

Anwaltsfortbildung

Das neue Entgelttransparenzgesetz in der Arbeitsrechtspraxis

Vom Ziel der Gleichberechtigung zum bürokratischen Monster? ^{FAO**}

Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür, Köln

Das Entgelttransparenzgesetz hat ein hohes Ziel: Es soll die Gleichberechtigung fördern und führt dazu einen Auskunftsanspruch zur Entgeltgleichheit ein. Für den Praktiker des Arbeitsrechts wirft das neue Gesetz aber vielfältige Fragen auf, die die Autorin aus der Sicht der Anwaltschaft beantwortet. Der Beitrag ist zur Pflichtfortbildung im Selbststudium geeignet (www.faocampus.de).

I. Der persönliche Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des Entgelttransparenzgesetzes erstreckt sich auf Beschäftigte im Sinne des § 5 Abs. 2 EntgTranspG. Dies sind Arbeitnehmer, Beamte des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften, Richter, Soldaten, Auszubildende und Heimarbeiter. Dass der Begriff des Beschäftigten damit weit über den des Arbeitnehmers nach deutschem Rechtsverständnis hinausgeht ist konsequent, dient doch das Gesetz der Umsetzung des unionsrechtlichen Grundsatzes der Entgeltgerechtigkeit etwa aus Art. 157 AEUV und Art. 23 GRCh,¹ dem der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde liegt. Aus unionsrechtlichen Gründen war es deshalb geboten, auch Auszubildende, Richter und Beamte in den Anwendungsbereich einzubeziehen. Die Einbeziehung von (selbstständigen) Heimarbeitern stellt demgegenüber eine überschießende Umsetzung europäischer Rechts dar, da diese – wohl² – auch unionsrechtlich nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind.

Auf GmbH-Geschäftsführer erstreckt sich demgegenüber der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 2 EntgTranspG nach dessen Wortlaut nicht; diese sind nach der Rechtsprechung des BAG allenfalls in engen Ausnahmefällen als Arbeitnehmer anzusehen, wenn die Gesellschaft „eine über das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG hinausgehende Weisungsbefugnis auch bezüglich der Umstände besitzt, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen hat, mithin dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteilen und auf diese Weise die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen kann“.³ Demgegenüber ist aus unionsrechtlicher Sicht auch das Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das dieser gegenüber Leistungen erbringt und in sie eingegliedert ist, Arbeitnehmer, wenn es seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält. Auf eine persönliche Abhängigkeit in der Arbeitsausübung kommt es dabei nicht an, vielmehr genügt ein auch gesellschaftsrecht-

lich geprägtes Über-/Unterordnungsverhältnis. Damit ist Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinn jedenfalls auch derjenige GmbH-Geschäftsführer, der über keine oder nur eine geringfügige Kapitalbeteiligung verfügt, der keinen bestimmten Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft ausüben und der von der Gesellschaft jederzeit aus seinem Amt abberufen werden kann.⁴ Der Begriff des Arbeitnehmers in § 5 Abs. 2 EntgTranspG ist deshalb unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass er auch nicht bestimmende GmbH-Geschäftsführer umfasst.⁵

Die praktische Relevanz der Anwendbarkeit des EntgTranspG auf GmbH-Geschäftsführer dürfte allerdings begrenzt sein. Ein individueller Auskunftsanspruch des Geschäftsführers besteht wegen § 12 Abs. 3 Satz 2 EntgTranspG nur dann, wenn die Vergleichsgruppe mindestens sechs Personen des anderen Geschlechts umfasst; dies wird in der Praxis kaum jemals der Fall sein. Auch kann der Betriebsrat mangels Zuständigkeit für Organvertreter keinen Einblick in die Gehaltslisten der Geschäftsführer verlangen.⁶ Das Unternehmen ist deshalb zwar gemäß § 4 Abs. 4 EntgTranspG verpflichtet, auch ein auf der Ebene der Geschäftsführung angewandtes Entgeltsystem geschlechtsneutral auszugestalten; weitergehende praktische Folgen werden sich hieraus für Geschäftsführer allerdings kaum ergeben.

II. Die Fälligkeit des Anspruchs auf Auskunftserteilung

Für nicht tarifgebundene beziehungsweise nicht tarifanwendende Arbeitgeber sieht § 15 Abs. 3 Satz 1 EntgTranspG vor, dass die Auskunft binnen drei Monaten nach Eingang des Auskunftsverlangens in Textform erteilt werden muss. Sofern der Arbeitgeber diese Frist nicht einzuhalten in der Lage ist, hat er den Beschäftigten hierüber zu unterrichten und die Auskunft unverzüglich zu erteilen.

Für tarifgebundene/tarifanwendende Arbeitgeber gibt es eine vergleichbare Fälligkeitsbestimmung nicht. Würde man insoweit die allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen heranziehen, wäre in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung der Leistungszeit gemäß § 271 Abs. 1 BGB die Leistung sofort zu erbringen, die Auskunft mithin sofort zu erteilen. Dies entspräche allerdings nicht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, tarifgebundene und tarifanwendende Arbeitgeber gegenüber anderen Arbeitgebern in der Ausgestaltung des Auskunftsanspruchs zu privilegieren,⁷ sondern würde diese schlechter stellen. Deshalb bietet sich an, die Fälligkeitsrege-

* Dieser Beitrag ist zur Pflichtfortbildung für den Fachanwalt für Arbeitsrecht im Selbststudium mit Erfolgskontrolle geeignet (§ 15 FAO). DAV-Mitglieder können die Multiple-Choice-Fragen online unter www.faocampus.de bis 31. Dezember 2018 beantworten. Bei Erfolg erhalten Sie für diesen Beitrag eine Fortbildungsbescheinigung im Äquivalent von 45 Minuten.

** Der Beitrag basiert auf einem Vortrag der Autorin auf dem 24. Deutschen Syndikusanwaltstag am 9. November 2017 in Berlin. Im Interesse der besseren Lesbarkeit wird in dem nachfolgenden Text stets das generische Maskulinum verwendet; es umfasst Personen jederlei Geschlechts.

1 Vgl. auch die Empfehlung der Kommission vom 7. März 2014 zur Stärkung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer durch Transparenz, 2014/124/EU.

2 EuGH vom 4. Dezember 2014 – C-413/13 – FNV Kunsten; vgl. auch BAG vom 24. August 2016 – 7 AZR 625/15.

3 BAG vom 17. Januar 2017 – 9 AZR 76/16; BAG vom 26. Oktober 2012 – 10 AZB 55/12; BAG vom 24. November 2005 – 2 AZR 614/04; BAG vom 26. Mai 1999 – 5 AZR 664/98.

4 EuGH vom 11. November 2010, C-232/09, Danosa; EuGH vom 9. Juli 2015 – C-229/14, Balkaya; EuGH vom 10. September 2015 – C-47/14, Holtermann Ferho Exploitation.

5 *Erk/Schlachter*, § 5 EntgTranspG Rn. 6; *Oberthür*, NJW 2017, 2228, 2229.

6 A.A. wohl *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809, 810.

7 BT-Drucks. 18/11133, S. 55.

lung in § 15 Abs. 3 Satz 1 EntgTranspG auf tarifgebundene/tarifanwendende Arbeitgeber zumindest analog anzuwenden.⁸ Auch sie müssen deshalb Auskunftsverlangen frühestens nach drei Monaten beantworten, ohne dass die für nicht tarifgebundenen/tarifanwendenden geltende Beweislastumkehr im Falle der Fristversäumnis zur Anwendung kommt.⁹

III. Schuldner der Auskunftsverpflichtung und praktische Durchsetzung

Das EntgTranspG sieht die Erfüllung der Auskunftsansprüche durch den Arbeitgeber, den Betriebsrat oder die Beauftragten der Tarifparteien vor. Ob damit mehrere Leistungsschuldner neben- oder nacheinander bestehen, ist unklar. So hat gemäß §§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 2 EntgTranspG regelmäßig der Betriebsrat die Auskunft zu erteilen. Sofern allerdings ein Betriebsrat nicht existiert, der Betriebsrat die Übernahme der Auskunftsverpflichtung durch den Arbeitgeber allgemein oder in Einzelfällen verlangt oder der Arbeitgeber die Auskunftsverpflichtung nach entsprechender Erläuterung gegenüber dem Betriebsrat an sich gezogen hat, obliegt die Auskunftserteilung dem Arbeitgeber.

Die Qualifizierung des Arbeitgebers als Schuldner der Auskunftsverpflichtung begegnet keinen nennenswerten Schwierigkeiten. Soweit die Verpflichtung durch den Betriebsrat zu erfüllen ist, stellt sich demgegenüber die Frage, ob es sich hierbei um eine echte Verpflichtung des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitnehmer handelt oder ob der Betriebsrat insoweit lediglich als Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers tätig wird. Für ersteres spricht nicht nur der Wortlaut des Gesetzes, sondern auch der Umstand, dass der Betriebsrat die Auskunft nicht nur als Bote weiterzuleiten, sondern unter Einsatz der arbeitgeberseitig zur Verfügung gestellten Informationen das Auskunftsverlangen in eigener Verantwortung zu erfüllen hat. Mit der Pflicht zur Auskunftserteilung wird damit erstmals ein unmittelbarer Handlungsanspruch der Arbeitnehmer gegen den Betriebsrat begründet. Zwingende rechtliche Bedenken dagegen bestehen nicht, ist doch der Betriebsrat im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags jedenfalls partiell rechtsfähig.¹⁰ Wollte man eine eigenständige rechtliche Pflichtenstellung des Betriebsrats verneinen, würde zudem der Auskunftsanspruch bei pflichtwidriger Untätigkeit des Betriebsrats ins Leere gehen. Insoweit ist der Betriebsrat, sofern die Auskunftsverpflichtung bei ihm liegt, unmittelbarer Schuldner der Auskunft.¹¹ Demgegenüber ist davon auszugehen, dass die Beauftragten der Tarifparteien im Falle der Auskunftserteilung lediglich als Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers tätig werden; ihnen weist das EntgTranspG keine eigenständige Pflichtenstellung zu, diese „übernehmen die Beantwortung des Auskunftsverlangens“ vielmehr aufgrund entsprechender Vereinbarung mit dem Arbeitgeber gemäß § 14 Abs. 3 Satz 3 EntgTranspG.

Die gerichtliche Durchsetzung der Auskunftserteilung richtet sich nach allgemeinen Regeln, wenn der Arbeitgeber Auskunftsverpflichteter ist: es handelt sich um eine Streitigkeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zugewiesen ist. Demgegenüber stellt sich im Falle der Auskunftserteilung durch den Betriebsrat die Frage nach der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG findet mangels Beteiligung des Arbeitgebers keine Anwendung. Denkbar ist allerdings, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

aus § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG herzuleiten. Insoweit bezieht sich die Zuständigkeit auf „Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz“. Zwar ergibt sich der Auskunftsanspruch primär aus dem Entgelttransparenzgesetz, doch handelt der Betriebsrat im Rahmen der Aufgabenerfüllung aus §§ 14, 15 EntgTranspG nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes „im Rahmen der Aufgaben aus § 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG.“ Es handelt sich somit um eine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit, für die das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren zuständig ist. Damit ist zwar grundsätzlich der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet, die Verfahrensart hängt allerdings davon ab, ob die Auskunftsverpflichtung dem Arbeitgeber oder dem Betriebsrat obliegt. Dies hat verfahrenswie kostenrechtliche Auswirkungen. Für den Arbeitnehmer wird der im Beschlussverfahren geltende Amtsermittlungsgrundsatz günstig sein, etwa wenn schwierige Fragen der Gleichwertigkeit von Arbeitsplätzen zu beantworten sind. Auch die Kostenprivilegierung des Beschlussverfahrens gemäß § 2 Abs. 2 GKG wirkt sich insoweit günstig aus. Allerdings kann der Betriebsrat einem gegen ihn gerichteten Beschlussverfahren durch das nachträglich an den Arbeitgeber gerichtete Verlangen, die Auskunftsverpflichtung zu übernehmen, jederzeit den Boden entziehen. Da auch im Beschlussverfahren ein Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Kosten nicht besteht,¹² ergibt sich für den Arbeitnehmer, sofern er sein Auskunftsverlangen nun gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen muss, ein doppeltes Kostenrisiko.

Auch die vollstreckungsrechtliche Durchsetzung des Auskunftsverlangens kann Schwierigkeiten bereiten, wenn der Betriebsrat als Auskunftsschuldner zur Auskunftserteilung verurteilt wird. Während die Auskunftserteilung durch den Arbeitgeber zwanglos als unvertretbare Handlung gemäß § 888 ZPO der Zwangsvollstreckung zugeführt werden kann, können Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Betriebsrat als Gremium nicht verhängt werden. Die Anordnung von Zwangsgeld scheidet bereits an der mangelnden Vermögensfähigkeit des Betriebsrats, die Anordnung von Zwangshaft kann nur gegenüber natürlichen Personen erfolgen. Die Zwangsvollstreckung kommt daher nur gegenüber den einzelnen Betriebsratsmitgliedern in Betracht. Insoweit wird davon auszugehen sein, dass Maßnahmen der Zwangsvollstreckung zumindest gegen diejenigen Betriebsratsmitglieder ergriffen werden können, die nach der Aufgabenverteilung des Betriebsrats für die Erteilung der Auskunft zuständig sind.¹³ Anderenfalls wäre der auskunftersuchende Arbeitnehmer bei einer Verletzung der Auskunftsverpflichtung durch den Betriebsrat rechtlos gestellt.

IV. Die neue Rechtsfigur des tarifanwendenden Arbeitgebers

Der Gesetzgeber trifft in § 5 Abs. 4 und 5 EntgTranspG eine Differenzierung zwischen Arbeitgebern anhand des von ihnen angewandten Entgeltsystems und führt so erstmals die

⁸ Ebenso *Franzen*, NZA 2017, 814, 819; *Holler*, NZA 2017, 822, 825.

⁹ Im Ergebnis ebenso *Gaul*, ArbRB 2017, 47, 49.

¹⁰ BGH vom 25. Oktober 2012 – III ZR 266/11; *ErfK/Koch*, § 1 BetrVG Rn. 18.

¹¹ Ebenso *Holler*, NZA 2017, 822, 824.

¹² BAG vom 2. Oktober 2007 – 1 ABR 59/06; LAG München vom 17. Oktober 2012 – 11 TaBV 86/10; *Holler*, NZA 2017, 822, 827.

¹³ LAG Berlin-Brandenburg vom 17. Januar 2018 – 17 TaBV 1299/17; *ErfK/Koch*, § 85 ArbGG Rn. 2; a.A. BAG vom 28. Mai 2014 – 7 ABR 36/12 im Hinblick auf Ansprüche des Arbeitgebers.

Rechtsfigur des tarifyanwendenden Arbeitgebers ein. Tarifyanwendende Arbeitgeber sind Arbeitgeber, die im Geltungsbereich eines Entgelt(rahmen)tarifyvertrages die tariflichen Regelungen durch schriftliche Vereinbarung mit den Beschäftigten verbindlich und inhaltsgleich für alle Tätigkeiten und Beschäftigten übernommen haben, für die diese tariflichen Regelungen zum Entgelt angewendet werden.

Im Interesse einer Stärkung der Tarifybindung gewährt das EntgTranspG tarifygebundenen und tarifyanwendenden Arbeitgebern eine Reihe von Vorteilen. So kann der individuelle Auskunftsanspruch nur auf die Beschäftigten derselben Tarifygruppe gerichtet werden, selbst wenn es noch andere gleichwertige Tätigkeiten gäbe; die Gleichwertigkeit von Tätigkeiten in verschiedenen tariflichen Vergütungsgruppen kann gemäß § 4 Abs. 5 Satz 2 EntgTranspG nur bei einem Verstoß gegen höherrangiges Recht angenommen werden. Die Auskunft über die Zusammensetzung des Entgelts muss keine inhaltlichen Angaben aufweisen, vielmehr genügt der Verweis auf den angewendeten Tarifyvertrag. Eine Beweislastumkehr bei fehlender Auskunftserteilung entfällt bei tarifygebundenen/tarifyanwendenden Arbeitgebern, zudem können diese die Pflicht zur Auskunftserteilung an die Beauftragten der Tarifypartner delegieren und insoweit den Verwaltungsaufwand weiter minimieren. Schließlich existiert im Rahmen des betrieblichen Prüfverfahrens gemäß § 18 Abs. 3 Satz 3 EntgTranspG keine Verpflichtung zur Überprüfung der Gleichwertigkeit von Tätigkeiten, der handelsrechtliche Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit kann in längeren Berichtszeiträumen erstellt werden.

Angesichts dieser Vorteile legt der Gesetzgeber die Hürde zur Anerkennung eines Arbeitgebers als tarifyanwendender Arbeitgeber bewusst¹⁴ hoch. Voraussetzung ist zunächst die Bezugnahme auf einen *einschlägigen* Tarifyvertrag. Dieser muss zudem *schriftlich* in Bezug genommen werden. Insoweit stellt sich die Frage, ob hier die strenge Schriftform des § 126 BGB gemeint ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Bezugnahme auf den Tarifyvertrag „nachprüfbar“ sein, was dafür sprechen könnte, dass die damit verbundenen Dokumentationszwecke auch durch die Wahrung der Textform erfüllt werden könnten. Allerdings hat das BAG bei gesetzlich angeordneter Schriftform die Textform nur für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen ausreichen lassen,¹⁵ wohingegen die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifyvertrag unmittelbar rechtsgeschäftliches Handeln beinhaltet. Dementsprechend wird ein Arbeitgeber nur dann als tarifyanwendend angesehen werden können, wenn die Bezugnahme auf den Tarifyvertrag durch schriftliche Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer erfolgt ist.¹⁶ Eine aufgrund mündlicher Vereinbarung oder betrieblicher Übung bestehende Bezugnahme auf den Tarifyvertrag macht den Arbeitgeber daher nicht zu einem tarifyanwendenden Arbeitgeber im Sinne des § 5 Abs. 5 EntgTranspG. Im Rahmen der Auskunftserteilung ist er deshalb ggf. verpflichtet, Arbeitnehmer unterschiedlicher Entgeltgruppen einzubeziehen, wenn diese objektiv gleichwertige Tätigkeiten ausüben; zudem hat er die Frage der Gleichwertigkeit von Tätigkeiten unter Berücksichtigung der Kriterien des § 4 Abs. 4 EntgTranspG darzulegen und

kann insoweit verpflichtet sein, Auskunft zu erteilen, welche Bewertungskriterien dem von ihm angewendeten Tarifyvertrag zugrunde liegen. Dies wird einer Vielzahl von Arbeitgebern schon deshalb nicht gelingen, weil ihnen die hierzu erforderlichen Informationen fehlen.

Der tarifyanwendende Status kann darüber hinaus innerhalb des Betriebes unterschiedlich ausgestaltet sein. So ist denkbar, dass der Arbeitgeber innerhalb desselben Betriebes unterschiedliche Entgeltsysteme zur Anwendung bringt, die nur zum Teil auf einer schriftlichen Bezugnahmevereinbarung beruhen. Dies wird dem tarifyanwendenden Status im Hinblick auf die der schriftlichen Inbezugnahme unterfallenden Arbeitnehmer nicht entgegenstehen; die Inbezugnahme des Tarifyvertrages muss sich gemäß § 5 Abs. 5 EntgTranspG auf alle Tätigkeiten und Beschäftigten erstrecken, „für die diese tariflichen Regelungen zum Entgelt angewendet werden,“ ohne dass damit der Betrieb insgesamt umfasst sein muss.¹⁷ Dies hat Auswirkungen auf die Reichweite des Auskunftsanspruchs; während die Arbeitnehmer, mit denen eine schriftliche Bezugnahme auf den Tarifyvertrag vereinbart ist, ihren Auskunftsanspruch nur auf die Beschäftigten derselben Entgeltgruppe innerhalb des eigenen Tarifygefüges richten können, können Beschäftigte, mit denen keine schriftliche Bezugnahme vereinbart worden ist, ihren Auskunftsanspruch auf alle Beschäftigten mit gleichwertiger Tätigkeit richten, selbst wenn diese einem gänzlich anderen Entgeltsystem unterliegen.

Im Hinblick auf die Pflicht zur Berichterstattung über die Gleichstellung und Entgeltgleichheit gemäß §§ 21, 22 EntgTranspG ist darüber hinaus zu beachten, dass diese, anders als der individuelle Auskunftsanspruch, nicht von der Größe des Betriebes, sondern von der Größe des Unternehmens abhängt. Der Status des Arbeitgebers als tarifyanwendender Arbeitgeber kann deshalb in diesem Zusammenhang nur dann bestehen, wenn die umfassende und formwirksame Inbezugnahme des Tarifyvertrages alle Arbeitnehmer des Unternehmens umfasst.¹⁸

V. Fazit

Das Entgelttransparenzgesetz stellt Arbeitgeber und Betriebsräte vor zahlreiche formelle und prozessuale Herausforderungen. Angesichts des begrenzten Nutzens, den der individuelle Auskunftsanspruch für die Beschäftigten begründet,¹⁹ gibt dies zumindest Anlass zur Kritik an der handwerklichen Umsetzung des Entgeltgleichheitsgebotes durch den Gesetzgeber. Die Evaluierung des Gesetzes durch die Bundesregierung, die gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 EntgTranspG in zwei Jahren zu erwarten ist, mag Gelegenheit bieten, diese Fragen erneut zu diskutieren.



Dr. Nathalie Oberthür, Köln

Die Autorin ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeits- und Sozialrecht. Sie ist Mitglied im Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

¹⁴ BT-Drucks. 18/11133, S. 55

¹⁵ BAG vom 1. Juni 2011 – 7 ABR 138/09.

¹⁶ ErfK/Schlachter, § 5 EntgTranspG Rn. 11; Gaul, ArbRB 2017, 47.

¹⁷ Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809, 810; Oberthür, FS Willemsen, 2018.

¹⁸ Ebenso Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809, 810.

¹⁹ Oberthür, NJW 2017, 2228, 2232; Franzen, NZA 2017, 814, 819