarifliche Leistung zu erlangen.

- 36** Unzulässig sind dagegen **qualifizierte Differenzierungsklauseln**, d.h. Klauseln, mit denen erreicht werden soll, dass nur gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer bestimmte tarifliche Leistungen (Zulagen, Zusatzurlaub) erhalten.¹⁷⁸ Diese Klauseln gibt es in zwei Varianten: als **Tarifausschlussklauseln**, die es dem Arbeitgeber verbieten, die tariflichen Leistungen nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern („Außenseitern“) zu gewähren, und als **Spannen(sicherungs)- oder Abstandsklauseln**, die den Arbeitgeber verpflichten, Leistungen für die Organisierten aufzustocken, um ihnen dadurch einen bestimmten Vorsprung vor den Außenseitern zu sichern. Für qualifizierte Differenzierungsklauseln fehlt den Tarifvertragsparteien die Rechtsmacht. Da sie lediglich kollektiv Privatautonomie ausüben, können sie keine Vereinbarungen zulasten von nicht oder anders Organisierten abschließen. Auf die Höhe des Vorteils für die Gewerkschaftsmitglieder kommt es nicht an.¹⁷⁹

5. Teilzeitarbeit

- 37** **Teilzeitbeschäftigte** dürfen wegen der Teilzeitarbeit nicht willkürlich schlechter vergütet werden als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte. Sie haben **grundsätzlich**

174 Solche Klauseln wertet die Rechtsprechung allerdings nicht als „einfache Differenzierungsklauseln“ im obigen Sinne, vgl. BAG 6.7.2016, 4 AZR 966/13, USK 2016, 108; BAG 17.5.2017, 4 AZR 646/14, juris.

175 Bei einem Tarifvertrag über Abfindungen anlässlich einer Teilbetriebsstillegung etwa das Datum des Tarifabschlusses, BAG 15.4.2015, 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 m. krit. Anm. *Greiner*, NZA 2016, 10.

176 BAG 6.7.2016, 4 AZR 966/13, USK 2016, 108.

177 BAG 18.3.2009, NZA 2009, 1028; krit. dazu *Bauer/Arnold*, NZA 2009, 1169, 1171; *dies.*, NZA 2011, 945, 948; *Franzen*, NZA-Beil. 2011, 108, 117 ff.; *Lobinger/Hartmann*, RdA 2010, 235 ff.; *Richardi*, NZA 2010, 417, 419.

178 Grundlegend BAG 21.2.1967, 1 AZR 495/65, AP GG Art. 9 Nr. 12; für Spannenklauseln jetzt auch BAG 23.3.2011, 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920.

179 *Bauer/Arnold*, NZA 2011, 945, 947.

pro rata temporis Anspruch auf dasselbe Entgelt wie Vollzeitkräfte (§ 4 Abs. 1 TzBfG).¹⁸⁰ Entgelt im Sinne dieser Vorschrift sind alle gegenwärtigen und künftigen Leistungen des Arbeitgebers, die mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen.¹⁸¹ Dazu gehören neben der Grundvergütung alle Zulagen und Zuschläge, aber auch einmalige und wiederkehrende Zuwendungen, wie z. B. Urlaubs-, Weihnachts- und Jubiläumsgeld, sowie alle Sachbezüge. Eine Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit erfolgt schon dann, wenn die Dauer der Arbeitszeit den maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Ungleichbehandlung bildet.¹⁸² Das ist beispielsweise der Fall, wenn eine Vergütungsregel ausdrücklich nur für Vollzeitbeschäftigte gilt oder wenn Arbeitnehmer erst ab einer bestimmten Arbeitszeit von ihr erfasst werden.¹⁸³ Auf eine Diskriminierungsabsicht des Arbeitgebers kommt es nicht an.¹⁸⁴ Keine Rolle spielt der Umfang der Teilzeitarbeit. Auch **geringfügig Beschäftigte** auf der Basis von sozialversicherungs-freien 450 €-Jobs (vgl. § 8 Abs. 1 SGB IV) dürfen grundsätzlich nicht schlechter als Vollzeitkräfte vergütet werden.¹⁸⁵ Sie haben deshalb Anspruch auf Zahlung des anteiligen (Tarif-)Entgelts,¹⁸⁶ sowie pro-rata-temporis auf alle Zulagen und Zuschläge. Organisatorischer Bezugspunkt für die Vergütung einer vergleichbaren Vollzeitkraft ist der Betrieb (§ 2 Abs. 1 Satz 3 TzBfG), jedenfalls soweit der Arbeitgeber nicht eine unternehmensweit oder zumindest überbetrieblich geltende Vergütungsregel aufstellt.

Liegt eine **Benachteiligung** vor, ist diese nach der Rechtsprechung nur dann **erlaubt**, wenn es hierfür **objektive Gründe** gibt, die einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen. Die Benachteiligung muss für die Erreichung dieses Zieles geeignet und erforderlich sein.¹⁸⁷ Geeignet ist die Benachteiligung, wenn mit ihr das angestrebte Ziel erreicht werden kann; erforderlich ist sie, wenn sie das mildeste Mittel zur Zielerreichung darstellt, es also keine weniger belastende Maßnahme gibt, mit der sich das Ziel ebenso gut erreichen lässt.¹⁸⁸ Die Sachgrundprüfung ist daher **keine reine Willkürkontrolle**, sondern **Inhaltskontrolle** am Maßstab des **Verhältnismäßigkeitsprinzips**. Dieser strenge Kontrollmaßstab geht darauf zurück, dass die Benachteiligung von Teilzeitkräften regelmä-

38

180 Die Vorschrift ist zwingend und steht deshalb auch nicht zur Disposition der Tarifparteien, vgl. BAG 21.2.2013, 6 AZR 524/11, NZA 2013, 625 Rn. 33.

181 BeckOKArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 12.

182 BAG 29.1.1992, 5 AZR 518/90, NZA 1992, 1037, 1039; BAG 30.9.1998, 5 AZR 18/98, NZA 1999, 774 m. w. N.

183 ErfK-Preis, § 4 TzBfG Rn. 34.

184 BAG 7.3.1995, 3 AZR 282/94, NZA 1996, 48; AT-Thüsing, § 4 TzBfG Rn. 22.

185 EuGH 9.9.1999, C-281/97, BB 2002, 1210.

186 BAG 25.1.1989, 5 AZR 161/88, AP BeschFG 1985 § 2 Nr. 2.

187 EuGH 13.7.1989, C-171/88, NZA 1990, 437; EuGH 14.12.1995, C-317/93, NZA 1996, 129.

188 ErfK-Preis, § 4 TzBfG Rn. 41.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

big zugleich eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts darstellt, weil Teilzeitarbeit überwiegend von Frauen verrichtet wird. Von daher wäre auch eine Prüfung am Maßstab des § 7 AGG bzw. Art. 157 AEUV erforderlich. Diese erspart sich die Rechtsprechung, indem sie den Kontrollmaßstab bei § 4 TzBfG verschärft.¹⁸⁹

- 39 Allein das **geringere Arbeitspensum** von Teilzeitkräften rechtfertigt die geringere Vergütung ebenso wenig¹⁹⁰ wie deren **längere Freizeit**.¹⁹¹ Zulässige Anknüpfungspunkte für eine Ungleichbehandlung können aber z. B. sein: eine geringere Arbeitsleistung, Qualifikation oder Berufserfahrung von Teilzeitkräften, aber auch die unterschiedlichen Anforderungen des Arbeitsplatzes.¹⁹² Ähnlich wie beim Gleichbehandlungsgrundsatz (s. oben Rn. 21) kommt es für die Rechtfertigung vor allem auf den Zweck an, den der Arbeitgeber mit der (ungleichen) Vergütung verfolgt.¹⁹³ Entscheidend ist, ob der **Entgeltcharakter** der Leistung im Vordergrund steht oder der Arbeitgeber einen anderen, nicht an die Dauer der Arbeitszeit anknüpfenden Zweck verfolgt.¹⁹⁴ Erfüllen Teilzeitkräfte die einzel- oder kollektivvertraglich geregelten Voraussetzungen einer Zulage, besteht ein anteiliger Anspruch.

40 Beispiele für zulässige Ungleichbehandlungen:

- **Geringfügig Beschäftigte**, die nicht der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht unterliegen, dürfen von der als Gesamtversorgungssystem ausgestalteten Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst ausgenommen werden.¹⁹⁵
- Kürzung einer **Funktionszulage**, wenn sie reines Entgelt für die Arbeit in einer bestimmten Funktion darstellt.¹⁹⁶ Anders, wenn eine (tarifliche) Funktionszulage für eine herausgehobene Tätigkeit gewährt wird, die den Tätigkeitsmerkmalen der nächsthöheren Vergütungsgruppe noch nicht entspricht, jedoch nach der Einschätzung der Tarifvertragsparteien mit der Grundvergütung der innegehabten Vergütungsgruppe nicht angemessen bezahlt ist, und der Anteil der von der Teilzeitkraft verrichteten herausgehobenen Tätigkeit dem bei einem Vollzeitbeschäftigten erforderlichen Anteil entspricht.¹⁹⁷
- Zeitanteilige Kürzung einer **Sondervergütung** (Weihnachts-, Urlaubs-,¹⁹⁸ Jubiläumsgeld usw.), wenn sie ausnahmsweise reinen Entgeltcharakter hat.¹⁹⁹

189 ErfK-Preis, § 4 TzBfG Rn. 39.

190 BAG 6.12.1990, 6 AZR 159/89, NZA 1991, 350.

191 BAG 15.12.1998, 3 AZR 239/97, NZA 1999, 882.

192 BAG 25.10.1994, 3 AZR 149/94, NZA 1995, 730.

193 BAG 18.3.2014, 9 AZR 694/12, AP TzBfG § 4 Nr. 25.

194 BAG 11.12.1996, 10 AZR 359/96, NZA 1997, 661.

195 BAG 27.2.1996, 3 AZR 886/94, NZA 1996, 992.

196 BAG 17.4.1996, 10 AZR 617/95, NZA 1997, 324.

197 BAG 18.3.2009, 10 AZR 338/08, AP TzBfG § 4 Nr. 20.

198 BAG 15.4.2003, 9 AZR 548/01, NZA 2004, 494.

199 BAG 16.4.2003, 4 AZR 156/02, NZA 2004, 991, 994.

- Zeitanteilige Kürzung einer **Abfindung** für das freiwillige Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis bei Teilzeitkräften.²⁰⁰
- Nur zeitanteilige Gewährung einer **Wechsel- oder Nachtschichtzulage**, wenn diese schwerpunktmäßig an die grundsätzlichen Belastungen durch Wechselschicht- und Nacharbeit anknüpft und sie bei Teilzeitbeschäftigten geringer sind.²⁰¹
- Gewährung eines **Mehrarbeitszuschlags** für Teilzeitbeschäftigte erst bei Überschreiten der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten.²⁰² Bei gleicher Stundenzahl darf der Verdienst der Teilzeitkraft aber nicht geringer als bei der Vollzeitkraft ausfallen.²⁰³
- Vereinbarung, nach der ein geringfügig Beschäftigter i. S.d. §§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, 40a Abs. 2 EStG im Innenverhältnis zum Arbeitgeber die für ihn abzuführende **pauschale Lohnsteuer** zu tragen hat, weil auch ein Vollzeitbeschäftigter mit ihr wirtschaftlich belastet wird.²⁰⁴

Beispiele für unzulässige Ungleichbehandlungen:

41

- **Prämien für erwiesene und künftig Betriebstreue** dürfen für Teilzeitkräfte nicht geringer bemessen werden als für Vollzeitkräfte, weil der Aspekt der Bindung an den Betrieb bei beiden in gleicher Weise relevant wird.²⁰⁵
- Vollständiger oder teilweiser **Ausschluss von Sonderzahlungen** und Gratifikationen **wegen der besonderen sozialen Lage von Arbeitnehmern** (z. B. wegen familienrechtlicher Unterhaltsansprüche von teilzeitbeschäftigten Studenten gegen ihre Eltern²⁰⁶ oder wegen ihrer Sozialversicherungsfreiheit.²⁰⁷
- Kürzung einer **Funktionszulage**, die allgemein für die Übernahme einer Funktion gewährt wird.²⁰⁸ Teilzeitbeschäftigte „SB-Kassiererinnen“ haben z. B. Anspruch auf die Zahlung der tariflichen Funktionszulage, wenn sie auf Anweisung der Geschäftsleitung zu mehr als 24/38 ihrer Arbeitszeit an einer Ausgangskasse tätig sind.²⁰⁹
- Nichtgewährung einer **Ausgleichszulage** an Teilzeitkräfte, wenn der Arbeitgeber mit ihr Zwecke verfolgt, die auch von den Teilzeitbeschäftigten erfüllt werden kön-

200 BAG 13.2.2007, 9 AZR 729/06, AP TzBfG § 4 Nr. 13.

201 BAG 25.9.2013, 10 AZR 4/12, NZA-RR 2014, 8.

202 EuGH 15.12.1994, C-399/92 u. a., NZA 1995, 218; BAG 5.11.2003, 5 AZR 8/03, NZA 2005, 222, 223; ArbG Frankfurt a. M., 14.7.2017, 13 Ca 5491/16, juris.

203 Vgl. EuGH 6.12.2007, C-300/06, NZA 2008, 31.

204 BAG 1.2.2006, 5 AZR 628/04, NZA 2006, 682.

205 BAG 27.7.1994, 10 AZR 538/93, NZA 1994, 1130; BAG 25.10.1994, 3 AZR 149/94, NZA 1995, 730.

206 BAG 1.11.1995, 5 AZR 84/94, NZA 1996, 813; BAG 28.3.1996, 6 AZR 501/95, NZA 1996, 1280.

207 BAG 9.10.1996, 5 AZR 338/95, NZA 1997, 729.

208 BeckOKArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 13.

209 BAG 18.3.2009, 10 AZR 338/08, AP TzBfG § 4 Nr. 20.

nen (z. B. Ausgleich für eine Reduzierung der tariflichen Wochenarbeitszeit mit entsprechender Entgeltsenkung).²¹⁰

- Vorenthaltung von Sonntagszuschlägen und Spesen bei **teilzeitbeschäftigter Fahrern** im Gegensatz zu den Vollzeitfahrern.²¹¹

6. Befristete Beschäftigung

- 42** Einen Arbeitnehmer mit Zeitvertrag darf der Arbeitgeber nicht grundlos schlechter vergüten als einen unbefristet Beschäftigten (§ 4 Abs. 2 TzBfG). Vielmehr ist ihm das Arbeitsentgelt und jede andere teilbare geldwerte Leistung, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt wird, in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht (§ 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG). Das Gebot gilt für Einzel- wie für Kollektivverträge.²¹² Es ist verletzt, wenn der befristet Beschäftigte allein wegen der Befristung des Arbeitsvertrags schlechter behandelt wird als ein unbefristet Beschäftigter mit einer gleichen oder ähnlichen Tätigkeit im selben Betrieb (§ 3 Abs. 2 TzBfG).²¹³
- 43** Die Sachgrundprüfung bei befristeten Beschäftigten ist weniger streng als bei Teilzeitkräften, weil bei ihnen keine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts droht. Trotzdem können nur solche Gründe eine Benachteiligung rechtfertigen, die weder direkt noch indirekt durch den Umstand der Befristung verursacht werden.²¹⁴ Eine Benachteiligung besteht nicht, wenn der Arbeitgeber für eine Treue- oder Halteprämie das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraussetzt, von deren Bezug Arbeitnehmer ausgeschlossen sind, deren Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Stichtag entweder wegen Vertragsablaufs oder wegen einer Kündigung nicht mehr besteht.²¹⁵ Nur sehr kurzzeitig Beschäftigte können von Leistungen ausgeschlossen werden, wenn deren anteilige Gewährung zu so geringfügigen Beträgen führt, dass kein angemessenes Verhältnis mehr zum Zweck der Leistung besteht.²¹⁶
- 44** Bei **einmal jährlich gewährten Sonderzahlungen** (Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld usw.) ist nach dem Zweck der Gewährung zu unterscheiden:

210 BAG 5.8.2009, 10 AZR 634/08, AP TzBfG § 4 Nr. 21.

211 ArbG Weiden 5.7.2017, 3 Ca 1513/16, juris.

212 ErfK-Preis, § 4 TzBfG Rn. 64.

213 Einschränkung BAG 21.2.2013, 6 AZR 524/11, NZA 2013, 625 Rn. 30: „identische Aufgaben“.

214 Vgl. ArbG Göttingen 20.3.2002, 3 Ca 574/01, LAGE TzBfG § 4 Nr. 1.

215 BAG 19.12.2007, 5 AZR 260/07, NZA-RR 2008, 275.

216 Vgl. BT-Drs. 14/4374, S. 16.

- Sonderzahlungen mit **reinem Entgeltcharakter**, die zeitanteilig verdient werden, und bei denen nur die Fälligkeit auf einen bestimmten Zeitpunkt (Urlaubsantritt, Weihnachten) aufgeschoben ist, müssen befristet Beschäftigten zeitanteilig gewährt werden.
- Sonderzahlungen, die **ausschließlich künftige Betriebstreue honorieren** sollen („Halteprämie“), und deshalb das Bestehen eines (ungekündigten) Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag voraussetzen, müssen befristet Beschäftigten, die am Stichtag nicht mehr beschäftigt sind, nicht gewährt werden, weil sie die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllen.
- Sonderzahlungen **mit Mischcharakter**, die sowohl in der Vergangenheit geleistete Dienste vergüten als auch zu künftiger Betriebstreue motivieren sollen, müssen befristet ebenfalls zeitanteilig gewährt werden.

7. Betriebsratsarbeit

Das Entgelt von Mitgliedern des Betriebsrats darf nicht geringer bemessen werden als das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Das gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers (§ 37 Abs. 4 BetrVG). Die Vorschrift hat besondere Bedeutung für freigestellte Betriebsratsmitglieder (s. Kap. 10 Rn. 24 ff.). **45**

IV. Rechtsfolgen unzulässig benachteiligender Vergütungsregelungen

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gibt dem Arbeitnehmer **keinen Anspruch auf ein bestimmtes Tun** des Arbeitgebers. Er verbietet lediglich eine sachwidrige Ungleichbehandlung.²¹⁷ Wie die Ungleichbehandlung beseitigt wird, bleibt dem Arbeitgeber überlassen. Er kann beispielsweise darauf verzichten, eine Gratifikation, bei der er eine willkürliche Ungleichbehandlung vorgesehen hatte, einzuführen, oder eine Gratifikation, auf die für die Zukunft (noch) kein Anspruch besteht, weiterzuführen; er kann den vorgesehenen Betrag so umverteilen, dass auch die übergangenen Arbeitnehmer die Leistung erhalten, oder er kann die Mittel aufstocken. Hat der Arbeitgeber einer Gruppe eine Leistung bereits gewährt oder hat er sich ihr gegenüber bereits rechtlich gebunden, dann bleibt ihm allerdings nichts anderes übrig, als den **übergangenen Arbeitnehmern die Leistung ebenfalls zu gewähren**,²¹⁸ da er unter Berufung auf den Gleichbehand- **46**

²¹⁷ AR-Kamanabrou, § 611a BGB Rn. 307; ZLH-Loritz, § 20 Rn. 30.

²¹⁸ BAG 27.7.2010, 1 AZR 874/08, NZA 2010, 1369; BAG 17.3.2010, 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 606.

Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

lungsgrundsatz keine Änderungskündigung zur Lohnsenkung erklären darf.²¹⁹ Insoweit kommt es also zu einer „**Angleichung nach oben**“.²²⁰

- 47 Diese hat **grundsätzlich rückwirkend** auch für die Vergangenheit zu geschehen.²²¹ Begrenzt wird der Gleichstellungsanspruch nur durch die gesetzlichen **Verjährungsvorschriften** und, soweit vorhanden, durch einzel- oder kollektivvertraglich vereinbarte **Ausschlussfristen**.²²² Das gilt auch dann, wenn das Diskriminierungsverbot des § 7 AGG verletzt wurde. Die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG gilt nur für die Ansprüche auf Schadensersatz und auf Entschädigung nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG, nicht aber für die Angleichung nach oben.²²³ Ob sich der Arbeitgeber darüber hinaus auf **Vertrauensschutz** berufen kann, wird kontrovers beurteilt. Für die rückwirkende Gleichstellung einer Teilzeit- mit einer Vollzeitkraft in der betrieblichen Altersversorgung hat das die Rechtsprechung verneint, die Angleichung nach oben aber durch Übergangsregelungen gemildert.²²⁴ Wegen der oft schwer zu beurteilenden Rechtslage wollen Stimmen in der Literatur Vertrauensschutz jedenfalls im Einzelfall gewähren. Vier Kriterien sollen dafür eine Rolle spielen: die Offensichtlichkeit des Verstoßes, das Ausmaß der zusätzlichen Belastung für den Arbeitgeber, dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die Größe der ehemals allein begünstigten Arbeitnehmergruppe.²²⁵
- 48 Weitaus zurückhaltender ist die Rechtsprechung, wenn eine **tarifliche Regelung** gegen den **allgemeinen Gleichheitssatz** (Art. 3 Abs. 1 GG) oder gegen ein Diskriminierungsverbot verstößt. Hier vermeidet sie es nach Möglichkeit, durch eigene Regelungen in die grundrechtlich geschützte **Tarifautonomie** einzugreifen.²²⁶ Regelungslücken infolge gleichheitswidriger oder diskriminierender Tarifnormen schließt sie im Wege ergänzender Vertragsauslegung allenfalls dann, wenn aus ihrer Sicht nur eine einzige Regelung denkbar ist, die dem Gleichheitssatz entspricht. Eine „**Angleichung nach oben**“ zieht sie in Betracht, wenn aufgrund des Regelungsgegenstandes und unter Berücksichtigung der mit der Angleichung verbundenen finanziellen Belastung davon auszugehen ist, dass die Tarifvertragsparteien die Regelung auch dann getroffen hätten, wenn ihnen die Gleichheitswidrigkeit der von ihnen vorgenommenen Gruppenbildung bewusst

219 BAG 1.7.1999, 2 AZR 826/98, NZA 1999, 1336; BAG 20.1.2000, 2 ABR 40/99, NZA 2000, 592; HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 367.

220 BAG 10.11.2011, 6 AZR 481/09, NZA-RR 2012, 100.

221 Allg. M. *Franzen*, RdA 2013, 180, 186; vgl. Küttner-Kania, Gleichbehandlung, Rn. 19; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 607; HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 368.

222 BAG 26.9.1990, 5 AZR 112/90, NZA 1991, 247.

223 BAG 22.10.2015, 8 AZR 168/14, NZA 2016, 1081 Rn. 64.

224 BAG 14.3.1989, 3 AZR 490/87, NZA 1990, 25; BAG 23.1.1990, 3 AZR 58/88, DB 1990, 1620; BAG 5.10.1993, DB 1994, 739.

225 HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 369.

226 Vgl. etwa BAG 20.5.2010, 6 AZR 319/09, NZA 2010, 768.

gewesen wäre.²²⁷ Eine **Angleichung für die Zukunft** kann der Benachteiligte nicht verlangen. Hier ist es Sache der Tarifparteien, zu bestimmen, auf welchem Niveau die Gleichbehandlung erfolgen soll.²²⁸ **Anders** entscheidet allerdings der **EuGH**. Da nach seiner Auffassung die Gleichbehandlung Vorrang vor der Tarifautonomie genießt, kommt bei Verstößen gegen Art. 157 AEUV und gegen die sonstigen Diskriminierungsverbote nur eine Angleichung nach oben in Betracht.²²⁹ In seiner neueren Rechtsprechung gesteht er den Tarifparteien allerdings **Übergangsregelungen** zu, mit denen Einkommensverluste der von einer Altersdiskriminierung betroffenen Arbeitnehmer bei der Einführung eines diskriminierungsfreien Tarifsystems verhindert werden sollen.²³⁰

Vergütungsregeln, die gegen § 4 Abs. 1 oder 2 TzBfG verstoßen, sind nach § 134 BGB unwirksam. In diesem Fall sind die leistungsgewährenden Vertragsbestimmungen auf diejenigen Personen zu erstrecken, die entgegen dem Gebot der Gleichbehandlung von der Gewährung der Leistungen – auch teilweise – ausgeschlossen sind. Diese Rechtsfolge ergibt sich nicht unmittelbar aus § 4 Abs. 1 oder 2 TzBfG, sondern aus § 612 Abs. 2 BGB.²³¹ Danach besteht bei einer fehlenden oder unwirksamen Vergütungsregelung Anspruch auf die übliche Vergütung. Darunter ist idR die tarifliche Vergütung zu verstehen. Das gilt jedoch dann nicht, wenn diese selbst gegen § 4 Abs. 1 oder 2 TzBfG verstößt. Richtschnur ist in diesem Fall die Vergütung, die der Arbeitgeber vergleichbaren in Vollzeit²³² bzw. unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern zahlt.

227 BAG 7.3.1995, 3 AZR 282/94, NZA 1996, 48.

228 BAG 13.11.1985, 4 AZR 234/84, NZA 1986, 321; BAG 28.5.1996, 3 AZR 752/95, NZA 1997, 101.

229 EuGH 27.6.1990, C-33/89, NZA 1990, 771; EuGH 15.1.1998, C-15/96, NZA 1998, 205.

230 EuGH 8.9.2011, C-298/10, NZA 2011, 1100 Rn. 79 ff. – Hennigs.

231 BAG 11.12.2003, 6 AZR 64/03, AP TzBfG § 4 Nr. 7; BAG 24.9.2008, 6 AZR 657/07, NZA-RR 2009, 221; BAG 27.8.2014, 4 AZR 999/12, NZA 2015, 571 Rn. 16 mwN; Schaub-Linck § 43 Rn. 47; MüKoBGB-Müller-Glöge TzBfG § 4 Rn. 46; ErfK-Preis § 4 TzBfG Rn. 72; Sievers TzBfG § 4 Rn. 48; aA Laux/Schlachter-Laue TzBfG § 4 Rn. 182; Anspruch unmittelbar aus § 4 Abs. 1 TzBfG; differenzierend Meinel/Heyn/Herms TzBfG § 4 Rn. 49 f.

232 BAG 24.9.2008, 6 AZR 657/07, NZA-RR 2009, 221; BAG 27.8.2014, 4 AZR 999/12, NZA 2015, 571; BAG, 26.1.2017, 6 AZR 450/15, ZTR 2017, 306; Schaub-Linck § 43 Rn. 47.

Kapitel 14

Entgelttransparenzgesetz

Schrifttum: *Baeck/Winzer/Hies*, Neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht, Entgelttransparenzgesetz – Instrument für mehr Lohngerechtigkeit oder „Bürokratiemonster“?, NZG 2017, 254; *Bauer/Günther/Romero*, Offene Fragen des Entgelttransparenzgesetzes – was Arbeitgeber beachten sollten, NZA 2017, 809; *Bauer/Heup/Mayr*, Die Ermittlung des Vergleichsentgelts beim Auskunftsanspruch nach § 10 Abs. 1 EntgTranspG, DB 2018, 1213; *Bauer/Romero*, Der individuelle Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz, NZA 2017, 409; *Becker/Hjort*, Entgelttransparenzgesetz – 1 Teil: Individueller Auskunftsanspruch, ArbRAktuell 2018, 298; *Becker/Hjort*, Entgelttransparenzgesetz – 2. Teil: Betriebliche Prüfverfahren und Berichtspflichten, ArbRAktuell 2018, 359; *Behrendt/Witzke*, Das Entgelttransparenzgesetz – „Null Auswirkungen“?, BB 2017, 3060; *Benkert*, Entgelttransparenzgesetz vor dem Praxistest, NJW-Spezial 2018, 178; *Bergmann*, Finanzielle Haftung von Betriebsratsmitgliedern, NZA 2013, 57; *Forst*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664; *Franzen*, Anwendungsfragen des Auskunftsanspruchs nach dem Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG), NZA 2017, 814; *Fuhrlott/Ritz*, Mehr Transparenz beim Entgelt – ein Überblick über das neue Gesetz, ArbRAktuell 2017, 211; *Grimm/Freh*, Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, KSzW 2017, 89; *Göpfert/Giese*, Entgelttransparenzgesetz – Folgt jetzt die Klagewelle?, NZA 2018, 207; *Günther/Heup/Mayr*, „Lieber Betriebsrat, was verdienen meine Kollegen?“, Praktische Fragen der Auskunftserteilung nach dem EntgTranspG, NZA 2018, 545; *Häferer/Köhler*, Das Entgelttransparenzgesetz im Überblick – Bedeutung für die Compliance-Praxis, CB 2017, 284; *Hintzen/Richter*, Antworten für die Praxis Entgelttransparenzgesetz – Neue Aufgaben des Betriebsrats, Auskunftsanspruch, Prüf- und Berichtspflichten, Verlag Vahlen, erste Auflage 2018; *Jochmann-Döll*, Entgelttransparenz herstellen und Entgeltgleichheit prüfen – mit eg-check.de, RdA 2017, 169; *Kania*, Betriebsratsbeteiligung bei der Durchsetzung von Entgelttransparenz, NZA 2017, 819; *Kolb/Heinek*, Entgelttransparenzgesetz: Auskunftspflichten und neue Anlage zum Lagebericht, WPg online 2017, 1243; *Koller-van Delden*, Entgelttransparenzgesetz: Informationsanspruch der Arbeitnehmer ab 1.2.2018, DStR 2018, 254; *Kuhn/Schwindling*, Eine Chance auf Lohngerechtigkeit?! – Was durch das neue Entgelttransparenzgesetz auf die unternehmerische Praxis zukommt –, DB 2017, 785; *Langemann/Wilking*, Mehr Entgeltgerechtigkeit zwischen Frauen und Männern? – Bundeskabinett beschließt Entwurf des Entgelttransparenzgesetzes, BB 2017, 501; *Lunk*, Der EuGH und die deutschen GmbH-Geschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, 917; *Müller*, Entgelttransparenzgesetz – und nun?, BB 2017, 2101; *Oberthür*, Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen – Ein Beitrag zu mehr Entgeltgerechtigkeit oder bürokratische Riesenkrake, NJW 2017, 2228; *Salomon-Hengst*, Erste Hinweise zur Umsetzung des Entgelttransparenzgesetzes im öffentlichen Dienst, öAT 2018, 92; *von Roetten*, Entgeltgleichheit im Verhältnis von Frauen und Männern – Setzt der Anspruch auf ein gleiches Entgelt den Nachweis einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts voraus?, ZTR 2014, 585; *Von Steinau-Streinrück*, Mehr Transparenz bei den Gehältern ab Juli 2017? NJW-Spezial 2017, 306; *Thüsing*, Fünf Schritte zu einem besseren Entgelttransparenzgesetz, BB 2017, 565; *Thüsing*, Lohngleichheit statt Bürokratie – Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Männern und Frauen –, DB 2016, 2234; *Wank*, Das Entgelttransparenzgesetz – Prämissen und Umsetzung, RdA 2018,

Kap. 14 Entgelttransparenzgesetz

34; Weigert, Die Reichweite tarifbezogener Privilegierungen im Rahmen des Entgelttransparenzgesetzes, NZA 2018, 210.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Regelungsgehalt des Gesetzes . . .	1	bb) Median	45
1. Anspruchsvoraussetzungen . . .	5	cc) Einzelne Entgeltbestandteile	49
a) Beschäftigter im Sinne des EntgTranspG	5	III. Bestehen einer Benachteiligung .	50
b) Anspruchsgegner	8	1. Gleiche oder gleichwertige Arbeit	58
aa) Tarifgebundener Arbeitgeber	9	a) Gleiche Arbeit	59
bb) Tarifynwendender Arbeitgeber	10	b) Gleichwertige Arbeit	62
c) Betrieb mit mehr als 200 Beschäftigten	14	2. Rechtfertigung	70
d) Auskunftsverlangen	21	a) Tatbestandliche Rechtfertigung	71
e) Darlegungs- und Beweislast	24	b) Rechtfertigung nach §§ 5, 8 AGG	74
f) Datenschutz	28	3. Auswirkungen einer Diskriminierung	77
g) Durchsetzung des Auskunftsanspruchs	30	a) Anpassung nach oben	77
2. Auskunftserteilung	34	b) Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers	81
a) Schuldner des Auskunftsanspruchs	34	aa) Berufung auf Ausschlussfristen	81
aa) Betriebsrat als Anlaufstelle	34	bb) Kreative Lösungen	82
bb) Übernahme und Erstattung der Auskunft durch den Arbeitgeber	38	IV. Betriebliches Prüfverfahren und Berichtspflichten	83
b) Inhalt der Auskunftserteilung	41	1. Betriebliches Prüfverfahren gem. § 17 Abs. 1 EntgTranspG	83
aa) Essentialia	41	2. Berichtspflicht	87

I. Regelungsgehalt des Gesetzes

- 1 „Über Geld spricht man nicht, man hat es.“¹ So handhabt es der Volksmund und so wäre es wohl das favorisierte Vorgehen der Unternehmen. Denn solange Unkenntnis besteht, ist eine Diskriminierung nicht zwingend ersichtlich. Um diesem Tabuthema jedoch zu entkommen und Transparenz bei der Lohngestaltung zu erreichen, wurde das Entgelttransparenzgesetz eingeführt, mithin wurde einer Forderung nach sozialer Gerechtigkeit nachgekommen.² Das bedeutet in der

1 Jean Paul Getty (1892–1976), amerikanischer Ölundustrieller u. Milliardär.

2 Vgl. Wank, RdA, 2018, 34. Ursprünglich war geplant ein Lohngleichheitsgesetz zu schaffen, das unmittelbar einen Anspruch bereithält. Ausweislich des Koalitionsvertra-

Konsequenz dennoch nicht, dass man darüber sprechen soll, aber zumindest kann der Arbeitnehmer seit dem 6.1.2018, d.h. dem Ablauf der 6-Monatsfrist seit Inkrafttreten des EntgTranspG, den Auskunftsanspruch gegen seinen Vertragsarbeitgeber geltend machen.³

Das Gebot der Entgeltgleichheit ist gleichwohl nicht neu und sowohl im primären und sekundären Unionsrecht (Art. 157 AEUV, RL 2006/54/EG), sowie den Landesverfassungen (bspw. Art. 168 BayVerf, Art. 33 Verfassung des Landes Hessen, Art. 24 Verf. NRW) verankert, als auch der Gesamtschau der Regelungen des AGG zu entnehmen. Mit dem EntgTranspG wurde nunmehr ein Gesetz geschaffen, dass die geschlechterbezogene mittelbare Benachteiligung beim Entgelt bei gleichwertiger Arbeit ausdrücklich verbietet und damit zu beseitigen versucht. Neben dem Entgeltgleichheitsgebot hält das Gesetz auch einen Auskunftsanspruch vor, der den Arbeitnehmern⁴ zum einen helfen soll, einen vergleichbaren Kenntnisstand zu erlangen und zum anderen Diskriminierungen aufdeckt. Für Arbeitgeber bedeutet dieser Anspruch in jedem Fall einen erheblichen bürokratischen Aufwand, ohne dass hierdurch ersichtlich unmittelbare Vorteile für die Beschäftigten generiert werden.⁵ Ob Arbeitnehmer aus dem Auskunftsanspruch einen Nutzen erlangen, hängt maßgeblich von den Kriterien zur Bildung der Vergleichsgruppen sowie der Aussagekraft des Median ab.

Das EntgTranspG unterliegt harscher Kritik von allen Seiten, die begründet erscheint. Selbst wenn man von den formalen Punkten (fehlende Anspruchsgrundlage, zahlreiche Dopplungen, Median als Ausgangspunkt für die Benachteiligung etc.) einmal absieht, muss das EntgTranspG sich die Frage gefallen lassen, ob der gewünschte Erfolg – Schließung der sog. gender pay gap – damit erreicht werden kann. Dies wird jedenfalls in weiten Teilen derzeit nicht gesehen.

II. Auskunftsanspruch

Zur Herstellung der Entgeltgleichheit gibt der Gesetzgeber den Arbeitnehmern in § 10 EntgTranspG einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber, der das bestehende Informationsdefizit ausgleichen soll. Der Anspruch kann, ausweislich der gesetzlichen Vorgaben in § 12 Abs. 1 EntgTranspG, durch jeden *Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber* in Betrieben mit in der Regel 200 Be-

ges ergibt sich aber die Festlegung auf Auskunft sowie Transparenz im Sinne einer allgemeinen Information der Öffentlichkeit, vgl. hierzu *Thüsing*, DB 2016, 2234, 2238.

3 Das Entgelttransparenzgesetz ist am 6.7.2017 in Kraft getreten (BGBl. I 2017, 2152).

4 Ungeachtet des Themas wird in dem Beitrag die männliche Form für die vereinfachte Lesbarkeit verwendet.

5 *Thüsing*, DB 2016, 2234, 2238 f.; *Kuhn/Schwindling*, DB 2017, 785, 789 sehen die Einschränkung in der zeitlichen Geltendmachung als Ausgleich für den bürokratischen Aufwand an, § 25 Abs. 1 EntgTranspG.

schäftigten geltend gemacht werden. Gemeint ist hiermit auch derselbe Betrieb, da die Regelung andernfalls leer laufen würde.⁶

1. Anspruchsvoraussetzungen

a) Beschäftigter im Sinne des EntgTranspG

- 5 § 5 Abs. 2 EntgTranspG hält eine Definition von Beschäftigten vor.⁷ Erfasst sind (unproblematisch) Arbeitnehmer, wobei hierunter aufgrund Eingliederung und Vertragsverhältnis sowohl leitende Angestellte als auch AT-Beschäftigte zu subsumieren sind.⁸ Nicht erfasst sind Leiharbeiter, da diese einen anderen Vertragsarbeitgeber aufweisen;⁹ darüber hinaus fehlt es an einer Gleichstellungsregelung wie etwa § 6 Abs. 2 AGG diese vorsieht, die aufgrund § 8 AÜG aber auch überflüssig wäre.¹⁰
- 6 Ursprünglich sollten arbeitnehmerähnliche Personen noch in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Diese waren aber in der Beschlussfassung nicht mehr inbegriffen.¹¹ Mit der Einbeziehung der zur Berufsausbildung Beschäftigten, fallen Auszubildende i. S. d. BBiG, Praktikanten sowie Dual Studierende (jeweils mit Entgeltanspruch), Umschüler und Volontäre ebenfalls unter den Geltungsbereich.
- 7 Keine Aussage wurde zu Fremdgeschäftsführern einer GmbH getroffen.¹² Während das nationale Recht diese nicht als Arbeitnehmer einstuft, sieht der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff eine Einordnung als Arbeitnehmer vor.¹³ Explizit wurde dies für die Richtlinie 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften über Massenentlassung entschieden. Wird das EntgTranspG daher unionsrechtlich ausgelegt, muss das Ergebnis die Einbeziehung von Fremdgeschäftsführern in den Anwendungsbereich sein. In der Konsequenz hätte der Betriebsrat

6 BT-Drs. 18/11133, S. 61 stellt auf den Bezug zum Betriebsrat ab, der als Anlaufstelle im Sinne des Gesetzes vorgesehen ist.

7 Abzustellen wäre hier eigentlich auf § 611 a BGB. Tatsächlich wurde aber der Bezug zu § 6 Abs. 1 S. 1 AGG hergestellt.

8 Das BAG hat die Zwei-Komponentenlehre mit Entscheidung vom 5.12.2012, 7 ABR 48/11, NZA 2103, 793 aufgegeben. Eingliederung alleine würde wohl daher bereits ausreichen, soweit es sich nicht um Leiharbeiter handelt.

9 Der Gesetzesentwurf sah eine Gleichstellung der überlassenen Arbeitnehmer vor, wonach auch diese als Beschäftigte i. S. d. Gesetzes angesehen werden sollten, vgl. *Thüsing*, DB 2016, 2234, 2237; *Müller*, BB 2017, 2101.

10 Vgl. hierzu auch EuGH 13.1.2004, C-256/01, NZA 2004, 201.

11 *Wank*, RdA 2018, 34, 40 sieht diese zu Recht als nicht erfasst an.

12 Vgl. hierzu Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809, 810.

13 Vgl. Forst, EuZW 2015, 664, 665 unter Berücksichtigung der Balkaya Entscheidung des EuGH (9.7.2015, C-229/14); *Lunk*, NZA 2015, 917, 918; instruktiv hierzu auch BAG vom 21.9.2017, 2 AZR 865/16, NZA 2018, 358.

hierdurch einen Anspruch auf Einblick in das Geschäftsführergehalt gem. § 13 Abs. 3 EntgTranspG. Unterstellt, dass der Anspruch ausgeübt werden würde, besteht hier die materielle Begrenzung in der nicht existierenden Referenzgruppe, sodass die praktische Relevanz dahinstehen kann.¹⁴

b) *Anspruchsgegner*

„Arbeitgeber“ im Sinne des EntgTranspG ist gem. § 5 Abs. 3 EntgTranspG jede natürliche und juristische Person, die eine Person des vorgenannten Kreises beschäftigt. Erfasst hiervon sollen neben den privaten Arbeitgebern auch die öffentlichen Arbeitgeber sein (vgl. § 16 EntgTranspG). Die Gesetzesbegründung stellt auch hier auf § 6 Abs. 2 AGG ab.¹⁵ **8**

aa) *Tarifgebundener Arbeitgeber*

Der tarifgebundene Arbeitgeber i.S.d. EntgTranspG ist (unstreitig) der, der einer Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 TVG unterliegt. Erfasst sind ebenfalls auch diejenigen Arbeitgeber, für die ein Entgelttarifvertrag aufgrund einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG Anwendung findet.¹⁶ Erforderlich ist nach dem Wortlaut nur die Bindung an „einen“ Tarifvertrag. Es ist damit ausreichend, wenn eine partielle Verpflichtung für den Arbeitgeber besteht, etwa aufgrund regionaler Bindung.¹⁷ Das mag inkonsequent sein, hat allerdings faktisch keinerlei Auswirkungen, da der Anspruch gegenüber allen Arbeitgebern geltend gemacht werden kann und für den tarifgebundenen Arbeitgeber lediglich eine Angemessenheitsvermutung besteht. Diese kann allerdings jederzeit widerlegt werden. Der tarifgebundene Arbeitgeber beschäftigt grundsätzlich auch AT-Mitarbeiter, für die das Gesetz ebenfalls gilt. Gleichzeitig gibt es gerade im tariflichen Bereich eine hohe Dichte an außertariflichen Zulagen, die ebenfalls der Auskunftsspflicht unterfallen. **9**

bb) *Tarifanwendender Arbeitgeber*

Wer tarifyanwendender Arbeitgeber und damit privilegiert sein soll, ergibt sich aus § 5 Abs. 5 EntgTranspG. Gefordert wird durch die gesetzliche Regelung auch, dass der Arbeitgeber, der den Tarifvertrag anwendet, in den sachlichen, räumlichen und fachlichen Geltungsbereich fallen würde, würde der Tarifvertrag normative Geltung entfalten. Konkret muss eine schriftliche Inbezugnahme- **10**

¹⁴ Wank, RdA 2018, 34, 40.

¹⁵ Mit der Ausnahme, der Einbeziehung der überlassenen Arbeitnehmer; vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 55.

¹⁶ BT-Drs. 18/11133, S. 55. Erfasst sind auch die Arbeitgeber, bei denen gem. § 19 Abs. 3 HAG eine bindenden Festsetzung von Entgeltregelungen besteht.

¹⁷ Weigert, NZA 2018, 210, 211.

klausel im Arbeitsvertrag auf einen einschlägigen Entgelttarifvertrag vereinbart sein und diesen damit verbindlich und inhaltsgleich zur Anwendung bringen.¹⁸

- 11 Fraglich ist, auf wen die Perspektive hier zu richten ist – pauschal auf den Arbeitgeber oder individuell auf den Arbeitnehmer. Relevant wird diese Frage dann, wenn nur ein Teil der Belegschaft eine (schriftliche) Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag aufweist. In der Konsequenz könnte die Privilegierung dann auch nur für die Auskunftsansprüche gelten, die durch Arbeitnehmer mit Bezugnahmeklausel gestellt werden. Ausgehend vom Wortlaut: „*Tarifanwendende Arbeitgeber [...] sind Arbeitgeber, die [...] die tariflichen Regelungen zum Entgelt durch schriftliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten verbindlich und inhaltsgleich für alle Tätigkeiten und Beschäftigten übernommen haben, für die diese tariflichen Regelungen zum Entgelt angewendet werden.*“ müsste die Einstufung individuell vorgenommen werden, auch wenn dies bedeutet, dass die Privilegierung nicht pauschal anwendbar ist und ein Arbeitgeber unterschiedlichen Regelungen unterworfen ist.¹⁹
- 12 Um einen Gleichlauf der Behandlung der Auskunftsbegehren zu erzielen, wäre es jedoch sachgerechter auf den Arbeitgeber abzustellen. Zumal dies auch dem Gedanken für die Behandlung der AT-Mitarbeiter bei dem tarifgebundenen Arbeitgeber entspricht. Diese sind ebenfalls nicht durch den Tarifvertrag erfasst; gleichwohl wird der Arbeitgeber als tarifgebunden angesehen. Auch die andernfalls auseinanderfallenden Berichtspflichten gem. §§ 21, 22 EntgTranspG sprechen für eine einheitliche Behandlung. Zuzugeben ist, dass der Gesetzestext hier nicht eindeutig ist und damit eine abschließende Einschätzung nur schwer durchführbar ist. Aus Sinn und Zweck muss sich aber ergeben, dass richtigerweise auf den Arbeitgeber abzustellen ist.
- 13 Keine Auswirkung für die Einordnung als Tarifanwender kann die Inbezugnahme unterschiedlicher Tarifverträge haben. Zwar geht der Wortlaut von der Geltung „*eines*“ Tarifvertrages aus, allerdings ist auf jedes Arbeitsverhältnis entsprechend den Regelungen zur Tarifkonkurrenz auch nur jeweils ein Tarifvertrag anwendbar.²⁰ Maßgeblich für die Einordnung im Hinblick auf die Privilegierung ist jedenfalls die Frage der Anwendbarkeit mehrerer Tarifverträge nicht.

18 Verkannt wird damit, dass grundsätzlich auch eine Inbezugnahme ohne explizite Vereinbarung möglich ist.

19 So auch *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 810; ebenfalls *Müller*, BB 2017, 2101, 2103; a. A. *Weigert*, NZA 2018, 210, 211, der auch die Frage nach einer Relevanzschwelle aufwirft.

20 *Weigert*, NZA 2018, 210, 211.

c) Betrieb mit mehr als 200 Beschäftigten

Abgestellt wird, wie im Betriebsverfassungsgesetz, auf die organisatorische Einheit des Betriebes und nicht des Unternehmens. Damit ist die kleinste gemeinsame arbeitsteilige Organisationsform als Anknüpfungspunkt gewählt.²¹ § 12 Abs. 1 EntgTranspG bezieht sich auf die Erfüllung des Schwellenwerts bei „demselben Arbeitgeber“.

Soweit ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen i. S. v. § 1 Abs. 2 BetrVG vorliegt, ist fraglich, ob es sich hierbei um *denselben Arbeitgeber* handelt oder nicht. Ausgehend von der gemeinsamen Leitung und Führung des Gemeinschaftsbetriebes könnte dies argumentiert werden; allerdings muss hier wohl auf den Vertragsarbeitgeber abzustellen sein.²² Erfüllt damit nicht jeder Betrieb selbst den Schwellenwert, ist der Anwendungsbereich des EntgTranspG nicht eröffnet.

Die Berechnung vollzieht sich nach Köpfen, wonach Teilzeitbeschäftigte anders als bspw. in § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG unabhängig von der erbrachten Arbeitszeit miteinbezogen werden.

Wenngleich das BetrVG leitende Angestellte i. S. v. § 5 Abs. 3, 4 BetrVG nicht umfasst und diese daher auch nicht in die Berechnung von Schwellenwerten einbezieht, ist auch diese Arbeitnehmergruppe vorliegend erfasst, da auch den leitenden Angestellten der materielle Anspruch auf Auskunft zustehen soll. Insofern muss hier eine Abweichung von den Grundsätzen des BetrVG vorgenommen werden.

Zur Überlassung eingesetzte Arbeitnehmer sind jedenfalls nicht mitzuzählen. Ausdrücklich sind Leiharbeiter in § 5 Abs. 2 EntgTranspG nicht umfasst.²³ Das ergibt sich bereits aus Sinn und Zweck, da aufgrund des Equal-Pay Gebotes sowie der in der Praxis vorherrschenden Anwendbarkeit von Tarifverträgen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern sich eine nicht vergleichbare Ausgangslage ergibt. Ausgehend hiervon müssen dann aber in einem Erst-Recht-Schluss freie Mitarbeiter sowie Dritte, die eine Tätigkeit aufgrund Werk- oder Dienstvertrag leisten ausgenommen sein, da diese mangels Eingliederung bereits nicht dem Betrieb zuzurechnen sind.

Das Verbot der Doppelzählung stellt die Prämisse auf, dass Arbeitnehmer, die sich derzeit in einer Freistellungs- oder Ruhensphase des Arbeitsverhältnisses befinden und direkt ersetzt werden, nicht mitgezählt werden dürfen. Soweit al-

21 Zur Abgrenzung und Definition ErfK-Koch, § 1 BetrVG Rn. 9.

22 Franzen, NZA 2017, 814; Bauer/Romero, NZA 2017, 409, 411; Kuhn/Schwindling, DB 2017, 785, 786.

23 Anders als in § 6 Abs. 2 AGG oder § 7 S. 2 BetrVG; vgl. auch Wank, RdA 2018, 34, 40.

lerdings kein Vertreter eingestellt wurde und die Wahrscheinlichkeit der Rückkehr besteht, hat eine Berücksichtigung zu erfolgen.²⁴ Aus diesem Grund sind Arbeitnehmer in der Freistellungsphase der Altersteilzeit nicht mehr zu berücksichtigen, da ein Aufleben des Arbeitsverhältnisses nicht mehr erfolgen wird.

- 20 Um die „in der Regel“ Beschäftigten zu ermitteln ist auf die Dauer der Beschäftigung abzustellen. Nimmt diese mehr als 6 Monate ein, ist eine in der Regel bestehende Beschäftigung anzunehmen.

d) Auskunftsverlangen

- 21 Die Auskunft ist durch den Arbeitnehmer in Textform anzufragen (§ 10 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG i.V.m. § 126 b BGB). Ausreichend ist daher die Anfrage per E-Mail. Inhaltlich soll aus dem Auskunftsverlangen eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit hervorgehen, § 10 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG.²⁵ Soweit diese nicht benannt ist, darf die Auskunft jedoch nicht verweigert werden, da der Arbeitnehmer lediglich „in zumutbarer Weise“ eine Einordnung vornehmen soll.²⁶
- 22 Wird eine unrichtige Vergleichsgruppe angeführt, ist dies ebenfalls unerheblich für die zu erteilende Auskunft. Der tarifgebundene bzw. der tarifyanwendende Arbeitgeber muss als Vergleichsgruppe, die des Anfragenden zugrunde legen. Sind Tätigkeiten anderen Vergütungsgruppen zugeordnet, gelten diese dann als nicht gleichwertig (§ 4 Abs. 4 EntgTranspG). Aus diesem Grund kann nur Auskunft über die eigene Referenzgruppe erlangt werden. Eine allgemeine und unspezifische Ausforschung soll damit umgangen werden.
- 23 Der nicht tarifgebundene und nicht tarifyanwendende Arbeitgeber ist gem. § 15 Abs. 4 S. 2 EntgTranspG verpflichtet eine Begründung abzugeben, wenn er die genannte Vergleichsgruppe als nicht einschlägig ansieht. In diesem Fall ist dann die Auskunft nach der richtigen Vergleichsgruppe zu geben, § 15 Abs. 4 S. 4 EntgTranspG.²⁷ Soweit wissentlich falsch eine nicht zugrundeliegende Vergleichsgruppe angegeben wird, wird die formelle Wirksamkeit der Anfrage verneint.²⁸

24 Salomon/Hengst, öAT 2018, 92, 93.

25 Ein Musterformular ist auf der Seite des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen für nicht tarifgebundene Arbeitgeber abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/118148/9664e31ddd126a9c8d39045e5b5a6849/entgelttransparenzgesetz-formular-fuer-beschaeftigte-nicht-tarifgebundener-oder-nicht-tarifyanwendender-arbeitgeber-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 12.10.2018, 16:50 Uhr.

26 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 58.

27 Dies gilt ebenfalls bei der Nachfrage zu Entgeltbestandteilen, die dem Auskunftssuchenden nicht zustehen, bspw. Zulagen oder Zuschläge.

28 Hier stellt sich die Frage, ob Kenntnis von der Falschbehauptung besteht. Soweit diese nicht positiv feststeht, sollte dem Anspruch dann im Hinblick auf die Person des Auskunftssuchenden unter ggf. erforderlicher Korrektur erteilt werden.

e) Darlegungs- und Beweislast

Dem nicht tarifgebundenen und nicht tarifanwendenden Arbeitgeber obliegt die Darlegungs- und Beweislast gem. § 15 Abs. 5 i.V.m. § 15 Abs. 3 EntgTranspG für eine nicht vorgenommene Auskunft, mithin die Begründung dafür, dass kein Verstoß gegen das EntgTranspG vorliegt. Die Beweislastverteilung orientiert sich dabei an § 22 AGG.²⁹ Zu Lasten des Arbeitgebers wird hier jedoch eine Beweislastumkehr eingeführt, die auch dann Anwendung finden soll, wenn der Betriebsrat für die Erfüllung der Anfragen für zuständig erklärt wurde.³⁰ Es soll mithin, nach dem Anliegen des Gesetzgebers, ausreichend sein wenn der Beschäftigte Indizien vorträgt, aus denen sich die Benachteiligung ergibt. Konsequenz ist, dass der Arbeitgeber im Nachgang die volle Darlegungs- und Beweislast für eine nicht vorliegende Ungleichbehandlung trägt.

Maßgeblich ist in jedem Fall die Frage, was der Arbeitnehmer gegenüber dem Gericht vortragen kann, denn soweit die weiteren Mitglieder der Referenzgruppe diesem nicht explizit ihr Gehalt mitgeteilt haben, dürfte der Arbeitnehmer „nur“ über die Auskunft, d. h. den Median sowie eine mögliche Rechtfertigung verfügen.³¹ Der Rechtsprechung des EuGH folgend, soll es ausreichend sein, wenn der Arbeitnehmer die Ausübung gleichwertiger Arbeit sowie bestehende Entgelttransparenz vorträgt.³² Denn dann könnte argumentiert werden, dass sich aus diesen Indizien ergibt, dass eine Benachteiligung wegen des Geschlechts erfolgt ist.³³ Fraglich ist allerdings insoweit, ob das Gericht dem Median Indizwirkung zubilligt.³⁴ Ausweislich der Rechtsprechung sowie dem Sinn und Zweck des Gesetzes kann das zumindest – trotz aller Kritik – argumentiert werden.³⁵

²⁹ BT-Drs. 18/11133, S. 66.

³⁰ Dies ist insoweit angegriffen, als dass für die Frage der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung Anwendung findet, aber hier die Frage des Bestehens der Ungleichbehandlung geklärt werden muss, vgl. *Thüsing*, BB 2017, 565, 566; *Günther/Heup/Mayr*, NZA 2018, 545, 546.

³¹ Das soll nach BT-Drs. 18/11133, S. 57 aber ausreichend sein, denn mit der Auskunft nach § 10 EntgTranspG könne sowohl die Benachteiligung als auch die Entgeltdifferenz geltend gemacht werden.

³² EuGH 26.6.2001, C-381/99, NZA 2001, 883; EuGH 28.2.2013, C-427/11, EuZW 2013, 381.

³³ Vgl. hier zu § 1 AGG BAG vom 22.10.2015, 8 AZR 384/14, NZA 2016, 625.

³⁴ Zur Kritik am Median siehe *Häferer/Köhler*, CB 2017, 284, 185 sowie *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2017, 306, 307.

³⁵ BAG vom 21.6.2012, 8 AZR 364/11, APAGG § 22 Nr. 5. Hier hat das BAG ausgeführt, dass sich eine Vermutung für ein benachteiligendes Verhalten aus statistischen Daten nur ergeben kann, wenn sie konkret auf den betreffenden Arbeitgeber bezogen sind und dessen Verhalten als Merkmalsträger betreffen.

- 26 Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt die Beweislastumkehr des § 15 Abs. 5 und Abs. 3 EntgTranspG nur für die nicht vorgenommene und nicht für die fehlerhafte Auskunft.³⁶ Auch hieraus resultiert dann das Indiz der Diskriminierung. Soweit man argumentiert, dass eine fehlerhafte Auskunft einer nicht erfolgten Auskunft gleichzustellen ist, kann man dies auch anders sehen und die Grundsätze der nicht erfolgten Auskunft übertragen.³⁷ Insoweit wäre hierdurch ein Indiz für eine Diskriminierung geschaffen worden.
- 27 Die Beweislastumkehr soll, entsprechend der gesetzlichen Regelung, auch nur explizit für den nicht tarifgebundenen und den nicht tarifynwendenden Arbeitgeber gelten. Ob das übertragbar auf den tarifgebundenen und tarifynwendenden Arbeitgeber ist, ist fraglich.³⁸ Denn für eine analoge Anwendung wäre eine Regelungslücke erforderlich, die nur schwer argumentiert werden kann, bei einer vergleichbaren expliziten Aufnahme im gleichen Gesetz.

f) Datenschutz

- 28 Auskunft ist gem. § 12 Abs. 3 EntgTranspG nur zu erteilen, wenn mindestens sechs Beschäftigte des jeweils anderen Geschlechts die Vergleichstätigkeit ausüben.³⁹ Soweit weniger Beschäftigt eine Vergleichstätigkeit ausüben, darf der Arbeitgeber die Auskunft verweigern, da andernfalls die Referenzgruppe zu klein und mithin zu leicht identifizierbar wäre. Es muss in jedem Fall aber dafür Sorge getragen werden, dass Personen dem Entgelt nicht zugeordnet werden können.
- 29 Das Auskunftsbegehren wird zur Personalakte genommen. Eine damit einhergehende Datenverarbeitung ist aufgrund § 26 Abs. 1 BDSG n.F. gerechtfertigt.⁴⁰ Der Grundsatz der Datensparsamkeit wird durch das EntgTranspG überlagert, als dass dem Arbeitgeber hier die Verarbeitung von Daten zur Herstellung von Listen für die Auskunftserteilung explizit aufgegeben wird.⁴¹

36 Auch hier ist fraglich, ob eine Möglichkeit zur Übertragung der Grundsätze besteht. Soweit man argumentiert, dass eine fehlerhafte Auskunft einer nicht erfolgten Auskunft gleichzustellen ist, kann man dies auch anders sehen. Insgesamt hierzu *Weigert*, NZA 2018, 210, 213; *Müller*, BB 2017, 2101, 2104; *Franzen*, NZA 2017, 814, 818.

37 So *Kuhn/Schwindling*, DB 2017, 785, 789.

38 *Behrendt/Witzke*, BB 2017, 3060, 3062.

39 *Thüsing*, BB 2017, 565, 566.

40 Bei Zweckerreichung besteht eine Löschpflicht, Art. 16 ff. DS-GVO.

41 Vgl. BAG 14.1.2014, 1 ABR 54/12, NZA 2014, 738.

g) Durchsetzung des Auskunftsanspruchs⁴²

Der nicht tarifgebundene und nicht tarifynwendende Arbeitgeber hat innerhalb von drei Monaten nach Zugang des Auskunftsverlangens Auskunft in Textform zu erteilen. Soweit Fristversäumnis droht, ist der auskunftsverlangende Beschäftigte über die Verzögerung zu informieren. Die ausstehende Antwort ist dann „ohne weitere Verzögerung“ zu erteilen.⁴³ **30**

Wird dem Auskunftsverlangen dann immer noch nicht nachgekommen, kann der Arbeitnehmer Klage erheben. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG eroffnet. Im Hinblick auf den Klageantrag stellt sich die Frage, ob hinreichend Informationen vorliegen um direkt das Vergleichsentgelt einzuklagen oder ob nur der Auskunftsanspruch gerichtlich durchgesetzt wird.⁴⁴ **31**

Dem Betriebsrat steht der Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG zu, wenn der Arbeitgeber diesem nicht die erforderlichen Informationen zur Erfüllung des Auskunftsverlangens zukommen lässt. Erforderlich ist ein grober Verstoß, der wohl bei einem erstmaligen Verstoß nicht angenommen werden kann.⁴⁵ Die Kostentragung unterliegt § 40 BetrVG, da der Betriebsrat vermögenslos ist.⁴⁶ In dem Fall hätte dann auch der Arbeitgeber die Kosten der Rechtsverfolgung zu tragen.⁴⁷ **32**

Theoretisch könnte ein Anspruch des Arbeitgebers aus § 23 Abs. 1 BetrVG auf Auflösung des Betriebsrats in Betracht kommen, wenn der Betriebsrat seinen Pflichten aus § 14 EntgTranspG nicht nachkommt. Da der Arbeitgeber den Entgeltanspruch gem. § 14 Abs. 2 EntgTranspG wieder an sich ziehen kann, ist die Wahrscheinlichkeit eines derartigen Verfahrens gering.⁴⁸ **33**

42 Bis zum 6.1.2021 gilt eine Wartefrist von drei Jahren für das nächste Auskunftsverlangen. Danach beträgt die Wartefrist zwei Jahre.

43 Auch die Gesetzesbegründung bleibt schuldig, welcher Zeitraum hierrunter genau zu verstehen ist.

44 In diesem Fall bietet sich die Erhebung einer Stufenklage gem. § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 254 ZPO an, da dann sukzessive über die einzelnen Stufen entschieden werden kann. Es gilt die allgemeine Kostenregel des § 12a ArbGG.

45 Vgl. zuletzt bspw. BAG 7.2.2012, 1 ABR 77/10, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 128 wegen der wiederholten Anordnung von Arbeit während der im Dienstplan festgelegten Pausen.

46 Hierzu instruktiv *Bergmann*, NZA 2013, 57, 59 unter Einbeziehung des Urteils BGH vom 25.10.2012, III ZR 266/11, NJW 2013, 464.

47 Bei Mutwilligkeit kann dies ggf. anders sein, vgl. hierzu LAG Köln, Beschluss vom 8.9.2010, 3 Ta 234/10 (juris).

48 *Hintzen/Richter*, Antworten für die Praxis, S. 24.

2. Auskunftserteilung

a) Schuldner des Auskunftsanspruchs

aa) Betriebsrat als Anlaufstelle

- 34** Die gesetzliche Vorgabe geht für tarifgebundene oder tarifyanwendende Arbeitgeber dahin, dass hier der Betriebsrat grundsätzlich sowohl für die Entgegennahme des Auskunftsbegehrens als auch für die Beantwortung dieses zuständig sein soll (§ 14 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 13 EntgTranspG).⁴⁹
- 35** Originär zuständig ist aufgrund des Anknüpfungspunktes an den Betrieb, der örtliche Betriebsrat, § 12 Abs. 1, 2 EntgTranspG. Aufgabe des Betriebsrats ist es dann, die Auskunftsbegehren entgegen zu nehmen und den Arbeitgeber über die eingehenden Auskunftsbegehren in anonymisierter Form zu informieren.
- 36** Der Arbeitgeber wiederum soll dann verpflichtet sein, eine Bruttoentgeltliste so aufzubereiten, dass der Betriebsrat bzw. der Betriebsausschuss Einblick nehmen kann.⁵⁰ Auch das EntgTranspG begründet keine Verpflichtung zur Überlassung einer erstellten Lohn- und Gehaltsliste.⁵¹ Es besteht ein Einblicksrecht verbunden mit der Möglichkeit Notizen anzufertigen. Es obliegt dem Betriebsrat mehrere Anfragen zu bündeln und diese gemeinsam zu behandeln, § 13 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG.
- 37** Soweit eine derartige Liste nicht existiert, ist der Arbeitgeber nicht zur Herstellung verpflichtet.⁵² Dogmatisch würde hiermit ein Anspruch des Betriebsrats begründet werden, der im BetrVG so nicht angelegt ist. § 13 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG verweist auf § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG; dieser begründet jedenfalls keinen Herstellungsanspruch.

bb) Übernahme und Erstattung der Auskunft durch den Arbeitgeber

- 38** Nach Erläuterung kann der Arbeitgeber gem. § 14 Abs. 2 EntgTranspG den Anspruch des Betriebsrats an sich ziehen und diesen für die Zukunft erfüllen, was grundsätzlich zu empfehlen ist, um „*Herr des Auskunftsverfahrens*“ zu sein bzw. zu bleiben.⁵³ Dieses Übernahmerecht des Arbeitgebers korrespondiert daher nur

49 Dies gilt gem. § 13 Abs. 4 EntgTranspG nicht für leitende Angestellte, die sich für ihr Auskunftsverlangen in jedem Fall an den Arbeitgeber wenden müssen.

50 BT-Drs. 18/11133, S. 63; dies aber nur, wenn der Betriebsrat der Auskunftsschuldner ist vgl. *Günther/Heup/Mayr*, NZA 2018, 545, 547. Vgl. LAG Hamm, 19.9.2017, 7 TaBV 43/17, NZA-RR 2018, 82 zur Frage der Anonymisierung.

51 Vgl. *Günther/Heup/Mayr*, NZA 2017, 545, 547; *Kania*, NZA 2017, 819, 820.

52 A. A. *Kania*, NZA 2017, 819, 820.

53 *Häferer/Köhler*, CB 2017, 284, 285.

mit einer schriftlichen Erläuterungspflicht.⁵⁴ Die Erläuterung selbst muss auf sachlichen Gründen basieren, stellt aber keine unüberwindbaren Hürden auf.⁵⁵

Neben der vollständigen Übernahme der Auskunftserfüllung ist die nur teilweise Übernahme für einzelne Beschäftigtengruppen, mithin für bestimmte Fälle möglich. Diese Möglichkeit der Übernahme ist abhängig von der Amtszeit des Betriebsrats, sodass im Regelfall alle vier Jahre eine neue Entscheidung getroffen werden muss. Der Arbeitgeber kann gleichwohl eine kürzere Zeitspanne für die Übernahme wählen. **39**

Der Betriebsrat wird nach Auskunftserteilung durch den Arbeitgeber informiert.⁵⁶ Wenn der Arbeitgeber den Auskunftsanspruch erfüllt, steht dem Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG kein Einblicksrecht in die entsprechend den Anforderungen des § 13 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG aufgeschlüsselte Liste der Bruttoentgelte zu.⁵⁷ **40**

b) Inhalt der Auskunftserteilung

aa) Essentialia

Mitzuteilen sind die Angaben zu den Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung und der Angabe zum Vergleichsentgelt, §§ 10 Abs. 3, 11 Abs. 1, 3 EntgTranspG. Ebenso sind die Angabe der Entgeltregelungen aufzunehmen,⁵⁸ d.h. die Regelungen, die die Grundlage für die Vergütung bilden sowie bei nicht tarifgebundenen und nicht tarifynwendenden Arbeitgebern die Auskunft darüber, in wieweit eine Vergleichstätigkeit überwiegend von Beschäftigten des anderen Geschlechts ausgeübt wird, § 15 Abs. 4 S. 1 EntgTranspG. **41**

Abhängig von dem konkreten Auskunftersuchen sind noch zwei Entgeltbestandteile separat aufzulisten. Diese müssen konkret angefragt sein und sollten diese nicht auf einer tariflichen Regelung beruhen, müssen auch hierzu die Kriterien und Verfahren zur Entgeltfindung angegeben werden. Es bleibt dem Arbeitgeber überlassen, ob er etwaige Unterschiede in der Höhe des gewährten Entgelts begründen möchte oder nicht. **42**

Mit dem Vergleichsentgelt ist der jeweils auf Vollzeitäquivalente hochgerechnete monatliche Mindestlohn der Vergleichsgruppe gemeint. Eine Teilzeittätigkeit **43**

⁵⁴ BT-Drs. 18/11133, S 64.

⁵⁵ Koller-van Delden, DStR 2018, 254, 256.

⁵⁶ Der Betriebsrat kann zur Auskunft des Arbeitgebers auch Stellung nehmen, BT-Drs. 18/11133, S. 64.

⁵⁷ A. A. LAG Hamm, 19.9.2017, 7 TaBV 43/17, NZA-RR, 2018, 82; vgl. auch Günther/Heup/Mayr, NZA 2017, 545, 547; Kania, NZA 2017, 819, 820.

⁵⁸ Z. B. auch die Regelungen einer Betriebsvereinbarung zur Vergütungsordnung.

wirkt sich insoweit nicht aus und trägt somit letztlich dem Datenschutz wieder Rechnung.

- 44 Abzustellen ist jeweils auf das Entgelt, das in dem Kalenderjahr bezogen wurde. Hieraus resultiert nun die Frage, welches Kalenderjahr gemeint ist. Unklar ist, ob damit das Kalenderjahr der Antragsstellung oder das letzte volle Kalenderjahr gemeint ist. Die Gesetzesbegründung schweigt hierzu. Teilweise wird aus Praktikabilitätsgründen auf das letzte abgeschlossene Kalenderjahr abgestellt.⁵⁹ Dies ist aber wohl nicht zwingend, da auch der Bezugspunkt zum laufenden Kalenderjahr durchaus hergestellt werden kann. Insoweit hätte ein Verweis auf das letzte abgeschlossene Kalenderjahr durchaus aufgenommen werden können. Wird der Auskunftsanspruch in einem Kalenderjahr geltend gemacht und die Antwort gleichwohl im Folgejahr erteilt, muss diesbezüglich aber auf das Jahr der Informationsanfrage abgestellt werden.⁶⁰

bb) Median

- 45 Aus den einzelnen Durchschnittsentgelten muss der Arbeitgeber den statistischen Median ermitteln, mithin den mittleren Wert einer der Höhe nach vorgenommenen Aufstellung der Gehälter. Maßgeblich ist daher das mittlere Gehalt. Gepriesener Vorteil des Median ist, dass „Ausreißer“ sich nicht auswirken.⁶¹ Gleichwohl wird aus der Mitteilung des Median (nur) deutlich, dass es noch weitere Arbeitnehmer in der Referenzgruppe gibt, die ebenfalls ein Gehalt beziehen, das unter dem Median liegt. Keine Aussage wird darüber getroffen, wie weit vergleichbare Arbeitnehmer über dem Median liegen, sodass sich gravierende Abweichungen nicht auswirken.
- 46 Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich keine oder keine vollständige Kenntnis von der Vergütung der eigenen Referenzgruppe, sodass wohl grundsätzlich das einzige Indiz, das vorgetragen werden kann, die aus dem Auskunftsverlangen erreichten Informationen sind.⁶² Die Möglichkeit der Vergütung mit unterschiedlichen Gehältern besteht allerdings nicht nur zwischen den beiden Referenzgruppen (männlich – weiblich) sondern auch innerhalb einer Referenzgruppe.⁶³ Dies führt dazu, dass in dem Fall, in dem der Auskunftsanspruch durch den Beschäftigten mit dem geringsten Gehalt geltend gemacht wird, das Indiz der Diskriminierung auch verwirklicht erscheint, wenn beide Referenzgruppen völlig gleich

59 So beispielsweise *Koller-van Delden*, DStR 2018, 254, 258.

60 *Bauer/Heup/Mayr*, DB 2018, 1213, 1216.

61 *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207, 208; *Wank*, RdA 2018, 35; *Becker/Hjort*, ArbRAktuell 2018, 298, 299; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178.

62 Vgl. *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409, 412; wg. § 8 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG dürfte diese Information auch nicht weitergegeben werden.

63 *Müller*, BB 2017, 2101, 2103, 2104.

vergütet werden.⁶⁴ Aussagekräftig ist das dann für eine gender pay gap jedenfalls nicht.

Weist die Referenzgruppe eine hohe Spreizung auf, kann sich der Median auch nachträglich verändern, wenn der Arbeitnehmer mit dem niedrigsten Gehalt seinen Anspruch gerichtlich durchgesetzt hat und dann entsprechend dem Median vergütet wird, ändert sich dieser. Eine erneute Auskunft würde damit dazu führen, dass ggf. ein weiterer Anspruch auf Anpassung bestehen würde. Gleichzeitig hätte der Arbeitnehmer, der seinen Anspruch als letztes durchsetzt das höchste Gehalt erzielt.⁶⁵ **47**

Ob daher eine (willkürlich) eingeholte Auskunft, die eine Abweichung im Gehalt ergibt, eine Diskriminierung rechtfertigen kann, ohne dass eine gesamte Gruppe gegenüber gestellt wird, ist fraglich. **48**

cc) Einzelne Entgeltbestandteile

Grundsätzlich gilt, dass sämtliche Entgeltbestandteile mitzuteilen sind, da durch das Auskunftsverlangen alle Entgeltbestandteile erfasst sind, die aufgrund der Beschäftigung gewährt werden.⁶⁶ Die Kausalität zur Beschäftigung reicht daher aus. Erfasst sind daher neben der Fixvergütung, alle gegenwärtigen oder angekündigten, leistungsabhängigen Zahlungen sowie Prämien, Zulagen, Zuschläge, Gratifikationen, Einmalzahlungen, Fahrtvergünstigungen, Mietzuschüsse, Dienstwagen, Zusatzversorgung, betriebliche Altersvorsorge etc. Erfasst sein sollen auch Leistungen, die während eines Beschäftigungsverbotes aufgrund Mutterschutzes bestehen. **49**

III. Bestehen einer Benachteiligung

Das EntgTranspG regelt in § 3 und wiederholend in § 7 das Entgeltbenachteiligungsverbot wegen des Geschlechts. Dabei bleibt der normative Regelungsgehalt von § 7 EntgTranspG hinter dem von § 3 EntgTranspG zurück; was den spiegelbildlich formulierten § 7 EntgTranspG überflüssig werden lässt.⁶⁷ **50**

⁶⁴ Vgl. *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409, 412; *Häferer/Köhler*, CB 2017, 284, 286, wobei hier empfohlen wird, freiwillig über den Median der eigenen Referenzgruppe sowie das Durchschnittsgehalt der eigenen Referenzgruppe eine Auskunft vorzunehmen. Ob das tatsächlich zu empfehlen ist, ist fraglich.

⁶⁵ *Kuhn/Schwindling*, DB 2017, 785.

⁶⁶ Art. 157 Abs. 2 AEUV; vgl. auch BAG, 14.8.2007, 9 AZR 943/06, DB 2008, 128.

⁶⁷ So auch: *Thüsing*, BB 2017, 565, 566; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 94; *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 7, Rn. 2 m.w.N.; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178. In § 7 EntgTranspG war noch im Referentenentwurf ein Erfüllungsanspruch auf Entgeltanpassung vorgesehen, der nach starker Kritik schließlich herausgenommen wurde und § 7 nun nur noch das Entgeltbenachteiligungsverbot des § 3 positiv formuliert wiederholt.

- 51 Das im EntgTranspG festgehaltene Entgeltbenachteiligungsverbot verbietet bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Hinblick auf sämtliche Entgeltbestandteile und Entgeltbedingungen.
- 52 Eine unmittelbare Entgeltbenachteiligung liegt nach § 3 Abs. 2 EntgTranspG dann vor, wenn eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter wegen des Geschlechts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ein geringeres Entgelt erhält, als eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter des jeweils anderen Geschlechts erhält, erhalten hat oder erhalten würde.⁶⁸ Erhält eine Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft ein geringeres Entgelt, so qualifiziert § 3 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG diesen Fall ausdrücklich als unmittelbare Benachteiligung.
- 53 Eine mittelbare Entgeltbenachteiligung (vgl. § 3 Abs. 3 EntgTranspG) liegt hingegen dann vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Beschäftigte wegen des Geschlechts gegenüber Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts in Bezug auf das Entgelt in besonderer Weise benachteiligen können,⁶⁹ 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. Als im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit berücksichtigungsfähige Kriterien sieht das Gesetz insbesondere arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien an (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG).
- 54 Ausdrücklich verboten im EntgTranspG ist damit nur die Vereinbarung oder Auszahlung unterschiedlicher Vergütung bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit wegen des Geschlechts, eine unterschiedliche Vergütung an sich wegen anderer Gründe ist nicht von dem Entgeltbenachteiligungsverbot des EntgTranspG um-

68 In der Rechtsprechung sind bisher u.a. folgende Beispiele für eine unmittelbare Entgeltbenachteiligung zu finden: BAG, 13.11.1985, 4 AZR 234/84, AP GG Art. 3 Nr. 136 bei Zahlung einer Ehefrauenzulage; BAG 15.1.1955, 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684, bei Lohnabschlägen für Frauen; EuGH 17.5.1990, C 262/88, NZA 1990, 775, Barber, bei einem unterschiedlichen Eintrittsalter für Männer und Frauen bei der betrieblichen Altersversorgung.

69 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 49, als Beispiel für eine mittelbare Benachteiligung nennt die Begründung des Gesetzesentwurfs den Fall, dass Beschäftigte, die in geringer Teilzeit erwerbstätig sind, bei bestimmten Entgeltbestandteilen ohne sachlichen Grund nicht berücksichtigt werden und Frauen davon in besonderer Weise betroffen sind, z. B. weil sie aufgrund fehlender Kinderbetreuungsmöglichkeiten oftmals nur in geringem Umfang erwerbstätig sind; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 92 führt als Beispiel für eine mittelbare Benachteiligung den Fall an, dass der Arbeitgeber das Entgelt für eine bestimmte Tätigkeit erhöht und diese typischerweise von Männern ausgeübt wird; vgl. auch *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 28 mit weiteren Beispielen.

fasst.⁷⁰ Liegt eine ungerechtfertigte Benachteiligung vor, sind nach der in § 8 EntgTranspG kodifizierten Rechtsfolge Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, unwirksam. Einen unmittelbaren Zahlungsanspruch auf gleiches Arbeitsentgelt sieht das Gesetz aber nicht vor.⁷¹

Das Entgeltgleichheitsgebot, das durch das EntgTranspG in die Form eines ausdrücklichen Verbots der geschlechtsspezifischen Entgeltungleichheit gefasst wurde, ist weder in Deutschland noch in Europa neu. Die Gleichberechtigung von Frauen und Männern ist seit jeher durch Art. 3 GG geschützt und auf europarechtlicher Ebene seit dem Jahr 1957 in den Römischen Verträgen⁷² verankert. Die Regelung des Entgeltbenachteiligungsverbots im EntgTranspG ist daher eine überflüssige Wiederholung,⁷³ da sich dieses Verbot bereits vor Inkrafttreten des EntgTranspG insbesondere aus §§ 7, 8 AGG ergab.

Das Verbot der Entgeltungleichbehandlung gilt umfassend. Für die Anwendung des Entgeltgleichheitsgebots spielt es wie bereits nach bisheriger Rechtslage keine Rolle, ob die Entgeltregelungen kollektiv-rechtlich (z. B. in Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) oder individuell, im privatrechtlichen Arbeitsvertrag oder öffentlich-rechtlichen Dienstvertrag festgelegt wurden.⁷⁴ Das Entgeltbenachteiligungsverbot gilt selbst, wenn das Entgelt ohne wirksame vertragliche Grundlage gewährt wird oder wenn die Leistung unmittelbar aus dem Gesetz

70 Langemann/Wilking, BB 2017, 501, 502; ErfK/Schlachter, EntgTranspG § 3 Rn. 1, 2; Bauer/Krieger/Günther, 5. Aufl., EntgTranspG § 3, Rn. 8; vgl. auch LAG Baden-Württemberg, 21.10.2013, 1 Sa 7/13, ZTR 2014, 613–616 dazu, dass Art. 157 AEUV nicht bezweckt, den Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ im Arbeitsverhältnis generell vorzuschreiben. A. A. von Roetteken, ZTR 2014, 585–591.

71 Becker/Hjort, ArbRAktuell 2018, 298. Ursprünglich vorgesehen in § 7 Abs. 2 Referentenentwurf des Bundesministeriums.

72 Die Gleichberechtigung von Männern und Frauen wurde vor knapp sechzig Jahren als einer der Grundwerte der Union in den Römischen Verträgen verankert. Derzeit ist der Gleichberechtigungsgrundsatz insbesondere in Art. 157 AEUV (Art. 141 EGV a. F.) zu finden.

73 So auch: Thüsing, BB 2017, 565, 566; Bauer/Krieger/Günther, EntgTranspG § 3, Rn. 7; Oberthür, NJW 2017, 2228, 2230; Baeck/Winzer/Hies, NZG 2017, 254, 255; Grimm/Freh, KSzW 2017, 89. Das Entgeltbenachteiligungsverbot ist in Art. 4 Abs. 2 S. 1 der RL 2006/54/EG festgehalten. Die einschlägigen Richtlinien wurden bereits durch das AGG umgesetzt, die auch § 612 Abs. 3 a. F. BGB ersetzen. Insofern war die Kodifizierung des EntgTranspG auch aus europarechtlicher Sicht nicht erforderlich.

74 BT-Drs. 18/11133, S. 49. Grimm/Freh, KSzW 2017, 89, 91. Wegen des umfassenden Entgeltbegriffs in § 5 Abs. 1 EntgTranspG umfasst das Entgeltbenachteiligungsverbot sowohl die Regelungen, in welchen das Entgelt festgelegt wird aber auch die einzelnen Entgeltbestandteile selbst, vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 48, 56. Wobei gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 EntgTranspG für tarifliche Entgeltsysteme eine so genannte „Angemessenheitsvermutung“, d. h. die Vermutung einer Benachteiligungsfreiheit nach § 3 Abs. 1 EntgTranspG gilt; vgl. hierzu Weigert, NZA 2018, 210, 214.

folgt.⁷⁵ Allein maßgeblich ist der Bezug zum Arbeitsverhältnis, das heißt, dass das Entgelt aufgrund eines konkreten und individuellen Arbeits-, Dienst- oder Treueverhältnisses vereinbart oder gezahlt wird.⁷⁶

- 57 Allein die Tatsache, dass eine Person des anderen Geschlechts ein höheres Entgelt erhält als der oder die Beschäftigte, stellt jedoch noch keinen Verstoß gegen das unmittelbare Entgeltbenachteiligungsverbot dar. Voraussetzung ist, dass eine Person des anderen Geschlechts ein höheres Entgelt erhält, die eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ausübt.⁷⁷

1. Gleiche oder gleichwertige Arbeit

- 58 In § 4 EntgTranspG wurde nun erstmalig in einem Gesetz definiert, wann eine gleiche oder eine gleichwertige Arbeit vorliegt und welche Faktoren bei der Ermittlung der gleichen oder gleichwertigen Arbeit zu berücksichtigen sind.⁷⁸

a) Gleiche Arbeit

- 59 Ausweislich § 4 Abs. 1 EntgTranspG liegt gleiche Arbeit dann vor, wenn die Beschäftigten an verschiedenen Arbeitsplätzen oder nacheinander an demselben Arbeitsplatz eine identische oder gleichartige Tätigkeit ausführen.
- 60 Der Begriff der gleichen Arbeit ist ausweislich der Gesetzesbegründung anhand der Rechtsprechung des BAG zu § 612 Abs. 3 BGB a.F. und des EuGH zu Art. 157 AEUV zu messen.⁷⁹ Nach der Rechtsprechung des BAG ist durch einen Gesamtvergleich der Tätigkeiten zu ermitteln, ob die Arbeit gleich ist. 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.⁸⁰ Wo bei nicht der Arbeitsplatz an sich entscheidend ist, sondern die konkrete Tätigkeit, die tatsächlich ausgeführt wird. Das heißt, dass die Beschäftigten nicht allein durch das Benutzen gleicher Arbeitsmittel (z.B. Computerarbeitsplätze) eine gleiche Arbeit ausführen.⁸¹ Der europäische Gerichtshof hat wiederholt ent-

75 Vgl. *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 11; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 91.

76 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 56; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 91.

77 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 56; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 19.

78 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 50; *Baeck/Winzer/Hies*, NZG 2017, 254, 255.

79 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 50 und 51 unter beispielhafter Verweisung auf BAG, 26.1.2005, 4 AZR 509/03, BeckRS 2005, 30349675.

80 BAG, 26.1.2005, 4 AZR 509/03, BeckRS 2005, 30349675, unter II. 2. a) bb) aaa) (1); BAG, 23.8.1995, 5 AZR 942/93, Rn. 37, BAGE 80, 343–354.

81 So auch: *Langemann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 4, Rn. 8.

schieden, dass anhand der Gesamtheit der Faktoren, wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen zu prüfen ist, ob eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit vorliegt.⁸² Maßgeblich ist immer die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit; vertraglichen Vereinbarungen oder der Eingruppierung in dieselbe Tätigkeitsgruppe kommt daher lediglich indizielle Bedeutung zu.⁸³

Offen ist allerdings, ob für das Vorliegen einer gleichen Arbeit eine überwiegende Vergleichbarkeit der Tätigkeiten vorausgesetzt wird⁸⁴ oder aber eine nahezu hundertprozentige Übereinstimmung gemeint ist⁸⁵. Nach der Gesetzesbegründung müssen sich die Beschäftigten jedenfalls bei Bedarf ersetzen können.⁸⁶ Das kann als ein Hinweis auf die Rechtsprechung des BAG zur Sozialauswahl verstanden werden, sodass nur eine überwiegende Vergleichbarkeit der Tätigkeiten erforderlich ist. Jedoch ist europarechtlich der Begriff der gleichen Arbeit wohl eher eng zu verstehen.⁸⁷ In der Praxis wird eine gleiche Arbeit im Sinne von § 4 Abs. 1 EntgTranspG daher wohl eher selten und regelmäßig nur bei weniger komplexen Tätigkeiten mit immer wiederkehrenden, standardisierten bzw. vorgegebenen Arbeitsschritten zu bejahen sein.⁸⁸

b) Gleichwertige Arbeit

Alternativ zur Vergleichsgruppe der „gleichen Arbeit“ kann auch in Bezug auf eine „gleichwertige Arbeit“ eine Entgeltungleichbehandlung vorliegen. Arbeiten sind dann entsprechend der Definition in § 4 Abs. 2 EntgTranspG gleichwertig, wenn sich die Mitarbeiter aufgrund einer Gesamtheit an Faktoren in einer

82 Statt vieler: EuGH, 26.6.2001, C 381/99, Brunnhofer, NZA 2001, 883–888; auf europarechtlicher Ebene wird nicht unterschieden, ob eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt, da das Diskriminierungsverbot gleichermaßen Anwendung findet.

83 EuGH, 26.6.2001, C 381/99, Brunnhofer, NZA 2001, 883–888.

84 Vgl. *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 11, *Häferer/Köhler*; CB, 284, 287.

85 Vgl. *Langemann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 4 Rn. 2.

86 Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51; *Müller*, BB 2017, 2101.

87 Calliess/Ruffert/Krebber, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 157, Rn. 54.

88 So auch: *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *Langemann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409, 410; *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 4, Rn. 16: nennen als Beispiele für gleiche Arbeit, Beschäftigte, die am Fließband abwechselnd die gleichen Tätigkeiten ausführen, Krankenschwestern, die sich im Schichtbetrieb abwechseln und Kassierer im Supermarkt; *Müller*, BB 2017, 2101: hier wird davon ausgegangen, dass gleiche Arbeit nur bei sehr einfachen Tätigkeiten, die ein geringes Maß an Ausbildung und Vorkenntnisse erfordern, vorliegen wird; Vgl. auch *Oberthür*, NJW 2017, 228, 229: Hier werden als Beispiele für gleiche Arbeit Schadenssachbearbeiter einer Versicherung benannt, die sich einmal einen Arbeitsplatz dahingehend teilen, dass ein Beschäftigter vormittags und ein Beschäftigter nachmittags an demselben Arbeitsplatz arbeitet oder wenn die Arbeit auf mehrere Schadenssachbearbeiter nach alphabetischer Zuordnung erfolgt und damit die Aufgabenbereiche inhaltlich identisch sind.

vergleichbaren Situation befinden. Zu den bei der Prüfung zu berücksichtigenden Faktoren zählen insbesondere die Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen.⁸⁹ Mit dem Rechtsbegriff der gleichwertigen Arbeit sollen verschiedene Tätigkeiten daraufhin überprüft werden können, ob sie einen gleichen Arbeitswert haben, sodass auch strukturelle oder mittelbar diskriminierende Entgeltungleichheit entdeckt und ggf. behoben werden kann.⁹⁰

- 63** Die Quantität und Qualität der individuellen Arbeitsleistung darf bei der Ermittlung der gleichwertigen Arbeit jedoch nicht miteinfließen.⁹¹ Zusammenfassend liegt nach § 4 Abs. 2 EntgTranspG gleichwertige Arbeit vor, wenn die zu vergleichenden Tätigkeiten hinsichtlich der Anforderungen und Belastungen ein objektiv vergleichbares Bewertungsergebnis erreichen.⁹²
- 64** Um eine gleichwertige Tätigkeit zu ermitteln können nach Intention des Gesetzgebers zur näheren Analyse der Faktoren, wie der Art der Arbeit, der Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen Unterkategorien gebildet werden, soweit das erforderlich ist. Das können zum Beispiel für die Art der Arbeit sein:
- Qualifikationen und Fertigkeiten, die für die konkrete Tätigkeit verlangt werden,
 - Verantwortung, die mit der konkreten Tätigkeit verbunden ist; wie eine Verantwortung für Maschinen, eine Verantwortung für ein hohes Budget oder die Verantwortung für Menschen im Rahmen sozialer Tätigkeiten.⁹³
- 65** Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs sind im Rahmen des Faktors Arbeitsbedingungen insbesondere die mit der Arbeit verbundenen physischen und psychischen Belastungen zu erfassen, dabei soll ausdrücklich nicht nur die dynamische Muskularbeit berücksichtigt werden, sondern auch statische oder einseitig dynamische Muskularbeit (z.B. stehende Tätigkeiten oder Montage kleiner Teile).⁹⁴ Auch wird vertreten, dass zur weiteren Konkretisierung der Faktoren die in Tarifverträgen üblichen Merkmale zur Eingruppierung herangezogen werden können.⁹⁵

⁸⁹ § 4 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG.

⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51 unter Verweis auf EuGH, Urteil, 30.3.2000, C-236/98, JämO, Slg 2000, I-2189-2227.

⁹¹ § 4 Abs. 2 S. 3 EntgTranspG; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 93.

⁹² Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51.

⁹³ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *Lange-mann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Müller*, BB 2017, 2101, 2102; *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 4 Rn. 3.

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *Lange-mann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Müller*, BB 2017, 2101, 2102; *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 4 Rn. 3; *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409, 410.

⁹⁵ Vgl. *Müller*, BB 2017, 2101, 2102; hiernach könnte zum Beispiel für den Faktor Ausbildungsanforderungen auf verschiedene Abschlüsse und öffentlich-rechtliche Berufszulassungen, für den Faktor Arbeitsbedingungen zum Beispiel auf die Differenzierung

Insgesamt sollen entsprechend der europäischen Rechtsprechung eine gerechte Berücksichtigung aller Kriterien und eine entsprechende verhältnismäßige Gewichtung gewährleistet sein.⁹⁶ Diese unpräzise Formulierung legt nahe, wie schwierig sich die Bildung der Vergleichsgruppe „gleichwertige Arbeit“ in der Praxis gestalten wird. **66**

Ausdrücklich festgehalten wurde aber (vgl. § 4 Abs. 3 EntgTranspG), dass Beschäftigte in unterschiedlichen Rechtsverhältnissen (eine Auflistung ist unter § 5 Abs. 2 EntgTranspG zu finden) weder eine gleiche noch eine gleichwertige Arbeit ausführen können, da sie nicht als vergleichbar bzw. sich nicht als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden. Somit ist klar, dass jedenfalls eine Ungleichbehandlung zwischen Arbeitnehmer/-innen und Auszubildenden ausgeschlossen ist.⁹⁷ **67**

In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird auch auf Arbeitsbewertungssysteme Bezug genommen.⁹⁸ Diese werden typischerweise zur Erarbeitung eines tariflichen oder betrieblichen Vergütungssystems herangezogen. Sofern die bereits dargestellten Faktoren und Unterkategorien in bisher bestehenden Arbeitsbewertungssystemen ausreichend Berücksichtigung finden, spricht nichts dagegen, diese ggf. schon bestehenden Arbeitsbewertungssysteme auch zur Ermittlung von gleichwertigen oder ungleichwertigen Arbeiten heranzuziehen. Aus Arbeitgebersicht kann es hilfreich sein ein Arbeitsbewertungsverfahren zur Vorbereitung auf Auskunftsanfragen zu installieren. Insgesamt empfiehlt das Bundesfamilienministerium derzeit drei Arbeitsbewertungs- bzw. Entgeltgleichheitsprüfungsverfahren, die auch bei der Ermittlung der vergleichbaren Tätigkeiten zur Hilfe gezogen und als ein Indiz für (das Bemühen um) Entgeltgleichheit im Unternehmen angebracht werden können: Den „EG-Check“ (Entgeltgleichheits-Check), „Monitor Entgelttransparenz“ und den Leitfaden der Internationalen Arbeitsorganisation für eine genderneutrale Tätigkeitsbewertung.⁹⁹ **68**

zwischen Innen- und Außendienst zurückgegriffen werden. Nach § 4 Abs. 5 S. 2 EntgTranspG gelten jedenfalls Tätigkeiten, die unterschiedlichen tariflichen Entgeltgruppen zugewiesen wurden, als nicht gleichwertig, wobei der Gesetzgeber wohl damit meint, dass Tätigkeiten, die der gleichen Entgeltgruppe zugewiesen wurden, als gleichwertig anzusehen sind; vgl. hierzu auch *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 93; *Weigert*, NZA 2018, 210, 214.

96 Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51. Nicht eindeutig geregelt ist die Frage, wie die verschiedenen Faktoren gewichtet werden sollen. Klar ist nur, dass die Ermittlung der gleichwertigen Tätigkeit anhand eines objektiven Maßstabs zu erfolgen hat. Vgl. auch *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 811; *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 4 Rn. 4.

97 Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51.

98 Vgl. BT-Drs. 18/11133, 51.

99 Vgl. BDA, Das neue Entgelttransparenzgesetz, Handlungsempfehlungen für die Praxis, Stand: Oktober 2017, S. 60 bis 64 mit weiteren Erläuterungen zu den einzelnen Prüfverfahren. Instrukтив auch *Jochmann-Döll*, RdA 2017, 169 bzgl. des EG-Checks. Vgl. auch *Müller*, BB 2017, 2101, 2102.

2. Rechtfertigung

- 69** Liegt eine Entgeltbenachteiligung vor, ist sowohl bei einer unmittelbaren als auch bei einer mittelbaren Entgeltbenachteiligung eine Rechtfertigung grundsätzlich möglich.

a) Tatbestandliche Rechtfertigung

- 70** Für Fälle der mittelbaren Diskriminierung ist bereits in § 3 Abs. 3 EntgTranspG eine tatbestandliche Rechtfertigung verankert. Hiernach kann eine geschlechtsspezifische Benachteiligung beim Entgelt gerechtfertigt werden, sofern die eingesetzten Mittel (Vorschriften, Kriterien oder Verfahren) durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die eingesetzten Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Als sachlich gerechtfertigte Gründe für ein unterschiedliches Entgelt, das aufgrund von Mitteln gezahlt wird, welche unabhängig vom Geschlecht angewendet werden, jedoch im Ergebnis tatsächlich mehr Frauen als Männer treffen, nennt § 3 Abs. 3 Satz 2 EntgTranspG exemplarisch und damit nicht abschließend, arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien. Insgesamt kann zur Ermittlung zulässiger Rechtfertigungsgründe auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden.¹⁰⁰
- 71** Der EuGH hat zum derzeit in Art. 157 AEUV kodifizierten Entgeltgleichbehandlungsgebot bereits entschieden, dass folgende Gründe im Einzelfall eine Entgeltungleichbehandlung rechtfertigen können:
- ein höheres Dienstalster als Indikator für mehr Berufserfahrung,¹⁰¹
 - höhere Flexibilität und Anpassungsfähigkeit an Arbeitszeiten und -orte,¹⁰²
 - andere Berufsausbildung, sofern der Arbeitgeber darlegen kann, dass die Ausbildung für die Tätigkeit von Bedeutung ist,¹⁰³
 - höheres Gehalt als Anreiz aufgrund eines objektiven Bewerbermangels,¹⁰⁴

¹⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 49 und 50; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 91.

¹⁰¹ EuGH, 3.10.2006, C-17/05, *Cadman*, NZA 2006, 1205; EuGH 17.10.1989, Rs 109/88, *Danfoss*, EuZW 1990, 317; EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, NZA 1994, 797; vgl. auch BAG, 10.12.1997, 4 AZR 264/96, AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 3.

¹⁰² EuGH 17.10.1989, Rs 109/88, *Danfoss*, EuZW 1990, 317; EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, NZA 1994, 797; vgl. auch BAG, 10.12.1997, 4 AZR 264/96, AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 3.

¹⁰³ EuGH 17.10.1989, Rs 109/88, *Danfoss*, EuZW 1990, 317; EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, NZA 1994, 797; vgl. auch BAG, 10.12.1997, 4 AZR 264/96, AP BGB § 612 Diskriminierung Nr. 3.

¹⁰⁴ EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, NZA 1994, 797.

- Berücksichtigung persönlicher Fähigkeiten, wie Leistungsfähigkeit und Qualität der Leistung.¹⁰⁵

Nach der Gesetzesbegründung sind jedenfalls die nachstehend dargestellten Gründe nicht geeignet eine Entgeltungleichbehandlung zu rechtfertigen: **72**

- Haushaltsrechtliche Erwägungen,
- Allgemeine Behauptungen, wie „beschäftigungspolitische Maßnahmen“,
- Der Umstand, dass die unterschiedliche Vergütung darauf beruht, dass unterschiedlich verhandelt wurde, obwohl diese von denselben Parteien geführt wurden,
- Zahlung eines unterschiedlichen Entgelts bei Zeitlohn von Beginn an aufgrund von z.B. unterschiedlicher Leistung oder Qualität, die sich aber erst nach Beginn der Tätigkeit zeigen können.¹⁰⁶

b) Rechtfertigung nach §§ 5, 8 AGG

Zwar sieht § 3 Abs. 2 EntgTranspG im Tatbestand keine Rechtfertigungsgründe für die unmittelbare Benachteiligung vor. Eine Rechtfertigung ist allerdings sowohl für die mittelbare als auch unmittelbare Entgeltbenachteiligung über die ausdrückliche Verweisung in § 3 Abs. 4 EntgTranspG auf §§ 5 und 8 AGG vorgesehen. Eine Ungleichbehandlung beim Entgelt kann damit auch im Anwendungsbereich des EntgTranspG entsprechend §§ 5, 8 AGG gerechtfertigt sein.¹⁰⁷ **73**

Eine Benachteiligung wäre somit nach § 3 Abs. 4 EntgTranspG i.V.m. § 5 AGG zulässig, wenn durch die unterschiedliche Bezahlung bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen wird. Hierunter könnte zum Beispiel der Fall subsumiert werden, dass Unternehmen weiblichen Beschäftigten finanzielle Anreize bieten, damit das Unternehmen die Geschlechterquote nach § 76 Abs. 4 AktG erfüllen kann.¹⁰⁸ **74**

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 18/11133, 49 mit Verweis u. a. auf EuGH, 26.6.2001, Rs. C-381/99, Brunnhofer, NZA 2001, 883: Ein Arbeitgeber kann aber 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 als nicht den Erwartungen entsprechend herausstellen, auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt oder wenn die Beschäftigten zum Beispiel einen Akkordlohn beziehen.

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 49. Zu Differenzierung wegen Leistung und Qualität von Beginn des Beschäftigungsverhältnisses an siehe auch EuGH, 26.6.2001, Rs. C-381/99, Brunnhofer, NZA 2001, 883.

¹⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 49. So auch: *Bauer/Krieger/Günther*, EntgTranspG § 3, Rn. 24; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178; BDA, Das neue Entgelttransparenzgesetz, Handlungsempfehlungen für die Praxis, Stand: Oktober 2017, S. 52.

¹⁰⁸ BDA, Das neue Entgelttransparenzgesetz, Handlungsempfehlungen für die Praxis, Stand: Oktober 2017, S. 52.

- 75 Entsprechend des Verweises auf § 8 Abs. 1 AGG ist grundsätzlich eine Entgeltungleichbehandlung zwischen Frauen und Männern wegen einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung möglich. Fälle, in welchen diese Verweisung zu einer gerechtfertigten Entgeltungleichbehandlung führen, sind schwer vorstellbar.¹⁰⁹ Durch den Verweis auf § 8 Abs. 2 AGG hat der Gesetzgeber auch nochmal ausdrücklich klargestellt, dass die Kosten besonderer Schutzvorschriften (z. B. Kündigungsverbot in § 9 MuSchG, Beschäftigungsverbote in §§ 3, 4, 6 MuSchG etc.) nicht zu einem geringeren Entgelt bei dem durch die Vorschriften geschützten Geschlecht führen dürfen.¹¹⁰

3. Auswirkungen einer Diskriminierung

a) Anpassung nach oben

- 76 Gem. § 8 Abs. 1 EntgTranspG zieht ein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot die Nichtigkeit der Regelung nach sich.¹¹¹ Das ergibt sich im Wesentlichen bereits aus § 138 bzw. § 134 BGB.¹¹² Anders als noch der Referentenentwurf, sieht das EntgTranspG jedoch keine eigene Anspruchsgrundlage für einen Erfüllungsanspruch vor.¹¹³ Begehrt der (diskriminierte) Arbeitnehmer daher die Zahlung einer höheren Vergütung, muss eine andere, bereits existierende Anspruchsgrundlage gefunden werden, soweit man § 7 EntgTranspG keinen Anspruchscharakter zuerkennen möchte. Neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz kann auch § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 2 AGG für den Anspruch auf Lohnanpassung herangezogen werden.¹¹⁴
- 77 Nach Ansicht des EuGH¹¹⁵ erfolgt in diesen Fällen eine Anpassung nach oben. Denn die Herstellung der Gleichbehandlung fordert, dieselben Vorteile zu ge-

109 So auch *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2230.

110 Vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 50 unter Verweis auf die Rechtsprechung des BAG zu Art. 3 GG, BAG, 15.1.1955, 1 AZR 305/54, AP GG Art. 3 Nr. 4; BAG, 6.4.1955, 1 AZR 395/54, AP GG Art. 3 Nr. 7; BAG 23.3.1957, 1 AZR 329/56, AP GG Art. 3 Nr. 16.

111 Die Regelung ist § 7 Abs. 2 AGG nachgebildet, vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 57.

112 BAG 17.12.2014, 5 AZR 663/13, NZA 2015, 608.

113 Ursprünglich vorgesehen in § 7 Abs. 2 Referentenentwurf des Bundesministeriums.

114 Nach Ansicht des LAG Rheinland-Pfalz (13.5.2015, 5 Sa 436/13, NZA-RR 2015, 517) resultiert der Anspruch direkt aus § 611 BGB. Das BAG hat in seinem Urteil vom 10.12.1997, 4 AZR 246/96, NZA 1998, 599, den Anspruch auf Anpassung nach oben als in dem nunmehr weggefallenen Lohngleichheitssatz des § 612 Abs. 3 BGB bejaht. Vgl. hierzu auch BAG 20.2.2002, 9 AZR 710/00, NZA 2003, 510; BAG 11.12.2007, 3 AZR 249/06, BAGE 125, 133.

115 EuGH 28.1.2015, C-417/13, NZA 2015, 217. In der Entscheidung des EuGH vom 8.9.2011, C-297/10, C-298/10, NZA 2011, 1100 wurde die zwingende Entscheidung der Anpassung nach oben für nicht europarechtlich zwingend erklärt.

währen, wie diese den Arbeitnehmern zuteilwerden, die unter die bevorzugende Regelung fallen. Trotz möglicher finanzieller Belastungen des Arbeitgebers, soll diese Konsequenz gerechtfertigt sein, wenn die Diskriminierung nicht auf andere Weise behoben werden kann.¹¹⁶

Die Anpassung kann in jedem Fall nur insoweit vorgenommen werden, als das 78
Kenntnis besteht, d. h. bis zum mitgeteilten statistischen Median. Der Anspruch kann daher nicht so weit gehen, als dass eine Anpassung an das höchste Gehalt der Referenzgruppe erreicht werden kann. Selbst wenn Kenntnis hiervon bestehen würde, kann die Anpassung nur bis zum Median vorgenommen werden.¹¹⁷

Unbenommen bleiben dem Arbeitnehmer Ansprüche aus § 15 Abs. 2 AGG.¹¹⁸ 79

b) Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers

aa) Berufung auf Ausschlussfristen

Soweit der Anspruch auf Lohnanpassung nicht nur für die Zukunft, sondern 80
auch für die Vergangenheit geltend gemacht wird, stellt sich die Frage der zeitlichen Begrenzung für die Anspruchsbegründung.¹¹⁹ Sowohl individualvertragliche als auch kollektivrechtliche Ausschlussfristen werden grundsätzlich für zulässig gehalten und können entweder ein- oder zweistufig vereinbart werden.¹²⁰ Während im Referentenentwurf noch vorgesehen war, dass zwingend nur die Verjährungsvorschriften gem. §§ 199, 195 BGB Geltung entfalten sollten, ist diese Regelung nunmehr nicht mehr Bestandteil der Beschlussfassung gewesen.¹²¹ Folgerichtig wollte der Gesetzgeber den Erfüllungsanspruch auch den Ausschlussklauseln unterwerfen.¹²² Dies ist insoweit stringent, als dass Ausschlussklauseln auch für sämtliche weiteren Entgeltbestandteile Anwendung finden müssen. Würde man nunmehr diesen Anspruch ausnehmen, wäre eine Privilegierung geschaffen worden.

bb) Kreative Lösungen

Keine Heilung für die Vergangenheit, gleichwohl aber für die Zukunft kann die 81
Einführung eines betrieblichen Vergütungssystems bringen. Insbesondere außerhalb des Geltungsbereichs von Tarifverträgen ist es sinnvoll die Entgeltfindung

116 BAG 18.2.2016, 6 AZR 700/14, NZA 2016, 709.

117 Vgl. Fn. 65 für den Kreislauf der Anpassungen sowie die Verschiebung des Median.

118 BT-Dr. 18/11133, S. 46, 56; vgl. Total Compensation-Maschmann, Kap. 13 Rn. 46.

119 Einigkeit besteht, dass § 15 Abs. 4 AGG nur für die Ansprüche des § 15 Abs. 1 und 2 AGG Anwendung entfaltet.

120 Vgl. Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809, 812.

121 Ursprünglich vorgesehen in § 7 Abs. 2 Referentenentwurf des Bundesministeriums.

122 BAG, Urteil vom 26.9.1990, 5 AZR 112/90, AP Nr. 9 zu § 2 BeschFG 1985.

an Kriterien und deren Gewichtung zueinander festzulegen. Maßgebliche Eigenschaft muss nach der Rechtsprechung nur die Durchschaubarkeit des Entgeltsystems sein.¹²³ Auch ein ursprünglich diskriminierendes Entgeltsystem, kann durch ein auf objektiven Kriterien gestütztes System ersetzt werden.¹²⁴ In dem Fall ist es auch unschädlich, wenn für einen befristeten Übergangszeitraum einige der diskriminierenden Auswirkungen aufgrund von Besitzstandsregelungen bestehen bleiben. Soweit daher eine Ablösung eines diskriminierenden Systems vorgenommen wurde, endet die Verpflichtung der Anpassung nach oben.¹²⁵ Regelungen mit Übergangscharakter werden nämlich immer dann als angemessen und erforderlich angesehen, wenn diese die Diskriminierung schrittweise verschwinden lassen.

IV. Betriebliches Prüfverfahren und Berichtspflichten

1. Betriebliches Prüfverfahren gem. § 17 Abs. 1 EntgTranspG

- 82 Beschäftigt ein privates Unternehmen regelmäßig mehr als 500 Arbeitnehmer, sieht § 17 Abs. 1 EntgTranspG vor, dass das Unternehmen prüfen „muss“, ob es das Entgeltgleichheitsgebot einhält.¹²⁶ Für die Erreichung dieses Schwellenwertes ist nicht der Betrieb sondern das Unternehmen maßgeblich.¹²⁷ Betriebliche Prüfverfahren haben aus Bestandsaufnahme, Analyse und Ergebnisbericht zu bestehen, wobei der Arbeitgeber grundsätzlich die freie Wahl hat, welche Analysemethoden und Arbeitsbewertungsverfahren er anwenden will.¹²⁸

123 EuGH, 17.10.1989, C 109/88, APEWG-Vertrag Art. 119 Nr. 27.

124 EuGH, 8.9.2011, C 297/10, C 298/10, RdA 2012, 248, NZA 2011, 1100.

125 BAG, 8.12.2011, 6 AZR 319/09, NZA 2012, 275.

126 So auch: *Baeck/Winzer/Hies*, NZG 2017, 254, 255; *Müller*, BB 2017, 2101, 2104; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 812; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 98. Nach § 18 Abs. 3 S. 4 EntgTranspG ist eine Entgeltprüfung nicht für gesetzliche oder tarifvertragliche Entgeltregelungen erforderlich, vgl. hierzu *Weigert*, NZA 2018, 210, 215.

127 So auch *Fuhlrott/Ritz*, ArbRAktuell 2017, 211, 213; *Hintzen/Richter*, Antworten für die Praxis, S. 25; a. A. wohl *ErfK/Schlachter*, EntgTranspG § 17 Rn. 2; *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2233; Die Entscheidung dieser Frage hat jedoch aufgrund der Ausgestaltung von § 17 EntgTranspG als Sollvorschrift wenige praktische Relevanz.

128 Vgl. § 18 Abs. 2 EntgTranspG; so auch: *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2233; *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 812; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178; *Von Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2017, 306, 307; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 93; *Becker/Jort*, ArbRAktuell 2018, 359. Das Bundesfamilienministerium empfiehlt derzeit drei Arbeitsbewertungs- bzw. Analysemethoden. Vgl. BfA, Das neue Entgelttransparenzgesetz, Handlungsempfehlungen für die Praxis, Stand: Oktober 2017, S. 60 bis 64 mit weiteren Erläuterungen zu den einzelnen Prüfverfahren. Instruktiv auch *Jochmann-Döll*, RdA 2017, 169 bzgl. des EG-Checks.

Für den Fall, dass das Unternehmen diese Prüfung nicht vornimmt, sieht das EntgTranspG jedoch keine gesetzlichen Sanktionen vor. § 17 Abs. 1 EntgTranspG ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet worden. Insofern bleibt abzuwarten, welche praktische Relevanz dem betrieblichen Prüfverfahren zukommen und ob die Rechtsprechung die Sanktionslosigkeit der Nichtdurchführung aufheben und Konsequenzen entwickeln wird.¹²⁹ **83**

Ob es für ein Unternehmen sinnvoll ist, das betriebliche Prüfverfahren „freiwillig“ durchzuführen, bedarf einer sorgfältigen Abwägung. Auch die Ergebnisse eines freiwillig durchgeführten Prüfverfahrens sind nach Abschluss der Belegschaft im Rahmen der Betriebsversammlung bekanntzugeben (vgl. § 20 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG i. V. m. § 43 Abs. 2 BetrVG). Dies unabhängig davon, wann das Prüfverfahren durchgeführt wurde und ob der Arbeitgeber bereits die Möglichkeit hatte etwaige Benachteiligungen auszuräumen.¹³⁰ Insofern ist arbeitgeberseitig abzuwägen, ob und insbesondere wann ein innerbetriebliches Prüfverfahren durchgeführt werden sollte, damit durch etwaige negative Prüfergebnisse nicht Entgeltanpassungsklagen veranlasst werden, die durch das Ausräumen von Benachteiligungen vor Veröffentlichung des Berichts vermieden werden könnten. Insofern empfiehlt es sich bei der Durchführung eines freiwilligen Prüfungsverfahrens den Zeitpunkt der nächsten Betriebsversammlung im Auge zu behalten. **84**

Entschließt sich der Arbeitgeber das Prüfverfahren durchzuführen, so ist ausweislich der Formulierung in § 17 Abs. 2 EntgTranspG die betriebliche Interessenvertretung zu beteiligen. Zudem steht dem Betriebsrat nach der Regelung in § 20 Abs. 1 EntgTranspG ein Informationsrecht über die Durchführung des Prüfverfahrens zu. Auch aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat grundsätzlich erstmal die Möglichkeit das Prüfvorhaben zu überprüfen und wird auch aufgrund seiner Mitbestimmungsrechte in Bezug auf Rahmenregelungen zur Lohngestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 10, Nr. 11 BetrVG bei dem Prüfverfahren „mitmischen“ wollen.¹³¹ Insofern kann darüber nachgedacht werden, den Ablauf des Prüfverfahrens in einer Betriebsvereinbarung festzuhalten, wenn gleich ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 **85**

129 Vgl. *Langemann/Wilking*, BB 2017, 501, 502; *Fuhlrott/Ritz*, ArbRAktuell 2017, 211, 213: Wird bei der Besetzung von freien Stellen keine Anzeige gegenüber der Agentur für Arbeit gem. § 164 Abs. 1 SGB IX (§ 81 Abs. 1 SGB IX a.F.) gestellt, wertet das die Rspr. als Diskriminierungsindiz dafür dass ein schwerbehinderter Bewerber wegen seiner Schwerbehinderung nicht berücksichtigt wurde und eröffnet damit die Möglichkeit für Entschädigungsansprüche, vgl. hierzu BAG, 21.2.2013, 8 AZR, 180/12, NZA 2013, 840; ähnliche Argumentation auch *Behrendt/Witzke*, BB 2017, 3060, 3064.

130 *Häferer/Köhler*; CB 2017, 284.

131 So auch *Kuhn/Schwindling*; DB 2017, 785, 789; *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2233; *Hintzen/Richter*, Antworten für die Praxis, S. 26; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 99.

Nr. 1, Nr. 10, Nr. 11 BetrVG während des Prüfverfahrens nicht gegeben ist, da es sich hierbei um eine Analyse des bestehenden Zustandes handelt und nicht um eine aktive Veränderung bestehender Lohnstrukturen.¹³²

2. Berichtspflicht

- 86** Anders als das betriebliche Prüfverfahren, sind die in den §§ 21 ff. EntgTranspG festgeschriebenen Berichtspflichten zwingend. Unternehmen mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten, die nach §§ 264 und 289 HGB verpflichtet sind einen Lagebericht zu erstellen, müssen diesem auch einen Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit als Anlage beifügen und im Bundesanzeiger veröffentlichen. Obwohl der Bericht als Anlage beigefügt wird, ist er kein Bestandteil des Lageberichts. Es finden daher weder die einschlägigen Vorschriften des HGB Anwendung noch treten die mit dem Lagebericht verbundenen Rechtsfolgen ein.¹³³ Dementsprechend ist der Entgeltbericht weder prüfungspflichtig noch muss der Abschlussprüfer im Rahmen seiner Prüfung feststellen, ob die erforderlichen Angaben gemacht wurden. Nachdem es sich um eine Anlage des Lageberichts handelt, sollte der Bericht aber (nach IDW PS 202) kritisch gelesen werden.¹³⁴
- 87** In diesem Bericht müssen die Unternehmen aufführen, welche Maßnahmen sie zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männer ergriffen haben, deren Wirkungen sowie welche Maßnahmen sie zur Herstellung von Entgeltgleichheit für Frauen und Männer umgesetzt haben. Wurden keine dieser Maßnahmen durchgeführt, so ist das im Bericht zu begründen.¹³⁵
- 88** Sind die Unternehmen tarifgebunden oder tarifanwendend, so müssen sie alle fünf Jahre den Bericht über den zurückliegenden 5-Jahres-Zeitraum erstellen. Für alle anderen Unternehmen beträgt der Berichtszeitraum und Berichtszeitraum drei Jahre (vgl. § 22 Abs. 1, Abs. 2 EntgTranspG). Der Bericht ist erstmals im Jahr 2018 zu erstellen, wobei der Berichtszeitraum einmalig auf das letzte abgeschlossene vorangegangene Kalenderjahr (2016) beschränkt ist. Nach dem ersten Bericht im Jahr 2018 greift der jeweils einschlägige Turnus und die nachfol-

132 So auch Kuhn/Schwindling; DB 2017, 785, 789; Oberthür, NJW 2017, 2228, 2233; Langemann/Wilking, BB 2017, 501, 502; Hintzen/Richter, Antworten für die Praxis, S. 26.

133 BT-Drs. 18/11133, S. 75.

134 Kolb/Heinek, Wpg Online, 2017, 1243, 1244; Oberthür, NJW 2017, 2228, 2234.

135 Vgl. § 21 Abs. 1 EntgTranspG; Baeck/Winzer/Hies, NZG 2017, 255; Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809, 813; Grimm/Freh, KSzW 2017, 89, 99; Koller-van Delden, DStR 2018, 254, 260; Kuhn/Schwindling, DB 2017, 785, 789.

genden Berichte sind jeweils über den vollen jeweils geltenden Berichtszeitraum zu erstellen.¹³⁶

Unklar bleibt, ob ein Unternehmen auch als tarifyanwendend gilt, wenn die tarifvertraglichen Regelungen nicht für alle Arbeitnehmer z. B. über Bezugnahmeklauseln zur Anwendung kommen.¹³⁷ **89**

Gesetzliche Sanktionen für den Fall, dass ein Unternehmen seiner Berichtspflicht nicht nachkommt, enthält das EntgTranspG nicht und sind auch nicht vorgesehen.¹³⁸ Durch die Veröffentlichung im Bundesanzeiger kann ein fehlender Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit jedoch zu einer negativen Wahrnehmung in der Öffentlichkeit führen. **90**

136 BT-Drs. 18/11133, S. 75; *Weigert*, NZA 2018, 210, 214; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 99; *Koller-van Delden*, DStR 2018, 254, 260.

137 *Kolb/Heinek*, Wpg Online 2017, 1243, 1247; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 99; vgl. ausführlich vorstehend zu II. Auskunftsanspruch 1. b) bb), Rn. 11–13.

138 So auch: *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 813; *Grimm/Freh*, KSzW 2017, 89, 99.

Kapitel 15

Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

Schrifttum: *Annuß*, Entgeltmitbestimmung und Arbeitsvertrag, RdA 2014, 193; *Bauer/Günther*, Änderung der betrieblichen Lohnstruktur – rechtliche und personalpolitische Probleme, DB 2009, 620; *Boemke*, Mitbestimmung bei betrieblicher Lohngestaltung – Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen, JuS 2009, 764; *Brugger/Mosch*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei Gehaltsanpassungen, NJW-Spezial 2010, 690; *Caspers*, Teilnachwirkung des Tarifvertrags durch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – zur Ablösung tariflicher Vergütungssysteme, in: FS Löwisch, 2007, S. 45; *Groeger*, Änderung von Entlohnungsgrundsätzen, ArbRB 2006, 359; *Joost*, Betriebliche Mitbestimmung bei der Lohngestaltung im System von Tarifaufonomie und Privatautonomie, ZfA 1993, 257; *Kammerer/Mass*, Der tarifungebundene Arbeitgeber – Regelungsmacht und Regelungsgrenzen in Vergütungsfragen, DB 2015, 1043; *Koch*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Teil 1, SR 2016, 131; *ders.* Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Teil 2, SR 2017, 19; *Koschker*, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, Diss., 2015; *Kreft*, Mitbestimmung bei der Änderung von Entlohnungsgrundsätzen, in: FS Bepler, 2012, S. 317; *ders.*, Tarifliche Vergütungsordnung und betriebliche Entlohnungsgrundsätze, in: FS Kreutz, 2010, S. 263; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung – kollektivrechtliche Vergütungsordnungen im Lichte von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, Diss., 2013; *Leuchten*, Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen, BB 2009, 501; *Lunk/Hildebrand*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Abänderung von Vergütungssystemen, ArbRB 2016, 337; *Lunk/Leder*, Mitbestimmung der Betriebsräte bei freiwilligen Leistungen, NZA 2011, 249; *Magula-Lösche*, Der Umfang betrieblicher Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Vergabe freiwilliger betrieblicher Sozialleistungen, Diss., 1991; *Matthes*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei freiwilligen Leistungen, in: FS Reuter, 2010, S. 707; *Müller-Bonanni/Mehrens*, Ablösung der tariflichen Vergütungsordnung nach Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber, NZA 2012, 1194; *Preis/Deutzmann*, Entgeltgestaltung durch Arbeitsvertrag und Mitbestimmung, NZA-Beilage 2017, 101; *Raab*, Der kollektive Tatbestand als Voraussetzung der Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, ZfA 2001, 31; *ders.*, Die Funktion des Betriebsrats bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit – Gedanken am Beispiel der Mitbestimmung bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen, SR 2018, 144; *Rau*, Die Systematik der übertariflichen Zulage, Diss., 1995; *Reichold*, Entgeltmitbestimmung beim tariffreien Arbeitgeber: nur „Erfurter Allerlei?“, BB 2009, 1470; *ders.*, Entgeltanspruch aufgrund Vergütungsordnung trotz fehlender Nachwirkung – Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, RdA 2011, 311; *Richardi*, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, NZA-Beil. 2014, 155; *Roloff*, Entwicklungslinien der Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, RdA 2014, 228; *Salamon*, Nachwirkung bei Betriebsvereinbarungen über freiwillige Sozialleistungen, NZA 2010, 745; *ders.*, Das kurze Gastspiel einer betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung, NZA 2011, 549; *ders.*, § 87 BetrVG als Geltungsgrund tariflicher Vergütungsordnungen für Außenseiter?, NZA 2012, 899; *Wank*, Der kollektive Tatbestand als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 87 Abs. 1 BetrVG, in: FS Wiese, 1998, S. 617; *Wiese*, Geltung von Entlohnungsgrundsätzen und Mitbestimmung, RdA 2012, 332.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

Übersicht

	Rn.	Rn.
I. Bedeutung und Sinn und Zweck der Entgeltmitbestimmung (<i>ratio legis</i>)	1	
II. Der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	4	
1. Kein Ausschluss der Mitbestimmung aufgrund des Tarifvorbehalts	6	
2. Eröffnung des Mitbestimmungsrechts aufgrund eines kollektiven Tatbestands	12	
3. Der Lohnbegriff im Sinne der Entgeltmitbestimmung	16	
4. Mitbestimmungsfreie Vorgaben des Arbeitgebers und Grenzen der Entgeltmitbestimmung („Topftheorie“)	17	
a) Das „Ob“ der Einführung einer zusätzlichen Arbeitgeberleistung	19	
b) Das ersatzlose und vollständige Streichen einer ursprünglich freiwillig eingeführten Leistung	21	
c) Der Dotierungsrahmen der zusätzlichen Arbeitgeberleistung	24	
d) Der begünstigte Personenkreis	27	
e) Der mit der zusätzlichen Arbeitgeberleistung verfolgte Zweck	29	
5. Mitbestimmungspflichtige Handlungen des Arbeitgebers	32	
a) Entlohnungsgrundsätze und -methoden	35	
b) Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und Einführung von Entlohnungsmethoden	38	
		c) Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden
		d) Bedeutung des Geltungsgrundes von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden
		40
		43
		III. Die mitbestimmungspflichtige Gesamtvergütung des BAG
		1. Die Rechtsprechung des BAG zur Zusammenfassung von Vergütungsbestandteilen zu einer einheitlichen Gesamtvergütung
		2. Vermeidungsstrategien einer Gesamtvergütung
		46
		49
		a) Verhinderung der Gesamtvergütung durch bestimmte Regelungsmethodik auf betrieblicher Ebene
		b) Vermeidung der Betriebsratsbeteiligung bei Anwendung des „Rasenmäherprinzips“
		50
		54
		IV. Nachwirkung und Fortgeltung von Entlohnungsgrundsätzen aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen
		1. Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen
		2. Nachwirkung und „Fortgeltung“ von tariflichen Entlohnungsgrundsätzen nach Wegfall der Tarifbindung
		57
		58
		61
		V. Zuständiges Verhandlungsgremium auf Betriebsratsseite
		63
		VI. Folgen bei Nichtbeachtung und Sicherung des Mitbestimmungsrechts
		66
		VII. Entgeltfindung bei AT-Angestellten
		69

I. Bedeutung und Sinn und Zweck der Entgeltmitbestimmung (*ratio legis*)

Es ist wenig verwunderlich, dass die Entgeltmitbestimmung – deren Grundtatbestand in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geregelt ist – auf betrieblicher Ebene häufiger Anlass zu hitzigen Diskussionen und Auseinandersetzungen zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten ist.¹ Schließlich ergeben sich aus der Aufstellung betrieblicher Vergütungssysteme weitreichende Folgen und unmittelbare finanzielle Auswirkungen für die Belegschaft. Auch ist der Mitbestimmungstatbestand aufgrund der extensiven Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwischenzeitlich zumindest im tarifungebundenen Betrieb bei nahezu allen Entgeltentscheidungen des Arbeitgebers, die über die reine Einzelfallebene hinausgehen, zu beachten.²

Eng mit der Bedeutung und dem Konfliktpotenzial der Entgeltmitbestimmung verknüpft ist der **Sinn und Zweck**, dem sie nach Auffassung der Rechtsprechung sowie der ganz herrschenden Literaturauffassung zu dienen bestimmt ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG besteht die *ratio legis* der Entgeltmitbestimmung im Wesentlichen aus drei Teilaspekten.³ Sie solle zunächst eine einseitig an den Interessen des Arbeitgebers ausgerichtete Entgeltpolitik verhindern und diesen in einen zweiseitigen Verhandlungs- und Aufstellungsprozess zwingen. Darüber hinaus diene die Entgeltmitbestimmung der Transparenz und Durchsichtigkeit des betrieblichen Entgeltgefüges. Schließlich solle die Betriebsratsbeteiligung in Entgeltfragen nach dem BAG der Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb dienen, was zugleich in den Augen des BAG das wesentliche und eigentliche Ziel der Entgeltmitbestimmung darstellen dürfte. Freilich lässt das BAG in der Regel unbeantwortet, was Verteilungsgerechtigkeit in diesem Sinne bedeutet und welche Auswirkungen aus dem „Gerechtigkeitspostulat“ für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats folgen.⁴

Feststehen dürfte jedoch, dass die vom BAG angeführte Verteilungsgerechtigkeit nicht auf die Festlegung des einzig richtigen oder materiell angemessenen Arbeitsentgelts des einzelnen Arbeitnehmers abzielt, sondern sich vielmehr auf das Beteiligungsverfahren selbst bezieht. Anders ausgedrückt: Der betrieblichen Verteilungsgerechtigkeit ist schon dadurch gedient, dass sich der Arbeitgeber

1 Vgl. zur Bedeutung der Entgeltmitbestimmung auch *Richardi*, NZA-Beil. 2014, 155.

2 Vgl. auch HKW-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 176.

3 Vgl. nur Großer Senat des BAG 3.12.1991, GS 2/90, NZA 1992, 749; BAG 22.6.2010, 1 AZR 853/08, NZA 2010, 1243; BAG 11.1.2011, 1 AZR 310/09, BeckRS 2011, 72469; BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888; zustimmend in der Literatur etwa BeckOKArbR-Werner, § 87 Rn. 150; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 6; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 96; Brugger/Mosch, NJW-Spezial 2010, 690; Schaub-Koch, § 235 Rn. 89; kritisch Joost, ZfA 1993, 257, 263.

4 Koschker, S. 39; kritisch insofern auch Annuf, RdA 2014, 193, 194.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

einem zweiseitigen Verfahren unterwerfen muss, sofern er betriebliche Entlohnungsgrundsätze aufstellen möchte. Im Rahmen des Beteiligungsverfahrens werden die Interessengegensätze auf betrieblicher Ebene nach Möglichkeit aufgelöst und in eine Kompromisslösung überführt. In diesem Sinne lässt sich der Zweck der Entgeltmitbestimmung tatsächlich in der Schaffung von Verteilungs- und innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit begreifen.⁵ Eine Befugnis des Betriebsrats, unter Berufung auf das Mitbestimmungsrecht Lohnpolitik zu betreiben, folgt hieraus aber nicht: Er kann weder Lohnerhöhungen oder -herabsetzungen durchsetzen, noch die Einführung zusätzlicher, bislang nicht vorgesehener Leistungen erzwingen.⁶ Auch vom Arbeitgeber nicht gewollte lohnpolitische Komponenten, die dem sozialpolitischen Bereich zuzuordnen sind (z. B. Abhängigkeit der Entgelthöhe vom Lebensalter oder der Dauer der Betriebszugehörigkeit), kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber nicht gegen seinen Willen aufzwingen.⁷ Im Einklang mit dem Ausschluss einer vom Betriebsrat betriebenen Lohnpolitik auf betrieblicher Ebene steht schließlich die weitere Grundannahme, dass die Vereinbarung der individuellen Entgelthöhe des einzelnen Arbeitnehmers nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterfällt.

II. Der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

- 4 Die Entgeltmitbestimmung ist in ihrem Grundtatbestand in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG niedergelegt. Aber auch andere Ziffern des Abs. 1 betreffen entgeltbezogene Fragestellungen, sodass sich folgende **Gesetzes- und Abgrenzungssystematik** ergibt: Während Nr. 10 die maßgeblichen inhaltlichen Fragestellungen des betrieblichen Vergütungssystems – insbesondere die anzuwendenden Entlohnungsgrundsätze – betrifft, sind die eher administrativen, auszahlungstechnischen Aspekte der Entgeltgewährung in Nr. 4 verortet (Zeit, Ort und Art der Auszahlung des Arbeitsentgelts). Nr. 8 stellt eine – den Tatbestand der Nr. 10 überlagernde – Sonderregelung für den Fall dar, dass bestimmte Entgeltleistungen durch eine betriebliche Sozialeinrichtung erbracht werden (z. B. Pensions- und Versorgungseinrichtungen, Kantine, Kindergarten, Sportanlagen und -einrichtungen). Nr. 11 betrifft schließlich den Sonderfall der leistungsbezogenen Entgelte (v. a. Prämien- und Akkordlohn) und ordnet wegen der besonderen Belastung der leistungsbezogenen Vergütung für die Arbeitnehmer an, dass hier – anders als im Anwendungsbereich der Nr. 10 – auch die absolute Entgelthöhe (z. B. durch Vereinbarung bestimmter Akkordsätze) der Mitbestimmung unterliegt.

5 Ausführlich zum Ganzen, *Koschker*, S. 62 ff.; vgl. auch *Raab*, SR 2018, 144, 153.

6 *HWK-Clemenz*, § 87 BetrVG Rn. 177; *MAHArbR-Hesse/Tischer*, § 23 Rn. 7.

7 *MAHArbR-Hesse/Tischer*, § 23 Rn. 49.

Der unter den entgeltbezogenen Regelungsgegenständen des Abs. 1 besonders bedeutsame Mitbestimmungstatbestand der Nr. 10 im Einzelnen: **5**

1. Kein Ausschluss der Mitbestimmung aufgrund des Tarifvorbehalts

Im Sinne einer Vorfrage der Entgeltmitbestimmung ist zu klären, ob nicht bereits **6**
eine gesetzliche oder tarifliche Regelung zum selben Regelungsgegenstand besteht, die dem zwingenden Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG entgegensteht. Sofern dem Arbeitgeber bei bestimmten Angelegenheiten aufgrund zwingender gesetzlicher oder tariflicher Vorgaben ohnehin kein einseitiger Gestaltungsspielraum mehr verbleibt, besteht auch kein Bedürfnis, die Belegschaft durch eine notwendige Einbeziehung des Betriebsrats vor einer einseitigen Interessenpolitik des Arbeitgebers auf betrieblicher Ebene zu schützen.⁸ Damit kommt dem Eingangssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG auch eine zuständigkeitsabgrenzende Funktion zu, was die Wahrnehmung des kollektiven Arbeitnehmerschutzes durch die tarifvertragschließende Gewerkschaft oder aber durch die betriebliche Arbeitnehmervertretung anbelangt – Letztere ist nur dann zur zwingenden Ausübung des Mitbestimmungsrechts und damit zur Wahrnehmung des Arbeitnehmerschutzes berufen, wenn nicht die Gewerkschaft bereits tätig geworden ist.⁹ Die **Tarifparteien** haben damit in den Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung gegenüber den Betriebsparteien ein **Normsetzungsvorrecht**, was den Eingangssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG zu einem Tarifvorbehalt macht.¹⁰

Solange die Tarifparteien von diesem Normsetzungsvorrecht jedoch keinen Gebrauch gemacht haben, ist der Betriebsrat an der Ausübung seines erzwingbaren Mitbestimmungsrechts im Entgeltbereich nicht aufgrund der Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG gehindert. Die vom BAG und weiten Teilen der Literatur favorisierte **Vorrangtheorie** besagt, dass der Betriebsrat in Fragen der sozialen Mitbestimmung gem. § 87 BetrVG den Abschluss einer Betriebsvereinbarung auch dann erzwingen kann, wenn zwar entsprechende Regelungen zu den dort aufgelisteten Gegenständen (wie in der Regel) tarifüblich sind, eine Bindung des Arbeitgebers an entsprechende Tarifverträge aber nicht besteht.¹¹ **7**

Ein Tarifvertrag zu sozialen Angelegenheiten i. S. d. § 87 BetrVG kann die erzwingbare Mitbestimmung nur ausschließen, wenn er für den maßgeblichen Betrieb auch Geltung entfaltet, wobei es für die Sperrwirkung grundsätzlich keine **8**

⁸ Joost, ZfA 1993, 257, 267; Boemke, JuS 2009, 764, 765.

⁹ Koschker, S. 83; siehe ferner Raab, SR 2018, 144, 154.

¹⁰ Vgl. GK-BetrVG-Wiese, § 87 Rn. 57; vgl. auch Raab, SR 2018, 144, 145.

¹¹ Vgl. zur Vorrangtheorie nur MüArbR-Matthes, § 238 Rn. 66 f.; MAHArbR-Glaesmann/Gerdel, § 63 Rn. 12.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

Rolle spielt, ob es sich um einen Flächentarifvertrag oder einen Haustarifvertrag handelt.¹² Die Geltung des fraglichen Tarifvertrages setzt zum einen seine sachliche/fachliche sowie räumliche Einschlägigkeit voraus. Zum anderen aber muss auch normative Tarifgeltung bestehen,¹³ was bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen im Tarifgebiet stets der Fall ist. Bei nicht für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen soll es das Mitbestimmungsrecht nach ständiger Rechtsprechung des BAG und der herrschenden Literaturauffassung schon sperren, wenn nur der Arbeitgeber einer Tarifbindung unterliegt.¹⁴ Gehört der Arbeitgeber demnach dem tarifvertragschließenden Arbeitgeberverband als tarifgebundenes Mitglied an oder ist er Partei des Haustarifvertrages, so ist die erzwingbare Mitbestimmung auf betrieblicher Ebene schon allein deshalb ausgeschlossen; auf eine Tarifbindung der einzelnen Arbeitnehmer kommt es dann nicht mehr an. Die erzwingbare Mitbestimmung in Entgeltfragen ist dann – mit Ausnahme der AT-Angestellten – für alle Arbeitnehmer des Betriebes ausgeschlossen, also auch für jene, die selbst mangels Gewerkschaftszugehörigkeit oder arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel an den tariflichen Entgeltregelungen gar nicht partizipieren.

- 9 Die Auffassung des BAG, dass schon die einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers die Entgeltmitbestimmung vollumfänglich sperrt, bedürfte keiner weiteren Erörterung, wenn es sich bei tariflichen Entgeltregelungen um sog. Betriebsnormen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG handelte. Dies wird jedoch vom BAG selbst verneint, unter nahezu einhelliger Zustimmung der Literatur.¹⁵ Eine uneinheitliche Regelung des Entgeltgefüges auf betrieblicher Ebene ist durchaus möglich und auch nicht evident unzweckmäßig, was jedoch Voraussetzung für die Klassifizierung als Betriebsnorm wäre; berücksichtigt man ferner, dass typische Betriebsnormen (z. B. zu Fragen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsordnung) nicht den materiellen Gehalt/Inhalt der Arbeitsbeziehung betreffen, so ist der Auffassung, wonach tarifliche Entgeltregelungen keine Betriebsnormen darstellen, zuzustimmen.¹⁶
- 10 Den Ausschluss der betrieblichen Entgeltmitbestimmung schon bei einseitiger Tarifbindung des Arbeitgebers begründete das BAG in früheren Urteilen damit, dass Arbeitgeber in der Regel nicht danach unterscheiden, ob ihre Arbeitnehmer gewerkschaftszugehörig sind oder nicht und schlicht allen Arbeitnehmern des Betriebes einheitliche Arbeitsbedingungen gewähren. Zumindest aber sei es ta-

12 Vgl. BAG 20.2.2018, 1 ABR 53/16, NZA 2018, 954.

13 Vgl. Koch, SR 2017, 19, 22.

14 BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; BAG 24.2.1987, 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639.

15 BAG 11.11.2008, 1 ABR 68/07, NZA 2009, 450; BAG 4.5.2011, 7 ABR 10/10, NZA 2011, 1239; Caspers, FS Löwisch, S. 45, 52; Kreft, FS Kreutz, S. 263, 271 f.; Krohm, S. 180 f.; Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 341; Raab, SR 2018, 144, 147.

16 Weiterführend auch Koschker, S. 88.

rifungebundenen Arbeitnehmern möglich, jederzeit der vertragschließenden Gewerkschaft beizutreten und somit die Anwendung der tariflichen Bestimmungen auch auf ihr Arbeitsverhältnis zu erreichen.¹⁷ Gegen diese Argumentation des BAG sind in der Literatur zu Recht Bedenken vor dem Hintergrund der negativen Koalitionsfreiheit vorgebracht worden, was zwischenzeitlich dazu geführt hat, dass das BAG diese Argumentationskette in jüngeren Entscheidungen nicht mehr zur Begründung seiner Sichtweise heranzieht und sich vielmehr auf die Notwendigkeit der Verwirklichung eines umfassenden, von der Gewerkschaftszugehörigkeit unabhängigen Arbeitnehmerschutzes beruft.¹⁸ Entgegen der Auffassung des BAG wäre es insgesamt dogmatisch überzeugender, die Errichtung eines – parallelen – betrieblichen Vergütungssystems für die nicht-tarifgebundenen Arbeitnehmer des Betriebes zuzulassen.¹⁹ Dem stehen natürlich erhebliche praktische und organisatorische Bedenken entgegen sowie der Umstand, dass dann einem offenen Konkurrenzkampf zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat Tür und Tor geöffnet wäre.²⁰

Das BAG sperrt jedoch nicht nur das Mitbestimmungsrecht sobald eine einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers gegeben ist, sondern verlangt darüber hinaus die betriebsverfassungsrechtliche Berücksichtigung der tariflichen Entgeltregelungen auch bei Außenseitern, d. h., ihrerseits nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern. Diese sollen – ungeachtet ihrer fehlenden Gewerkschaftszugehörigkeit – etwa in tarifliche Entgeltgruppen einzugruppieren sein, unter zwingender Beteiligung des Betriebsrats gem. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.²¹ Davon zu trennen ist allerdings die individualrechtliche Lage des einzelnen nicht-tarifgebundenen Arbeitnehmers – dieser erlangt nach dem BAG durch die arbeitgeberseitige Pflicht zur Eingruppierung in die tarifliche Entgeltordnung, die den Arbeitgeber im Verhältnis zum Betriebsrat trifft, keinen korrespondierenden Anspruch auf das (ggf. höhere) tarifliche Arbeitsentgelt.²²

17 BAG 24.2.1987, 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639.

18 Vgl. auch *Salamon*, NZA 2012, 899, 902; *Wiese*, RdA 2012, 332, 336; aus der jüngeren Vergangenheit etwa BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; hierzu auch *Koch*, SR 2016, 131, 137.

19 *Wiese*, RdA 2012, 332, 337; ähnlich *Roloff*, RdA 2014, 228, 230; vgl. auch *Salamon*, NZA 2012, 899, 902; im Ergebnis auch *Raab*, SR 2018, 144, 154, soweit der Arbeitgeber das tarifliche Entgeltsystem nicht auch auf die Außenseiter im Betrieb anwendet.

20 Vgl. *Raab*, SR 2018, 144, 154, der auf das nachvollziehbare und berechtigte Interesse des Arbeitgebers an der einheitlichen Ausgestaltung der Vergütung im Betrieb verweist.

21 BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; BAG 4.5.2011, 7 ABR 10/10, NZA 2011, 1239.

22 BAG 18.10.2011, 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; hierzu *ErfK-Kania*, § 87 BetrVG Rn. 100.

2. Eröffnung des Mitbestimmungsrechts aufgrund eines kollektiven Tatbestands

- 12 Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kommt nach allgemeiner Auffassung nur dann in Betracht, wenn das entgeltrelevante Verhalten des Arbeitgebers einen **kollektiven Tatbestand** begründet.²³ Das Kriterium des kollektiven Tatbestands grenzt damit mitbestimmungspflichtige Arbeitgebermaßnahmen von mitbestimmungsfreien, rein individuellen Einzelfallentscheidungen ab. Die Gestaltungsaufgabe des Betriebsrats beginnt erst dort, wo die rein individuelle Austauschbeziehung zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer verlassen wird.²⁴
- 13 Das BAG stellt zur Beurteilung des Vorliegens eines kollektiven Tatbestandes vorrangig darauf ab, ob der Arbeitgeber – ohne Ansehung der konkreten Person – eine abstrakt-generelle Regelung mit allgemeiner Geltung im Betrieb aufstellen möchte.²⁵ Im Entgeltbereich liegt für das BAG eine abstrakt-generelle Regelung immer dann nahe, wenn die **Strukturformen des Entgelts sowie ihre näheren Vollzugsformen** betroffen sind.²⁶ Die Ansicht des BAG führt letztlich dazu, dass fast jede Entgeltentscheidung des Arbeitgebers einen kollektiven Tatbestand und damit das Mitbestimmungsrecht begründet – denn eine abstrakt-generelle Grundregel, die der Arbeitgeber seiner Entgeltentscheidung scheinbar zugrunde gelegt hat, lässt sich beinahe immer ausformulieren.

14 **Beispiel:**

Lässt der Arbeitgeber einem unverzichtbaren Arbeitnehmer der Forschungsabteilung eine Sonderprämie zukommen, um zu verhindern, dass dieser – wie angedroht – zu einem Konkurrenzunternehmen wechselt, dann handelt es sich auf den ersten Blick um eine reine Individualentscheidung, die auf die konkrete Situation bezogen ist. Bestehen aber Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitgeber in gleichgelagerten Fällen künftig ähnlich verfahren würde, so ließe sich zwanglos die folgende abstrakt-generelle Regel aufstellen: Drohen geschäftskritische Arbeitnehmer das Unternehmen zu verlassen, versucht der Arbeitgeber, diese durch Zahlung einer Sonderprämie weiter an das Unternehmen zu binden und so die Abwanderung zu verhindern.

- 15 Die Praxis wird die weitreichende Auslegung des BAG zu berücksichtigen haben. So wird ein kollektiver Tatbestand mit dem BAG etwa immer dann gegeben

23 Vgl. nur ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 6; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 18; HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 3; Raab, ZfA 2001, 31, 32.

24 Vgl. Raab, SR 2018, 144, 145.

25 BAG 10.10.2006, 1 ABR 68/05, NZA 2007, 99; BAG 29.2.2000, 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066; hierzu näher Raab, ZfA 2001, 31, 42 f.

26 BAG 10.10.2006, 1 ABR 68/05, NZA 2007, 99; BAG 29.2.2000, 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066; hierzu auch Richardi-Richardi, § 87 Rn. 748.

sein, wenn zwischen der vom Arbeitgeber angedachten Maßnahme und ähnlichen Regelungen bei anderen Arbeitnehmern ein innerer Zusammenhang besteht oder wenn bestimmte Bemessungs- und Bewertungskriterien innerhalb einer Gruppe von Arbeitnehmern zueinander in Verhältnis gesetzt werden (z. B. kollektiver Bezug durch Verteilung eines für eine bestimmte Leistung bereitgestellten Budgets; performanceabhängige Leistungen, die auch die Ergebnisse der Abteilung oder der unmittelbaren Kollegen berücksichtigen).²⁷ Nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen wird es sich um der Mitbestimmung entzogene, rein individuelle Entgeltentscheidungen handeln, die mit Rücksicht auf die besonderen persönlichen Umstände des einzelnen Arbeitnehmers getroffen wurden und daher keinen inneren Zusammenhang zu vergleichbaren Regelungen bei anderen Belegschaftsmitgliedern aufweisen (z. B. Wunsch eines Arbeitnehmers, zur Vermeidung von Steuernachteilen eine ganz bestimmte Gestaltungsform zu wählen, die im Betrieb nicht üblich ist).²⁸

3. Der Lohnbegriff im Sinne der Entgeltmitbestimmung

Der Lohnbegriff im Sinne der Entgeltmitbestimmung ist – mangels einer Legaldefinition im BetrVG – durch Auslegung zu ermitteln und insgesamt im weitesten Sinne zu verstehen. Er umfasst damit **jede geldwerte Leistung, die der Arbeitnehmer aufgrund oder anlässlich seiner Tätigkeit für den Arbeitgeber erhält**.²⁹ Auf einen Rechtsanspruch auf die vom Arbeitgeber gewährte geldwerte Leistung kommt es nicht an – denn auch freiwillige Leistungen, zu deren Gewährung sich der Arbeitgeber aus eigenem Antrieb und ohne Rechtspflicht entschließt, können das Gerechtigkeitsempfinden der Belegschaft berühren. Nur solche Leistungen, denen gar kein Vergütungscharakter zukommt und die das Vermögen des Arbeitnehmers nicht mehren, sind vom Lohnbegriff ausgenommen (z. B. Erstattung von Reise- und Übernachtungskosten sowie sonstiger Aufwendungsersatz).³⁰ Dass der Arbeitgeber mit bestimmten Leistungen gegebenenfalls weitergehende Ziele (z. B. Stärkung der „corporate identity“) verfolgt, die den Zweck der Honorierung der Arbeitsleistung gar noch überlagern, dürfte am Vorliegen von „Lohn“ im Sinne des Mitbestimmungstatbestandes hingegen nichts ändern.³¹

27 Hierzu Wank, FS Wiese, S. 617, 624.

28 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 99; HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 180; vgl. auch Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 338: „In der Praxis sind freilich kaum derartige Einzelfälle denkbar.“

29 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 174 ff.; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 96 ff.

30 Vgl. Koch, SR 2017, 131, 132.

31 Koschker, S. 133; a. A. MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 14.

4. Mitbestimmungsfreie Vorgaben des Arbeitgebers und Grenzen der Entgeltmitbestimmung („Topftheorie“)

- 17 Zur Verdeutlichung der Grenzen der Mitbestimmung und der damit korrespondierenden einseitigen Gestaltungsvorgaben des Arbeitgebers bei freiwilligen Leistungen wird gerne die sog. „Topftheorie“ angeführt. Demnach soll der Arbeitgeber bei freiwilligen Leistungen, die er aus eigenem Antrieb im Betrieb erstmalig einführen möchte, nicht nur über den dafür bereitgestellten **„Entgelttopf“** (= Dotierungsrahmen), sondern auch über das **„Ob“** der Einführung, den **begünstigten Personenkreis** sowie den mit der Leistung verfolgten **Zweck** mitbestimmungsfrei entscheiden dürfen.³²
- 18 Die aus der Topftheorie folgenden Einschränkungen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats gelten – wie erwähnt – für sog. **freiwillige Leistungen**. Diese Freiwilligkeit beurteilt sich allerdings unabhängig davon, ob der einzelne Arbeitnehmer einen individuellen Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung hat. Entscheidend ist vielmehr die sog. „betriebsverfassungsrechtliche Freiwilligkeit“, wie es das BAG nennt. Eine freiwillige Leistung im Sinne der Topftheorie liegt demnach vor, wenn der Arbeitgeber nicht bereits normativ (d. h. kraft Gesetzes oder aber aufgrund Tarifvertrages) zur Gewährung eben dieser Leistung verpflichtet ist.³³ Bei diesen Leistungen ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht aufgrund des Tarifvorbehalts von vornherein ausgeschlossen, sodass sie sich aus seiner Sicht als freiwillige zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers darstellen, bei denen der Betriebsrat grundsätzlich – in den Grenzen der Topftheorie – mitgestalten darf. Im Einzelnen:

a) Das „Ob“ der Einführung einer zusätzlichen Arbeitgeberleistung

- 19 Über die erstmalige Einführung einer bislang weder (tarif-)vertraglich noch gesetzlich geschuldeten Leistung im Betrieb – und damit das „Ob“ ihrer Gewährung – können Arbeitgeber mitbestimmungsfrei entscheiden, sodass zusätzliche Leistungen oder weitergehende Geldmittel vom Betriebsrat nicht erzwungen werden können. Wollte man den Betriebsräten entsprechende Kompetenzen zur Lohnpolitik zugestehen, würden diese in einen unmittelbaren Konkurrenzkampf mit/Verdrängungswettbewerb zu den Gewerkschaften treten, was im Lichte der Koalitionsfreiheit des Grundgesetzes bedenklich wäre. Vor allem aber trägt der Arbeitgeber die wirtschaftliche Verantwortung für seine unternehmerische Tätigkeit. Könnte der Betriebsrat – gegebenenfalls gar unter Einbeziehung der Einigungsstelle – zusätzliche Leistungen erzwingen, müsste der Arbeitgeber ein zusätzliches wirtschaftliches und unternehmerisches Risiko eingehen, das von

32 Richardi-Richardi, § 87 Rn. 795; Reichold, BB 2009, 1470, 1471; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 36.

33 Vgl. ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 107; Koschker, S. 101; Koch, SR 2017, 19, 30.

ihm nie bezweckt gewesen ist und für das er daher kaum Verantwortung übernehmen kann und möchte.³⁴ Kann der Arbeitgeber seine Vorstellungen im Mitbestimmungsverfahren gegenüber dem Betriebsrat nicht durchsetzen, scheut er aber den Gang in die Einigungsstelle, kann er von der Einführung der fraglichen freiwilligen Leistung auch einfach wieder Abstand nehmen – dies ist ebenfalls zwingende Folge der Mitbestimmungsfreiheit der Einführungsentscheidung des Arbeitgebers.³⁵

Umgekehrt kann der Betriebsrat aber auch die Einführung einer von ihm nicht befürworteten Leistung im Betrieb verhindern, etwa weil er das hierfür bereitgestellte Budget lieber auf andere Art und Weise verwenden möchte. Der Betriebsrat hat damit bei der Einführung von Leistungen ein „Veto-Recht“.³⁶ Gegen den Willen des Betriebsrats kann die Einführung zusätzlicher Leistungen damit nur erfolgen, wenn der Arbeitgeber die Einigungsstelle einschaltet und sich diese über die vom Betriebsrat vorgebrachten Sachargumente, die laut diesem gegen eine Einführung der in Frage stehenden Leistung sprechen sollen, hinwegsetzt.³⁷ **20**

b) Das ersatzlose und vollständige Streichen einer ursprünglich freiwillig eingeführten Leistung

Spiegelbildlich zur mitbestimmungsfreien Einführung zusätzlicher Arbeitgeberleistungen ist es dem Arbeitgeber nach der Topftheorie auch möglich, diese zu einem späteren Zeitpunkt durch einseitige Entscheidung mitbestimmungsfrei zu beseitigen. Nach der Topftheorie zwingt das Betriebsverfassungsrecht den Arbeitgeber also nicht, eine ursprünglich mitbestimmungsfrei eingeführte Leistung länger aufrechtzuerhalten, als von ihm gewünscht. Eine Mitbestimmungslücke ergibt sich hieraus nicht: Stellt der Arbeitgeber die ursprünglich freiwillige Leistung ersatzlos und vollständig ein, reduziert er den hierfür bereitgestellten „Topf“ also auf „Null“, dann gibt es auch nichts mehr zu verteilen und damit keinen Anknüpfungspunkt für die Aufstellung neuer oder abweichender Verteilungsgrundsätze.³⁸ **21**

Anders stellte sich die Sachlage schon bislang dar, wenn der Arbeitgeber die fragliche Leistung nicht vollständig abschaffen, sondern nur das hierauf entfallende Budget reduzieren und dann abweichend verteilen möchte. In diese Neuverteilung des reduzierten Entgelttopfs ist der Betriebsrat zwingend einzubeziehen. Reduziert der Arbeitgeber den Entgelttopf hingegen, ohne dabei die Verteilungsgrundsätze anzutasten (etwa durch eine gleichförmige prozentuale Kür- **22**

34 Ausführlich hierzu *Koschker*, S. 103 f.; vgl. auch *ErfK-Kania*, § 87 BetrVG Rn. 103.

35 Vgl. *Annufß*, RdA 2014, 103, 204.

36 *Kreft*, FS Bepler, S. 317, 319; *Matthes*, FS Reuter, S. 707, 709.

37 Vgl. auch *Koch*, SR 2017, 19, 23.

38 BAG 17.1.1995, 1 ABR 29/94, NZA 1995, 1010; ferner *HWK-Gaul*, § 77 BetrVG Rn. 46; *Schaub-Koch*, § 231 Rn. 62; vgl. auch *Groeger*, ArbRB 2006, 359, 360.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

zung aller freiwilligen Leistungen bei allen begünstigten Arbeitnehmern, sog. „Rasenmäherprinzip“, vgl. unten Rn. 54), dann fehlt es auch hier an einem Anknüpfungspunkt für das Mitbestimmungsrecht. Denn eine mitbestimmungspflichtige „Änderung von Entlohnungsgrundsätzen“ im Sinne der Nr. 10 ist dann gerade nicht gegeben.

- 23 Die jüngere Entwicklung in der BAG-Rechtsprechung – hin zur Annahme einer betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung – hat auf die vorgeschilderten Möglichkeiten des Arbeitgebers, mitbestimmungsfrei eingeführte Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt auch wieder mitbestimmungsfrei einzustellen, erhebliche Auswirkungen, welche nachfolgend (s. Rn. 46 ff.) näher dargestellt werden.

c) Der Dotierungsrahmen der zusätzlichen Arbeitgeberleistung

- 24 Der Arbeitgeber legt mitbestimmungsfrei fest, in welchem Umfang er zusätzliche Finanzmittel für eine bestimmte freiwillige Leistung bereitstellt.³⁹ Der jeweilige Dotierungsrahmen für das „Weihnachtsgeld“, für das „Urlaubsgeld“ etc. ist dabei nach der Topftheorie eigenständig und von den weiteren Leistungen losgelöst zu betrachten.⁴⁰
- 25 Sollte der Betriebsrat der Auffassung sein, dass die vom Arbeitgeber für eine neu einzuführende Leistung vorgesehenen Mittel völlig unzureichend sind, um den mit der Leistung verfolgten Zweck zu erreichen, bleibt ihm allein die Möglichkeit, der Einführung der Leistung insgesamt zu widersprechen, was eher die Ausnahme sein wird.⁴¹ Er kann den Arbeitgeber nicht zu einer Aufstockung des Budgets zwingen.
- 26 Die vom BAG geprägte betriebsverfassungsrechtlich freiwillige Gesamtvergütung bleibt allerdings auch bei der Festlegung des Dotierungsrahmens – bzw. der Rückführung desselben – nicht folgenlos (s. hierzu Rn. 48 ff.).

d) Der begünstigte Personenkreis

- 27 Nach der Topftheorie darf der Arbeitgeber ferner mitbestimmungsfrei entscheiden, welche seiner Arbeitnehmer für den Bezug der neu einzuführenden freiwilligen Leistung in Betracht kommen.⁴² Den abstrakten Empfängerkreis darf er damit einseitig festlegen, was ohne Weiteres daraus folgt, dass er auch den mit der Leistung verfolgten Zweck autonom bestimmen darf. Denn der angestrebte Leistungszweck wird verfehlt, wenn die Leistung nicht bei denjenigen Mitarbeitern

39 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 191; Richardi-Richardi, § 87 Rn. 795.

40 Matthes, FS Reuter, S. 707, 710.

41 Koschker, S. 108.

42 Richardi-Richardi, § 87 Rn. 795.

ankommt, die den bezweckten Erfolg überhaupt herbeiführen können.⁴³ Aus demselben Grund hat auch die ggf. hinzugezogene Einigungsstelle den vom Arbeitgeber definierten abstrakten Empfängerkreis zu respektieren und kann nicht etwa eine eigene Auswahlentscheidung nach sozialen oder leistungsbezogenen Kriterien treffen.⁴⁴

Der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers bei der Festlegung des Adressatenkreises werden gleichwohl gewisse Grenzen gesetzt: Einer willkürlichen Bestimmung der Leistungsempfänger stehen zum einen der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, zum anderen allgemeine Billigkeitserwägungen entgegen, über deren Einhaltung der Betriebsrat wacht (vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).⁴⁵ Ferner sind die Betriebsparteien – und damit eben auch der Arbeitgeber – bei der Ausübung betrieblicher Gestaltungsmacht an § 75 BetrVG gebunden.⁴⁶ **28**

e) Der mit der zusätzlichen Arbeitgeberleistung verfolgte Zweck

Geldleistungen des Arbeitgebers, die nicht unmittelbar der Abgeltung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dienen, werden von diesem häufig mit einer bestimmten Intention erbracht. Die dabei denkbaren Ziel-/Zweckbestimmungen sind zahlreich. Halte- oder Treueprämien etwa sollen Mitarbeiter an das Unternehmen binden. Andere Leistungen dienen vorrangig sozialen Zwecken, etwa indem sie die zu bestimmten Zeiten typischerweise auftretende finanzielle Mehrbelastung der Arbeitnehmer abfedern (z. B. Urlaubs-/Weihnachtsgeld) oder bestimmte Lebensereignisse des Arbeitnehmers würdigen (z. B. Geld-/Sachleistungen bei der Geburt eines Kindes oder bei Erreichen eines bestimmten Lebensalters).⁴⁷ Auch Leistungs- und Verhaltensanreize können im Fokus des Arbeitgebers stehen, etwa wenn er bestimmte Arbeitnehmer mit Zielboni zu Höchstleistungen anspornen möchte. **29**

Nach der Topftheorie ist dem Arbeitgeber die Festlegung des mit einer bestimmten Leistung verfolgten unternehmerischen Ziels/Zwecks mitbestimmungsfrei **30**

43 Koschker, S. 110 f.; vgl. auch Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 338: „Mit der Bestimmung des Zwecks hängt zusammen, für welchen Personenkreis die geplanten Leistungen gedacht sind.“

44 Die Einigungsstelle ist generell an die nach der „Topftheorie“ mitbestimmungsfreien Vorgaben des Arbeitgebers gebunden, vgl. Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 340; Kammerer/Mass, DB 2015, 1043, 1046.

45 Zu den Grenzen einseitiger Gestaltungsmacht auch MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 36.

46 Koschker, S. 111; zu einer nach § 75 Abs. 1 BetrVG unzulässigen Differenzierung im Entgeltbereich (Sonderzahlung zur Honorierung der Arbeitsleistung und der Betriebs-treue) etwa BAG 26.4.2016, 1 AZR 435/14, NZA 2016, 1160.

47 Koschker, S. 111; Magula-Lösche, S. 71.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

möglich.⁴⁸ Eine abweichende Zweckbestimmung kann dem Arbeitgeber weder vom Betriebsrat, noch von der Einigungsstelle aufgezwungen werden.⁴⁹ Allerdings kann der Betriebsrat – wenn er die Zweckbestimmung des Arbeitgebers nicht mitträgt und diese ggf. gar als verfehlt erachtet – der Einführung der Leistung insgesamt widersprechen. In diesem Fall wäre dem Arbeitgeber die „Gleichwohl“-Einführung der Leistung nur noch unter Einschaltung der Einigungsstelle möglich.⁵⁰ Die Annahme, der Arbeitgeber müsse den Leistungszweck mitbestimmungsfrei festlegen können, ist eng mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Unternehmerfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG) verknüpft. Der Arbeitgeber steuert und verantwortet den wirtschaftlichen Erfolg seiner Unternehmung, sodass er auch bestimmen können muss, welche Zweckbestimmungen der von ihm gewährten Geldleistungen dem wirtschaftlichen Erfolg zuträglich sind. Diese verfassungsrechtliche Dimension der Mitbestimmungsfreiheit der Zweckbestimmung wiegt schwerer als der Umstand, dass sich auch die Festlegung des mit einer Leistung verfolgten Zwecks als eine „Frage der betrieblichen Lohngestaltung“ begreifen ließe, welche gemäß des Wortlauts der Nr. 10 mitbestimmungspflichtig sein könnte.

- 31 Die Auswirkungen der BAG-Rechtsprechung zur betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung auf die Zweckbestimmungssouveränität werden weiter unten (s. Rn. 46 ff.) näher dargestellt.

5. Mitbestimmungspflichtige Handlungen des Arbeitgebers

- 32 Anknüpfungspunkt für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist die betriebliche Lohngestaltung und dort insbesondere die (erstmalige) Einführung oder Aufstellung von neuen Entlohnungsgrundsätzen und -methoden, sowie deren spätere Änderung. Das Attribut *betrieblich* ist in diesem Zusammenhang von wesentlicher Bedeutung, kommt ihm doch in zweierlei Hinsicht eine abgrenzende bzw. ausgrenzende Funktion zu.
- 33 Damit verdeutlicht der Gesetzgeber zum einen, dass die individuelle Vergütung des einzelnen Arbeitnehmers – das Synallagma – nicht Gegenstand der Entgeltmitbestimmung ist, sondern es eines kollektiven Tatbestandes bedarf, um das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats überhaupt erst zu eröffnen.⁵¹ Zum anderen aber wird damit die Lohngestaltung auf betrieblicher Ebene auch deutlich und zweifelsfrei von der tarifvertraglichen Lohngestaltung durch die Tarifvertragsparteien unterschieden und von dieser abgegrenzt.⁵² Eine Lohngestaltung

48 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 191; Richardi-Richardi, § 87 Rn. 795.

49 Vgl. auch Kammerer/Mass, DB 2015, 1043, 1047.

50 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 110.

51 MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 5; Richardi-Richardi, § 87 Rn. 773.

52 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 178.

auf tariflicher Ebene ist keine betriebliche Lohngestaltung und mit dieser auch nicht vergleichbar, was die Ausgangslage, den Fokus und die angestrebten Ziele anbelangt.⁵³

Wenn der Gesetzgeber von der Gestaltung des betrieblichen Lohngefüges spricht, dann scheint er davon auszugehen, dass die betrieblichen Entlohnungsgrundsätze und -methoden aus einem schöpferischen Prozess hervorgehen und damit ein aktives Tun erfordern.⁵⁴ Berücksichtigt man ferner, dass es sich ausweislich des Gesetzeswortlauts um einen betrieblichen Schaffungsvorgang handeln soll („betriebliche Lohngestaltung“), so kommen zur Vollziehung dieses Aufstellungsaktes überhaupt nur die beiden Betriebsparteien in Betracht. **34**

a) Entlohnungsgrundsätze und -methoden

Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich bei den Entlohnungsgrundsätzen und -methoden nur um **Regelbeispiele eines gemeinsamen Oberbegriffs**, namentlich der betrieblichen Lohngestaltung.⁵⁵ Gegenstand der Mitbestimmung ist die Lohnfindung, nicht die Lohnfestlegung. D.h., die Betriebsparteien sollen Grundsätze – und damit Leitprinzipien und allgemeingültige Regeln – bestimmen, anhand derer die Entgeltbemessung im Einzelfall vorzunehmen ist. **35**

Entlohnungsgrundsätze im Sinne des Mitbestimmungstatbestandes sind demnach die übergeordneten allgemeinen Regelungen und Leitprinzipien, nach denen das Entgelt für den Betrieb, bestimmte Betriebsabteilungen oder Gruppen von Arbeitnehmern ermittelt werden soll.⁵⁶ Angesprochen sind damit etwa nach außen tretende Grundentscheidungen über die Anwendung bestimmter Entlohnungssysteme (Zeit-, Prämien- oder Akkordlohn), die Festschreibung von Faktoren der Leistungsbemessung bei Sonderzuwendungen (z.B. Anspruchsvoraussetzungen, Bemessungskriterien, Gewichtung der Kriterien zueinander, nicht: Vereinbarung von Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalten in Arbeitsverträgen⁵⁷) oder die Festlegung relativer Abstände zwischen einzelnen Entgeltstufen/-gruppen (nicht: der absoluten Entgelthöhe).⁵⁸ Allerdings sind die Grenzen der „Topftheorie“ zu beachten – so kann der Betriebsrat etwa nicht den Ausschluss/die Nichtberücksichtigung bestimmter Bemessungskriterien durchsetzen, wenn dies den vom Arbeitgeber mit der Leistung verfolgten Zweck negieren würde. Soll etwa eine Leistung nach dem Willen des Arbeitgebers die erbrachte **36**

⁵³ Ausführlich hierzu *Koschker*, S. 135 sowie 170 ff.

⁵⁴ *Koschker*, S. 136; *Magula-Lösche*, S. 45.

⁵⁵ *HWK-Clemenz*, § 87 BetrVG Rn. 178; *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 770.

⁵⁶ *Richardi-Richardi*, § 87 Rn. 774; *HWK-Clemenz*, § 87 BetrVG Rn. 181.

⁵⁷ Vgl. *Preis/Deutzmann*, NZA-Beilage 2017, 101, 105: kein Mitbestimmungsrecht bei der bloßen Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts, jedoch bei der Ausübung des Widerrufsrechts.

⁵⁸ Weitere Beispiele bei *HWK-Clemenz*, § 87 BetrVG Rn. 181.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

Betriebstreue belohnen und sich damit die Höhe der Leistung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit bemessen, so könnte der Betriebsrat keine „Null-Gewichtung“ der Betriebszugehörigkeit erreichen.⁵⁹

- 37 Als **Entlohnungsmethoden** sind hingegen die von den Betriebsparteien aufgestellten Regeln zur Umsetzung und Durchführung der zuvor festgelegten Entlohnungsgrundsätze anzusehen. Zu fassen sind hierunter etwa das technische Verfahren sowie die Art und Weise der Ermittlung des eigentlichen Arbeitsentgelts.⁶⁰ Tendenziell werden sich Differenzen zwischen den Betriebsparteien eher um die Festlegung der vorgelagerten Entlohnungsgrundsätze ranken.

b) Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und Einführung von Entlohnungsmethoden

- 38 Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat nach dem Gesetzeswortlaut zu beteiligen, wenn er Entlohnungsgrundsätze im Betrieb aufstellen oder Entlohnungsmethoden einführen möchte.
- 39 Eine **Aufstellung** der Entlohnungsgrundsätze ist immer dann gegeben, wenn diese für den Betrieb erstmalig ausgearbeitet werden sollen. Adressiert ist damit die Grundentscheidung der Betriebsparteien für ein bestimmtes Prinzip/eine bestimmte Entlohnungsregel sowie dessen/deren betriebliche Ausgestaltung im konkreten Fall.⁶¹ Auch soweit das Gesetz von der **Einführung** von Entlohnungsmethoden spricht, meint es letztlich nichts anderes als die erstmalige Festlegung auf eine bestimmte der in Betracht kommenden Methoden sowie die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem diese Methode im Betrieb zur Anwendung kommen soll.⁶²

c) Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden

- 40 Auch die spätere **Änderung** von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden löst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus. Eine solche tatbestandsmäßige Änderung tritt ein, wenn die bisherigen Entlohnungsgrundsätze oder -methoden inhaltlich modifiziert oder durch gänzlich andere Abmachungen abgelöst werden. Die Änderung meint damit den Wechsel von einem Grundsatz zu einem anderen.⁶³ Keine mitbestimmungspflichtige Änderung von Entlohnungsgrundsätzen soll nach dem BAG gegeben sein, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern nach billigem Ermessen festzulegende Sondervergütungen zusagt und

59 Vgl. auch die Beispiele bei MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 37 u. 38.

60 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 101; HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 184.

61 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 181.

62 GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 966; ErfK-Kania, § 87 Rn. 102.

63 Rau, S. 80.

dann in Anwendung von § 315 BGB eine entsprechende Leistungsbestimmung vornimmt.⁶⁴

Das BAG versteht unter einer Änderung auch die **vollständige Aufgabe eines Entlohnungsgrundsatzes**, d.h. die künftige Nichtanwendung desselben, ohne dass an seine Stelle eine abweichende Regelung träte.⁶⁵ Die gänzliche Abschaffung von Entlohnungsgrundsätzen als Änderung anzusehen, erscheint mit einer grammatikalischen Auslegung unvereinbar. Ferner ließe es sich mühelos mit den Grundannahmen der Topftheorie erklären, die gänzliche und ersatzlose Abschaffung von bestimmten Entlohnungsgrundsätzen als nicht tatbestandsmäßig und daher mitbestimmungsfrei anzusehen – schließlich soll dem Arbeitgeber nach der Topftheorie die Einstellung einer zuvor freiwillig eingeführten Leistung mitbestimmungsfrei möglich sein („Ob“). Dass in derartigen Fällen gleichwohl oftmals eine mitbestimmungspflichtige Änderung der Entlohnungsgrundsätze angenommen wird, liegt nicht an dem abgeschafften Grundsatz selbst, sondern an den Auswirkungen dieser Abschaffung auf die verbleibenden Entlohnungsgrundsätze im Betrieb (Stichwort: betriebsverfassungsrechtlich freiwillige Gesamtvergütung).⁶⁶ Die Praxis wird davon auszugehen haben, dass die vollständige Einstellung/Abschaffung eines Entlohnungsgrundsatzes – die zu dessen Nichtanwendung führt – eine tatbestandsmäßige Änderung bedeutet, die in vielen Fällen rechtswirksam nur unter Einbeziehung des Betriebsrats möglich ist.

Konstituiert sich im Betrieb erstmals ein Betriebsrat oder kommt es arbeitgeberseitig zum Wegfall einer bis dato bestehenden Tarifbindung, so dürfte die Abkehr von den bis zu diesem Zeitpunkt im Betrieb angewendeten (einseitigen oder tariflichen) Entgeltregelungen begrifflich nicht als Änderung, sondern als die erstmalige Aufstellung betrieblicher Entlohnungsgrundsätze anzusehen sein.⁶⁷ Wurden Entlohnungsgrundsätze vom Arbeitgeber bereits einseitig eingeführt und wird dann erstmals ein Betriebsrat gebildet, unterliegen die bereits eingeführten Entlohnungsgrundsätze nicht der (nachträglichen) Zustimmung des erst danach gewählten Betriebsrats, sofern die Grundsätze vom Arbeitgeber unverändert beibehalten werden.⁶⁸

64 BAG 23.8.2017, 10 ABR 136/17, NZA 2018, 44; im konkreten Fall ging es um eine jährliche Weihnachtsgratifikation, wobei die Aussagen des BAG ohne Weiteres auf Ermessensboni zu übertragen sein dürften.

65 BAG 14.4.2010, 7 ABR 91/08, NZA-RR 2011, 83.

66 Koschker, S. 165.

67 Koschker, S. 164; a. A. Koch, SR 2017, 19, 20: „Änderung“; so wohl auch BAG 23.8.2017, 10 AZR 136/17, NZA 2018, 44.

68 BAG 23.8.2017, 10 AZR 136/17, NZA 2018, 44; zustimmend Raab, SR 2018, 144, 149; allerdings könnte der neu gewählte Betriebsrat in diesen Fällen von seinem Initiativrecht Gebrauch machen und vom Arbeitgeber die Aufstellung mitbestimmter Entlohnungsgrundsätze fordern, vgl. auch MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 208.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

d) Bedeutung des Geltungsgrundes von Entlohnungsgrundsätzen und -methoden

- 43 Nach dem BAG spielt der **Geltungsgrund** von Entlohnungsgrundsätzen faktisch **keine Rolle**; d. h., warum im Betrieb des Arbeitgebers bestimmte Entlohnungsgrundsätze angewendet werden und welcher Rechtsgrundlage diese entspringen, ist für das BAG unerheblich, solange es nur zu einer rein tatsächlichen Anwendung der Entlohnungsgrundsätze im Betrieb kommt.⁶⁹ An sich ist es in diesem Kontext missverständlich, wenn das BAG von einem Geltungsgrund spricht – denn darauf, ob die Grundsätze gelten und somit vom Arbeitgeber kraft bindender Wirkung einzuhalten sind, kommt es für das BAG gerade nicht an. Der Umstand, dass § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Einführung betrieblicher Entlohnungsgrundsätze der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats unterwirft, verdeutlicht allerdings, dass der Gesetzgeber von der verbindlichen Aufstellung entgeltsrelevanter Verteilungsregelungen auf betrieblicher Ebene gerade durch die Betriebsparteien ausgeht. Daher kann die vom BAG als Sanktion mitbestimmungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers gedachte „Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“ auch nur dort berechtigterweise Platz greifen, wo der Arbeitgeber die zuvor mit dem Betriebsrat ausgearbeiteten betrieblichen Entlohnungsgrundsätze missachtet oder von diesen einseitig abkehrt, ohne das betriebsverfassungsrechtlich vorgegebene Verfahren einzuhalten.
- 44 Auch **einseitig vom Arbeitgeber praktizierte Vergütungsregelungen** können – entgegen der Auffassung des BAG⁷⁰ – keine betrieblichen Entlohnungsgrundsätze im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG darstellen, da sie nicht den zweiseitigen betrieblichen Aufstellungsprozess durchlaufen haben. Vergütungsregelungen, die vom Arbeitgeber autonom erarbeitet und im Betrieb eingeführt wurden, kommt keine Geltung im Sinne der Betriebsverfassung zu – sie werden vom Arbeitgeber schlicht praktiziert. Der Betriebsrat kann demgemäß vom Arbeitgeber auch nicht die weitere Anwendung der von diesem einseitig etablierten Grundsätze verlangen,⁷¹ es sei denn er zwingt den Arbeitgeber ins Mitbestimmungsverfahren und verhandelt mit diesem den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung. Erst die Festschreibung der Entlohnungsgrundsätze im Wege der Betriebsvereinbarung verhilft diesen zu einem Geltungsgrund im Wortsinne. Sowohl der einzelne Arbeitnehmer (vgl. § 77 Abs. 1 BetrVG), als auch die Betriebsparteien im Verhältnis zueinander können dann die Beachtung und Durchführung der vereinbarten Entlohnungsgrundsätze einfordern.

69 BAG 22.6.2010, 1 AZR 853/08, NZA 2010, 1243; BAG 28.2.2006, 1 ABR 4/05, NZA 2006, 1426; BAG 17.5.2011, 1 AZR 797/09, NZA-RR 2011, 644; HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 182.

70 BAG 17.5.2011, 1 AZR 797/09, NZA-RR 2011, 644.

71 Vgl. BAG 18.3.2014, 1 ABR 75/12, NZA 2014, 984.

Davon, dass Entlohnungsgrundsätze im Betrieb gelten, kann insgesamt richtigerweise nur ausgegangen werden, wenn diese auch verbindlich sind. Eine derartige Verbindlichkeit kommt Entlohnungsgrundsätzen in tarifvertraglichen Vergütungssystemen (vgl. § 4 Abs. 1 TVG), oder aber betrieblichen Verteilungsregeln in Betriebsvereinbarungen zu (vgl. § 77 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 BetrVG). Für das BAG kommt es hingegen – wie ausgeführt – nicht darauf an, ob Entlohnungsgrundsätze im Betrieb im vorgeschilderten Sinne gelten und woraus sich eine solche Geltung ergibt. **45**

III. Die mitbestimmungspflichtige Gesamtvergütung des BAG

1. Die Rechtsprechung des BAG zur Zusammenfassung von Vergütungsbestandteilen zu einer einheitlichen Gesamtvergütung

Der Gesetzgeber unterwirft in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Aufstellung oder Änderung von Entlohnungsgrundsätzen der Mitbestimmung. Er nimmt also an, dass es im Betrieb mehrere Entlohnungsgrundsätze gibt bzw. geben kann und verwendet demgemäß den Plural. Das BAG fasst hingegen – vom Grundprinzip her – sämtliche Entlohnungsgrundsätze des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers zu einer betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung zusammen, deren einzelne Bestandteile nicht isoliert, sondern stets nur einheitlich zu betrachten sein sollen.⁷² Das BAG lehnt es ab, einzelne Vergütungsbestandteile wie die Grundvergütung, Zulagen, Jahresleistungen etc. voneinander unabhängig zu beurteilen. Beim tarifgebundenen Arbeitgeber gilt mit Blick auf den übertariflichen Bereich (z. B. bei der Gewährung übertariflicher Zulagen) nichts anderes.⁷³ **46**

Die Überlegungen des BAG zur betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung sind insgesamt nicht überzeugend und damit abzulehnen. Wie erwähnt, spricht zunächst der Gesetzeswortlaut dafür, dass es nicht nur einen Entlohnungsgrundsatz – im Sinne einer einheitlichen Gesamtvergütung – gibt, sondern sich das betriebliche Entgeltsystem aus vielen einzelnen Entlohnungsgrundsätzen zusammensetzt. Anders könnte dies nur beurteilt werden, wenn § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG von der Aufstellung und Änderung der Vergütungsordnung – und nicht von Entlohnungsgrundsätzen – spräche.⁷⁴ Ferner trifft es zwar zu, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einem nicht tarifge- **47**

⁷² BAG 26.8.2008, 1 AZR 354/07, NZA 2008, 1426; BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888; BAG 5.10.2010, 1 ABR 20/09, NZA 2011, 598; BAG 24.1.2017, 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931; anschaulich zur Konzeption einer Gesamtvergütung nach dem BAG auch *Leuchten*, BB 2009, 501, 503; *Salamon*, NZA 2010, 745.

⁷³ Vgl. BAG 10.11.2009, 1 AZR 511/08, NZA 2011, 475; *MAHArbR-Hesse/Tischer*, § 23 Rn. 176

⁷⁴ *Koschker*, S. 170f.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

bundenen Arbeitgeber nicht schon aufgrund des Tarifvorbehalts im Eingangssatz gesperrt ist – hieraus lässt sich aber nicht im Umkehrschluss folgern, dass alle nicht normativ geregelten Vergütungsbestandteile in mitbestimmungsrechtlicher Sicht stets als Einheit zu betrachten wären oder auf ein einheitliches Verhandlungsergebnis der Betriebsparteien zurückgingen. Es ist vielmehr danach zu fragen, ob die Betriebsparteien wirklich eine Gesamtvergütung begründen und so einzelne Vergütungsbestandteile in ein Abhängigkeitsverhältnis zueinander einrücken wollten. Der subjektive Regelungswille der Betriebsparteien sollte folglich darüber entscheiden, ob die vom BAG aufgestellten Grundsätze der Gesamtvergütung Anwendung finden oder nicht. Zur Ermittlung des subjektiven Regelungswillens bietet sich in erster Linie eine Auslegung der getroffenen Vereinbarungen der Betriebsparteien an. Liefert der Wortlaut dieser Vereinbarungen keine Anhaltspunkte mit Blick auf die Gesamtvergütung, so muss die wahre Regelungsabsicht der Betriebsparteien gleichwohl – auf anderem Wege – ermittelt werden. Formale Kriterien (z.B. Verteilung der Leistungen auf mehrere Betriebsvereinbarungen) sind insofern nur wenig aussagekräftig.⁷⁵

- 48 Ungeachtet der vorstehenden Kritik am Konzept der Gesamtvergütung des BAG wird sich die Praxis hierauf einzustellen haben. Sofern demnach nicht eine der nachfolgend geschilderten Ausnahmen bzw. Vermeidungsstrategien greift (s. Rn. 49 ff.), ist beim tarifungebundenen Arbeitgeber grundsätzlich davon auszugehen, dass Veränderungen im Entgeltgefüge der Mitbestimmung des Betriebsrats bedürfen. Gleiches gilt beim tarifgebundenen Arbeitgeber, der den übertariflichen Bereich Veränderungen unterziehen möchte. Demnach ist der Arbeitgeber zwar nach wie vor frei, über das „Ob“ der erstmaligen Einführung einer zusätzlichen freiwilligen Leistung mitbestimmungsfrei zu entscheiden, einschließlich der Festlegung ihres Dotierungsrahmens, des begünstigten Personenkreises sowie ihres Leistungszwecks. Spätere Änderungen an der ursprünglich mitbestimmungsfrei eingeführten Leistung sind jedoch nur noch unter Mitwirkung des Betriebsrats möglich, soweit sie zu strukturellen Verschiebungen und Veränderungen innerhalb des gesamten betrieblichen Entgeltgefüges führen.⁷⁶ Dies gilt für die gänzliche Streichung einer Leistung sowie die Reduktion ihres Dotierungsrahmens, die Neubestimmung des begünstigten Personenkreises oder die „Umwidmung“ des Leistungszwecks.⁷⁷ Ist eine kurzfristige Einigung hierzu mit dem Betriebsrat nicht möglich, muss der Arbeitgeber das Einigungsstellenverfahren einleiten – bis zur Entscheidung der Einigungsstelle wird er die leistungsbezogenen Verteilungsgrundsätze und deren sonstige Parameter weiter unverändert anzuwenden haben. Was die gänzliche Streichung einer Leistung sowie die Reduktion des diesbezüglichen „Entgelttopfes“ anbelangt, wird der

75 Koschker, S. 147 ff.

76 Vgl. Koch, SR 2017, 19, 23; BAG 24.1.2017, 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931.

77 Koschker, S. 114.

Betriebsrat die vom Arbeitgeber getroffene Entscheidung aber nicht revidieren können, auch wenn dieser gegebenenfalls das langwierige und kostenintensive Einigungsstellenverfahren durchführen muss.

2. Vermeidungsstrategien einer Gesamtvergütung

Das BAG hat in seiner jüngeren Rechtsprechung Wege aufgezeigt, das Entstehen einer Gesamtvergütung zu vermeiden bzw. Entgeltleistungen trotz Annahme einer Gesamtvergütung mitbestimmungsfrei zu kürzen oder gar gänzlich einzustellen.⁷⁸ Die Praxis hat diese Lösungswege dankend angenommen und fortentwickelt.⁷⁹

a) *Verhinderung der Gesamtvergütung durch bestimmte Regelungsmethodik auf betrieblicher Ebene*

Dogmatisch wenig überzeugend geht das BAG davon aus, dass der Arbeitgeber die Zusammenballung von Vergütungsbestandteilen zu einer einheitlich zu beurteilenden Gesamtvergütung schon allein dadurch verhindern kann, dass er **einzelne freiwillige Vergütungsbestandteile jeweils in separaten Betriebsvereinbarungen niederlegt** und darin insbesondere nicht auch solche Leistungen behandelt, hinsichtlich derer aufgrund des Tarifvorbehalts des § 87 Abs. 1 BetrVG kein Gestaltungsspielraum der Betriebsparteien besteht.⁸⁰ Damit kommt der formalen Ausgestaltung des betrieblichen Vergütungssystems eine oft entscheidende Bedeutung zu, ungeachtet dessen, dass diese Ausgestaltung auf betrieblicher Ebene oftmals rein zufällig und ohne jegliche Systematik verläuft und häufig undurchsichtig ist.⁸¹ So ist eine vorgefundene Aufteilung betrieblicher Leistungen auf verschiedene/individuelle Betriebsvereinbarungen meist allein darauf zurückzuführen, dass die Leistungen jeweils zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Betrieb erstmalig eingeführt oder zu abweichenden Zeitpunkten abgeändert wurden. Die Betriebsparteien hatten vor der Annahme einer betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung durch das BAG ja auch keinen Anlass, sich darüber Gedanken zu machen, ob gegebenenfalls alle betrieblichen Entgeltleistungen in einer – einheitlichen – Betriebsvereinbarung ausgestaltet werden sollen oder ob es nicht vorzugswürdig wäre, diese auf mehrere Betriebsvereinbarungen zu „splitten“. ⁸²

78 BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, BeckRS 2008, 54090.

79 Hierzu etwa *Bauer/Günther*, DB 2009, 620, 624; *Salamon*, NZA 2011, 549, 551.

80 BAG 5.10.2010, 1 ABR 20/09, NZA 2011, 598; a. A. LAG Köln 13.8.2015, 8 TaBV 4/15, BeckRS 2015, 72913; siehe ferner *MAHArbR-Hesse/Tischer*, § 23 Rn. 178; zur Parallelproblematik bei separaten Tarifverträgen einer Tarifvertragspartei zu unterschiedlichen Regelungsgegenständen *Schaub-Koch*, § 235 Rn. 102.

81 *Lunk/Leder*, NZA 2011, 249, 250.

82 Hierzu ausführlich *Koschker*, S. 151.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

- 51 Für die Praxis ist diese bedeutende Ausnahme von der Gesamtvergütung allerdings zu beachten und von erheblichem Wert, erlaubt sie es doch dem Arbeitgeber (und natürlich auch dem Betriebsrat), einzelne Entgeltbetriebsvereinbarungen separat und ohne den Eintritt einer Nachwirkung (§ 77 Abs. 6 BetrVG) aufzukündigen. Möchte der Arbeitgeber demnach eine separat – d. h. weder mit anderen freiwilligen, noch mit normativ vorgeschriebenen Leistungen gemeinsam – geregelte Entgeltleistung einstellen, so muss er die entsprechende Betriebsvereinbarung gegenüber dem (zuständigen) Betriebsrat kündigen und diesem (oder den bislang begünstigten Arbeitnehmern) darüber hinaus zweifelsfrei zur Kenntnis bringen, dass die Leistung über die Kündigungsfrist hinaus nicht weiter gewährt werde.⁸³ Für das letztgenannte Erfordernis (Mitteilung der Einstellungsabsicht gegenüber dem Betriebsrat bzw. den Arbeitnehmern) gibt es freilich keinerlei Anhaltspunkt im Gesetz; insbesondere sehen die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen zur Kündigung von Betriebsvereinbarungen keine derartige Anforderung vor (vgl. § 77 Abs. 5 BetrVG). Für die Praxis ist es gleichwohl zu empfehlen, die an den Betriebsrat gerichtete Kündigungserklärung der Betriebsvereinbarung mit einer entsprechenden Mitteilung der Einstellungsabsicht zu kombinieren.

52 **Beispiel:**⁸⁴

„Die Geschäftsführung hat angesichts der derzeitigen wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft beschlossen, das in der Betriebsvereinbarung vom [Datum] geregelte Weihnachtsgeld nicht länger an die Belegschaft zu bezahlen. Die Gewährung eines Weihnachtsgeldes durch die Gesellschaft wird damit vollständig und ersatzlos eingestellt. Zu diesem Zweck kündigen wir die Betriebsvereinbarung vom [Datum] unter Einhaltung der darin vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende fristgemäß mit Wirkung zum Ablauf des [Datum], hilfsweise zum nächstzulässigen Termin. Da die Betriebsvereinbarung vom [Datum] aufgrund der fristgemäßen Kündigung des Arbeitgebers ohne Nachwirkung mit Wirkung zum Ablauf des [Datum] und damit während des laufenden Kalenderjahres [einfügen] enden wird, wird an die Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr [einfügen] kein Weihnachtsgeld – auch nicht zeitanteilig – ausbezahlt.“

83 ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 111; Salamon, NZA 2011, 549, 550; vgl. auch MA-HaBr-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 178: Erklärung sowohl gegenüber dem Betriebsrat als auch den betroffenen Arbeitnehmern sinnvoll.

84 Weihnachtsgelder, deren Höhe sich im üblichen Rahmen bewegt (z. B. ein Brutto-Monatsgehalt), sind typischerweise nicht als Gegenleistung für die im Kalenderjahr erbrachte Arbeitsleistung anzusehen. Daher wird es zulässig sein, bei einer nachwirkungslosen Beendigung der Betriebsvereinbarung im laufenden Kalenderjahr gar kein Weihnachtsgeld – also auch nicht zeitanteilig – zu bezahlen. Anders kann dies zu beurteilen sein, wenn die Betriebsvereinbarung für den Fall ihrer unterjährigen Beendigung ausdrücklich einen Teilanspruch vorsieht oder aber Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Leistung zumindest auch die Arbeitsleistung honorieren soll (z. B. dann, wenn die Arbeitnehmer für jeden vollen Monat des Bestands des Arbeitsverhältnisses im Kalenderjahr 1/12 des Gesamtbetrages des Weihnachtsgeldes erhalten sollen).

Arbeitgeber sollten zudem schon bei der erstmaligen Einführung einer zusätzlichen Entgeltleistung in den Verhandlungen mit dem Betriebsrat darauf achten, dass die **Nachwirkung** der hierüber gesondert abzuschließenden Betriebsvereinbarung **explizit ausgeschlossen** wird und sich in der Betriebsvereinbarung auch ein klarstellender **Hinweis** (z. B. in der Präambel) findet, wonach die Entgeltleistung mit den weiteren betrieblichen Vergütungsbestandteilen **keine Gesamtvergütung** begründet.⁸⁵ **53**

b) Vermeidung der Betriebsratsbeteiligung bei Anwendung des „Rasenmäherprinzips“

Das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Entgeltfragen wird unter anderem dann ausgelöst, wenn der Arbeitgeber einen Entlohnungsgrundsatz ändern möchte. Sofern das Verdikt der betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung greift, kann eine mitbestimmungspflichtige Änderung der betrieblichen Entlohnungsgrundsätze auch darin zu sehen sein, dass der Arbeitgeber eine bestimmte Leistung gänzlich einstellt, da sich aufgrund der Streichung dieser Leistung das Entgeltgefüge insgesamt verändert und künftig anders zusammensetzt. Die Literatur hat schon frühzeitig darauf hingewiesen, dass eine tatbestandsmäßige Änderung der Entlohnungsgrundsätze dann ausscheiden müsse, wenn der Arbeitgeber die eigentlichen Verteilungsgrundsätze unangetastet lasse und schlicht die **freiwilligen Leistungen im Betrieb einheitlich und mit Wirkung für alle begünstigten Arbeitnehmer um denselben Prozentsatz kürze** (sogenanntes „Rasenmäherprinzip“).⁸⁶ Da sich in derlei Situationen lediglich das Gesamtbudget der freiwilligen Arbeitgeberleistungen reduziere, es jedoch nicht zu einer Änderung der relativen Abstände zwischen den Arbeitnehmern mit Blick auf die Entgeltstruktur komme, sei kein Raum für ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.⁸⁷ Der Betriebsrat habe sein Mitbestimmungsrecht mit der erstmaligen Aufstellung der Verteilungs-/Entlohnungsgrundsätze „verbraucht“ – diese würden vom Arbeitgeber auch weiterhin geachtet und angewendet, wenn auch mit reduziertem Finanzaufwand. **54**

85 ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 112; Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 340; Schaub-Koch, § 235 Rn. 102; Koch, SR 2017, 19, 25.

86 Bauer/Günther, DB 2009, 620, 624; ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 112.

87 Bauer/Günther, DB 2009, 620, 622.

55

Beispiel:⁸⁸

Eine Betriebsvereinbarung im Betrieb des tarifgebundenen Arbeitgebers sieht eine Sonderzahlung für die Arbeitnehmer bei Heirat i. H. v. EUR 250,00 brutto sowie bei Geburt eines Kindes i. H. v. EUR 350,00 brutto vor; in derselben Betriebsvereinbarung ist ein kalenderjährliches Urlaubsgeld i. H. v. EUR 1.000,00 brutto geregelt; schließlich beinhaltet dieselbe Betriebsvereinbarung ein kalenderjährliches Weihnachtsgeld i. H. v. EUR 2.500,00 brutto.⁸⁹ Beschließt der Arbeitgeber, sämtliche dieser über- bzw. außertariflichen Leistungen mit Wirkung für alle Arbeitnehmer einheitlich um 20 % zu kürzen (= Reduktion des Dotierungsrahmens), so kann er die Betriebsvereinbarung kündigen und nach Ablauf der Kündigungsfrist den jeweils verminderten Leistungsbetrag und den insgesamt reduzierten Entgelttopf ansetzen. Mit Blick auf die betriebsverfassungsrechtlich freiwillige Gesamtvergütung verändern sich die relativen Vergütungsabstände zwischen den einzelnen Arbeitnehmern infolge der Kürzungsentscheidung des Arbeitgebers nicht, genauso wenig wie die Abstände der betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Vergütungsbestandteile zueinander.⁹⁰ Mit Blick auf die in der Betriebsvereinbarung niedergelegten Verteilungsgrundsätze kommt es zwar zu einer Teilnachwirkung; dasselbe gilt aber nicht für den ursprünglichen Entgelttopf/Dotierungsrahmen: Dieser nimmt an der Nachwirkung nicht teil, kann also vom Arbeitgeber mit Ablauf der Kündigungsfrist unmittelbar und mitbestimmungsfrei herabgesetzt werden.⁹¹

- 56 Das Rasenmäherprinzip dürfte grundsätzlich auch aktuell noch, d. h. auch im Lichte der betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung, zu mitbestimmungsfreien Gestaltungsspielräumen für Arbeitgeber führen. Wenn alle betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Arbeitgeberleistungen gleichmäßig abgesenkt werden, kommt es zu keinen Verschiebungen innerhalb des betrieblichen Entgeltgefüges.⁹² Insofern unterscheidet sich die Situation auch von einer Reduzierung oder gänzlichen Streichung nur *einer* freiwilligen Entgeltleis-

88 Anschaulich zum Ganzen auch *Bauer/Günther*, DB 2009, 620, 624; siehe ferner *Lunk/Hildebrand*, ArbRB 2016, 337, 338.

89 Für die Zwecke des Anschauungsbeispiels soll nicht weiter thematisiert werden, inwieweit § 77 Abs. 3 BetrVG dem Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung hinsichtlich der über- bzw. außertariflichen Vergütungsbestandteile rechtlich entgegensteht, weiterführend hierzu etwa *Fitting*, § 87 Rn. 443; *MüArbR-Krause*, § 60 Rn. 63, *ErfK-Kania*, § 77 BetrVG Rn. 50.

90 Anderes dürfte vorliegend wohl für den nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber gelten: dieser erbringt laut BAG auch die Grundvergütung betriebsverfassungsrechtlich „freiwillig“, sodass selbst ein Vorgehen gem. „Rasenmäherprinzip“ nur dann mitbestimmungsfrei wäre, wenn sich die gleichmäßige Kürzung auch auf die jeweilige Grundvergütung bezöge; dies ist jedoch aufgrund der eingegangenen individualrechtlichen Bindungen in aller Regel ausgeschlossen, vgl. auch *Salamon*, NZA 2010, 745, 749; ebenso *Fitting*, § 87 Rn. 453.

91 Vgl. *Salamon*, NZA 2010, 745, 749.

92 Vgl. *ErfK-Kania*, § 77 BetrVG Rn. 112; mit Einschränkungen auch *Koch*, SR 2017, 19, 23.

tung.⁹³ In der Praxis wird die gleichmäßige Absenkung aller betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Vergütungsbestandteile freilich durch die Komplexität der im Betrieb gewachsenen Vergütungssysteme und den Umstand erschwert, dass das BAG im Grundsatz von einer einheitlich zu betrachtenden Gesamtvergütung ausgeht – Letzteres schränkt den Nutzen des „Rasenmäherprinzips“ gerade im Betrieb des nicht-tarifgebundenen Arbeitgebers drastisch ein.⁹⁴ Schließlich entspricht eine gleichmäßige Absenkung sämtlicher Vergütungsbestandteile nicht immer dem Unternehmenswunsch.⁹⁵ Wollen sich Unternehmen hier weitergehende mitbestimmungsfreie Gestaltungsoptionen bewahren, müssen sie im Grunde schon bei der Einführung der freiwilligen Leistung deren etwaige Streichung zu einem späteren Zeitpunkt bedenken und die diesbezügliche Betriebsvereinbarung entsprechend ausgestalten (siehe hierzu Rn. 50 ff.).⁹⁶

IV. Nachwirkung und Fortgeltung von Entlohnungsgrundsätzen aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen

Enden Betriebsvereinbarungen, die entgeltbezogene Regelungen enthalten, aufgrund Zeitablaufs oder Kündigung oder entfällt die bisher bestehende Tarifbindung des Arbeitgebers (z. B. aufgrund eines Verbandsaustritts), so stellen sich für die Praxis wichtige Fragen zu Art und Umfang der Weitergeltung dieser Regelungen sowie den Möglichkeiten, hiervon abweichende Vorgaben im Betrieb umzusetzen. **57**

1. Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen, die Angelegenheiten betreffen, in denen ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann, gelten nach ihrer Beendigung weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Bei den sozialen Angelegenheiten des § 87 BetrVG kommt es ausweislich des Abs. 2 im Nichteinigungsfall zu einem Spruch der Einigungsstelle, sodass sich an die Beendigung entsprechender Betriebsvereinbarungen gem. § 77 Abs. 6 BetrVG die Nachwirkung anschließt. **58**

93 Die aktuell nur zulässig ist, wenn die fragliche Leistung in der Betriebsvereinbarung nicht mit anderen Vergütungsbestandteilen zusammentrifft, die auf eine normative Grundlage zurückgehen (d. h. Gesetz oder Tarifvertrag), vgl. *Koschker*, S. 107.

94 Vgl. *Roloff*, RdA 2014, 228 (247); *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2012, 1194, 1196 f.; *Salamon*, NZA 2010, 745, 749.

95 Hierzu auch *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2012, 1194, 1196 f.

96 In diesem Sinne auch *Bauer/Günther*, DB 2009, 620, 625.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

- 59 Betriebsvereinbarungen, die freiwillige Leistungen (s. zum Begriff Rn. 18) des Arbeitgebers zum Gegenstand haben, sind nach der Rechtsprechung **teilmittbestimmt**. Das bedeutet, dass sie regelmäßig einen mitbestimmungsfreien (den Dotierungsrahmen) und einen mitbestimmungspflichtigen (die Verteilungsgrundsätze) Teil beinhalten, die grundsätzliche Teilbarkeit der Betriebsvereinbarung vorausgesetzt. Möchte der Arbeitgeber demgemäß eine freiwillige Leistung gänzlich einstellen und kündigt er die entsprechende Betriebsvereinbarung fristwährend, schließt sich an die Beendigung der Betriebsvereinbarung vom Grundsatz her keine Nachwirkung an – denn zum einen handelt es sich bei der Festlegung des Dotierungsrahmens (hier: künftig „null“ EUR) um eine mitbestimmungsfreie Arbeitgeberentscheidung, zum anderen besteht bei der gänzlichen Streichung der Leistung auch kein Bedürfnis für eine „Neubeteiligung“ des Betriebsrats, da kein Entgelttopf verbleibt, über dessen Verteilung neu zu entscheiden wäre.⁹⁷ Anderes soll gelten, wenn der Arbeitgeber eine teilmittbestimmte Betriebsvereinbarung nicht mit dem Ziel der gänzlichen Streichung der darin geregelten Leistung kündigt, sondern in der Absicht, den Dotierungsrahmen zu reduzieren und zugleich eine Änderung der Verteilungsgrundsätze herbeizuführen.⁹⁸ In diesem Fall soll es zu einer Nachwirkung der teilmittbestimmten Betriebsvereinbarung kommen, und zwar nicht nur hinsichtlich der darin geregelten Verteilungsgrundsätze, sondern auch mit Blick auf den Dotierungsrahmen selbst. Diese überschießende Wirkung der Nachwirkung – d. h. auch hinsichtlich des „an sich“ mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmens – soll hinzunehmen sein, da die Nachwirkung nur von vorübergehender Dauer sei (d. h. keine Perpetuierung des Dotierungsrahmens) und die fehlende Einigung durch einen Spruch der Einigungsstelle, welche den verringerten Dotierungsrahmen als gegeben hinzunehmen habe, ersetzt werden könne.⁹⁹
- 60 Die vorgeschilderten Grundsätze werden durch die Annahme des BAG, beim nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber bestehe eine betriebsverfassungsrechtlich freiwillige Gesamtvergütung, weiter modifiziert. Demnach kann eine **Nachwirkung auch dann** eintreten, wenn eine **teilmittbestimmte Betriebsvereinbarung** gekündigt wird, die **Bestandteil des ansonsten fortbestehenden betrieblichen**

97 BAG 17.1.1995, 1 ABR 29/94, NZA 1995, 1010; ferner HWK-Gaul, § 77 BetrVG Rn. 46; Schaub-Koch, § 231 Rn. 62; vgl. auch Groeger, ArbRB 2006, 359, 360.

98 Strebt der Arbeitgeber keine Änderung der Verteilungsgrundsätze, sondern lediglich die Reduzierung des Dotierungsrahmens bei unverändertem Verteilungsschlüssel an, gibt es keinerlei Bedürfnis für ein „Wiederaufleben“ des Mitbestimmungsrechts und damit verbunden eine vollständige Nachwirkung der Betriebsvereinbarung (d. h. auch hinsichtlich des Dotierungsrahmens); die Situation ist insofern nicht anders zu beurteilen als bei Anwendung des Rasenmäherprinzips, wobei hier wie dort die Einschränkungen der betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung zu beachten sind.

99 Vgl. ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 109.

Vergütungsgefüges ist. Hiervon betroffen sind typischerweise Arbeitgeber, die keiner Tarifbindung unterliegen, aber auch solche mit Tarifbindung, sofern die zu kündigende Betriebsvereinbarung den übertariflichen Bereich betrifft. Eine Nachwirkung der betreffenden Betriebsvereinbarung ist nach dem BAG nur ausgeschlossen, wenn die darin ausgestaltete Leistung der einzige Bestandteil der Betriebsvereinbarung ist (d.h. kein Zusammentreffen mit weiteren freiwilligen oder normativ geschuldeten Vergütungsbestandteilen) und der Arbeitgeber dem Betriebsrat (oder den bislang begünstigten Arbeitnehmern) unmissverständlich und in nachweisbarer Form mitteilt, dass er die Leistung insgesamt nicht weitergewähren wolle.¹⁰⁰ Die Kündigungserklärung „an sich“ ist insofern nicht ausreichend; wird die „Einstellungsmitteilung“ vom Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat erst nach Ablauf der Frist zur Kündigung der Betriebsvereinbarung erklärt, wirkt die Betriebsvereinbarung bis zum Zugang der Mitteilung beim Betriebsrat vollumfänglich nach.¹⁰¹

2. Nachwirkung und „Fortgeltung“ von tariflichen Entlohnungsgrundsätzen nach Wegfall der Tarifbindung

Endet ein Tarifvertrag durch Zeitablauf oder Kündigung, so gelten seine Rechtsnormen so lange weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden (§ 4 Abs. 5 TVG). Dies gilt uneingeschränkt allerdings nur für bereits bestehende Arbeitsverhältnisse mit ihrerseits tarifgebundenen Arbeitnehmern. Da es sich bei tariflichen Entlohnungsgrundsätzen um keine Betriebsnormen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG handelt, finden diese auf gegenwärtige Arbeitsverhältnisse mit Außenseitern keine Anwendung – folglich kann sich an das Ende des Tarifvertrags für diese Arbeitsverhältnisse auch keine Nachwirkung anschließen. Ein nachwirkender Tarifvertrag gilt darüber hinaus per se nicht für Arbeitsverhältnisse, die überhaupt erst im Nachwirkungszeitraum begründet wurden.¹⁰² **61**

Für von vornherein nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und für im Nachwirkungszeitraum begründete Arbeitsverhältnisse sieht das TVG somit keine Fortgeltung der tariflichen Entlohnungsgrundsätze vor. Gleichwohl geht das BAG davon aus, dass alle Arbeitnehmer – also auch solche, deren Arbeitsverhältnisse erst im Nachwirkungszeitraum eines beendeten Tarifvertrags begründet wurden und solche, die ihrerseits an den bislang geltenden Tarifvertrag persönlich gar nicht gebunden waren (v.a. mangels Gewerkschaftsmitgliedschaft) – eine Vergütung auf der Grundlage des tariflichen Entgeltschemas verlangen können, wenn der Arbeitgeber nach Wegfall seiner Tarifbindung die darin enthaltenen Entloh- **62**

100 HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 182; siehe aber auch das in Rn. 54 ff. dargestellte „Rasenmäherprinzip“.

101 ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 111.

102 Reichold, RdA 2011, 311, 312 ff.; Koschker, S. 174 f.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

nungsgrundsätze nicht unter Einbeziehung des Betriebsrats abgelöst hat.¹⁰³ Das BAG nimmt an, dass die tariflichen Entlohnungsgrundsätze in der Zeit ihrer Geltung gleichzeitig zu den maßgeblichen betrieblichen Entlohnungsgrundsätzen werden, ohne dass es hierfür eines Transformationsaktes durch die Betriebsparteien bedürfte.¹⁰⁴ Wendet der Arbeitgeber nach Wegfall seiner Bindung an das tarifliche Entgeltschema dieses nicht länger an, löst er folglich nach Sicht des BAG einseitig und eigenmächtig die betrieblichen Entlohnungsgrundsätze ab. Die betroffenen Arbeitnehmer können eine Vergütung auf der Grundlage des mitbestimmungswidrig abgelösten tariflichen Entgeltschemas einfordern (näher hierzu unter Rn. 66 ff.).

V. Zuständiges Verhandlungsgremium auf Betriebsratsseite

- 63 Von erheblicher praktischer Relevanz ist in größeren Unternehmen, an welches Verhandlungsgremium sich der Arbeitgeber zum Abschluss entgeltrelevanter Betriebsvereinbarungen überhaupt wenden muss. In Betracht kommen grundsätzlich der jeweilige (lokale) Einzelbetriebsrat, ein etwaiger Gesamtbetriebsrat sowie – bei unternehmensübergreifenden Sachverhalten – gar der Konzernbetriebsrat.
- 64 Vom Grundsatz her ist der **örtliche Einzelbetriebsrat** der primäre Ansprech- und Verhandlungspartner des Arbeitgebers.¹⁰⁵ Die Zuständigkeit liegt aber dann originär beim Gesamtbetriebsrat (§ 50 Abs. 1 BetrVG), wenn der Arbeitgeber nur zur **unternehmenseinheitlichen** Gewährung einer neu einzuführenden, betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Leistung bereit ist.¹⁰⁶ Da der Arbeitgeber über das „Ob“ der Einführung der freiwilligen Leistung mitbestimmungsfrei entscheiden kann, steht es ihm auch frei, die betriebsübergreifende Ausgestaltung der Leistung zur Vorbedingung ihrer Gewährung zu erklären und somit die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zu begründen.¹⁰⁷ Generell ist eine originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gegeben, wenn eine unternehmenseinheitliche Regelung aus technischen oder rechtlichen Gründen zwingend ist und die örtlichen Betriebsräte daher nicht in der Lage sind, die Angelegenheit selbst zu regeln. Der bloße Wunsch nach einer unternehmenseinheitlichen Regelung oder deren Zweckmäßigkeit genügen zur Zuständigkeitsbegründung allerdings

103 BAG 11.1.2011, 1 AZR 310/09, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 137; BAG 14.4.2010, 7 ABR 91/08, NZA-RR 2011, 83; BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888.

104 BAG 14.4.2010, 7 ABR 91/08, NZA-RR 2011, 83; kritisch zu dieser „Metamorphose“ etwa Raab, SR 2018, 144, 148.

105 Koch, SR 2017, 19 (28).

106 MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 214; Koch, SR 2017, 19 (29).

107 Vgl. Lunk/Leder, NZA 2011, 249, 251; Koch, SR 2017, 19 (30).

nicht.¹⁰⁸ Neben der originären Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats besteht die Möglichkeit, dass die örtlichen Betriebsräte den Gesamtbetriebsrat mit der Verhandlungsführung und dem Abschluss einer unternehmensweiten Gesamtbetriebsvereinbarung beauftragen (Zuständigkeit kraft Delegation, vgl. § 50 Abs. 2 BetrVG).¹⁰⁹

Entsprechende Grundsätze gelten, wenn die Konzernführung nur zu einer **konzerneinheitlichen** Regelung bereit ist (etwa bei der unternehmensübergreifenden Ausgestaltung der betrieblichen Altersversorgung), was zur originären Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats führt. Im Übrigen wird eine originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats – welche die zwingende Notwendigkeit einer konzerneinheitlichen Regelung voraussetzt – aber eher die Ausnahme sein.¹¹⁰ **65**

VI. Folgen bei Nichtbeachtung und Sicherung des Mitbestimmungsrechts

Die Nichtbeachtung des zwingenden Mitbestimmungsrechts bei der Entgeltgestaltung kann für den Arbeitgeber weitreichende Folgen haben. Nach dem BAG sind Maßnahmen des Arbeitgebers in Entgeltangelegenheiten, die der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen, auch mit Wirkung gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern (individualrechtlich) unwirksam, sofern der Arbeitgeber diese ohne vorherige Einbeziehung des Betriebsrats vollzieht (sog. **Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung**).¹¹¹ Hieraus folgt beispielsweise, dass eine vom Arbeitgeber mitbestimmungswidrig vorgenommene Änderung der betrieblich vereinbarten Entlohnungsgrundsätze auf die betroffenen Arbeitnehmer ohne Wirkung bleibt; diese können diejenige Vergütung verlangen, die aus den vom Betriebsrat zuletzt mitbestimmten Entlohnungsgrundsätzen folgt.¹¹² Darüber hinaus bewertet es das BAG aber auch als Mitbestimmungsverstoß, wenn der Arbeitgeber die bislang von ihm einseitig praktizierten Entlohnungsgrundsätze oder tariflichen Entlohnungsgrundsätze nach Wegfall der Tarifbindung abändert, ohne zuvor den Betriebsrat zu beteiligen (s. hierzu Rn. 62). **66**

¹⁰⁸ Lunk/Leder, NZA 2011, 249, 251.

¹⁰⁹ Zum Instrument der Delegation an den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat gerade in Zweifelsfällen Lunk/Hildebrand, ArbRB 2016, 337, 340.

¹¹⁰ Vgl. MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 215.

¹¹¹ ErFK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 136; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 219.

¹¹² BAG 15.4.2008, 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 219; dem Arbeitnehmer muss allerdings ohne die mitbestimmungswidrige Maßnahme ein Anspruch auf die Leistung zustehen – neue Ansprüche, die ohne den Mitbestimmungsverstoß nicht bestanden hätten, kann die Verletzung des Mitbestimmungsrechts also nicht hervorbringen, vgl. Raab, SR 2018, 144, 150.

Kap. 15 Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung

- 67 Die Unwirksamkeitsfolge der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist allenfalls dort berechtigt, wo der Arbeitgeber mitbestimmungswidrig von einer zuvor mit dem Betriebsrat abgestimmten Vergütungsordnung einseitig abkehrt, ohne das hierfür nötige betriebsverfassungsrechtliche Verfahren zu durchlaufen. Diese Situation ist nicht vergleichbar mit der arbeitgeberseitigen Abkehr von einseitigen Entlohnungsgrundsätzen oder solchen, die aus einer bislang bindend anzuwendenden tariflichen Vergütungsordnung hervorgehen. In den beiden vorgeschilderten Szenarien hat es der Betriebsrat jederzeit bzw. ab Wegfall der Tarifbindung in der Hand, den Abschluss einer Betriebsvereinbarung einzufordern und den Arbeitgeber somit zur Festschreibung mitbestimmter betrieblicher Entlohnungsgrundsätze zu zwingen.¹¹³ Tut der Betriebsrat dies nicht, besteht kein Grund, den Arbeitgeber hierfür zu sanktionieren – denn dieser hat sich nicht willentlich und eigenmächtig über ein zuvor mit dem Betriebsrat abgestimmtes Entgeltsystem hinweggesetzt.
- 68 Der Betriebsrat kann ferner die einseitige Einführung neuer betrieblicher Entlohnungsgrundsätze durch den Arbeitgeber mit dem von der Rechtsprechung anerkannten **allgemeinen Unterlassungsanspruch** auf dem Gebiet der sozialen Angelegenheiten unterbinden.¹¹⁴ Auch die vorübergehende Nichtanwendung der mitbestimmungswidrig eingeführten Entlohnungsgrundsätze kann der Betriebsrat gestützt auf den Unterlassungsanspruch fordern und gerichtlich durchsetzen. Schließlich kommt – wenn sich die Missachtung des Mitbestimmungsverfahrens durch den Arbeitgeber als ein grober Verstoß gegen seine Pflichten darstellt – der sanktionsbewehrte Unterlassungsanspruch des Betriebsrats nach § 23 Abs. 3 BetrVG in Betracht.

VII. Entgeltfindung bei AT-Angestellten

- 69 Das Entgeltsystem der AT-Angestellten, also denjenigen Arbeitnehmern, die vom persönlichen Geltungsbereich des auf den Betrieb einschlägigen und anwendbaren Tarifvertrages nicht erfasst werden, **unterliegt (mit Ausnahme der absoluten Entgelthöhe) vollumfänglich der Mitbestimmung** des Betriebsrats, da sich bei dieser Arbeitnehmergruppe aus dem Tarifvorbehalt des Einleitungssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG keine Einschränkungen ergeben.¹¹⁵ Eine Mitbestimmung durch den Betriebsrat scheidet aber hinsichtlich solcher AT-Angestellter aus, die zugleich leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG sind. Mit Blick auf die leitenden Angestellten kommt dem Betriebsrat keine Rege-

¹¹³ Vgl. Koschker, S. 174.

¹¹⁴ MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 218; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 138.

¹¹⁵ HWK-Clemenz, § 87 BetrVG Rn. 199; MAHArbR-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 33.

lungszuständigkeit zu.¹¹⁶ Die Entlohnungsgrundsätze, die hinsichtlich der AT-Angestellten zwischen den Betriebsparteien vereinbart werden können, unterscheiden sich nicht von denjenigen für die weiteren vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

116 Ist ein Sprecherausschuss gebildet, hat dieser gem. § 30 SprAuG hinsichtlich der Gehaltsgestaltung der leitenden Angestellten ein Unterrichts- und Beratungsrecht.

Kapitel 16

Entgelt und Datenschutz

Schrifttum: *Bachner/Rupp*, Die originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats bei der Einführung technischer Einrichtungen, NZA 2016, 207; *Beckschulze/Fackeldey*, Systematischer Aufbau von Betriebsvereinbarungen zum Schutze von Beschäftigtendaten, RDV 2013, 109; *Biemann/Englmaier/Sliwka/Weller*, People Analytics – Personaldaten als Erfolgsfaktor, PERSONALquarterly 3/17, S. 3; *Bissels/Mayer-Michaelis/Schiller*, Arbeiten 4.0: Big Data-Analysen im Personalbereich, DB 2016, 3042; *Böker/Demuth*, IKT-Rahmenvereinbarungen, 2. Aufl. 2013; *Culik/Döpke*, Zweckbindungsgrundsatz gegen unkontrollierten Einsatz von Big Data-Anwendungen, ZD 2017, 226; *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017; *Dzida*, Big Data und Arbeitsrecht, NZA 2017, 541; *Filip*, Binding Corporate Rules (BCR) aus der Sicht einer Datenschutzaufsichtsbehörde – Praxiserfahrungen mit der europaweiten Anerkennung von BCR, ZD 2013, 51; *Fischer/Trittin*, Datenschutz und Mitbestimmung – Konzernweite Personaldatenverarbeitung und die Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretung, NZA 2009, 343; *Franck*, Das System der Betroffenenrechte nach der DS-GVO, RDV 2016, 111; *Gebhardt/Umnuß*, Anonymisierung als Weg aus der Mitbestimmung bei elektronischer Datenverarbeitung gemäß § 87 I Nr. 6 BetrVG?, NZA 1995, 103; *Gola*, Der „neue“ Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG n.F., BB 2017, 1462; *ders.*, DS-GVO, Kommentar, 2. Aufl. 2018; *Gola/Schomerus*, BDSG, Kommentar, 12. Aufl. 2015; *Gola/Pötters/Wronka*, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz, 7. Aufl. 2016; *Göpfert/Meyer*, Datenschutz bei Unternehmenskauf: Due Diligence und Betriebsübergang, NZA 2011, 486; *Grau*, Der Umgang mit Beschäftigtendaten bei Betriebsübernahmen und Unternehmenskäufen nach der DS-GVO, FS Willemsen, 2018, S. 147 ff.; *Grimm/Böker*, Die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Due Diligence, NZA 2002, 193; *Härtling*, Auftragsverarbeitung nach der DSGVO, ITRB, 2016, 137; *Hartung/Büttgen*, Die Auftragsverarbeitung nach der DS-GVO, DuD 2017, 549; *Hofmann/Johannes*, DS-GVO: Anleitung zur autonomen Auslegung des Personenbezugs, ZD 2017, 221; *von Holleben/Knaut*, Die Zukunft der Auftragsverarbeitung – Privilegierung, Haftung, Sanktionen und Datenübermittlung mit Auslandsbezug unter der DSGVO, CR 2017, 299; *Holthaus/Park/Stock-Homburg*, People Analytics und Datenschutz – Ein Widerspruch?, DuD 2015, 676; *Jacobi/Jantz*, Löschpflichten nach der EU-Datenschutzgrundverordnung – Was Arbeitgeber jetzt bereits tun müssen, ArbRB 2017, 22; *Klösel/Mahnhold*, Die Zukunft der datenschutzrechtlichen Betriebsvereinbarung, NZA 2017, 1428; *Koós/Englisch*, Eine „neue“ Auftragsdatenverarbeitung? – Gegenüberstellung der aktuellen Rechtslage und der DS-GVO in der Fassung des LIBE-Entwurfs, ZD 2014, 276; *Kort*, Anspruch des Betriebsrats auf Online-Zugriff auf Datenverarbeitungsverfahren des Arbeitgebers?, NZA 2010, 1038; *ders.*, Die Stellung des Betriebsrats im System des Beschäftigtendatenschutzes, RDV 2012, 8; *ders.*, Arbeitnehmerdatenschutz gemäß der EU-Datenschutz-Grundverordnung, DB 2016, 771; *ders.*, Der Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG-neu, ZD 2017, 319; *Krohne*, Der Schutz personenbezogener Daten im Zuge von Unternehmenstransaktionen, 2012; *Kühling*, Neues Bundesdatenschutzgesetz – Anpassungsbedarf bei Unternehmen, NJW 2017, 1985; *Kühling/Buchner*, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018; *Kunze*, Das Engagement der Mitarbeitenden richtig messen und fördern, PERSONALquarterly 1/19, S. 46; *Lohaus/Müller/Wallemann/Graumann*, Talent Analytics – Optimierung des Beitrags von HRM zum Unternehmenserfolg, PERSONALquarterly 4/17, S. 34; *Maschmann*, Da-

Kap. 16 Entgelt und Datenschutz

tenschutzgrundverordnung: Quo vadis Beschäftigtendatenschutz?, DB 2016, 2488; *Maschmann/Fritz*, Matrix-Organisationen. Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Datenschutz, 2019; *Monreal*, „Der für die Verarbeitung Verantwortliche“, ZD 2014, 611; *Müthlein*, ADV 5.0 – Neugestaltung der Auftragsdatenverarbeitung in Deutschland, RDV 2016, 74; *Niklas/Thurn*, Arbeitswelt 4.0 – Big Data im Betrieb, BB 2017, 1589; *Nink/Müller*, Beschäftigtendaten im Konzern – Wie die Mutter so die Tochter? – Arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte einer zentralen Personalverwaltung, ZD 2012, 505; *Paal/Pauly*, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018; *Plath* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018; *Ringel/von Busekist*, Konzernrevision und Datenschutz, CCZ 2017, 31; *Roßnagel/Kroschwald*, Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung? – Die Entschließung des Europäischen Parlaments über ein Verhandlungsdokument, ZD 2014, 495; *Ruppmann*, Der konzerninterne Austausch personenbezogener Daten, 2000; *Sander/Schumacher/Kühne*, Weitergabe von Arbeitnehmerdaten in Unternehmenstransaktionen, ZD 2017, 105; *Schaffland/Holthaus*, DS-GVO, 2018; *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017; *Schmidl*, Datenschutzrechtliche Anforderungen an inner-europäische Personaldatenübermittlungen in Matrixorganisationen, DuD 2009, 364; *Schmidt*, EStG, Kommentar, 37. Aufl. 2018; *Schröder/von Alten/Weinhold*, Stolpersteine der DSGVO für multinationale Unternehmen, ZD 2018, 746; *S. Seifert*, Der Beschäftigtendatenschutz im transnationalen Konzern, Diss. Jena 2013; *Simitis* (Hrsg.), BDSG, Kommentar, 8. Aufl. 2014; *Sydow* (Hrsg.), DS-GVO. Kommentar, 2. Aufl. 2018; *Traut*, Maßgeschneiderte Lösungen durch Kollektivvereinbarungen? Möglichkeiten und Risiken des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO, RDV 2016, 312; *Voigt*, Konzerninterner Datentransfer, CR 2017, 428; *Wisskirchen/Schiller/Schwindling*, Die Digitalisierung – eine technische Herausforderung für das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, BB 2017, 2105; *Wurzberger*, Anforderungen an Betriebsvereinbarungen nach der DSGVO, ZD 2017, 258; *Wybitul*, Was ändert sich mit dem neuen EU-Datenschutzrecht für Arbeitgeber und Betriebsräte?, ZD 2016, 203; *ders.*, EU-Datenschutz-Grundverordnung in der Praxis – Was ändert sich durch das neue Datenschutzrecht?, BB 2016, 1077; *ders.*, Der neue Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG und Art. 88 DSGVO, NZA 2017, 413; *Wybitul/Fladung*, EU-Datenschutz-Grundverordnung – Überblick und arbeitsrechtliche Betrachtung des Entwurfs, BB 2012, 509, 515; *Wybitul/Pötters*, Der neue Datenschutz am Arbeitsplatz, RDV 2016, 10; *Wybitul/Sörup/Pötters*, Betriebsvereinbarungen und § 32 BDSG: Wie geht es nach der DS-GVO weiter? – Handlungsempfehlungen für Unternehmen und Betriebsräte, ZD 2015, 559.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Allgemeines	3	d) Kollektivvereinbarungen	
1. Überblick	3	nach Maßgabe von § 26	
2. Geltungsbereich des Datenschutzes	4	Abs. 4 i. V. m. Art. 88 Abs. 2	
3. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung	5	DS-GVO.	6
a) Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage.	5	e) Generalklausel des Art. 6	
b) Einwilligung	5	Abs. 1 lit. f DS-GVO	6
c) Generalklausel des § 26		II. Zulässigkeit von Datenverarbeitungen mit Entgeltrelevanz.	7
Abs. 1 BDSG i. V. m. Art. 88		1. Personalstammdatenbank.	7
Abs. 1 DS-GVO.	6	a) Grundsätze.	7
		b) Sensible Daten.	7

c) Ausgeschiedene Beschäftigte	8	7. Big Data Auswertungen („People Analytics“)	22
2. Abrechnung	9	a) Begriff und Bedeutung ...	22
a) Interne Abrechnung	9	b) Datenschutzrechtliche Beurteilung	23
b) Externe Abrechnung	11	III. Betriebliche Mitbestimmung ...	25
c) Abrechnung durch konzern-eigene Shared Service Center	12	1. Beteiligungsrechte	25
d) Abrechnung im Ausland ..	13	a) Sinn und Zweck	25
3. Zugriff auf elektronische Abrechnungsdokumente	16	b) Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	25
4. Elektronische Meldeverfahren im Rahmen der Entgeltabrechnung	17	c) Überwachungsrecht des Betriebsrats	26
a) Lohnsteuer	17	2. Zuständiges Gremium	27
b) Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen	18	3. Regelung durch Betriebsvereinbarung	29
5. Übermittlung personenbezogener Entgeltdaten an Belegschaftsvertretungen	18	a) Bedeutung und Grenzen ..	29
6. Übermittlung personenbezogener Entgeltdaten bei Unternehmensverkäufen	19	b) Systematischer Aufbau ...	29
a) Problem	19	IV. Weitere Pflichten des Verantwortlichen	30
b) Due Dilligence	20	1. Wer ist Verantwortlicher? ...	30
c) Vollzug der Unternehmenstransaktion	21	2. Zweckbindung	31
d) Transparenzgebot	22	3. Verantwortlichkeitsgrundsatz	31
		4. Transparenz	32
		V. Rechte des Betroffenen	33
		1. Primäransprüche	33
		2. Sekundäransprüche	34

I. Allgemeines

1. Überblick

Personenbezogene Daten, die für das Entgelt relevant sind, gehören zu den wichtigsten Informationen im Personalbereich. Sie werden nicht nur für die **Abrechnung** benötigt, sondern stellen auch die **Grundlage für monetäre Anreizsysteme** dar. Darüber hinaus müssen **Kerndaten** auf elektronischem Wege an Finanzämter und Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag **übermittelt werden**. Außerdem sind den Beschäftigten **Entgeltabrechnungen** und **Lohnsteuerbescheinigungen** mit detaillierten Informationen ihrer Vergütungsbestandteile und Abzüge zu erstellen. Bei **Unternehmenstransaktionen** haben potenzielle Erwerber großes Interesse an den Entgeltdaten der zu übernehmenden Mitarbeiter, weil sich daraus die künftigen Personalkosten ergeben. Zu **Controllingzwecken** werden Entgeltdaten von Revisionsabteilungen geprüft, **Complianceabteilungen** überwachen Entgeltbewegungen auf Rechtmäßigkeit und Transparenz. **Big-Data-Analysen**, die sich auf das Entgelt beziehen, machen

bislang unentdeckte Verhaltensmuster sichtbar, um Anreizsysteme stärker evidenzbasiert auszugestalten. Für den sicheren Umgang mit diesen Informationen sorgt das Datenschutzrecht, bei dessen Missachtung **Bußgelder in Millionenhöhe** drohen. In mitbestimmten Betrieben wird es durch die Beteiligungsrechte der Belegschaftsvertretungen auch verfahrensmäßig abgesichert. Vor diesem Hintergrund skizziert der folgende Beitrag den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts (s. Rn. 2–4), geht auf die notwendigen Verarbeitungsgrundlagen ein (s. Rn. 6–10) und gibt einen Überblick über weitere Verhaltenspflichten des Verantwortlichen (s. Rn. 62–73). Im Mittelpunkt steht die datenschutzrechtliche Zulässigkeit praktisch besonders relevanter Verarbeitungen von Beschäftigten-daten mit Entgeltrelevanz (s. Rn. 11–50). Die Darstellung wird abgerundet durch eine Übersicht über die Beteiligungsrechte der Belegschaftsvertretungen (s. Rn. 51–58) und gibt Hinweise für die Gestaltung von Betriebsvereinbarungen in diesem Bereich (s. Rn. 59–61).

2. Geltungsbereich des Datenschutzrechts

- 2 Die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung, Übermittlung und Nutzung personenbezogener Daten von Beschäftigten richtet sich seit dem 25.5.2018 nach der **Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)** der Europäischen Union.¹ und dem durch das „Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU“ (DS-AnpUG-EU)² vollständig neu gefasste **Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)**, das allerdings nur für Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen des Bundes i. S. d. § 2 Abs. 1 BDSG sowie für nicht öffentliche Stellen, d. h. für natürliche Personen sowie für juristische Personen und Personenvereinigungen des privaten Rechts (§ 2 Abs. 4 BDSG) gilt, wenn diese Daten automatisiert i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG verarbeiten. Dazu genügt es, wenn die **personenbezogene Daten im Rahmen der Tätigkeit einer inländischen Niederlassung** des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters verarbeitet werden (Art. 3 Abs. 1, 2 DS-GVO, § 1 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BDSG).³ Der Ort, an dem das tatsächlich geschieht, ist unerheblich. Ob sich das Rechenzentrum, das das Entgelt elektronisch abrechnet, in Deutschland, Tschechien oder den USA befindet, spielt deshalb keine Rolle. Für den **Begriff der Niederlassung** bestimmt EG 22 DS-GVO gewisse Mindestanforderungen. Danach muss es sich bei einer Niederlassung um eine „**feste Einrichtung**“ (engl. „stable arrangement“) handeln, von der aus eine **Tätigkeit „effektiv und tatsächlich“** ausgeübt wird. Ob eine solche

1 Verordnung [EU] 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L EU 119 vom 4.5.2016, S. 1.

2 V. 30.6.2017, BGBl. I S. 2097.

3 Ausf. *Schröder/von Alten/Weinhold*, ZD 2018, 746.

„feste Einrichtung“ vorliegt, ist anhand der tatsächlichen Umstände zu ermitteln. Auf die Rechtsform kommt es ausweislich EG 22 DS-GVO ebenso wenig an, wie auf den Umstand, ob die Einrichtung eine Zweigstelle oder eine Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit darstellt. Erforderlich ist vielmehr ein Zusammenwirken von persönlichen und sachlichen Mitteln, das für die Durchführung der Tätigkeit der Einrichtung erforderlich ist, sowie ein gewisser Grad an Beständigkeit. Niederlassungen können daher auch interne Abteilungen wie die Buchhaltung oder Rechenzentren sein.⁴

Der Begriff „**personenbezogene Daten**“ ist in **Art. 4 Nr. 1 DS-GVO legaldefiniert**. Darunter sind alle Informationen zu verstehen, die sich auf eine „identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen“. Identifizierbar ist eine natürliche Personen, die direkt oder indirekt aufgrund gewisser Merkmale bestimmt werden kann insbesondere „mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten oder zu einer Online-Kennung“.

Beispiele für personenbezogene Daten mit Entgeltrelevanz: neben den Stammdaten (s. Rn. 10), und den elektronisch abgerufenen Lohnsteuerabzugsmerkmalen (s. Rn. 36), die Art und Höhe des gezahlten Arbeitslohns samt Zulagen und Zuschlägen, die einbehaltene Lohnsteuer, den Solidaritätszuschlag und die Kirchensteuer, das Kurzarbeitergeld, den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach dem Mutterschutzgesetz, Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- Arbeitslosen- und Unfallversicherung, Informationen über die Arbeitsleistung bei Leistungslöhnen und Zielvereinbarungen.

Der Begriff „**Verarbeitung**“ ist in **Art. 4 Nr. 2 DS-GVO** geregelt. Das Unionsrecht versteht darunter „jeden Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten“, wie etwa „das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“. Während die DS-GVO nur für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung findet (Art. 2 Abs. 1 DS-GVO), geht das **deutsche Beschäftigendatenschutzrecht** des § 26 BDSG – schon wie bisher – darüber hinaus. Es gilt gemäß § 26 Abs. 7 BDSG selbst dann, wenn **personenbezogene Daten nicht automatisiert verarbeitet werden**⁵ wie z.B. bei persönlichen Befragungen von Bewerbern und Beschäftigten.

4 Kühling/Buchner-Klar, Art. 3 DS-GVO Rn. 43.

5 Ebenso Kort, ZD 2017, 319, 323; Wybitul, NZA 2017, 413, 418.

3. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung

a) Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage

- 6 Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist nur dann zulässig, wenn dies ausdrücklich gestattet ist. Art. 6 Abs. 1 DS-GVO enthält insoweit ein **„Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“**. Rechtmäßig ist die Verarbeitung nur dann, wenn sie von einer **Erlaubnisnorm** gedeckt ist. Als Verarbeitungsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO kommen in Betracht:
- die Einwilligung des Betroffenen (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DS-GVO)
 - die Generalklausel des § 26 Abs. 1 BDSG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO
 - Kollektivvereinbarungen nach Maßgabe von § 26 Abs. 4 i.V.m. Art. 88 Abs. 2 DS-GVO
 - die Generalklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO.

b) Einwilligung

- 7 Sie **scheidet aus praktischen Erwägungen regelmäßig aus**.⁶ Zum einen dürfte es wegen der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumeist an der für die Einwilligung erforderlichen **Freiwilligkeit** ihrer Erteilung (vgl. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO) scheitern. Zum anderen kann sie **nicht** in „Bausch und Bogen“ **als Generaleinwilligung** für jede wie auch immer geartete Übermittlung erklärt werden, sondern nur für den Einzelfall nach entsprechender Information über den jeweiligen Verarbeitungszweck. Schließlich kommt sie auch deshalb als Verarbeitungsgrundlage kaum in Betracht, weil sie der Betroffene **jederzeit widerrufen** kann (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO). Anders mag es liegen, wenn mit der Datenverarbeitung lediglich Vorteile für den Mitarbeiter verbunden sind, wie z. B. die Gewährung von Stock Options im Rahmen von Bonusprogrammen. Doch selbst dann muss für den Betroffenen transparent sein, an wen die Daten zu welchem Zweck übermittelt werden. Freiwilligkeit kann auch bestehen, wenn der Mitarbeiter bei elektronischen „Self-Service-Portalen“ der Personalabteilung selbst entscheiden kann, welche Daten er in das System eingeben möchte.

6 So bereits zum alten Recht zutreffend *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 452; *Nink/Müller*, ZD 2012, 505, 507; *Schmidl*, DuD 2009, 365, 367; *Simitis-Simitis*, § 2 BDSG Rn. 159.

c) Generalklausel des § 26 Abs. 1 BDSG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO

Auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 BDSG lässt sich die **Verarbeitung** von Beschäftigtendaten⁷ stützen, wenn sie der Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses dient oder danach für dessen Durchführung bzw. Beendigung **erforderlich** ist oder der Verantwortliche damit seine Pflichten gegenüber der Belegschaftsvertretung erfüllen will. Beispiele hierfür sind die Erstellung der Entgeltabrechnung (s. Rn. 17), die Zugänglichmachung der Abrechnung auf elektronischem Wege (s. Rn. 33) und die Weiterleitung von Entgeltdaten nach einer Unternehmenstransaktion (s. Rn. 41). 8

d) Kollektivvereinbarungen nach Maßgabe von § 26 Abs. 4 i.V.m. Art. 88 Abs. 2 DS-GVO

§ 26 Abs. 4 BDSG gestattet die Verarbeitung von Beschäftigtendaten auch auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen (**Betriebs-, Sprecher- und Dienstvereinbarungen**).⁸ Allerdings sind die Parteien solcher Vereinbarungen an die Direktiven des Art. 88 Abs. 2 DS-GVO gebunden. Darauf weist § 26 Abs. 4 S. 2 BDSG ausdrücklich hin. Notwendig sind danach „angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde sowie der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die **Transparenz** der Verarbeitung. Auch die kraft Kollektivvereinbarung zugelassenen **Verarbeitungen müssen erforderlich** sein. Außerdem ist den schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten hinreichend Rechnung zu tragen. Das ist in jedem Einzelfall zu überprüfen.⁹ Eine **Absenkung des Schutzniveaus** unter den Standard der DS-GVO wäre **unzulässig**.¹⁰ Zu Einzelheiten s. Rn. 58 ff. 9

e) Generalklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO

Scheidet § 26 Abs. 1 BDSG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO als Verarbeitungsgrundlage aus, weil die Datenübermittlung nicht vorrangig aus Gründen des Beschäftigungsverhältnisses geschieht, kommt Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO als Befugnissnorm in Betracht. Beispiele sind Übermittlung von Beschäftigtendaten im Rahmen von „**Due-Diligence-Prüfungen**“¹¹ beim **Kauf von Betrieben** oder 10

⁷ Entsprechendes gilt wegen des weiten Begriffs der „Offenlegung durch Übermittlung“ auch für die Weiterleitung an andere Betriebe und Betriebsteile sowie an die dort Beschäftigten und deren Belegschaftsvertretungen.

⁸ *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 453; *Fischer/Trittin*, NZA 2009, 343, 344; *Gola/Pötters/Wronka*, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 947 f.; *Schmidl*, DuD 2009, 364, 369; *Simitis-Simitis*, § 2 BDSG Rn. 160; angedeutet auch von BAG 20.12.1995, 7 ABR 8/95, DB 1996, 1985.

⁹ *Gola/Pötters/Wronka*, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 950 f.

¹⁰ *Klösel/Mahnhold*, NZA 2017, 1428, 1430; *Wybitul*, ZD 2016, 203, 208.

¹¹ *Grau*, FS Willemsen, 2018, S. 147, 149.

Unternehmen (s. Rn. 42), für **Big Data Analysen** (s. Rn. 47 ff.) oder für die Konzernrevision.¹² Zu prüfen ist dann, ob berechnigte Interessen des verantwortlichen Arbeitgebers oder eines Dritten eine Verarbeitung rechtfertigen. Notwendig ist ferner eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die nicht überwiegen dürfen.

II. Zulässigkeit von Datenverarbeitungen mit Entgeltrelevanz

1. Personalstammdatenbank

a) Grundsätze

- 11 Für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses benötigt der Arbeitgeber gewisse Stammdaten. Dazu gehören neben Angaben zur Identifizierung des Arbeitnehmers (Name, Wohnsitz, Personalnummer) auch weitere Informationen, wie etwa Alter, Geschlecht, Familienstand, Schule, Ausbildung in Lehr- und anderen Berufen, Fachschulausbildung/Fachrichtung/Abschluss, Sprachkenntnisse.¹³ In deren anlassloser Verwahrung liegt dann **keine unzulässige Vorratsdatenspeicherung**, wenn sie für ständig wiederkehrende Aufgaben bereitgehalten werden und bei einer Güterabwägung das Interesse des Arbeitgebers an der mit dem Einsatz von DV-Anlagen bezweckten Verwaltungsvereinfachung das Lösungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt.¹⁴ Das ist für den jeweiligen Verarbeitungszweck am Maßstab der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen. Entscheidend ist dabei zum einen, ob sich das Arbeitsverhältnis auch ohne die Speicherung der Personaldaten genauso leicht und einfach durchführen ließe, zum anderen, wie sehr die Speicherung die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers beeinträchtigt. Bei **Daten, die für die Erstellung der Entgeltabrechnung** (s. Rn. 17 ff. und Kap. ■) benötigt werden, ist eine **dauerhafte Speicherung** schon deshalb **notwendig**, weil diese Abrechnungen permanent, im Regelfall monatlich, zu erstellen sind. Entsprechendes gilt für die Meldungen zur Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen (s. Rn. 36 ff.) Selbst wo bestimmte Entgeltbestandteile (Boni, Gratifikationen) nur jährlich oder nach noch längeren Zeiträumen gewährt werden, ist eine dauerhafte Speicherung erforderlich, weil nur so der Arbeitgeber seinen Zahlungspflichten gewissenhaft nachkommen kann. Außerdem ist eine Zugriffs- und Weitergabekontrolle notwendig (s. Rn. 34 f.).

¹² Dazu ausf. Ringel/von Busekist, CCZ 2017, 31.

¹³ BAG 22.10.1986, 5 AZR 660/85, NZA 1987, 415, 417.

¹⁴ BAG 22.10.1986, 5 AZR 660/85, NZA 1987, 415, 417.