

b) Sensible Daten

Für die Verarbeitung **sensibler Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO** trifft § 26 Abs. 3 BDSG eine Sonderregelung. Sie ist, soweit sie für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses geschieht, nur dann zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Wegen des Verweises in § 26 Abs. 3 S. 3 BDSG auf § 22 Abs. 2 BDSG sind zur Wahrung der Interessen einer Person, deren sensible Daten verarbeitet werden, „angemessene und spezifische Maßnahmen“ vorzusehen, die § 22 Abs. 2 S. 2 BDSG beispielhaft aufzählt. Dazu können **technische Vorkehrungen** gehören, mit denen sich feststellen lässt, von wem sensible Daten eingegeben, verändert oder entfernt wurden, aber auch die **Sensibilisierung des Personals** und die **Beschränkung des zugangsbefugten** Personenkreises, die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten oder die **Anonymisierung oder Pseudonymisierung** der sensiblen Daten. 12

Sensible Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO mit Relevanz für das Entgelt sind die Merkmale Religions- und Gewerkschaftszugehörigkeit. Die Kenntnis, welcher **Konfession** der Arbeitnehmer angehört, kann erforderlich sein, um die ggf. anfallende Kirchensteuer abzuführen. Im übrigen hat der Arbeitgeber diesen Umstand vertraulich zu behandeln. Der Arbeitnehmer kann verlangen, dass Entgeltbescheinigungen keine Aussagen zur Religionszugehörigkeit enthalten. Die **Gewerkschaftszugehörigkeit** darf grundsätzlich weder erhoben noch gespeichert noch offengelegt werden.¹⁵ Anderes kann gelten, wenn der Arbeitgeber in einem tarifpluralen Betrieb den für den Arbeitnehmer einschlägigen Tariflohn bezahlen will (s. Kap. 17 Rn. 22 ff.). Allerdings schützt Art. 9 Abs. 3 GG auch in diesem Fall den Arbeitnehmer davor, seine Gewerkschaftszugehörigkeit während laufender Tarifvertragsverhandlungen offenlegen zu müssen, weil der Arbeitgeber daraus Rückschlüsse über den Organisationsgrad und damit über die Kampfkraft einer Gewerkschaft ziehen kann.¹⁶ Soll der Arbeitgeber **Gewerkschaftsbeiträge** seiner organisierten Arbeitnehmer vom Entgelt **einbehalten** und unmittelbar an die **Gewerkschaft abführen**, benötigt er hierfür auch deren datenschutzrechtliche Einwilligung. Dass sich der Arbeitgeber gegenüber der Gewerkschaft zur Beitragsabführung verpflichtet hat – etwa durch einen Tarifvertrag –, genügt datenschutzrechtlich nicht.¹⁷ Der Arbeitnehmer kann jedoch kraft Gewerkschaftssatzung verpflichtet sein, der Beitragsabführung und der damit verbundenen Speicherung seiner Gewerkschaftszugehörigkeit zuzustimmen. Da sich der Gewerkschaftsbeitrag regelmäßig nach der Höhe des vom Arbeit-

¹⁵ Gola/Pöters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 862.

¹⁶ BAG 18.11.2014, 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306.

¹⁷ Ebenso Gola/Pöters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 863.

geber bezogenen Entgelts richtet, wird auch dieses personenbezogene Datum mit übermittelt. Das ist von der erteilten Einwilligung erfasst. Unzulässig ist jedoch die Übermittlung der Entgelt Daten an die Gewerkschaft, um auf diese Weise die Beitragsehrlichkeit ihrer Mitglieder zu überwachen.¹⁸

c) Ausgeschiedene Beschäftigte

- 14 Personenbezogene Daten ausgeschiedener Beschäftigter** dürfen nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses so lange gespeichert werden, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO). Danach sind sie zu löschen (§ 17 Abs. 1 lit. a DS-GVO). Sie sind dann so unkenntlich zu machen, dass es ohne verhältnismäßigen Aufwand unmöglich ist, die betreffende Information wahrzunehmen.¹⁹ Ab wann Beschäftigten Daten zu löschen sind, lässt sich nicht pauschal sagen, sondern erfordert eine Prüfung im jeweiligen Einzelfall.²⁰ Eine Notwendigkeit zur Weiterverarbeitung der gespeicherten Daten kann **zur Erfüllung mit der Beendigung entstandener Vertragspflichten bestehen**, wie z.B. die Erstellung eines Zeugnisses.²¹ Ferner erlaubt Art. 17 Abs. 3 lit. e DS-GVO die Weiterverarbeitung, wenn sie zur Geltendmachung, Ausübung oder **Verteidigung von Rechtsansprüchen** erforderlich ist. Das ist zu bejahen, wenn eine gerichtliche oder außergerichtliche Auseinandersetzung bereits stattfindet oder sicher bevorsteht. Ob die bloß abstrakte Möglichkeit einer rechtlichen Auseinandersetzung genügt, erscheint zweifelhaft. Bei Unsicherheit hinsichtlich einer künftigen Rechtsstreitigkeit ist eine Interessenabwägung erforderlich. Abzustellen ist dabei einerseits auf die Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung und das Gewicht dieser Ansprüche, andererseits auf das Ausmaß der Beeinträchtigung der Belange des Betroffenen durch eine weitere Speicherung.²²
- 15** Nach EG 39 DS-GVO muss die **Speicherfrist auf das unbedingt erforderliche Mindestmaß beschränkt bleiben**. Der Verantwortliche sollte Fristen für die Löschung oder die regelmäßige Überprüfung der personenbezogenen Daten vorsehen, um zu gewährleisten, dass die Daten nicht länger als nötig gespeichert werden.²³ Im Rahmen der **allgemeinen Informationspflicht** nach Art. 13 Abs. 2a, 14 Abs. 2a DS-GVO hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch darüber zu unterrichten, **wie lange seine personenbezogenen Daten gespeichert werden**. Selbständig daneben steht dem Arbeitnehmer ein **Auskunftsanspruch** zu, der sich auch auf die geplante Dauer der vom Arbeitgeber gespeicherten per-

18 Gola/Pötte/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 865.

19 Jacobi/Jantz, ArbR 2017, 22, 23.

20 Kühling/Buchner-Herbst, Art. 17 DS-GVO Rn. 17.

21 Gola/Schomerus, § 32 BDSG Rn. 36.

22 Kühling/Buchner-Herbst, Art. 17 DS-GVO Rn. 19.

23 Jacobi/Jantz, ArbR 2017, 22, 24.

sonenbezogenen Daten bezieht, oder, falls dies nicht möglich ist, auf die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer (Art. 15 Abs. 1d DS-GVO).

Soweit in **Spezialnormen besondere Aufbewahrungspflichten und -fristen** 16 angeordnet sind, gehen diese § 26 BDSG vor. Das entspricht dem Unionsrecht, da Art. 17 Abs. 3 lit. b DS-GVO ausdrücklich die Weiterverarbeitung erlaubt, wenn dies zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, die die Verarbeitung nach dem Unionsrecht oder dem Recht des Mitgliedstaats, dem der Verantwortliche unterliegt, erforderlich ist. Aus diesem Grund sind z.B. Unterlagen, die steuerlich relevant sein können, sechs Jahre (§ 147 Abs. 3 AO), solche für den Jahresabschluss sogar zehn Jahre (§ 257 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4, 147 AO) aufzubewahren.²⁴ Besteht der Zweck der Speicherung allein in der Erfüllung einer Aufbewahrungspflicht, sind die Daten in eingeschränkter Form (vgl. Art. 4 Nr. 3 DS-GVO) zu speichern (Art. 17 Abs. 1 lit. a DS-GVO, Art. 18 Abs. 1 lit. c HS 2 DS-GVO).

2. Abrechnung

a) Interne Abrechnung

Der Arbeitgeber ist nicht nur zur Zahlung des versprochenen **Arbeitsentgelts** 17 verpflichtet (§ 611a Abs. 2 BGB), sondern muss dieses auch (korrekt) **berechnen** und dem Arbeitnehmer eine **Abrechnung in Textform erteilen** (§ 108 Abs. 1 S. 1 GewO), die den gesetzlichen Anforderungen des § 108 GewO zu genügen hat (s. Kap. 37). Für diesen Zweck dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten nach § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG grundsätzlich erhoben, gespeichert, verarbeitet und genutzt werden, da dies der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses dient.

Um das Entgelt zu berechnen, müssen **personenbezogene Daten** nicht selten an eine Abrechnungsabteilung innerhalb des Unternehmens **weitergeleitet** werden. Eine solche **Übermittlung** gilt als **erlaubnispflichtige Offenlegung personenbezogener Daten**. Darunter versteht die DS-GVO alle Vorgänge, durch die der Verantwortliche die Daten einem Empfänger so zugänglich macht, dass dieser Kenntnis von ihrem Informationsgehalt erlangen kann.²⁵ Anders als für das frühere deutsche Recht spielt es für das jetzige Unionsrecht **keine Rolle mehr**, ob es sich bei dem **Empfänger** um einen „Dritten“ i. S. d. Art. 4 Nr. 9 S. 1 DS-GVO handelt. Danach gilt als „**Dritter**“ zwar – vergleichbar dem früheren deutschen Recht – jeder, der nicht betroffene Person, Verantwortlicher, Auftragsverarbeiter oder deren weisungsgebundener (Art. 29 DS-GVO) Mitarbeiter ist (vgl. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO). Diese Unterscheidung spielt aber für die Frage der Erlaubnis-

²⁴ Gola/Schomerus, § 32 BDSG Rn. 36; Jacobi/Jantz, ArbR 2017, 22, 24.

²⁵ Kühling/Buchner-Klar, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO Rn. 29.

pflicht einer Übermittlung keine Rolle (mehr). Wegen des sehr weiten Begriffs der Offenlegung ist eine nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO **rechtfertigungsbedürftige Verarbeitung** auch dann gegeben, wenn personenbezogene Daten **innerhalb des Organisations- und Zuständigkeitsbereichs ein und desselben Verantwortlichen weitergeleitet werden**, etwa an Personen, die unter der unmittelbaren Verantwortung des Verantwortlichen befugt sind, die Daten zu verarbeiten (Art. 29 DS-GVO).²⁶ Der früher als „Nutzung“ i. S. v. § 3 Abs. 5 BDSG rechtfertigungsbedürftige Datenumgang gilt nun als Datenverarbeitung i. S. v. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO.²⁷

- 19 Da als Verantwortlicher das Unternehmen als Rechtsträger gilt, ist – ebenfalls anders als bisher – auch die Übermittlung personenbezogener Daten zwischen unselbstständigen Organisationseinheiten desselben Rechtsträgers – also z. B. von einem Betrieb zu einem anderen – gleichfalls rechtfertigungsbedürftig.²⁸ Erst recht gilt dies, wenn Daten an andere Unternehmen übermittelt werden, und zwar selbst dann, wenn diese mit dem Verantwortlichen konzernrechtlich verbunden sind. Ob Art. 88 DS-GVO **ein Privileg für Konzernunternehmen enthält, ist zweifelhaft**.²⁹ Immerhin bestimmt EG 48 DS-GVO, der auf Initiative Deutschlands aufgenommen wurde, dass Verantwortliche, die Teil einer Unternehmensgruppe (Art. 4 Abs. 16 DS-GVO) sind oder einer Gruppe von Einrichtungen angehören, die einer zentralen Stelle zugeordnet sind, ein berechtigtes Interesse daran haben können, personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe für interne Verwaltungszwecke zu übermitteln.³⁰ Dabei ist die Verarbeitung von Beschäftigendaten ausdrücklich erwähnt. Prima facie könnte das für die Zulässigkeit entsprechender Weiterleitungen sprechen.³¹ Allerdings darf das Interesse an einer arbeitsteiligen Zusammenarbeit der Konzernunternehmen nicht per se schwerer wiegen als die Belange der betroffenen Arbeitnehmer, dass

26 Kühling/Buchner-Klar, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO Rn. 29; BeckOK DatenschutzR-Schild, Art. 4 DS-GVO Rn. 102; aA Gola-Gola, Art. 4 DS-GVO Rn. 63, demzufolge Personen, die „unterhalb des Verantwortlichen“ mit personenbezogenen Daten arbeiten, also die dort beschäftigten Mitarbeiter, nicht als Empfänger gelten.

27 Ebenso BeckOK DatenschutzR-Schild, Art. 4 DS-GVO Rn. 102; aA Paal/Pauly-Ernst, Art. 4 DS-GVO Rn. 57, demzufolge der Wortlaut der Definition wohl vermuten lässt, dass eine gewisse Eigenständigkeit verlangt wird, um von einem Empfänger sprechen zu können; so auch Sydow/Ziebarth, Art. 4 DS-GVO Rn. 156.

28 AA Plath-Schreiber Art. 4 DS-GVO Rn. 29.

29 Offen Kort, DB 2016, 711, 715; Paal/Pauly-Pauly, Art. 88 DS-GVO Rn. 12; mit Recht verneinend Voigt, CR 2017, 428 (429).

30 Die Umschreibung in EG 48 entspricht dabei nicht Konzerndefinition des § 18 AktG, Kort, DB 2016, 711, 715.

31 Paal/Pauly-Pauly, Art. 88 DS-GVO Rn. 12; Sydow-Tiedemann Art. 88 DS-GVO Rn. 21; Traut, RDV 2016, 312, 313; Schantz/Wolff-Wolff, Das neue Datenschutzrecht Rn. 1340.

ihre Daten bei ihrem Vertragsarbeitgeber verbleiben.³² Umgekehrt stehen die schutzwürdigen Belange der Arbeitnehmer auch nicht stets einer Übermittlung entgegen. Welche **Maßnahmen** die Konzernunternehmen zugunsten der Betroffenen ergreifen müssen, um deren berechnete Interessen Rechnung zu tragen, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Bleibt es nicht bei der Übermittlung konkreter Beschäftigtendaten an bestimmte Konzernunternehmen oder die Konzernobergesellschaft zu einem ganz bestimmten, von vornherein festgelegten Zweck,³³ sondern kommt es zu einem größeren **konzerninternen Datenaustausch**, ist ein **konzernweites Datenschutzkonzept** erforderlich.³⁴ Dieses müsste einheitliche Standards zur Gewährleistung und Durchsetzung der Datenschutzrechte der Betroffenen und koordinierte Sicherheitsmaßnahmen verbindlich festschreiben. Aus Gründen der Transparenz wäre dabei auch der Verarbeitungsverlauf für die Betroffenen offenzulegen. Außerdem müsste die durch den konzernweiten Datenfluss verursachte „Diversifizierung der Verantwortlichkeiten“ kompensiert werden. Das verlangt, dass der Vertragsarbeitgeber umfassend Ansprechpartner für den Arbeitnehmer bleibt, gegen den er auch seine Rechte auf Auskunft, Löschung, Berichtigung, Sperrung und Schadensersatz geltend machen kann, und zwar zusätzlich zu den Konzernunternehmen, an die die Daten übermittelt wurden.³⁵ Entsprechende Regelungen müssten zwischen den beteiligten Konzernunternehmen verbindlich getroffen werden, etwa durch Konzernbetriebsvereinbarungen,³⁶ durch Verträge zwischen den Konzernunternehmen oder in Form sonstiger verbindlicher Unternehmensregelungen.³⁷

b) Externe Abrechnung

Erfolgt die Abrechnung durch einen externen Dienstleister, bedarf die Übermittlung personenbezogener Daten an diesen dann keiner eigenen Verarbeitungsgrundlage i. S. v. Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, wenn er als „**Auftragsverarbeiter**“ fungiert.³⁸ Darunter versteht Art. 4 Nr. 8 DS-GVO „eine natürliche oder juris-

20

32 Nach *Gola/Pötte/Wronka*, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 951, sollen „spezielle Konzerninteressen“ aber in der Abwägung mit den schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten „ein besonderes Gewicht“ haben können; ähnlich *Ringel/von Busekist*, CCZ 2017, 31, 36; anders *Voigt*, CR 2017, 428, 421, nach dem rein wirtschaftliche Erwägungen für sich allein im Grundsatz nicht genügen, um gegenläufige Beschäftigteninteressen zu verdrängen.

33 Dieses dürfte idR zulässig sein, vgl. *Simitis-Simitis*, § 2 BDSG Rn. 158; *Voigt*, CR 2017, 428, 431.

34 Das entspricht auch der Meinung der Aufsichtsbehörden, vgl. *Voigt*, CR 2017, 428, 431.

35 *Schmidl*, DuD 2009, 364, 369.

36 Dazu *Trittin/Fischer*, NZA 2009, 343; *Schmidl*, DuD 2009, 364, 369.

37 Ebenso *Voigt*, CR 2017, 428, 429; vgl. auch *Ruppmann*, S. 116.

38 *Gola-Gola*, Art. 4 DS-GVO Rn. 58; *Kühling/Buchner-Hartung*, Art. 28 DS-GVO Rn. 15; *Hartung/Büttgen*, DuD 2017, 549, 551; *Plath-Plath*, Art. 28 DS-GVO Rn. 3;

tische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“. Kern dieses Auftragsverhältnisses ist, dass der Beauftragte die Daten **nicht selbständig verarbeitet**, sondern nach Weisung des Verantwortlichen, der über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO). „Herr der Datenverarbeitung“ bleibt bei einer Auftragsverarbeitung der Verantwortliche. Der Auftragnehmer tritt gleichsam nur als dessen **„verlängerter Arm“** auf, der gegenüber den von einer Datenverarbeitung Betroffenen keine eigenen Geschäftszwecke verfolgt. Dass ihm zur Erfüllung seines Auftrags hinsichtlich der technischen und organisatorischen Mittel ein gewisser Spielraum gewährt wird, schadet deshalb nicht.³⁹ Notwendig ist aber, dass Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter einen **schriftlichen Vertrag** schließen (Art. 28 Abs. 9 DS-GVO), in dem Gegenstand und Dauer der Verarbeitung, Art und Zwecke der Verarbeitung, die Art der personenbezogenen Daten und die Kategorien von betroffenen Personen sowie die Rechte und Pflichten des Verantwortlichen zu regeln sind (Art. 28 Abs. 3 S. 1 DS-GVO).⁴⁰

- 21** Der Verantwortliche hat den **Auftragsverarbeiter sorgfältig auszuwählen**. Beauftragt werden dürfen nur Personen, die hinsichtlich ihres Fachwissen, ihrer Zuverlässigkeit und der ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen die Gewähr dafür bieten, dass ihre Datenverarbeitung in technischer und organisatorischer Hinsicht den Anforderungen der DS-GVO genügt und die Betroffenenrechte gewahrt sind (Art. 28 Abs. 1 DS-GVO, EG 81 S. 1 DS-GVO). Sodann muss sich der Verantwortliche davon **überzeugen, dass der Auftragnehmer die vereinbarten technischen und organisatorischen Maßnahmen einhält**. Dazu sind stichprobenartige **Kontrollen** notwendig. Diese Verpflichtung war vor Inkrafttreten der DS-GVO ausdrücklich in § 11 Abs. 2 S. 4 BDSG aF bestimmt, gilt aber auch im neuen Recht. Sie ergibt sich aus dem allgemeinen Verantwortlichkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 24 DS-GVO.⁴¹
- 22** Auch an den **Auftragsverarbeiter** stellt die DS-GVO bestimmte **Verhaltensanforderungen**. Dazu gehören die **Pflicht zur Bestellung eines „Vertreters“** unter den in Art. 27 DS-GVO geregelten Bedingungen, die Pflicht zur Führung eines **Verfahrensverzeichnisses** (Art. 30 Abs. 2 DSVGO), die Pflicht zur **Zu-**

Voigt, CR 2017, 428, 430; *von Holleben/Knaut*, CR 2017, 299, 301; aA *Härting*, ITRB 2016, 137, 139; *Koos/Englisch*, ZD 2014, 276, 284; *Roßnagel/Kroschwald*, ZD 2014, 495, 497.

39 Art. 29 Datenschutzgruppe, WP 169 S. 40; Kühling/Buchner-Hartung, Art. 28 DS-GVO Rn. 30.

40 Dazu können sie Standardvertragsklauseln verwenden (Art. 28 Abs. 6 DS-GVO), die entweder unmittelbar von der Kommission erlassen werden (Art. 28 Abs. 7 DS-GVO) oder von der Aufsichtsbehörde, die das Kohärenzverfahrens nach den Art. 63 ff. DS-GVO einzuhalten hat.

41 Kühling/Buchner-Hartung, Art. 26 DS-GVO Rn. 60; Mithlein, RDV 2016, 74, 77.

sammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde (Art. 31 DS-GVO), die Pflicht zur **Meldung von Datenschutzverletzungen** nach Art. 33 Abs. 2 DS-GVO sowie die Pflicht zur **Bestellung eines Datenschutzbeauftragten** unter den Voraussetzungen des Art. 37 DS-GVO. Da der Auftragsdatenverarbeiter zudem als „Empfänger“ von Daten i. S. d. Art. 4 Abs. 9 DS-GVO gilt, hat er ferner alle Pflichten zu beachten, die für die Weitergabe von Daten an solche „Empfänger“ gelten, wie z. B. die Pflicht zur Benachrichtigung der betroffenen Person (Art. 13 Abs. 1 lit. e, Art. 14 Abs. 1 lit. e und Art. 15 Abs. 1 lit. c). Wegen der für die Auftragsverarbeitung typischen Weisungsgebundenheit trifft die **Haftung** für die Verletzung der DS-GVO in erster Linie den Auftraggeber als Verantwortlichen und nicht den Auftragnehmer (vgl. Art. 82 Abs. 2 S. 1 DS-GVO). Dieser haftet nur dann, wenn er seine speziellen Pflichten als Auftragsverarbeiter verletzt oder Anweisungen des Verantwortlichen nicht befolgt (vgl. Art. 82 Abs. 2 S. 2).⁴²

c) Abrechnung durch konzerneigene Shared Service Center

Innerhalb eines Konzerns erfolgt die Abrechnung nicht selten durch „**Shared Service Center**“ (SSC). Diese bilden im Regelfall **organisatorisch selbständige Einheiten**, die zuweilen sogar rechtlich verselbständigt sind, ihre Dienste aber nur den zum Konzern gehörenden Gesellschaften anbieten. Im Unterschied zum Outsourcing, bei dem externe Dienstleister bestimmte Unternehmensfunktionen erfüllen, handelt es sich bei der Shared-Service-Konstruktion um eine Art „**internes Outsourcing**“. Erbringt das SSC seine Abrechnungsdienste zentral für alle Konzerngesellschaften, liegt die Annahme einer datenschutzrechtlich privilegierten **Auftragsverarbeitung** (Art. 28 DS-GVO) nahe.

Für eine solche Auftragsverarbeitung spricht, dass das **SCC mit der Abrechnung im Wesentlichen reine Servicefunktionen** erfüllt und nicht selbst über die Zwecke der von ihm erhobenen, gespeicherten oder genutzten Daten entscheidet. Denn diese werden von den Geschäftsführungen der Konzerngesellschaften oder der Konzernleitung vorgegeben und sind dann vom SCC schlicht umzusetzen. Dass dem SCC hinsichtlich der technischen und organisatorischen Mittel zur Erbringung der Serviceleistungen ein gewisser Spielraum zusteht, schadet nicht,⁴³ solange es die Konzerngesellschaften sind, die letztlich über die wesentlichen Fragen entscheiden, die die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung ausmachen.

Gehen die vom SCC **geleisteten Dienste aber über bloße Hilfs- und Unterstützungsfunktionen hinaus**, die zudem auch nicht mit den übernommenen Aufgaben im Zusammenhang stehen, können diese nicht mehr als Auftragsda-

⁴² Plath-Plath, Art. 28 DS-GVO Rn. 6.

⁴³ Art. 29 Datenschutzgruppe, WP 169 S. 40; Kühling/Buchner-Hartung, Art. 28 DS-GVO Rn. 30.

tenverarbeitung qualifiziert werden.⁴⁴ Vielmehr ist eine **erlaubnispflichtige „Übermittlung“** gegeben. Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO erfüllt sind. Auf die Generalklausel des § 26 Abs. 1 BDSG lässt sich die Übermittlung nur dann stützen, wenn der Datentransfer an das SCC vorrangig aus Gründen des Beschäftigungsverhältnisses erfolgt, er also für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Das verlangt einen gewissen **Konzernbezug des Arbeitsverhältnisses**.⁴⁵ Ferner muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob und inwieweit die **Übermittlung** personenbezogener Daten **tatsächlich erforderlich** ist, um den damit erstrebten Verarbeitungszweck zu erfüllen. Das ist bei der Übermittlung gewisser Stammdaten der von einem SCC betreuten Mitarbeiter üblicherweise der Fall. Angaben zu seiner Identifizierung (Name, Wohnsitz, Personalnummer) sowie weitere Informationen, wie etwa Alter, Geschlecht, Familienstand, Schule, Ausbildung in Lehr- und anderen Berufen, Fachschulausbildung/Fachrichtung/Abschluss, Sprachkenntnisse werden im Regelfall nämlich zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses ebenso benötigt wie diverse Entgeltdaten.⁴⁶ Außerdem sind die unter Rn. 19 erwähnten technischen und organisatorischen Maßnahmen nötig.

- 26 Dient der **Datentransfer** an das SCC **nicht vorrangig der Durchführung** eines konkreten **Beschäftigungsverhältnisses**, sondern anderen Zwecken (z.B. der Führung des Konzerns oder statistischen Auswertungen), ist eine Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO notwendig. Dabei ist zu prüfen, ob berechtigte Interessen des verantwortlichen Arbeitgebers oder eines Dritten einen konzern-internen Datenfluss rechtfertigen. Das lässt sich gerade nicht pauschal beantworten. Maßgeblich sind der Umfang und die Art der personenbezogenen Daten, auf die das SCC Zugriff hat.

d) Abrechnung im Ausland

- 27 Erfolgt die Abrechnung außerhalb der EU⁴⁷ oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR),⁴⁸ sind nach Art. 44 S. 1 DS-GVO **zwei Voraussetzungen** zu erfüllen. Der Datentransfer muss zunächst den Bedingungen für eine Übermittlung an einen Empfänger innerhalb der EU genügen („**1. Stufe**“). Sodann muss er

44 Kühling/Buchner-Hartung, Art. 28 DS-GVO Rn. 47 ff.

45 Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 454; Gola/Pötters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 936; Nink/Müller, ZD 2012, 505, 506; Ruppmann, S. 59 ff.

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

47 Für den Datentransfer innerhalb der EU schafft die DS-GVO eine einheitliche Verarbeitungsgrundlage. Ausweislich Art. 1 Abs. 1 DS-GVO soll sie – auch – den freien Verkehr personenbezogener Daten gewährleisten. Vgl. dazu auch EG 13 S. 1 DS-GVO.

48 Der EWR umfasst die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ferner Island, Liechtenstein und Norwegen. Die Schweiz ist zwar Mitglied der Europäischen Freihandelszone (EFTA), gehört aber nicht zum EWR.

den besonderen Anforderungen des Kapitels V der DS-GVO (Art. 44–50 DS-GVO) gerecht werden („**2. Stufe**“).⁴⁹ Das Ziel dieser zweiten Stufe beschreibt Art. 44 S. 2 DS-GVO wie folgt: „Alle Bestimmungen dieses Kapitels sind anzuwenden, um sicherzustellen, dass das durch diese Verordnung gewährleistete Schutzniveau für natürliche Personen nicht untergraben wird.“⁴⁹ Dazu dient die Unterscheidung in „sichere“ und „unsichere“ Drittländer.⁵⁰

Ein **sicheres Drittland** ist ein Staat außerhalb der EU/des EWIR, der über ein von der Europäischen Kommission als angemessen anerkanntes Schutzniveau verfügt. Der Datentransfer in ein solches Drittland bedarf keiner besonderen Genehmigung (Art. 45 Abs. 1 S. 2 DS-GVO). Die materiellen Anforderungen sowie das Verfahren zur Feststellung der Angemessenheit regelt Art. 45 Abs. 2 bis 8 DS-GVO. Die Bestimmungen entsprechen im Wesentlichen den Anforderungen, die der EuGH in seiner Safe-Harbor-Entscheidung⁵¹ aufgestellt hat. Danach muss in einem sicheren Drittstaat zwar kein identischer, wohl aber ein zumindest **im Wesentlichen gleichwertiger Schutz** geboten werden. Das setzt voraus, dass Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz (Art. 8 GRCh) nur nach klaren und präzisen Regeln erfolgen dürfen und sich auf das absolut Notwendige beschränken müssen. Von der Europäischen Kommission als sichere Drittländer anerkannte Staaten werden im Amtsblatt der EU veröffentlicht (Art. 45 Abs. 8 DS-GVO). Drittländer, die die Kommission bereits vor Inkrafttreten der DS-GVO nach Art. 25 Abs. 6 DSRL als sicher eingestuft hatte, gelten bis auf weiteres⁵² als sicher (Art. 45 Abs. 9 DS-GVO).⁵³

Sollen Daten in ein „**unsicheres**“ **Drittland** übermittelt werden, d. h. in einen Staat, für den ein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DS-GVO fehlt, ist das nur dann erlaubt, wenn der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter geeignete Garantien zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus vorgesehen hat und den Betroffenen durchsetzbare Rechte und wirksame Rechtsbe-

49 Das gilt auch für den Datentransfer für eine Auftragsverarbeitung, *von Holleben/Knaut*, CR 2017, 299, 304.

50 Kühling/Buchner-Schröder, Art. 44 DS-GVO Rn. 7 f.

51 EuGH 6.10.2015, C-362/14, EuZW 2015, 881, 882 – Schrems.

52 Die Kommission hat am 16.12.2016 (ABl. 2016 L 344/83) beschlossen, sämtliche bisher ergangenen Angemessenheitsentscheidungen zu prüfen und zu ergänzen, um zumindest die in der Safe-Harbor-Entscheidung vom EuGH kritisierte Beschränkung der Befugnisse der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden zur Prüfung der Kommissionsentscheidung aufzuheben; s. a. *Schröder/von Alten/Weinhold*, ZD 2018, 746, 749.

53 Dazu gehören: Andorra, Argentinien, Australien, Färöer, Guernsey, Isle of Man, Israel, Jersey, Kanada, Neuseeland, Schweiz, Uruguay. Daten an Unternehmen in den USA können seit dem 18.8.2016 übermittelt werden, wenn sie dem EU/US Privacy Shield beitreten, sich freiwillig verpflichten, die dort enthaltenen Bestimmungen einzuhalten, und sich entsprechend zertifizieren lassen.

helfe zur Verfügung stehen (Art. 46 Abs. 1 DS-GVO). Folgende Garantien sind denkbar:

aa) Binding Corporate Rules (Art. 46 Abs. 2 lit. b, Art. 47 DS-GVO)

- 30 Bei international tätigen Konzernen kommen vor allem „verbindliche interne Datenschutzvorschriften“ – sog. Binding Corporate Rules (BCR) – nach Art. 47 DS-GVO in Betracht. Sie waren schon vor Inkrafttreten des DS-GVO anerkannt⁵⁴ und werden nun in Art. 46 Abs. 2 lit. b DS-GVO ausdrücklich als Grundlage für den internationalen Datentransfer genannt. Art. 4 Nr. 20 DS-GVO enthält sogar eine Legaldefinition.⁵⁵ In ihnen kann der Konzern, genauer: die Unternehmensgruppe i. S. d. Art. 4 Nr. 19 DS-GVO die **Bedingungen für die Verarbeitung von Beschäftigendaten auch in den unsicheren Drittländern regeln**. Diese müssen von ihrem Standard her auf einem Niveau liegen, der dem der DS-GVO entspricht. Der Mindestinhalt ist in Art. 47 Abs. 2 DS-GVO vorgegeben.⁵⁶ Die BCR müssen **für alle Mitglieder der Unternehmensgruppe rechtlich verbindlich** sein⁵⁷ und den betroffenen Personen durchsetzbare Rechte gewähren (Art. 47 Abs. 1 lit. a und b DS-GVO). Sie werden sodann von den Datenschutzaufsichtsbehörden in einem koordinierten Verfahren – dem sog. Kohärenzverfahren nach den Art. 63 ff. DS-GVO – **gemeinsam überprüft**. Bei ihm übernimmt die nach Art. 47 Abs. 1 DS-GVO zuständige Aufsichtsbehörde die Federführung⁵⁸ und beteiligt zwei weitere Aufsichtsbehörden aus anderen Mitgliedstaaten der EU als Mitprüfer. Kommen die Behörden zu dem Ergebnis,

54 Vgl. § 4c Abs. 2 S. 2 Hs. 2 Alt. 2 BDSG aF: dort als „verbindliche Unternehmensregelungen“ genannt; dazu *Filip*, ZD 2013, 51.

55 Als verbindliche interne Datenschutzvorschriften gelten danach „Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten, zu deren Einhaltung sich ein im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats niedergelassener Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter verpflichtet im Hinblick auf Datenübermittlungen oder eine Kategorie von Datenübermittlungen personenbezogener Daten an einen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter derselben Unternehmensgruppe oder derselben Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, in einem oder mehreren Drittländern“.

56 Dazu im Einzelnen Kühling/Buchner-Schröder, Art. 47 DS-GVO Rn. 26 ff.

57 Nach Art. 47 Abs. 2 lit. c DS-GVO ist dabei die sowohl die interne als auch die externe Verbindlichkeit der BCR zu gewährleisten. Unter interner Verbindlichkeit wird die praktische Wirksamkeit und die Verbindlichkeit für das Verhalten der Gruppenmitglieder und ihrer Mitarbeiter verstanden, unter externer die rechtliche Durchsetzbarkeit der BCR durch Dritte, namentlich durch die betroffenen Personen und die Datenschutzbehörden, vgl. Kühling/Buchner-Schröder, Art. 47 DS-GVO Rn. 18 f.

58 Welche Datenschutzbehörde die Federführung übernimmt, hängt davon ab, wo der europäische Hauptsitz der Unternehmensgruppe liegt. Fehlt es daran, kann auch der Sitz des Unternehmens maßgeblich sein, das innerhalb der Gruppe die delegierten Datenschutzverantwortlichkeiten wahrnimmt, aber auch der Ort, an dem die meisten Entscheidungen in Bezug auf die Zwecke und Mittel der Verarbeitung getroffen werden oder das EU-Land, von dem aus die meisten Transfers außerhalb des EWR erfolgen.

dass die BCR dem geltenden europäischen Datenschutzrecht entsprechen und bei ihrer Beachtung ausreichende Datenschutzgarantien beim Datentransfer in unsichere Drittstaaten vorhanden sind, müssen die dann erfolgenden Datenübermittlungen nicht mehr einzeln genehmigt werden.⁵⁹ Unternehmen, die über genehmigte BCR verfügen, werden auf einer Webseite der Europäischen Kommission veröffentlicht.⁶⁰ In Deutschland haben inzwischen zehn Unternehmensgruppen BCR erstellt, die von den Datenschutzaufsichtsbehörden geprüft und als ausreichende Datenschutzgarantien anerkannt wurden, u. a. BMW, Continental, DHL, Deutsche Telekom, Siemens, OSRAM. Die Art. 29 Datenschutz-Gruppe hat für die Einzelheiten des Verfahrens hilfreiche Arbeitspapiere erstellt, an denen sich die Aufsichtsbehörden orientieren, zuletzt im Februar 2018 (WP 256 und WP 257).

bb) Standarddatenschutzklauseln der Kommission oder einer Aufsichtsbehörde (Art. 46 Abs. 2 lit. c und d DS-GVO)

Eine zweite Möglichkeit für einen Datentransfer in ein unsicheres Drittland ist die Vereinbarung von Standarddatenschutzklauseln zwischen dem Datenexporteur und dem Datenimporteur. Schließen beide einen Vertrag unter Verwendung solcher Klauseln, ist der darauf basierende Datentransfer ohne weitere Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde zulässig, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der DS-GVO nach der „1. Stufe“ erfüllt sind. Neben der EU-Kommission können auch die nationalen Aufsichtsbehörden Standarddatenschutzklauseln erlassen. Diese bedürfen der Abstimmung im Kohärenzverfahren und sind anschließend von der Kommission förmlich zu genehmigen. Bereits unter Geltung der DSRL hatte die EU-Kommission Standardvertragsklauseln erlassen. Diese gelten gemäß Art. 46 Abs. 5 S. 2 DS-GVO ausdrücklich fort. **Werden die Standarddatenschutzklauseln so verwendet**, wie sie von der Kommission oder der nationalen Aufsichtsbehörde erlassen wurden, ist der **Datentransfer genehmigungsfrei**.⁶¹ Allerdings hindert Art. 46 Abs. 2 lit. c und d DS-GVO die Beteiligten nicht, die Standardklauseln auch in umfangreicheren Verträgen (z. B. in international-multilateralen Abkommen zum konzerninternen Datenaustausch) zu verwenden. Erlaubt ist ferner, den Standardmustern weitere Klauseln oder zusätzliche Garantien hinzuzufügen. Allerdings dürfen diese weder mittelbar noch unmittelbar im Widerspruch zu den von der Kommission oder einer Aufsichtsbehörde erlassenen Standarddatenschutzklauseln stehen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen beschneiden (EG 109 DS-GVO). 31

59 Kühling/Buchner-Schröder, Art. 46 DS-GVO Rn. 24.

60 Internet-Adresse: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/binding-corporate-rules_en.

61 Kühling/Buchner-Schröder, Art. 46 DS-GVO Rn. 33.

cc) Genehmigte Verhaltensregeln und genehmigter
Zertifizierungsmechanismus (Art. 46 Abs. 2 lit. e und f DS-GVO)

- 32 Eine dritte Möglichkeit ist der Datentransfer auf Grundlage von branchenspezifischen Verhaltensregeln gemäß Art. 40 DS-GVO. Diese müssen rechtsverbindliche und durchsetzbare Verpflichtungen des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters im Drittland enthalten und von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigt sein. Entsprechendes gilt für Zertifizierungen nach Art. 42 DS-GVO, wenn der Zertifizierungsmechanismus zuvor genehmigt wurde. Wie alle anderen Garantien i. S. v. Art. 46 DS-GVO müssen auch diese rechtsverbindliche und durchsetzbare Verpflichtungen des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters aufweisen.

3. Zugriff auf elektronische Abrechnungsdokumente

- 33 Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine Abrechnung in Textform zu erteilen (§ 108 Abs. 1 S. 1 GewO). Da es für das **Textformerfordernis nach § 126 b BGB** genügt, dass die Abrechnung auf einem **dauerhaften Datenträger** gespeichert wird, der es dem Empfänger ermöglicht, die Abrechnung so aufzubewahren, dass sie ihm während angemessener Zeit unverändert zugänglich ist, werden die Entgeltdokumente regelmäßig elektronisch zur Verfügung gestellt. Das kann auf unterschiedlichen Wegen geschehen. Manche Arbeitgeber versenden die **Abrechnung in Form einer pdf-Datei** als Anhang zu einer an den Arbeitnehmer gerichteten Email. Andere ermöglichen den Abruf (**Download**) der elektronischen Abrechnung von einer Homepage im Intranet des Unternehmens oder im Internet. Da in beiden Fällen personenbezogene Entgeltdaten automatisiert übermittelt werden, ist eine Verarbeitungsgrundlage erforderlich. Dafür kommt § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG grundsätzlich in Betracht, weil die Übermittlung zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses und der Erfüllung der damit zusammenhängenden Nebenpflichten erforderlich ist.
- 34 Den mit der elektronischen Form der Abrechnung verbundenen **Risiken** muss der Arbeitgeber durch **technische und organisatorische Maßnahmen** begegnen (Art. 32 Abs. 1 DS-GVO). Insbesondere müssen die Daten vor Vernichtung, Verlust, Veränderung, unbefugte Offenlegung und unrechtmäßigen Zugang geschützt werden (Art. 32 Abs. 2 DS-GVO). Das verlangt zunächst eine angemessene **Zugriffskontrolle**. Diese muss gewährleisten, dass der Arbeitnehmer ausschließlich auf seine eigenen Abrechnungsdokumente zugreifen kann und dass die darin enthaltenen Daten nicht unbefugt kopiert, verändert oder entfernt werden können. Der Zugriff sollte deshalb **nur über eine verschlüsselte Seite des Intranets** möglich sein, der zudem über ein zweistufiges Berechtigungssystem abzusichern ist. Bei diesem muss sich der Arbeitnehmer zunächst im Intranet autorisieren und kann erst danach mit seinen Benutzerdaten auf die Abrechnung

zugreifen. Verwechslungen (z.B. bei Arbeitnehmern mit gleichem Vor- und/oder Nachnamen) sind dabei möglichst auszuschließen. Außerdem sollte der Nutzer bei jedem erneuten Aufruf seinen Benutzernamen und sein Passwort eingeben müssen. Die Speicherung dieser Daten im Browser sollte ausgeschlossen werden. Zugriffe auf die Abrechnungsdaten sollten protokolliert werden. Dabei sollten Beginn und Ende des Zugriffs, der Benutzername sowie die jeweiligen Aktionen festgehalten werden. Die Protokolldatei selbst sollte vor unerlaubtem Zugriff und Manipulationen geschützt werden. Die herunterladbaren Dokumente sollten sowohl digital signiert als auch gegen Veränderungen geschützt sein. **Nicht zu empfehlen** ist der **Versand der Abrechnung per E-Mail** als Dateianhang, erst recht nicht, wenn dies unverschlüsselt geschieht. Bereits kleinste Rechtsschreibfehler in der E-Mail-Adresse können dazu führen, dass der Empfänger eine fremde Gehaltsabrechnung erhält.

Darüber hinaus ist eine ausreichende **Weitergabekontrolle** erforderlich. Diese hat dafür zu sorgen, dass die Entgeltaten bei der elektronischen Übertragung oder während ihres Transports oder ihrer Speicherung auf Datenträger nicht unbefugt gelesen, kopiert, verändert oder entfernt werden können. Wollen sich Arbeitnehmer ihre elektronische Entgeltabrechnung ausdrucken, sollte hierzu ausschließlich ein direkt am Arbeitsplatz zur Verfügung stehender Drucker oder ein Netzwerkdrucker mit einer PIN-Funktion ausgewählt werden können, bei dem der Arbeitnehmer vor Ausdruck der Abrechnung eine zuvor festgelegte PIN-Nummer eingeben muss. **35**

4. Elektronische Meldeverfahren im Rahmen der Entgeltabrechnung

Im Bereich der Entgeltabrechnung beruhen zahlreiche Datenerhebungs-, Datenaustausch- und Datenweiterleitungsverfahren auf **spezialgesetzlichen Grundlagen**. Aus diesem Grund ist weder die Einwilligung des Arbeitnehmers erforderlich, noch bedarf es eines Rückgriffs auf das BDSG. Vielmehr hat das BDSG den Charakter eines „Auffanggesetzes“. ⁶² Bereichsspezifisches Datenschutzrecht des Bundes genießt gegenüber den Vorschriften des BDSG grundsätzlich den Vorrang (§ 1 Abs. 2 S. 1 BDSG). ⁶³ Die beiden für die Praxis bedeutendsten Verfahren betreffen die vom Arbeitgeber abzuführende **Lohnsteuer** und den **Gesamtsozialversicherungsbeitrag**. **36**

⁶² Kühling, NJW 2017, 1985, 1987.

⁶³ Der Vorrang der spezielleren datenschutzrechtlichen Vorschrift gilt jedoch nur, soweit sie einen Sachverhalt, für den an sich das BDSG gilt, abschließend regelt. Ist das nicht der Fall, übernimmt das BDSG seine lückenfüllende Auffangfunktion.

a) Lohnsteuer

- 37 Der Arbeitgeber hat dem für seinen Betrieb zuständigen Finanzamt die von ihm einzubehaltende und zu übernehmende **Lohnsteuer anzumelden** (§ 41a Abs. 1 Nr. 1 EStG; LStR 41a.1 Abs. 2 Satz 2). Das hat nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung zu geschehen (§ 41a Abs 1 Satz 2 EStG). Ebenfalls auf elektronischem Wege hat er dem Arbeitnehmer am Ende eines jeden Kalenderjahrs oder bei Beendigung des Dienstverhältnisses eine **Lohnsteuerbescheinigung** zu übermitteln (§ 41b Abs 1 EStG i.V.m. § 93c AO), aus der sich die Eintragungen in dem für ihn geführten Lohnkonto ergeben. Beides hat nach Maßgabe der SteuerdatenübermittlungsVO⁶⁴ zu erfolgen. Für die Berechnung der Lohnsteuer sind neben dem steuerpflichtigen Entgelt die sog. **Lohnsteuerabzugsmerkmale** relevant, zu denen neben der Steuerklasse (§ 38b Abs. 1 EStG) und dem Faktor (§ 39f EStG) sowie den Freibeträgen auch die Zugehörigkeit zu einer steuererhebenden Religionsgemeinschaft, der melderechtliche Familienstand und die Zahl der für den entsprechenden Freibetrag maßgeblichen Kinder gehören. Diese werden vom Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) unter der Identifikationsnummer des Arbeitnehmers (§ 139b EStG) zusammen mit dessen Vor- und Familiennamen, frühere sowie Ordens- und Künstlernamen, Titel, Tag und Ort der Geburt, Geschlecht, aktuelle bzw. letzte bekannte Anschrift, zuständige Finanzbehörde und Übermittlungssperren als **elektronische Lohnsteuerabzugsmerkmale (ELStAM)** gespeichert. Sie sind vom Arbeitgeber zu Beginn des Dienstverhältnisses für den Arbeitnehmer beim BZSt elektronisch abzurufen und ins Lohnkonto des Arbeitnehmers zu übernehmen (§ 41 Abs. 1 S. 2 EStG). Die Speicherung der Daten ist verfassungsgemäß.⁶⁵ Zum Abruf berechtigt ist allerdings nur, für wen bei der Finanzverwaltung ein „Arbeitgebersignal“ gespeichert ist. Mit diesem ist zugleich die Notwendigkeit verbunden, die steuerrechtlichen Arbeitgeberpflichten zu erfüllen. Die ELStAM dürfen nur für die Einbehaltung der Lohn- und Kirchensteuer verwendet werden. Ihre unzulässige Offenbarung kann als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 10.000 € geahndet werden (§§ 39 Abs. 8 und 9, 39e Abs. 4 S. 7 EStG). Zivilrechtlich kann sich der Arbeitgeber wegen einer Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag schadensersatzpflichtig machen (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB). Darüber hinaus kommt auch eine deliktsrechtliche Haftung in Betracht (§ 823 Abs 2 BGB i. V.m. § 39 Abs 8 EStG).⁶⁶ Die abgerufenen ELStAM sind so lange zu verwenden, bis das BZSt geänderte ELStAM bereitstellt oder der Ar-

64 BGBl I 2003, 139; BStBl. I 2003, 162, zuletzt geändert am 1.11.2011, BGBl I 2011, 2131; BStBl. I, 986 i.V.m. BMF 16.11.2011, BStBl. I, 1063, Anhang 13a und b LStR.

65 BFH 18.1.2012 – II R 49/10, BStBl. II 2012, 168.

66 Schmidt-Krüger, § 39b EStG Rn. 1, s. auch BMF 7.8.2013, BStBl. I, 951, Tz III 10, Rz 107 ■ f.

beitgeber dem BZSt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitgeteilt hat (§ 39e Abs. 5 S. 1 Nr. 1 und 2; Abs. 4 S. 5 EStG).

b) Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen

Für sozialversicherungspflichtig Beschäftigte hat der Arbeitgeber Beiträge und Umlagen abzuführen (s. Kap. 40). Dazu hat er der **Einzugsstelle** die in § 28a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 SGB IV erwähnten **Daten zu übermitteln**. Dazu gehören u. a. Versicherungsnummer, Familien- und Vornamen, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Angaben über seine Tätigkeit nach dem Schlüsselverzeichnis der Bundesagentur für Arbeit, die Betriebsnummer seines Beschäftigungsbetriebes, die Beitragsgruppen und die zuständige Einzugsstelle. Bei der Anmeldung sind anzugeben die Anschrift, der Beginn der Beschäftigung, sonstige für die Vergabe der Versicherungsnummer erforderliche Angaben, die Angabe, ob zum Arbeitgeber eine Beziehung als Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling besteht, die Angabe, ob es sich um eine Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt und die Angabe der Staatsangehörigkeit. Bei allen Entgeltmeldungen sind u. a. anzugeben das in der Rentenversicherung oder nach dem Recht der Arbeitsförderung beitragspflichtige Arbeitsentgelt in Euro, der Zeitraum, in dem das angegebene Arbeitsentgelt erzielt wurde, sowie Wertguthaben, die auf die Zeit nach Eintritt der Erwerbsminderung entfallen. Die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung dieser Daten beruhen auf **§ 28a SGB IV**, der als Befugnisnorm der Regelung des § 26 BDSG als *lex specialis* vorgeht. Die Daten sind der Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag grundsätzlich auf elektronischem Wege zu übermitteln (§ 28a Abs. 1 Satz 3 SGB IV). Dabei sind Datenschutz und Datensicherheit nach dem jeweiligen Stand der Technik sicherzustellen und bei Nutzung allgemein zugänglicher Netze Verschlüsselungsverfahren zu verwenden (§ 28a Abs. 1 Satz 2, HS 2 SGB IV). Die Einzelheiten sind in der Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung (**DEÜV**)⁶⁷ geregelt. Ähnliche Meldepflichten enthält § 28a Abs. 2a, Abs. 3 SGB IV gegenüber dem zuständigen Unfallversicherungsträger. Außerdem hat der Arbeitgeber für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Entgeltunterlagen in deutscher Sprache zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung (§ 28p SGB IV) folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren (§ 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV).

67 Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozialversicherung vom 23.1.2006, BGBl. I, S. 152, zuletzt geändert durch Art. 3 der Verordnung vom 7.12.2017, BGBl. I, S. 3906.

5. Übermittlung personenbezogener Entgeltdaten an Belegschaftsvertretungen

- 39 Nicht selten verlangen mitbestimmungsrechtliche Vorschriften in Gesetzen oder Kollektivvereinbarungen (Tarifverträgen, Betriebs-, Sprecher- und Dienstvereinbarung), dass den Belegschaftsvertretungen personenbezogene Entgeltdaten der von ihnen vertretenen Beschäftigten zu übermitteln sind, um die nach dem Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht vorgesehenen Beteiligungsrechte wahrzunehmen. **Welche Daten** in welcher Weise zur Verfügung zu stellen sind, **bestimmen die einschlägigen Vorschriften des Mitbestimmungsrechts**, nicht jedoch § 26 BDSG.⁶⁸ Sie sind es auch, die den notwendigen Erlaubnistatbestand für eine zulässige Datenverarbeitung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO bilden. § 26 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BDSG, der gegenüber der Fassung in § 32 Abs. 1 BDSG aF neu in das Gesetz eingefügt wurde, will die bisherige Rechtslage klarstellen,⁶⁹ aber nicht verändern. Die Klarstellung wurde durch den ersatzlosen Wegfall von § 4 Abs. 1 BDSG aF notwendig, der die Datenverarbeitung aufgrund einer gegenüber dem BDSG vorrangigen Erlaubnisnorm vorsah. Dazu gehörten außer den Mitbestimmungsgesetzen auch die in Kollektivverträgen enthaltenen Regelungen über die Verarbeitung von Beschäftigtendaten.⁷⁰
- 40 Grenzen für die Übermittlung von personenbezogenen Entgeltdaten an die Belegschaftsvertretungen ziehen Art. 88 Abs. 2 DS-GVO und § 26 Abs. 1 BDSG. Zentral ist das in § 26 Abs. 1 BDSG ausdrücklich erwähnte **Erforderlichkeitsprinzip**. Entgeltdaten dürfen dem Betriebs- oder Personalrat bzw. Sprecherausschuss nur insoweit zur Verfügung gestellt werden, wie dies zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben notwendig ist.⁷¹ Der Erforderlichkeitsbegriff ist primär durch datenschutzrechtliche Vorgaben geprägt, nicht durch mitbestimmungsrechtliche.⁷² § 26 Abs. 1 BDSG bindet sowohl den Arbeitgeber bei der Zusammenstellung und Weitergabe von Beschäftigtendaten an die Belegschaftsvertretung als auch diese selbst bei der weiteren Verarbeitung der überlassenen personenbezogenen Daten.⁷³ Die Vorschrift ist **zwingend**. Abreden zwischen den Betriebsparteien über die Weiterleitung von Beschäftigtendaten, die über das nach § 26 Abs. 1 BDSG notwendige Maß hinausgehen, sind unzulässig.⁷⁴ Sie lassen sich auch nicht auf § 26 Abs. 4 BDSG stützen. Insbesondere darf dem Betriebsrat **kein lesender Zugriff auf das automatische Perso-**

68 Ebenso Gola, BB 2017, 1462, 1464 f.

69 Begr. RegE, vgl. Drucks. 18/11325, 96.

70 Statt aller Gola/Schomerus, § 4 BDSG Rn. 10.

71 Gola/Pöters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 2139.

72 Ebenso Wybitul, NZA 2017, 413, 416.

73 Ebenso Gola, BB 2017, 1462, 1466.

74 Gola/Pöters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 2137; Kort, NZA 2010, 1038; ders., RDV 2012, 8, 10.

naldatenverarbeitungssystem des Arbeitgebers eingeräumt werden.⁷⁵ Maßgebend für den Umfang der verarbeiteten Beschäftigtendaten und die Dauer ihrer Speicherung ist der damit im jeweiligen Einzelfall verbundene Zweck. Dieser wird durch das jeweilige Beteiligungsrecht zwingend vorgegeben. Eine Verarbeitung kommt nur dann und nur solange in Betracht, wie Unterlagen der Belegschaftsvertretung im Rahmen ihrer mitbestimmungsrechtlich begründeten Informationsansprüche überlassen werden dürfen. Daten, die die Belegschaftsvertretung zur Wahrnehmung ihrer Beteiligungsrechte immer wieder benötigt und ihr deshalb in Kopie auf Dauer überlassen werden dürfen, können von ihr auch automatisiert gespeichert werden.⁷⁶

6. Übermittlung personenbezogener Entgeltdaten bei Unternehmensverkäufen

a) Problem

Vor dem Erwerb eines Betriebes, Betriebsteiles, Unternehmens oder von Unternehmensanteilen wird der Käufer die wirtschaftliche, finanzielle, organisatorische und rechtliche Situation des Kaufobjekts sorgfältig prüfen wollen. Dazu dient die sog. **Due Diligence**, bei der der Veräußerer die aus seiner Sicht für die Transaktion notwendigen Informationen zur Verfügung stellt.⁷⁷ Das geschieht durch **Überlassung der Daten in einem realen oder virtuellen Datenraum**. Personenbezogene Entgeltdaten der im Betrieb oder Unternehmen des Veräußerers Beschäftigten spielen dabei eine wichtige Rolle. Denn aus ihnen ergibt sich die zukünftige Belastung mit **Personalkosten**. Nicht selten lassen sich Führungskräfte nur dann für einen Betriebsübergang gewinnen, wenn ihnen der Erwerber auch vergütungsmäßig „entgegenkommt“. Zu diesem Zweck benötigt der Erwerber genaue **Kenntnis über die Entgelthöhe und Entgeltstruktur von „Key Playern“**, wovon diese – jedenfalls in einem frühen Stadium der Verhandlung – jedoch nichts erfahren dürfen. Kommt es tatsächlich zum Verkauf, benötigt der Erwerber weitere Entgeltdaten, um die organisatorische Eingliederung der übernommenen Einheit vorzubereiten und nach dem Vollzug der **Transaktion auch ordnungsgemäß durchzuführen**. 41

⁷⁵ BAG 16.8.2011, 1 ABR 22/10, NZA 2012, 342; LAG Nürnberg 4.8.2004 – 4 TaBV 49/03, BeckRS 2010, 71976; *Gola*, BB 2017, 1462, 1464 f.; *Kort*, NZA 2010, 1038.

⁷⁶ Zu Vorstehendem *Gola*, BB 2017, 1462, 1466.

⁷⁷ Eine Checkliste der für Unternehmenstransaktionen relevanten Personaldaten findet sich bei *Grimm/Böcker*, NZA 2002, 193.

b) Due Dilligence

- 42 Die in einen Datenraum eingestellten Entgeltdaten unterfallen dem Schutz der DS-GVO und des BDSG, wenn es sich um personenbezogene Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO handelt. Das ist der Fall, wenn sie mit dem Namen einer bestimmten Person übermittelt werden oder wenn statt des Namens die Sozialversicherungsnummer, Steueridentifikationsnummer oder Personalnummer verwendet wird.⁷⁸ Ist dagegen der Erwerber **außerstande**, einen **Personenbezug** zu den ihm offengelegten **Entgeltdaten herzustellen, gilt weder die DS-GVO noch das BDSG**.⁷⁹ So liegt es, wenn dem Erwerber nur allgemeine Informationen über das Entgeltsystem mitgeteilt werden.⁸⁰ Angaben über Bonusregelungen, Mitarbeiterbeteiligungsprogramm („Stock Option Pläne“), Dienstwagenregelungen, betriebliche Altersversorgung usw. unterfallen nicht dem Datenschutz. Entsprechendes gilt, wenn bestimmte Entgeltdaten zwar an sich einen konkreten Personenbezug aufweisen, jedoch **anonymisiert** wurden. Das verlangt, dass die Entgeltangabe nicht mehr oder nur noch mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten Person zugeordnet werden kann („faktische Anonymisierung“).⁸¹ Beispiele sind das Schwärzen von Dokumenten oder die Mitteilung rein abstrakt-statistischer Daten, wie etwa die durchschnittliche Höhe der Gehälter verschiedener Arbeitnehmergruppen. Lassen sich die an sich „anonymisierten“ Entgeltdaten vergleichsweise leicht wieder „re-individualisieren“, also konkreten Personen zuordnen, findet auch das Datenschutzrecht wieder Anwendung. Diese Gefahr besteht vor allem bei kleinen Unternehmen mit nur wenigen Mitarbeitern, aber auch bei Führungskräften, wenn deren Stellenbezeichnung oder Tätigkeitsbeschreibung Rückschlüsse auf konkrete Arbeitnehmer zulässt.
- 43 Allerdings wird der Erwerber gerade bei Führungskräften regelmäßig darauf bestehen, deren **personenbezogene Daten unverschlüsselt im Klartext** zu erhalten, da sie für ihn als Funktionsträger unverzichtbar sind und er sich deshalb auch mit Blick auf das Entgelt ein zutreffendes Bild von ihnen können machen muss.⁸² Dass die Offenlegung ihrer Entgeltdaten eine nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO erlaubnispflichtige Datenverarbeitung darstellt, ist evident. **§ 26 BDSG scheidet als Verarbeitungsgrundlage aus**, weil die Übermittlung nicht der Durchfüh-

78 Sander/Schumacher/Kühne, ZD 2017, 105, 106.

79 Grau, FS Willemsen, S. 147, 148; Hofmann/Johannes, ZD 2017, 221, 223; Plath-Schreiber, Art. 4 DS-GVO Rn. 11.

80 Allerdings können Namensnennungen in der Unterschriftenzeile oder sonstige Angaben zum Urheber Hinweise auf Einzelpersonen enthalten, die geschwärzt werden sollten, wenn sie nicht ohnehin „betriebsöffentlich“ sind, Grau, FS Willemsen, S. 147, 153.

81 Grau, FS Willemsen, S. 147, 148; Sander/Schumacher/Kühne, ZD 2017, 105, 106.

82 Göpfert/Meyer, NZA 2011, 486, 489.

nung des Beschäftigungsverhältnisses mit der Führungskraft dient.⁸³ Will man – schon aus Gründen der Geheimhaltung der Transaktion – nicht auf ihre Einwilligung angewiesen sein, kommt nur **Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO** als Rechtfertigungsnorm in Betracht.⁸⁴ Zu prüfen ist dann, ob die Offenlegung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Veräußerers bzw. des Erwerbers erforderlich ist und die Interessen der Führungskraft gewahrt sind. Allgemein hat der für die Datenverarbeitung Verantwortliche ein **berechtigtes Interesse an einer Offenlegung**, wenn er ein vernünftiges ideelles oder wirtschaftliches Ziel verfolgt, zu dessen Erreichung er auf die Übermittlung der Daten angewiesen ist.⁸⁵ Das ist **bei einer Due Dilligence grundsätzlich zu bejahen**. Ohne die Übermittlung der relevanten Informationen, zu denen auch die Entgeltdaten der Führungskräfte gehören, müsste der Unternehmensverkauf unterbleiben oder wäre jedenfalls erheblich erschwert.⁸⁶ Allerdings ist bei der Offenlegung der Entgeltdaten der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu wahren. Danach dürfen nur solche Klardaten übermittelt werden, die ein sorgfältig handelnder Erwerber für eine angemessene Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse des angebotenen Unternehmens wirklich benötigt. **In einer frühen Phase einer solchen Transaktion**, bei der oft mehrere Bieter beteiligt sind, müssen **Entgeltdaten** im größtmöglichen Umfang **anonymisiert** werden, zumal das Zustandekommen eines Kaufvertrages noch vollkommen ungewiss ist.⁸⁷ Später, wenn sich ein konkreter Kaufinteressent gefunden hat, hat der Veräußerer angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um die Geheimhaltung und Sicherheit der Daten zu gewährleisten. Notwendig sind **Vertraulichkeitsvereinbarungen**,⁸⁸ die u. a. sicherstellen, dass nur wenige Personen auf Seiten des Erwerbers Zugang zu den Daten erhalten. Erforderlich sind ferner Regelungen zur Datensicherheit, zur Separierung der Daten, zu Zweck- und Weitergabebeschränkungen sowie zur Rückgabe von Unterlagen bzw. zur Vernichtung von Daten nach (erfolgloser) Beendigung der Due Diligence.⁸⁹

c) Vollzug der Unternehmenstransaktion

Kommt es nach einem erfolgreichen Vertragsschluss zum Vollzug der Unternehmenstransaktion, müssen sämtliche Entgeltdaten an den Erwerber übermittelt **44**

83 Göpfert/Meyer, NZA 2011, 486, 488; Grau, FS Willemsen, S. 147, 148; Sander/Schumacher/Kühne, ZD 2017, 105, 108.

84 Grau, FS Willemsen, S. 147, 149.

85 HaKo-DS-GVO-Reimer, Art. 6 Rn. 54; Schaffland/Wiltfang/Schaffland/Holthaus, Art. 6 DS-GVORn. 285.

86 Göpfert/Meyer, NZA 2011, 486, 488.

87 Grau, FS Willemsen, S. 147, 150.

88 Göpfert/Meyer, NZA 2011, 486, 489; Grau, FS Willemsen, S. 147, 150.

89 Zur Problematik der Zweckänderung der Entgeltdaten s. Grau, FS Willemsen, S. 147, 150f.

werden: sei es, um der **Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB** zu genügen, sei es zum Zweck der „**post merger integration**“, also der organisatorischen Einbindung des erworbenen Betriebs oder Unternehmens in die Unternehmensstruktur des Erwerbers. Die Offenlegung der Daten durch Übermittlung stellt dabei stets eine nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO erlaubnispflichtige Datenverarbeitung i. S. d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO dar,⁹⁰ und zwar unabhängig davon, ob der Erwerber als Dritter i. S. d. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO anzusehen ist; für den Begriff der Offenlegung spielt das keine Rolle.⁹¹

- 45 Rechtsgrundlage für die Übermittlung ist § 26 Abs. 1 BDSG.** Sie dient der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses, das wegen § 613a Abs. 1 BGB von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergeht. Eine wegen Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO grundsätzlich verbotene **Änderung des Verarbeitungszwecks** der übermittelten Daten ist nicht gegeben, sofern die Daten wie bisher für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses genutzt werden sollen.⁹² Daher ist eine (erneute) Erhebung der vom Erwerber benötigten Entgeltdaten unmittelbar bei den Beschäftigten nicht erforderlich, zumal das bislang geltende Gebot der Direkterhebung der Daten beim Betroffenen (§ 4 Abs. 2 Abs. 1 BDSG aF) nach hM keinen Eingang in die DS-GVO gefunden hat, dort jedenfalls nicht ausdrücklich erwähnt ist.⁹³

d) Transparenzgebot

- 46** Veräußerer und Erwerber haben ein großes **Interesse** daran, dass ihre **Verhandlungen geheim bleiben**. Das gilt vor allem bei der Due Diligence, jedenfalls solange der Veräußerer noch mit mehreren Kaufinteressenten verhandelt. Eine **Informationspflicht** des Arbeitgebers über die Weitergabe personenbezogener Daten oder ein **Auskunftsrecht** des Arbeitnehmers **würde dem ersichtlich im Wege stehen**. Genau dazu ist der bisherige Arbeitgeber aber an sich verpflichtet. Denn Art. 13 Abs. 3 DS-GVO verlangt vom Verantwortlichen, der betroffenen Person vor einer zweckändernden Weiterverarbeitung ihrer Daten Angaben über den geänderten Verarbeitungszweck zusammen mit weiteren Informationen nach Art. 13 Abs. 2 DS-GVO zur Verfügung zu stellen. In einer Due Diligence liegt eine solche Zweckänderung, weil die an den Kaufinteressenten übermittelten Entgeltdaten nicht mehr der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses dienen, für die sie ursprünglich erhoben wurden. Freilich bestimmt die Vorschrift für diese Unterrichtung keinen genauen Zeitpunkt. Nicht ausgeschlossen

90 Wegen des gesetzl. angeordneten Arbeitgeberwechsels wird zuweilen bezweifelt, dass es sich dabei um eine rechtfertigungsbedürftige Datenübermittlung an einen Dritten handelt, vgl. *Krohm*, Unternehmenstransaktionen, S. 142.

91 Ausf. Maschmann/Fritz-Maschmann, Matrixorganisationen, Kap. 5 Rn. 43.

92 *Grau*, FS Willemssen, S. 147, 155; *Sander/Schumacher/Kühne*, ZD 2017, 105, 109.

93 *Kühling/Buchner-Bäcker*, Art. 13 DS-GVO Rn. 3.

scheint es daher, dem **Arbeitnehmer** bereits bei der Einstellung oder jedenfalls **unabhängig von einer konkreten Transaktion „abstrakt“ mitzuteilen**, dass seine Beschäftigtendaten zum Zwecke einer Due Dilligence Dritten **mitgeteilt werden**,⁹⁴ wenngleich eine solche Information reichlich nebulös bleibt und daher dem Transparenzgebot an sich zuwiderläuft. Das gilt um so mehr, als § 15 DS-GVO spiegelbildlich zu § 13 DS-GVO ein Auskunftsrecht des Betroffenen vorsieht, das ebenfalls sicherstellen soll, dass der Betroffene von einer Zweckänderung erfährt.⁹⁵ Deshalb fruchtet es letztlich nicht, wenn in der Literatur⁹⁶ der Versuch unternommen wird, Art. 14 Abs. 5 lit. b S. 1 Hs. 2 DS-GVO ins Spiel zu bringen, der die Pflicht zur Information der betroffenen Person ausschließt, wenn „dies die Ziele der Verarbeitung ernsthaft gefährden würde.“ Gerade letzteres wird zwar bei einem Unternehmenskauf anzunehmen sein, solange sich die geplante Transaktion noch in einer vertraulichen Phase befindet. Allerdings gilt Art. 14 DS-GVO nur für den Erwerber, wenn ihm als Verantwortlicher Daten übermittelt werden, die er nicht selbst beim Betroffenen erhoben hat, nicht jedoch für den bisherigen Arbeitgeber als Veräußerer. Da die Übermittlung der Daten durch den Veräußerer und deren Kenntnisnahme durch den Erwerber einen einheitlichen Vorgang bilden, wäre es in der Tat widersprüchlich, Art. 14 Abs. 5 lit. b S. 1 Hs. 2 DS-GVO nur beim Erwerber, nicht aber beim Veräußerer anzuwenden. Von daher spricht einiges dafür, die Unterrichtungspflicht nach § 13 Abs. 3 DS-GVO entsprechend einzuschränken.

7. Big Data Auswertungen („People Analytics“)

a) Begriff und Bedeutung

Unter Big Data versteht man die **strategische Analyse** und Auswertung **großer Datenmengen** aus einer Vielzahl unterschiedlicher Quellen und Dateisystemen. Mit Hilfe von **Algorithmen** und **künstlicher Intelligenz (KI)** sollen aus den an sich zusammenhangslos erscheinenden Daten Korrelationen und Kausalitäten erkennbar werden. „Unsichtbares“ will man auf diese Weise sichtbar machen. Das strategische Ziel ist anspruchsvoll: **Unternehmerische Entscheidungen** sollen nicht länger vom Bauchgefühl der Verantwortlichen abhängen, sondern eine stärker **evidenzbasierte Grundlage erhalten**. Dazu bedarf es als ersten Schritt der „**Descriptive Analytics**“. Sie beschreibt Unternehmensprozesse und visualisiert Vorgänge, die sonst unbeachtet geblieben wären. „**Diagnostic Analytics**“ baut darauf auf und versucht, die maßgeblichen Gründe für bestimmte Ereignisse zu finden. Mit „**Predictive Analytics**“ ist das Endziel erreicht. Künftige Ereignisse sollen sich aufgrund analysierter Daten aus der Vergangen-

⁹⁴ Grau, FS Willemsen, S. 147, 158.

⁹⁵ Sander/Schumacher/Kühne, ZD 2017, 105, 109.

⁹⁶ Grau, FS Willemsen, S. 147, 157.

heit vorhersagen lassen. Im Kern geht es darum, bestimmte **Trends, Verhaltensmuster und „Einflussfaktoren“ zu erkennen**. Freilich hat es solche Datenanalysen schon immer gegeben. Neu ist jedoch die Menge der untersuchten Daten und die Geschwindigkeit, mit der dies geschieht.

- 48 Mustererkennungen im Personalwesen nennt man „**People Analytics**“.⁹⁷ Die Einsatzmöglichkeiten sind vielfältig. Verbreitet sind sie vor allem im **Rekrutierungsprozess**. Hier können Big Data und KI nicht nur bei der Erstellung von **Anforderungsprofilen** helfen, indem Persönlichkeitsmerkmale erfolgreicher Mitarbeiter zusammengetragen und miteinander verglichen werden, sondern auch bei der **Bewerberauswahl**, etwa indem Informationen aus sozialen Medien ausgewertet werden. Mit People Analytics lassen sich auch **Leistung und Verhalten der Mitarbeiter evidenzbasiert messen und bewerten**.⁹⁸ „**Likely-Leaver-Profile**“ versprechen zudem, unzufriedene, aber qualifizierte Mitarbeiter so früh wie möglich zu erkennen, um sie mit den richtigen Fördermaßnahmen vom Verlassen des Unternehmens abzuhalten.⁹⁹ Auch bei der **Entgeltfindung** kommen verstärkt People Analytics Verfahren zum Einsatz. Im Mittelpunkt steht die evidenzbasierte Gestaltung von Anreizmechanismen. So konnte mit Hilfe eines Datenanalyseverfahrens in einer **Bäckereikette** nachgewiesen werden, dass mit der Einführung eines Teambonus in bestimmten Filialen Umsatz und Gewinn signifikant stiegen, weil die Kunden dort schneller als bisher bedient wurden. Bei einem **Reparaturunternehmen** für Windschutzscheiben führte der durch People Analytics angestoßene Wechsel von einem Zeitlohn- zu einem Stücklohnsystem zu einem Produktivitätsgewinn von über 44 %.¹⁰⁰ Ein **HR-Dienstleister**, der über eine hohe Fluktuation seiner Mitarbeiter klagte, entdeckte mittels „**Conjoint Analyse**“, dass Kündigungen weniger wahrscheinlich waren, wenn die Mitarbeiter – bei gleichbleibendem Gesamtbetrag – keine jährlichen, sondern halbjährliche Gehaltserhöhungen erhielten.¹⁰¹ People Analytics verspricht Arbeitgebern, die Leistungslöhne zahlen, außerdem, das Engagement der Mitarbeiter „richtig“ (d. h. datenbasiert) und permanent zu messen, um so zu einer gerechteren, weil besser nachvollziehbaren Vergütung zu gelangen.¹⁰²

b) Datenschutzrechtliche Beurteilung

- 49 Für die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts ist entscheidend, ob es sich bei den beschriebenen Datenanalysen um eine Verarbeitung personenbezogener

97 Synonyme Bezeichnungen lauten: „HR Analytics“, „Talent Analytics“, „Workforce Analytics“.

98 Kunze, PERSONALquarterly 1/19, S. 46.

99 Dzida, NZA 2017, 541, 544; Holthaus/Park/Stock-Homburg, DuD 2015, 676, 678.

100 Biemann/Englmaier/Sliwka/Weller, PERSONALquarterly 3/17, S. 3, 11.

101 Lohaus/Müller/Wallemann/Graumann, PERSONALquarterly 4/17, S. 34.

102 Kunze, PERSONALquarterly 1/19, S. 46.

Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 und 2 DSGVO handelt.¹⁰³ Das ist **nicht** der Fall, wenn **ausschließlich anonymisierte Daten** analysiert werden, die eine Re-Identifizierung der betroffenen Person ausschließen (EG 26 DS-GVO). Davon ist auszugehen, wenn die **Daten hinreichend aggregiert** sind.¹⁰⁴ Lassen sich die anonymisierten Entgeltaten vergleichsweise leicht „re-individualisieren“, findet das Datenschutzrecht Anwendung. Dann bedarf die Analyse wegen Art. 6 Abs. 1 DS-GVO einer Verarbeitungsgrundlage. Dient die Analyse der **Durchführung eines konkreten Beschäftigungsverhältnisses**, kann sich die Erlaubnis aus § 26 Abs. 1 BDSG ergeben. Das kommt z. B. in Betracht, wenn das Entgelt eines bestimmten Mitarbeiters aufgrund datenanalytisch unterstützter Leistungsbeurteilung ermittelt werden soll. Dient sie der vorrangig der **Optimierung von Personalkosten**, ist Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO einschlägig. In beiden Fällen muss die Analyse erforderlich sein. Außerdem bedarf es einer Abwägung zwischen dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers an einer evidenzbasierten Grundlage für seine Entgeltfindung und den Persönlichkeitsrechten des Mitarbeiters. **Verboden ist die Totalüberwachung.**¹⁰⁵ Sie droht bei einem Vergütungssystem, das Leistung und Verhalten permanent aufzeichnet. Überdies ist auch die **Persönlichkeitsausleuchtung** nicht erlaubt.¹⁰⁶ Der Arbeitgeber hat in aller Regel kein berechtigtes Interesse an der Kenntnis von höchstpersönlichen Beschäftigendaten, wie innere Einstellungen, Gemütslagen und persönlichen Präferenzen seiner Mitarbeiter, selbst wenn diese für die Entgeltfindung relevant sein könnten.¹⁰⁷

People Analytics kollidiert darüber hinaus mit dem **Zweckbindungsgrundsatz**.¹⁰⁸ Dieser schreibt vor, dass personenbezogene Daten nur für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben und nicht auch für andere Zwecke weiterverarbeitet werden dürfen (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO).¹⁰⁹ Die Big-Data-Analyse erfolgt aber gerade zu solchen anderen Zwecken. Das ist nur dann zulässig, wenn die Weiterverarbeitung mit den Zwecken, zu den die Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbar ist. Dazu ist ein „**Kompatibilitätstest**“ nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 4 DSGVO erforderlich. Für die Vereinbarkeit spielt u. a. eine Rolle, ob es eine Verbindung zwischen den verschiedenen Zwecken gibt, ob für die Weiterverarbeitung dieselbe Person verantwortlich ist, ferner die Art der Daten, die möglichen Folgen der beabsichtigten Weiterverarbeitung für

103 Bissels/Mayer-Michaelis/Schiller, DB 2016, 3042; Dzida, NZA 2017, 541.

104 Ausf. zu Anonymisierungstechniken Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 216 v. 10.4. 2014; vgl. weiter EuGH 19.10.2016, C-582/14 – Breyer, m. Anm. Kühling/Klar, ZD 2017, 24.

105 BAG 27.3.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193.

106 Dzida, NZA 2017, 541, 545; Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 428.

107 Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 26, 35.

108 Culik/Döpke, ZD 2017, 226.

109 Kühling/Buchner-Herbst, Art. 5 DS-GVO Rn. 22; Paal/Pauly-Frenzel, Art. 5 DS-GVO Rn. 24; Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 389.

den Betroffenen sowie schließlich das Vorhandensein geeigneter Garantien, wie z. B. Verschlüsselung oder Pseudonymisierung. Probleme bereitet auch die Anwendung des **Transparenzprinzips** (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO). Hier ist bislang **ungeklärt**, ob und wie genau der Verantwortliche über den **Inhalt und die Funktionsweise der von ihm eingesetzten Analysesoftware aufzuklären hat**. Grundsätzlich **verboten** sind überdies **Entscheidungen, die ausschließlich auf automatisierten Verarbeitungen beruhen**, wenn sie für den Betroffenen rechtliche Wirkungen entfalten oder seine rechtlich geschützten Interessen erheblich beeinträchtigen (Art. 22 DS-GVO). Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob eine Entscheidung im Bereich der Entgeltfindung auch dann *ausschließlich* auf einer automatisierten Verarbeitung beruht, wenn das Ergebnis einer Big Data Analyse nur als evidenzbasierte Grundlage einer sodann vom Arbeitgeber persönlich getroffenen Entscheidung dient. Offen ist auch, ob Arbeitnehmerbeurteilungen (z. B. „Scores“) bereits „rechtliche Wirkungen“ oder „erhebliche Beeinträchtigungen“ enthalten.

III. Betriebliche Mitbestimmung

1. Beteiligungsrechte

a) Sinn und Zweck

- 51 In mitbestimmten Betrieben sind bei der Verarbeitung von Beschäftigtenaten die **Beteiligungsrechte** der Belegschaftsvertretung **zu beachten**. Sie verfolgen zwar dasselbe **Ziel** wie das gesetzliche Datenschutzrecht, nämlich den **Arbeitnehmer vor einer Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte zu bewahren**, bedienen sich hierzu jedoch eines anderen Instruments. Während das Datenschutzrecht diese Persönlichkeitsrechte durch bestimmte *inhaltliche* Verarbeitungsgrenzen zu gewährleisten sucht, sichert die präventive Einschaltung des Betriebsrats sie *verfahrensmäßig* ab. Die Beteiligungsrechte sind dabei als „kollektivrechtliche Ergänzung des individuellen Persönlichkeitsschutzes“ zu verstehen.¹¹⁰ Sie schützen die Individualinteressen der Betroffenen, indem sie dem **Betriebsrat** als demokratisch legitimiertem Organ der Betriebsverfassung das Recht einräumen, **über alle Verfahren**, mit denen der Arbeitgeber Beschäftigtenaten zu verarbeiten beabsichtigt, **informiert zu werden und sie auch inhaltlich mitzugestalten**.

b) Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

- 52 Dreh- und Angelpunkt der betrieblichen Mitbestimmung bei der Verarbeitung von Beschäftigtenaten ist § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Er sieht ein erzwingbares

¹¹⁰ Däubler, Gläserne Belegschaften Rn. 666; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 485.

Mitbestimmungsrecht für den Fall vor, dass der Arbeitgeber **technische Einrichtungen** einführt oder anwendet, die dazu **bestimmt** sind, das **Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen**. Das Mitbestimmungsrecht soll die Arbeitnehmer davor bewahren, durch den Einsatz von technischen Überwachungseinrichtungen in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt zu werden.¹¹¹ Bei solchen Einrichtungen droht stets die Gefahr, dass Arbeitnehmer zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht werden, die anonym personen- oder leistungsbezogene Informationen erhebt, speichert, verknüpft und sichtbar macht. Den davon ausgehenden Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts soll das Mitbestimmungsrecht entgegenwirken.¹¹² Nach Ansicht des BAG **reicht es aus**, wenn ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolgt. Danach ist sowohl die bloße Erhebung verhaltens- und leistungsbezogener Daten durch eine technische Einrichtung mitbestimmungspflichtig¹¹³ als auch die bloße Auswertung manuell erhobener Daten durch automatische Datenverarbeitung.¹¹⁴ Nicht erforderlich ist, dass das Programm die Überwachung der Arbeitnehmer bezweckt. Es genügt, dass es **zur Überwachung geeignet ist**; es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitgeber von der Möglichkeit Gebrauch macht. Nicht einmal die Erklärung des Arbeitgebers, er wolle die Überwachungsmöglichkeit nicht nutzen, schließt das Mitbestimmungsrecht aus.¹¹⁵ Daraus folgt: Nicht mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sind die Installation von Anlagen zur automatisierten Datenverarbeitung an sich.¹¹⁶ Hier hat der Betriebsrat allenfalls Mitwirkungsrechte nach anderen Vorschriften (v.a. nach § 90 BetrVG). Die Mitbestimmungspflicht wird erst ausgelöst durch die Verwendung von Programmen, die eine Verhaltens- oder Leistungsüberwachung zulassen.¹¹⁷ Das können sowohl Anwendungs- als auch Betriebsprogramme sein.¹¹⁸ Gerade Betriebsprogramme werden häufig schon im Interesse der Fehlersuche so gestaltet sein, dass sie Rückschlüsse auf die Leistung der Arbeitnehmer gestatten. Werden nur **anonymisierte oder pseudonymisierte Daten** verarbeitet, greift das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG regelmäßig nicht.¹¹⁹ Die **Speicherung von reinen Statusdaten**, wie z. B. Name, Anschrift, Geschlecht, Geburtsdatum, Familienstand, Kinderzahl, unterliegt an

111 BAG 13.12.2016, 1 ABR 7/15, NZA 2017, 657.

112 BAG 10.12.2013, 1 ABR 43/12, NZA 2014, 439 Rn. 27.

113 BAG 6.12.1983, 1 ABR 43/81, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 7.

114 BAG 14.9.1984, 1 ABR 17/54, 1 ABR 23/82, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 1, 9.

115 BAG 23.4.1985, 1 ABR 39/81, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 11.

116 LAG Schleswig-Holstein 9.6.1982, 5 TaBV 4/82, DB 1983, 995; LAG Niedersachsen 25.3.1982, 11 TaBV 7/81, DB 1982, 2039.

117 BAG 25.9.2012, 1 ABR 45/11, NZA 2013, 275.

118 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 233.

119 *Beckschulze/Fackeldey*, RDV 2013, 109, 117; *Gebhardt/Annuf*, NZA 1995, 105; GK-BetrVG/*Wiese/Gutzeit* § 87 Rn. 572.

sich nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, weil diese als solche weder das Verhalten noch die Leistung der Mitarbeiter betreffen.¹²⁰ Das Mitbestimmungsrecht greift jedoch dann, wenn durch eine Verknüpfung von reinen Statusdaten mit sonstigen „neutralen“ Daten (z. B. Uhrzeit, Entfernung, Kunden- oder Auftragsnummer) Aussagen über das Verhalten oder die Leistung von Mitarbeitern ermöglicht werden.¹²¹

- 53 Der Betriebsrat hat mitzubestimmen bei der **Einführung** von Kontrolleinrichtungen und bei der **Anwendung**,¹²² wobei die Einführung das „Ob“ und die Anwendung das „Wie“ betrifft.¹²³ Bei seinen Überlegungen hat er die berechtigten Belange des Arbeitgebers, wie Abwehr von Gefahren, Sicherung des Eigentums, rationelle Arbeitsgestaltung oder Kosten gegen das Interesse der Arbeitnehmer auf Schutz ihrer Persönlichkeit abzuwägen.¹²⁴ Die **Mitbestimmung** bezieht sich auf den **Aufbau des Systems, die erfassten Daten und die zulässigen Auswertungen**.¹²⁵ Bei der Speicherung von leistungs- oder verhaltensrelevanten Beschäftigtendaten unterliegt die inhaltliche Gestaltung des Speicherungs- und Verarbeitungsprogramms zur mitbestimmungspflichtigen Anwendung der technischen Überwachungseinrichtung. Damit hat der Betriebsrat auch das Recht, bei der Bestimmung der **Verwendungszwecke** gespeicherter Leistungs- und Verhaltensdaten mitzubestimmen.¹²⁶

c) Überwachungsrecht des Betriebsrats

- 54 Unabhängig davon hat der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Aufgabe, die ordnungsgemäße Durchführung aller zugunsten von Arbeitnehmern geltenden Gesetze und Betriebsvereinbarungen **zu überwachen**. Für das BDSG a. F. wurde der arbeitnehmerschützende Charakter der Vorschrift allgemein bejaht, jedenfalls soweit es um Arbeitnehmerdaten ging.¹²⁷ Nichts anderes gilt für die Regelungen der DS-GVO und des BDSG 2018, da auch sie vor allem dem Schutz der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dienen. Nach der Rechtsprechung¹²⁸ hat der Arbeitgeber deshalb den Betriebsrat umfassend über alle For-

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

121 BAG 11.3.1986, 1 ABR 12/84, NZA 1986, 526; GK-BetrVG/*Wiese/Gutzeit* § 87 Rn. 566.

122 BAG 21.4.2004, 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556.

123 *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 768.

124 Vgl. BAG 11.3.1986, 1 ABR 48/84, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung 15.

125 *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 769.

126 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 249; *DKKW-Klebe*, § 87 BetrVG Rn. 189; vgl. BAG 11.3.1986, 1 ABR 12/84, NZA 1986, 526.

127 BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747; LAG Niedersachsen 28.9.1979, EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 64; *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 630; *Gola/Pötters/Wronka*, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 1804.

128 BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747.

men der (elektronischen) Verarbeitung personenbezogener Daten der Arbeitnehmer zu unterrichten. Mitzuteilen ist, welche personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer gespeichert und zu welchen Zwecken sie verarbeitet werden. Werden die **Daten an externe Dritte** (Abrechnungszentren, Steuerbüros usw.) **weitergeleitet**, muss der **Betriebsrat auch darüber unterrichtet werden**, welche Daten welcher Stelle zu welchen Zwecken übermittelt werden. Ferner muss er über alle Maßnahmen informiert werden, die der Arbeitgeber zum Schutz der Beschäftigten ergriffen hat. Das hat so ausführlich zu geschehen, dass der Betriebsrat selbst beurteilen kann, ob diese genügen, um eine rechts- und zweckwidrige Datenverarbeitung zu verhindern. Dass die Datenverarbeitung nicht im Betrieb selbst, sondern bei einem anderen Unternehmen einer Unternehmensgruppe oder im Wege der Auftragsdatenverarbeitung erfolgt, steht dem nicht entgegen. Der Arbeitgeber kann sich seinen Informationspflichten nicht dadurch entziehen, dass er einen Dritten mit der Datenverarbeitung beauftragt.¹²⁹

Der Betriebsrat hat vielmehr das Recht, auch das **Verarbeitungsverzeichnis** **55** **(Art. 30 DS-GVO) einzusehen**,¹³⁰ und kann überdies verlangen, dass ihm der Datenflussplan, der Pflichtenkatalog und das Organisationsschema des Verarbeitungssystems zugänglich gemacht werden.¹³¹ Außerdem kann er durch gelegentliche **Stichproben** die Einhaltung aller datenschutzrechtlichen Normen überprüfen.¹³² Ein lesender online-Zugriff auf das Datenverarbeitungssystem des Arbeitgebers steht ihm dagegen nicht zu.¹³³

Der Arbeitgeber hat den **Betriebsrat so zu unterrichten, dass er die erhaltenen Informationen auch tatsächlich verstehen kann**.¹³⁴ **56** Angesichts der Schwierigkeit und Komplexität der Materie kann das einen größeren Zeitaufwand, Wiederholungen und Einzelerklärungen erforderlich machen. Soweit notwendig, kann der Betriebsrat darüber hinaus verlangen, dass ihm der Arbeitgeber **sachkundige Arbeitnehmer** als Auskunftspersonen zur Verfügung stellt (§ 80 Abs. 2 S. 3 BetrVG). Zu diesen internen Unterrichtungsmöglichkeiten gehört auch die Befragung des **betrieblichen Datenschutzbeauftragten**.¹³⁵ Bleiben nach Ausschöpfung aller internen Informationswege noch Fragen offen, hat

129 BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747, 749; Gola/Pötters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 1813 ff.

130 Zu Vorstehendem BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747, 749.

131 LAG Hamburg 20.6.1985, 7 TaBV 10/84, CR 1986, 476, 479.

132 LAG Hessen 18.3.1993, 12 TaBV 106/93, LAGE § 80 BetrVG 1972 Nr. 9; DKKW-Buschmann, § 80 BetrVG Rn. 12 ff.; Fitting, § 80 BetrVG Rn. 37.

133 BAG 16.8.2011, 1 ABR 22/10, NZA 2012, 342; LAG Nürnberg 2.12.2009 – 4 TaBV 61/07.

134 BAG 17.3.1987, 1 ABR 59/85, NZA 1987, 747, 750.

135 LAG Berlin 30.7.1985, 3 TaBV 6/85, LAGE § 80 BetrVG 1972 Nr. 4; LAG Hessen 11.1.1985, 13 Sa 515/85, ARSt 1986, 35; Gola/Pötters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 1852.

der Betriebsrat das Recht, auch einen **externen Sachverständigen** hinzuziehen.¹³⁶ Dazu bedarf es einer vorherigen Vereinbarung mit dem Arbeitgeber (§ 80 Abs. 3 BetrVG). In ihr sind das Thema, zu dessen Klärung der Sachverständige hinzugezogen werden soll, die voraussichtlichen Kosten seiner Hinzuziehung und die Person des Sachverständigen festzulegen. Können sich die Betriebsparteien nicht einigen, entscheidet auf Antrag des Betriebsrats das Gericht.¹³⁷

2. Zuständiges Gremium

- 57 Zuständig für die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte ist grundsätzlich der für den jeweiligen Betrieb gewählte Betriebsrat. Als Interessenvertretung vor Ort agiert er näher am Geschehen und kann daher besser als die Gremien, deren Mitglieder nur entsandt, aber nicht gewählt sind, die Interessen der Belegschaft vertreten.¹³⁸ Der Gesamtbetriebsrat bzw. der Konzernbetriebsrat ist lediglich dann zuständig, wenn die zu regelnde Angelegenheit nicht auf den einzelnen Betrieb oder ein einzelnes konzernangehöriges Unternehmen beschränkt ist und eine **zwingende sachliche Notwendigkeit für eine unternehmenseinheitliche oder zumindest betriebsübergreifende Regelung** besteht.¹³⁹ Dass der Arbeitgeber auf allen Rechnern in sämtlichen Betrieben dieselbe Programme, Eingabemasken und Formate für die Entgeltabrechnung verwendet, um durch diese **Standardisierung** Kosten zu sparen, **genügt nicht**, um die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zu begründen.¹⁴⁰ Eine technische Notwendigkeit zu einer betriebsübergreifenden Regelung kann sich aber daraus ergeben, dass **Daten erhoben** und verarbeitet werden, die auch zur **Weiterverwendung in anderen Betrieben bestimmt** sind.¹⁴¹ Da die **Datenweiterleitung** von einem Betrieb zum nächsten einen **einheitlichen, untrennbaren Vorgang** bildet, kann sie auch nur durch einheitliche Bestimmung geregelt werden, an die sowohl der die Daten übermittelnde als auch der sie empfangende Betrieb gebunden sind.¹⁴² Eine solche Regelung sorgt dafür, dass die in den Betrieben erhobenen und verarbeiteten Daten exportiert und importiert und sodann in anderen Betrieben ohne zusätzlichen technischen Aufwand genutzt werden können. Dies gilt nach der Rechtsprechung sogar dann, wenn die Betriebe nicht unmittelbar miteinander vernetzt

136 Vgl. OVG NRW 8.11.2000, 1 A 5943/98.PVL, RDV 2001, 239.

137 BAG 19.4.1989, 7 ABR 87/87, NZA 1989, 936.

138 BAG 26.1.2016, 1 ABR 68/13, NZA 2016, 498 Rn. 24

139 BAG 15.1.2002, 1 ABR 13/01, EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 19; LAG Berlin-Brandenburg 8.8.2013 – 26 Sa 61/13.

140 BAG 11.11.1998, 7 ABR 47/97, NZA 1999, 947, 948; LAG Niedersachsen 24.5.2011, 1 TaBV 55/09, ZD 2011, 84.

141 BAG 14.11.2006, 1 ABR 4/06, NZA 2007, 399 Rn. 30 mwN; BAG 25.9.2012, 1 ABR 45/11, NZA 2013, 275 Rn. 26 f.; s. im Einzelnen *Bachner/Rupp*, NZA 2016, 207 m. Bsp.

142 BAG 20.12.1995, 7 ABR 8/95, NZA 1996, 945, 947.

sind, sondern der Datentransfer über einen gemeinsamen Server stattfindet. In einem solchen Fall ist eine unterschiedliche Ausgestaltung des elektronischen Datenverarbeitungssystems in den einzelnen Betrieben mit dessen einheitlicher Funktion nicht vereinbar.¹⁴³

Entsprechendes gilt, wenn ein Personalverwaltungssystem so angelegt ist, dass es einen **unternehmens- oder konzernweiten Zugriff auf die im System gespeicherten Beschäftigtendaten** gewährt, der eine **zentrale Nutzungs- und Überwachungsmöglichkeit erlaubt**. Das hat die Rechtsprechung¹⁴⁴ z. B. für das System SAP ERP angenommen, das in einem Konzern von der jeweils personalverwaltenden Konzerngesellschaft im „Einmandantenmodell“ genutzt wurde. Dort konnten die verarbeiteten Daten auf Grund einheitlicher Formate miteinander verknüpft, exportiert, importiert und für die Konzernunternehmen ohne zusätzlichen technischen Aufwand genutzt werden. Das betraf z. B. das Einlesen von Stundenkonten, den datenmäßigen Versand von Entgelt- oder Zeitrachweisen, die Erstellung der DEÜV-Meldungen sowie der Lohnsteuerbescheinigungen. Außerdem konnten durch benutzerdefinierte Datenbankfelder die von den Arbeitnehmern erhobenen Leistungs- und Verhaltensdaten konzernweit eingegeben, gefiltert und sortiert werden. Mit der eingebauten Protokollierungsfunktion konnten überdies sämtliche Zugriffe auf das System konzerneinheitlich festgehalten und überwacht werden. Ob das System tatsächlich konzernweit genutzt wurde, spielte für die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats keine Rolle,¹⁴⁵ weil das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG bereits dann greift, wenn die Möglichkeit zur Mitarbeiterkontrolle besteht. Allerdings muss die Entscheidung, ob ein DV-System betriebs-, unternehmens- oder konzernweit eingeführt wird, schon aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 14 GG) in der Hand des Arbeitgebers bleiben. Sie ist von der Belegschaftsvertretung bis zur Willkürgrenze zu respektieren¹⁴⁶ und steht auch nicht zur Disposition der Einigungsstelle.

143 BAG 14.11.2006, 1 ABR 4/06, NZA 2007, 399 Rn. 30 f.

144 BAG 25.9.2012, 1 ABR 45/11, NZA 2013, 275, 277.

145 So BAG 25.9.2012, 1 ABR 45/11, NZA 2013, 275, 277; aA LAG Niedersachsen 24.5.2011, 1 TaBV 55/09, ZD 2011, 84; *Fischer/Trittin*, NZA 2009, 343. Gleichgültig ist deshalb, ob alle Betriebe bzw. Konzerngesellschaften denselben „Mandanten“ von SAP nutzen oder auf verschiedene Mandanten aufgeteilt sind. Stets gelangt dieselbe Software zum Einsatz, weshalb bei einem Update alle angeschlossenen Nutzer betroffen sind, vgl. *Bachner/Rupp*, NZA 2016, 207, 209.

146 LAG Niedersachsen 24.5.2011, 1 TaBV 55/09, ZD 2011, 84, 86; zustimmend *Beckschulze/Fackeldey*, RDV 2013, 109, 112.

3. Regelung durch Betriebsvereinbarung

a) Bedeutung und Grenzen

- 59** Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Verarbeitung von Beschäftigten-daten bietet sich aus zwei Gründen an. Zum einen ist eine Datenverarbeitung, die ohne Beachtung der einschlägigen Beteiligungsrechte erfolgt, nicht nur mitbestimmungswidrig, sondern führt nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auch zu Unzulässigkeit gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter.¹⁴⁷ Zum anderen gilt eine als Ergebnis der Beteiligung zustandegekommene Vereinbarung als Erlaubnisnorm für die Datenverarbeitung nach § 26 Abs. 4 BDSG, Art. 6 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1 und 2 DS-GVO. 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“. Dazu ist eine **Güterabwägung** zwischen den Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers und dem schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls **erforderlich**.¹⁴⁸ Sind sich die Betriebsparteien darin einig, dass ihre Betriebsvereinbarung den Umgang mit personenbezogenen Beschäftigtendaten erlauben bzw. datenschutzrechtlich legitimieren soll, sollten sie dies ausdrücklich regeln. Aus Gründen der Transparenz empfiehlt sich die Klarstellung, dass sich der Arbeitgeber die Verarbeitung von Beschäftigtendaten auch auf der Grundlage gesetzlicher Vorschriften vorbehält, d.h. nach § 26 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO.

b) Systematischer Aufbau

- 60** In der Praxis hat es sich bewährt, die Regelungsmaterie „Datenschutz“ auf verschiedene Betriebsvereinbarungen aufzuteilen. In **IT-Rahmenvereinbarungen** werden die für sämtliche Verarbeitungsverfahren geltenden allgemeinen Grundsätze niedergelegt. Geregelt werden z. B. Fragen zum Geltungsbereich der IT-Regelungen, zur Prozess- und Projektgestaltung, zum Umgang mit Beschäftigtendaten, zu Zugriffs- und Kontrollrechten, zu Rechten der Arbeitnehmervertretungen sowie zur Entwicklung bestehender IT-Vereinbarungen samt Konfliktlösemechanismen. In **Einzel- bzw. „Detail“-Vereinbarungen** erfolgen dann die spezifischen Bestimmungen für das jeweilige Verarbeitungsverfahren. In ihnen werden die konkreten Zwecke des jeweiligen Verfahrens genannt, die dafür ver-

¹⁴⁷ Vgl. BAG 22.10.1986, 5 AZR 660/85, NZA 1987, 415; Gola/Pötters/Wronka, Arbeitnehmerdatenschutz-Hdb Rn. 2058.

¹⁴⁸ BAG 27.3.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193.

arbeiteten Beschäftigten Daten erwähnt sowie die technischen und organisatorischen Maßnahmen aufgeführt, die der Verantwortliche zum Schutz von Beschäftigten Daten zu ergreifen verspricht. Sie enthalten wiederum Anlagen, in der einzelne detaillierte Verfahrensschritte und Datenverarbeitungssysteme genau beschrieben werden. Die Vorteile eines solchermaßen gestuften Verfahrens liegen auf der Hand.¹⁴⁹ Zu allgemeinen Fragen müssen sich die Beteiligten nur einmal Gedanken machen. Haben sie hierzu für alle Seiten akzeptable Lösungen gefunden und die datenschutzrechtlichen Standards definiert, bleiben diese auch dann bestehen, wenn neue Verarbeitungsverfahren eingeführt oder vorhandene geändert werden sollen. Die Parteien können sich dann auf die Regelung von konkreten Einzelfragen in den Detail-Vereinbarungen konzentrieren. Im Idealfall ergibt sich auf diese Weise eine Vereinbarungshierarchie mit aufeinander abgestimmten Einzelregelungen. Je präziser die Rahmen- und Detailvereinbarungen die einzelnen Datenverarbeitungen regeln, desto eher werden Gerichte und Aufsichtsbehörden diese als gerechtfertigt ansehen.

Der Abschluss von IT-Rahmenbetriebsvereinbarungen unterliegt nicht der zwingenden betrieblichen Mitbestimmung,¹⁵⁰ weil sie noch keine konkreten Regelungen zur Mitarbeiterkontrolle enthalten. Sie können also nicht im Wege eines Einigungsstellenverfahrens erzwungen werden. Gleichwohl haben beide Parteien Interesse an einem freiwilligen Abschluss. Der Arbeitgeber benötigt sie als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm i. S. d. § 26 Abs. 4 BDSG, Art. 88 Abs. 2 DS-GVO, die Belegschaftsvertretung, um bestimmte Verarbeitungsgrundsätze allgemeinverbindlich durchzusetzen, wie z. B. den Ausschluss von Leistungs- und Verhaltenskontrollen. In Konzernunternehmen besteht momentan die Tendenz, den Aufwand und die Anzahl der Vereinbarungen zu verringern, um so die Wirtschaftlichkeit von Verhandlungs- und Regelungsprozessen zu erhöhen.¹⁵¹ Allerdings erweisen sich die derzeit gängigen IT-Systeme als derart komplex, dass sachgerechte Lösungen der datenschutzrechtlichen Probleme nur bei einer wirklich vertrauensvollen Zusammenarbeit der Betriebsparteien realistisch sind. Ziel ist es dann, den Einsatz der modernen IT-Technik mitzugestalten, statt ihn bloß zu kontrollieren oder gar zu beherrschen.¹⁵² Vertrauen muss aber auch zu den Systemadministratoren bestehen, denen durch Rahmenvereinbarungen möglichst klare, eindeutige und angemessene Arbeitsanweisungen zu erteilen sind.

149 *Beckschulze/Fackeldey*, RDV 2013, 109, 111.

150 Ebenso *Däubler*, Gläserne Belegschaften Rn. 817; *Wybitul*, NZA 2017, 1488, 1491.

151 *Böker/Demuth*, IKT-Rahmenvereinbarungen, S. 126.

152 *Böker/Demuth*, IKT-Rahmenvereinbarungen, S. 126.

IV. Weitere Pflichten des Verantwortlichen

1. Wer ist Verantwortlicher?

- 62 Verantwortlicher Adressat der datenschutzrechtlichen Verhaltenspflichten ist der **Arbeitgeber**, wenn und soweit er über das „Ob“ und das „Wie“ der Verarbeitung von Beschäftigtendaten entscheidet.¹⁵³ Abgestellt wird dabei auf das **Unternehmen**, d. h. auf den jeweils rechtlich selbständigen Rechtsträger, nicht auf den Betrieb oder Betriebsteil, auch nicht auf den Konzern als wirtschaftlicher Einheit.¹⁵⁴ Handeln für ihn natürliche Personen, bleibt der Arbeitgeber Verantwortlicher, wenn ihm deren Handeln zuzurechnen ist. Das ist zu bejahen, wenn sie nicht für eigene Zwecke, sondern für die des Arbeitgebers tätig werden.¹⁵⁵ Der Arbeitgeber hat als Verantwortlicher durch organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, dass Personal, das Zugang zu personenbezogenen Daten hat, diese nur auf seine Weisung hin verarbeitet (Art. 32 Abs. 4 DS-GVO, Art. 29 DS-GVO). Da sich das Personal nicht selbst auf Art. 6 DS-GVO als Befugnisgrundlage für eine Datenverarbeitung berufen kann, schafft die Weisung insoweit eine abgeleitete Rechtfertigung.¹⁵⁶
- 63 Der **Betriebsrat** gilt trotz seiner datenschutzrechtlichen Eigenverantwortung¹⁵⁷ – etwa bei der Datensicherung (Art. 5 Abs. 1 lit. f und Art. 32 DS-GVO) – als Teil des Unternehmens des Verantwortlichen und nicht als Dritter i. S. d. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO.¹⁵⁸ Die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat ist deshalb keine Auftragsdatenverarbeitung i. S. d. Art. 28 DS-GVO. Für die Übermittlung von Beschäftigtendaten innerhalb des Unternehmens an den Betriebsrat enthält § 26 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. eine spezielle Befugnis. Sie ist erlaubt, soweit sie zur Ausübung oder zur Erfüllung der sich aus einem Gesetz (z. B. BetrVG, TVG, KSchG, SGB IX) oder einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist. Ausdrücklich klargestellt wird, dass das **BDSG** die **Beteiligungsrechte des Betriebsrats** – insbesondere die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.¹⁵⁹ – **unberührt** lässt (§ 26 Abs. 6 BDSG).

153 Kühling/Buchner-Hartung, Art. 4 Nr. 7 DS-GVO Rn. 13.

154 Vgl. Plath-Schreiber, § 3 BDSG Rn. 57.

155 Monreal, ZD 2014, 611, 613; Mithlein, RDV 2016, 74, 75.

156 Paal/Pauly-Martini, Art. 29 DS-GVO Rn. 7.

157 Gola, BB 2017, 1462, 1466; Kort, ZD 2017, 319, 323.

158 Kühling/Buchner-Hartung, Art. 4 Nr. 7 DS-GVO Rn. 11.

159 S. im Einzelnen Richardi-Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 475 ff.; Wisskirchen/Schiller/Schwindling, BB 2017, 2105.

2. Zweckbindung

Der Grundsatz der **strengen Zweckbindung** (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO) verlangt, dass die Daten nur für Zwecke verarbeitet werden dürfen, die bereits vor der Erhebung eindeutig festgelegt sind. Eine Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken, die mit den ursprünglichen nicht vereinbar sind, ist verboten. **Die Verarbeitungszwecke** müssen der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Datenerhebung nach Maßgabe von Art. 13 Abs. 1 DS-GVO **mitgeteilt werden**. Sollen sie für einen anderen als für den ursprünglichen Zweck weiterarbeitet werden, ist die betroffene Person vorher zu informieren (§ 13 Abs. 3 DS-GVO). Ferner sind die Zwecke in einem **Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten** festzuhalten (Art. 30 Abs. 1 S. 2 lit. b DS-GVO). Darin hat der Verantwortliche anzugeben, welche technischen und organisatorischen Maßnahmen er getroffen hat, um ein angemessenes Datenschutzniveau zu gewährleisten (Art. 30 Abs. 1 S. 2 lit. g i.V.m. Art. 32 Abs. 1 DS-GVO). Ohne diesen Nachweis ist die Verarbeitung rechtswidrig (Art. 24 Abs. 1 S. 1 DS-GVO). Das Verarbeitungsverzeichnis ist grundsätzlich **schriftlich** zu führen, was auch in einem elektronischen Format erfolgen kann (Art. 30 Abs. 3 DS-GVO). **Befreit** von dieser Verpflichtung sind zwar Unternehmen oder Einrichtungen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen. Das gilt allerdings dann nicht, wenn die konkrete Verarbeitung nicht nur gelegentlich erfolgt oder wenn sensitive Daten i. S. d. Art. 9 DS-GVO verarbeitet werden (Art. 30 Abs. 5 DS-GVO).

64**3. Verantwortlichkeitsgrundsatz**

§ 26 Abs. 5 BDSG ordnet ferner ausdrücklich an, dass der Verantwortliche geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen muss, um die Einhaltung der insbesondere in Art. 5 DS-GVO dargelegten Grundsätze für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten sicherzustellen. Die dort in Abs. 1 lit. a–f genannten **sechs Prinzipien** sind bereits aus der DSRL und dem BDSG aF bekannt: **Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung, Integrität und Vertraulichkeit**. Die Datenverarbeitung muss nicht nur auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für den Beschäftigten nachvollziehbaren Weise erfolgen, sondern muss sich auf das für die Zweckerreichung **Notwendige beschränken**. Lässt sich der Zweck auch ohne Beschäftigtendaten erreichen – etwa durch entsprechende Technikgestaltung oder **Pseudonymisierung** (Art. 25 Abs. 1 DS-GVO) –, ist die Verarbeitung unzulässig. Ferner müssen Beschäftigtendaten **unverzüglich berichtigt oder gelöscht werden**, falls diese fehlerhaft oder unzulässig verarbeitet wurden (Art. 17 Abs. 1 lit. d DS-GVO). Ob damit eine ständige Prüfungspflicht gemeint ist, ist streitig. Es dürfte wohl genügen, eine Pflicht zur Einleitung eines Korrekturprozesses nur dann anzunehmen, wenn eine Da-

65

tenunrichtigkeit bekannt wird.¹⁶⁰ Beschäftigtendaten, die die Identifizierung des Betroffenen erlauben, dürfen überdies **nur so lange gespeichert werden**, wie dies zur Erreichung der vereinbarten Zwecke erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO). Außerdem müssen sie **vor unbefugtem Zugriff geschützt werden**. Dabei hat der Arbeitgeber sicherzustellen, dass Personal, das Zugang zu personenbezogenen Daten hat, diese nur nach seinen Anweisungen verarbeitet.¹⁶¹ Ferner sind die Vorschriften der Art. 32 ff. DS-GVO über Datensicherheit zu beachten, und es ist der betriebliche Datenschutzbeauftragte (Art. 37 DS-GVO) rechtzeitig vor der Verarbeitung zwecks Folgenabschätzung (Art. 35 DS-GVO) einzubinden.

4. Transparenz

- 66** Sollen Beschäftigtendaten **weitergeleitet** werden, so hat der Verantwortliche der betroffenen Person neben **dem Namen des Verantwortlichen und den Verarbeitungszwecken auch den vorgesehenen Empfänger mitzuteilen**, der die übermittelten Daten erhalten soll. Das ergibt sich aus Art. 13 Abs. 1 lit. e DS-GVO, wenn die Daten beim Betroffenen erhoben werden, und aus Art. 14 Abs. 1 lit. e DS-GVO, falls dies bei einem Dritten geschieht.
- 67** **Empfänger** i. S. d. DS-GVO ist jede Stelle, der personenbezogene Daten offenlegt werden (Art. 4 Nr. 9 S. 1 DS-GVO). Da der Empfänger kein Dritter i. S. v. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO zu sein braucht, besteht eine Informationspflicht auch hinsichtlich von Datenflüssen zwischen verschiedenen Untereinheiten des Verantwortlichen¹⁶² und erst recht bei Übermittlungen an andere Unternehmen des Konzerns. Das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzung einer privilegierten Auftragsverarbeitung i. S. d. Art. 4 Nr. 8, Art. 28 DS-GVO vorliegen. Denn auch Auftragsverarbeiter sind als Empfänger anzusehen.¹⁶³
- 68** Der Verantwortliche muss dem Betroffenen die **absehbaren Empfänger¹⁶⁴ oder Kategorien von Empfängern** mitteilen.¹⁶⁵ Der Begriff „Kategorien von Empfängern“ meint dabei die Zusammenfassung von Empfängern, die auf Grund eines ähnlichen Sachverhalts die Daten erhalten (z. B. alle Abteilungsleiter eines

160 Ebenso *Wybitul/Sürup/Pötters*, ZD 2015, 559, 562.

161 BT-Drucks. 18/11325, 98.

162 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 28.

163 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 28; Gola-Franck, Art. 14 DS-GVO Rn. 15; Sydow-Ingold, Art. 13 DS-GVO Rn. 19.

164 Im Gesetzgebungsverfahren wurden Bedenken geäußert, ob die Formulierung zu vage sei und deshalb etwa auch Mitarbeiter des Verantwortlichen erfasst sein können (s. Rat, 7978/1/15 REV 1, S. 23 Fn. 77). Das ist nicht von der Hand zu weisen.

165 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 30; Paal-Pauly, Art. 13 DS-GVO Rn. 18.

Unternehmens, Auftragsdatenverarbeiter).¹⁶⁶ Dabei sind die Empfänger nicht namentlich zu erwähnen, sondern abstrakt: Personalabteilung, Abteilungsleiter, Konzernleitung usw.¹⁶⁷ Sind bei der Datenerhebung bereits konkrete Empfänger bekannt, sind sie zu benennen. Ist das nicht der Fall, muss der Verantwortliche den geplanten Datentransfer so genau beschreiben, dass der Betroffene möglicherweise damit verbundene Risiken abschätzen kann.¹⁶⁸

Zur **Form** macht Art. 13 DS-GVO keine Angaben. Deshalb ist auf Art. 12 DS-GVO zurückzugreifen.¹⁶⁹ Die Vorschrift enthält kein spezielles Formerfordernis, sondern überlässt es dem Verantwortlichen, in welcher Art und Weise er den Betroffenen informiert.¹⁷⁰ Da die Vorschrift technikneutral gestaltet ist, kann die Unterrichtung **schriftlich oder elektronisch** – z. B. durch E-Mail – geschehen (Art. 12 Abs. 1 S. 2 DS-GVO). Allerdings muss sie individuell und gezielt erfolgen und kann daher nicht durch Hinweise in allgemeinen Geschäftsbedingungen ersetzt werden.¹⁷¹

Im Gegensatz zum früheren Recht spielt es unter der Geltung der DS-GVO keine Rolle mehr, **ob der Betroffene mit dem Datentransfer rechnen musste**.¹⁷² Die Einschränkung des § 4 Abs. 3 S. BDSG aF fehlt im neuen Recht.¹⁷³ Die Hinweispflicht entfällt allerdings dann, wenn der Betroffene bereits über die notwendigen Informationen verfügt (Art. 13 Abs. 4 DS-GVO). Dazu genügt es jedoch nicht, dass der Betroffene, wenn er sich nur vage vorstellen kann, wer seine Daten erhält, mit etwas Zusatzwissen auf die an sich exakt mitzuteilende Information schließen könnte. Im Anwendungsbereich von Art. 13 DS-GVO werden ihm solche Schlussfolgerungen gerade nicht zugemutet. Erst recht nicht muss er sich fehlende Informationen auf eigene Faust beschaffen.¹⁷⁴ Der Ausnahmetatbestand des Art. 13 Abs. 4 DS-GVO greift nur bei positiver Kenntnis; bloßes Kennenmüssen genügt nicht.

Teilt der Verantwortliche dem Betroffenen die für die Übermittlung relevanten Informationen nicht, unvollständig oder fehlerhaft mit, kann dies eine **Geldbuße** nach sich ziehen (Art. 83 Abs. 5 lit. b DS-GVO).¹⁷⁵ Eine andere Frage ist, ob auch

166 Vgl. Simitis-Dammann, Art. 19 EG-DatSchRL Rn. 6.

167 Gola-Franck, Art. 13 DS-GVO Rn. 16; BeckOK DatenschutzR-Schild, Art. 4 DS-GVO Rn. 104; aA Härting, DS-GVO, Rn. 59, der die Angabe der Kategorie nur genügen lassen will, sofern die Empfänger noch nicht genau feststehen.

168 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 30.

169 Gola-Franck, Art. 13 DS-GVO Rn. 34; Sydow-Ingold, Art. 13 DSGVO Rn. 14.

170 Sydow-Ingold, Art. 12 DSGVO Rn. 16.

171 Sydow-Ingold, Art. 12 DSGVO Rn. 17.

172 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 31.

173 Gola-Franck, Art. 14 DS-GVO Rn. 14.

174 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 84.

175 Gola-Franck, Art. 14 DS-GVO Rn. 36; Ehmann/Selmayr-Knyrim, Art. 13 DS-GVO Rn. 65.

die Datenübermittlung wegen des Verstoßes rechtswidrig wird. Das ist zu verneinen. War die betroffene Person **verpflichtet, die Datenübermittlung zu dulden**, so hätte der Verantwortliche die Daten letztlich auch bei ordnungsgemäßer Information weiterleiten dürfen. Die Informationspflicht dient dann nur dazu, dass der Betroffene Kenntnis über den Übermittlungsempfänger sowie über den Zweck und das Ausmaß der Verarbeitung erlangt, um seine Rechte geltend zu machen. Diese Funktion kann auch eine nachgeholte Information erfüllen. Folglich berührt der Pflichtverstoß die Rechtmäßigkeit der Datenübermittlung nicht.¹⁷⁶

V. Rechte des Betroffenen

1. Primäransprüche

- 72 Die Art. 12 ff. DS-GVO gewähren der von der Verarbeitung ihrer Daten betroffenen Person eine Reihe weiterer individueller Rechte. Zunächst kann sie vom Verantwortlichen **Auskunft** darüber verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden (Art. 15 DS-GVO). Ist das der Fall, hat sie der Verantwortliche zu unterrichten, und zwar über die Verarbeitungszwecke, die Kategorien der verarbeiteten Daten (z. B. Name, Wohnort, Betriebsabteilung, Alter, Personalnummer), die Empfänger und Zugriffsberechtigten der Daten, die Speicherdauer, das Recht auf Berichtigung, Löschung, Widerspruch und Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde sowie über die Herkunft der Daten, falls diese nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden. Werden personenbezogene Daten an einen Empfänger in einem „Drittland“ außerhalb der EU übermittelt, kann die betroffene Person Auskunft über die hierfür nach Art. 46 DS-GVO erforderlichen **Garantien** verlangen (Art. 15 Abs. 2 DS-GVO). Überdies hat der Verantwortliche eine **kostenlose Kopie der personenbezogenen Daten**, die Gegenstand der Verarbeitung sind, **zur Verfügung zu stellen** (Art. 15 Abs. 3 DS-GVO). Sodann kann die betroffene Person die unverzügliche **Berichtigung** unrichtiger bzw. die **Vervollständigung unvollständiger Daten** verlangen, indem sie z. B. ergänzende Erklärungen abgibt. Ferner kann sie die unverzügliche **Löschung** ihrer Daten fordern, etwa wenn deren Speicherung für das Erreichen des damit verfolgten Verarbeitungszwecks nicht mehr erforderlich ist, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung widerrufen oder Widerspruch gegen die Verarbeitung eingelegt hat oder wenn Daten unrechtmäßig verarbeitet wurden (Art. 17 Abs. 1 DS-GVO). Der Verantwortliche kann dem entgegen, dass er die Daten zur Ausübung oder zur Verteidigung von Rechtsansprüchen weiter benötigt (Art. 17 Abs. 3 lit. e DS-GVO). Nach Maßgabe von Art. 18 DS-GVO kann die betroffene Person auch die **Einschränkung der Verarbeitung** fordern, was zur Folge hat, dass die Daten – von ihrer Speicherung abgesehen – nur mit ihrer

176 Kühling/Buchner-Bäcker, Art. 13 DS-GVO Rn. 64.

Einwilligung oder zur Ausübung bzw. zur Verteidigung von Rechtsansprüchen des Verantwortlichen weiter verarbeitet werden dürfen. Hat die betroffene Person in die Datenverarbeitung eingewilligt, steht ihr ein **Recht auf Datenübertragbarkeit** nach Maßgabe von Art. 20 DS-GVO zu. Selbst wenn die Daten rechtmäßig verarbeitet werden, kann die betroffene Person jederzeit **Widerspruch** einlegen, wenn sich Gründe aus ihrer besonderen Situation ergeben. In diesem Fall muss der Verantwortliche nachweisen, dass zwingende Gründe für die Verarbeitung bestehen, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen (Art. 21 Abs. 1 DS-GVO). Außerdem kann die betroffene Person fordern, keiner Entscheidung unterworfen zu werden, wenn diese ausschließlich auf einer **automatisierten Verarbeitung** beruht und ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt (Art. 22 Abs. 1 DS-GVO), es sei denn, dass eine solche Entscheidung mit ihrer ausdrücklichen Einwilligung geschieht oder für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person erforderlich ist (Art. 22 Abs. 2 DS-GVO). Die Vorgaben der DS-GVO sind für das deutsche Recht – soweit es die Öffnungsklauseln in den Art. 13 ff. DS-GVO erlauben – durch die §§ 32 ff. BDSG eingeschränkt worden. Ob das erlaubt ist, wird die Rechtsprechung des EuGH klären müssen.

2. Sekundäransprüche

Ist einem Beschäftigten wegen eines Verstoßes gegen die DS-GVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden, hat er Anspruch auf **Schadenersatz** gegen den Verantwortlichen (Art. 82 Abs. 1 DS-GVO). Der **Verantwortliche** wird von seiner **Haftung nur dann befreit**, wenn er nachweist, dass er **in keinerlei Hinsicht** für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, **verantwortlich** ist (Art. 82 Abs. 3 DS-GVO). Das ist der Fall, wenn er sämtliche Sorgfaltsanforderungen erfüllt hat und ihm nicht die geringste Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist oder wenn der Schaden ausschließlich auf dem Verhalten der betroffenen Person oder höherer Gewalt beruht.¹⁷⁷ Dabei haftet der Verantwortliche auch für das Handeln seiner Mitarbeiter, ohne sich entlasten zu können. Eine unmittelbare Haftung trifft auch den Auftragsverarbeiter i. S. d. Art. 28 DS-GVO.

¹⁷⁷ Kühling/Buchner-Bergt, Art. 82 DS-GVO Rn. 54.

Kapitel 17

Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

Schrifttum: *F. Bayreuther*, Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung, NZA 2008, 12; *W. Bayreuther*, Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität – Die Lösung der Deutschen Bahn, in: Maschmann (Hrsg.), FS Hromadka, 2008, S. 1; *Bepler*, Gewillkürte „kollidierende“ Tarifpluralität und Tarifeinheitgesetz, RdA 2015, 194; *Brecht-Heitzmann*, Das Kombinationsprinzip als Lösung der Tarifpluralität, in: Dieterich/Le Friant/Nogler/Kezuka/Pfarr (Hrsg.), GS Zachert, 2010, S. 502; *Buchner*, Turbulenzen im Arbeitskampfrecht, BB 2008, 106; *Däubler/Bepler*, Das neue Tarifeinheitsrecht, 2016; *Forst*, Tarifpluralität und die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, ZTR 2011, 587; *Franzen*, Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193; *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht und das Tarifeinheitgesetz, ZTR 2017, 571; *Freckmann/Müller*, BAG kippt Grundsatz der Tarifeinheit – was nun?, BB 2010, 1981; *Greiner*, Das Tarifeinheitgesetz – Dogmatik und Praxis der gesetzlichen Tarifeinheit, NZA 2015, 769; *Hanau*, Der Kampf um die Tarifeinheit, DB 2010, 2107; *Heisig*, Arbeitsentgelt- und Arbeitszeitregelungen im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, 1991; *Jacobs*, Tarifpluralität statt Tarifeinheit – Aufgeschoben ist nicht aufgehoben, NZA 2008, 325; *Kamanabrou*, Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen, ZfA 2008, 241; *Krebbber*, Tarifrechtliche Probleme unter der Herrschaft der Tarifpluralität, RdA 2011, 23; *Löwisch*, Reparatur der Tarifeinheit als Sache des Gesetzgebers, NZA 2017, 1423; *Melot de Beauregard*, Das neue Gesetz zur Tarifeinheit, DB 2015, 1527; *Meyer*, Abstimmungspflichten in multilateralen Tarifvertragssystemen, NZA 2009, 993; *ders.*, Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnungstarifverträge bei Tarifpluralität, SAE 2010, 27; *ders.*, Fragerecht nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft bei Arbeitsbeginn?, BB 2011, 2362; *ders.*, Rechtliche wie praktische Unzulänglichkeiten einer Tarifpluralität, NZA 2006, 1387; *ders.*, Rücksichtnahme als Nebenpflicht auch konkurrierender Tarifvertragsparteien, in: Henssler/Joussen/Maties/Preis (Hrsg.), FS Wank, 2014, S. 351; *ders.*, Beschäftigungssichernde Tarifverträge, ZTR 2005, 394; *ders.*, Zum Kooperationsgebot konkurrierender Gewerkschaften – Erste Lehren aus dem Tarifkonflikt im Bahnkonzern, in: Bauer/Kort/Möllers/Sandmann (Hrsg.), FS Buchner, 2009, S. 628; *ders.*, Zur Kontrolle der Tariffähigkeit neu gegründeter Gewerkschaften, DB 2011, 1920; *Michel/Möller/Peter*, Tarifpluralität und die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft, AuR 2008, 36; *Preis/Bender*, Recht und Zwang zur Lüge – Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben, NZA 2005, 1321; *Richardi*, Systemwidrigkeit des Tarifeinheitgesetzes als Quelle der Rechtsunsicherheit, NZA 2015, 915; *Rieble*, Tarifeinheit nach Karlsruhe, NZA 2017, 1157; *Rolfs*, Erstreikbarkeit firmenbezogener Verbandstarifverträge?, DB 2003, 1678; *Schliemann*, Zur Inbezugnahme des Minderheitstarifvertrags, NZA 2015, 1298; *Sprenger*, Tarifpluralität und die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit – Die unliebsame Kehrseite der Medaille, NZA 2015, 719; v. *Steinau-Steinrück/Gooren*, Steine statt Brot vom BVerfG in Sachen Tarifeinheit?, NZA 2017, 1149; *Thüsing/Braun* (Hrsg.), Tarifrecht, 2. Aufl. 2016.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Konfliktlage in tarifpluralen Betrieben	1	a) 3-G-Prinzip	60
II. Die Ermittlung der Gewerkschaftszugehörigkeit als zentrales Problem der Praxis	8	b) Tarifführerschaft	61
1. Aspekte des Individualschutzes	9	c) Spannen-Modelle	62
2. Aspekte des Koalitionsschutzes	14	d) Bewertung	64
3. Aspekte des gewerkschaftlichen Wettbewerbs	18	V. Lösung von Tarifpluralitäten über das BetrVG?	65
4. Ansätze für eine Gestaltung?	21	1. Tarifvorrang und Tarifsperre aus § 87 Abs. 1 ES und § 77 Abs. 3 BetrVG	65
a) Sicherung des Individualschutzes	22	2. Öffnungsklauseln im Tarifvertrag	67
b) Sicherung des Koalitionsschutzes	25	a) Alte Rechtslage	69
c) Schutz über das Notarverfahren im TEG	27	b) Neue Rechtslage	71
d) Bewertung	28	c) Bewertung unter dem Tarifeinheitsgesetz	74
5. Gestaltungen	29	VI. Lösung von Tarifpluralität durch die Arbeitsvertragsparteien	77
a) Offenbarungsrecht der Arbeitnehmer	29	1. Bezugnahmen unter dem Tarifeinheitsgesetz	77
b) Tarifierung	30	2. Die üblichen Formen einer Bezugnahme	79
c) Änderung des Arbeitsvertrages	31	3. Regelungslücke durch § 4a TVG?	81
III. Lösung der Tarifpluralität durch § 4a TVG?	32	a) Tarifwechselklausel	83
1. Zielsetzung und Anwendungsbereich	33	b) Klein-dynamische Bezugnahme-klausel	85
2. Kollisionsfragen	36	c) Statische Bezugnahme-klausel	87
3. Lösung der Kollision im Betrieb	41	4. AGB-Kontrolle	88
4. Gestaltungen der Tarifvertragsparteien	44	a) Überraschende Klausel?	90
5. Abdingbarkeit des § 4a TVG?	46	b) Unklare Klausel?	93
IV. Lösung von Tarifpluralität durch die Tarifvertragsparteien?	48	5. Gestaltungen	95
1. Gebot der Rücksichtnahme	48	a) Mehrheitstarifvertrag	96
2. Erwartung des TEG an eine Kooperation der Gewerkschaften	52	b) Tarifvertrag einer Gewerkschaft	97
3. Anforderungen an ein kooperatives Modell	55	c) Wahlrecht des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers	98
4. Gestaltungs-Modelle	59	d) Anrechnungsklausel	100
		e) Auflösende Bedingung	101
		f) Bewertung	102
		VII. Ausblick	100

I. Konfliktlage in tarifpluralen Betrieben

Die Freigabe von Tarifmehrheit durch das BAG¹ hat die Diskussion darüber be- 1
 fördert, ob überhaupt und in welchem Umfang auch miteinander konkurrierende
 Tarifvertragsparteien auf Gewerkschafts- oder Arbeitgeberseite die Belange des
 anderen Sozialpartners bei der Verhandlung und der Umsetzung eines Tarifver-
 trags mit zu berücksichtigen haben.² Diese Konstellationen einer Konkurrenz
 von Tarifvertragsparteien sind strukturell sowohl auf der Gewerkschafts- als
 auch der Arbeitgeberseite – etwa im Baubereich – zu beobachten.³ Im Gewerk-
 schaftslager hat dabei in letzter Zeit das Phänomen konkurrierender DGB- und –
 kleinerer – Sparten-Gewerkschaften des DBB die Diskussion geprägt.⁴

In der Vergangenheit wurden solche – auch organisationspolitischen – Konkur- 2
 renzen häufig durch freiwillige Abreden der gewerkschaftlichen Konkurrenten
 „kanalisiert“. Diese Abreden regelten dabei etwa die gewerkschaftsseitige Ab-
 stimmung im Stadium der Vorbereitung und Verhandlung von Tarifverträgen so-
 wie deren Abschluss⁵ und konnten noch weitergehend bis in sanierungsbedingte
 Bündnis- und sogar selbst Arbeitskampf-Situationen hineinreichen. Oftmals
 schlossen sich gerade auch organisationspolitisch miteinander konkurrierende
 Gewerkschaften zu einer Tarifgemeinschaft als GbR nach § 705 BGB zusam-
 men, welche dann einheitlich für beide Organisationen die Tarifverhandlungen
 führte.⁶

Indessen scheint es insbesondere im Spannungsfeld von DGB- und DBB-Ge- 3
 werkschaften an der Bereitschaft zu solchen freiwilligen Abreden tendenziell zu
 fehlen, die gemeinsame Konkurrenz zugunsten einheitlicher Tariflösungen in
 den Betrieben abzumildern. Hintergrund hierfür dürfte auch das Fehlen eines
 Konfliktlösungs-Mechanismus wie etwa dem DGB-internen Schiedsgericht
 sein.⁷ Im Gegenteil ist zu beobachten, dass die organisationspolitische Front-
 Stellung weiter ausgebaut wird, wie etwa die Gründung einer Gewerkschaft
 NahVG belegt, die sich als Joint Venture von GDL und Komba um die Belange

1 BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 ff.

2 Meyer, FS Buchner, S. 628 ff. zum Kooperationsgebot konkurrierender Gewerkschaften.

3 Vgl. die Beispiele bei Meyer, NZA 2009, 993.

4 Meyer, DB 2011, 1920.

5 Vgl. aktuell etwa die für den Bereich der Bühne oder des Busverkehrs von der ver.di mit den dort konkurrierenden Gewerkschaften jeweils abgeschlossenen Kooperationsabkommen.

6 Hierfür im Bereich von Zuordnungtarifverträgen nach § 3 BetrVG etwa *Fitting*, § 3 BetrVG Rn. 16.

7 Vgl. hierzu BAG 27.9.2005, 1 ABR 41/04, NZA 2006, 273.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

der Arbeitnehmer im gesamten Nahverkehr kümmern will⁸ und die damit in Konkurrenz nicht zuletzt zu ver.di treten wird.

- 4 Eine sich indessen stärker auf organisationspolitische Auseinandersetzungen verlegende Tarifpolitik konkurrierender Gewerkschaften⁹ wirft dabei die Frage auf, inwieweit hierbei noch angemessen Rücksicht auf die Interessen des Arbeitgebers, der Betriebsräte und nicht zuletzt der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer als Teil der Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft genommen wird. Dies betrifft nicht zuletzt den Bereich der Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben, weil auch hier nach Vorstellung des BAG die Gewerkschaften um den besten Tarifvertrag – und damit um Mitglieder – im Wettbewerb stehen. Diese Konkurrenzsituation wird auch durch die Rechtsprechung zu – einfachen – Differenzierungsklauseln weiter befördert.¹⁰
- 5 Mit Blick auf das im Tarifeinheitsgesetz geregelte Mehrheitsprinzip werden nicht nur zur Steigerung der Mitgliederzahl ein exzessiver Einsatz von Differenzierungsklauseln, sondern auch beitragsfreie Kurz-Mitgliedschaften oder sogar „Handgelder“ befürchtet, falls Arbeitnehmer einer Gewerkschaft zum „Zähltag“ beitreten.¹¹
- 6 Trotz dieser erkennbaren Spannungslagen hat die Rechtsprechung bislang keine Antworten zur Bewältigung der Folgen von Tarifmehrheit angeboten. Im Gegenteil wurde eine – inhaltliche und themenbezogene – Abstimmung gerade dort als eine unzulässige „Zwangstarifgemeinschaft“ vom BAG verworfen,¹² wo sie kraft Natur der Sache besonders nahegelegen hätte: Nämlich bei der Gestaltung eines einheitlich alle Betriebsangehörigen umfassenden Betriebes durch einen Zuordnungstarifvertrag nach § 3 BetrVG.¹³
- 7 Indessen versteht sich auch das am 3.7.2015 in Kraft getretene Tarifeinheitsgesetz nur als eine subsidiäre Auffanglösung. Dies hat auch das BVerfG betont, als es das Tarifeinheitsgesetz in weiten Teilen als verfassungskonform erachtet und den Gesetzgeber im Übrigen zu Nachbesserungen aufgerufen hat.¹⁴ Denn Vorrang vor der gesetzlichen Auflösung einer Tarifpluralität im Betrieb nach § 4a TVG sollen tarifautonome Lösungen der Tarifvertragsparteien selbst genießen. Der nachfolgende Beitrag untersucht daher Reaktionsmöglichkeiten der Tarifvertrags-, Betriebs- und Arbeitsvertragsparteien, ob und wie den durch konkur-

8 ÖPNV Aktuell Nr. 6/2013 vom 22.1.2013.

9 Meyer, FS Buchner, S. 628, 629 ff.

10 BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028; LAG Mecklenburg-Vorpommern 30.10.2014, 5 Sa 237/13, NZA-RR 2015, 363.

11 Greiner, NZA 2015, 769, 773.

12 BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424.

13 Kritisch daher die Anmerkung von Meyer zu BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, SAE 2010, 27.

14 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15 u. a.

rierende Vergütungssysteme im tarifpluralen Betrieb hervorgerufenen Problemen begegnet werden kann. Die hier diskutierten Gestaltungen verstehen sich als erste Ansätze, auch wenn das BVerfG in weiten Teilen bereits über die Wirksamkeit des Tarifeinheitsgesetzes befunden hat. Denn die bis Ende 2018 vom BVerfG eingeforderten Nachbesserungen des Gesetzgebers beschränken sich auf eine Berücksichtigung der Interessen der Minderheiten in den Tarifverhandlungen der Mehrheitsgewerkschaft.¹⁵

II. Die Ermittlung der Gewerkschaftszugehörigkeit als zentrales Problem der Praxis

Die Umsetzung von Vergütungssystemen in tarifpluralen Betrieben sollte eigentlich die Kenntnis der jeweiligen Gewerkschaftsmitgliedschaft voraussetzen, um so normativ nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG geltende Tarifregeln im Arbeitsverhältnis umsetzen zu können.¹⁶ Indessen ist nach der bisherigen Rechtsprechung und wohl überwiegenden Rechtsmeinung davon auszugehen, dass der Arbeitgeber nicht von sich aus ohne Weiteres nach der Gewerkschaftszugehörigkeit fragen darf. 8

1. Aspekte des Individualschutzes

In der Vergangenheit hat die Rechtsprechung besonders schützenswerte Arbeitnehmer-Gruppen insbesondere in Einstellungsgesprächen vor der Frage eines Arbeitgebers etwa nach der Schwangerschaft dadurch geschützt, dass den Frauen ein Recht zur Lüge eingeräumt wurde.¹⁷ Denn auf eine nach dem § 1 AGG unzulässige Frage brauche eine Schwangere nicht wahrheitsgemäß zu antworten,¹⁸ um nicht zu riskieren, als Bewerberin um einen Arbeitsplatz abgelehnt zu werden. 9

Ähnliche Überlegungen bewegen die Rechtsprechung bei der Frage nach einer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, weil insoweit – faktisch – eine Diskriminierung durch den Arbeitgeber befürchtet wird. Eine solche Diskriminierung wäre zwar sowohl nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG als auch § 612a BGB – rechtlich – unbeachtlich.¹⁹ Allerdings traut die Rechtsprechung dem Arbeitnehmer nicht 10

15 Dazu *Thüsing*, NZA-Editorial Heft 24/2018; zum Streit über die Wirksamkeit des TEG ab dem 1.1.2019 vgl. bejahend von *Steinau-Steinrück/Gooren*, NZA 2017, 1156 und *Rieble*, NZA 2017, 1161 einerseits sowie verneinend *Löwisch*, NZA 2017, 1426 andererseits.

16 *Sprenger*, NZA 2015, 719 f.

17 Vgl. *Schaub-Linck*, § 26 Rn. 16, 32.

18 *Schaub-Linck*, § 26 Rn. 32.

19 In letzte Richtung auch etwa LAG Hessen 7.12.2012, 12 Sa 654/11 als Vorinstanz zu BAG 18.11.2014, 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

zu, sein Recht auch einzuklagen, und trachtet daher, das Arbeitsverhältnis von etwaigen Streitigkeiten und Sanktionen des Arbeitgebers frei zu halten.

- 11 Insbesondere im Arbeitskampfrecht braucht nach der Rechtsprechung weder die Gewerkschaft noch ein Arbeitnehmer seine Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht offenzulegen.²⁰ Das BAG begründet dies damit, dass der Arbeitgeber z. B. nicht gezielt nur Mitglieder einer Gewerkschaft aussperren dürfe. Insoweit hält das BAG an dem Gedanken der Einheit der Belegschaft fest, weil sich alle Arbeitnehmer am Arbeitskampf jeder Gewerkschaft beteiligen können. Umgekehrt müsse etwa der Arbeitgeber alle Arbeitnehmer – theoretisch – aussperren, auch wenn nur eine der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften streikt.
- 12 Obwohl gerade in tarifpluralen Vergütungssystemen eine Kenntnis der jeweiligen Gewerkschaftsmitgliedschaft unverzichtbar erscheint,²¹ hat die Rechtsprechung bislang nicht zu erkennen gegeben, ob sie sich in diese Richtung fortentwickeln könnte.²² Dabei könnte etwa § 32 BDSG für ein solches Fragerecht des Arbeitgebers im laufenden Arbeitsverhältnis ebenso wie § 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG sprechen,²³ wonach der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Arbeitsbeginn die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen hat. Dabei besteht auch die Möglichkeit, auf den einschlägigen Tarifvertrag zu verweisen.
- 13 Ohne ein solches Fragerecht besteht das Risiko, dass der Arbeitgeber möglicherweise über die Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag einen Tarifvertrag anwendet, obwohl dieser gegen das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 TVG verstößt, weil der Arbeitnehmer normativ als Gewerkschaftsmitglied nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG an einen anderen – für ihn günstigeren – Tarifvertrag gebunden ist.²⁴

2. Aspekte des Koalitionsschutzes

- 14 In seiner jüngsten Rechtsprechung hat das BAG²⁵ ein Fragerecht in einem tarifpluralen Betrieb nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft abgelehnt, sofern sich Gewerkschaften in aktuellen Tarifverhandlungen befinden. Das BAG recurriert hier auf eine Verletzung der Koalitionsbetätigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG, falls sich der Arbeitgeber durch die Frage Kenntnis von der Mitglie-

20 LAG Niedersachsen 1.2.1980, 10 Sa 110/79, NJW 1980, 2487 zu Art. 9 GG Arbeitskampf sowie BAG 12.11.1996, 1 AZR 364/96, NZA 1997, 393 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

21 *Freckmann/Müller*, BB 2010, 1981, 1987.

22 Vgl. *Melot de Beauregard*, DB 2015, 1527, 1529; *Richardi*, NZA 2015, 915, 916.

23 Vgl. hierzu *Meyer*, BB 2011, 2362.

24 *Meyer*, BB 2011, 2362.

25 BAG 18.11.2014, 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306.

deranzahl und damit der Kampfstärke einer Gewerkschaft verschaffen könne. Im konkreten Fall wollte der fragende Arbeitgeber auch eine – gezielte – Aussperrung gegen Mitglieder der GDL vorbereiten.

Hintergrund waren indessen Tarifverhandlungen mit ver.di, sodass das BAG einen weiteren Verstoß gegen die Koalitionsbestandsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG darin sah, dass durch die Frage ein Anreiz zum Wechsel von der GDL zu ver.di gesetzt werde.²⁶ Diese Betrachtung überrascht allerdings, weil das Wesen der Tarifpluralität in den Augen des 4. Senats am BAG gerade der Wettbewerb der Gewerkschaften um Gewerkschaftsmitglieder ist, welcher vor allem durch den Wettbewerb um den „besten“ TV ausgetragen werde.²⁷ **15**

Die Entscheidung des 4. Senates wirft zum einen die Frage auf, ob etwa nach Abschluss des Tarifvertrages mit der Gewerkschaft ver.di nach dieser Mitgliedschaft hätte gefragt werden können. Denn immerhin ist der an Tarifverträge von ver.di gebundene Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 TVG auch zum Normvollzug verpflichtet. Fraglich erscheint, ob eine solche Frage auch für Mitglieder von ver.di einen Anreiz setzen könnte, in die GDL zu wechseln, oder ob es sich dabei nicht um einen von der Rechtsprechung gewünschten Wettbewerb konkurrierender Gewerkschaften im tarifpluralen Betrieb handelt. **16**

Zum anderen stellt sich die Frage, ob nicht der Arbeitnehmer jedenfalls nach Abschluss eines Tarifvertrags seiner Gewerkschaft verpflichtet ist, seine Mitgliedschaft in der Gewerkschaft offenzulegen, weil diese von ihm eine Umsetzung des Tarifvertrags schon nach vereinsrechtlichen Grundsätzen verlangen könnte. **17**

3. Aspekte des gewerkschaftlichen Wettbewerbs

Der vom 1. Senat am BAG bemühte Koalitionsschutz gerät indessen auch in Konflikt mit der Tendenz der Rechtsprechung, in immer größerem Umfang – einfache – Differenzierungsklauseln zu akzeptieren,²⁸ welche Rechte aus einem Tarifvertrag ausdrücklich nur den Mitgliedern der vertragsschließenden Gewerkschaft vorbehalten. Auch insoweit setzt die Kenntnis von der Gewerkschaftsmitgliedschaft eine Umsetzung des Tarifvertrages durch den Arbeitgeber voraus. **18**

Verschärft wird dieser Aspekt bei tarifpluralen Vergütungsstrukturen grundsätzlich dadurch, dass konkurrierende Gewerkschaften hier auch durch einen Wettbewerb um Differenzierungsklauseln für ihre jeweiligen Mitglieder im Betrieb auftreten könnten.²⁹ **19**

26 BAG 18.11.2014, 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306.

27 BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

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

29 Greiner, NZA 2015, 769, 773.

- 20 Bedenklich erscheint, dass das BAG solche differenzierenden Klauseln auch bei Abschluss von Sanierungstarifverträgen toleriert,³⁰ wenn eine an sich alle dem Betrieb angehörenden Arbeitnehmer einheitlich anbelangende Betriebsänderung des Arbeitgebers nach § 111 BetrVG vorliegt. Umgekehrt würde eine geplante Betriebsänderung, die gezielt auf Mitglieder einer Gewerkschaft abzielt, schon an Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG scheitern. Schließlich reiben sich Stichtagsklauseln auch am betriebsverfassungsrechtlichen Verbot der Bevorzugung von Arbeitnehmern aufgrund der Gewerkschaftsmitgliedschaft nach § 75 BetrVG.³¹

4. Ansätze für eine Gestaltung?

- 21 Aus heutiger Sicht kommen verschiedene Lösungsansätze in Betracht:

a) Sicherung des Individualschutzes

- 22 Im Bereich des Individualschutzes wird schon seit längerem eine situative Zulässigkeit eines arbeitgeberseitigen Fragerechts diskutiert.³² Vorstellbar erscheint etwa, dem Arbeitgeber nach Arbeitsbeginn die Frage nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft zu erlauben. Denn diese Frage dient nicht nur der ordnungsgemäßen Umsetzung eines Tarifvertrags nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG, sondern auch der Erfüllung lohnsteuer- und sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften.³³
- 23 Sozialversicherungsrechtlich muss der Arbeitgeber die Gewerkschaftszugehörigkeit erfahren, weil die Höhe der Sozialabgaben sich nach dem geschuldeten Lohn richtet, der sich seinerseits nach dem Vergütungstarifvertrag bemisst. Ohne dessen Kenntnis kann der Arbeitgeber die Sozialabgaben nicht richtig berechnen. Damit läuft er Gefahr, entweder zu hohe Abgaben zu leisten oder Säumniszuschläge nach den §§ 24, 28e Abs. 4 SGB IV entrichten zu müssen.³⁴
- 24 Allerdings würde sich ein solches Vorgehen auch im tarifpluralen Betrieb dem Vorwurf der wohl überwiegenden Meinung aussetzen, den Arbeitnehmer in die Gefahr von Sanktionen bzw. Repressalien zu bringen.³⁵ Deshalb bliebe zu überlegen, ob nicht anstelle des Fragerechts eines Arbeitgebers von einer Offenbarungsobliegenheit des Arbeitnehmers auszugehen ist, wenn er Rechte aus einem Tarifvertrag geltend machen will, die seine Gewerkschaft für ihn abgeschlossen hat.

30 BAG 15.4.2015, 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 zu § 3 TVG.

31 Vgl. Greiner, NZA 2016, 10, 13.

32 Preis/Bender, NZA 2005, 1321.

33 Meyer, BB 2011, 2362.

34 Forst, ZTR 2011, 587 f.

35 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 278; LAG Niedersachsen 1.2.1980, 10 Sa 110/79, NJW 1980, 2487 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

b) Sicherung des Koalitionsschutzes

Während ein Fragerecht in laufenden Tarifverhandlungen nach BAG abzulehnen ist, käme ein solches Fragerecht gleichwohl nach Abschluss eines Tarifvertrags in Betracht, um diesen ordnungsgemäß gegenüber den Mitgliedern der vertrags-schließenden Gewerkschaft umzusetzen. Insoweit käme zwar grundsätzlich auch eine Mitteilung der Gewerkschaft in Betracht, welche Arbeitnehmer an ihren Tarifvertrag gebunden sind. **25**

Indessen dürfte es aus Sicht der überwiegenden Meinung im Interesse eines Schutzes vor befürchteten Repressalien allein in der Entscheidung des Arbeitnehmers liegen, ob er seine Rechte aus dem Tarifvertrag beansprucht oder nicht. Sofern nämlich der Arbeitnehmer für sich das Risiko von Sanktionen nicht ausschließt, kann auch die Gewerkschaft kaum nach vereinsrechtlichen Grundsätzen ein Interesse daran haben, dass eine Mitgliedschaft zwingend offenbart wird. **26**

c) Schutz über das Notar-Verfahren im TEG

Fraglich erscheint, ob das Notar-Verfahren nach § 58 Abs. 3 ArbGG eine Lösung bietet, die jeweilige gewerkschaftliche Mitgliedschaft im tarifpluralen Betrieb zu ermitteln.³⁶ Hiervon ist indessen nicht auszugehen, weil dadurch allein die Frage der Mehrheitsgewerkschaft im Betrieb nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG zu klären ist. Damit ist also nicht die Aufklärung der individuellen Mitgliedschaften in den konkurrierenden Gewerkschaften verbunden. **27**

d) Bewertung

Aus heutiger Sicht dürfte ein Fragerecht des Arbeitgebers nach der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft zumindest nicht durchsetzbar sein, weil nach überwiegender Meinung dem Arbeitnehmer ein Recht zur Lüge zuzubilligen wäre. Stattdessen ist der Arbeitnehmer selbst zur Offenlegung seiner Gewerkschaftsmitgliedschaft berechtigt, aber nicht verpflichtet. So kann etwa der Arbeitgeber nach Abschluss eines Tarifvertrags mit einer der im Betrieb konkurrierenden Gewerkschaften seine Arbeitnehmer fragen, wer Mitglied in dieser den Tarifvertrag abschließenden Gewerkschaft ist. Mangels konkreter Arbeitskampsituation würde so auch nicht die Kampfstärke einer Gewerkschaft ausgeforscht. **28**

36 *Melot de Beauregard*, DB 2015, 1527, 1528.

5. Gestaltungen

a) Offenbarungsrecht der Arbeitnehmer

- 29** Nach Abschluss eines Tarifvertrags kann der Arbeitgeber in einem tarifpluralen Betrieb fragen, ob Arbeitnehmer an diesen Tarifvertrag gebunden sind. Diese Frage läuft aus Sicht der Arbeitnehmer auf ein Wahlrecht hinaus, ob sie ihre Rechte als Gewerkschaftsmitglieder beanspruchen wollen oder nicht. Insoweit wird dann ein Recht zum Schweigen ausgeübt.

b) Tarifierung

- 30** Eine Regelung zum Offenbarungsrecht der Mitgliedschaft im Tarifvertrag böte zwei Vorzüge: Zum einen könnte sich eine Gewerkschaft nicht auf eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG berufen. Zum anderen würde auch das Gewerkschaftsmitglied vom Tarifvertrag erfasst. So könnte etwa geregelt werden, ab wann und in welcher Form ein Arbeitgeber nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft fragen darf, und dass diese Frage ohne Sanktionen für den Arbeitnehmer bleibt, wenn er seine Mitgliedschaft verschweigt.

c) Änderung des Arbeitsvertrags

- 31** Derjenige Arbeitnehmer, der sich auf eine Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft beruft, gibt damit regelmäßig ein Angebot ab, den Arbeitsvertrag ebenfalls an diese Mitgliedschaft auszurichten. Dieses Angebot kann daher der Arbeitgeber annehmen.

III. Lösung der Tarifpluralität durch § 4a TVG?

- 32** Zu untersuchen ist, wie sich das neue Tarifeinheitsgesetz auf Vergütungssysteme im tarifpluralen Betrieb auswirkt:

1. Zielsetzung und Anwendungsbereich

- 33** § 4a TVG will insbesondere eine Tarifpluralität bei Inhaltsnormen nach § 1 TVG vermeiden. Auch Vergütungssysteme stellen regelmäßig solche Inhaltsnormen in einem Tarifvertrag dar, weil sie das Synallagma des Arbeitsvertrags regeln. Im Interesse der mit Blick auf die Vergütung wesentlichen Verteilungs- und Ordnungsfunktion des Tarifvertrags stellt der Gesetzgeber auf den Vorrang des Mehrheitstarifvertrags im Betrieb ab. Ziel ist es dabei, eine parallele Geltung von Tarifverträgen konkurrierender Gewerkschaften im Betrieb zu vermeiden.³⁷

³⁷ Däubler/Bepler, Rn. 38.

Aus Sicht des Gesetzgebers ist insbesondere die Kohärenz der Entgeltsysteme in Gefahr, wenn die Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften nicht aufeinander abgestimmte Bewertungen von Arbeitsleistungen vornehmen. Auch werde die Verteilungsfunktion des Tarifvertrags gestört, wenn die konkurrierenden Tarifabschlüsse nicht Ausdruck des Werts der Arbeitsleistung, sondern vor allem Ausdruck von Schlüsselpositionen unterschiedlicher Arbeitnehmergruppen seien. Tarifkollisionen würden auch dem Ziel einer innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit zuwiderlaufen.³⁸ Insbesondere finde eine betriebliche Lohnpolitik, die besonders Schlüsselpositionen prämiere, nur eine geringe Akzeptanz.³⁹ **34**

Hiergegen werden neben empirischen Defiziten insbesondere Einwendungen erhoben, weil auch starke Mehrheitsgewerkschaften häufig nur durch ihre Schlüsselkräfte zu Tarifierfolgen gelangen.⁴⁰ **35**

2. Kollisionsfragen

Das Tarifeinheitsgesetz befasst sich allein mit der Kollision von Tarifverträgen, an die der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 TVG gebunden ist.⁴¹ Mithin kann es sich um Vergütungsregelungen in einem Verbands- oder Haustarifvertrag handeln. Eine Kollision mit einem nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag erfasst § 4a TVG hingegen nicht. **36**

Im Sinne von § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG können nur „nicht inhaltsgleiche Tarifverträge“ verschiedener Gewerkschaften kollidieren. Auf eine Überschneidung oder gar Deckung der Regelungsgegenstände der kollidierenden Tarifverträge kommt es nicht an. Vielmehr greift § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG auch dann, wenn die Tarifverträge unterschiedliche Gegenstände regeln.⁴² **37**

Es ist daher nicht erforderlich, dass sich die Tarifverträge inhaltlich vom Regelungsgegenstand her überschneiden.⁴³ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der Grundsatz der Tarifeinheit auch dann gelten, wenn die Tarifverträge unterschiedliche Regelungsgegenstände setzen, sofern es nicht dem Willen der Parteien des Mehrheitstarifvertrags entspricht, eine Ergänzung ihrer Regelungen durch Vereinbarungen mit konkurrierenden Gewerkschaften zuzulassen.⁴⁴ Hierin kann vielleicht eine Missbrauchsgefahr liegen, falls Gewerkschaften beginnen, lediglich aus organisationspolitischen Gründen nur „Regelungssplitter“ im **38**

³⁸ Däubler/Bepler, Rn. 39.

³⁹ Däubler/Bepler, Rn. 40.

⁴⁰ Däubler/Bepler, Rn. 39.

⁴¹ Schliemann, NZA 2015, 1298.

⁴² Schliemann, NZA 2015, 1298.

⁴³ ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn. 12.

⁴⁴ BT-Drs. 18/4062, S. 13.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

Geltungsbereich des Tarifvertrages einer konkurrierenden Gewerkschaft zu regeln.⁴⁵

- 39 Nach Ansicht des BVerfG sind die Arbeitsgerichte gehalten, die sich im Geltungsbereich überschneidenden Tarifverträge möglichst schonend auszulegen, um so auf die von einer Verdrängung beeinträchtigten Interessen einer Minderheitsgewerkschaft Rücksicht zu nehmen.⁴⁶ So werden etwa kollidierende Regelungen dann nicht verdrängt, wenn und soweit es dem Willen der Tarifvertragsparteien des Mehrheitstarifvertrages entspricht, eine Ergänzung durch konkurrierende Tarifverträge zuzulassen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn Tarifleistungen nicht erkennbar untereinander verknüpft sind, weil sie zu verschiedenen Regelungskomplexen gehören.
- 40 Hingegen liegt keine Kollision vor, wenn die unterschiedlichen Tarifvertragsparteien vor allem ihre persönlichen Geltungsbereiche abgrenzen.⁴⁷ So spielt das Tarifeinheitsgesetz aktuell etwa bei der Deutschen Lufthansa noch keine Rolle, weil sich dort die Gewerkschaften gegeneinander in ihrem Vertretungsanspruch abgegrenzt haben.⁴⁸ Auch soll im Krankenhausbereich eine Kollision nur hinsichtlich angestellter Ärzte in Betracht kommen, weil ver.di darüber hinaus auch weitere Beschäftigtengruppen tarifiert.⁴⁹

3. Lösung der Kollision im Betrieb

- 41 Kommt es zu einer Kollision im Betrieb, so soll sich nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft durchsetzen. Hierdurch wird indessen der verdrängte Tarifvertrag nicht unwirksam, sondern nur temporär verdrängt. Dies bedeutet, dass z. B. schuldrechtliche Verpflichtungen weiter umzusetzen sind, was insbesondere für die Friedenspflicht gilt. Die Minderheitsgewerkschaft darf daher für die Laufzeit ihres verdrängten Tarifvertrags nicht zum Streik aufrufen.⁵⁰
- 42 Allerdings wird bezweifelt, dass sich die normative Geltung des Mehrheitstarifvertrags auf nicht oder andersorganisierte Arbeitnehmer erstrecken könne, nur, weil dieser Tarifvertrag nach § 4a TVG anwendbar ist. Denn entscheidend bleibe die jeweilige Tarifbindung nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG.⁵¹

45 ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn. 13.

46 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15 Rn. 186.

47 Schliemann, NZA 2015, 1298.

48 Tagungsbericht, NZA 2016, IX.

49 Schliemann, NZA 2015, 1298.

50 ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn. 17.

51 Schliemann, NZA 2015, 1298, 1299.

Entscheidend ist daher, welche Gewerkschaft im – jeweiligen – Betrieb die Mehrzahl der Mitglieder organisiert. Kritiker werfen dem Gesetz an dieser Stelle eine gewisse Beliebigkeit vor, weil der Arbeitgeber den Zuschnitt von Betrieben ändern könne.⁵² Bei näherem Hinsehen ist jedoch zum einen zu bedenken, dass einseitige Änderungen durch den Arbeitgeber durch die Mitwirkung der Betriebsräte bei Betriebsänderungen nach §§ 111 ff. BetrVG reguliert werden. Tendenziell erfordere ein solches Vorgehen einen zu hohen Aufwand für den Arbeitgeber.⁵³ Zum anderen ist bei der Gestaltung neuer Betriebsstrukturen nach § 3 BetrVG beachtlich, dass jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft einen eigenen Zuordnungstarifvertrag nicht nur verlangen, sondern auch durch einen Streik erzwingen kann,⁵⁴ ohne dass das BAG zu erkennen gäbe, wie deren Kollision aufzulösen wäre.⁵⁵ **43**

4. Gestaltungen der Tarifvertragsparteien

Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber vorrangig einvernehmliche Regelungen der Tarifvertragsparteien zur Abwendung von Tarifkollisionen erwartet, sieht auch § 4a TVG selbst Verfahrensrechte der Minderheitsgewerkschaft vor: Zum einen soll die Minderheitsgewerkschaft bei Aufnahme von Tarifverhandlungen mit der Mehrheitsgewerkschaft nach § 4a Abs. 5 TVG angehört werden. Zum anderen steht ihr nach § 4a Abs. 4 TVG das Recht zu, den Mehrheitstarifvertrag nachzuzeichnen, um so eine normative Bindung für ihre Mitglieder zu bewirken. **44**

Indessen hat das BVerfG die Vorgaben aus § 4a TVG zum Schutz der Minderheitsgewerkschaften noch einmal verschärft: Über § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG hinaus besteht zum einen ein solches Nachzeichnungsrecht nicht nur im Überschneidungsbereich, sondern erstreckt sich vielmehr auf den gesamten Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft.⁵⁶ Zum anderen könne es nur dann zu einer Verdrängung kommen, wenn die Mehrheitsgewerkschaft vor Abschluss ihres Tarifvertrages die Minderheitsgewerkschaft tatsächlich effektiv nach den Vorgaben des § 4 Abs. 5 TVG beteiligt hat.⁵⁷ Überdies verlangt das BVerfG, dass die von der Minderheitsgewerkschaft vertretenen Berufsgruppen – strukturell – auch von der Mehrheitsgewerkschaft bei dem Abschluss ihrer Tarifverträge mit berücksichtigt werden.⁵⁸ Dies erscheint nur dann möglich, wenn die Mehrheitsgewerkschaft nicht nur qua Satzung, sondern auch tatsächlich für eigene Mitglieder in der Berufsgruppe tarifpolitisch tätig wird. **45**

52 Schliemann, NZA 2015, 1298, 1299; Däubler/Bepler, Rn. 92.

53 Greiner, NZA 2015, 769, 772.

54 BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424.

55 Anmerkung Meyer zu BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, SAE 2010, 27.

56 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 190 ff.

57 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 195 ff.

58 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 201.

5. Abdingbarkeit des § 4a TVG?

- 46 Vor dem Hintergrund in der Praxis geschaffener Modelle, die eine Anwendung des Tarifeinheitsgesetzes ausschließen, wird die Frage diskutiert, ob § 4a TVG von den Tarifvertragsparteien abbedungen werden kann. Während teilweise eine solche Abdingbarkeit verneint wird, weil das Tarifeinheitsgesetz ein übergreifendes „Gemeinwohl“ schütze,⁵⁹ wird an anderer Stelle vertreten, dass eine Anwendung des § 4a TVG ausgeschlossen werden könne. Als Voraussetzung hierfür werden in der Literatur insbesondere dreiseitige Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien diskutiert, um keine Verträge zulasten Dritter zu schaffen.⁶⁰ Diese Ansicht ist vom BVerfG aufgegriffen worden.⁶¹
- 47 Vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber erwarteten vorrangigen Lösungen der Tarifvertragsparteien zur Vermeidung von Tarifikollisionen⁶² wird man eine Kompetenz der Tarifvertragsparteien anerkennen können, eine Anwendung des Tarifeinheitsgesetzes ganz oder teilweise auszuschließen oder zu modifizieren. Dabei können die Lösungen der Tarifvertragsparteien nicht von vornherein auf trilaterale Abreden aller Tarifvertragsparteien beschränkt werden, weil konkurrierende Gewerkschaften nicht selten eine Unterschrift auf derselben Urkunde scheuen. Vorstellbar sind daher zumindest auch „doppelt bilaterale“ Abreden der Arbeitgeberseite mit beiden Gewerkschaftslagern, welche dann inhaltsgleich alle Tarifpartner binden können. Eine solche Bindung scheint jedenfalls auch dann vorstellbar, wenn der Ausschluss des Tarifeinheitsgesetzes sowohl auf einer – unilateralen – Abrede mit einer Gewerkschaft als auch deren Billigung durch die Konkurrenzgewerkschaft beruht.⁶³ Selbst eine Billigung erscheint aber obsolet, da § 4a TVG einer Mehrheitsgewerkschaft keine über § 4 Abs. 1 TVG hinausgehenden Rechte einräume.⁶⁴

IV. Lösung von Tarifpluralität durch die Tarifvertragsparteien?

1. Gebot der Rücksichtnahme

- 48 Umstritten ist derzeit, ob Tarifvertragsparteien von Rechts wegen angehalten sind, trotz ihrer organisationspolitischen Konkurrenz im Betrieb noch Rücksicht

59 So Greiner, NZA 2015, 769, 775.

60 Bepler, RdA 2015, 194, 197; Däubler/Bepler, Rn. 265 f., und im Ansatz ebenso Greiner, NZA 2015, 769, 775.

61 BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 178.

62 BT-Drs. 18/4062, S. 9.

63 In diese Richtung schon Bepler, RdA 2015, 194, 198.

64 Däubler/Bepler, Rn. 297.

auf die Ordnungs- und Verteilungsfunktion ihrer Vergütungssysteme im tarifpluralen Betrieb zu nehmen.

Rechtliche Aspekte für eine Rücksichtnahme der Tarifvertragsparteien insbesondere auf die Verhältnisse in den Betrieben finden sich z.B. in § 3 Abs. 2 TVG, weil alle Arbeitnehmer im Betrieb von betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen erfasst werden.⁶⁵ Ebenso erwartet § 2 Abs. 1 BetrVG eine vertrauensvolle Zusammenarbeit des Arbeitgebers mit den Gewerkschaften.⁶⁶ Auch das BAG hat schließlich diskutiert, ob und in welchem Umfang eine „Minderheiten-Gewerkschaft“ eine Regelungsgewalt besitzen kann, die sich etwa bei Zuordnungstarifverträgen nach § 3 TVG auch auf Außenseiter erstreckt.⁶⁷ **49**

Indessen lehnt das BAG eine solche „Gemeinwohlverpflichtung“ der Tarifvertragsparteien ab.⁶⁸ Denn Tarifautonomie im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG sei als Ausfluss kollektiv ausgeübter Tarifautonomie zu verstehen, sodass ganz zentral die Verfolgung der – jeweiligen – Mitgliederinteressen im Vordergrund stehe. Eine Gewerkschaft sei daher den Interessen ihrer Mitglieder verpflichtet und erfülle keinen übergeordneten Regelungsauftrag. Ein solcher folge auch nicht aus den zahlreichen gesetzlichen Öffnungsklauseln oder der Möglichkeit zur Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG.⁶⁹ Mithin wird dem Wettbewerb der Gewerkschaften ein freier Raum gelassen, weil die Qualität ihrer Tarifverträge die Attraktivität einer Gewerkschaft bei den – potenziellen – Mitgliedern ausmache.⁷⁰ **50**

Allerdings hat das BVerfG durchaus strukturelle Gefahren für die Tarifautonomie – gerade mit Blick auf die Verteilungsgerechtigkeit in den Betrieben – gesehen.⁷¹ Denn zum einen könne der Gesetzgeber handeln, wenn der Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften dazu führe, dass solche Arbeitnehmergruppen benachteiligt werden, die keine Schlüsselposition in den Betrieben und deshalb keine Blockademacht innehaben.⁷² Zum anderen betont das BVerfG strukturelle Vorkehrungen, damit die Mehrheitsgewerkschaft beim Abschluss ihrer Tarifverträge auch die Interessen der Berufsgruppen mit berücksichtigt, deren Tarifvertrag nach § 4a TVG verdrängt werde.⁷³ **51**

⁶⁵ Meyer, FS Wank, S. 351, 355.

⁶⁶ Meyer, FS Wank, S. 351, 362.

⁶⁷ Meyer, FS Wank, S. 351, 361.

⁶⁸ BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

⁶⁹ BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028.

⁷⁰ BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

⁷¹ Vgl. Franzen, ZTR 2017, 571, 572.

⁷² BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 157.

⁷³ BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, Rn. 203.

2. Erwartung des TEG an eine Kooperation der Gewerkschaften

- 52** Entgegen der Ansicht des BAG erwartet das Tarifeinheitsgesetz eine vorrangige Kooperation der konkurrierenden Gewerkschaften, um die Folgen von Tarifpluralität in den Betrieben selbst zu regeln.⁷⁴ Das BVerfG betont, das Tarifeinheitsgesetz wolle Prozesse des Verhandelns, Abstimmens und Koordinierens zwischen den Beteiligten anstoßen.⁷⁵ Autonome Auflösungs- oder Vermeidungsmechanismen einer Tarifpluralität haben daher Vorrang vor einer Anwendung des Gesetzes.⁷⁶ § 4a Abs. 1 TVG verbindet damit nicht zuletzt auch im Bereich der Vergütungssysteme die Erwartung, dass einvernehmliche Regelungen der Tarifvertragsparteien dafürsprechen, dass die Verteilungsaufgabe der Tarifverträge im Betrieb besser funktioniert.
- 53** Zu diesen Kooperationsmöglichkeiten zählen nach der Gesetzesbegründung insbesondere Regelungen zur Abgrenzung von Zuständigkeiten unter den Gewerkschaften, der Abschluss von Anschlussstarifverträgen sowie eine Gestattung an eine andere Gewerkschaft, Tarifverträge zu ergänzen. Ebenso zählt das DGB-interne Schiedsgerichtsverfahren hierzu.⁷⁷
- 54** Der eigentliche Anreiz für konkurrierende Gewerkschaften, sich auf solche Kooperationen einzulassen, liegt wohl in dem auf den Betrieb bezogenen Mehrheitsprinzip des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG. Denn insoweit müssen die Gewerkschaften fürchten, nicht in jedem Betrieb mit einer Mehrheit vertreten zu sein.⁷⁸ Die Gefahr indessen, auch einmal in die Minderheiten-Stellung zu geraten, kann solche Kooperationen befördern.⁷⁹ Denn in einem solchen Fall eines Unternehmens mit mehreren Betrieben könnte das dazu führen, dass verschiedene Tarifverträge gelten – je nachdem, welche Gewerkschaft in welchem Betrieb die meisten Mitglieder hat. Als zusätzliches Problem ist dabei zu bedenken, dass Mehrheiten in den Betrieben auch wechseln können. Überdies potenziert sich für den Arbeitgeber das Risiko, einen falschen Tarifvertrag anzuwenden.⁸⁰ Hierdurch leiden dann Verteilungsgerechtigkeit und Befriedungsfunktion der Tarifverträge.⁸¹ Letztlich spricht auch die Vermeidung des zudem zeitlich aufwendigen Verfahrens zur Feststellung der Mehrheit im Betrieb nach § 58 Abs. 3 ArbGG für eine Kooperationsbereitschaft.⁸²

⁷⁴ Greiner, NZA 2015, 769, 770.

⁷⁵ BVerfG 11.7.2011, 1 BvR 1571/15, Rn. 155.

⁷⁶ ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn. 10.

⁷⁷ BT-Drs. 18/4062, S. 9.

⁷⁸ Greiner, NZA 2015, 769, 770, und ebenso BVerfG 11.7.2011, 1 BvR 1571/15, Rn. 169.

⁷⁹ Greiner, NZA 2015, 769, 775; Hanau, DB 2010, 2107.

⁸⁰ Melot de Beauregard, DB 2015, 1527, 1530.

⁸¹ Däubler/Bepler, Rn. 285.

⁸² Däubler/Bepler, Rn. 287.

3. Anforderungen an ein kooperatives Modell

Zur Schaffung einer sinnvollen Arbeitsordnung in einem Unternehmen, das mit mehreren Gewerkschaften verhandelt, kann sich der Abschluss einer obligatorischen Kooperationsabrede empfehlen. In dieser konstitutiven Kooperationsabrede sollten die Tarifvertragsparteien insbesondere die Laufzeit,⁸³ die – gemeinschaftliche oder getrennte – Beendigung und die Geltungsbereiche der Tarifverträge sowie etwaige Verhandlungsführerschaften in – einzelnen – Tarifthemen und die damit zusammenhängende wechselseitige Anerkennung regeln, um eine inhaltliche Widerspruchsfreiheit zu erreichen. Zur Konfliktfreiheit gehört es, wenn etwa in einem Schiedsverfahren nach § 101 ArbGG verbindlich über streitige Themen verhandelt werden kann. Schließlich sollte vor der Einleitung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen eine Schlichtung unter Einbindung aller Tarifvertragsparteien selbstverständlich sein. Die Folgen einer – faktischen – Tarifpluralität können ebenfalls in einer Abrede zur Kooperation angesprochen werden, um so den vielen praktischen Schwierigkeiten entgegen zu wirken. Eine solche Kooperationsabrede kann auch die Frage nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft entbehrlich machen, da z. B. im Modell einer auf Berufsgruppen bezogenen Tarifführerschaft mit wechselseitiger Übernahme der Tarifverträge nicht die Mitgliedschaft zu einer Gewerkschaft, sondern die Zugehörigkeit zu einer Berufsgruppe über eine Anwendung der Tarifverträge entscheidet. Hierdurch bräuchten Arbeitnehmer also auch keine Sanktionen befürchten, falls sie ihre Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft nicht offenlegen.⁸⁴ **55**

In einer Kooperationsabrede ließe sich neben der Koordination der Tarifforderungen – bei ansonsten ggf. eigenen Tarifverhandlungen⁸⁵ – ggf. auch an die Bildung einer Tarifgemeinschaft nach § 2 Abs. 2 TVG zwischen den Tarifvertragsparteien bis hin zum Abschluss eines Einheitstarifvertrags denken. In allen Fällen wären die beteiligten Gewerkschaften aus der Kooperationsabrede als Gesamtschuldner nach § 431 BGB gegenüber dem Unternehmen verpflichtet. Zur inhaltlichen Ausgestaltung einer Kooperationsabrede können auch gesellschaftsrechtliche Beziehungen wie etwa die in einer GbR nach § 705 BGB dienen.⁸⁶ Denn diese bestimmen im Zweifel auch das Innenverhältnis in einer Tarifgemeinschaft nach § 2 Abs. 2 bis 4 TVG. Die an der Kooperation beteiligten Gewerkschaften wären dabei als Gesamthänder die Träger sowohl der kooperativen Rechte als auch Pflichten. **56**

83 Vgl. auch den Vorschlag von *Franzen*, RdA 2008, 193, 204, bzgl. der Harmonisierung von Laufzeiten befristeter Tarifverträge.

84 *Michel/Möller/Peter*, AuR 2008, 36.

85 Für parallele Tarifverhandlungen etwa *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 271 f.

86 *Gamillscheg*, KollArbR I, S. 397; *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG Rn. 166 für den Fall einer Tarifgemeinschaft.

- 57 Während des abgestimmten Verhandlungsprozesses über eine Kooperation sollte überdies nach § 242 BGB eine Friedenspflicht unter den Tarifvertragsparteien bestehen. Eine Lösung könnte ggf. darin zu sehen sein, dass ein Arbeitskampf zumindest solange unzulässig ist, als der Arbeitgeber noch zu Verhandlungen über die inmitten stehenden Tarifmaterien bereit ist.⁸⁷ Eine zeitliche Grenze dieser Friedenspflicht könnte hier ggf. in Analogie zu § 77 Abs. 5 BetrVG abgeleitet werden.⁸⁸ Allerdings kann eine Gewerkschaft keinen Arbeitskampf einleiten, falls sie entweder eine Abstimmung ganz ablehnt oder nicht ernsthaft betreibt. Auch in diesem Fall sollte ebenso wie bei einer fehlenden Verständigung eine Schlichtung einen Vorschlag zur Beseitigung einer Blockade unterbreiten, bevor ein Arbeitskampf eingeleitet werden kann. Schlichtungsabreden lassen sich ggf. auch noch nach Beginn des Streiks einsetzen.⁸⁹ Schließlich lassen sich auch arbeitskampfrechtliche Folgen bewältigen, falls in der Kooperationsabrede etwa Mindestankündigungsfristen für einen Streik geregelt würden.⁹⁰ Im Vergleich zu dem gesetzlichen Modell in Großbritannien und den USA, wo nur eine Gewerkschaft im Unternehmen verhandeln kann,⁹¹ nimmt eine kooperative Abrede auf die Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien besser Rücksicht. Dies gilt auch im Vergleich zu dem Vorschlag, eine der konkurrierenden Gewerkschaften mit der Führung von Tarifverhandlungen kraft Votum der Belegschaft zu mandatieren.⁹²
- 58 Insoweit erscheint unbestritten, dass die Gewerkschaften auch einzelne ihnen zustehende Rechte „vergemeinschaften“ können.⁹³ Eine solche im Wege der Auslegung zu bestimmende „Vergemeinschaftung“, etwa kraft einer kooperativen Abrede mehrerer Gewerkschaften, kann – sich in ihrer Intensität steigernd – von der inhaltlichen Abstimmung der Tarifforderungen⁹⁴ über deren gemeinsamer Verhandlung mit dem Tarifpartner⁹⁵ bis hin zum Abschluss eines gemeinsam mit allen Gewerkschaften abgeschlossenen Einheitstarifvertrags⁹⁶ erstrecken. Eine ganz andere Frage stellt es indessen dar, ob dem Arbeitgeber im Falle einer nicht auflösbaren Tarifblockade – etwa mit Blick auf einen betriebsverfassungsrecht-

87 Meyer, ZTR 2005, 394, 403; ähnlich Rolfs, DB 2003, 1678, 1681 für den Fall bereits aufgenommener Tarifverhandlungen.

88 Meyer, NZA 2006, 1387, 1390; hingegen ablehnend zu diesem Ansatz Jacobs, NZA 2008, 325, 330.

89 Bayreuther, NZA 2008, 12, 16.

90 Bayreuther, NZA 2008, 12, 17.

91 Hromadka, NJW Editorial zu Heft 45/2007.

92 Buchner, BB 2008, 106, 108.

93 Wiedemann-Thüsing, § 1 TVG Rn. 212.

94 So etwa Franzen, RdA 2008, 193, 204 bzgl. abgestimmter Laufzeiten von befristeten Tarifverträgen.

95 Gemeinsame Verhandlungen fordert Kamanabrou, ZfA 2008, 241, 271 f.

96 Wiedemann-Thüsing, § 1 TVG Rn. 212.

lichen Tarifvertrag nach § 3 BetrVG – ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht.⁹⁷

4. Gestaltungs-Modelle

Tarifpluralität führt nicht zwingend zu einer Kollision von Tarifverträgen, sofern diese aufgrund Abreden mit den konkurrierenden Gewerkschaften⁹⁸ auch im Bereich der Vergütungssysteme vermieden werden kann: **59**

a) 3-G-Prinzip

Im öffentlichen Dienst werden traditionell die Tarifverhandlungen nach dem sog. „3-G-Prinzip“ geführt. Dies bedeutet, dass sich alle Tarifvertragsparteien einschließlich der konkurrierenden Gewerkschaften zur gleichen Zeit am gleichen Ort aufhalten, um dieselben Themen zu verhandeln. Hierbei handelt es sich um eine informelle Vorstufe einer Kooperation, die durch gemeinsame Arbeitsgruppen oder gemeinsame Tarifkommissionen weiter ausgebaut werden kann. **60**

b) Tarifführerschaft

Das Modell der Tarifführerschaft wurde von 2008 bis 2014 erfolgreich im DB Konzern praktiziert.⁹⁹ Dabei wurden zum einen die persönlichen Geltungsbereiche gegeneinander abgegrenzt und zum anderen die Tarifführerschaft einer der konkurrierenden Gewerkschaften geregelt. Dies bedeutete, dass etwa die GDL die Vergütungstarifverträge einheitlich für die Lokführer im DB Konzern als Tarifführer verhandelte und die konkurrierende EVG das verhandelte Tarifergebnis für die Lokführer unter ihren Mitgliedern übernahm. Durch solche Modelle lassen sich Konkurrenzen zu Berufsgruppengewerkschaften kanalisieren, solange sich die Berufsgruppen auf relativ überschaubare Teile der Belegschaft beschränken. **61**

c) Spannen-Modelle

Eine Konkurrenz der Gewerkschaften im Bereich der Vergütungssysteme lässt sich ggf. besser bewältigen, wenn mit einer Gewerkschaft der Abschluss von „Spannen-Tarifverträgen“ gelingt, die ein flexibles Reagieren auf die Abschlüsse der Konkurrenz-Gewerkschaft erlauben. Bausteine hierfür können z. B. Wahlrechte für die Arbeitgeber- wie für die Arbeitnehmerseite sein, um eine inhaltli- **62**

⁹⁷ So der Vorschlag von *Jacobs*, NZA 2008, 325, 330, zur Harmonisierung der Laufzeit konkurrierender Tarifverträge.

⁹⁸ Vgl. zu den diskutierten Modellen auch *Däubler/Bepler*, Rn. 61.

⁹⁹ *Bayreuther*, FS Hromadka, S. 1.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

che Kohärenz zwischen den unterschiedlichen Vergütungssystemen zu bewahren.

- 63 Vorstellbar sind daher „Cafeteria-Systeme“, in denen etwa der Arbeitnehmer für sich unterschiedliche Auszahlungsformen wählen kann. An die Stelle eines Urlaubs- oder Weihnachtsgelds kann so etwa eine gleichmäßige Verteilung dieser Sonderzahlungen auf das monatliche Entgelt erfolgen.

d) Bewertung

- 64 Die Umsetzbarkeit von Kooperations-Modellen setzt die Einsicht aller Tarifvertragsparteien voraus, dass ein Tarifvertrag über die eigenen Mitglieder hinaus auch Wirkungen gegenüber den anders und nicht organisierten Arbeitnehmern erzeugen kann. Deshalb kann eine Lösung daran scheitern, wenn sich eine Gewerkschaft als Mehrheit sieht oder die konkurrierende Gewerkschaft um eine künftige Mehrheit der Mitglieder in den Betrieben kämpfen will. Hierin wird eine Schwäche des Tarifeinheitsgesetzes gesehen, weil es den Wettbewerb der Gewerkschaften um neue Mitglieder anheize.¹⁰⁰ Denn die Frage der Mehrheit werde zur Existenzfrage der Akteure.¹⁰¹ Die Schaffung von Kooperations-Modellen ist dort besonders schwierig, wo Berufsgruppengewerkschaften über eine besonders hohe Kampfkraft verfügen und sich daher einvernehmlichen Modellen tendenziell eher verschließen dürften.

V. Lösung von Tarifpluralitäten über das BetrVG?

1. Tarifvorrang und Tarifsperrung aus § 87 Abs. 1 ES und § 77 Abs. 3 BetrVG

- 65 Die Höhe der Vergütung ist üblicherweise einer Gestaltung durch die Betriebsparteien entzogen, weil sie entweder durchgehend oder aber üblicherweise im Tarifvertrag selbst geregelt ist.
- 66 Während die Höhe der Monatsvergütung thematisch durch jede konkurrierende Gewerkschaft geregelt sein dürfte, kann es im Bereich der Einmal-Zahlungen zu Abweichungen kommen, falls sich etwa eine Gewerkschaft auf ein Weihnachtsgeld und eine andere Gewerkschaft auf ein Urlaubsgeld verlegt. Insoweit ist zu bedenken, dass sich die normative Bindung der Tarifverträge auf die jeweiligen Mitglieder der Gewerkschaften beschränkt. Hierdurch kann es also im Bereich der Mitbestimmung zu gespaltenen Lösungen kommen, falls etwa der Arbeitgeber den Mitgliedern der Gewerkschaft, die kein Weihnachtsgeld tarifiert hat, eine solche Zahlung freiwillig einräumen will.

100 So etwa *Däubler/Bepler*, Rn. 62.

101 *Greiner*, NZA 2015, 769, 770.

2. Öffnungsklauseln im Tarifvertrag

In Randbereichen der Vergütung kann es Öffnungsklauseln in den Tarifverträgen geben, die den Betriebsparteien etwa bei Boni oder Prämien aus einem Ideen-Management auch Entscheidungen über die Höhe der Sonderleistung ermöglichen. **67**

Fraglich ist, ob diese Öffnungsklauseln nur gegenüber den Mitgliedern der den öffnenden Tarifvertrag schließenden Gewerkschaft oder aber gegenüber allen Arbeitnehmern im Betrieb wirken. **68**

a) Alte Rechtslage

Nach überkommener Rechtslage wurde eine Öffnungsklausel in einem Tarifvertrag nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als betriebsverfassungsrechtliche Norm eingeordnet, die nach § 3 Abs. 2 TVG schon bei alleiniger Tarifbindung des Arbeitgebers im Betrieb normativ und zwingend galt und demzufolge alle Arbeitsverhältnisse unabhängig von einer gewerkschaftlichen Bindung erfassen soll.¹⁰² Teilweise wird von einer Art von „Allgemeinverbindlicherklärung“ ausgegangen, die zur Voraussetzung habe, dass eine Regelung zwingend einheitlich für alle oder wenigstens eine Gruppe von Arbeitnehmern erfolgen müsse und dabei Einzelregelungen nicht zweckmäßig wären.¹⁰³ Eine solche Erstreckung insbesondere auf Außenseiter ist jedoch nicht unproblematisch, da sich die Regelungsgewalt der Tarifvertragsparteien an sich auf ihre jeweiligen Mitglieder beschränkt.¹⁰⁴ Unter der Ägide von Tarifeinheit – bzw. von Einheitsgewerkschaften – und einer überwiegend praktizierten Gleichstellung der Außenseiter mit den Gewerkschaftsmitgliedern waren diese Bedenken indessen eher dogmatischer Natur. Das BAG vertrat hingegen mit Blick auf eine Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG die Ansicht, dass die Außenseiter nicht von den Normen eines Tarifvertrages gemäß § 4 Abs. 1 TVG, sondern denen einer Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG erfasst würden.¹⁰⁵ **69**

Unter der Ägide von Tarifeinheit konnte eine Mehrheit von Tarifverträgen im Betrieb nach dem Spezialitätsprinzip geordnet werden, wobei sich der Vorrang eines Tarifvertrags sowohl auf die Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen gemäß § 1 Abs. 1 TVG als auch eine diese variierende Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als betriebsverfassungsrechtliche Norm gemäß § 1 Abs. 1 TVG bezog. Von dieser Auflösung der Tarifmehrheit konnten dann – im Zweifel im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung – auch klein-dynamische bzw. noch klarer groß-dynamische Wechselklauseln erfasst werden, sodass **70**

¹⁰² Heisig, S. 349 ff.

¹⁰³ Däubler-Lorenz, § 3 TVG Rn. 60, 61.

¹⁰⁴ Vgl. Wiedemann-Wank, § 4 TVG Rn. 592.

¹⁰⁵ BAG 18.8.1987, 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779 zu § 77 BetrVG 1972.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

auch insoweit eine einheitliche Behandlung aller Mitarbeiter im Betrieb möglich war.¹⁰⁶

b) Neue Rechtslage

- 71 Unter der Ägide von Tarifpluralität sind nunmehr die Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen verschiedener Tarifverträge im Betrieb nebeneinander in Abhängigkeit von der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft anwendbar.¹⁰⁷ Allerdings verbleibt es mit Blick auf Betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen gemäß § 1 Abs. 1 TVG beim Grundsatz der Tarifeinheit, weil diese unabhängig von der Tarifbindung der Arbeitnehmer im Betrieb nach § 3 Abs. 2 TVG von Gesetzes wegen normativ und zwingend gelten und daher zu einer Situation einer Tarifkonkurrenz im Arbeitsverhältnis führen können. Dies bedeutet, dass sich im Falle miteinander konkurrierender Öffnungsklauseln grundsätzlich nur eine von beiden durchsetzen kann. Diese Auflösung von Tarifpluralität ist schon deshalb nicht unproblematisch, wenn man sich vor Augen führt, dass in der Tarifpraxis Inhalts- und Betriebsnormen – tarifpolitisch wie rechtlich – miteinander verknüpft sein können,¹⁰⁸ sodass sich die Frage stellt, ob es trotz verdrängter Betriebsnorm – infolge der Grundsätze zur Tarifeinheit – bei einer Fortgeltung der Inhaltsnorm verbleiben kann.¹⁰⁹ Dieses Problem verschärft sich, falls man sogar Tarifnormen einen Doppel-Charakter einer Inhalts- und zugleich einer Betriebsnorm zuschreibt.¹¹⁰ In der Tendenz ist daher nicht auszuschließen, dass der zwingend kollektive und betriebsseinheitliche Regelungsbezug in § 3 Abs. 2 TVG enger ausgelegt wird, um so den Anwendungsbereich von Inhaltsnormen zu bewahren und eine Lösung über Tarifkonkurrenz zu vermeiden.
- 72 In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung des BAG hinzuweisen, wonach die Tarifvertragsparteien einen betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnungstarifvertrag gemäß § 3 BetrVG auch ohne inhaltliche Abstimmung verlangen und notfalls erzwingen können.¹¹¹ Obwohl gerade mit Blick auf die Struktur von Betrieben nach § 1 BetrVG und die daran anknüpfenden Betriebsratswahlen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ggf. sich inhaltlich widersprechende Tarifinhalte – jedenfalls aus Sicht der Praxis – nur schwer vorstellbar erscheinen,¹¹² hat das BAG insoweit eine „Zwangstarifgemeinschaft“ der beteiligten Gewerkschaften abgelehnt. Leider hat das BAG auch in diesem Zusammenhang noch nicht ent-

106 *Jacobs*, NZA 2008, 325, 332 f.

107 BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068, 1071.

108 Hierzu *Krebber*, RdA 2010, 23, 27.

109 Dafür *Franzen*, RdA 2008, 193, 198.

110 Vgl. die Nachweise bei BAG 9.12.2009, 4 AZR 190/08, NZA 2010, 712 zu § 3 TVG.

111 BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 zu § 3 BetrVG 1972.

112 So die Anmerkung von *Meyer* in SAE 2010, 27 f. zu BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424.

schieden, nach welchen Prinzipien eine etwaige Tarifmehrheit betriebsverfassungsrechtlicher Zuordnungstarifverträge nach § 3 BetrVG aufzulösen wäre,¹¹³ obwohl hierzu eine Vielzahl von Vorschlägen besteht.¹¹⁴ Allerdings hat das BAG auch bei der Konkurrenz von Betriebsnormen offengelassen, ob noch an dem überkommenen Spezialitätsprinzip festzuhalten ist,¹¹⁵ weil hier ebenfalls Probleme mit Blick auf die innerbetriebliche Legitimation bestehen.

Eine Übertragung dieser Grundsätze auf das Themenfeld in § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG bedeutet daher, dass die Gewerkschaften zwar jede für sich eine solche Öffnungsklausel fordern können, ohne diese aber inhaltlich abstimmen zu müssen. Ferner ist höchststrichterlich noch nicht geklärt, wie eine Tarifmehrheit dieser betriebsverfassungsrechtlichen Normen (unter Anwendung des Gedankens der Tarifeinheit) aufzulösen ist. Indessen zeigt die Tätigkeit des Gesetzgebers, dass sich etwa im Bereich der Mindestarbeitsbedingungen der Mehrheitsgedanke durchsetzt, wie etwa die Regelung in § 7 Abs. 2 AEntG zur Feststellung des repräsentativen Tarifvertrags belegt, falls in einer Branche eine Tarifmehrheit besteht. Für ein solches Mehrheitsprinzip votiert daher eine breite Strömung im Schrifttum.¹¹⁶

c) Bewertung unter dem Tarifeinheitsgesetz

Unter der Geltung des Tarifeinheitsgesetzes sollte sich eigentlich die Tariföffnungsklausel in dem Mehrheitstarifvertrag durchsetzen.¹¹⁷ Denn die Rechtsnormen des Minderheitentarifvertrages werden verdrängt.¹¹⁸ Zu diesen zählt aber auch eine als betriebsverfassungsrechtliche Norm nach § 1 Abs. 1 TVG einzuordnende Öffnungsklausel.

Dies bedeutet, dass für alle anders oder nicht organisierte Arbeitnehmer z. B. ein freiwilliges Weihnachtsgeld gezahlt werden kann, auch wenn eine Gewerkschaft auf eine Tarifierung verzichtet hat. Eine solche Betrachtung ist auch vertretbar, weil der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Verteilung des Weihnachtsgeldes ein Mitbestimmungsrecht und dabei auch nach § 75 BetrVG darauf zu achten hat, dass nicht die Mitglieder einer Gewerkschaft benachteiligt werden.

Das Problem dürfte indessen in der Praxis darin bestehen, dass die Mehrheitsgewerkschaft nicht unbedingt alle Geltungsbereiche von Tarifverträgen der Minderheitsgewerkschaft „abgeregelt“ hat. Insoweit bleibt dann eine Spaltung von Öffnungsklauseln auf Teile der Belegschaft vorstellbar, die als Mitglieder der jeweiligen Gewerkschaft angehören.

113 BAG 29.7.2009, 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 zu § 3 BetrVG 1972.

114 Vgl. die Übersicht bei *Brecht-Heitzmann*, GS Zachert, S. 502, 510 ff.

115 BAG 9.12.2009, 4 AZR 190/08, NZA 2010, 712 zu § 3 TVG.

116 DKKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 145.

117 A. A. wohl *Schliemann*, NZA 2015, 1298, 1299.

118 *ErfK-Franzen*, § 4a TVG Rn. 17.

VI. Lösung von Tarifpluralität durch die Arbeitsvertragsparteien

1. Bezugnahmen unter dem Tarifeinheitsgesetz

- 77 Obwohl § 4a TVG einen Minderheitstarifvertrag durch die Anwendung des Mehrheitstarifvertrages – temporär – verdrängen kann, verbleibt die Möglichkeit der Parteien des Arbeitsvertrages, auch einen solchen Minderheitstarifvertrag im Arbeitsvertrag in Bezug zu nehmen.¹¹⁹ Eine solche Bezugnahme ist auch deswegen möglich, weil das Tarifeinheitsgesetz nicht in die Gestaltungsfreiheit der Parteien des Arbeitsvertrages eingreifen kann.¹²⁰ Sofern ein Arbeitnehmer also nach § 4a TVG als Mitglied der Minderheitengewerkschaft nicht in den Genuss der normativen Geltung ihrer Tarifverträge nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG gelangen kann, so erreicht diese Wirkung indessen die vertragliche Bezugnahme auf den Minderheitentarifvertrag.
- 78 Allerdings führt eine solche Bezugnahme im Arbeitsvertrag dazu, dass zwischen der Anwendung des Mehrheitstarifvertrages auf die Mitglieder dieser Gewerkschaft nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG und der Bezugnahme im Arbeitsvertrag auf den Minderheitentarifvertrag ein Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG anzustellen ist. Hierbei sind in einem Sachgruppenvergleich die in einem inneren sachlichen Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der unterschiedlichen Regelungen im Tarifvertrag einerseits und im Arbeitsvertrag andererseits zu vergleichen. Ist nicht zweifelsfrei feststellbar, dass die einzelvertragliche Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist, sollte es bei der Geltung des Mehrheitstarifvertrages bleiben.¹²¹

2. Die üblichen Formen einer Bezugnahme

- 79 Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien des Arbeitsvertrages auch auf Tarifverträge Bezug nehmen, nach denen sich die Arbeitsbedingungen richten sollen. Üblicherweise wird danach unterschieden, ob die Bezugnahme
- statisch auf einen bestimmten Tarifvertrag,
 - dynamisch auf die jeweiligen Tarifverträge einer Branche bzw. Arbeitgebers oder
 - generell auf die jeweils in Betrieb oder Unternehmen geltenden Tarifverträge verweist.

119 Schliemann, NZA 2015, 1298, 1300.

120 Richardi, NZA 2015, 915, 916.

121 BAG 10.12.2014, 4 AZR 503/12, NZA 2015, 946.

Unverkennbar ist die Tendenz der Rechtsprechung, solche Klauseln zum Schutz der Arbeitnehmer im Zweifel streng am Wortlaut auszulegen. So versteht das BAG etwa nach dem 1.1.2002 verwendete klein-dynamische Bezugnahmen auf den jeweiligen Branchentarifvertrag regelmäßig nicht als eine Gleichstellungsabrede,¹²² sodass etwa nach einem Betriebsübergang nicht die nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB für die Gewerkschaftsmitglieder vorrangigen Tarifverträge des neuen Inhabers, sondern im Zweifel weiterhin die bisherigen Tarifverträge des alten Arbeitgebers anzuwenden sind. Dies gilt auch für Gewerkschaftsmitglieder, bei denen ebenfalls eine Bezugnahme im Arbeitsvertrag konstitutiv gilt und daher zu einem Günstigkeits-Vergleich nach § 4 Abs. 3 TVG führt.

3. Regelungslücke durch § 4a TVG?

Durch das Inkrafttreten des Tarifeinheitsgesetzes kann es grundsätzlich zu einer Lücke im Arbeitsvertrag kommen, da regelmäßig nicht davon auszugehen ist, dass sich die Parteien eines Arbeitsvertrages bislang schon an einem Mehrheits-tarifvertrag orientiert haben. **81**

Eine solche Regelungslücke kann jedoch ggf. über die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden,¹²³ indem zunächst unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände bei Abschluss des Arbeitsvertrags entweder ein etwaiger übereinstimmender Wille oder anderenfalls zu ermitteln ist, wie der Arbeitnehmer als verständiger und redlicher Vertragspartner die Klausel verstehen musste. **82**

a) Tarifwechselklausel

Bei einer Tarifwechselklausel, die auf die im Betrieb jeweils geltenden Tarifverträge abstellt, führt schon eine erläuternde Auslegung dazu, dass der Mehrheits-tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG anzuwenden ist. Denn nur dieser Tarifvertrag ist nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG normativ anwendbar und gilt daher im Betrieb. **83**

Gleiches ist anzunehmen, wenn die Bezugnahmeklausel auf die jeweils im Unternehmen geltenden Tarifverträge verweist.¹²⁴ Zwar wird hier nicht auf den Betrieb als den nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG maßgebenden Vergleichsmaßstab abgestellt. Allerdings ist hier regelmäßig im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung¹²⁵ davon auszugehen, dass die Parteien des Arbeitsvertrags auf die Gel-

122 BAG 24.9.2008, 6 AZR 76/07, NZA 2009, 154.

123 *Sprenger*, NZA 2015, 719; BAG 16.5.2013, 4 AZR 445/11, NZA 2014, 392.

124 *Hromadka/Maschmann*, § 16 Rn. 259; *Däubler/Bepler*, Rn. 173.

125 Vgl. *Sprenger*, NZA 2015, 719.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

tung von Tarifverträgen im jeweiligen Betrieb abstellen wollten. Denn auch aus Sicht des Arbeitnehmers ist es wichtig, dass die in seinem Beschäftigungsbetrieb geltenden Tarifverträge zur Anwendung kommen. Dies kann etwa bei Zahlung einer tariflichen Schmutzzulage relevant werden, die in den Verwaltungsbetrieben eines Unternehmens nicht gewährt wird.

b) Klein-dynamische Bezugnahmeklausel

- 85** Bei der klein-dynamischen Bezugnahmeklausel auf die jeweils geltenden Tarifverträge einer Branche kommt es hingegen zu Schwierigkeiten mit Blick auf die von § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG angeordnete Anwendung des Mehrheitstarifvertrages, wenn dieser von einer anderen als der bisherigen Branchengewerkschaft abgeschlossen wurde. Hier lässt sich kaum – entgegen dem Wortlaut – im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung klären, welchen Tarifvertrag welcher Gewerkschaft die Arbeitsvertragsparteien bei verständiger Würdigung in Bezug nehmen wollten. Im Ergebnis kann es dann regelmäßig zu einem Günstigkeitsvergleich zwischen der gesetzlichen Anordnung eines Mehrheitstarifvertrags und der Bezugnahme auf einen Minderheitentarifvertrag nach § 4 Abs. 3 TVG kommen.¹²⁶
- 86** Eine Ausnahme ist vielleicht dort angebracht, wo die Parteien des Arbeitsvertrags schon in der Vergangenheit sich in der Umsetzung ihres Vertrags an dem bisher geltenden Grundsatz der Tarifeinheit ausgerichtet haben. Sofern danach die bisher über den Grundsatz der Spezialität angewandten Tarifverträge von derselben Gewerkschaft wie der „neue“ Mehrheitstarifvertrag abgeschlossen wurden, kann es zu identischen Anwendungs- und Auslegungsergebnissen kommen. Denn im Zweifel wurde von der Rechtsprechung auch schon in der Vergangenheit auf die Mehrheit im Betrieb rekurriert, um den insoweit spezielleren Tarifvertrag zu ermitteln.

c) Statische Bezugnahmeklausel

- 87** Wird in einer Bezugnahmeklausel ein Tarifvertrag ausdrücklich benannt, so hat es hierbei grundsätzlich sein Bewenden.¹²⁷ Eine statische Bezugnahmeklausel führt entgegen ihrem Wortlaut nur dann zu einer Anwendung des Mehrheitstarifvertrags, wenn dieselbe Gewerkschaft denselben Tarifvertrag abgeschlossen hat. Insoweit bleibt also der für den Arbeitnehmer günstigere Tarifvertrag anwendbar.¹²⁸

¹²⁶ Melot de Beauregard, DB 2015, 1527, 1530.

¹²⁷ Hromadka/Maschmann, § 16 Rn. 259.

¹²⁸ Hierfür Däubler/Bepler, Rn. 173.

4. AGB-Kontrolle

Zwar unterfällt der Inhalt von Tarifverträgen keiner AGB-Kontrolle nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB. Hingegen unterliegen Bezugnahmeklauseln einer AGB-Kontrolle nach § 305 f. BGB, wenn sie vom Arbeitgeber als vorformulierte Vertragsbedingung bei Abschluss des Arbeitsvertrags verwendet werden. **88**

Fraglich ist, ob eine – sich ggf. auch erst im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ergebende – Bezugnahme auf den Mehrheitstarifvertrag als überraschende¹²⁹ oder intransparente¹³⁰ Klausel zu bewerten ist. **89**

a) Überraschende Klausel?

Nach § 305c Abs. 1 BGB werden „überraschende“ Klauseln nicht zum Bestandteil des Arbeitsvertrags. Voraussetzung ist, dass die Klausel nach den Umständen – insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild – so ungewöhnlich ist, dass der Arbeitnehmer nicht mit ihr zu rechnen braucht. Eine Bezugnahme auf den nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG einschlägigen Tarifvertrag erscheint indessen nicht ungewöhnlich. Dies umso mehr, als die Klausel der gesetzlichen Anordnung aus § 4a TVG entspricht. **90**

Wesentlich kann aber die Frage sein, welche Ziele bei Abschluss des Arbeitsvertrags verfolgt wurden. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber bei schon in der Vergangenheit bestehender Tarifpluralität eine Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit praktizierte, kann von keiner überraschenden Klausel gesprochen werden. Denn bei einer Konkurrenz etwa mit Tarifverträgen einer Sparten Gewerkschaft wurde auch schon in der Vergangenheit auf ein Mehrheitsprinzip abgestellt, um bei Zweifeln den sach nächsten Tarifvertrag zu ermitteln.¹³¹ **91**

Schließlich ist zu beachten, dass sich die Anwendung eines bislang schon geltenden Mehrheitstarifvertrags auf die Grundsätze einer betrieblichen Übung stützen kann. **92**

b) Unklare Klausel?

Bestimmungen in AGB können nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam sein, wenn sich eine unangemessene Benachteiligung daraus ergibt, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. **93**

Eine solche Intransparenz sollte indessen nicht vorliegen, wenn die Bezugnahmeklausel sich eindeutig auf den Mehrheitstarifvertrag nach § 4a TVG bezieht. Dies ist jedenfalls bei einer Tarifwechselklausel der Fall, weil diese sogar an- **94**

¹²⁹ Greiner, NZA 2015, 769, 776.

¹³⁰ Däubler/Bepler, Rn. 173.

¹³¹ BAG 14.6.1989, 4 AZR 200/89, NZA 1990, 325 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

wendbar bleibt, wenn der Mehrheitstarifvertrag hinter den Tarifvertrag der Minderheitengewerkschaft wieder zurücktritt.

5. Gestaltungen

- 95 Zu untersuchen bleibt, ob sich unter der Geltung des Tarifeinheitgesetzes neue Anhaltspunkte für die Formulierung von Bezugnahme Klauseln ableiten lassen:

a) Mehrheitstarifvertrag

- 96 Fraglich ist, ob die Bezugnahme auf den Mehrheitstarifvertrag zu einer größeren Rechtssicherheit führen könnte. Hierfür spricht auf den ersten Blick zwar die gesetzliche Anordnung aus § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich dessen Anwendung nach § 4a TVG nur dann einstellt, wenn der Arbeitnehmer selbst nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG tarifgebunden ist. Durch einen Wechsel in die Minderheitengewerkschaft kann der Arbeitnehmer wiederum einen Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG auslösen, falls dieser zunächst verdrängte Minderheitentarifvertrag wiederauflebt und normativ nach § 4 Abs. 1 TVG anzuwenden ist.

b) Tarifvertrag einer Gewerkschaft

- 97 Vorstellbar ist, den Tarifvertrag einer bestimmten Gewerkschaft in Bezug zu nehmen. Dies kann z. B. in der Erwartung geschehen, dass es sich hierbei um die Mehrheitsgewerkschaft handelt. Indessen bleibt auch hier ein Wechsel in die Minderheitengewerkschaft möglich, sodass sich ein Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG einstellen kann, wenn der bisherige nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG vorrangige Mehrheitstarifvertrag nicht länger anwendbar ist und daher der bis dahin verdrängte Minderheitentarifvertrag wieder normativ nach § 4 Abs. 1 TVG auflebt.

c) Wahlrecht des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers

- 98 Fraglich ist, ob und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt ein Wahlrecht zwischen verschiedenen Tarifverträgen vereinbart werden könnte. Vorstellbar ist z. B., dass sich der Arbeitnehmer bei Arbeitsbeginn zwischen zwei Tarifwerken entscheiden soll. Zwar kann auf diese Weise eine Bindung an eines der konkurrierenden Tarifwerke bewirkt werden. Allerdings kann hierdurch mit Blick auf das Grundrecht der individuellen positiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG nicht verhindert werden, dass der Arbeitnehmer in die konkurrierende Gewerkschaft entweder eintritt oder in diese als Gewerkschaftsmitglied wechselt und damit einen Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG auslöst.

Ein Wahlrecht des Arbeitgebers würde überdies Bedenken mit Blick auf § 316 BGB begegnen, weil im Zweifel der Arbeitnehmer zur Bestimmung der Gegenleistung aufgerufen ist. Indessen ist bei einem Wahlrecht zwischen unterschiedlichen – kompletten – Tarifwerken zu bedenken, dass hier eine Richtigkeitsgewähr für die Inhalte des jeweiligen Tarifwerkes spräche. Dies kommt auch in der Diskussion zur Bereichsausnahme in § 310 Abs. 4 BGB zum Ausdruck, die bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahme eines kompletten in der Branche anwendbaren Tarifwerkes eine inhaltliche AGB-Kontrolle ablehnt.¹³² **99**

d) Anrechnungsklausel

Um einen Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG einzugrenzen, kommt die Aufnahme einer Anrechnungsklausel in Betracht. Hierdurch sollen Leistungen aus dem Arbeitsvertrag auf Leistungen aus normativer Bindung an einen Tarifvertrag angerechnet werden. Sind hingegen die Leistungen aus den im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen Tarifvertrag höher, so verbleibt es insoweit bei einem normativen Anspruch aus §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG. **100**

e) Auflösende Bedingung

Eine mögliche Gestaltung könnte darin liegen, die Anwendung eines Tarifvertrags nur solange zu vereinbaren, als der Arbeitnehmer nicht nach § 4 Abs. 1 TVG als Mitglied normativ an den Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft gebunden ist. Hierbei handelt es sich um eine auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB, deren Zulässigkeit zum einen bereits mit Blick auf § 21 TzBfG besteht. Denn nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die auflösende Bedingung vor, weil in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe diese rechtfertigen. Denn der Wechsel in eine andere Gewerkschaft respektiert zum anderen die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte positive Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers, einer – anderen – Gewerkschaft als Mitglied beizutreten. **101**

f) Bewertung

Aus heutiger Sicht sollte weiterhin eine auf den Betrieb bezogene Tarifwechselklausel verwendet werden, weil sich diese auch auf den Mehrheitstarifvertrag im Betrieb beziehen würde. Hierdurch könnte auch der Wechsel zwischen einem Mehrheits- und einem Minderheitstarifvertrag ggf. sogar von Betrieb zu Betrieb erfasst werden. Ergänzt werden könnte diese Bezugnahmeklausel – jedenfalls aus Arbeitgebersicht – indessen um eine Anrechnungsklausel, um insoweit die **102**

¹³² Thüsing/Braun-Reufels, 8. Kap. Rn. 20 f.

Kap. 17 Vergütungssysteme in tarifpluralen Betrieben

Folgen einer normativen Bindung an den – jeweils – konkurrierenden Tarifvertrag einzugrenzen.

VII. Ausblick

- 103** Die hier vorgestellten Aspekte der Vergütung in tarifpluralen Betrieben werden auf absehbare Zeit noch weiter die Wissenschaft und Praxis beschäftigen. Denn die aktuelle Rechtsprechung des BAG verfestigt weiter die Konkurrenz unter den Gewerkschaften und damit die Pluralität auch der tariflich vereinbarten Vergütungssysteme, indem etwa bei der Beurteilung von Differenzierungsklauseln immer großzügiger zu Gunsten der handelnden Gewerkschaften und ihrer Mitglieder verfahren wird.¹³³
- 104** Die hiesigen Ausführungen und Gestaltungsmöglichkeiten stehen zwar unter dem Vorbehalt der ab dem 1.1.2019 durch den Gesetzgeber in Teilen noch näher auszuformenden Verfassungsmäßigkeit des durch das Tarifeinheitsgesetz geschaffenen § 4a TVG. Die hier unterbreiteten Gestaltungsvorschläge können sich jedoch umgekehrt auch in einem System von Tarifpluralität als tauglich erweisen, falls etwa die Mitgliedschaft in den konkurrierenden Gewerkschaften wechselt.

133 Vgl. Meyer, Anm. zu BAG 15.4.2015, 4 AZR 796/13, AP Nr. 57 zu § 3 TVG.

Kapitel 18

Risikomanagement und Vergütungspolitik – Institutsvergütungsverordnung als Modell

Schrifttum: *Annuß*, Risikomanagement und Vergütungspolitik – Die Institutsvergütungsverordnung aus arbeitsrechtlicher Sicht, NZA-Beil. 2014, 121; *Annuß*, Abfindungsvereinbarungen unter der Institutsvergütungsverordnung, BKR 2016, 102; *Bauer/Schuster* (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Bankensektor, 2016; *Becker/Schulte-Mattler*, Finanzkrise 2.0 und Risikomanagement von Banken, Regulatorische Entwicklungen – Konzepte für die Umsetzung, 2012; *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Hrsg.), KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016; *Bosse*, Handbuch Vorstandsvergütung, 2. Aufl. 2015; *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Institutsvergütungsverordnung – InstitutsVergV), 2014; *Christoffer*, Der Vergütungsbeauftragte in bedeutenden Instituten – eine Bestandsaufnahme, BKR 2015, 14; *de Raet/Dörfler*, Besonderheiten bei der Festlegung der Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern von Versicherungsunternehmen, CCZ 2017, 253; *Diller/Arnold*, Vergütungsverordnungen für Banken und Versicherungen: Pflicht zum Mobbing?, ZIP 2011, 837; *Dzida/Naber*, Risikosteuerung durch variable Vergütung, BB 2011, 2613; *Freihube/Christoffer*, Die neue Institutsvergütungsverordnung – Veränderte Spielregeln für Abfindungszahlungen in der Finanzbranche, DB 2018, 827; *Fuhlrott/Burkhard*, Das Schicksal arbeitsgebundener Rechtspositionen beim Betriebsübergang, BB 2013, 1592; *Groeger*, Begrenzung der Managervergütungen bei Banken durch staatliche Regulierung?, RdA 2011, 287; *Groeger*, Erfolgsbeteiligung Carried Interest Plan, ArbRB 2006, 227; *Hannemann/Schneider/Weigl*, Mindestanforderungen an das Risikomanagement, 2013; *Herz*, Aufsichtsrechtliche Vorgaben für die Vergütung der Geschäftsleiter von Banken und Finanzdienstleistern, NZG 2018, 1050; *Heuchemer/Kloft*, Neue Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung), WM 2010, 2241; *Hohenstatt/Stamer*, „Carried Interest“ im Arbeitsrecht, BB 2006, 2413; *Insam/Hinrichs/Hörtz*, Vergütungssysteme nach der Institutsvergütungsverordnung – Aktuelle ungeklärte und geklärte Rechtsfragen, DB 2012, 1568; *Insam/Hinrichs/Hörtz*, InstitutsVergV 2014: Alte und neue Fallstricke in der Ausgestaltung der Vergütung von Kredit- und Finanzdienstleistungsunternehmen, WM 2014, 1415; *Jensen*, Jahresverlust und variable Vergütung – Banken im Spannungsfeld zwischen Institutsvergütungsordnung und Arbeitsrecht, BB 2014, 2869; *Lingemann/Pfister/Otte*, Ermessen bei Gratifikation und Vergütung als Alternative zum Freiwilligkeitsvorbehalt, NZA 2015, 65; *Löw/Gluck*, Vergütung bei Banken im Spannungsfeld von Arbeits- und Aufsichtsrecht, NZA 2015, 137; *Löw/Gluck*, Sound Remuneration Policies – Die neuen EBA-Guidelines und ihre Konsequenzen für die Vergütungssysteme bei Banken, BKR 2016, 265; *Löw/Gluck*, Anforderungen an die variable Vergütung nach der Institutsvergütungsverordnung, BKR 2015, 186; *Merkelbach*, Neue Vergütungsregeln für Banken – Institutsvergütungsverordnung 2.0, WM 2014, 1990; *Moritz/Klebeck/Jesch* (Hrsg.), Kapitalanlagegesetzbuch, Bd. 1, Kommentar, 2016; *Müller-Bonanni/Mehrens*, Neue Vergütungsregeln für Banken – Entwurf der Instituts-Vergütungsverordnung, NZA 2010, 792; *Nguyen/Posch/Kusnezow*, Veränderung der Vergütungspolitik in der Finanzbranche – eine Studie am Beispiel der Deutschen Bank, ZfgK 2014, 128; *Patzner/Döser/Kempf* (Hrsg.), Investmentrecht (Kapitalanlagegesetzbuch/Investmentsteuergesetz), 2. Aufl. 2015; *Rieble/Schmittlein*, Vergü-

Kap. 18 Risikomanagement und Vergütungspolitik

tung von Vorständen und Führungskräften, 2011; *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und arbeitsrechtliche Entgeltsysteme, 2011; *Schneider/Schneider*, Der Aufsichtsrat der Kreditinstitute zwischen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und aufsichtsrechtlichen Anforderungen – Ein Beitrag zur aufsichtsrechtlichen Corporate Governance der Kreditinstitute, NZG 2016, 41; *Schuster*, Clawback-Klauseln – probates Mittel zukunftsgerichteter Gestaltung von Bonus-Vereinbarungen, in: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, 2010, S. 973; *Simon/Koschker*, Vergütungssysteme auf dem Prüfstand – Neue aufsichtsrechtliche Anforderungen für Banken und Versicherungen, BB 2011, 120; *Thum*, Die Zulässigkeit von Claw-Back-Regelungen im Lichte der Institutsvergütungsverordnung, NZA 2017, 1577; *Velte*, „Nachhaltige“ Vorstandsvergütung bei börsennotierten Aktiengesellschaften, NZG 2016, 294; *Volhard/Kruschke*, Zur geplanten Regulierung der Vergütungsstrukturen bei Private Equity Fonds durch die AIFM-RL, DB 2011, 2645; *Weitnauer/Boxberger/Anders* (Hrsg.), Kapitalanlagegesetzbuch, Kommentar, 2014; *Weitnauer/Grob*, Bindung von geschäftsführenden Gesellschaftern durch Leaver- bzw. Vesting-Regelungen, GWR 2015, 353; *Zürn/Böhm*, Neue Regeln für die Vergütung in Banken – Arbeitsrechtliche Umsetzung der Änderung der Instituts-Vergütungsverordnung, BB 2014, 1269.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Interessenlage 1	1. Nachhaltigkeitskomponente
II. Historische Entwicklung 3	I: Vergütungsparameter 15
III. Anwendungsbereich der InstitutsVergV 4	2. Nachhaltigkeitskomponente
IV. Grundsatz der Proportionalität . . . 7	II: Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung und Poolvorbehalt 19
IV. Der Vergütungsbegriff der InstitutsVergV 9	3. Nachhaltigkeitskomponente III:
1. Grundsätze 9	Mehrfährige Bemessungs- grundlage und Bonus-/ Malussysteme 22
2. Vergütung durch Dritte 10	4. Nachhaltigkeitskomponente IV:
3. Garantierte variable Vergütung 11	Ex-post-Risiko-Adjustierung . 29
4. Abfindungen 12	
V. Das Gebot der Nachhaltigkeit der variablen Vergütung 13	

I. Interessenlage

- 1 Seit der Banken- und Finanzmarktkrise ist die Regulierung der Vergütung von Geschäftsleitern und Mitarbeitern in der Finanzindustrie in den Fokus gesetzgeberischer Regulierung gerückt. Insbesondere Fehlanreize bei der Ausgestaltung der Vergütungssysteme durch die (vermeintliche) Ausrichtung auf kurzfristige Ziele,¹ die Anreize zur Eingehung von (unvertretbaren) Risiken zur Erzielung kurzfristiger Gewinne und der Generierung höherer Boni, wurden als

¹ Rieble/Junker/Giesen-Lindemayer, S. 16; Nguyen/Posch/Kusnezow, ZfGK 2014, 128 ff.

Hauptverursacher der Banken- und Finanzmarktkrise ausgemacht.² Die Institutvergütungsverordnung (InstitutsVergV) soll aus regulatorischer, d.h. bankaufsichtsrechtlicher Sicht diesen Fehlentwicklungen entgegenwirken und ein effektives Risikomanagement durch eine nachhaltige Vergütungsstrategie sicherstellen.

Ein effektives Risikomanagement erfordert eine nachhaltige Vergütungsstrategie. Zentrales Kriterium einer nachhaltigen Vergütungsstrategie ist ein risikoorientiertes Leistungs- und Verhaltensmanagement, das den „langfristigen Erfolg“ im Sinne einer nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswertes des Finanzinstituts unter gleichzeitiger Einhaltung von Compliance-Anforderungen (etwa Kartell-, Wettbewerbs- und Steuer-Compliance und regulatorische Compliance) sicherstellt.³ Es geht um eine Fokussierung des Verhaltens des Beschäftigten auf „gewollte“ (unternehmenswertsteigernde) Ziele. Eine Vergütungspolitik, die auf kurzfristige Parameter ausgerichtet ist und einseitig Erfolg belohnt, ohne Misserfolg ausreichend zu sanktionieren, kann dazu verleiten, den langfristigen und nachhaltigen Unternehmenserfolg aus dem Blick zu verlieren. „Gewollte“ (unternehmenswertsteigernde) Ziele sind nicht rein bilanziell- und ergebnisbezogen zu verstehen. Es geht um „rechtskonformes“ Auftreten, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass Rechtsverstöße nicht nur erhebliche finanzielle Folgen nach sich ziehen können (z.B. Geldbußen, Gewinnabschöpfung, erhebliche Kosten für langwierige Prozesse), sondern Reputationsrisiken Entscheidungen von Verbrauchern sowie die Entwicklung von Aktienkursen und die Stabilität des Finanz- und Kapitalmarkts erheblich beeinflussen können. Das Kernelement dieser Risikosteuer ist die „richtige“, da nachhaltige Ausgestaltung der variablen Vergütungssysteme.

II. Historische Entwicklung

Vor der Banken- und Finanzmarktkrise existierten für Finanzinstitute keine Vorgaben zur Ausgestaltung ihrer Vergütungssysteme.⁴ Erst seit 2009 entwickelte sich auf nationaler wie auch internationaler Ebene ein zunehmend dichter werdendes Netz an vergütungsrechtlichen Vorgaben. Das Financial Stability Forum (FSF) veröffentlichte im Anschluss an den sog. „**Draghi-Report**“ Prinzipien für solide Vergütungspraktiken (FSF Principles for Sound Compensation Practices).⁵ Detailliertere Vergütungsvorgaben finden sich in den vom Financial

2 Vgl. etwa *Jaques de Larosière*, The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, Chaired v. 25.2.2009 (sog. De-Larosière-Bericht).

3 *Dzida/Naber*, BB 2011, 2613 ff.; *Velte*, NZG 2016, 294, 296 f.

4 *Rieble/Schmittlein*, Rn. 421.

5 Financial Stability Forum, FSF Principles for Sound Compensation Practices, 2.4.2009; diese wurden durch die sog. „zweite MaRisk-Novelle“ v. 14.8.2009 in Deutschland umgesetzt, vgl. *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 5.

Stability Board (FSB) – der Nachfolgeorganisation des FSF – veröffentlichten Implementierungsstandards, insbesondere Vorgaben, die variable Vergütung des Instituts verstärkt auf den langfristigen Erfolg auszurichten, Regelungen zu Auszahlungsmechanismen, insbesondere zu Zurückbehaltungszeiträumen, das Verbot garantierter variabler Vergütung und Offenlegungspflichten.⁶ Die EU-Kommission veröffentlichte im Anschluss an den sog. De-Larosièr-Bericht⁷ im April 2009 (rechtlich unverbindliche) Empfehlungen zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor und zur Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, die sich inhaltlich an den Prinzipien und Standards des FSB orientierten. Auf europäischer Ebene wurden erstmals durch die Richtlinie 2010/76/EU v. 24.11.2010 (**Capital Requirement Directive III; CRD III**) rechtlich verbindliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Vergütungssysteme der Banken gemacht, wobei jedoch die Wahl der Form und Mittel den nationalen Gesetzgebern vorbehalten blieb. Die CRD III enthielt u. a. die Verpflichtung für die Institute, ein angemessenes Verhältnis zwischen fester und variabler Vergütung sowie detaillierte Anforderungen für die Bemessung des Erfolgs, insbesondere Vergütungsparameter für variable Vergütungssysteme, festzulegen.⁸ Zeitgleich veröffentlichte die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (Committee of European Banking Supervisors, CEBS) – die Vorgängerin der heutigen European Banking Authority (EBA) – im Dezember 2010 **Leitlinien zur Vergütungspolitik und -praxis**, die zahlreiche Vorschläge zur angemessenen Ausgestaltung von Vergütungssystemen enthielten, z. B. die Einführung von Staffelungen der Bonuszahlungen über längere Zeiträume sowie Malus- und Rückforderungsregelungen.⁹ Nochmals verschärft wurden die Vergütungsregelungen durch das im Juni 2013 veröffentlichte **CRD IV-Paket** (Capital Requirement Directive IV).¹⁰ Darin wird erstmalig eine Obergrenze für das Verhältnis zwischen variabler und fixer Vergütung festgelegt (grunds. 1:1 oder bis zu 1:2 bei einem entsprechenden Beschluss der Anteilseigner). Die Umsetzung der internationalen und europäischen Initiativen und Regelungen erfolgte im Juli 2010 durch das Gesetz über aufsichtsrechtliche Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen (Vergütungsgesetz) sowie das zum 1.1.2014 in Kraft getretene CRD IV-Umsetzungsgesetz. Das Vergütungsge-

6 Financial Stability Board, Principles for Sound Compensation Practices – Implementation Standards, 25.9.2009; zur Umsetzung in Deutschland: *Rieble/Schmittlein*, Rn. 430.

7 *Jaques de Larosièr*, The High-Level Group on Financial Supervision in the EU v. 25.2.2009.

8 Ausf. *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 8 f.

9 Committee of European Banking Supervisors, Guidelines on Remuneration Policies and Practices v. 10.12.2010; im April 2009 hatte die CEBS bereits eine Zusammenstellung von Prinzipien zum Thema Vergütung veröffentlicht, Committee of European Banking Supervisors, High Level Principles for Remuneration Policies.

10 VO (EU) Nr. 575/2013 und die Richtlinie 2013/36/EU v. 26.6.2013.

setz setzte die internationalen Prinzipien und Standards des FSB sowie die vergütungsbezogenen Vorgaben der CRD III und der CEBS-Leitlinien in deutsches Recht um. Mit dem Vergütungsgesetz wurde darüber hinaus in **§ 25a Abs. 6 KWG** die Ermächtigungsgrundlage für die InstitutsVergV geschaffen, die neben § 25a Abs. 5 KWG das Kernelement der für Finanzinstitute geltenden Vergütungsregelungen ist. Am 10.8.2016 wurde zur Umsetzung der **EBA Guidelines on sound remuneration policies and disclosures (EBA/GL/2015/22)**, die die bisherigen CEBS Guidelines ablösen und am 1.1.2017 in Kraft traten, und mit der InstitutsVergV vom 4.8.2017 in deutsches Recht umgesetzt.

III. Anwendungsbereich der InstitutsVergV

Die InstitutsVergV erfasst Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten i. S. d. §§ 1 Abs. 1b, 53 Abs. 1 KWG. Dies sind neben Instituten mit Sitz in Deutschland auch rechtlich unselbstständige Zweigniederlassungen von deutschen Instituten im Ausland, von Tochterinstituten und rechtlich unselbstständige Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz im Ausland.¹¹ Nicht erfasst sind hingegen Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR). Solche Zweigniederlassungen besitzen einen sog. **Europäischen Pass** (§ 53b KWG; **EU passport**) und unterliegen der Finanzaufsicht ihres jeweiligen Heimatlandes (§ 1 Abs. 1 Satz 2 InstitutsVergV). Der Gesetzgeber geht insoweit von einem gleichwertigen Aufsichtsrecht in den Mitgliedstaaten aus.¹²

Die InstitutsVergV geht ihrem persönlichen Anwendungsbereich nach über die aktienrechtliche Vorschrift in § 87 AktG – ebenfalls eine „Kernvorschrift“ nachhaltiger Ausgestaltung der variablen Vergütung – hinaus: Die InstitutsVergV gilt „rechtsformunabhängig“ für sämtliche **Geschäftsleiter** und **Mitarbeiter** und nicht ausschließlich für Vorstände von Finanzinstituten in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft.¹³ Während § 87 AktG den Schutz der Anteilseigner der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft selbst sowie deren Gläubigern bezweckt, dient die InstitutsVergV vorrangig dem öffentlichen Interesse an einem funktionie-

11 Praktische Hilfestellung bietet die bei der BaFin geführte Liste der zugelassenen Kreditinstitute, der entnommen werden kann, ob das Institut eine deutsche Banklizenz besitzt, eine Zweigniederlassung eines ausländischen Instituts ist oder es sich um einen grenzüberschreitenden Dienstleister (cross-border service provider) handelt.

12 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Braun/Wolfgarten, § 25a KWG Rn. 654.

13 Im Übrigen finden sich besondere Vorgaben in der Wohnimmobilienkreditrichtlinie für Personen, die in die Kreditvergabe und die Kreditvermittlung involviert sind, sowie in den „Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierhandelsunternehmen (MaComp)“ für Mitarbeiter in Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die im Vertrieb tätig sind (§ 5 Abs. 1 MaComp).

renden Finanzmarkt. Über die rein „summenmäßige“ Begrenzung der variablen Vergütung gem. § 25a Abs. 5 KWG setzt die InstitutsVergV vor dem Hintergrund zwischen den Instituten und der Aufsichtsbehörde regelmäßig bestehende Informationsasymmetrie unmittelbar – und unter Berücksichtigung des Angemessenheitsgrundsatzes (oder in der Terminologie der InstitutsVergV: Grundsatz der Proportionalität) an den Anreizen insbesondere der „risikorelevanten“ Mitarbeiter der Institute an.¹⁴

- 6 Um eine Umgehung der Vorgaben der InstitutsVergV zu verhindern (etwa durch „Auslagerung“ der Tätigkeit auf institutsfremde Dritte) und eine Regulierung des Verhaltens aller „risikorelevanten“ Mitarbeiter zu erzielen, ist der Begriff des „Mitarbeiters“ bewusst weit gefasst: Mitarbeiter eines Instituts ist, wer bei wirtschaftlicher und risikoseitiger Betrachtung dem Institut zuzurechnen ist.¹⁵ Dies hat zweierlei Konsequenzen: Zum einen ist es unerheblich, ob der Mitarbeiter einen Arbeitsvertrag mit dem Institut geschlossen hat. Erfasst sind vielmehr nicht nur Arbeitnehmer des Instituts, sondern auch Leiharbeitnehmer („Zeitarbeitnehmer“) und regelmäßig auch freie Mitarbeiter.¹⁶ Zum anderen ist der Begriff „beim Betreiben von Bankgeschäften oder bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen bedient“ weit auszulegen. Er bezieht sich nicht nur auf Mitarbeiter, die unmittelbar (operativ am Markt) Bank- oder Finanzgeschäfte betreiben. Gemeint sind auch Mitarbeiter in den Bereichen Recht, Finanzen, Informationstechnologie und Wirtschaftsanalysen. Auch diese Personen können das „Risikoprofil“ des Instituts beeinflussen, denn sie sind nicht selten an organisatorischen Maßnahmen beteiligt, aufgrund derer Bank- und Finanzgeschäfte getätigt oder abgewickelt werden.¹⁷

IV. Grundsatz der Proportionalität

- 7 Ein effektives Risikomanagement erfordert nicht, die variable Vergütung aller Mitarbeiter jeglicher Institute in der gleichen Strenge zu regulieren. Die Institute und Mitarbeiter sollen verhältnismäßig mit einer für sie jeweils angemessenen Vergütungsregulierung belastet sein (Grundsatz der Proportionalität). Die InstitutsVergV unterscheidet folglich (institutsbezogen) nach der Größe des Instituts,

14 Bauer/Schuster-Glasow, S. 132 f.; allg. zur Risikosteuerung durch variable Vergütung Dzida/Naber, BB 2011, 2613 ff.

15 Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2010, 792, 793; Simon/Koschker, BB 2011, 120, 121.

16 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 55 ff.

17 Annuß, NZA-Beil. 2014, 121, 123; freie Handelsvertreter i. S. d. § 84 Abs. 1 HGB (im Regelfall Abschluss- und Anlagevertreter) sind gem. § 2 Abs. 6 Satz 2 InstitutsVergV keine Mitarbeiter des Instituts. Nach der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV müssen sich die Institute dennoch mit den Besonderheiten dieses Vertriebswegs insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des Reputations- und Haftungsrisikos befassen und geeignete Kontrollstrukturen implementieren.

seiner Vergütungsstruktur sowie Art, Umfang, Komplexität, Risikogehalt und Internationalität der betriebenen Geschäftsaktivitäten („heterogene Institutsstruktur“) einerseits sowie (personenbezogen) nach den Tätigkeiten der Mitarbeiter andererseits. **Institutsbezogen** („erste Stufe der Proportionalität“) unterteilt die InstitutsVergV in allg. für die Geschäftsleiter und Mitarbeiter aller Institute geltenden Vorschriften (§§ 1 bis 16) sowie in solche (restriktiveren) Vorschriften, die (zusätzlich) ausschließlich für bedeutende Institute i. S. d. § 17 InstitutsVergV gelten (§§ 17 bis 26). Bedeutende Institute sind insbesondere Institute, deren Bilanzsumme im Durchschnitt der letzten abgeschlossenen drei Geschäftsjahre 15 Milliarden Euro erreicht oder überschritten hatte (allerdings ist der Nachweis möglich, dass das Institut dennoch nicht bedeutend ist) sowie Institute, die als potenziell systemgefährdend i. S. d. § 47 Abs. 1 KWG eingestuft sind (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 InstitutsVergV) und Finanzhandelsinstitute i. S. d. § 25f Abs. 1 KWG (§ 17 Abs. 2 Nr. 3 InstitutsVergV).

In personaler Hinsicht („zweite Stufe der Proportionalität“) differenziert die InstitutsVergV zwischen „allgemeinen“ Mitarbeitern, Mitarbeitern in Kontroll-einheiten auf der einen Seite und Geschäftsleitern sowie Risikoträgern (Risk Taker) auf der anderen Seite.¹⁸ Für die „allgemeinen“ Mitarbeiter belässt es die InstitutsVergV grunds. bei einer „summenmäßigen“ Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung (vgl. § 25a Abs. 5 KWG: grundsätzlich 1:1; Erhöhung auf 1:2 bei entsprechendem Beschluss der Anteilseigner; s. Rn. 19), einen Bonus-poolvorbehalt (s. Rn. 20) sowie Vorgaben für die „richtige“, d. h. eine risiko-orientierte und auf die konkrete Funktion des Mitarbeiters zugeschnittene Aus-gestaltung der variablen Vergütung. Eine darüber hinausgehende langfristige Ausgestaltung der variablen Vergütung im Sinne einer mehrjährigen Erfolgsbe-messung, einer (zukunftsbezogenen) Steuerungswirkung und einer „mehrjähri-gen Sanktionierung“ für Fehlverhalten durch eine Kürzung der variablen Vergü-tung (auf Null) verlangt die InstitutsVergV in § 10 Abs. 2 für die Geschäftsleiter aller Institute sowie gem. §§ 19 ff. für die Risikoträger bedeutender Institute. **Ri-sikoträger** sind Mitarbeiter, deren Tätigkeit einen wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil des Instituts hat (§ 18 Abs. 1 InstitutsVergV), z. B. Risiko-käufer im Bereich des Investmentbanking.¹⁹ Im Kern geht es darum, die variable

¹⁸ Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 42.

¹⁹ Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2010, 792, 793. Die Institute haben gem. § 18 Abs. 2 InstitutsVergV eigenverantwortlich eine Risikoanalyse durchzuführen, auf deren Grundlage die Risikoträger zu identifizieren sind. Zur Durchführung der Risikoanalyse und den anzuwendenden Kriterien vgl. DelegiertenVO (EU) Nr. 604/2014 der Kom-mission v. 4.3.2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parla-ments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards in Bezug auf qualitative und angemessen quantitative Kriterien zur Ermittlung der Mitarbeiterkate-gorien, deren berufliche Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil eines Instituts auswirkt, ABl 167/30 v. 6.6.2014.

Vergütung dieser Personen im Wege einer angemessenen Beteiligung am Gesamterfolg des Instituts, dem Erfolg der jeweiligen Organisationseinheit und entsprechend ihrem individuellen Erfolgsbeitrag (insbesondere durch mittel- bzw. langfristige Betrachtungs- und Zurückbehaltungszeiträume) zu steuern (vgl. Rn. 22 ff.).²⁰ Sondervorschriften (§§ 5 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4, 9 InstitutsVergV) gelten zudem für die **Mitarbeiter von Kontrolleinheiten**. Zu den Kontrolleinheiten gehören gem. § 2 Abs. 9 InstitutsVergV sämtliche Organisationseinheiten eines Instituts, die überwachende Funktionen ausüben, d.h. insbesondere die Funktionen, die den geschäftsinitiiierenden „Markt und Handel“ überwachen, also die Bereiche Marktfolge und Risikocontrolling.²¹ Erfasst sind darüber hinaus auch Einheiten mit Compliance-Funktion, die Interne Revision, der Personalbereich sowie der für die Erstellung des Jahresabschlusses verantwortliche Finanzbereich.²² Die Vergütung von Mitarbeitern von Kontrolleinheiten darf diese nicht dazu verleiten, ihre Überwachungsfunktion (vgl. § 3 Abs. 3 InstitutsVergV) zugunsten einer höheren variablen Vergütung zu vernachlässigen.²³

IV. Der Vergütungsbegriff der InstitutsVergV

1. Grundsätze

- 9 Eine effektive Um- und Durchsetzung der Vergütungsregulierung (und insbesondere der Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung gem. § 25a Abs. 5 KWG sowie der Vorgaben zur langfristigen Ausgestaltung der variablen Vergütung für Geschäftsleiter und Risikoträger) bedarf einer trennscharfen Abgrenzung zwischen fixer und variabler Vergütung. Variable Vergütung ist gem. § 2 Abs. 3 InstitutsVergV derjenige Teil der Vergütung, dessen Gewährung oder Höhe im Ermessen des Instituts steht oder vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängt (oder schlagwortartig: „Variable Vergütung ist derjenige Teil der Vergütung, der nicht fixe Vergütung ist“). Dies sind etwa die bekannten Prämien- und Bonussysteme, die an die Erreichung von quantitativen (wirtschaftlichen) und qualitativen (persönlichen) Zielen anknüpfen. **Fixe Vergütung** ist hingegen gem. § 2 Abs. 6 InstitutsVergV derjenige Teil der Vergütung, bei dem die Voraussetzungen für eine Gewährung dem Grunde und der Höhe nach sowie nach Art der Gewährung (i) keinem Ermessen unterliegen, (ii) dem Mitarbeiter keine Anreize für eine Risikoübernahme bieten, (iii) vorher festgelegt wurden, (iv) transparent für den Mitarbeiter sind, (v) dauerhaft sind, (vi) nicht einseitig aufhebbar sind, (vii) nicht leistungsabhängig oder sonst vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängig sind und (viii) bei dem die Zahlungen nicht einseitig

20 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 42.

21 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 60f.

22 Annuß, NZA-Beil. 2014, 121, 124.

23 Vgl. allg. Löw/Glück, BKR 2015, 186, 188.

vom Institut verringert, ausgesetzt oder rückgängig gemacht werden können. Die fixe Vergütung soll das Ausbildungsniveau, die Seniorität, die Kompetenz, die Fähigkeiten und die Arbeitsplatz Erfahrung des Mitarbeiters widerspiegeln sowie einschränkenden Rahmenbedingungen (z. B. soziale, wirtschaftliche, kulturelle oder andere relevante Faktoren) und einschlägiger Unternehmenstätigkeit und dem Vergütungsniveau des jeweiligen geographischen Standorts Rechnung (vgl. auch Art. 92 Abs. 2 lit. g CRD-IV-Richtlinie) tragen.²⁴

2. Vergütung durch Dritte

Um eine Umgehung der Vergütungsregulierung zu verhindern,²⁵ sind auch Leistungen von Dritten, die ein Geschäftsleiter oder Mitarbeiter im Hinblick auf seine oder ihre berufliche Tätigkeit bei dem Institut erhält, Vergütung i. S. d. InstitutsVergV (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3). Die Berücksichtigung der Drittvergütung für die Zwecke der Vergütungsregulierung durch die InstitutsVergV ist von der Frage zu trennen, wer gesellschaftsrechtlich über die Gewährung der Drittvergütung zu beschließen hat, z. B. der Aufsichtsrat der Anstellungsgesellschaft bei einer Drittvergütung in Form von Aktienoptionen, die das Vorstandsmitglied etwa von einer ausländischen Muttergesellschaft des deutschen Instituts erhalten soll (s. Kap. 14). Musterbeispiel für eine Drittvergütung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 InstitutsVergV sind **Carried-Interest-Modelle**, die typischerweise im Private-Equity-Bereich anzutreffen sind.²⁶ Bei Carried-Interest-Modellen werden dem Geschäftsleiter oder Mitarbeiter i. R. e. Carried-Interest Plans über eine Beteiligungsgesellschaft, an der er als Gesellschafter beteiligt ist, Erträge ausgeschüttet, die Fonds erwirtschaften.²⁷ Der Ausschüttungsanspruch besteht im Regelfall aus-

24 Allg. gilt, dass bei Instituten in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft neben der InstitutsVergV auch die vergütungsrechtlichen Vorgaben in § 87 AktG zu beachten sind. Die InstitutsVergV verfolgt jedoch eine andere Schutzrichtung als § 87 AktG. Die InstitutsVergV dient dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Finanzmarkt, während § 87 AktG dem Schutz der Gesellschaft selbst vor Fehlanreizen in der Vorstandsvergütung dient; vgl. auch *Rieble/Schmittlein*, S. 130. § 87 Abs. 1 AktG (nicht aber die Eingriffsbefugnis gem. § 87 Abs. 2 AktG) gilt gem. § 10 Abs. 1 InstitutsVergV rechtsformunabhängig für die Vergütung von Geschäftsleitern aller Institute.

25 Abweichender Regelungszweck wohl *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 51: „Die Ausweitung des Vergütungsbegriffs ist darauf zurückzuführen, dass auch Leistungen Dritter mit dazu beitragen können, dass der Begünstigte seine Arbeitskraft dem Institut zur Verfügung stellt.“

26 *Vollhard/Kruschke*, DB 2011, 2645, 2646.

27 *Hohenstatt/Stamer*, BB 2006, 2413; solche Modelle dienen regelmäßig auch als Anreiz für besondere Anstrengungen, sich mit entwicklungsfähigen Unternehmen zu identifizieren und sie nach der Akquisition in ihrer strategischen Weiterentwicklung so zu unterstützen, dass sie später mit möglichst hohem Gewinn veräußert werden können. Der Carried-Interest-Plan gleicht insofern dem Aktienoptionsplan als Anreiz, den Wert der Aktie zu steigern; *Groeger*, *ArbRB* 2006, 227.

schließlich gegen die Beteiligungsgesellschaft. Die Anstellungsgesellschaft verschafft dem Geschäftsleiter oder Mitarbeiter ausschließlich die Gesellschafterstellung an der Beteiligungsgesellschaft, ist darüber hinaus jedoch nicht in die Durchführung des Carried-Interest-Modells involviert und damit insbesondere auch nicht zur Zahlung etwaiger Ausschüttungen verpflichtet.²⁸ Das Institut trifft selbst dann keine Haftung für enttäuschte Carried-Interest-Erwartungen (z.B. die Fonds erwirtschaften nicht die erhofften Ausschüttungen), wenn der Anstellungsvertrag des Mitarbeiters eine Klausel enthält, nach der der freiwillige Bonusanspruch gegen den Arbeitgeber durch die Beteiligung an dem Drittunternehmen i. R. d. Carried Interests-Plans zu ersetzen ist.²⁹ Der Ausschüttungsanspruch kann aus regulatorischen Gründen grundsätzlich erst dann realisiert werden, wenn eine bestimmte Basisverzinsung für das eingesetzte Kapital der Investoren der Fonds realisiert ist (sog. hurdle rates).³⁰ Als (variable) Drittvergütung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 InstitutsVergV sind jedoch nur diejenigen Zahlungen aus dem Carried-Interest-Modell anzusehen, die über die anteilige Anlagenrendite für die von dem Geschäftsleiter oder Mitarbeiter getätigten Anlagen hinausgehen.³¹ Nicht als Vergütung i. S. d. InstitutsVergV gelten hingegen Leistungen, welche Mitarbeiter, die gleichzeitig auch Anteilsinhaber des Instituts sind, für die Überlassung ihres Kapitals erhalten (Dividenden), soweit diese Leistungen keine Umgehung der Verhaltensregeln darstellen. Eine Umgehung kann z.B. vorliegen, wenn ein Geschäftsleitungsorgan z.T. aus Mitgliedern besteht, die zugleich Anteilseigner sind, und diese im Gegensatz zu den übrigen Geschäftsleitern keine fixe Vergütung erhalten, sondern allein durch Ausschüttungen vergütet werden.

3. Garantierte variable Vergütung

- 11 Der Sicherstellung der Risikoorientierung der (variablen) Vergütung dient auch das **Verbot garantierter variabler Vergütung** gem. § 5 Abs. 5 InstitutsVergV.³²

28 Vgl. zur vergleichbaren Lage bei Aktienoptionen der Muttergesellschaft, die Arbeitnehmern der Tochtergesellschaft gewährt werden, BAG 16.1.2008, 7 AZR 887/06, NZA 2008, 836, 837 f.; *Fuhlrott/Burkhard*, BB 2013, 1592, 1594.

29 BAG 3.5.2006, 10 AZR 310/05; als Zahlung durch einen Dritten sind Ausschüttungen aus dem Carried-Interest weder bei der Abfindungshöhe i. S. d. § 10 KSchG, beim Schadensersatz gem. § 628 Abs. 2 BGB noch bei der Karenzentschädigung i. R. e. nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gem. § 74 Abs. 2 HGB zu berücksichtigen, vgl. *Hohenstatt/Stamer*, BB 2006, 2413.

30 Weitnauer/Boxberger/Anders-Boxberger, § 37 KAGB Rn. 21 ff.

31 Gem. § 1 Abs. 19 Nr. 7 KAGB fällt unter Carried Interest i. S. d. KAGB nur der (im Vergleich zur Beteiligungshöhe überproportionale) Anteil der AIF-Verwaltungsgesellschaft an den erwirtschafteten Gewinnen des Investmentvermögens, den die Gesellschaft als gewinnabhängige Vergütung für die Verwaltung des Fonds erhält, vgl. Patzner/Döser/Kempff-Patzner/Schneider-Deters, § 1 KAGB Rn. 75.

32 Garantierte variable Vergütungen sind Zahlungen, bei denen die wesentlichen Merkmale variabler Vergütung nicht erfüllt sind, nämlich, dass die Dauer des Beschäfti-

Hierunter fallen z. B. Welcome Boni oder Sign-on Boni, d. h. Zahlungen, die regelmäßig nur vom Verbleib des Mitarbeiters im Institut bis zu einem gewissen Zeitpunkt nach Vertragsbeginn abhängen. Gem. § 5 Abs. 5 InstitutsVergV ist eine solche garantierte variable Vergütung nur i. R. d. Aufnahme eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses unmittelbar bei dem Institut und längstens für ein Jahr zulässig, und auch nur dann, wenn die unmittelbar vorangegangene Tätigkeit des Begünstigten nicht innerhalb derselben Gruppe ausgeübt wurde. Zudem müssen sowohl zum Zeitpunkt der Gewährung als auch der Auszahlung die Anforderungen des § 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 3 InstitutsVergV erfüllt sein. Garantierte variable Vergütungen sind, trotz ihres vordringlichen (arbeitsrechtlichen) Charakters als Fixvergütung,³³ variable Vergütung i. S. d. InstitutsVergV und sind grunds. bei der Berechnung der Begrenzung der variablen Vergütung gem. § 25a Abs. 5 KWG (s. Rn. 19) zu berücksichtigen. Sie können i. R. d. § 25a Abs. 5 KWG ausnahmsweise nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn sie vor Beginn der Tätigkeit zugesagt wurden. Für Risikoträger bedeutender Institute sind die Anforderungen an die Ex-post-Risikoadjustierung gem. § 20 InstitutsVergV anzuwenden.³⁴ Dies gilt grunds. auch für sog. Buy-out Boni. Hierunter sind Zahlungen zu verstehen, die von dem neuen Arbeitgeber des Mitarbeiters als Ausgleich gezahlt werden, dass infolge der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Vorarbeitgeber (zurückbehaltene) variable Vergütung nicht mehr zur Auszahlung gelangt, z. B. aufgrund einer Bad-Leaver-Regelung.³⁵ Bei Zahlungen von Buy-out Boni an Risikoträger bedeutender Institute sind gem. § 21 InstitutsVergV die Vorgaben von §§ 19 Abs. 2, 20 InstitutsVergV zu beachten. Daher ist zwischen Mitarbeiter und Institut eine Zielvereinbarung hinsichtlich der Auszahlung zu treffen und es sind entsprechende Ex-post-Risikoadjustierungsinstrumente (s. Rn. 28 ff.) zu implementieren. Offen ist, ob Buy-out Boni i. R. d. § 25a Abs. 5 KWG unberücksichtigt bleiben können.³⁶ **Halteprämien (Retentionboni)** – also der Höhe nach fixierte Zahlungen, die regelmäßig in Krisenzeiten unter der Bedingung zugesagt werden, dass der Mitarbeiter zu einem bestimmten Zeitpunkt noch in einem (ungekündigten) Arbeitsverhältnis

ungsverhältnisses des berechtigten Mitarbeiters und der Zeitraum, auf den sich die Gewährung des Vergütungsbestandteils bezieht, nicht deckungsgleich sind, vgl. Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgang, § 5 InstitutsVergV Rn. 18, zu § 5 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

33 Hannemann/Schneider/Weigl, S. 1151.

34 Entgegen EBA-Guidelines, S. 53 (Rn. 141): „As part of the arrangements guaranteeing this part of variable remuneration, institutions may not apply the requirements on malus and clawback arrangements to guaranteed variable remuneration. Institutions may pay out the full amount in non-deferred cash.“

35 Merkelbach, WM 2014, 1990, 1997; allg. zu Leaver-Regelungen (auch als Retentionelement) Weitnauer/Grob, GWR 2015, 353 ff.

36 Zweifelnd Löw/Glück, BKR 2016, 265, 267, unter Verweis auf EBA-Guidelines, S. 53 (Rn. 142, 143).

mit dem Arbeitgeber steht – waren als garantierte variable Vergütung bisher grunds. unzulässig.³⁷ § 5 Abs. 7 InstitutsVergV eröffnet künftig zumindest gewisse Spielräume für die Institute. Halteprämien sollen ausnahmsweise zulässig sein, z. B. in Restrukturierungssituationen, bei Abwicklungen oder im Falle von Kontrollwechseln oder aber auch in Situationen, in denen das Institut begründen kann, warum ein bestimmter Mitarbeiter gehalten werden soll.³⁸

4. Abfindungen

- 12 Um das Gebot der angemessenen Ausgestaltung von Vergütungssystemen nicht durch Zahlungen bei oder anlässlich der Beendigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses zu umgehen („golden handshake“), begrenzt die InstitutsVergV auch die Ausgestaltung von **Abfindungszahlungen**. Die InstitutsVergV unterscheidet zwei Formen von Zahlungen im Zusammenhang mit der Beendigung von Dienst- bzw. Arbeitsverhältnissen. Gem. § 5 Abs. 3 Nr. 2 InstitutsVergV, der Regelungen außerhalb einer konkreten Beendigung betrifft, sind Anreize, unverhältnismäßig hohe Risiken einzugehen, u. a. dann gegeben, wenn einzelvertraglich für den Fall der Beendigung der Tätigkeit Ansprüche auf Leistungen begründet werden und diese Ansprüche selbst bei negativen individuellen Erfolgsbeiträgen der Höhe nach unverändert bleiben. § 5 Abs. 3 Nr. 2 InstitutsVergV betrifft insbesondere bei Abschluss des Dienst- oder Arbeitsvertrags vereinbarte Abfindungen, Überbrückungsgelder oder Sachleistungen (z. B. die Weiternutzung des Dienstwagens).³⁹ § 5 Abs. 6 InstitutsVergV betrifft die „echten“ Abfindungen, die anlässlich der konkreten Beendigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses vereinbart werden. „Echte Abfindungen“ müssen die bis dahin erbrachte Leistung des Betroffenen berücksichtigen und dürfen negative Erfolgsbeiträge oder Fehlverhalten nicht belohnen. Abfindungen sind variable Vergütung i. S. d. InstitutsVergV und sind i. R. d. Begrenzung der variablen Vergütung gem. § 25a Abs. 5 KWG sowie bei der Ex-post-Risikoadjustierung gem. § 20 InstitutsVergV zu berücksichtigen, es sei denn, ein in § 5 Abs. 6 InstitutsVergV definierter Ausnahmetatbestand liegt vor, d. h. eine „privilegierte“ Abfindung (z. B. Abfindungen aufgrund eines Sozialplans i. S. d. § 112 BetrVG oder Abfindungen, die aufgrund eines rechtskräftigen Urteils zu leisten sind).

V. Das Gebot der Nachhaltigkeit der variablen Vergütung

- 13 Kernelement der Verhaltenssteuerung durch die InstitutsVergV ist das Gebot der nachhaltigen Ausgestaltung der variablen Vergütung. Nachhaltigkeit hat dabei

37 Insam/Hinrichs/Hörtz, DB 2012, 1568, 1569; Löw/Glück, NZA 2015, 137, 139.

38 Vgl. Zu § 5 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

39 Annuß, BRK 2016, 102, 103; vgl. im Übrigen allg. Freihube/Christoffer, DB 2018, 827 ff.

einen zeitliche (langfristige) als auch eine inhaltliche (strukturbezogene) Komponente. Die zeitliche Komponente zielt auf die Mehrjährigkeit von variablen Vergütungsbestandteilen, insbesondere dass diese dem Mitarbeiter nicht lediglich auf Grundlage einer kurzfristigen Erfolgsbemessung zugeteilt werden. Eine gleichsam wirksame Steuerung des Verhaltens der Mitarbeiter – und damit ein wirksames Risikomanagement – lässt sich über Vorgaben für die inhaltlichen Komponenten der variablen Vergütung erreichen. Der Begriff inhaltliche Komponente zielt auf die Einführung von „Auszahlungshürden“ für die variable Vergütung.⁴⁰ Elemente sind hier (1) eine angemessene Mischung aus fixen und variablen Vergütungsbestandteilen (zur Vermeidung einer entsprechenden Abhängigkeit des Mitarbeiters von der variablen Vergütung und der Sicherstellung einer „flexiblen Vergütungspolitik“), (2) die Einführung von „summenmäßigen“ Höchstgrenzen für die variable Vergütung (Caps), (3) die Beziehung der variablen Vergütung auf „anspruchsvolle und relevante“ Erfolgsparameter (die die Geschäftsstrategie und das Risikoprofil der jeweiligen Tätigkeit des Mitarbeiters berücksichtigen), (4) die Berücksichtigung von positiven und negativen Entwicklungen bei der Ausgestaltung der variablen Vergütung (Bonus-/Malussysteme sowie Vorbehalt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Instituts), (5) eine Ausrichtung der variablen Vergütung an der langfristigen wirtschaftlichen Entwicklung des Instituts (z. B. durch Auszahlung eines Teils der variablen Vergütung in Instrumenten, die mit entsprechenden Sperrfristen versehen sind) sowie (6) die Möglichkeit einer nachträglichen Anpassung und Reduzierung der variablen Vergütungsbestandteile (u. a. Rückzahlungsklauseln oder in der Terminologie der Vergütungsregulierung: „Clawback“).⁴¹ Die Umsetzung dieser einzelnen Instrumente durch die InstitutsVergV soll nachfolgend näher dargestellt werden.

Die mit der „richtigen“ Ausgestaltung der variablen Vergütung einhergehende Möglichkeit der Flexibilisierung geht über die Möglichkeiten der „klassischen“ arbeitsvertraglichen Flexibilisierungsinstrumente (etwa Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte) hinaus. Eine risikoorientierte Ausgestaltung der variablen Vergütung ist nicht nur reaktiv – im Sinne einer Sanktionierung von Fehlverhalten in der Vergangenheit – sondern insbesondere auch eine (zukunftsbezogene) Steuerung des Verhaltens des Mitarbeiters hin zu den „gewollten“ (unternehmenswertsteigernden) Zielen. Ein Widerrufsvorbehalt beispielsweise mag – bei Erfüllung der strengen AGB-rechtlichen Voraussetzungen, die die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung an seiner Formulierung stellt – ein Wegfallen von Vergütungsbestandteilen bei Fehlverhalten eines Arbeitnehmers (z. B. im Fall einer Beteiligung an steuerwidrigen Geschäftsmodellen oder Kartellrechtsverstößen) rechtfertigen. Eine zukunftsbezogene Verhaltenssteuerung wird sich hie-

40 Vgl. *Dzida/Naber*, BB 2011, 2613, 2615 ff.

41 Vgl. *Velte*, NZG 2016, 294, 297 ff.

rüber nur schwer erzielen lassen, handelt es sich mehr oder minder ausschließlich um eine „einmalige Reaktion“ des Arbeitgebers.⁴²

1. Nachhaltigkeitskomponente I: Vergütungsparameter

- 15 Die Vergütungssysteme sind nach § 4 InstitutsVergV allg. auf die Erreichung der Ziele auszurichten, die in den Geschäfts- und Risikostrategien des Instituts niedergelegt sind. Dies beinhaltet, dass sich die Vergütungsparameter, d.h. die Bemessungsfaktoren für die variable Vergütung, an den Geschäfts- und Risikostrategien ausrichten und das Erreichen der strategischen Ziele unterstützen.
- 16 Vergütungsparameter sind die maßgeblichen Bestimmungsfaktoren, mit denen die Leistung und der Erfolg von Geschäftsleitern und Mitarbeitern gemessen werden kann (§ 2 Abs. 7 InstitutsVergV). Auf Grundlage der Vergütungsparameter werden die Erfolgsbeiträge der Geschäftsleiter und Mitarbeiter bestimmt, die bei der Festlegung der Höhe der variablen Vergütung zu berücksichtigen sind (§ 2 Abs. 8 InstitutsVergV). Die Vergütungsparameter können quantitative (wirtschaftliche) und qualitative (individuelle) Ziele sein. Die Vergütungsparameter sind auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts (insbesondere, wenn der vergütungsrelevante Erfolg mit denen eingegangenen Risiken ins Verhältnis gesetzt wird) auszurichten. Dies wird i. S. e. nachhaltigen Vergütungspolitik in den §§ 19, 20 InstitutsVergV im Wege der Ex-ante- sowie der Ex-post-Risikoadjustierung gewährleistet. **Ex-ante-Risikoadjustierung** (§ 19 InstitutsVergV) meint, dass mögliche Risiken bereits bei der Festsetzung der Vergütungsparameter und der Ermittlung der variablen Vergütung anhand der erzielten Erfolgsbeiträge einzuschätzen sind. I. R. d. **Ex-post-Risikoadjustierung** (§§ 20 ff. InstitutsVergV) wird bei der Auszahlung der variablen Vergütung, also im Nachhinein, überprüft, ob und ggf. welche Risiken sich verwirklicht haben.
- 17 Gem. § 19 Abs. 1 InstitutsVergV hat sich die Ermittlung der variablen Vergütung der Risikoträger bedeutender Institute am Gesamterfolg des Instituts bzw. der Gruppe, dem Erfolgsbeitrag der Organisationseinheiten und dem individuellen Erfolgsbeitrag des Risikoträgers zu orientieren („Mehrebenenbetrachtung“). Durch diese Verknüpfung dreier verschiedener Parameter soll verhindert werden, dass die individuelle Vergütung vom Erfolg des Instituts bzw. der jeweiligen Organisationseinheit entkoppelt wird. Sind die Ergebnisse eines Instituts bzw. eines bestimmten Geschäftsbereichs schlecht, soll sich dies auch in der Bemessung der variablen Vergütung niederschlagen.⁴³ Grundlage für die Ermittlung des Gesamterfolgs bzw. des Erfolgsbeitrags sind die jeweils nach § 19 Abs. 1 und Abs. 2 InstitutsVergV festzulegenden Vergütungsparameter, die (i) sowohl quantitativ als auch qualitativ ausgestaltet sind, (ii) den Grad der Zielerreichung

⁴² Vgl. *Dzida/Naber*, BB 2011, 2613, 2614 f.

⁴³ *Schuster/Bauer-Glasnow*, S. 124.

erkennen lassen, (iii) dem Ziel des nachhaltigen Erfolgs Rechnung tragen und (iv) eingegangene Risiken, deren Laufzeiten sowie die Kapital- und Liquiditätskosten angemessen berücksichtigen.⁴⁴ Welche qualitativen und quantitativen Ziele konkret als Vergütungsparameter festgelegt werden, hängt letztlich vom jeweiligen Verantwortungsbereich und der Tätigkeit der Geschäftsleiter und Risikoträger ab.⁴⁵ Das bloße Abstellen auf betriebswirtschaftliche Kennziffern (z. B. Umsatz, Gewinn oder den Aktienkurs zu einem bestimmten Stichtag) ist aufgrund deren Kurzfristigkeit nicht ausreichend. Es sind vielmehr quantitative Kennzahlen zu verwenden, die auch die bei der Generierung des Umsatzes oder Gewinns eingegangenen Risiken ausreichend berücksichtigen, etwa **Risk-Adjusted Return On Capital (RAROC)** oder **Return On Risk-Adjusted Capital (RORAC)**.⁴⁶ Qualitative Parameter sind etwa Qualität der Arbeit, Stornierungsquoten sowie die Einhaltung institutsinterner Regelungen, Wohlverhaltensregelungen und Strategien. Die Institute sollen formelbasierte Methoden (etwa durch Scorecards) und wertende Ansätze kombinieren. Beispiele für qualitative Kriterien sind etwa die Einhaltung rechtlicher Vorschriften, Wohlverhaltensregeln und interner Verhaltensregeln, eine faire Kundenbehandlung sowie Kundenzufriedenheit. Solche nicht-finanziellen Kriterien sind zwar einerseits nur schwer zu quantifizieren, sie können aber andererseits wertvolle Anreize zu einer nachhaltigen Unternehmensführung vermitteln.⁴⁷ Formeln sind transparenter und führen zu klaren Anreizen, da der Mitarbeiter alle Faktoren kennt, anhand derer die variable Vergütung festgelegt wird. Gleichwohl können Formeln nicht alle Ziele erfassen, insbesondere nicht die qualitativen, die besser mittels eines wertenden Ansatzes erfasst werden können. Der wertende Ansatz räumt dem Management mehr Flexibilität ein und kann daher den risikoorientierten Anreizeffekt der leistungs- bzw. erfolgsabhängigen variablen Vergütung abschwächen. Er sollte daher mit angemessenen Kontrollen sowie einem transparenten und entsprechenden Prozess umgesetzt werden.⁴⁸ Die Risikoorientierung der Vergütung darf dabei gem. § 8 InstitutsVergV nicht durch Absicherungs- oder sonstige Gegenmaßnahmen (sog. **Hedging**) eingeschränkt werden. Erhält z. B. ein Risikoträger einen Teil seiner Vergütung in Form von Aktienoptionen, deren Wert von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens abhängt, darf diese Wertentwicklung nicht durch gegenläufige Options- oder Termingeschäfte abgesichert werden (externes Hedging).⁴⁹

44 Vgl. Committee of European Banking Supervisors, Guidelines on Remuneration Policies, 10.12.2010, S. 2 f.

45 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 19 InstitutsVergV Rn. 6.

46 Schuster/Bauer-Glasnow, S. 126; weiterführend auch Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 19 InstitutsVergV Rn. 7 ff.

47 Schuster/Bauer-Glasnow, S. 124 f.

48 Zu § 7 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

49 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 8 InstitutsVergV Rn. 2.

- 18 Für Geschäftsleiter aller Institute verlangt § 10 Abs. 1 InstitutsVergV, dass die Vergütung in einem jeweils angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Geschäftsleiters oder der Geschäftsleiterin sowie zur Lage des Instituts steht und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigt. Die Vorschrift ist § 87 Abs. 1 AktG nachgebildet, sodass auf die hierzu ergangene Rechtsprechung und Literatur verwiesen werden kann.

2. Nachhaltigkeitskomponente II: Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung und Poolvorbehalt

- 19 § 6 Abs. 1 InstitutsVergV verlangt, dass die variable und fixe Vergütung **in einem angemessenen Verhältnis** zueinander stehen. Die bedeutet zwar zum einen, dass keine signifikante Abhängigkeit von der variablen Vergütung bestehen darf; andererseits ist die variable Vergütung nur dann angemessen, wenn sie auch einen wirksamen Verhaltensanreiz setzen kann.⁵⁰ Es besteht keine gefestigte Verwaltungspraxis, unter welchen Voraussetzungen eine signifikante Abhängigkeit von der variablen Vergütung besteht. Sie wird jedenfalls dann nicht bestehen, wenn der Anteil der fixen Vergütung so hoch ist, dass das Institut eine in jeder Hinsicht flexible Vergütungspolitik betreiben kann und die variable Vergütung auch vollständig abschmelzen kann.⁵¹ Die fixe Vergütung des Mitarbeiters muss so hoch sein, dass dieser auch ohne variablen Vergütungsbestandteil dazu bereit ist, seine Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen („fully-flexible policy on variable remuneration“). Teilweise wird vorgeschlagen, die Höhe des angemessenen Fixums durch Abstellen auf den durchschnittlichen Verdienst von Arbeitnehmern in Deutschland (bzw. dem Land der Niederlassung) zu bestimmen.⁵² Für Risikoträger bedeutender Institute muss ein angemessen hoher Anteil an der Gesamtvergütung aus variablen Vergütungsbestandteilen bestehen, um die Funktion als Verhaltenssteuerungsinstrument zu gewährleisten (s. Rn. 9). Die InstitutsVergV nennt als variable Vergütungsbestandteile für Risikoträger bedeutender Institute beispielhaft die variable Vergütung in Form von Aktien, aktienbasierten oder gleichwertigen Instrumenten (etwa virtuelle Beteiligungsprogramme) oder bail-in fähigen anderen, vom Institut ausgegebenen Instrumenten.⁵³

50 Um Interessenkonflikte zu vermeiden, gilt für Mitarbeiter der Kontrolleinheiten gem. § 9 Abs. 2 InstitutsVergV, dass der Schwerpunkt der Gesamtvergütung auf der fixen Vergütung liegen soll. Gleiches gilt für die Mitglieder des Aufsichtsorgans (etwa des Aufsichtsrats), die nach Auffassung der CEBS ausschließlich aus einer fixen Vergütung bestehen soll, vgl. Committee of European Banking Supervisors, Guidelines on Remuneration Policies, 10.12.2010, S. 30 (Rn. 47).

51 Zu § 5 Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

52 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 91.

53 Zu § 6 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

Die Ausgestaltung der variablen Vergütung wird zudem durch § 25a Abs. 5 KWG sowie § 6 Abs. 2 InstitutsVergV weiter eingeschränkt. Gem. § 25a Abs. 5 KWG darf die variable Vergütung nicht mehr als 100% bzw. auf Grundlage eines entsprechenden Beschlusses der Anteilseigner 200% der fixen Vergütung überschreiten (Cap). Folge dieser summenmäßigen (jedoch nicht absoluten) Begrenzung der Höhe der variablen Vergütung ist, dass sich mit Erreichen des maßgeblichen **Caps** die weitere Eingehung von Risiken durch einen Geschäftsleiter oder Mitarbeiter nicht mehr vergütungserhöhend auswirkt. Letztlich wird die Begrenzung der variablen Vergütung jedoch auch zur Folge haben, dass die variable Vergütung ab Erreichen des Caps regelmäßig zumindest einen Teil ihrer Steuerungswirkung einbüßen wird.⁵⁴ Gem. § 6 Abs. 2 InstitutsVergV hat das Institut unter Beachtung von § 25a Abs. 5 KWG eine **angemessene Obergrenze** für das Verhältnis zwischen variabler und fixer Vergütung festzulegen.⁵⁵ Bei der Festlegung der angemessenen Obergrenze sind neben dem § 25a Abs. 5 KWG auch die Geschäftsaktivitäten, Risiken sowie ggf. die Auswirkungen zu berücksichtigen, die verschiedene Risikoträgerkategorien auf das Gesamtprofil des Instituts haben. Die Institute dürfen dabei unterschiedliche Obergrenzen für verschiedene Rechtsordnungen, geographische Standorte, Organisationseinheiten, Unternehmens- und Kontrollfunktionen sowie verschiedene Risikoträgerkategorien festlegen.⁵⁶ Unter der Obergrenze i. S. d. § 25a Abs. 5 KWG ist die Summe aller variablen Vergütungskomponenten zu verstehen, die in einem bestimmten Leistungsjahr höchstens erzielt werden kann (einschließlich des für einen Retentionsbonus (Halteprämie) zu berücksichtigenden Betrags), geteilt durch die Summe aller fixen Vergütungselemente, die für das Leistungsjahr aufgewendet werden.⁵⁷ Ein Verstoß gegen § 25a Abs. 5 KWG, § 6 InstitutsVergV hat als Verstoß gegen eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation i. S. d. § 25a Abs. 1 KWG ausschließlich aufsichtsrechtliche Folgen; die einzelvertragliche Vereinbarung zwischen dem Institut und dem Geschäftsleiter oder Mitarbeiter ist nicht nichtig.⁵⁸ Das Institut trifft jedoch gem. § 14 InstitutsVergV die Pflicht, auf eine Anpassung der einzelvertraglichen Pflicht hinzuwirken.⁵⁹ Eine einseitige Anpassung durch das Institut wird regelmäßig ausgeschlossen sein.⁶⁰ Die arbeitsrechtlichen Grundsätze (etwa zur Anpassung von Verträgen im Wege der Änderungs-

54 Bauer/Schuster-Glasnow, S. 121 f.

55 Zur Möglichkeit der Diskontierung bei Verwendung von Instrumenten vgl. EBA Guidelines on the applicable notional discount rate for variable remuneration v. 27.3.2014.

56 Zu § 6 Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

57 Zu § 6 Auslegungshilfe zur InstitutsVergV m. w. N.

58 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 104 f.

59 A. A. wohl Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 104.

60 Allg. zur Anpassung bei Verstößen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen Zürn/Böhm, BB 2014, 1269, 1271 ff.

kündigung) gelten auch im Anwendungsbereich des Bankaufsichtsrechts als Gefahrenabwehrrecht und werden hiervon nicht verdrängt.⁶¹

- 21 Aus regulatorischer Sicht ist Voraussetzung für die Gewährung einer variablen Vergütung, dass gem. § 7 InstitutsVergV überhaupt ein „Gesamtbetrag der variablen Vergütung“ gebildet werden darf. Zudem ist es Voraussetzung der Bonusauszahlung, dass die BaFin keine Beschränkung oder Streichung des **Gesamtbetrags der variablen Vergütung** i. S. d. § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5a KWG angeordnet hat.⁶² § 7 InstitutsVergV ist „der zentrale Anknüpfungspunkt“ für die Anforderungen an die Ermittlung des Gesamtbetrags der variablen Vergütungen, der für einen bestimmten Bezugszeitraum an die Mitarbeiter verteilt werden darf (**Bonuspool** bzw. **Poolvorbehalt**).⁶³ Hierdurch soll sichergestellt werden, dass Finanzinstitute in extremen wirtschaftlichen Lagen nicht durch die Auszahlung von variabler Vergütung bilanziell belastet werden. Bislang hat die BaFin vertreten, dass die Festsetzung eines Gesamtbetrags der variablen Vergütungen im Falle eines negativen Gesamterfolgs des Instituts, insbesondere wenn dieser mit einem Verzehr des Unternehmenswerts einhergeht, i. d. R. nicht zulässig ist und folglich kein Gesamtbetrag ermittelt werden darf und auch keine für eine Zuteilung vorgesehene Mittel bereitstehen dürfen.⁶⁴ Die Auffassung der BaFin ist mit Blick auf die Rechtsprechung des BAG zur Kürzung/Streichung von Sonderzahlungen im Fall negativer Unternehmensergebnisse zweifelhaft.⁶⁵ Das BAG geht vielmehr davon aus, dass der vollständige Wegfall eines Bonus trotz Erreichung der vereinbarten qualitativen (persönlichen) Ziele bereits billigem Ermessen widersprechen könne.⁶⁶ Entsprechend hat die BaFin ihre zuvor zitierte Auffassung in der „neuen“ InstitutsVergV (vgl. dort zu § 7) dahingehend eingeschränkt, dass jedenfalls soweit die Kriterien für die Eingriffsschwelle der BaFin gem. § 45 KWG (insbesondere Abs. 2 Nr. 5a und 6) eingreifen, kein Gesamtbetrag ermittelt wird und demzufolge auch keine für eine Zuteilung vorgesehenen Mittel bereitgestellt werden dürfen. Ferner können z. B. in besonderen Krisensituationen bei einem sich unmittelbar und konkret abzeichnenden Umschwung Ausnahmen gelten. Eine einzelvertragliche Regelung, die als Schwelle für die Bonuskürzung auf die Eingriffsschwelle abstellt, dürfte den §§ 305 ff. BGB standhalten. In jedem Fall ist in praktischer Hinsicht ratsam, dass die Klausel möglichst nah den

61 A. A. Becker/Schulte-Mattler-Buscher, S. 279 f.

62 Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl, S. 88; solche Anordnungen der BaFin ergehen als Verwaltungsakt, Groeger, RdA 2011, 287, 290; Merkelbach, WM 2014, 1990, 1991 f.

63 Zu § 7 der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

64 Zu § 7 Auslegungshilfe zur InstitutsVergV.

65 Ausf. hierzu Jensen, BB 2014, 2869 ff.

66 Vgl. BAG 19.3.2014, 10 AZR 622/13, BAGE 147, 322; BAG 3.8.2016, 10 AZR 710/14, NJW 2016, 3470; LAG München 19.5.2016, 3 Sa 977/15; allg. zu Ermessensboni Lingemann/Pfister/Otte, NZA 2015, 65 ff.

Wortlaut von § 45 KWG abbildet, um dem AGB-rechtlichen Verbot der unangemessenen Benachteiligung und dem Transparenzgebot zu genügen.⁶⁷

3. Nachhaltigkeitskomponente III: Mehrjährige Bemessungsgrundlage und Bonus-/Malussysteme

Gemäß § 10 Abs. 2 InstitutsVergV muss die variable Vergütung der Geschäftsleiter auf der Grundlage eines mehrjährigen Bemessungszeitraums – d.h. der Zeitraum, auf dessen Grundlage die Performance des Geschäftsleiters für ein Vergütungsjahr zu ermitteln ist – zu bestimmen sein. Gleichsam heißt es in § 18 Abs. 4 InstitutsVergV für Risikoträger bedeutender Institute, dass das Institut den Zeitrahmen der Risiko- und Erfolgsmessung über mehrere Jahre anlegen und an seinem Geschäftszyklus ausrichten muss. Ergänzt wird diese Vorschrift durch § 19 Abs. 1 Satz 2 InstitutsVergV, wonach bei der Ausgestaltung der variablen Vergütung ein angemessener Betrachtungszeitraum für die Bemessung der Zielerreichung zugrunde zu legen, der mindestens ein Jahr betragen muss (Bemessungszeitraum) bzw. für Geschäftsleiter, die zugleich Risikoträger sind, mindestens drei Jahre. Bei Risikoträgern, die Geschäftsleiter sind, beträgt der Bemessungszeitraum mindestens drei Jahre. 22

Mit einer solchen mehrjährigen Grundlage der variablen Vergütung soll erreicht werden, dass die Höhe der variablen Vergütung von Geschäftsleitern und Risikoträgern nicht auf Grundlage von „Einmaleffekten“, sondern „nachhaltiger Erfolgsbeiträge“ ermittelt wird. Erforderlich hierfür ist nicht nur, die Fälligkeit zumindest von Teilen der variablen Vergütung zeitlich hinauszuschieben, sondern entsprechende Regelungen oder Vergütungsformen (z. B. Instrumente) vorzusehen, sodass sich negative Entwicklungen in dem maßgeblichen Bemessungszeitraum auf die Höhe der variablen Vergütung auswirken. Die variable Vergütung darf erst nach dem Ablauf des Bemessungszeitraums „rechtssicher“ und „endgültig“ fest- und zustehen. Grundsätzlich sollte der Bemessungszeitraum – entsprechend der für börsennotierte Aktiengesellschaften geltenden Empfehlung in Ziffer 4.3.2 Abs. 2 des Deutschen Corporate Governance Kodex – vom Vergütungsjahr aus zumindest „im Wesentlichen“ in die Zukunft bezogen sein. Eine ausschließlich in die Vergangenheit gerichteter Bemessungszeitraum – etwa bei der „Neueinstellung“ eines Geschäftsleiters oder Risikoträgers, der bisher weder für das anstellende Institut noch die Gruppe tätig geworden ist – ist nicht (mehr) zulässig. Die früher noch gängige Praxis, eine rein in die Vergangenheit gerichtete Erfolgsmessung zuzulassen ist durch die letzte Novelle der InstitutsVergV aufgehoben.⁶⁸ 23

⁶⁷ Hierzu *Jensen*, BB 2014, 2869, 2872 f.

⁶⁸ *Herz*, NZG 2018, 1050, 1053 f.

- 24 Um eine mehrjährige Bemessungsgrundlage umzusetzen, stehen mehrere „Plan-typen“ zur Verfügung. „Typisch“ ist ein Plan mit einer mehrjährigen Performance Periode mit mehreren Erfolgszielen. Die Erfolgsziele werden nach dem Ablauf der Performance-Periode gemessen und der sich ergebende Betrag der variablen Vergütung wird ausgezahlt oder – entsprechend der Vorgaben der ex-post Risikoadjustierung – zurückbehalten. Zumindest außerhalb der bedeutenden Institute besteht hier Freiheit, ob der mehrjährige Plan rein „cash-basiert“, „aktienbasiert“ (ggf. in Kombination mit einem „cash-basierten jährlichen „Short-term“ Bonus) oder in einer Mischform aufgelegt wird.

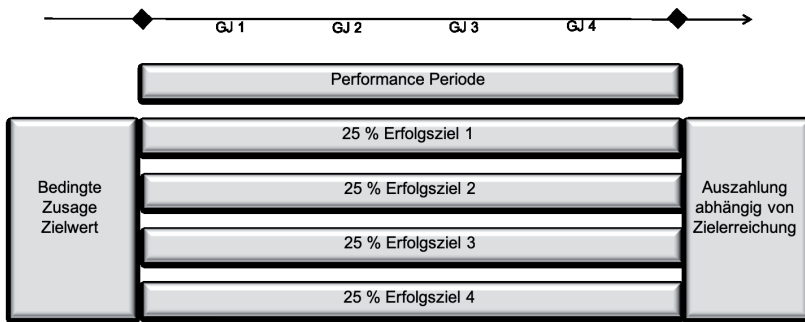


Abb. 1: Mehrjährige Performance-Periode mit verschiedenen Erfolgszielen

- 25 In der Auslegungshilfe zur InstitutsVergV ausdrücklich erwähnt wird zudem das Modell einer Bonusbank. Die Bonusbank ist kein Bankkonto oder eine „echte“ Bank, sondern letztlich eine Art „Performancegedächtnis“. Bei einer Bonusbank nach Abschluss einer jeden Performance Periode (zumeist jährlich) die Zielerreichung ermittelt und ein entsprechender Betrag auf die persönliche Bonusbank eingezahlt. Dem Mitarbeiter wird in den Folgejahren von seinem Guthaben auf der Bonusbank ein festgesetzter Prozentsatz ausbezahlt. Der verbleibende Teil des Guthabens (einschließlich der neuen Einzahlung in den Folgejahren) wird vorgetragen, d. h. verbleibt als Rechnungsposten zur Berücksichtigung negativer Entwicklungen in den Folgejahren. Dadurch erhält das Vergütungssystem eine nachhaltige Komponente, da die Beibehaltung als Rechnungsposten die Zuweisung negativer Boni in Folgejahren ermöglicht. Denn bei negativen Entwicklungen in den Folgejahren kann die noch nicht ausgezahlte variable Vergütung teilweise oder auf Null reduziert werden. Um den Vorgaben der InstitutsVergV an die Nachhaltigkeit eines solchen Modells zu genügen, muss eine solche Reduzierung des Bonusbank-Guthabens jedenfalls dann erfolgen (und entsprechende Regelungen müssen in den Planbedingungen vorgesehen sein), wenn sich die wirtschaftliche Lage des Instituts im Zeitpunkt der Zuteilung des Bankguthabens i. S. d. § 7 Abs. 2 InstitutsVergV verschlechtert hat. Weitere Reduzierungssachverhalte sind jedenfalls negative Erfolgsbeiträge des Mitarbeiters (§ 2

Abs. 10 InstitutsVergV) und sitten- und pflichtwidriges Verhalten i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 2 InstitutsVergV.⁶⁹

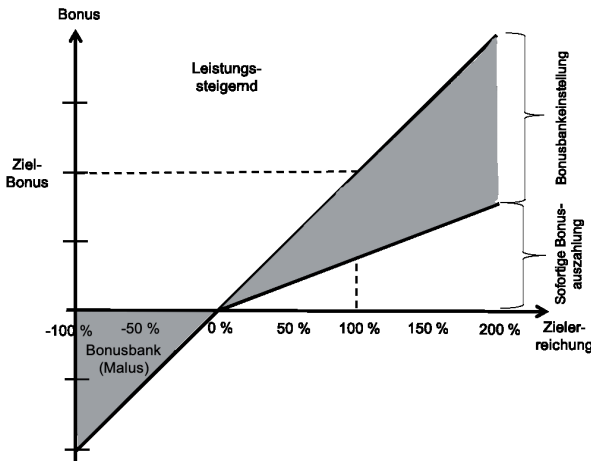


Abb. 2: Bonusbank-Modell

Besondere Herausforderung an die Her- und Sicherstellung einer mehrjährigen Bemessungsgrundlage der variablen Vergütung stellen sich bei neu bestellten Geschäftsleitern, die bisher nicht für das Institut oder die Gruppe tätig geworden sind. Ein Zuwarten auf das Ablaufen der mehrjährigen Bemessungsgrundlage bringt den Nachteil mit sich, dass die Geschäftsleiter die variable Vergütung für das erste Jahr der Beschäftigung erst wesentlich später erhalten. Bei bedeutenden Instituten besteht die Möglichkeit, die Höhe der variablen Vergütung bereits nach dem ersten Jahr der Beschäftigung zu ermitteln (also eine Verkürzung des Bemessungszeitraums), wenn zugleich der Zurückbehaltungszeitraum von fünf Jahren auf mindestens sieben Jahre verlängert wird. Mit anderen Worten: Der Geschäftsleiter erhält 40% der variablen Vergütung direkt ausgezahlt (§ 20 Abs. 2 InstitutsVergV); die übrigen 60% der variablen Vergütung müssen mindestens für sieben Jahre zurückbehalten werden. 50% des direkt ausgezahlten Betrags sowie des zurückbehaltenen Teils müssen in Instrumenten (z. B. Aktien des Instituts) ausgezahlt werden. Bei nicht-bedeutenden Instituten dürften weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten bestehen, beispielsweise die Auszahlung einer Abschlagszahlung auf der Grundlage der Erfolgsbemessung nach Ablauf des ersten Jahrs der Beschäftigung. Die Abschlagszahlung ist unter den Vorbehalt der Rückzahlung zu stellen, wenn sich nach Ablauf des mehrjährigen Bemessungs-

⁶⁹ Vgl. etwa auch Herz, NZG 2018, 1050, 1054.

zeitraums eine geringere variable Vergütung (etwa aufgrund nachträglicher negativer Erfolgsbeiträge des Geschäftsleiters) ergibt.⁷⁰

- 27 Die Risikoorientierung der Vergütung kann ggf. auch die Vereinbarung sog. **Modifizier** erfordern, also ermessensabhängigen Anpassungsklauseln (§ 315 BGB), um auf den Eintritt außergewöhnlicher Umstände zu reagieren (z. B. zur Vermeidung von Windfall profits bei Hebung bilanzieller Gewinne oder infolge von M&A-Transaktionen). Jedenfalls Risikoträger und Geschäftsleiter (vgl. § 10 Abs. 2 Halbsatz 2 InstitutsVergV) sollen nicht davon profitieren, wenn trotz negativer Erfolgsbeiträge aufgrund von außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden außergewöhnlichen Ereignissen die für den Bemessungszeitraum gesetzten oder vereinbarten Ziele erreicht werden. Umgekehrt kann die Anwendung eines Modifiziers auch dazu führen, dass sich die variable Vergütung erhöht, wenn die Ziele ohne Verschulden des Geschäftsleiters oder Risikoträgers verfehlt werden (etwa aufgrund einer unerwarteten Wirtschafts- oder Finanzkrise). Im Regelfall kann eine Ergebniskorrektur der quantitativen Leistungsziele von +/– 20 % erfolgen.
- 28 Wenn die variable Vergütung der „Hebel“ zur Herstellung von Nachhaltigkeit ist, stellt sich die Frage, ob die InstitutsVergV eine reine Fixvergütung zulässt. Vor dem Hintergrund der Verwirklichung der Risikosteuerung über den variablen Vergütungsbestandteil ist dies zumindest für die Vergütung von Risikoträgern bedeutender Instituten zu verneinen. Denn den §§ 19 ff. InstitutsVergV liegt der Gedanke einer positiven Steuerungsfunktion der variablen Vergütung zugrunde. Für die Geschäftsleiter und Mitarbeiter von Instituten, die keine bedeutenden Institute sind, wird es hingegen regelmäßig zulässig sein, auf einen variablen Vergütungsbestandteil zu verzichten. Dies lässt sich § 6 Abs. 1 InstitutsVergV entnehmen, der davon ausgeht, dass fixe und variable Vergütung in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen, soweit die Vergütung aus beiden Vergütungselementen besteht. Allerdings sollte insofern im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob es tatsächlich ausreichend ist, das Verhalten des Geschäftsleiters oder Mitarbeiters etwa allein über die intrinsische Motivation des Mitarbeiters zu steuern.⁷¹

4. Nachhaltigkeitskomponente IV: Ex-post-Risikoadjustierung

- 29 § 20 InstitutsVergV legt i. S. e. Ex-post-Risikoadjustierung Grundsätze für die Entstehung/Zuteilung, Gewährung sowie die Auszahlung des Anspruchs auf variable Vergütung fest. Unter „Zuteilung“ ist zu verstehen, dass die variable Vergütung dem Mitarbeiter i. S. e. Rechnungspostens zugewiesen wird (vgl. § 20 Abs. 3 InstitutsVergV), aber noch kein Anspruch hierauf besteht (**Zurückbehaltung** oder **Deferral**). „Gewährung“ meint, dass die variable Vergütung (ggf.

⁷⁰ Herz, NZG 2018, 1050, 1053 f.

⁷¹ Zu § 7 der Auslegungshilfe.

nach Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums) zu einem Anspruch erstarkt ist, der Mitarbeiter über die variable Vergütung noch nicht verfügen darf (Sperrfrist oder Retention).⁷² Der Zurückbehaltungszeitraum dient vorrangig der nachträglichen Anpassung der variablen Vergütung. Die **Sperrfrist** soll hingegen die Erreichung der langfristigen Interessen des Instituts sicherstellen.⁷³ Eine „Auszahlung“ liegt erst dann vor, wenn dem Mitarbeiter die variable Vergütung (ggf. nach Ablauf eines Zurückbehaltungszeitraums und ggf. nach Ablauf der Sperrfrist) gutgeschrieben wird und er über diese frei verfügen kann. Der Ex-post-Risikoadjustierung dienen neben der Zurückbehaltung und Sperrfrist zudem (i) die Pflicht zur „Begebung“ von Instrumenten, die von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängen (§ 20 Abs. 5 InstitutsVergV), (ii) die Berücksichtigung eines Malus (§ 20 Abs. 4 InstitutsVergV) sowie (iii) „neuerdings“ auch eines Rückzahlungsanspruchs bereits ausgezahlter variabler Vergütung (**Clawback**, § 20 Abs. 6 InstitutsVergV). Zweck der Ex-post-Risikoadjustierung ist es, die variable Vergütung nachträglich einem sog. **Backtesting** zu unterziehen, d. h. festzustellen, ob die Erfolgsbeiträge des Mitarbeiters tatsächlich nachhaltig waren und die variable Vergütung ggf. nachträglich zu reduzieren ist.⁷⁴

Gem. § 20 Abs. 1, 2 InstitutsVergV müssen mind. 40 % der variablen Vergütung eines Mitarbeiters bzw. mind. 60 % bei Geschäftsleitern sowie bei Mitarbeitern in nachgelagerten Führungsebenen über einen **Zurückbehaltungszeitraum von mindestens drei Jahren** gestreckt werden. Abhängig von der Stellung, den Aufgaben und den Tätigkeiten sowie der Höhe der variablen Vergütung und der Risiken, die ein Mitarbeiter begründen kann, erhöhen sich die Untergrenze des Zurückbehaltungszeitraums auf bis zu fünf Jahre und die Untergrenze des zurückbehaltenen Anteils der variablen Vergütung. Leitlinie ist, dass sich die Länge des Zurückbehaltungszeitraums bestenfalls nach dem Zeitraum richtet, in dem sich die vom Risikoträger eingegangenen Risiken verwirklichen können. Die Zurückbehaltung variabler Vergütung ist eine wesentliche Voraussetzung für eine nachträgliche Bereinigung der Risikoergebnisse.⁷⁵ Entsprechende Klauseln in den Vergütungsordnungen und/oder Verträgen der Risikoträger müssen jedenfalls dem Transparenzgebot genügen. Die Reichweite der AGB-rechtlichen

72 Die Zurückbehaltung und die Sperrfrist bleiben grunds. von einem vorzeitigen Ausscheiden des Mitarbeiters unberührt, vgl. *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 226 f.

73 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 20 InstitutsVergV Rn. 9. Zurückbehaltungszeitraum und Sperrfrist sind nicht mit der (mehrjährigen) Bemessungsgrundlage zu verwechseln. Auch bei einer mehrjährigen Bemessungsgrundlage, wie sie § 10 Abs. 2 InstitutsVergV für Geschäftsleiter verlangt, kann nicht auf einen Zurückbehaltungszeitraum verzichtet werden.

74 *Buscher/Hannemann/Wagner/Weigl*, S. 217.

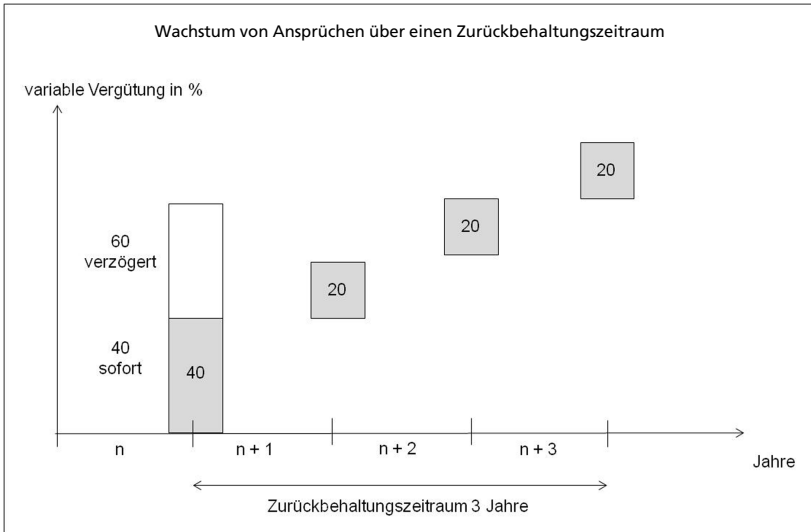
75 Schuster/Bauer-Glasnow, S. 127.

Prüfung hängt darüber hinaus davon ab, ob § 20 Abs. 1 InstitutsVergV als „wesentliche[r] Grundgedanke der gesetzlichen Regelung“ i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen wird.⁷⁶ Während des Zurückbehaltungszeitraums ist dem Mitarbeiter die variable Vergütung zwar zugeteilt; er hat jedoch noch keinen Anspruch hierauf, sondern gem. § 20 Abs. 4 Nr. 2 InstitutsVergV lediglich einen Anspruch auf fehlerfreie Ermittlung bezüglich des noch nicht zu einer Anwartschaft oder Anspruch erwachsenen Teils der variablen Vergütung. Die variable Vergütung ist, zumindest aus regulatorischer Sicht, nur ein **Rechnungsposten**. Gem. § 20 Abs. 4 Nr. 1 InstitutsVergV darf während des Zurückbehaltungszeitraums der Anspruch oder die Anwartschaft auf den zurückbehaltenen Vergütungsanteil nicht schneller als zeitanteilig entstehen (sog. **Pro-Rata-Vesting**). Zumindest aufsichtsrechtlich zulässig ist auch, dass die gesamte zurückbehaltene variable Vergütung vollständig am Ende des Zurückbehaltungszeitraums erdient wird (sog. **Cliff-Vesting**). Die Effektivität der Ex-ante- wie auch der Ex-post-Risikoadjustierung hängt in hohem Maße davon ab, ob die eingegangenen Risiken erkannt und auch korrekt bemessen werden. Zudem darf nicht außer Betracht bleiben, dass die Länge des Zeitraums der Ex-post-Risikoadjustierung unmittelbare Auswirkungen auf die Effektivität der Risiko- und Verhaltenssteuerung hat. Ist dieser zu kurz bemessen, ermöglicht er keine ausreichende Abbildung und Berücksichtigung der eingegangenen Risiken und eine effektive Bewertung der Erfolgsbeiträge des Mitarbeiters. Allerdings gilt auch, dass ein weit in der Zukunft liegender Zeitpunkt der Auszahlung der variablen Vergütung eine Verminderung der Risiko- und Verhaltenssteuerung bewirkt. Ungewollte Nebenfolge ist erfahrungsgemäß eine Anhebung der (fixen) Vergütung, die psychologisch die Unsicherheit der Auszahlung der (gesamten) variablen Vergütung ausgleichen soll.⁷⁷

- 31 Abhängig von den Aufgaben sowie der Tätigkeit und der Stellung eines Geschäftsleiters oder Mitarbeiters müssen gem. § 20 Abs. 5 InstitutsVergV (i) mind. 50% der zurückbehaltenen variablen Vergütung und (ii) mind. 50% der nicht-zurückbehaltenen (**upfront payment**) variablen Vergütung von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängen (z. B. in Aktien oder aktienbasierten [virtuellen] Instrumenten) und jeweils mit einer angemessenen Frist versehen werden, nach deren Ablauf frühestens über den jeweiligen Anteil der variablen Vergütung verfügt werden darf (sog. **Sperrfrist** bzw. **Retention Period**). Das Erfordernis der **Auszahlung in Instrumenten** erklärt sich einerseits vor dem Hintergrund der fehlenden Nachhaltigkeit bei reinen Cash-Boni

⁷⁶ Bejahend Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2010, 792, 796, sodass zumindest bei einer dreijährigen Bindung keine unangemessene Benachteiligung vorliegen soll. Hieran kann mit Blick darauf, dass die InstitutsVergV ausschließlich Pflichten für die Institute regelt, durchaus gezweifelt werden.

⁷⁷ Bauer/Schuster-Glasnow, S. 132 f.; vgl. allg. auch Nguyen/Posch/Kusnezow, ZfgK 2014, 128 ff.

**Abb. 3:** Wirkweise eines Zurückbehaltungszeitraums

und soll eine implizite Risikoadjustierung ermöglichen. Die Kopplung eines Teils der variablen Vergütung an die Entwicklung des Unternehmenswerts sowie das Vorsehen einer Sperrfrist für einen Teil dieser Vergütung, wonach der Mitarbeiter die variable Vergütung noch für einen bestimmten Zeitraum zu halten hat (d.h. nicht über diese verfügen darf), soll Nachhaltigkeit vor allem dadurch erreichen, dass ein fallender Aktienkurs (etwa infolge des Eintritts von Risiken) auch die variable Vergütung in ihrem Wert nachträglich mindert. Gleichzeitig bewirkt eine aktienbasierte Vergütungsform, dass der Begünstigte eine „eigentümerähnliche Position“ einnimmt, seine persönlichen Anreize also mit denen der Aktionäre gleichgerichtet auf eine Steigerung des Unternehmenswerts ausgerichtet werden. Die bezweckte Zurückdrängung von Cash-Bonuszahlungen zeigt folgende Modellrechnung: Werden 40% der variablen Vergütung zurückbehalten, unterliegen nur 60% der sofortigen Auszahlung als Jahresbonus. Da das Institut mind. die Hälfte dieser variablen Vergütung in Form von Instrumenten zu leisten hat, werden nur 30% der variablen Vergütung unmittelbar (d.h. upfront, also Sofortzahlung) als Cash-Bonus ausgezahlt (bei Geschäftsleitern aufgrund des höheren Anteils an zurückbehaltener variabler Vergütung sogar nur max. 20%).⁷⁸

⁷⁸ Bauer/Schuster-Glasnow, S. 128.

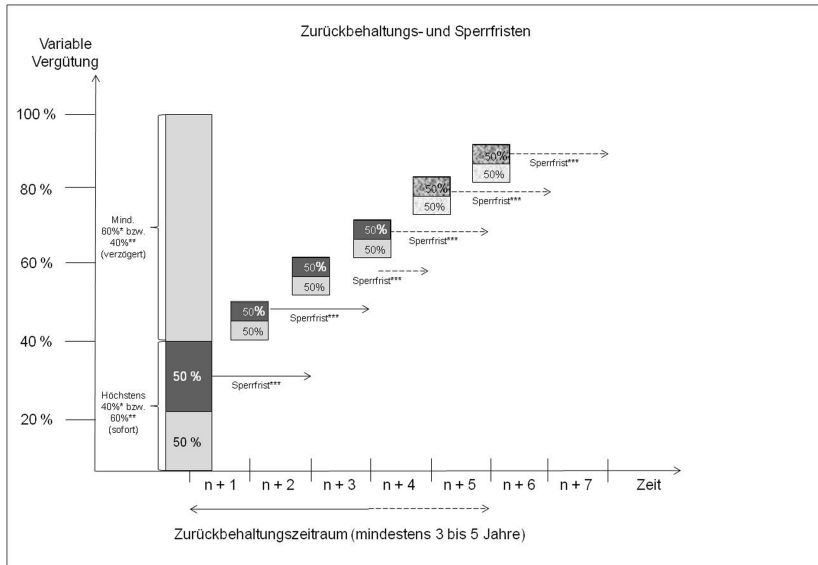


Abb. 4: Zusammenwirken von Zurückbehaltung und Ausgabe von Instrumenten

- 32 § 20 Abs. 4 InstitutsVergV ist „Herzstück“ der Ex-post-Risikoadjustierung und betrifft die sog. „explizite“ Ex-post-Risikoadjustierung (explicit ex-post risk adjustment).⁷⁹ Hiernach müssen negative Erfolgsbeiträge des Geschäftsleiters bzw. Mitarbeiters sowie seiner Organisationseinheit und ein negativer Gesamterfolg des Instituts oder der Gruppe die Höhe der variablen Vergütung einschließlich der zurückbehaltenen Beträge verringern oder auch vollständig entfallen (Betrücksichtigung eines Malus). Der zurückbehaltene Teil der variablen Vergütung ist bis zum Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums lediglich eine Art Rechnungsposten und steht damit „im Risiko“. Sie kann daher mit Ablauf des Zurückbehaltungszeitraums daraufhin überprüft werden, ob der zunächst zugrunde gelegte Erfolgsbeitrag des Mitarbeiters tatsächlich nachhaltig war (Backtesting). Mit anderen Worten: I. R. d. Backtesting wird rückblickend geprüft, ob die variable Vergütung „tatsächlich verdient ist“.⁸⁰ Das Modell der InstitutsVergV ähnelt den bisweilen bei Vorständen in der Privatwirtschaft anzutreffenden Bonusbank-Modellen.⁸¹ Ein solcher Malus kann z. B. dadurch ausgelöst werden, dass

79 Vgl. Committee of European Banking Supervisors, Guidelines on Remuneration Policies and Practices, 10.12.2010, S. 66 ff.

80 Bauer/Schuster-Glasow, S. 129.

81 Allg. zum Bonusbank-Modell Bosse, Rn. 162 ff.

individuelle Ziele verfehlt wurden, dem Mitarbeiter ein individuelles Fehlverhalten oder schwere Fehler nachgewiesen werden, bei signifikanten Veränderungen in der ökonomischen oder regulatorischen Kapitalausstattung des Instituts, bei einem signifikanten Versagen des Risikomanagements auf Ebene des Instituts und/oder der jeweiligen Organisationseinheit oder auch ein signifikanter Rückgang der finanziellen Leistungsfähigkeit des Instituts bzw. der jeweiligen Organisationseinheit.⁸² Ein solcher Malus dürfte AGB-rechtlich grunds. zulässig sein. In jedem Fall sind die den Malus auslösenden Ereignisse aus Gründen hinreichender Transparenz entsprechend bestimmt und deutlich zu formulieren.⁸³

Gem. § 20 Abs. 6 InstitutsVergV sollen Institute künftig auch verpflichtet sein, bereits ausgezahlte variable Vergütung von den Risikoträgern zurückzufordern (sog. Clawback), wenn der Risikoträger (i) an einem Verhalten, das für das Institut zu erheblichen Verlusten oder einer regulatorischen Sanktion geführt hat, beteiligt oder dafür verantwortlich war oder (ii) relevante externe oder interne Regelungen in Bezug auf Eignung und Verhalten in schwerwiegendem Maß verletzt hat. Dies soll zumindest für einen Zeitraum gelten, der mit der Auszahlung des nicht nach § 20 Abs. 1, 2 InstitutsVergV zurückbehaltenen Anteils der variablen Vergütung beginnt und mit Ablauf der Sperrfrist für den zuletzt gem. § 20 Abs. 4 InstitutsVergV verdienten Vergütungsbestandteil endet. Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit von Clawback-Vereinbarungen wird krit. gesehen.⁸⁴ Offen ist, ob sich an der arbeitsrechtlichen bzw. AGB-rechtlichen Wertung dadurch etwas ändert, dass der Clawback nun ausdrücklich in die InstitutsVergV aufgenommen ist. **33**

82 Boos/Fischer/Schulte-Mattler-Wolfgarten, § 20 InstitutsVergV Rn. 25 m. w. N.

83 Heuchemer/Kloft, WM 2010, 2241, 2245; Insam/Hinrichs/Hörtz, WM 2014, 1415, 1421; Löw/Glück, NZA 2015, 137, 140 f.

84 Dzida/Naber, BB 2011, 2613, 2615 f.; Löw/Glück, NZA 2015, 137, 140 unter Verweis auf BAG 13.11.2013, 10 AZR 848/12, BAGE 146, 284; BAG 14.11.2012, 10 AZR 783/11, BAGE 143, 292; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, BAGE 137, 300; Schuster, FS Bauer, S. 973, 980 ff.; Thum, NZA 2017, 1577 ff.

Kapitel 19

Entgeltgestaltung und „Low Performance“

Schrifttum: *Friemel/Walk*, Die Kündigung wegen Schlecht- und Minderleistung, NJW 2005, 3669; *Glanz*, Kündigung von leistungsschwachen Mitarbeitern („Low Performer“), NJW-Spezial 2008, 82; *Greiner*, Störungen des Austausch- und Äquivalenzverhältnisses als Kündigungstatbestand, RdA 2007, 22; *Grobys/Panzer*, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2018; *Hoffmann-Remy*, Die Korrekturvereinbarung, 2012; *Hromadka*, Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, NZA 1996, 1; *Hunold*, Unzureichende Arbeitsleistung als Abmahn- und Kündigungsgrund, BB 2003, 2345; *Hunold/Wetzling*, Umgang mit leistungsschwachen Mitarbeitern, 2. Aufl. 2011; *Lansnicker*, Prozesse in Arbeitssachen, 3. Aufl. 2013; *Löw/Glück*, Incentivepläne und ihre Terms & Conditions – AGB-Kontrolle bei Bonuszahlungen, DB 2015, 187; *Maschmann*, Die mangelhafte Arbeitsleistung, NZA-Beil. 2006, 13; *Richardi*, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1004; *Stück*, Low Performer in Recht und Praxis, ArbRAktuell 2011, 641; *Tschöpe*, „Low Performer“ im Arbeitsrecht, BB 2006, 213; *Verstege*, Die Kündigung wegen geminderter Leistung des Arbeitnehmers, 2008; *Weber*, Zum (richtigen) Umgang mit Low-Performern, DB 2015, 1899; *Wisskirchen/Jordan*, Der Umgang mit Low-Performern, 2007; *Zaumseil*, Die Minderleistung als Kündigungsgrund, 2010.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. „Low Performance“	1	2. Einvernehmliche Regelungen. . .	38
1. Dogmatische Abgrenzung	2	a) Korrekturvereinbarungen. . .	41
2. Maßstab für unzureichende Arbeitsleistung	9	b) Sonstige einvernehmliche Lösungen	47
3. Praktischer Nachweis unzurei- chender Arbeitsleistung	10	3. Kollektives Arbeitsrecht.	49
4. Prozessuales	21	III. Proaktive Gestaltung von Ver- gütungssystemen	50
II. Reaktive Gestaltungsmöglich- keiten	24	1. Leistungsentgelte	51
1. Individuelle Gestaltungs- rechte	25	2. Vergütungsbestandteile mit Änderungsvorbehalten	52
a) Minderung der Vergütung . .	26	a) Einseitiger Widerruf von Vergütungsbestandteilen . .	53
b) Entgeltreduzierung durch Änderungskündigung.	27	b) Freiwilligkeitsvorbehalte; Befristung von Arbeits- bedingungen.	59
c) Druckkündigung?	33	3. Bonussysteme.	60
d) Aufrechnung mit Schadens- ersatzansprüchen wegen „Low Performance“	34	a) Klassische Zielbonus- systeme	61
e) Vertragsstrafen bei „Low Performance“	35	b) Belohnungssysteme statt Zielbonussystemen?	63

I. „Low Performance“

- 1 Eine Entgeltgestaltung, die (zulässigerweise¹) an die Arbeitsleistung, deren positive Qualität und Quantität anknüpft, muss sich notwendigerweise auch mit der Frage beschäftigen, wie nicht zufriedenstellende Leistung vergütungstechnisch abgebildet werden kann. Zentrale Bedeutung hierbei nimmt – auch viele Jahre nach seiner Begründung durch *Jack Welsh* – der Begriff der „Low Performance“ ein.² Dieser vereinfacht sprachlich vieles. Wer ihn verwendet, sollte sich jedoch immer darüber im Klaren sein, dass die begriffliche Vereinheitlichung auch Gefahren birgt, da sie völlig unterschiedliche Fallkonstellationen (Nichtleistung, verspätete Leistung, mangelbehaftete Leistung unterschiedlichster Art) bezeichnen kann. Wer nur von „Low Performance“ spricht, läuft zum einen Gefahr, die teils erheblich unterschiedlichen Rechtsfolgen dieser Fallgruppen auszublenden. Zum anderen gilt: Auch wenn in vielen „Low Performance“-Fällen der Arbeitnehmer tatsächlich der (alleinige) Verursacher sein mag, fokussiert der Begriff den Blick ausschließlich auf diesen Aspekt. Mögliche andere Ursachen werden ausgeblendet, was kritisch sein kann, wenn auf dieser Grundlage über arbeitsrechtliche Maßnahmen entschieden werden soll. Wichtig ist daher, sich zu vergegenwärtigen: Wann immer die Rede von „Low Performance“ ist, erübrigt dies nicht die genaue Prüfung, welche Form von – so dogmatisch richtiger – „unzureichender Arbeitsleistung“³ vorliegt.

1. Dogmatische Abgrenzung

- 2 Je nach Ursache der unzureichenden Arbeitsleistung im Einzelfall hat der Arbeitgeber andere Einflussmöglichkeiten und kann möglicherweise in anderer Weise arbeitsrechtlich anknüpfen. Erster Schritt einer jeden Maßnahmenplanung muss daher sein, Klarheit über die Art und Ursache des Problems zu gewinnen.
- 3 Fälle **unzureichender Arbeitsleistung** sind abzugrenzen von Fällen der **Nichtleistung** sowie der **verspäteten Arbeitsleistung**.⁴

1 BAG 18.1.2012, 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561; BAG 7.6.2011, 1 AZR 807/09, NZA 2011, 1234; BAG 12.4.2011, 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989; BAG 10.12.2008, 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256; BAG 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409; ebenso *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 598; *MüArbR-Krause*, § 64 Rn. 6 ff.

2 Statt vieler beispielhaft *Grobys/Panzer-Schöder*, Low Performance, Rn. 1 ff.; *Weber*, DB 2015, 1899; *Stück*, ArbRAktuell 2011, 651; *MüArbR-Reichold*, § 43 Rn. 27; *MüArbR-Berkowsky*, § 115 Rn. 129; *Glanz*, NJW-Spezial 2008, 82; *Tschöpe*, BB 2006, 213.

3 Zur Terminologie bereits *Hoffmann-Remy*, S. 39, 67 f.

4 In diese Richtung auch *Richardi*, NZA 2002, 1004, 1011, der jedoch den Begriff der „Schlechtleistung“ statt dem der unzureichenden Arbeitsleistung gebraucht.

Die (Überhaupt-) **Nichtleistung** als vertrags- und pflichtwidrige Nichterfüllung der Arbeit⁵ bereitet insoweit kaum Abgrenzungsprobleme. Beispiele sind schnell gebildet:

- Der Arbeitnehmer legt zusätzliche Raucherpausen ein, ohne hierfür im Zeiterfassungssystem auszustempeln⁶ oder überzieht Pausen im Allgemeinen;
- der Arbeitnehmer kommt zu spät zur Arbeit oder verlässt den Arbeitsplatz zu früh;
- der Arbeitnehmer nutzt die dienstlichen EDV-Einrichtungen zum privaten Internetsurfen⁷ bzw. führt Privattelefonate⁸ in erheblichem zeitlichen Umfang oder
- der Fall des schlichten „Blaumachens“.⁹

Komplexer ist schon die Unterscheidung von Fällen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung und der **verspäteten Leistung**. Eine verspätete Leistung liegt regelmäßig dann vor, wenn der Arbeitnehmer die von ihm geschuldete Leistung nicht pünktlich, also nach dem vereinbarten oder übereinstimmend vorausgesetzten Zeitpunkt, erbringt. Aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitspflicht kann eine stark verspätet erbrachte Leistung unmöglich werden. Im Regelfall ist dann von einer Nichterfüllung der Arbeitspflicht auszugehen; nur bei abweichenden Gestaltungen, die die Arbeitspflicht nicht als Fixschuld darstellen,¹⁰ wird man über eine verspätete Leistung nachdenken können.

Eine **unzureichende Arbeitsleistung** liegt demgegenüber vor, wenn der Arbeitnehmer die geschuldeten Dienste zwar **erbringt, aber mangelbehaftet leistet**.¹¹ Mängel in diesem Zusammenhang können sowohl die Qualität als auch die Quantität der Arbeitsleistung betreffen. Die folgenden Typologien haben sich etabliert:

Genügt die erbrachte Menge der Arbeit nicht den Anforderungen, spricht man von sogenannten **Minderleistungen**. Einige praxisrelevante Beispiele:¹²

- Ein Elektriker benötigt auf Projekteinsatz erheblich länger, als von Arbeitgeberseite in der Kalkulation berücksichtigt worden ist;¹³
- ein in der Produktion eingesetzter Arbeitnehmer erbringt lediglich 50 % der Stückzahl vergleichbarer Kollegen;¹⁴

5 Schaub-Linck, § 51 Rn. 1; ähnlich *Stück*, ArbRAktuell 2011, 651.

6 LAG Rheinland-Pfalz 6.5.2010, 10 Sa 712/09, BB 2010, 2248.

7 LAG Niedersachsen 31.5.2010, 12 Sa 875/09, NZA-RR 2010, 406.

8 LAG Rheinland-Pfalz, 21.2.2018, 7 Sa 406/17, *juris*.

9 *Stück*, ArbRAktuell 2011, 651.

10 Schaub-Linck, § 49 Rn. 6 mit Beispielen.

11 *Verstege*, S. 33.

12 Weitere Beispiele bei BDDH-Kerwer, § 1 KSchG Rn. 1009, 4862.

13 ArbG Frankfurt 20.1.2004, 4 Ca 4332/03, *juris*.

14 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.

Kap. 19 Entgeltgestaltung und „Low Performance“

- ein medizinischer Gutachter erbringt nur 50 % der Leistung vergleichbarer Gutachter¹⁵ oder
 - ein Verkäufer erzielt signifikant weniger Abschlüsse bei gleichzeitig höherer Stornorate als seine Kollegen.¹⁶
- 8 Bestehen Mängel hinsichtlich der Güte/Qualität der Arbeit, handelt es sich um eine sogenannte **Schlechtleistung**. Die gelegentliche Bezeichnung als Fehlleistung in Fällen, in denen der Arbeitnehmer etwas vollständig Anderes leistet als das, was geschuldet ist, ist wenig hilfreich – auch hierbei handelt es sich letztendlich nur um eine qualitative Schlechtleistung. Beispiele¹⁷ sind etwa:
- Eine Kassiererin im Supermarkt kontrolliert entgegen der wiederholten Anweisung nicht die Einkaufskörbe der Kunden;¹⁸
 - ein Sekretär fügt in die zu tippenden Diktate unaufhörlich Schreibfehler ein;
 - ein Mitarbeiter an der CNC-Fräsmaschine stellt diese falsch ein und fertigt daher Stücke mit falschen Maßen¹⁹ oder
 - ein Kundenservicemitarbeiter berät an der Technikhotline inhaltlich falsch, weil er das von dem Kunden geschilderte Problem verkannt hat.

2. Maßstab für unzureichende Arbeitsleistung

- 9 Wann ist eine Arbeitsleistung aber unzureichend? Für die Praxis hat sich die von der Rechtsprechung geprägte,²⁰ jedoch zu Recht kritisierte²¹ gemischt objektiv-subjektive Bestimmung der Leistungspflicht durchgesetzt. Sofern aus der Vereinbarung der Parteien nicht unmittelbar ein Leistungsmaßstab zu entnehmen ist,²² richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens nach den objektiven **Anforderungen der Stelle**,²³ dem durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden **Arbeitsinhalt** und dem **persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen** des Arbeitnehmers.²⁴ Die Leistungspflicht ist dynamisch zu bestimmen und

15 BAG 21.5.1992, 2 AZR 551/91, NZA 1992, 1028.

16 BAG 3.6.2004, 2 AZR 577/03, NZA 2005, 175.

17 Weitere Beispiele bei BDDH-Kerwer, § 1 KSchG, Rn. 1009, 4862.

18 LAG Berlin-Brandenburg 18.1.2008, 13 Sa 1916/07, AuA 2008, 698.

19 LAG Schleswig-Holstein, 27.5.2008, 5 Sa 398/07, NZA-RR 2008, 573.

20 Statt vieler BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.

21 Siehe etwa v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 451; Hoffmann-Remy, S. 42 ff., 45; Zaumseil, S. 27; Greiner, RdA 2007, 22, 27; Hunold, BB 2003, 2345, 2346.

22 So bereits BAG 20.3.1969, 2 AZR 283/68, BB 1969, 796; bestätigt durch BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; aus der Literatur beispielhaft KR-Kittner, § 1 KSchG Rn. 143; Friemel/Walk, NJW 2005, 3669.

23 Weber, DB 2015, 1899, 1900 m. w. N.

24 BAG 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.; aus der Literatur jeweils m. w. N. Weber, DB 2015, 1899, 1901; Lansnicker-Wörle, § 7 Rn. 88; HaKo-Zimmermann, § 1 KSchG Rn. 389; MüArbR-Reichold, § 40 Rn. 44; Wisskirchen/Jordan, S. 13; Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13, 15.