

Total Compensation

Handbuch der Entgeltgestaltung

Herausgegeben von

Professor Dr. Frank Maschmann
Universität Regensburg

Mit Beiträgen von

Kerstin Belovitzer; Dr. Christoph Betz; Dr. Christian Burkieczak;
Dr. Moritz von der Ehe; Dr. Christopher Fischer; Dietmar Heise;
Dr. Kristina Helmer; Benjamin Höchstetter; Dr. Till Hoffmann-Remy;
Dr. Jens Jensen; Prof. Dr. Holger Jenzen; Dr. Ines Keitel; Tanja Keller;
Roman Konertz, LL.M.; Dr. Maximilian Koschker, LL.M.;
Dr. Heidrun Lipp; Prof. Dr. Frank Maschmann; Prof. Dr. Cord Meyer;
Alexander Möller; Dr. Berenice Möller; Dr. Nikolaus Polzer;
Prof. Dr. Andreas Roider; Kristina Scheibe; Prof. Dr. Rainer Sieg;
Volker Stück; Dr. Rainer Thum; Dr. Sebastian Verstege;
Dr. Marc Winstel; Dr. Gabriel Wiskemann; Alexander Zumkeller

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

I S B N 9 7 8 - 3 - 8 0 0 5 - 3 2 8 5 - 8

dfv Mediengruppe

© 2017 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft,
Frankfurt am Main

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satzkonvertierung: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Appel & Klinger, Druck und Medien GmbH, 96277 Schneckenlohe

Printed in Germany

Kapitel 11

Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bei der Vergütung

Schrifttum: *Adomeit/Mohr*, AGG, 2. Aufl. 2011; *Bachner*, Gleichbehandlung bei freiwilligen Leistungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Konzern, ArbR 2009, 31; *Bauer/Arnold*, Differenzierungsklauseln – Entscheidung des Großen Senats auf der Kippe?, NZA 2009, 1169; *dies.*, Rote Karte für qualifizierte Differenzierungsklauseln, NZA 2011, 945; *Bayreuther*, Vergütungsgestaltung auf dem Prüfstand des nationalen und europäischen Diskriminierungsrechts, in: Maschmann (Hrsg.), Mitarbeitervergütung auf dem Prüfstand, 2007, S. 77; *Breschendorf*, Zweiteilung der Belegschaft. Chancen und Risiken einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Diss., 2008; *Dornbusch/Kasprzyk*, Vergütungsstufen nach Lebensalter, NZA 2009, 1000; *Franzen*, Entgeltssysteme und Gleichbehandlung, RdA 2013, 180; *dies.*, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, NZA-Beil. 2011, 108; *dies.*, Lohnfindung zwischen Gleichberechtigung und Tarifautonomie, FS Otto Ernst Kempen, 2013, S. 123; *Forst*, Kollektivvertragsfreiheit versus Verbot der Altersdiskriminierung, EuZA 2012, 225; *Fuhlrott*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Anspruchsnorm, ArbR 2015, 141; *Fuhlrott/Hoppe*, Gleichbehandlung in der betrieblichen Praxis – Eine Bestandsaufnahme, ArbR 2011, 32; *Glajcar*, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung, Diss. 2011; *Greiner*, Weil nicht sein kann, was nicht sein darf... – die Entscheidung des BAG vom 15.4.2015 zu tarifvertraglichen Stichtagsklauseln, NZA 2016, 10; *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz, Diss. 2012; *Kasprzyk*, Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, Diss. 2014; *Lingemann*, Diskriminierung in Entgeltsystemen – Ende der Anpassung nach oben?, NZA 2014, 827; *Lingemann/Chakrabarti*, Zur Gleichbehandlung von Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen bei der Entgelterhöhung und zum anzustellenden Gesamtvergleich, RdA 2016, 114; *Lobinger/Hartmann*, Einfache Differenzierungsklauseln als Prüfstein interessengerechter Vertragsauslegung, RdA 2010, 235; *Maschmann*, Zur Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion von Sozialplänen, Anm. zu BAG, 17.11.2015, 1 AZR 938/13, AP Nr. 232 zu § 112 BetrVG 1972; *G. Reinecke*, Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlungsgebote in der betrieblichen Altersversorgung, insbesondere Unisex, BetrAV 2012, 402; *Richardi*, Gewerkschaftszugehörigkeit als Maßstab für die Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb, NZA 2010, 417; *Rolfs/Wessel*, Aktuelle Rechtsprechung und Praxisfragen zur Benachteiligung wegen des Geschlechts, NJW 2009, 3329; *Seel*, Gleichbehandlung am Arbeitsplatz, MDR 2016, 305; *Seitz/Trebeck*, Sonderzahlung – Gleichbehandlung, RdA 2009, 256; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013; *Wiedemann*, Konturen der arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbote, RdA 2015, 298; *Winter*, Diskriminierungsfreie(re) Entgeltgestaltung – leider immer noch ein Prinzip ohne Praxis, FS Heide Pfarr, 2010, S. 320; *Zwanziger*, Das liebe Geld: erlaubte und verbotene Differenzierung, NZA-Beil. 2012, Nr. 4, S. 108.

Kap. 11 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Grundlagen	1	3. Benachteiligung in vergleichbarer Lage	14
1. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbote	1	4. Sachgrund	19
2. Dogmatische Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes	3	III. Verbot diskriminierender Vergütungsregelungen	24
a) Arbeitsvertragliche Vergütungsregel	3	1. Grundsatz	24
b) Tarifliche Vergütungsregel	4	2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	26
c) Betriebliche Vergütungsregel	6	a) Grundsatz	26
3. Verbot der Benachteiligung	7	b) Geschlecht	27
4. Gerechtfertigte Benachteiligungen	8	c) Alter	28
II. Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Vergütung	9	3. Staatsangehörigkeit	34
1. Anwendungsbereich	9	4. Gewerkschaftszugehörigkeit	35
a) Allgemeine Vergütungsregel des Arbeitgebers	9	5. Teilzeitarbeit	37
b) Eigene Vergütungsregel des Arbeitgebers	10	6. Befristete Beschäftigung	42
c) Unternehmensweite Vergütungsregel	11	7. Betriebsratsarbeit	45
		IV. Rechtsfolgen unzulässig benachteiligender Vergütungsregelungen	46

I. Grundlagen

1. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbote

- 1 In der Gestaltung ihrer Vergütung sind die Parteien eines Arbeitsvertrags in den Grenzen der zwingenden gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Vorschriften frei (§ 105 GewO). Allerdings darf ihre Regelung niemanden benachteiligen, wenn es hierfür keinen Rechtfertigungsgrund gibt. Dieses Benachteiligungsverbot erscheint in zwei Formen. Der **allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz** verbietet es dem Arbeitgeber, bei einer von ihm selbst aufgestellten Vergütungsregel einzelne Mitarbeiter oder Gruppen von Arbeitnehmern willkürlich schlechter zu behandeln als andere Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage.¹ Gewährt er der gesamten Belegschaft ein Weihnachtsgeld, darf er Vorarbeiter X oder Abteilung Y davon nicht ohne sachlichen Grund ausnehmen. Das **Diskriminierungsverbot** untersagt es ihm, eine Vergütung aus Gründen ganz oder teilweise zu verwehren, die die Rechtsordnung nicht zulässt. Das wäre etwa der

1 BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, 117; BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, 223 m. w. N.; BAG 9.6.2016, 6 AZR 321/15, NJOZ 2016, 1545, 1546.

Fall, wenn er dem Vorarbeiter X kein Weihnachtsgeld gewährt, weil er sich über ihn bei der Gewerbeaufsicht beschwert hat. Hierin läge eine unerlaubte Maßregel (§ 612a BGB).

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

2. Dogmatische Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes

a) Arbeitsvertragliche Vergütungsregel

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

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

³ DFL-Kamanabrou, § 611 BGB Rn. 290; ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 579; MüArbR-Richardi, § 9 Rn. 15.

⁴ ZLH-Loritz, § 20 Rn. 43.

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

⁶ BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367, 368; BAG 21.9.2011, 5 AZR 520/10, NZA 2012, 31; Wiedemann, RdA 2015, 298; DFL-Kamanabrou, § 611 BGB Rn. 286; MüKoBGB-Müller-Glöße, § 611 BGB Rn. 1122; ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 574; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 181.

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

Kap. 11 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

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

b) Tarifliche Vergütungsregel

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

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

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

10 So auch ZLH-Loritz, § 20 Rn. 2.

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

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

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

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

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

c) Betriebliche Vergütungsregel

Für **betriebliche Regelungen**, wie z. B. Betriebsvereinbarungen und Sozialpläne, gilt der **betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz**. Er entspricht im Wesentlichen dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Gestützt wird dieser auf § 75 Abs. 1 BetrVG²⁰ Danach haben Arbeitgeber und Betriebsrat darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden und dass jede Benach-

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

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

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

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

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

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

Kap. 11 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

teilung unterbleibt, insbesondere aus den in § 75 Abs. 1 BetrVG erwähnten Merkmalen, die sogar über die nach § 1 AGG verpönten Kriterien hinausgehen. Besondere Bedeutung kommt dem betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Gestaltung von Sozialplänen im Zuge eines Personalabbaus zu. Zwar genießen die Betriebsparteien einen weiten Spielraum bei der Beurteilung, welche Nachteile sie infolge eines Arbeitsplatzverlustes ausgleichen wollen, wozu sie auch typisierende und pauschalierende Regelungen treffen können.²¹ Ihre Gruppenbildungen müssen sich aber an der Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion des Sozialplans orientieren.²² Außerdem sind die Diskriminierungsverbote zu beachten.²³

3. Verbot der Benachteiligung

- 7 **Benachteiligungsverbote** sollen **nur die Schlechterstellung** von Arbeitnehmern **verhindern, nicht ihre Begünstigung**. **Ausnahmsweise** kann aber auch die **Begünstigung verboten** sein. So liegt es, wenn der Arbeitgeber einem **Betriebsratsmitglied** wegen „guter Betriebsratsarbeit“ eine Zulage zahlt. Die Zahlung verstößt gegen § 78 Satz 2 BetrVG. Das Verbot soll die Belegschaftsvertretung vor unzulässiger Einflussnahme durch den Arbeitgeber sichern. Ein Arbeitgeber, der sich einen Betriebsrat „kauft“, macht sich überdies strafbar (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber eine Prämie dafür zahlt oder verspricht, dass ein ihm genehmer Mitarbeiter **für die Betriebsratswahl kandidiert**. Dies verstößt gegen das Beeinflussungsverbot des § 20 BetrVG. Umgekehrt darf niemand wegen der Ausübung eines Amtes in der Belegschaftsvertretung benachteiligt, insbesondere nicht mit Kosten der Betriebsratsarbeit belastet werden. Pauschalierte Aufwandsentschädigung sind allerdings nur unter engen Voraussetzungen erlaubt (s. Kap. 8 Rn. 58 ff.).

4. Gerechtfertigte Benachteiligungen

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

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

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

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

ligungen (§ 3 Abs. 2 AGG) aus Gründen handelt, nach denen wegen § 1 AGG nicht mehr differenziert werden darf: Werden scheinbar neutrale Merkmale verwendet, die aber bei Personen besonders häufig vorkommen, welche sich auf § 1 AGG berufen können,²⁴ muss diese Differenzierung zur Erreichung des mit der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitnehmern erstrebten Ziels erforderlich und angemessen sein (§ 3 Abs. 2 AGG). Das ist keine reine Willkürkontrolle, sondern eine **Prüfung auf Verhältnismäßigkeit** der Unterscheidung. Werden Arbeitnehmer **unmittelbar aus in § 1 AGG** genannten Gründen gegenüber anderen benachteiligt, so ist das nur dann zulässig, wenn der Grund für die Zurücksetzung in einer für den **Arbeitgeber wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung** liegt (§ 8 Abs. 1 AGG). Dafür trägt der Arbeitgeber die Beweislast. **Überhaupt keinen Grund** für die Rechtfertigung einer Benachteiligung gibt es, wenn Arbeitnehmer damit **gemäßregelt** werden sollen. Das ist der Fall, wenn sie gegenüber anderen zurückgesetzt werden, weil sie in zulässiger Weise von ihren Rechten Gebrauch gemacht haben (§ 612a BGB, § 16 AGG). Ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot kann Schadensersatzansprüche zur Folge haben (§ 15 Abs. 6 AGG entspr.).²⁵

II. Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Vergütung

1. Anwendungsbereich

a) Allgemeine Vergütungsregel des Arbeitgebers

Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes setzt zunächst voraus, dass der Arbeitgeber ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten eine Vergütungsregel aufstellt.²⁶ Das ist zu bejahen, wenn er – rein tatsächlich – bei einer Mehrzahl von Fällen nach einem generalisierenden Prinzip verfährt,²⁷ d. h. erkennbar nach abstrakten Merkmalen differenziert und dabei bevorzugte und benachteiligte Arbeitnehmergruppen bildet.²⁸ Erforderlich ist also, dass die Belegschaft im Ganzen oder bestimmte Gruppen von der Regel betroffen sind: sei es bei ihrer Aufstellung – der Arbeitgeber zahlt nur Führungskräften ein Weihnachtsgeld –, sei es bei ihrer Durchführung – alle Arbeitnehmer erhalten ein Weihnachtsgeld, nur A nicht. Dieser **kollektive Bezug** unterscheidet den allgemeinen Gleichbe-

24 Beispiel: Regelungen, die unmittelbar an das Merkmal „Teilzeitarbeit“ anknüpfen, können Frauen mittelbar ungleich behandeln, weil Teilzeitarbeit überwiegend von Frauen geleistet wird, vgl. Bundesagentur für Arbeit, Frauen und Männer am Arbeitsmarkt im Jahr 2015, Juni 2016, S. 12.

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

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

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

28 *ZLH-Loritz*, § 20 Rn. 10.

Kap. 11 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

handlungsgrundsatz²⁹ von den sog. Diskriminierungsverboten (z.B. § 7 AGG, § 4 TzBfG, Art. 9 Abs. 3 GG). Diese gelten bereits dann, wenn ein einzelner Arbeitnehmer gegenüber einem anderen Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Lage benachteiligt wird (vgl. § 3 Abs. 1 AGG). Eine absolute Gleichbehandlungspflicht („gleicher Lohn bei gleicher Arbeit“) gibt es dagegen nicht.³⁰ Man käme sonst zu einer Kontrolle der Austauschgerechtigkeit,³¹ die mit einer Marktwirtschaft unvereinbar ist.³²

b) Eigene Vergütungsregel des Arbeitgebers

- 10 Weiterhin verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass der Arbeitgeber eine eigene Vergütungsregel aufstellt.³³ Er gilt nicht, wenn die Ungleichbehandlung auf Gesetz oder Tarifvertrag beruht, dessen Normen der Arbeitgeber schlicht vollzieht.³⁴ Aus diesem Grund kann, wenn der Arbeitgeber einen fremden Betrieb mit besseren Vergütungsregeln übernimmt, die eigene Belegschaft keine Gleichbehandlung für sich reklamieren. Denn die besseren Bedingungen stammen nicht vom Arbeitgeber, sondern vom Veräußerer, an dessen Regelungen der Erwerber nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gebunden ist.³⁵ Eine andere Frage ist, ob (übergangene) Arbeitnehmer Gleichbehandlung verlangen können, wenn der Arbeitgeber Leistungen in der irrigen Ansicht gewährt, hierzu aufgrund tariflicher oder betrieblicher Regelungen verpflichtet zu sein. Die h. M. verneint das.³⁶ Ein Anspruch auf „**Gleichbehandlung im Irrtum**“ besteht im Grundsatz jedenfalls nicht.³⁷ Anderes gilt jedoch dann, wenn der Arbeitgeber in Kenntnis der Unwirksamkeit der Norm die Leistungen weiter gewährt und nicht die ihm möglichen und zumutbaren Korrekturmaßnahmen ergreift. Was vom Arbeitgeber verlangt werden kann, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.³⁸

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

30 BAG 28.2.1962, 19.8.1992, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 31, 102; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 223.

31 Böttcher, RdA 1953, 161, 165.

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

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

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

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

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

37 Schaub-Linck, § 112 Rn. 19.

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

c) *Unternehmensweite Vergütungsregel*

Bezugspunkt für den Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht – wie von der früher h. M.³⁹ vertreten wurde – der Betrieb, sondern das **Unternehmen**.⁴⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz richtet sich an den Arbeitgeber. Da er als Normadressat für das Unternehmen in seiner Gesamtheit verantwortlich ist, spricht das dafür, dass er alle Arbeitnehmer des Unternehmens und nicht nur die eines Betriebs gleich zu behandeln hat.⁴¹ Das gilt jedenfalls dann, wenn eine Vergütungsregel unternehmensweit oder betriebsübergreifend besteht.⁴² Allerdings kann die Zugehörigkeit zu verschiedenen Betrieben einen Differenzierungsgrund bilden. Gehören diese zu unterschiedlichen Branchen oder liegen sie in verschiedenen Tarifgebieten, kommt dem Arbeitgeber ein besonders weiter Beurteilungsspielraum zu. Bis zur Grenze der Willkür kann er jeden vernünftigen Gesichtspunkt ins Feld führen.⁴³

Beispiele:

- Unterscheidung zwischen **mitbestimmten und betriebsratslosen Betrieben**, weil der Arbeitgeber nicht einseitig für alle Betriebe eine einheitliche Regelung schaffen kann, sondern die unterschiedlichen Positionen der jeweiligen Betriebsräte berücksichtigen muss;⁴⁴
- **unterschiedliche Arbeitsanforderungen** und Vertragsbedingungen in den Betrieben, die konkret darzulegen sind;⁴⁵
- unterschiedliche **Ertragsituation** der Betriebe allgemein oder in bestimmter Hinsicht; um die Konkurrenz zwischen den Betrieben zu beleben, darf der Arbeitgeber Leistungsanreize durch entsprechend differenzierte Lohnerhöhungen schaffen;⁴⁶
- unterschiedliche **Lohnentwicklung in der Vergangenheit** und absolute Lohnhöhe in den Betrieben, die der Arbeitgeber konkret darzulegen hat.⁴⁷

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

40 BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367, 369 m. w. N.; ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 584; MüArbR-Richardi, § 9 Rn. 12; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 199; ZLH-Loritz, § 20 Rn. 8.

41 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 584.

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

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

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

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

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

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

Kap. 11 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

- 13 Eine über das Unternehmen hinausgehende **konzernweite Geltung** hat der Gleichbehandlungsgrundsatz regelmäßig nicht.⁴⁸ Der Konzern selbst ist nicht Arbeitgeber, sondern ein Verbund rechtlich selbstständig bleibender Unternehmen; nur diese kommen als Adressaten des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Betracht.⁴⁹ Konzernbezogen gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz jedoch dann, wenn die Konzernleitung eine Vergütungsregel konzernweit aufstellt.⁵⁰ Nicht anwendbar ist der Gleichbehandlungsgrundsatz in einem **Gemeinschaftsbetrieb** verschiedener Unternehmen (vgl. § 1 Abs. 2 BetrVG), weil die Trägerunternehmen selbstständig bleiben.⁵¹ Das gilt erst recht, wenn ein Betrieb zwar gemeinschaftlich von verschiedenen Rechtsträgern unterhalten wird, es aber keinen für alle Rechtsträger entscheidungsbefugten Betriebs- oder Personalleiter gibt. Aus diesem Grund sind die verschiedenen Träger eines „**Job-Centers**“ nicht verpflichtet, die Arbeitsbedingungen des einen an den Bedingungen des anderen auszurichten.⁵²

3. Benachteiligung in vergleichbarer Lage

- 14 Hat der Arbeitgeber eine Vergütungsregel aufgestellt, muss er Arbeitnehmer, die miteinander vergleichbar sind, gleichbehandeln. Er darf weder einzelne noch Gruppen von ihnen benachteiligen. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, deren **Arbeit gleichwertig** ist. Gleichwertig ist eine Arbeit, wenn sie nach den objektiven Maßstäben der Arbeitsbewertung denselben Arbeitswert hat (s. Kap. 4 Rn. 2 ff.). Dabei genügt es nicht, dass sich nur einzelne Arbeitsvorgänge gleichen oder dass nur vorübergehend die gleiche Arbeit verrichtet wird oder dass die Tätigkeiten nur ähnlich, aber nicht gleich sind.⁵³ Notwendig ist ein Gesamtvergleich der Tätigkeiten anhand der tatsächlichen Durchführung des Vertrags.⁵⁴ Dabei ist der jeweils erforderliche Umfang von Vorkenntnissen und Fähigkeiten zu berücksichtigen. Die Tarifpraxis und die Verkehrsanschauung können Anhaltspunkte liefern.⁵⁵
- 15 Sind die Tätigkeiten vergleichbar, kommt es wegen § 4 TzBfG nicht auf den Umfang der geschuldeten Dienste an. **Teilzeitkräfte sind mit Vollzeitkräften**

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

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

50 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 588; *MüArbR-Richardi*, § 23 Rn. 27 f.; *HKW-Thüsing*, § 611 BGB Rn. 200.

51 BAG 19.11.1992, 10 AZR 290/91, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 148; *HKW-Thüsing*, § 611 BGB Rn. 201.

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

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

54 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 579 m. w. N.

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

vergleichbar und dürfen nicht allein wegen ihrer geringeren Arbeitszeit benachteiligt werden.⁵⁶ Entsprechendes gilt für die Dauer des Arbeitsverhältnisses. **Befristet Beschäftigte** sind daher bei gleicher Tätigkeit mit unbefristet Beschäftigten vergleichbar.⁵⁷ Obsolet ist auch die allein am Status anknüpfende Differenzierung zwischen **Arbeitern und Angestellten**.⁵⁸ Unterschieden werden darf aber zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern.⁵⁹

Arbeitnehmer mit an sich nicht vergleichbaren Tätigkeiten können trotzdem gleich zu behandeln sein, wenn der Arbeitgeber eine **einheitliche Vergütungsregel**⁶⁰ aufstellt, die nicht an bestimmten Tätigkeitsmerkmalen anknüpft, sondern für die gesamte Belegschaft eines Betriebes, Unternehmens oder Konzerns gilt.⁶¹ Das kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber freiwillig die **Arbeitsentgelte kollektiv erhöht**⁶² oder wenn er einen **Tarifvertrag** unterschiedslos auf tarifgebundene wie **auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer anwendet**, eine bestimmte Beschäftigtengruppe (z. B. Werkstudenten) hiervon aber wieder ausnimmt.⁶³ Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt ferner dann, wenn der Arbeitgeber eine **Leistung nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt** und er dazu bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.⁶⁴ Erhöht der Arbeitgeber kollektiv das Entgelt, gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz nur für Arbeitnehmer „**in vergleichbarer Lage**“. Dazu genügt aber nicht bereits das „gemeinsame Band“ eines Arbeitsverhältnisses zum Arbeitgeber; umgekehrt müssen die Arbeitsbedingungen auch nicht in Gänze identisch sein.⁶⁵ Allerdings könnten unterschiedliche Arbeitsvertragsmodelle dazu führen, dass sich Arbeitnehmer nicht in vergleichbarer Lage befinden. Das kann z. B. der Fall sein, wenn das eine Vertragsmodell eine dynamische Bezugnahme-klausel auf ein Tarifwerk enthält, das der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers entzogen ist, das andere jedoch nicht.⁶⁶ Befinden sich Arbeitnehmer trotz unter-

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

57 ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 600.

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

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

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

61 BAG 27.7.1988, 5 AZR 244/87, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 76, 83; BAG 14.3.2007, 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862; BAG 27.7.2010, 1 AZR 874/08, NZA 2010, 1369; BeckOKArbR-Joussen, § 611 BGB Rn. 270.

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

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

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

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

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

Kap. 11 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

schiedlicher Arbeitsbedingungen in einer vergleichbaren Lage, können diese immerhin noch den Sachgrund für eine Ungleichbehandlung liefern.⁶⁷

- 17 Der Gleichbehandlungsgrundsatz **verbietet nur** willkürliche **Ungleichbehandlungen unter Arbeitnehmern**. Dagegen verlangt er keine Gleichstellung von Arbeitnehmern mit Personen, die ihre Dienste aufgrund andersartiger Beschäftigungsverhältnisse erbringen, wie etwa Handelsvertreter,⁶⁸ Heimarbeiter⁶⁹ oder Organmitglieder juristischer Personen.⁷⁰ Angestellte im öffentlichen Dienst sind selbst dann nicht mit Beamten vergleichbar, wenn sie auf demselben Dienstposten beschäftigt werden.⁷¹ Im umgekehrten Fall – also hinsichtlich der Gleichstellung von Dienstverpflichteten ohne Arbeitsvertrag mit Arbeitnehmern – kann der Gleichbehandlungsgrundsatz mitunter gelten. Bejaht hat das die Rechtsprechung für GmbH-(Fremd-)Geschäftsführer, die nicht oder nicht nennenswert an der Gesellschaft beteiligt sind und deshalb einen arbeitnehmerähnlichen Status haben. Sie dürfen nicht grundlos gegenüber Mitgeschäftsführern und auch nicht gegenüber leitenden Angestellten des Unternehmens benachteiligt werden, wenn sie der Sache nach wie leitende Angestellte behandelt werden.⁷²
- 18 Nicht verboten sind **Vergünstigungen**, insbesondere dann nicht, wenn sie individuell zwischen den Arbeitsvertragsparteien verabredet werden⁷³ oder Einzelfälle betreffen.⁷⁴ Von Einzelfällen geht die Rechtsprechung jedoch nur dann aus, wenn die Zahl der Begünstigten im Verhältnis zur Gesamtzahl der Betroffenen klein ist.⁷⁵ Es darf nur keine Regel, d. h. kein abstrakt-generalisierendes Prinzip für die Vergünstigung zugrunde liegen.⁷⁶

4. Sachgrund

- 19 Zulässig ist die Ungleichbehandlung, wenn es für sie einen sachlichen Grund gibt.⁷⁷ Hierfür trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast. Sind die Gründe nicht offenkundig, genügt es, wenn der Arbeitgeber sie erst im Prozess

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

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

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

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

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

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

73 BAG 21.3.2002, 6 AZR 144/01, NZA 2002, 1304; BAG 3.12.2008, 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367, 369; MüArbR-*Richardi*, § 9 Rn. 47.

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

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

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

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