

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Olaf Deinert und  
Prof. Dr. Rüdiger Krause,  
Institut für Arbeitsrecht  
der Georg-August-Universität  
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



## Editorial

Entgeltgerechtigkeit auf dem Prüfstand

*Rüdiger Krause/Olaf Deinert/Hansjörg Otto* \_\_\_\_\_ Seite **129**

## Abhandlungen

Staatliche Entgeltregulierung und privatautonome

Entgeltgestaltung

*Roland Schwarze* \_\_\_\_\_ Seite **131**

Die Funktion des Betriebsrats bei der Verwirklichung von  
Entgeltgerechtigkeit – Gedanken am Beispiel der Mitbestimmung  
bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen

*Thomas Raab* \_\_\_\_\_ Seite **144**

## Zeitgeschichte

*Peter Hanau*, Das Arbeitsrecht nach dem Zweiten Weltkrieg:

Ein goldenes Zeitalter

*Felipe Temming* \_\_\_\_\_ Seite **161**

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite **168**

## Entgeltgerechtigkeit auf dem Prüfstand

Die Frage nach dem »gerechten Lohn« beschäftigt die Menschen seit jeher. Das biblische Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg und die scholastischen Gedankengebäude eines *Thomas von Aquin* legen hiervon beredtes Zeugnis ab. In der Neuzeit haben sich die Anschauungen und Konzeptionen zur Lohngerechtigkeit beständig weiter aufgefächert. Neben die Theologie sind die Ökonomie und die Soziologie getreten. Während sich nach so mancher ökonomischen Lohntheorie im jeweiligen Arbeitsentgelt lediglich die unterschiedliche Produktivität des einzelnen Beschäftigten niederschlägt, deren Messung schlicht anhand der Zahlungsbereitschaft des jeweiligen Nachfragers von Arbeitskraft erfolgt, wodurch sich die Gerechtigkeitsfrage verflüchtigt, wenden sich (kritische) Sozialtheorien gegen das damit verbundene Ausblenden der Anfangsausstattung der Akteure und betonen die Einbettung der Entgeltfrage in gesellschaftliche Herrschaftsverhältnisse, Geschlechterbeziehungen und ethnische Zuschreibungen, die Ungleichheit und damit Ungerechtigkeit reproduzierten.

Das Arbeitsrecht ist mitten hineingestellt in diese Auseinandersetzungen über das Verhältnis von Lohn und Gerechtigkeit, beansprucht sowohl in seinen affirmativen als auch in seinen kritischen Elementen aber einen eigenständigen, von normativen Argumenten getragenen Problemzugang, der sich weder in ökonomischen noch in soziologischen Überlegungen erschöpft. Zum Ausdruck kam dieser Anspruch auf dem 15. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht, das am 26. Oktober 2017 unter der Überschrift »Entgeltgerechtigkeit auf dem Prüfstand – Gestaltungsspielraum und Schranken bei der Entgeltfindung« stattfand und dessen arbeitsrechtswissenschaftliche Ergebnisse in der vorliegenden Ausgabe von »Soziales Recht« versammelt sind.

Nun entwickelt auch das Arbeitsrecht seine Strukturen und Denkmuster nicht im luftleeren Raum, sondern reagiert auf und reflektiert über die Arbeitswirklichkeit und ihre Veränderungen. Dass der Individualarbeitsvertrag, dass Markt und Wettbewerb für sich allein in der Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen

Arbeitnehmer keine sozialverträglichen (und noch nicht einmal effizienten) Ergebnisse hervorbringen, gehört zu seinen Grundannahmen. Ebenso, dass der Arbeitnehmerseite die im allgemeinen Wirtschaftsrecht gerade untersagte Kartellierung des Arbeitskräfteangebots erlaubt ist, um den Vertragsmechanismus auf eine kollektive Ebene heben zu können und hierdurch jedenfalls im Verhältnis zwischen den Produktionsfaktoren »Kapital« und »Arbeit« Lohngerechtigkeit im Sinne von Austauschgerechtigkeit herzustellen. Auch das Arbeitsrecht kann indes nicht daran vorbeigehen, dass die in der Rückschau vielleicht zuweilen etwas verklärte »heile Welt« der Entgeltregulierung durch mitgliederstarke Verbände mittels flächendeckender Tarifverträge schon seit geraumer Zeit erodiert, sodass zur staatlichen Intervention in Gestalt der Verbreiterung von zahlreichen Branchenmindestlöhnen sowie schließlich der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns letztlich keine politisch tragbare Alternative mehr bestand, um Lohngerechtigkeit im Sinne von Mindestexistenzsicherung und Mindestaustauschgerechtigkeit für immer größer werdende Gruppen von Erwerbstätigen Wirklichkeit werden zu lassen (wobei die Probleme der praktischen Durchsetzung dieses Ziels nicht übersehen werden sollen).

Anders stellt sich die Frage der Lohngerechtigkeit im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander dar. Der alt ehrwürdige arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz lässt sich zwar in einem allgemeinen Sinne ebenfalls noch als eine Reaktion der Rechtsordnung auf ein Marktversagen auf der arbeitsvertraglichen Ebene begreifen, beruht aber doch stärker auf einer vertieften rechtlichen Analyse einseitig gestaltend wirkenden Arbeitgeberhandelns, das unabhängig von einem strukturellen Ungleichgewicht der Individualvertragsparteien gewissen Anforderungen der Verteilungsgerechtigkeit genügen soll. Dagegen mussten Diskriminierungsverbote und dabei vor allem das Verbot von geschlechtsbasierten Entgeltdifferenzierungen nicht nur gegen Defizite auf der individualvertraglichen Ebene, sondern auch gegen Defizite auf der kollektivvertraglichen Ebene durch gezielte politische Maßnahmen sowie durch

eine couragierte Rechtsprechung gegen Machtstrukturen und mentalitätsbedingte Hemmnisse innerhalb der kollektiven Akteure durchgesetzt werden. Allerdings privilegiert das Entgelttransparenzgesetz als jüngstes Instrument gegen »systemische« geschlechtsbezogene Lohnungerechtigkeiten den kollektiven Willen dann aber doch wieder bis zu einem gewissen Grade.

Die beiden hier zusammengefassten Beiträge, die auf Vorträge auf dem bzw. für das 15. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht zurückgehen, greifen sich aus dem breiten Spektrum der durch das Thema der Entgeltgerechtigkeit aufgeworfenen Fragen bestimmte Bereiche heraus und stellen sie auf den Prüfstand.

So dringt *Roland Schwarze* im Anschluss an eine Dreiteilung der Regulierungstypen entsprechend der Intensität des Eingriffs in die privatautonome Entgeltgestaltung in die Tiefenstrukturen der rein staatlichen Instrumente (im Gegensatz zu staatlich-verbandlichen Rechtsakten) vor. Im Einzelnen analysiert *Schwarze* erstens den Minimalschutz als Ziel der staatlichen Entgeltregulierung in Form des gesetzlichen Mindestlohns und der verschiedenen Facetten der Sittenwidrigkeitskontrolle mit einer klaren Unterscheidung zwischen der Gewährleistung von Auskömmlichkeit (»Sittengemäßer Lohn I«) und dem Schutz vor Ausbeutung (»Sittengemäßer Lohn II«) sowie zweitens die strukturellen Gerechtigkeitspostulate in Gestalt der Diskriminierungsverbote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Deutlich wird, welche unterschiedlichen Gerechtigkeitsdimensionen der Staat, also die demokratisch legitimierte Rechtsgemeinschaft als Postulate an die im Ausgangspunkt privatautonome Festsetzung des Arbeitsentgelts heranträgt, wobei die zunehmende Begrenzung privatautonomer Entgeltgestaltung gleichsam reflexartig die Legitimität des verbleibenden, nicht regulierten Bereichs der Lohnfestsetzung bekräftigen dürfte.

Demgegenüber beleuchtet *Thomas Raab* am Beispiel der Mitbestimmung bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen das komplexe Zusammenspiel von tariflicher, betrieblicher und individualvertraglicher Ebene, das im deutschen Arbeitsrecht seit jeher eine nahezu unerschöpfliche Quelle intrikater Rechtsfragen bildet. Im Zentrum steht eine vom BAG im Jahr 2002 begonnene Rechtsprechungslinie, mit der die Durchschlagkraft eines vom Betriebsrat konsentierten Systems innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit auf die Individual Ebene durch eine Ausdehnung auf hinzukommende Beschäftigte erheblich gesteigert. Dem stellt *Raab* die Konzeption einer Mehrheit von Entlohnungssystemen im selben Betrieb für verschiedene Beschäftigtengruppen entgegen, um hierdurch den Konflikt zwischen verschiedenen Systemen innerbetrieblicher Entgeltgerechtigkeit, eines von den Betriebsparteien ursprünglich bilateral geschaffenen und eines vom Arbeitgeber nachträglich für neue Beschäftigtengruppen unilateral eingeführten, aufzulösen.

Beide Beiträge verkörpern auf ihre Weise – nicht zuletzt im Sinne des Leitbilds dieser Zeitschrift – eine auf praktische Wirksamkeit bedachte arbeitsrechtswissenschaftliche Grundlagenforschung und werden der Diskussion über das »Ewigkeitsthema« der Entgeltgerechtigkeit und ihr Spannungsverhältnis zur Privatautonomie, aber auch über die besondere Rolle, die der betrieblichen Mitbestimmung in diesem Zusammenhang zukommt, sicher neue Impulse zuführen.

*Prof. Dr. Rüdiger Krause*

*Prof. Dr. Olaf Deinert*

*Prof. Dr. Hansjörg Otto*

*Institut für Arbeitsrecht der  
Georg-August-Universität Göttingen*

# Staatliche Entgeltregulierung und privatautonome Entgeltgestaltung\*

Prof. Dr. Roland Schwarze, Leibniz Universität Hannover

## I. Der Vertrag als »unvollkommenes Verfahren«

Die Urfrage nach dem »gerechten Lohn« ist im deutschen Arbeitsrecht nicht Erkenntnis-, sondern Regelungsfrage.<sup>1</sup> Sie ist damit zuvörderst ein Problem des gerechten Verfahrens, in dem der Lohn geregelt wird. Das Verfahren für die gerechte Regelung des Lohns ist der Vertrag. Allerdings gehört der Vertrag zur Kategorie der »unvollkommenen Verfahrensgerechtigkeit«: Die Einhaltung der Verfahrensbedingungen (§§ 104 ff., 119 ff., 145 ff. BGB) gewährleistet nicht immer gerechte Ergebnisse, selbst wenn das Gerechtigkeitsmaß auf ein Minimum – die Vermeidung eines groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung (§ 138 Abs. 2 BGB) – reduziert ist. Das Arbeitsverhältnis ist nach herrschender Einschätzung ein Bereich, in dem das vertragliche Verfahren sogar in der Regel (»strukturell«) unvollkommen funktioniert.<sup>2</sup>

## II. Das Prä der arbeitsrechtlichen Entgeltregulierung

Aus dem flächengreifenden Notleiden des vertraglichen Verfahrens ergibt sich das Prä der Entgeltregulierung für Arbeitsleistungen. Was bei Güter- und Dienstleistungen die Ausnahme ist, ist hier die Regel.

### 1. Begriff

Das Charakteristische der Entgeltregulierung aus der hier interessierenden Perspektive der Privatautonomie liegt in der normativen Wirkung und damit im (zumindest für den Arbeitgeber) zwingenden Charakter der Regelung, der die Entgeltregulierung zur Schranke für die Privatautonomie macht. Zu ihr gehört staatliche, kollektivvertragliche und gemischte, durch Kooperation zwischen Staat und Verbänden entstandene Regulierung, die mal eher staatlich (etwa §§ 4 ff. MiLoG), mal eher verbandlich (etwa § 5 TVG) geprägt ist.

## 2. Leitbilder der Lohngerechtigkeit (»Lohngerechtigkeiten«)

Die Entgeltregulierung zielt auf das gerechte Arbeitsentgelt, da und soweit der Arbeitsvertrag diese Gerechtigkeit nicht selbst herstellen kann. Dabei werden unterschiedliche Gerechtigkeitsziele verfolgt, es gibt eine Pluralität von Lohngerechtigkeiten – von der Auskömmlichkeit über die Diskriminierungsfreiheit und Gleichheit bis hin zur Leistungs- und Marktgerechtigkeit. Darauf wird im Folgenden näher einzugehen sein. Als Schema für die weitere Erörterung bietet sich eine Ordnung der Regulierung nach ihrer Intensität an, dh. nach dem Grad der Einschränkung der privatautonomen Gestaltung des Lohns. Eine grobe Durchstufung führt zu einer Dreierheit an Regulierungstypen:

- Die inhaltlich schwächste Regulierung zieht der Vertragsfreiheit nur äußerste Grenzen und verfolgt im Übrigen keine gestalterischen Ziele. Sie orientiert sich am Leitbild des Minimalschutzes. So verhält es sich beim gesetzlichen Mindestlohn und beim sittengemäßen Lohn.
- Als mittlere Stufe kann eine Regulierung bezeichnet werden, die einerseits nicht nur Grenzen setzt, sondern selbst inhaltlich gestaltet, die Gestaltung aber auf strukturelle Gerechtigkeitsgebote beschränkt, auf Gerechtigkeitsregeln, die Gerüstcharakter haben. Das sind praktisch die Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlungsgebote.
- Die dritte Stufe der Entgeltregulierung versteht sich als eigene und mehr oder minder vollständige Gestaltung des Arbeitsentgelts, die eine einzelvertragliche Regelung entbehrlich macht. Praktisch geht es dabei um die Kollektivverträge und kollektivvertragsähnliche Regulierungen.

\* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag für das Göttinger Forum Arbeitsrecht am 26.10.2017, den der Verfasser krankheitsbedingt absagen musste. Der Vortragstil ist beibehalten.

1 Rieble/Picker, ZfA 2014, 153, 154 ff.

2 Hromádka/Maschmann, Arbeitsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., Heidelberg 2014, § 11 Rn. 8; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Aufl., München 2015, Einführung Rn. 9; Kamanabrou, Arbeitsrecht, München 2017, Rn. 3.

### III. Die verbleibende Rolle der Privatautonomie

Wer über privatautonome Gestaltung des Entgelts sprechen will, muss subtraktiv vorgehen, ermitteln, was die Entgeltregulierung der Privatautonomie übriglässt. Marginal ist die Rolle der privatautonomen Entgeltgestaltung nicht, sie ist oft das Salz in der Suppe und steuert zum »Einheitsbrei« der Entgeltregulierung bei, was den Unterschied macht. Die praktischen Anwendungsfelder der individualvertraglichen Gestaltung werden im Entgeltbereich primär vom Interesse des Arbeitgebers bestimmt: Tariffreiheit, Flexibilität, Bindung und Motivation von Leistungsträgern umreißen stichwortartig die Bedeutung des Themas in dieser Hinsicht. Im Folgenden soll es darum gehen, die beiden ersten, durch staatliches Recht geprägten Stufen der Entgeltregulierung in ihrem Grundgehalt und ihrer Wirkweise auf den vertraglichen Spielraum systematisch zu erfassen.<sup>3</sup>

## IV. Der »Mindestlohn«

### 1. Gesetzlicher Mindestlohn

#### a) Gerechtigkeitsziel: Auskömmlichkeit

Zwar reguliert der Mindestlohn das Austauschverhältnis, die mit ihm verknüpfte und bezweckte Gerechtigkeitsvorstellung ist aber die Auskömmlichkeit des Entgelts, dh. sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer von dem Entgelt einer Vollzeitstelle seinen Lebensunterhalt bestreiten kann. Das wird in der Gesetzesbegründung zwar durchaus gesagt, aber doch nur als weiterer Zweck angeführt,<sup>4</sup> während es in erster Linie offenbar um das Austauschverhältnis gehen soll, wenn es heißt, es sollten die Arbeitnehmer vor Niedrigstlöhnen geschützt werden, die »branchenübergreifend generell als unangemessen empfunden« werden<sup>5</sup> – als gäbe es doch »den« gerechten Lohn und ein Gefühl für ihn. Hier regiert wohl die Furcht, sich jenseits der herrschenden rein synallagmatischen Deutung des Arbeitsverhältnisses zu bewegen, wenn man einen Zusammenhang zwischen dem Arbeitsentgelt und der Existenzsicherung herstellt, und das Arbeitsentgelt – womöglich unter Wiederbelebung der Fürsorgetheorie<sup>6</sup> – zur Alimentation umdeutet.<sup>7</sup> Die Furcht ist unberechtigt: Aus der Perspektive einer streng synallagmatischen Deutung des Arbeitsverhältnisses ist die Existenzermöglichung zwar ein außerhalb des Synallagmas liegender Zweck, den der Arbeitnehmer als Gläu-

biger des Entgelts mit ihm verfolgt. Aber solche Verwendungszwecke können punktuell in den Vertrag einbezogen werden, durch die Parteien und durch Gesetz, ohne dass dies die dogmatische Figur des synallagmatischen Vertrages sprengt. Das ist im klassischen Bürgerlichen Recht so – zu nennen sind die bekannten Fälle der Zweckstörung<sup>8</sup> oder die Zwecktauglichkeit als Maß des Sachmangels –, es ist im »sozialen« Bürgerlichen Recht so – zu nennen ist die besondere rechtliche Behandlung des »Wohnzwecks« bei der Miete (§ 549 BGB) – und es ist in anderen Teilen des Arbeitsvertragsrechts der Fall – der ganze arbeitsrechtliche Entgeltsschutz<sup>9</sup> beruht, soweit er mit allgemein bürgerlich-rechtlichen Prinzipien nicht erklärbar ist (§ 615 BGB), auf der Einbeziehung des existenzsichernden Zwecks des Arbeitsentgelts in die Struktur der arbeitsvertraglichen Beziehungen. Das Arbeitsentgelt wird nicht zur Alimentation, das Austauschverhältnis wird nicht außer Kraft gesetzt, es bleibt beim »ohne Arbeit kein Geld«, es gibt auch keinen Zwang zu einem Mindestbeschäftigungsumfang, der die Auskömmlichkeit aus *einem* Arbeitsverhältnis sichert. Es gibt nur punktuelle Modifizierungen des Synallagmas mit Rücksicht auf den typischerweise mit dem Arbeitsentgelt vom Arbeitnehmer verfolgten Zweck. Die Dogmatik des gesetzlichen Mindestlohns muss aussprechen, was ist. In den klaren Worten der Mindestlohn-Kommission:

»Durch die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns soll mithilfe einer staatlich festgelegten Mindestentlohnung die Existenzsicherung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch Lohneinkommen gewährleistet werden. Davon ausgehend soll ein Mindestlohn von 8,50 Euro brutto je Zeitstunde einem alleinstehenden Vollzeitbeschäftigten ermöglichen, ein

<sup>3</sup> Zur Entgeltgestaltung durch Betriebsautonomie s. den Beitrag von Raab, in diesem Heft, S. 144.

<sup>4</sup> Franzen, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl., München 2018 (im Folgenden: ErfK), § 1 MiLoG Rn. 2–3; Greiner, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck Online-Kommentar Arbeitsrecht, 47. Ed., 1.3.2018 (im Folgenden: BeckOK ArbR), § 1 MiLoG Rn. 1–3; Wank, RdA 2015, 88 ff.

<sup>5</sup> BT-Drs. 18/1558, S. 28.

<sup>6</sup> Vgl. dazu (krit.) Schwerdtner, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970, S. 79 ff., 129 ff.

<sup>7</sup> Repräsentativ für die scharfe Ausgrenzung der Auskömmlichkeit aus der Entgeltfrage (dort zu § 138 BGB und nicht beschränkt auf den Lohnwucher, daher wohl übertragbar auf die Deutung des gesetzlichen Mindestlohns) Rieble/Picker, ZfA 2014, 153, 157 ff., die allerdings die Frage des im Arbeitsvertrag liegenden problematischen Freiheitsverzichts unbeachtet lassen, die nicht »sozialpolitischer«, sondern vertragstheoretischer (näher Schwarze, ZfA 2005, 81, 82 f.) und vertragsdogmatischer (Schwarze, RdA 2012, 321, 325 f. und H. Hanau, ZfA 2012, 269, 272 ff.) Natur ist.

<sup>8</sup> Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., Berlin 2017, § 12 Rn. 15 ff.

<sup>9</sup> Kamanabrou (Fn. 2), § 16 Rn. 902 ff.

Monatseinkommen oberhalb der (existenzsichernden) Pfändungsfreigrenze nach § 850c Abs. 1 S. 1 ZPO zu erzielen (Deutscher Bundestag 2014: 28).<sup>10</sup>

## b) Methode

Die Methode des Mindestlohngesetzes besteht darin, auf das zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbarte Austauschverhältnis die Schablone eines zweiten, durch das Gesetz konstruierten, gesetzlichen Austauschverhältnisses (Mindeststundenlohn gegen Arbeitszeitstunde) zu legen (§§ 1, 2 MiLoG) und zu prüfen, ob das gesetzliche »Mindestsynallagma« durch das vereinbarte gedeckt ist. Gedeckt ist das gesetzliche Austauschverhältnis dann, wenn das vertraglich geschuldete Entgelt für einen Monat rechnerisch den Mindeststundenlohn ergibt. Dieses lässt die Funktion des Arbeitsentgelts als Austauschleistung unangetastet, indem nur eine relative, durch die Leistungsbeziehung vermittelte Anknüpfung an die Existenzsicherung hergestellt wird. Sie beschränkt sich darauf, eine zeitliche Mindestbeschäftigung von einer Stunde vorzugeben und hierfür eine Vergütung vorzuschreiben, die bei üblichem Beschäftigungsumfang aus einem oder aus mehreren Beschäftigungsverhältnissen Auskömmlichkeit sicherstellt.

## c) Bedeutung für privatautonome Gestaltungen

### (1) des Entgeltanspruchs

Einen vertraglichen Gestaltungsspielraum bezüglich der Entgeltregelung kann es beim gesetzlichen Mindestlohn in quantitativer Hinsicht naturgemäß nicht geben. Da der Mindestlohn nicht lediglich eine gesetzliche Konkretisierung des Ausbeutungsschutzes gem. § 138 Abs. 2 BGB ist, sondern eine Grenze des zulässigen Verzichts auf die unternehmerische Verwertung der Arbeitskraft mit ihren negativen Auswirkungen auf Ver- und Vorsorge des Arbeitnehmers markiert, ist der Mindestlohn »absolut« zwingend, dh. auch von einem Arbeitnehmer mit ausreichender Verhandlungsmacht nicht abdingbar oder gestaltbar.<sup>11</sup> Man soll sich nicht zur nichtunternehmerischen Arbeit verpflichten können, ohne einen auskömmlichen Lohn zu erhalten. Aus diesem Zweck ergeben sich zusätzliche Einschränkungen der Vereinbarungsfreiheit durch Ausstrahlungen des Mindest-Stundenlohns auf das thematische Umfeld des Arbeitsentgelts, namentlich die qualitative Gestaltbarkeit des Arbeitsentgelts und die Gestaltung der Arbeitszeit. Für Leistungs- und Erfolgsvergütungen (Akkordlohn, Provision) wird die Frage weithin dahin beantwortet, dass solche Vergütungsformen nicht verboten sind.<sup>12</sup> Aber sie müssen dem gesetzlichen Synallagma entsprechen:

Für jede Stunde Arbeit im Sinne der og. Definition muss sich am Ende des Berechnungszeitraums der gesetzliche Stundenlohn von derzeit 8,84 €<sup>13</sup> errechnen lassen.<sup>14</sup> Erfolgsvergütungen (zB. Verkaufsprovision) können auf den Mindestlohn im Nachhinein angerechnet werden, die Auskömmlichkeit verlangt aber, dass der Mindestlohn nicht mit einem Erfolgsrisiko belastet werden darf. Das Erfolgsrisiko bis zur Höhe des Mindestentgelts ist unabdingbarer Teil des unternehmerischen Risikos, nur unter dieser Voraussetzung ist der im Arbeitsverhältnis liegende Verzicht des Arbeitnehmers auf unternehmerische Verwertung seiner Arbeitskraft zulässig.<sup>15</sup> Dasselbe gilt cum grano salis für Zulagen, auch solche, die nicht ausschließlich an die Leistung des Arbeitnehmers anknüpfen.<sup>16</sup> Auch hier sind Anrechnungen auf den Mindestlohn bei Erhalt der Leistung möglich, nicht aber die mindestlohnschädliche Abwälzung des Risikos. Dasselbe gilt für alle Formen der »Flexibilisierung«, dh. der rechtlichen Lockerung des Entgeltanspruchs, die die Stetigkeit des Arbeitsentgelts einschränken. Es muss sichergestellt sein, dass der Arbeitnehmer monatlich den Mindestlohn erhält bzw. (bei Teilzeit) erhalten könnte, wenn er vollzeitig arbeitete. Zulässig sind also auch hier nur Anrechnungen des erhaltenen Mindestlohns auf eine später zugewiesene Vergütung. Weitere Folgerungen sind aus dem Leitgedanken der Auskömmlichkeit zu ziehen: Die Anrechenbarkeit von Sachleistungen ist zu verneinen, sie schränkt die Lebensführung des Arbeitnehmers zu sehr ein.<sup>17</sup> Trinkgelder und ähnliche Einkünfte können nur in Gestalt der Anrechnung auf einen vom Arbeitgeber sonst rechtlich garantierten Teil

10 Erster Bericht zu den Auswirkungen des Mindestlohns, Bericht der Mindestlohnkommission an die Bundesregierung nach § 9 Abs. 4 Mindestlohngesetz, Rn. 99, abrufbar unter [https://www.mindestlohn-kommission.de/DE/Bericht/pdf/Bericht2016.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=7](https://www.mindestlohn-kommission.de/DE/Bericht/pdf/Bericht2016.pdf?__blob=publicationFile&v=7) (28.6.2018).

11 Zur Begrenzung des durch den Arbeitsvertrag geübten Freiheitsverzichts durch zwingende staatliche Regelungen: Schwarze, ZfA 2005, 81, 94 ff.; Schwarze, RdA 2012, 321, 325 f.

12 ErfK-Preis (Fn. 4), § 611a BGB Rn. 391 ff.; Krause, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch des Arbeitsrechts, 4. Aufl., München 2017 (im Folgenden: MHdB ArbR), § 64 Rn. 5 ff.; BeckOK ArbR-Maties (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 1355 ff.

13 Verordnung zur Anpassung der Höhe des Mindestlohns (Mindestlohnanpassungsverordnung – MiLoV) v. 15.11.2016, BGBl. I, S. 2530.

14 BeckOK ArbR-Maties (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 1358; ErfK-Franzen (Fn. 4), § 1 MiLoG Rn. 5; BT-Drs. 18/1558, S. 34.

15 Zum Begründungsansatz Schwarze, RdA 2012, 321, 325 f., 329, 331.

16 BAG, 25.5.2016 – 5 AZR 135/16 – NZA 2016, 1327, Rn. 22 ff.; zur Bedeutung der abweichenden Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung des MiLoG im Einzugsbereich der Entsende-RL BAG 12.12.2016 – 5 AZR 374/16 – NZA 2017, 378 und (krit.) Sagan RdA 2018, 121 ff.

17 BAG, 25.5.2016 – 5 AZR 135/16 – NZA 2016, 1327, Rn. 29; Vogelsang, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrecht-Handbuch, 17. Aufl., München 2017, § 66 Rn. 33; Riechert/Nimmerjahn, Mindestlohngesetz, 2. Aufl., München 2017, § 1 MiLoG Rn. 80 ff.

des Einkommens berücksichtigt werden,<sup>18</sup> die bloße Expektanz bietet nicht die nötige rechtliche Sicherheit.

## (2) der Arbeitszeit

Was als »Arbeitszeit« zu gelten hat, bestimmt sich entgegen der hM.<sup>19</sup> weder nach dem arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeitbegriff (ArbZG usw.) noch nach dem synallagmatischen Arbeitszeitbegriff (Arbeits- oder Kollektivvertrag), sondern ist autark nach dem Zweck des MiLoG zu bestimmen. Das lässt sich am wichtigsten Streitpunkt veranschaulichen, der Behandlung der minderen Formen der Inanspruchnahme des Arbeitnehmers bei Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft. Im ArbZG geht es um Gesundheitsschutz, deshalb kann zB. die Rufbereitschaft aus der Arbeitszeit weitgehend herausgehalten werden, da der Arbeitnehmer sich während der Zeit erholen kann. Im Synallagma geht es ausschließlich um eine gerechte Bewertung der Leistung, weshalb mindere Formen der Inanspruchnahme schlechter oder gar nicht bezahlt werden können.

Überträgt man das mit der wohl hM. auf den Mindestlohn, wäre Folgendes möglich: Eine teilzeitbeschäftigte Krankenschwester hat neben ihren bezahlten 20 Wochenstunden Arbeit die Verpflichtung zu unbezahlten 20 Stunden Rufbereitschaft, die sie zu Hause verbringt und die sie bei Notbedarf im Krankenhaus zum Erscheinen innerhalb einer Stunde verpflichtet. Die Rufbereitschaft wird es der Krankenschwester unmöglich machen, ihre verbleibende halbe Arbeitskraft anderweitig zu verwerten und so das gesetzliche Monats-Mindestentgelt zu erzielen. Deshalb ist diese Zeit als Arbeitszeit im Sinne des Mindestlohngesetzes zu werten. Das muss erst recht gelten für Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst.<sup>20</sup>

Verallgemeinernd lässt sich sagen: Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes muss jede rechtliche Bindung sein, die anderweitigen Erwerb bis zur Höhe des monatlichen Mindestentgelts verhindert. Die Rufbereitschaft könnte dann unberücksichtigt bleiben, wenn dem Arbeitnehmer das Recht zur Verweigerung vorbehalten bliebe. Sie müsste auch nicht angerechnet werden, wenn der Arbeitnehmer schon aufgrund der Beschäftigung bei dem Erstarbeitgeber den Mindestlohn verdient. Bei Vollzeitbeschäftigten wird sich das skizzierte Problem also nicht ergeben.

## 2. Sittengemäßer Lohn

### a) Sittengemäßer Lohn I und II

Zumindest dem ersten Anschein nach zielt § 138 Abs. 2 BGB nicht auf die Auskömmlichkeit der Entlohnung, sondern nur

auf die Austauschgerechtigkeit, also die Lohngerechtigkeit. Anders als beim MiLoG gibt es keine betragsscharfe Untergrenze, es gibt nur eine relative Untergrenze für den Lohn. Er darf nicht in einem auffälligen Missverhältnis zum Wert der Arbeitsleistung stehen. Das führt zwar im Ergebnis doch zu einer fixen Untergrenze – auch die billigste Arbeit ist noch etwas wert –, aber die Auskömmlichkeit des Lohns ist damit nicht gewährleistet. Die Lohngerechtigkeit ist ferner nicht »objektiv« angelegt, da es den gerechten Lohn für eine bestimmte Arbeit nicht gibt. § 138 Abs. 2 BGB ist ein bloßer Ausbeutungsschutz. Er schützt die schwächere Seite davor, dass ihre Schwäche von der stärkeren über die Maßen ausgenutzt wird, um sich einen unberechtigten Vorteil zu verschaffen. Das Unberechtigte des Vorteils wird an der Marktgerechtigkeit der Gegenleistung orientiert, ist also ganz und gar relativ.<sup>21</sup> Nur bei Ausnutzung einer eminenten Schwäche und erst bei eminenter Verfehlung der Marktgerechtigkeit (über 100 % Abweichung der Gegenleistung<sup>22</sup>) greift der Tatbestand. Dass eine derart durchlässige Norm dem Arbeitsrecht zu einem durchaus brauchbaren Entgeltschutz verholfen hat, beruht auf einer zum Tariflohn führenden Begründungskette: Die Unterschreitung einer Grenze von zwei Dritteln des branchen- und ortsüblichen Tariflohns begründet das auffällige Missverhältnis, dieses wiederum lässt die für § 138 Abs. 2 BGB notwendige verwerfliche Gesinnung vermuten und die daraus abzuleitende Nichtigkeit der Lohnvereinbarung führt über § 612 BGB zum Tariflohn.<sup>23</sup> Die Üblichkeit ist zu bejahen, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber der betreffenden Wirtschaftsregion tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer beschäftigen.<sup>24</sup>

18 BAG, 28.6.1995 – 7 AZR 1001/94 – NZA 1996, 252; ErfK-Franzen (Fn. 4), § 1 MiLoG Rn. 7; Schulte, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK GewO, Stand: 15.4.2017, § 107 Rn. 36; Dommermuth-Alhäuser/Heup, NZA 2015, 406, 408 f.

19 ErfK-Franzen (Fn. 4), § 1 MiLoG Rn. 4 (»Arbeitszeitneutralität«).

20 Ebenso BAG, 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12 – DB 2015, 253 (zum Mindestlohn Pflegebranche). Für Herausnahme des Bereitschaftsdienstes aus dem Schutz des MiLoG Thüsing/Hütter, NZA 2015, 970, 971 f. Auf die konkreten Umstände abstellend, aber ebenfalls einem synallagmatischen Begriff der Arbeitszeit folgend Bayreuther, NZA 2015, 385, 388 f. Auf die vertragliche Behandlung dieser Zeiten im Synallagma abhebend ErfK-Franzen (Fn. 4), § 1 MiLoG Rn. 4 f.

21 Insoweit zutr. Rieble/Picker, ZfA 2014, 153, 156 ff.

22 BGH, 27.11.1985 – IVa ZR 68/84 – NJW 1986, 1037; BGH, 20.2.1990 – XI ZR 195/88 – NJW 1990, 1597; BGH, 22.12.1999 – VIII ZR 111/99 – NJW 2000, 1254; MHdB ArbR-Krause (Fn. 12), § 60 Rn. 90; Armbrüster, in: Münchn. Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2018 (im Folgenden: MüKo BGB), § 138 BGB Rn. 114.

23 BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – NZA 2009, 837; BAG, 18.4.2012 – 5 AZR 630/10 – NZA 2012, 978; BAG, 17.12.2014 – 5 AZR 663/13 – NZA 2015, 608; MHdB ArbR-Krause (Fn. 12), § 60 Rn. 93; ErfK-Preis (Fn. 4), § 612 BGB Rn. 3b; MüKo BGB-Armbrüster (Fn. 22), § 138 BGB Rn. 123.

24 BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – NZA 2009, 837.

Es wäre aber wohl kaum richtig, wollte man die Auskömmlichkeit gänzlich aus der Programmatik des § 138 BGB streichen. Sie spielt in der Diskussion um § 138 BGB nur deshalb keine große praktische Rolle, weil die Anbindung an mehr als auskömmliche Tariflöhne die Ausweisung einer gesonderten, auf den Existenzschutz zielenden Grenze meistens entbehrlich macht. Sie wird aber praktisch, wenn der Tariflohn die Auskömmlichkeit nicht gewährleistet: Wenn ein Tarifstundenlohn von 3 € über § 138 Abs. 2 BGB und der »Zwei Drittel-Grenze« eine Lohnvereinbarung von 2 € ermöglichte, würde man nicht an der Sittenwidrigkeit einer solchen Lohnabrede zumindest nach § 138 Abs. 1 BGB zu zweifeln haben. Zu begründen wäre sie aber kaum mit der Lohngerechtigkeit, selbst wenn man dem Tarifvertrag, der solche Löhne vorsieht, eine Angemessenheitsgewähr abspricht. Die »absolute« Untergrenze kann sich hier nur aus der Auskömmlichkeit ergeben, aus der Not, von seiner Hände Arbeit leben zu müssen und die Arbeitskraft, die man verkauft, reproduzieren zu müssen.<sup>25</sup> Sie bildet eine Grenze für den in der Pflicht zur Arbeit liegenden Verzicht auf Freiheit.<sup>26</sup> Die Grenze wäre in Anlehnung an die Pfändungsgrenzen (ohne Berücksichtigung der Unterhaltungspflichten) zu ziehen und läge somit in etwa auf Höhe des gesetzlichen Mindestlohns bei einem 40-Wochenstunden-Arbeitsverhältnis.<sup>27</sup>

#### b) Gerechtigkeitsziel des sittengemäßen Lohns II: Der nicht ausbeuterische Lohn

Die Frage, ob der sittengemäße Lohn mit der Mindestlohngesetzgebung obsolet geworden ist,<sup>28</sup> verdient demnach eine differenzierte Antwort. Für den Schutz vor unauskömmlichem Lohn ist das zu bejahen, das MiLoG ist in seinem Anwendungsbereich die speziellere Regelung. Weniger eindeutig fällt die Antwort auf den im Einzelfall darüber hinaus gehenden Teil des sittengemäßen Lohns aus, der sich als Schutz vor einer Übervorteilung des Arbeitnehmers durch Ausbeutung seiner unterlegenen Verhandlungsmacht darstellt. Nur wenn man dem MiLoG unterstellt, auch diesbezüglich eine Mindestregelung getroffen zu haben, würde man den Schutz des § 138 Abs. 2 BGB durch die speziellere Regelung als verdrängt ansehen müssen. Dagegen spricht, dass der Schutz des MiLoG keine Differenzierung des Schutzes danach vorsieht, ob der Arbeitnehmer aus einer Position der Unterlegenheit oder selbstbestimmt verhandelt hat. Anders gesagt: Man kann auch oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns durch Ausnutzung der Unterlegenheit unangemessen übervorteilt werden. Auf dieser Wertung beruht die kollektivvertragliche Entgeltregulierung oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns.

#### c) Gestaltbarkeit des sittengemäßen Lohns II

Beim sittengemäßen Lohn I (§ 138 Abs. 1 BGB), dem auf Auskömmlichkeit zielenden Mindestschutz, der durch die derzeitige gesetzliche Regelung verdrängt ist, gelten die zum gesetzlichen Mindestlohn skizzierten Grenzen vertraglicher Gestaltbarkeit entsprechend. Es kann darüber keine vertragliche Verfügung geben, auch wenn ein Arbeitnehmer atypischerweise einmal über echte Verhandlungsmacht verfügt. Anders verhält es sich beim sittengemäßen Lohn II, beim Übervorteilungsschutz, also jenem Entgelt, das in Orientierung an tarifliche, hilfsweise übliche Vergütungen bestimmt wird. Der über dem gesetzlichen Mindestlohn liegende Teil, steht zur vertraglichen Disposition, wenn eine Übervorteilungssituation nicht besteht. Sie liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer ausnahmsweise nicht aus einer Position der Unterlegenheit abschließt.<sup>29</sup> Das ist vorrangig festzumachen am Vorhandensein von alternativen gleichwertigen Angeboten, zwischen denen der Arbeitnehmer frei wählen kann,<sup>30</sup> wobei die ausschließliche Nachteiligkeit eines solchen Angebots wiederum die Vermutung der Unterlegenheit des Arbeitnehmers stützt. Praktisch kann man sich etwa vorstellen, dass der über dem Mindestlohn liegende Teil des sittengemäßen Lohns als Leistungs- oder Erfolgsvergütung vereinbart wird verbunden mit der Chance mehr als den sittengemäßen Lohn verdienen zu können. Auch die weiteren, der Auskömmlichkeit entlehnten, Vorgaben gelten hier nicht.

## V. Die Entgeltregulierung durch Diskriminierungsverbote

### 1. Gerechtigkeitsziel: Der »diskriminierungsfreie Lohn«

Die 2. Stufe der Entgeltregulierung besteht aus Regeln, die mehr als nur Grenzen setzen, deren Gerechtigkeitswert aber

<sup>25</sup> H. Hanau, ZfA 2012, 269, 272 ff.

<sup>26</sup> S. Nachweise in Fn. 10.

<sup>27</sup> Pfändungsfreies Nettoeinkommen: rd. 1136 €. Nettolohn aus 160 Monatsstunden zu 8,83 € brutto = rd. 1056 € Nettolohn. S. dazu die gleich lautende Einschätzung der Mindestlohn-Kommission (Fn. 10).

<sup>28</sup> Vgl. Däubler, NJW 2014, 1924, 1927; Bayreuther, NZA 2014, 865, 866; Erk-Franzen (Fn. 4), § 1 MiLoG Rn. 1.

<sup>29</sup> Zur Bedeutung der Unterlegenheit für das Arbeitsvertragsrecht Schwarze, ZfA 2005, 81 ff.

<sup>30</sup> S. zur insoweit vergleichbaren Problematik der ausverhandelten Individualabrede iSv. § 305c BGB, Becker, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), Beck Online-Kommentar BGB, 46. Ed., 01.05.2018 (im Folgenden: BeckOK BGB), § 305 Rn. 33 ff.

nur »strukturell« ist: Es gibt keine unmittelbare, vollziehbare Regelung der Entgelthöhe, wohl aber eine Strukturvorgabe: das Verbot der Anknüpfung an diskriminierende Kriterien und das Gebot der sachgerechten Differenzierung. Die positiv-rechtlichen Ausformungen der Gleichbehandlung sind zweckmäßigerweise wiederum nach der Intensität zu reihen, mit der sie die individualvertragliche Freiheit erfassen. Dann ergibt sich vorderhand eine logische Unterscheidung zwischen Verbot und Gebot. Ersteres verbietet Ungleichbehandlungen nach bestimmten Kriterien mehr oder minder streng. Es bestimmt die Gerechtigkeit »negativ«, indem es bestimmte Gesichtspunkte als unzulässige Anknüpfungspunkte für eine Entgeltregelung ausscheidet (dazu hier unter V.). Letzteres bestimmt die Gerechtigkeit »positiv«, indem es Kriterien bestimmt, nach denen das Entgelt zu bestimmen ist (folgend unter VI.).

Wenn es nun um die Bedeutung dieser Minimalgerechtigkeit für individualvertragliche Entgeltregelungen geht, ist eine Unterscheidung zwischen »echten« und »unechten« individualvertraglichen Regeln angezeigt. In den echten entspricht die Form dem Inhalt, der Individualvertrag wird gewählt, um für einen einzelnen Arbeitnehmer eine individuelle Regelung zu treffen. Bei den unechten Regelungen ist nur die Form individualvertraglich, inhaltlich geht es um eine Regel, die über den Einzelvertrag hinausweist (»kollektiver Einschlag«) und deshalb einer stärkeren Gleichheitsbindung unterworfen ist.

## 2. Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung als Paradigma (§§ 3, 7 EntgTrG)

Von den Diskriminierungsverboten, die das diskriminierungsfreie Entgelt ausdrücklich (Art. 157 AEUV, Art 45 Abs. 2 AEUV, Art. 7 Abs. 1 FreizügigkeitsVO, §§ 3, 7 EntgTrG) oder konkludent regeln (§ 7 AGG, § 4 TzBfG<sup>31</sup>), wird das neue Verbot der geschlechtsbedingten Entgeltdiskriminierung in §§ 3, 7 EntgTrG pars pro toto erörtert. Es dürfte keinen von §§ 3, 7 EntgTrG erfassten Fall geben, der sich nicht unter die älteren Verbote der geschlechtsbedingten Diskriminierung (Art. 157 AEUV, § 7 AGG) subsumieren ließe. §§ 3, 7 EntgTrG sind aber kraft Spezialität vorrangig heranzuziehen.<sup>32</sup> Die Übertragbarkeit der zu den älteren Diskriminierungsverboten ergangenen Rechtsprechung, insbes. der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 157 AEUV, auf §§ 3, 7 EntgTrG wird im Folgenden vorausgesetzt. Auf die anderen Diskriminierungsverbote wird sich die Analyse zumindest strukturell übertragen lassen.

## 3. Das Verbot der Diskriminierung

Der Idee und dem Tatbestand nach sind die Diskriminierungsverbote Verbote. Sie verbieten ein Kriterium als – ausdrückliches oder verdecktes – Merkmal einer Entgeltregel. Daran ändert sich auch mit §§ 3, 7 EntgTrG nichts; ein Gebot enthält lediglich § 4 Abs. 4 EntgTrG für den Fall, dass der Arbeitgeber ein Entgeltsystem verwendet und die Bahnen einer »individuellen« Vertragsregelung verlässt (s. VI. 1.). Von der Überschrift des § 7 EntgTrG – sie spricht von einem »Gebot« – darf man sich nicht täuschen lassen. § 7 EntgTrG legt die Kriterien der Entgeltgestaltung nicht positiv fest: Es sagt nicht, dass gleiche oder gleichwertige Arbeit gleich zu bezahlen ist, sondern bestimmt negativ, was nicht Kriterium der Entgeltgestaltung sein darf (das Geschlecht). Dementsprechend ist die den Diskriminierungsverboten zugrunde liegende Gerechtigkeitsvorstellung »negativ«: Sie zielt auf die Neutralisierung des verbotenen Kriteriums als Faktor der Entgeltgestaltung. Veranschaulicht an einem Beispielfall: Von zwei in derselben tariflichen Entgeltgruppe eingestuft Bankangestellten erhält nur der eine, männliche, eine monatliche Zulage von rd. 150 €. <sup>33</sup> Hier müsste der Arbeitgeber nur nachweisen, dass er die Zulage wegen eines anderen Grundes als des Geschlechts zahlt, ohne dass es auf den sachlichen Gehalt dieses Grundes ankäme. Er müsste sich also entlasten können, wenn er die Zulage wegen der »sympathischeren Ausstrahlung« des männlichen Bankangestellten zahlt. Mag diese »Ausstrahlung« in keiner Weise objektivierbar sein (zB., wenn es allein um den Eindruck des Arbeitgebers und nicht die am Erfolg messbare Ausstrahlung auf Kunden ginge) und daher keinesfalls eine sachliche Rechtfertigung ergeben, es wäre dem Verbot der geschlechtsbedingten Anknüpfung Genüge getan. Wenn der Arbeitgeber überdies darlegen und beweisen könnte, dass er dieselbe Zulage der von ihm eigentlich präferierten Bewerberin X ebenfalls angeboten hat, wären auch etwaige tatsächliche Zweifel am nicht geschlechtsbedingten Motiv ausgeräumt. Dies entspräche dem Verbotscharakter des Diskriminierungsschutzes: keine positiven Vorgaben zu machen, sondern nur negativ zu bestimmen, »was nicht geht«.

31 Außen vor bleiben hier Art. 3 GG und § 75 BetrVG, die beide nach hM. die Arbeitsvertragsparteien nicht unmittelbar binden (näher ErfK-Preis (Fn. 4), § 611a BGB Rn. 573 und ErfK-Kania (Fn. 4), § 75 BetrVG Rn. 1).

32 Vgl. BT-Drs. 18/111, S. 28 (»bündeln«). Zur Bedeutung des § 3 Abs. 4 EntgTrG s. Thüsing, BB 2017, 565, 566.

33 Vgl. EuGH, 26.6.2001 – C-381/99 – Slg. 2001, I-4961 (Brunnhöfer).

#### 4. Seine Ausdeutung zum Gebot der geschlechtsbezogenen Lohngerechtigkeit

Tatsächlich würde der Arbeitgeber aber wohl scheitern, versuchte er die Zulage mit der sympathischen Ausstrahlung des Arbeitnehmers zu begründen. Der EuGH formuliert die Anforderungen an den Beweis der nicht geschlechtsbedingten Ungleichbehandlung derart streng, dass der Arbeitgeber die Diskriminierungsvermutung, die an die Situation der ungleichen Bezahlung gleicher Arbeit bei unterschiedlichem Geschlecht anknüpft, nur entkräften kann, wenn er einen Grund anführen kann, der eine »sachliche Rechtfertigung« für das ungleiche Entgelt liefert. So heißt es in einer einschlägigen Entscheidung, »es müsse sich ausschließen lassen, dass Überlegungen, die auf dem unterschiedlichen Geschlecht der Betroffenen beruhen, eine Rolle spielen.«<sup>34</sup> Die Rechtsprechung beruht unausgesprochen auf einer »starken« Vermutung: Bei ungleicher Bezahlung von Mann und Frau ist die Vermutung eines Zusammenhangs mit dem verbotenen Kriterium »Geschlecht« so stark, dass der Nachweis der Nichtbedingtheit nur mit dem Nachweis eines objektiv gerechtfertigten Kriteriums zu führen ist, wobei sogar das Ausmaß der Ungleichbehandlung einer strengen Kontrolle nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit unterworfen wird.<sup>35</sup> Es wird mit Hilfe der Diskriminierungsverbote ein Maß an Geschlechtergerechtigkeit für jeden Entgeltbestandteil entwickelt,<sup>36</sup> welches das Gerechtigkeitsgebot nach § 4 Abs. 4 EntgTrG eigentlich nur für die Verwendung eines Entgeltsystems vorschreibt und der eigentlich falschen Überschrift des § 7 EntgTrG (»Gebot«) unbeabsichtigt Wahrheit verleiht. Der *effet utile* wird als Grund für diese Aus-, ja eigentlich sogar Umdeutung angeführt.<sup>37</sup>

#### 5. Parameter der geschlechtsbezogenen Lohngleichheit

##### a) Sachgerechtigkeit des Zwecks

Die Programmatik der »sachlichen Rechtfertigung« erstreckt sich schon auf den Entgeltzweck. Denn die Verteilung des Entgelts kann nur »sachlich« erfolgen, wenn der Zweck einen »sachlichen« Kern hat. Ein systemwidriger richterlicher Übergriff auf genuine Verteilungsentscheidungen liegt aber vor, wenn etwa die Frage, ob eher schwere körperliche Arbeit oder eher Fingerfertigkeit entgolten werden sollte, nicht mehr in der Verantwortung der Vertragsparteien bzw. des Arbeitgebers liegt, sondern der Richter die Forderung erheben darf, das eine dürfe nicht ohne das andere mit einer

Zulage bedacht werden.<sup>38</sup> Hier muss gelten, was das BAG für den Gleichbehandlungsgrundsatz postuliert: dass der Entgeltzweck vom Arbeitgeber (den Vertragsparteien) frei bestimmt werden kann, »bis zur Grenze der Willkür«.<sup>39</sup>

##### b) Sachgerechtigkeit des Entlohnungskriteriums

Privatautonomie bedeutet, die Bestimmung den Arbeitsvertragsparteien frei zu überlassen, die Frage der »Gerechtigkeit«, »Sachlichkeit«, »Sachgerechtigkeit« erst gar nicht zu stellen. So etwa, wenn der Arbeitgeber einem Pförtner 100 € zahlt, weil er das große Latinum hat, während die über eine solche Qualifikation nicht verfügende Pförtnerin leer ausgeht. Die Diskriminierungskontrolle setzt bereits hier an. Sie erhebt sich über die Privatautonomie und kontrolliert bereits das »Kriterium« auf seine »objektive« Berechtigung.<sup>40</sup> Beim EuGH führt sie im Ergebnis zu einer strengen Anbindung der zulässigen Kriterien an die Arbeit bzw. die Arbeitsleistung, wenn es um den synallagmatischen Teil des Entgelts geht. So ist die Ausbildung eines Arbeitnehmers nicht per se zulässiges Kriterium für Zahlungen, sondern nur und soweit sie Bedeutung für die konkrete Tätigkeit hat.<sup>41</sup> Die strenge Prüfung schließt »subjektive« Entgeltkriterien nicht aus, also solche, die stark abhängen von der Einschätzung des Arbeitgebers, zB. »Initiative«, »Arbeitseifer«. Die Grenze bildet die prozessuale Substantiierbarkeit. So lässt sich etwa die »Initiative« an der Akquise des Arbeitnehmers festmachen, der »Arbeitseifer« an Überstunden. Beim »sympathischen Auftreten« wäre diese Substantiiertheit nur erzielbar, wenn das Auftreten gegenüber Kunden gemeint ist (zB. durch Kundenumfrage), während

34 EuGH, 26.6.2001 – C-381/99 – Slg. 2001, I-4961 (Brunnhöfer), Rn. 79.

35 EuGH, 27.10.1993 – C-127/92 – NZA 1994, 797 (Enderby), Leitsatz 3.

36 EuGH, 17.5.1990 – C-262/88 – NZA 1990, 775 (Barber), Leitsatz 3; EuGH, 30.3.2000 – C-236/98 – Slg. 2000, I-2189 (Jämställdhetsombudsmannen), Rn. 34.

37 EuGH, 27.10.1993 – C-127/92 – NZA 1994, 797 (Enderby), Leitsatz 1–3; EuGH, 30.3.2000 – C-236/98 – Slg. 2000, I-2189 (Jämställdhetsombudsmannen), Rn. 53.

38 Anknüpfend an eine Vergütung schwerer körperlicher Arbeit aus Art. 157 AEUV die Forderung nach einer Vergütung von typisch weiblichen Fertigkeiten (zB. Fingerfertigkeit) ableitend EuGH, 1.7.1986 – 237/85 – NJW 1987, 1138 (Rummler); zurückhaltender EuGH, 31.5.1995 – C-400/93 – Slg. 1995, I-1275 (Specialarbejderforbundet i Danmark), Leitsatz 4 und Rn. 42 f. Als Forderung an ein tarifliches Entgeltsystem erhoben von BAG, 29.7.1992 – 4 AZR 502/91 – NZA 1993, 181.

39 BAG, 3.12.2008 – 5 AZR 74/08 – AP Nr. 206 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Leitsatz 4 und Rn. 21.

40 Auch gegenüber der Tarifautonomie als »kollektiver Privatautonomie«, EuGH, 27.10.1993 – C-127/92 – NZA 1994, 797 (Enderby), Leitsatz 2; subtiler EuGH, 31.5.1995 – C-400/93 – Slg. 1995, I-1275 (Specialarbejderforbundet i Danmark), Leitsatz 5 und Rn. 46 f.

41 EuGH, 11.5.1999 – C-309/97 – Slg. 1999, I-2865 (Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse), Rn. 20 f.

der Eindruck des Arbeitgebers nicht »objektivierbar« wäre.

Mit dem »Verbot« der mittelbaren Diskriminierung (§ 3 Abs. 3 EntTrG) wird der Gebotscharakter erheblich verstärkt. Selbst die nachweislich geschlechtsneutrale Differenzierung bedarf der »sachlichen Rechtfertigung«, wenn ihre faktischen Auswirkungen für ein Geschlecht besonders nachteilig sind.<sup>42</sup> Sie führt bei der Beurteilung von Entgeltsystemen sogar zur Forderung einer »kompensatorischen« Gestaltung der Kriterien, die im Rahmen des praktisch Realisierbaren die sachlich durchaus gerechtfertigte faktische Bevorzugung des einen Geschlechts auf Grund des Kriteriums a zur Forderung nach einem Kriterium b ummünzt, das zur faktischen Bevorzugung des anderen Geschlechts führt. So wenn die Zulässigkeit einer Zulage für eine erhöhte muskulmäßige Anstrengung, die tatsächlich männliche Arbeitnehmer begünstigen wird, aber sachlich gerechtfertigt ist, zur Forderung nach »anderen Kriterien« führt, hinsichtlich derer die Arbeitnehmerinnen besonders geeignet sein können (zB. Fingerfertigkeit).<sup>43</sup>

### c) Gleichheitsbewertung anhand des sachgerechten

#### Entlohnungskriteriums

Das sachgerechte Entgeltkriterium ist das tertium comparationis, an das die Diskriminierungsprüfung anknüpft. Wenn zB. »medizinische Ausbildung« maßgebliches Kriterium für einen Entgeltbestandteil oder eine bestimmte Entgelthöhe ist, misst sich an ihr die Gleichheit oder Gleichwertigkeit der Tätigkeit, um deren nachteilig-diskriminierende Behandlung es geht.

#### (1) »Gleiche« und »gleichartige« Arbeit

Die »Gleichheit« der Tätigkeit beruht auf einem Vergleich des Gegenstandes der Tätigkeiten. Der Gegenstand der Tätigkeit wird im Wesentlichen festgemacht an der Art der Aufgabe lt. arbeitsvertraglicher Verpflichtung, den Ausbildungserfordernissen und den Ausübungsbedingungen. Ob die Arbeit gleich ist, muss durch einen Gesamtvergleich der Tätigkeiten ermittelt werden. Bei einzelnen Abweichungen ist die jeweils überwiegende Tätigkeit maßgebend.<sup>44</sup> Ein nur partieller und vorübergehender Einsatz an denselben Maschinen rechtfertigt die Annahme gleicher Arbeit nicht, wenn die betreffenden Arbeitnehmer auch andere Tätigkeiten ausüben, für die sie nach dem Inhalt ihrer Arbeitsverträge eingestellt worden sind.<sup>45</sup> Die »Gleichartigkeit« bezieht sich ebenfalls auf den Gegenstand der Arbeit, nicht ihre Bewertung. Es geht im Grunde darum, unerhebliche arbeitstechnische Unterschiede bzw. Portionierungen einzelner Arbeitsstränge auszugliedern.<sup>46</sup> Im Übrigen gilt: Wer »A« sagt, muss auch »B« sagen. Wenn Diskriminierungsver-

bote dahin gedeutet werden, dass die Anknüpfung an verbotene Kriterien nur durch den Nachweis einer objektiv gerechten Entgeltregelung ausgeschlossen werden kann, muss die Vergleichsprüfung diesem Anspruch genügen und »strengobjektiv« sein. Es müssen alle sachlichen Aspekte zum Tragen kommen. Trotz Gleichheit der Tätigkeit nach den beschriebenen Aspekten kann ungleiche Bezahlung gerechtfertigt sein, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist zB. das Arbeitsergebnis mit der Bezahlung entlohnt werden soll oder eine Zulage bestimmten sozialen Aspekten (zB. Elternschaft) gilt.

#### (2) »Gleichwertige« Arbeit

Die »Gleichwertigkeit« meint den arbeitsvertraglichen Wert der Arbeit. Es handelt sich nicht mehr wie bei der Gleichheit bzw. Gleichartigkeit um einen arbeitstechnischen Vergleich, sondern um eine ökonomische Betrachtung, deren normative Grundlage das Synallagma ist. Da es einen objektiven Arbeitswert nicht gibt, muss etwas anderes gemeint sein als »der gerechte Lohn«, wenn die Rechtsprechung gleichwohl einen nach objektiven Maßstäben der Arbeitsbewertung zu ermittelnden Arbeitswert postuliert<sup>47</sup> und die Gleichwertigkeit als Gleichheit des Arbeitswertes der beiden zu vergleichenden Tätigkeiten versteht. Angeknüpft wird an eine bestehende arbeits- oder kollektivvertragliche Entgeltregelung und die darin enthaltene Bewertung der entgoltenen Tätigkeit (»Tätigkeit a«). Es wird sodann geprüft, ob eine von der Entgeltregelung nicht erfasste und von einem Beschäftigten des anderen Geschlechts ausgeübte Tätigkeit (»Tätigkeit b«) als »gleichwertig« anzusehen ist. Dies übersteigt die bestehende Entgeltregelung und stellt ihre Kriterien auf den Prüfstand: Es denkt sie als auf vollständige Lohngerechtigkeit gerichtet und überprüft, ob die Nichtberücksichtigung der Tätigkeit b als Wertungs-

42 Aus einer Vielzahl von Entscheidungen EuGH, 27.6.1990 – C-33/89 – Slg. 1990, I-2591 (Kowalska), AP Nr. 21 zu Art. 119 EWG-Vertrag; EuGH, 27.10.1993 – C-127/92 – Slg. 1993, I-5535 (Enderby); EuGH, 30.3.2000 – C-236/98 – Slg. 2000, I-2189 (Jämställdhetsombudsmannen), Leitsatz 1; EuGH, 28.2.2013 – C-427/11 – NZA 2013, 315 (Kenny), Leitsatz und Rn. 35 ff., BAG, 2.12.1992 – 4 AZR 152/92 – BAGE 72, 64.

43 So die Forderung von EuGH, 1.7.1986 – 237/85 – AP Nr. 13 zu Art. 119 EWG; s. ferner EuGH, 31.5.1995 – C-400/93 – Slg. 1995, I-1275 (Specialarbejderforbundet i Danmark), Leitsatz 4; BAG, 29.7.1992 – 4 AZR 502/91 – NZA 1993, 181. Zur darin liegenden »verteilungspolitischen« Anmaßung s. unter V.5.a).

44 BAG, 23.8.1995 – 5 AZR 942/93 – NZA 1996, 579, Leitsatz 2a; EuGH, 11.5.1999 – C-309/97 – Slg. 1999, I-2865 (Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse), Rn. 17 f. mwN.; EuGH, 28.2.2013 – C-427/11 – NZA 2013, 315 (Kenny), Leitsatz 1 und 27.

45 BAG, 23.8.1995 – 5 AZR 942/93 – NZA 1996, 579.

46 Strenger der Maßstab in § 8 AÜG, s. ErfK-Wank (Fn. 4), § 8 AÜG Rn. 7; Bayreuther, NZA 2017, 18, 21.

47 BAG, 23.8.1995 – 5 AZR 942/93 – NZA 1996, 579, Leitsatz 3a.

und Regelungslücke zu betrachten ist. Der transzendierende Charakter der Gleichwertigkeitsprüfung beseitigt die inneren Grenzen, die der richterlichen Prüfung bei der Prüfung der »Gleichheit« bzw. »Gleichartigkeit« der Tätigkeit durch die bestehende Entgeltregelung gesetzt sind. Er deckt zB. die Bewertung einer Tätigkeit als »höherwertig« und die Schaffung einer neuen, höheren Entgeltgruppe.<sup>48</sup> Das »Gleichwertigkeitsrisiko« kann der Arbeitgeber nur eingeschränkt steuern. Er kann es reduzieren, indem der Zweck an Besonderheiten des betreffenden Arbeitnehmers anknüpft, zB. an besondere Qualifikationen, die aus der Erwerbsbiographie stammen oder die sonst außerhalb des Schemas liegen, etwa spezielle Qualifikationen wie eine Sprachqualifikation in Chinesisch.

#### d) Sachgerechtigkeit der Ausgestaltung der Entlohnung

Eine strenge Kontrolle der Verhältnismäßigkeit der Differenzierung macht die Umdeutung des Diskriminierungsverbots zu einem objektiven Gerechtigkeitsgebot lückenlos. Sie unterwirft die Konkretisierung des »objektiven« Differenzierungskriteriums der Kontrolle. Der Arbeitgeber entgeht der Vermutung der geschlechtsbedingten Diskriminierung nicht schon, wenn er ein nicht geschlechtsbedingtes und sachgerechtes Kriterium für die Differenzierung beweist, sondern erst, wenn er auch die konkrete Ausgestaltung der Differenzierung (zB. die Höhe des Entgeltunterschiedes zwischen männlichem und weiblichem Arbeitnehmer) als objektiv gerechtfertigt darlegen kann.<sup>49</sup> So könnte die medizinische Qualifikation nicht ein um 50 % höheres Gehalt rechtfertigen, wenn die medizinische Qualifikation nur 10 % des Tätigkeitsbildes bei sonst gleicher Qualifikation ausmacht.

#### e) Substituierung/Ergänzung des nicht sachgerechten Entlohnungskriteriums

Ein sachlich nicht zu rechtfertigendes Entgeltkriterium fällt als tertium comparationis aus, das Entgelt wird allgemein als Arbeitsentgelt eingestuft und damit entsteht ein anderer Maßstab für die Beurteilung der Gleichwertigkeit. Diese gestalterische Wirkung des Diskriminierungsverbots wird verdeckt, wenn man seine Wirkung dahin fasst, die arbeitgeberseitige Leistung werde nun »auch« auf den bislang Benachteiligten angewendet<sup>50</sup> bzw. der Arbeitnehmer habe Anspruch auf »die vorenthaltene« Leistung. Vielmehr wird die Leistung durch den Fortfall des »unsachlichen« Entgeltkriteriums zu einer anderen, auch für den bislang Begünstigten. Im Pförtnerbeispiel wird aus der sachlich nicht zu rechtfertigenden Zulage für das große Latinum eine übertarifliche Zulage für die Arbeit,

und nun kann die Pförtnerin (Reinigungskraft<sup>51</sup>) den höheren Lohn verlangen, wenn sie die Gleichheit (Gleichwertigkeit) der Arbeit im Hinblick auf die für den Arbeitswert üblichen Kriterien nachweist. Eine ähnlich gestalterische Wirkung entfaltet das Diskriminierungsverbot durch Ergänzung des – für sich genommen ungerechtfertigten – Kriteriums durch ein kompensatorisches, die Diskriminierung beseitigendes Kriterium.<sup>52</sup>

## VI. Entgeltregulierung durch die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung

### 1. Gerechtigkeitsziel: Der »gleiche« Lohn

Das Gebot der Entgelt-Gleichbehandlung bildet den denkbaren Gegensatz zur privatautonomen Entgeltgestaltung. Es findet sich deshalb in gesetzlicher Ausdrücklichkeit nur als punktuelle Garantie. Zu nennen ist § 8 AÜG, der einen ordnungsrechtlichen Zweck verfolgt (Schutz der Tarifautonomie vor Aushöhlung durch den Einsatz tariffreier Leiharbeitnehmer) und § 4 Abs. 4 EntgTrG, der, motiviert durch das Verbot geschlechtsbedingter Entgeltdiskriminierung, die Verwendung dort näher bestimmter Entgeltkriterien gebietet.<sup>53</sup> Die Regelung dürfte in ihrem Anwendungsbereich sachlich nicht über das hinausgehen, was sich auch mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz erreichen ließe. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>54</sup> bleibt daneben anwendbar und jenseits der vom Tatbestand des § 4 Abs. 4 EntTrG genannten Fälle auch von praktischer Bedeutung. Auf ihn konzentriert sich die folgende Erörterung.

### 2. Struktur der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung

Das arbeitsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung (im Folgenden: arbeitsrechtliche Gleichbehandlung<sup>55</sup>) ist schon dem

48 EuGH, 4.2.1988 – C-157/86 – Slg. 1988, 673 (Murphy).

49 S. etwa EuGH, 17.10.1989 – 109/88 – NZA 1990, 772, 774 (Danfoss).

50 Etwa *Zwanziger*, NZA-Beilage 2012, 108, 112; ähnlich BAG, 13.4.2011 – 10 AZR 88/10 – NJW 2011, 3535, Rn. 20. Richtig dagegen BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 109/13 – AP Nr. 219 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 22 (»Regel [...] korrigieren«). Jeweils bezogen auf die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung, die Probleme liegen aber insoweit gleich.

51 Vgl. den Sachverhalt BAG, 26.1.2005 – 4 AZR 171/03 – NZA 2005, 1059.

52 S. Text zu Fn. 43.

53 Zur Falschbezeichnung des § 7 EntTrG s. oben unter V.2.

54 Im Folgenden: »arbeitsrechtliche Gleichbehandlung«.

55 Zur Terminologie BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 18.

Tatbestand nach Gebot: Es bindet die Entgeltzumessung an bestimmte Kriterien.<sup>56</sup> Es fehlt der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung die explizite gesetzliche Grundlage, über ihre Geltung<sup>57</sup> und ihren zwingenden Charakter<sup>58</sup> besteht aber Einigkeit,<sup>59</sup> so dass sie als Element der Entgeltregulierung anzusehen ist. Die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung knüpft im hier interessierenden Bereich an eine vom Arbeitgeber geschaffene Entgeltregelung an, prüft ihren »regelnden«, über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausweisenden Charakter und gebietet eine »systemgerechte« Ausgestaltung und Anwendung der vom Arbeitgeber geschaffenen Regelung im Unternehmen oder Betrieb,<sup>60</sup> nämlich ihre Anwendung auf »vergleichbare Lagen«,<sup>61</sup> notfalls die Substituierung der Regelung durch eine neue. Die rechtsethische Begründung für diese Einschränkung der Privatautonomie kann schwerlich allein im »Ideal der Gerechtigkeit« gefunden werden,<sup>62</sup> das allenfalls den Inhalt des Grundsatzes (Gleichbehandlung) erklärt, nicht aber seine Anwendung auf ein privatautonomes Handeln. Die Störung der Privatautonomie (»strukturelle Unterlegenheit«) liefert ebenfalls keine zureichende Erklärung.<sup>63</sup> Sie legitimiert den regulierenden Eingriff in die Vertragsfreiheit,<sup>64</sup> begründet aber nicht die Anwendung des Gerechtigkeitsgehalts »Gleichheit«. Dafür ist eine bestimmte Qualität des Arbeitgeber-Handelns maßgeblich, die man schon im formalen Aspekt der das einzelne Arbeitsverhältnis übersteigenden »Regelung« sehen kann,<sup>65</sup> sodass die Gleichbehandlung nicht nur bei der Gewährung von Vorteilen greift, sondern bei jedem »kollektiven« Handeln des Arbeitgebers,<sup>66</sup> wenn auch das Vorteile gewährende Verhalten praktisch im Vordergrund steht.<sup>67</sup> Diesen Charakter hat die Regelung entweder schon nach dem Willen des Arbeitgebers oder der objektiven Bedeutung<sup>68</sup> nach.<sup>69</sup> Auch dem allgemeinen Vertragsrecht ist die Vorstellung nicht fremd, eine Situation als Verteilungskonflikt aufzufassen, der das einzelne Schuldverhältnis übersteigt und nach einer Regel inter contractus verlangt.<sup>70</sup> Hier ist er Ausnahme, im Arbeitsleben infolge seiner »kollektiven« Prägung dagegen Alltag.

Der rechtsethischen Begründung muss eine rechtsdogmatische Verortung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung entsprechen, welche die Wirkung inter contractus erfasst. Dazu eignet sich der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) mit Blick auf die Unabdingbarkeit der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung<sup>71</sup> wohl eher als die Auslegung des Arbeitsvertrages.<sup>72</sup> Dem entspricht sodann der Aufgreifattbestand, der dem auf das einzelne Arbeitsverhältnis bezogenen rechtsgeschäftlichen Handeln des Arbeitgebers eine zweite, über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausweisende Bedeutung abge-

winnt. Das BAG fasst sie in neueren Entscheidungen dahin, dass eine »selbst gesetzte Regel« des Arbeitgebers vorliegen müsse, also ein Verhalten, das über den zu beurteilenden bzw. gerade geregelten Vertrag hinausweist.<sup>73</sup> § 4 Abs. 4 EntgTrG meint im Kern dasselbe mit dem Begriff »System«.<sup>74</sup> Die sub-

56 Zurückhaltender ErfK-Preis (Fn 4), § 611a BGB Rn. 575.

57 BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 18; BeckOK ArbR-Joussen (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 265.

58 Vgl. BAG, 28.3.2007 – 10 AZR 261/06 – NZA 2007, 687; Richardi/Fischinger, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB 2016, § 611 BGB Rn. 1017 (»Verbot« sachfremder Schlechterstellung bezeichnet); ErfK-Preis (Fn. 4), § 611a BGB Rn. 572 (»Grundprinzip des deutschen Arbeitsrechts«).

59 MHD ArbR-Richardi (Fn. 12), § 9 Rn. 11; ErfK-Preis (Fn. 4), § 611a BGB Rn. 572.

60 Unterscheidung zwischen einzelnen Betrieben nur bei sachlicher Rechtfertigung zulässig, BAG, 3.12.2008 – 5 AZR 74/08 – AP Nr. 206 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

61 BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 22.

62 BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 18 (dort sogar im rechtsdogmatischen Sinne verwendet; ein »Ideal« ist aber nicht Rechtsquelle oder Geltungsgrund).

63 Darauf abhebend BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – AP Nr. 220 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Leitsatz 1 (Gleichbehandlung dient zur Bändigung der aus Imparität resultierenden Gefahren).

64 Folgerichtig findet er keine Anwendung auf tarifvertragliche Regelungen, BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – AP Nr. 220 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Leitsatz mit kritischen Anmerkungen Giesen, der aber die Grundaussage nicht bezweifelt (Bl. 13).

65 Darauf abhebend BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218, § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 18 (»selbst gesetzte Regel«). Was die Anwendung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung auf jedes regelnde Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben müsste, nicht nur auf die Gewährung von Vorteilen, worüber hier nichts zu befinden ist.

66 ErfK-Preis (Fn. 4), § 611a BGB Rn. 575.

67 Vgl. BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 19; BAG, 14.12.2011 – 5 AZR 675/10 – AP Nr. 217 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 17 (»verteilende Entscheidung«).

68 Die oftmals »subjektive«, auf den einen naturalen Willen des Arbeitgebers abhebende Umschreibung der »Regelsetzung« in der Rechtsprechung (BAG, 27.7.2010 – 1 AZR 874/08 – AP Nr. 212 zu § 242 BGB Gleichbehandlung Rn. 15) verdeckt das objektiv-normative Potenzial der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung. S. etwa BAG, 6.7.2011 – 4 AZR 596/09 – AP Nr. 214 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 30 f., wo nicht wirklich die subjektive Vorstellung des Arbeitgebers maßgeblich war, zur analogen Anwendung tariflicher Tatbestände verpflichtet zu sein, sondern die Bewertung dieser analogen Anwendung als Gestaltung des Arbeitgebers durch das BAG. Deutlich »objektiver« BAG, 21.10.2009 – 10 AZR 664/08 – AP Nr. 210 zu § 242 Gleichbehandlung, Rn. 24.

69 Zu weit der Leitsatz Nr. 3 in BAG, 21.9.2011 – 5 AZR 520/10 – AP Nr. 215 zu § 242 BGB Gleichbehandlung: auf die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen komme der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Anwendung (doch nur solcher Verpflichtungen, die den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzen).

70 S. nur Schwarze, Recht der Leistungsstörungen (Fn. 8), § 4 Rn. 15 mwN.

71 Die Nichtgeltung der Gleichbehandlung für die Individualabrede (unter VI.4) ist nicht Resultat einer Abbedingung, sondern des Nichtvorliegens der Anwendungsvoraussetzungen.

72 Dafür MHD ArbR-Fischinger (Fn. 12), § 14 Rn. 11; dort (Rn. 8 ff.) auch zu anderen Begründungsansätzen.

73 BAG, 27.7.2010 – 1 AZR 874/08 – AP Nr. 212 zu § 242 Gleichbehandlung, Leitsatz 1. In der Sache gleich, durch den jeweiligen Fall induziert die Formeln »verteilende Entscheidung« (BAG, 21.9.2011 – 5 AZR 520/10 – AP Nr. 215 zu § 242 BGB Gleichbehandlung), »kollektiver Bezug« (BAG, 21.9.2011 – 5 AZR 520/10 – AP Nr. 215 zu § 242 BGB Gleichbehandlung), »Generalisierendes Prinzip« (BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 109/13 – AP Nr. 219 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 22) »abstraktes Kriterium« (BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11 – NZA 2013, 522), »Ordnung« bzw. »Regelwerk« (BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – AP Nr. 220 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Leitsatz 2).

74 In diesem Sinne stellt ErfK-Schlachter (Fn. 4), § 4 EntgTrG Rn. 6, das »System« dem »individuell Ausgehandelten« gegenüber.

jektive Formulierung des BAG verleitet zu dem Missverständnis, es bedürfe eines naturalen Regelungswillens beim Arbeitgeber. Das Regelhafte ergibt sich aus einer Bewertung des rechtsgeschäftlichen Gebarens durch das objektive Recht (§ 242 BGB), für das ein naturaler Regelungswille keine notwendige Voraussetzung ist. Das objektiv Regelhafte einer Entgeltzusage lässt sich zuerst festmachen an der rechtlichen Form, derer sich der Arbeitgeber bedient. Weist schon sie über den einzelnen Vertrag hinaus, unterfällt die Regelung dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Das gilt für die bekannten arbeitsvertraglichen Handlungstypen mit kollektivem Einschlag: Gesamtzusage, Einheitsregelung,<sup>75</sup> Betriebliche Übung. Bei Individualverträgen kann der sachliche Zusammenhang mit anderen Verträgen den verteilenden Charakter ergeben.<sup>76</sup>

### 3. Dimensionen der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung

#### a) Kontrolle des Leistungszwecks

Die Gleichbehandlungspflicht normiert entgegen erstem Anschein nicht nur relationale Gerechtigkeit, sondern – mittelbar – einen materiellen Gerechtigkeitskern. Die Programmatik der »sachlichen Rechtfertigung« setzt eine Regelung voraus, die sich auf diese Weise kontrollieren lässt, was wiederum einen »sachlichen« Leistungszweck erfordert, also einen Zweck, der sich in überprüfbare und sachbezogene Entgeltkriterien umsetzen lässt. Der Arbeitgeber kann daher im Einzugsbereich der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung den Leistungszweck nicht »willkürlich« bestimmen, sondern – unter Ausnutzung eines weiten Spielraums – nur »bis zur Grenze der Willkür«.<sup>77</sup>

#### b) Auffinden eines vom Arbeitgeber gesetzten Regelatbestandes

Die Kriterien schöpft das Gleichbehandlungsgebot zwar nicht aus sich, es knüpft an vom Arbeitgeber verwendete Kriterien für die Zumessung von Entgelt an. Wenn der Arbeitgeber zB. Beschäftigten einer bestimmten Abteilung eine Zulage von 200 € monatlich zahlt, die er anderen nicht zahlt, ist die Zugehörigkeit zur Abteilung das maßgebliche Kriterium, das von der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung aufgegriffen und zu einem allgemeinen Gebot der Entgeltregulierung erhoben wird: »Allen Beschäftigten der Abteilung X steht eine übertarifliche Zulage in Höhe von 200 € zu.« Es wäre aber falsch, der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung jede gestalterische Wirkung abzusprechen und sie als bloß formalen Mechanismus zum

Auffinden und konsequenten Anwenden einer vom Arbeitgeber gewollt oder ungewollt aufgestellten Regel zu interpretieren. Denn ob die »Zugehörigkeit zur Abteilung X« ein maßgebliches Kriterium der Entgeltregelung ist, ob der Arbeitgeber seinem Verhalten eine Regel zugrunde legt, ist nicht (allein) eine Sache des arbeitgeberischen Willens, sondern ebenso einer Bewertung dieses Willens durch den Grundsatz der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung. Die zweite, gestalterische Wirkung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes besteht demnach darin, ein vom Arbeitgeber praktiziertes Vergütungsverhalten zu einer tatbestandlichen Regel zu machen, auch wenn eine Regelintention des Arbeitgebers nicht oder nicht mit dem betreffenden Inhalt besteht. Im Beispiel: Der Arbeitgeber zahlt bislang allen Kundenberatern eine Zulage von 200 € aufgrund arbeitsvertraglicher Regelung. Der Gleichbehandlungsgrundsatz formt daraus den Tatbestand: »Kundenberatern wird eine Zulage von 200 € gezahlt« und wendet ihn auf alle Kundenberater an. Diese Wirkung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes wird praktisch vor allem in den Fällen, in denen die vom Arbeitgeber praktizierte Regel nicht intendiert und infolgedessen nicht explizit ist.

#### c) »Analogie« zu dem vom Arbeitgeber gesetzten Regelatbestand

Die dritte Wirkung der Gleichbehandlung weist über den vom Arbeitgeber gesetzten Tatbestand hinaus und bezieht die »gleichartigen« und »gleichwertigen« Tätigkeiten in die Entgeltregelung mit ein wie bei den Diskriminierungsverboten. »Gleichartig« bezieht sich auf die Vergleichbarkeit der Arbeitsleistung in technischer Hinsicht, dh. im Hinblick auf Anforderungen und Belastungen, »gleichwertig« meint die Vergleichbarkeit im Hinblick auf ihre ökonomische Wertigkeit. Der Sache nach geht es um eine Analogie zu der vom Arbeitgeber gesetzten Regel. Im Beispiel: Der Arbeitgeber zahlt allen Kundenberatern eine Zulage in Höhe von 200 €. Der Grund liege in der Verantwortung der Kundenberater für den geschäftlichen Erfolg des Unternehmens durch Kundenkontakt, Herstellung von Kundenzufriedenheit. Nun verlangen zwei Servicemitarbeiter ebenfalls diese Zulage: Auch sie beraten Kunden, nur eben nicht beim Verkauf, sondern hernach bei Reklamationen, sind also in gleicher Weise für den Erfolg

75 BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 109/13 – AP Nr. 219 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 22.

76 Näher unter VI.4.

77 BAG, 3.12.2008 – 5 AZR 74/08 – AP Nr. 206 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Leitsatz 4 und Rn. 21.

des Unternehmens verantwortlich. Bewertet man ihre Tätigkeit deshalb als »gleichartig« im Sinne der Gleichbehandlungsdogmatik, führt dies zu einem Anspruch auf die Zulage, obgleich der vom Arbeitgeber gesetzte Tatbestand (»Kundenberater«) nicht erfüllt ist. Es handelt sich um eine analoge Anwendung des Tatbestandes oder um eine teleologische Extension. Dasselbe würde für die Gleichbehandlung aufgrund »Gleichwertigkeit« zu sagen sein. Praktisch entsteht diese Wirkung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung vorzugsweise bei expliziten Regelungstatbeständen, insbesondere bei vertraglichen Regelungen mit kollektivem Einschlag.

#### d) Substituierung des vom Arbeitgeber gesetzten Regelatbestandes

Die vierte Schicht der vom arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz produzierten Wirkung kann als Substituierung charakterisiert werden. Die vom Arbeitgeber gesetzte Regel wird mangels sachlicher Begründbarkeit durch eine andere ersetzt.<sup>78</sup> Im Beispiel: Die Mitarbeiter der Damenoberbekleidung in einem Warenhaus erhalten eine Zulage von 100 € monatlich, ohne dass es für die Begrenzung auf diese Personengruppe einen plausiblen Grund gibt. Der vom Arbeitgeber gesetzte Entgelttatbestand »Mitarbeiter der DOB-Abteilung« wird deshalb ersetzt durch den Tatbestand »alle Arbeitnehmer«.

### 4. Arbeitsrechtliche Gleichbehandlung und Privatautonomie

Ihren Freiraum bewahren kann die Privatautonomie gegenüber dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in erster Linie, indem sie schon die Anwendung und damit jedenfalls die Handlungstypen mit kollektivem Einschlag (Gesamtzusage, Einheitsregelung, Betriebliche Übung) meidet. Bei der individualvertraglichen Regelung kann nicht schon aus der Form auf das Regelhafte geschlossen werden, sondern nur aus dem Inhalt. Das gilt in beide Richtungen: Es kann beim »gestellten« Einzelvertrag nicht aus der »Stellung« des Vertrages auf eine Regel geschlossen werden, denn auch der gestellte Vertrag kann auf den Einzelfall beschränkt sein (vgl. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Allerdings muss der Arbeitgeber beim »gestellten« Vertrag den Einzelfallcharakter darlegen und beweisen, da die »Stellung« idR. eine Vermutung für den Einheitsvertrag begründet. Umgekehrt kann beim ausverhandelten Vertrag (§ 305b BGB) nicht schon aus dem Procedere – dem »Ausverhandeln« – auf die Gleichbehand-

lung geschlossen werden. Vielmehr kann der ausverhandelte Vertrag Ausgangspunkt einer Gleichbehandlungspflicht sein, wenn das Verhandlungsverhalten des Arbeitgebers schematisiert ist,<sup>79</sup> wenn zB. der Arbeitgeber allen Arbeitnehmern einer Abteilung oder einer bestimmten Entgeltgruppe bezüglich übertariflicher Leistungen dasselbe Verhandlungsangebot unterbreitet, um sich dann ggf. auf individuelle Gegenvorschläge der Beschäftigten einzulassen und sich darauf zu verständigen, kann eine Pflicht zur Gleichbehandlung bezüglich des Angebots entstehen. Diese Pflicht kann sich einmal darauf erstrecken, dieselben Angebote zu unterbreiten. Sie kann sich aber auch auf die Bereitschaft zur Annahme des arbeitnehmerischen Gegenvorschlags beziehen, wenn man sich etwa vorstellt, dass diese Gegenvorschläge schematisiert auftreten (es hat sich herumgesprochen, dass der Arbeitgeber auf bestimmte Forderungen eingeht) und der Arbeitgeber sich ebenso schematisiert darauf einlässt. Damit verhält er sich dann regelhaft. Dem steht nicht entgegen eine Entscheidung des BAG, in der das Gericht die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes abgelehnt hat auf einen Vorgang, in dem der Arbeitgeber die Änderung des Arbeitsvertrages angeboten hatte (Zahlung einer Zulage) und einige Arbeitnehmer, die das Angebot ablehnten, anschließend den angebotenen Betrag aus Gleichbehandlung forderten. Die Ungleichbehandlung begründeten sie einfach damit, dass die übergroße Mehrheit der Arbeitnehmer die Zulage erhielten, sie aber nicht. Das BAG begründet seine ablehnende Entscheidung einleuchtend damit, die Änderung beruhe hier auf der Annahme der Angebote und damit nicht auf Arbeitgeberverhalten.<sup>80</sup> Hinzuzufügen wäre, dass der Arbeitgeber dort, wo es um sein Verhalten ging – bei der Unterbreitung des Änderungsangebots – der Gleichbehandlungspflicht genügt hatte, da er das Angebot allen Arbeitnehmern machte.

### Zusammenfassung

1. Lohngerechtigkeit wird im deutschen Vertrags- und Arbeitsrecht als Regelungsfrage betrachtet. Sie ist da-

78 Beispielhaft BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 30; BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 109/13 – AP Nr. 219 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 22 (»Regel [...] korrigieren«).

79 Vgl. BAG, 21.10.2009 – 10 AZR 664/08 – AP Nr. 210 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 24 (»abstraktes Prinzip«).

80 BAG, 14.12.2011 – 5 AZR 675/10 – AP Nr. 217 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 18.

- mit primär eine Frage des richtigen Verfahrens und der Verfahrensgerechtigkeit. Das für das Arbeitsverhältnis typische Versagen des vertraglichen Verfahrens macht die Regulierung des Arbeitsentgelts durch zwingende normative Regelungen zum Normalfall für den Arbeitsmarkt.
2. Nach der Intensität der Regulierung lassen sich drei Typen der Lohnregulierung unterscheiden: (1) die Regulierung eines Minimalschutzes, (2) die Regulierung struktureller Gerechtigkeit (Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung) und (3) die vollständige Regulierung.
  3. Der staatlich geprägte Teil der Entgeltregulierung erfolgt durch staatliche und staatlich-verbandliche (kooperative) Rechtsakte. Die staatlich geprägte Entgeltregulierung verfolgt vier verschiedene Lohngerechtigkeiten: den auskömmlichen Lohn, den nicht-ausbeuterischen Lohn, den diskriminierungsfreien Lohn und den gleichen Lohn. Weitergehende Gerechtigkeitsziele (insbes. Leistungsgerechtigkeit, Marktgerechtigkeit) bleiben den Kollektivvertragssystemen überlassen.
  4. Das *Mindestlohngesetz* zielt auf die *Auskömmlichkeit* des Lohns. Deshalb ist der Mindestlohn »absolut« zwingend, dh. auch im Verhältnis zu einem Arbeitnehmer mit ausreichender Verhandlungsmacht nicht abdingbar oder gestaltbar. Die Auskömmlichkeit wird im MiLoG nicht vertragsbezogen, sondern arbeitsbezogen definiert: Man soll von seiner Hände Arbeit (Vollzeitkontingent) leben können, man muss nicht unbedingt von einem einzigen Arbeitsvertrag leben können. Der Leitgedanke der Auskömmlichkeit strahlt auf die Gestaltungsspielräume im Umfeld der zwingend geregelten Lohnquantität aus: die Zulässigkeit und Begrenzung von qualitativen Lohngestaltungen. Er verlangt zudem einen zweckentsprechenden Begriff der Arbeitszeit.
  5. Das *Gebot des sittengemäßen Lohns I* (§ 138 Abs. 1 BGB) zielt auf den auskömmlichen Lohn; es wird durch das MiLoG als spezieller Regelung verdrängt. Das *Gebot des sittengemäßen Lohns II* (§ 138 Abs. 2 BGB) schützt in einem Mindestumfang vor der unangemessenen Ausbeutung übermäßiger Markt- bzw. Verhandlungsmacht. Der sittengemäße Lohn II kann ohne sachlichen Widerspruch neben dem gesetzlichen Mindestlohn fortbestehen. Er ist gestaltbar, wenn der Arbeitnehmer über ausreichende Verhandlungsmacht verfügt.
  6. Paradigmatisch für das *Verbot des diskriminierenden Lohns* steht das Verbot der geschlechtsbedingten Entgeltdiskriminierung (Art. 157 AEUV, §§ 3, 7 EntgTrG). Der EuGH hat das Verbot, an das Geschlecht anzuknüpfen, zu einem Gebot einer sachgerechten Entgeltgestaltung zwischen den Geschlechtern aus- bzw. umgedeutet. Der Befund ungleicher Bezahlung von Mann und Frau begründet eine Vermutung für deren Geschlechtsbedingtheit, die entkräftet werden kann nicht mit dem Nachweis eines nicht geschlechtsbezogenen Grundes, sondern nur mit dem Nachweis eines nicht geschlechtsbezogenen »sachlichen« Grundes, der überdies nicht nur den Unterschied als solchen, sondern auch den Umfang des Lohnunterschiedes rechtfertigt. Der EuGH etabliert somit ein Gebot der sachgerechten Entgeltgestaltung zwischen Arbeitnehmern unterschiedlichen Geschlechts, das der Privatautonomie keinen Raum mehr lässt.
  7. Das *Gebot des gleichen Lohns* findet neben einigen ausschnittshaften gesetzlichen Regelungen (§ 8 AÜG, § 4 Abs. 4 EntTrG) eine allgemeinere Ausprägung im richterrechtlichen Grundsatz der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung. Auch die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung ist an eine besondere Anwendungsvoraussetzung gebunden: dass der Arbeitgeber sich in einem objektiven Sinne »regelhaft« verhält. Die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung engt den Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers bei Entgeltregelungen implicite schon hinsichtlich des Leistungszwecks ein, der nicht willkürlich, sondern sachlich sein muss. Sodann bewertet und entscheidet sie über den Regelcharakter des arbeitgeberischen Entlohnungsverhaltens. Schließlich ergänzt, korrigiert oder substituiert sie, wo sachlich geboten, die arbeitgeberische Lohnregel.

# Die Funktion des Betriebsrats bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit – Gedanken am Beispiel der Mitbestimmung bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen\*

Prof. Dr. Thomas Raab, Universität Trier

## I. Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Lohngestaltung im System des geltenden Arbeitsrechts

### 1. Die verschiedenen Gestaltungsfaktoren zur Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit

Fragt man nach der Rolle und der Bedeutung des Betriebsrats bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit, so steht am Anfang der Überlegungen die Erkenntnis, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats in Entgeltfragen nicht der einzige, ja noch nicht einmal der zentrale Gestaltungsfaktor im geltenden Arbeitsrecht ist. Vielmehr spielen – lässt man die relativ junge Möglichkeit der gesetzlichen Lohnregelung durch das MiLoG einmal außen vor – für die Entgeltgestaltung vor allem zwei Faktoren eine entscheidende Rolle: der Arbeitsvertrag und der Tarifvertrag. Beiden kommt bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit eine besondere Bedeutung zu. Der Arbeitsvertrag ist traditionell das privatrechtliche Instrument zur Bestimmung des Preises für eine angebotene Leistung. Mit der »vereinbarten Vergütung« (§ 611a Abs. 2 BGB) bestimmen die Parteien das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und verwirklichen damit zugleich das, was *Aristoteles* mit dem Begriff der Austauschgerechtigkeit bezeichnet hat.<sup>1</sup> Auch der Tarifvertrag ist ein entscheidender Faktor der Preisbildung und damit der Austauschgerechtigkeit. Er stellt sicher, dass dem Arbeitnehmer ein bestimmtes Mindestentgelt zusteht und verhindert dadurch ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Zugleich beeinflusst er nicht unwesentlich die Verteilung der auf Seiten der Arbeitgeber für die Vergütung der Arbeitnehmer insgesamt verfügbaren Mittel, legt er doch die Vergütungsunterschiede zwischen den Arbeitnehmern verschiedener Lohngruppen fest. Auch wenn man dem Tarifvertrag keine Verteilungsfunktion beimessen mag,<sup>2</sup> so lässt sich doch eine tatsächliche Vertei-

lungswirkung im horizontalen Verhältnis zwischen den Arbeitnehmern schwerlich bestreiten. Die tarifliche Regelung verwirklicht damit zumindest teilweise das, was in der aristotelischen Terminologie als Verteilungsgerechtigkeit bezeichnet wird.<sup>3</sup> *Detlev Joost* hat daher in einem Beitrag im Jahre 1993 treffend festgestellt, dass die betriebliche Mitbestimmung im Bereich des Entgelts nicht etwa ein Niemandsland besetze, in dem außer Chaos nichts vorhanden wäre. Sie treffe vielmehr auf ältere Geschwister, die das Terrain der Entgeltgestaltung schon unter sich aufgeteilt hätten und die zudem Verfassungsrang genossen: der Arbeitsvertrag über die Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG, die Tarifautonomie über die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG.<sup>4</sup>

### 2. Die Funktion der betrieblichen Mitbestimmung

Damit stellt sich die Frage, welche Funktion der betrieblichen Mitbestimmung in diesem Bereich noch zukommen kann. Cum grano salis handelt es sich dabei um eine komplementäre Funktion.<sup>5</sup> Der Betriebsrat kommt als gestaltender Akteur dann ins Spiel, wenn und soweit die übrigen Gestaltungsfaktoren ausfallen oder an ihre Grenzen stoßen. Im

\* Schriftliche, um Nachweise ergänzte Fassung des Vortrags, den der Verf. auf dem von dem Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen und dem Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts veranstalteten 15. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht am 26.10.2017 gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. Nachweise in den Fußnoten sind als ergänzende Hinweise gedacht und erheben keinen Anspruch auf vollständige Auswertung der umfangreichen, zu dem Thema erschienenen Literatur.

1 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Leipzig 1911, V 5 1131a.

2 Eine Verteilungsfunktion bejahend *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, Tübingen 2017, Rn. 1736 ff.; *Treber* in: *Schaub* (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., München 2017 (im Folgenden: *Schaub*), § 196 Rn. 4.

3 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (Fn. 1), V 5 1131b.

4 *Joost*, ZfA 1993, 257, 276.

5 Vgl. *Reichold*, RdA 1995, 147, 153; *ders.*, FS Konzen, 2006, S. 763, 773; zust. *Raab*, ZfA 2001, 31, 57.

Verhältnis zum Tarifvertrag kommt dieses komplementäre Verhältnis im Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG, dem sog. Tarifvorbehalt,<sup>6</sup> zum Ausdruck. Der Betriebsrat hat nur mitzubestimmen, »soweit eine tarifliche Regelung nicht besteht«. Nur wenn es keinen (für den Betrieb geltenden) Tarifvertrag gibt, der das Arbeitsentgelt regelt, oder soweit es um Entgeltfragen geht, die im Tarifvertrag nicht oder nicht abschließend geregelt sind, ist Raum für die betriebliche Mitbestimmung. Das Verhältnis zum Arbeitsvertrag wiederum wird bestimmt durch das im Gesetz nicht ausdrücklich genannte Erfordernis des »kollektiven Tatbestands«.<sup>7</sup> Wenn und soweit der Arbeitgeber mit Arbeitnehmern individuelle Vergütungsabreden trifft, ist dem Betriebsrat eine Einmischung verwehrt. Seine Gestaltungsaufgabe beginnt erst, wenn es um Vergütungsregelungen geht, die das einzelne Arbeitsverhältnis, die individuelle Austauschbeziehung, gleichsam transzendieren und damit Verteilungsfragen aufwerfen, die sich auf der Ebene der Zweierbeziehung zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer nicht lösen lassen.<sup>8</sup>

Das BAG sieht den Zweck der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG darin, den Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Unternehmers orientierten oder willkürlichen Lohngestaltung zu schützen.<sup>9</sup> Das Mitbestimmungsrecht solle die Angemessenheit und Durchsichtigkeit des innerbetrieblichen Lohngefüges und die Wahrung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sichern.<sup>10</sup> Gegenstand seien dabei nicht etwa die konkrete, absolute Höhe des Arbeitsentgelts, sondern die Grundsätze über die Verteilung der vom Arbeitgeber für die Entlohnung bereitgestellten Mittel. Ein mitbestimmungspflichtiger Tatbestand mit kollektivem Bezug sei – in Abgrenzung von den mitbestimmungsfreien Individualregelungen – gegeben, wenn es um die »Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen« gehe, dh. um die Bestimmung der abstrakt-generellen Grundsätze der Entgeltfindung sowie deren Änderung.<sup>11</sup>

## II. Die neuere Rechtsprechung des BAG zur Mitbestimmung bei Änderung von bestehenden Vergütungssystemen

In neuerer Zeit hat sich das BAG in einer Vielzahl von Entscheidungen<sup>12</sup> mit der Frage beschäftigt, welche Auswirkungen das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10

BetrVG bei der Änderung betrieblicher Vergütungssysteme hat. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob der Arbeitgeber an ein in der Vergangenheit (wirksam) eingeführtes Vergütungssystem betriebsverfassungsrechtlich, also im Verhältnis zum Betriebsrat, bis zu einer Neuregelung gebunden bleibt, und zwar auch im Hinblick auf die Arbeitnehmer, denen gegenüber eine, aus dem Arbeitsverhältnis folgende schuldrechtliche Pflicht zur Anwendung dieses Vergütungssystems gar nicht besteht.

### 1. Die Konzeption des BAG und deren praktische Folgen für die Rechtsanwendung

#### a) Der Ausgangsfall

Zur Illustration der neuen Rechtsprechung bietet sich nach

6 In Rspr. und Literatur wird keine einheitliche Terminologie verwendet. Vielfach ist im Zusammenhang mit § 87 Abs. 1 BetrVG vom »Tarifvorrang« die Rede (so etwa BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972/ Lohngestaltung, unter C II 1; *Kamanabrou*, Arbeitsrecht (Fn. 2), Rn. 2636 ff.; *Preis*, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2017, Rn. 2210 ff.; *Richardi*, in: *Richardi* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl., München 2018 (im Folgenden: *Richardi*), § 87 Rn. 143. Dies scheint mir den maßgeblichen Regelungsgehalt nicht zu treffen. Es geht nicht um einen Vorrang der tariflichen vor der betrieblichen Regelung. Ein solcher kommt vielmehr in § 77 Abs. 3 BetrVG zum Ausdruck, wenn er eine Betriebsvereinbarung über tariflich geregelte Gegenstände ausschließt und damit dem Tarifvertrag zur Sicherung der Koalitionsfreiheit den unbedingten, nicht durch das Günstigkeitsprinzip eingeschränkten Vorrang vor der Betriebsvereinbarung verleiht. Im Rahmen des § 87 Abs. 1 BetrVG geht es dagegen darum, dass es einer Beteiligung des Betriebsrats nicht mehr bedarf, wenn eine (abschließende und im Betrieb anwendbare) tarifliche Regelung existiert. Die Mitbestimmungsrechte bestehen daher nur, wenn die Beteiligung zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen erforderlich ist, stehen damit gleichsam »unter dem Vorbehalt« des Fehlens einer tariflichen oder gesetzlichen Regelung. Deshalb erscheint der Begriff »Tarifvorbehalt« zutreffend. Wie hier BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 18; BAG, 20.2.2018 – 1 ABR 53/16 – NZA 2018, 954, Rn. 20; *Wiese*, in: *Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl., Köln 2018 (im Folgenden: GK-BetrVG), § 87 Rn. 54 ff.; *ders.*, RdA 2012, 332, 336.

7 BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C III 3b; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22; BAG, 24.10.2017 – 1 AZR 346/16 – AP Nr. 154 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 20.

8 Zur Bedeutung und zur Konkretisierung des kollektiven Tatbestands speziell im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG *Raab*, ZfA 2001, 31, 56 ff.

9 BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C III 1a; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 15.

10 BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C III 1a; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972, Lohngestaltung Rn. 15; BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 19.

11 BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C III 3 b dd; BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 15; sa. *Koch*, SR 2016, 131, 132; *Kref*, FS Kreutz, 2010, S. 263, 264.

12 S. hierzu die Nachweise in Fn. 20 und 21.

wie vor ein Rückgriff auf die Ausgangsentscheidung des BAG aus dem Jahre 2002 an.<sup>13</sup> Stark vereinfacht lag dieser Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde. Der Arbeitgeber hatte mit der zuständigen Gewerkschaft einen Haustarifvertrag geschlossen, der mehrere Lohnbestandteile enthielt. Unter anderem war eine Grundvergütung vorgesehen, die sich aufgrund der Vereinbarung von Lebensaltersstufen mit steigendem Lebensalter erhöhte. Dieser Tarifvertrag war von dem Arbeitgeber wirksam gekündigt worden. Für die nach Ablauf der Kündigungsfrist neu eingestellten Arbeitnehmer wählte der Arbeitgeber ein neues Vergütungsmodell, das lediglich die – in ihrer Höhe an den gekündigten Tarifvertrag angelehnte – Grundvergütung, nicht dagegen die Lebensaltersstufen vorsah. Die mit den Lebensaltersstufen verbundene Vergütungsdynamik wurde damit beseitigt.<sup>14</sup> Als Ersatz für die weggefallenen Lebensaltersstufen vereinbarte der Arbeitgeber mit den neu eingestellten Arbeitnehmern eine als »weitere Zulage« bezeichnete Leistung, welche die Differenz weitgehend, aber nicht vollständig ausglich und zudem keine weitere Dynamisierung enthielt. Die übrigen tariflichen Vergütungsbestandteile (Ortszuschlag, allgemeine Zulage, vermögenswirksame Leistungen) wurden vollständig aus dem Tarifvertrag übernommen. Mit dem im Betrieb gebildeten Betriebsrat war dieses neue Vergütungsmodell nicht abgestimmt. Die klagende Arbeitnehmerin, die nach dem Ende des Tarifvertrags einen Arbeitsvertrag auf der Basis des neuen Vergütungsmodells erhalten hatte, verlangte in dem Prozess die Zahlung der Differenz zwischen der bei Berücksichtigung der Lebensaltersstufen sich ergebenden Grundvergütung und der arbeitsvertraglich vereinbarten Vergütung, welche sich aus der Summe aus Grundvergütung ohne die Lebensaltersstufen zuzüglich der weiteren Zulage ergab.

### b) Die Lösung des BAG

Das BAG hielt die Klage für begründet. Zwar könne die Arbeitnehmerin den Anspruch nicht auf den Tarifvertrag stützen, da dieser wirksam gekündigt und das Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf der Kündigungsfrist begründet worden, mithin von der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG nicht erfasst sei.<sup>15</sup> Selbst wenn man eine Nachwirkung auch bei neu begründeten Arbeitsverhältnissen bejahe, stelle der Arbeitsvertrag zumindest eine »andere Abmachung« dar, die den Tarifvertrag ersetzt habe. Auch auf den Gleichbehandlungsgrundsatz lasse sich der Anspruch nicht stützen. Die Entscheidung, neu eingestellten Arbeitnehmern nach

Auslaufen des Tarifvertrags nicht mehr die volle tarifliche Vergütung zu gewähren, sei ein hinreichender Sachgrund für die Ungleichbehandlung im Verhältnis zu den bereits zuvor beschäftigten Arbeitnehmern.

Der Anspruch ergebe sich jedoch aus dem Umstand, dass der Arbeitgeber das im Betrieb geltende Vergütungssystem ohne Zustimmung des Betriebsrats abgeändert habe. Bis zu einer mit dem Betriebsrat abgestimmten Neuregelung sei der Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet, das tarifliche Vergütungsmodell zumindest von seiner Struktur her anzuwenden.<sup>16</sup> Dies bedeute nicht, dass er die bisherige tarifliche Vergütung in ihrer jeweiligen Höhe auch den neu eingestellten Arbeitnehmern gewähren müsse. Schließlich unterliege die Höhe des Entgelts nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Er müsse aber das System aus Grundvergütung und dynamisierten Lebensaltersstufen beibehalten.<sup>17</sup> Das Gericht zeigt auch einen Weg auf, wie der Arbeitgeber die Vergütung habe absenken können, ohne das Mitbestimmungsrecht zu verletzen. So könne er die Grundvergütung für die unterste Lebensaltersstufe gegenüber dem Tarifvertrag herabsetzen, so dass sich selbst bei Einbeziehung der Lebensaltersstufen eine im Ergebnis auf das gewünschte Niveau abgesenkte Vergütung ergebe.<sup>18</sup>

Da es an der erforderlichen Zustimmung des Betriebsrats fehle, sei die vom Arbeitgeber vorgenommene Änderung des Vergütungssystems nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auch im Verhältnis zu dem betroffenen Arbeitnehmer unwirksam. Dieser könne vielmehr verlangen,

13 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

14 Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201.

15 Nach st. Rspr. kommt eine Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG nur in Betracht, wenn der Tarifvertrag während seiner Laufzeit für das Arbeitsverhältnis nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG unmittelbare und zwingende Wirkung entfaltet hat. Eine »Weitergeltung« des Tarifvertrages nach seinem Ablauf setze eine »Geltung« vor dem Ablauf voraus. BAG, 22.7.1998 – 4 AZR 403/97 – AP Nr. 32 zu § 4 TVG Nachwirkung unter 2 mwN.; BAG, 15.11.2006 – 10 AZR 665/05 – AP Nr. 34 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, Rn. 32; ebenso Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl., München 2017, § 4 Rn. 814 f.; Schaub-Treber (Fn. 2), § 208 Rn. 18; zur Gegenansicht etwa Bepler, in: Däubler, TVG, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 4 Rn. 887 ff.; Wank, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl., München 2007, § 4 Rn. 332.

16 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4.

17 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4c; BAG, 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – AP Nr. 31 zu § 3 TVG, unter IV 2 b.

18 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4 c.

nach dem bisher geltenden System, also einschließlich der Lebensaltersstufen, vergütet zu werden, auch wenn dies dazu führe, dass der Arbeitnehmer damit eine höhere als die vertraglich vereinbarte Vergütung erhalte.<sup>19</sup>

## 2. Die theoretischen Grundlagen der neueren Rechtsprechung – eine kritische Analyse

Bekanntermaßen ist diese Rechtsprechung, die das Gericht danach mehrfach bestätigt hat<sup>20</sup> und die in jüngster Zeit in einer ganzen Kaskade von Entscheidungen weiter präzisiert worden ist<sup>21</sup>, in der rechtswissenschaftlichen Literatur auf – zum Teil entschiedene – Ablehnung gestoßen.<sup>22</sup> Die Kritik bezieht sich mitunter nur auf einzelne Begründungselemente, häufig aber auf den gesamten gedanklichen Ansatz. Es lohnt daher, das gedankliche Fundament, das im Übrigen durch die Folgeentscheidungen sowie die Erläuterungen der an den Entscheidungen beteiligten Richter<sup>23</sup> verdeutlicht und präzisiert worden ist, noch einmal genauer zu beleuchten.

### a) Die Bindung des Arbeitgebers an ein bestehendes Vergütungssystem

Ausgangspunkt der Rspr. ist zunächst die These des BAG, dass der Arbeitgeber an eine von ihm aufgestellte Vergütungsordnung kollektivrechtlich gebunden ist. Rechtsgrundlage ist insoweit § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Nach Sinn und Zweck des Mitbestimmungstatbestandes müsse der Arbeitgeber die im Betrieb bestehenden Entlohnungsgrundsätze solange zur Anwendung bringen, bis diese durch eine mit dem Betriebsrat vereinbarte neue Vergütungsordnung abgelöst würden. Dies gelte unabhängig davon, auf welcher Rechtsgrundlage die Ordnung in der Vergangenheit im Betrieb praktiziert worden sei.<sup>24</sup> Nach der Konzeption des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hänge das Mitbestimmungsrecht nicht vom Geltungsgrund der Entgeltleistung, sondern allein vom Vorliegen eines kollektiven Tatbestandes ab.<sup>25</sup>

Dem ist entgegengehalten worden, dass das Gericht in keiner Weise begründet, woraus sich diese Bindung des Arbeitgebers an die (kollektive) Ordnung ergeben soll, wenn die Rechtsgrundlage, die für ihre Einführung maßgeblich war, entfallen ist.<sup>26</sup> Handelt es sich – wie im Ausgangsfall – um ein tarifliches Entlohnungssystem, so ist der Arbeitgeber hieran nur gebunden, solange der Tarifvertrag besteht. Ist dieser beendet, lassen sich hieraus allenfalls noch Ansprüche für diejenigen Arbeitnehmer ableiten, für

welche der Tarifvertrag nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirkt. Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur gelangen, wenn man der tariflichen Regelung – zumindest soweit es die Entgeltstrukturen und nicht die nominelle Höhe des Tarifentgelts angeht – den Charakter einer Betriebsnorm beimessen würde.<sup>27</sup> Dies wird aber vom BAG – mit Recht – ausdrücklich abgelehnt.<sup>28</sup>

Noch weniger erschließt sich, dass nach Ansicht des Gerichts offenbar auch eine mit individualrechtlichen Instrumenten geschaffene Vergütungsordnung eine betriebs-

19 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4.

20 BAG, 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – AP Nr. 31 zu § 3 TVG, unter IV 1 c aa; BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 26 ff.; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 24 ff.; BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, Rn. 23; BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16 ff.

21 BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Rn. 35 ff.; BAG, 25.4.2017 – 1 AZR 427/15 – AP Nr. 153 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 15 ff.; sa. BAG, 24.1.2017 – 1 ABR 6/15 – AP Nr. 149 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 21.2.2017 – 1 ABR 12/15 – AP Nr. 150 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 23.8.2017 – 10 AZR 136/17 – AP Nr. 307 zu § 611 BGB Gratifikation, Rn. 29.

22 Bauer/Günther, DB 2009, 620 ff.; Caspers, FS Löwisch, 2007, S. 45 ff.; Jacobs, FS Säcker, 2011, S. 201, 204 ff.; Lobinger, RdA 2011, 76, 87 f.; Reichold, FS Konzen, 2006, S. 763, 764 ff.; ders., FS Picker, 2010, S. 1079, 1082 ff.; ders., RdA 2011, 311 ff.; ders., RdA 2013, 108 ff.; Richardi-Richardi (Fn. 6), § 87 Rn. 896; Wiese, RdA 2012, 332, 335 ff.; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit (Fn. 6), § 87 Rn. 967 ff. mwN. in Rn. 969; verteidigt wurde sie im Wesentlichen von den Angehörigen des Gerichts selbst in verschiedenen Veröffentlichungen; vgl. vor allem Krefz, FS Kreutz, 2010, S. 263 ff.; ders., FS Bepler, 2012, S. 317, 324 ff.; Koch, SR 2016, 131, 136 ff.; sa. Bepler, FS Bauer, 2010, S. 161, 166 ff., der den Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Vergütung nach den bisher im Betrieb angewandten kollektiven Entlohnungsgrundsätzen allerdings nicht auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern auf den Gleichbehandlungsgrundsatz stützen will; hiergegen Caspers, FS Löwisch, 2007, S. 45, 49 f.; Jacobs, FS Säcker, 2011, S. 201, 208 f.; Reichold, FS Picker, 2010, S. 1079, 1088 f.

23 Krefz, FS Kreutz, 2010, S. 263 ff.; ders., FS Bepler, 2012, S. 317 ff.; Koch, SR 2016, 131 ff.

24 BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 17; BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 37; Krefz, FS Kreutz, 2010, S. 263, 266.

25 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22; BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, Rn. 23; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 17; insoweit zust. Jacobs, FS Säcker, 2011, S. 201, 205.

26 Jacobs, FS Säcker, 2011, S. 201, 204 ff.; Jacobs/Frieling, FS von Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 187 ff.; Reichold, FS Konzen, 2006, S. 763, 768 f.; ders., RdA 2011, 311, 312 f.; ders., FS Wank, 2014, S. 457, 460 ff.; s. zuletzt ders., Anm. AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 1 (»Mythos einer irgendwie kollektiv und faktisch fortgeltenden Vergütungsordnung«).

27 Vgl. Jacobs, FS Säcker, 2011, S. 201, 207; zur Nachwirkung von Betriebsnormen nach § 4 Abs. 5 TVG vgl. Franzen, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl., München 2018 (im Folgenden: ErfK), § 4 TVG Rn. 55.

28 BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, Rn. 22; BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16.

verfassungsrechtliche Bindungswirkung erzeugen können soll. Hängt die Bindungswirkung eines bestehenden Vergütungssystems nicht vom rechtlichen Geltungsgrund der Entgeltleistung, sondern nur vom Vorliegen eines kollektiven Tatbestandes ab, so wären vertragliche Vergütungsvereinbarungen betriebsverfassungsrechtlich für den Arbeitgeber schon dann bindend, wenn ihnen ein kollektives Vergütungsschema zugrunde liegt, was regelmäßig der Fall sein dürfte, wenn es sich um allgemeine Arbeitsbedingungen handelt. Innerhalb eines solchen kollektiven Systems wären ohne Zustimmung des Betriebsrats lediglich individualrechtliche Abreden zulässig, welche allein die Vergütungshöhe betreffen, da diese der Mitbestimmung entzogen ist.<sup>29</sup> Soweit es um die Kriterien der Vergütungsbemessung geht, wäre eine Bindungswirkung hingegen nur dann ausgeschlossen, wenn sich der Arbeitgeber nicht nur des Instruments des Arbeitsvertrags bedient, sondern die Vergütungsregelung auch inhaltlich individuell ausgestaltet, also kein kollektives Vergütungsschema zugrunde legt.

In allen Fällen, in denen das BAG eine kollektivrechtliche Bindungswirkung von nicht mit dem Betriebsrat vereinbarten tariflichen oder vertraglichen Vergütungsregelungen annimmt, drängt sich freilich die Frage auf, wie es zu dieser »Metamorphose«<sup>30</sup> in eine betriebliche Vergütungsordnung kommt, setzt doch eine kollektivrechtliche Bindung des Arbeitgebers im Verhältnis zum Betriebsrat ansonsten voraus, dass sich der Arbeitgeber durch eine kollektivrechtliche Vereinbarung mit dem Betriebsrat – in Gestalt einer Betriebsvereinbarung oder doch wenigstens einer Regelungsabrede – gebunden hat.

Meines Erachtens wird das Verständnis des theoretischen Ansatzes des Gerichts erleichtert, wenn man sich die Rechtslage vor Augen führt, die bestehen würde, wenn die Rechtsgrundlage für ein betriebliches Vergütungssystem eine Betriebsvereinbarung wäre. Der Arbeitgeber wäre in diesem Fall im Verhältnis zum Betriebsrat verpflichtet, dieses Vergütungssystem für die Dauer der Geltung der Betriebsvereinbarung zur Anwendung zu bringen (§ 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Im Falle der Kündigung der Betriebsvereinbarung würde diese gem. § 77 Abs. 6 BetrVG bis zum Abschluss einer neuen Betriebsvereinbarung weitergelten, da sie einen Gegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung betrifft. Eine einseitige Änderung des Vergütungssystems durch den Arbeitgeber wäre damit ausgeschlossen. Er wäre vielmehr verpflichtet, die bestehenden Entlohnungsgrundsätze vorerst weiterhin auch bei neu einzustellenden Arbeit-

nehmern anzuwenden.<sup>31</sup> Berücksichtigt man zusätzlich, dass nach Ansicht des BAG bei teilmitbestimmten Betriebsvereinbarungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der Arbeitgeber in Fällen, in denen es nicht ausschließlich um eine Kürzung des Gesamtvolumens der Leistung, sondern zugleich um eine Umstrukturierung des Vergütungssystems und damit um die »Strukturformen des Entgelts« geht, an der Reduzierung der Vergütungshöhe bis zu einer Einigung mit dem Betriebsrat über die geänderten Verteilungsgrundsätze gehindert ist, weil die Betriebsvereinbarung in diesem Falle insgesamt nachwirkt,<sup>32</sup> so wird deutlich, dass der Arbeitgeber im Falle einer Regelung der Leistung durch Betriebsvereinbarung auch gegenüber neu eingestellten Arbeitnehmern vorerst verpflichtet wäre, das bisher praktizierte Vergütungssystem weiterhin anzuwenden und diesen die dort vorgesehenen Leistungen sowohl nach der Art als auch nach der Höhe zu gewähren.<sup>33</sup>

Dieser Mechanismus scheint leerzulaufen, wenn es sich um eine tarifliche Vergütungsordnung handelt. Ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung der Entlohnungsgrundsätze ist in diesem Falle nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG aufgrund des Tarifvorbehalts ausgeschlossen. Ist der Tarifvertrag hingegen gekündigt, so greift der Vorbehalt nicht mehr ein. Wenn und soweit der Arbeitgeber nun eine Maßnahme ergreift, die in den Bereich der Entgeltmitbestimmung fällt, bedarf diese der Zustimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Die Änderung der betrieblichen Vergütungsstrukturen ist ein solcher mitbestimmungspflichtiger Tatbestand. Hier setzen die

29 BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11 – AP Nr. 143 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 26 f.; BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 28 f.

30 Reichold, FS Konzen, 2006, S. 763, 768.

31 Wären die Vergütungsrichtlinien lediglich Teil einer Regelungsabrede, so würde sich an der Bindungswirkung zumindest dann nichts ändern, wenn man der Ansicht des BAG folgt, wonach § 77 Abs. 6 BetrVG in Angelegenheiten erzwingbarer Mitbestimmung analoge Anwendung auf Regelungsabreden findet; vgl. BAG, 23.6.1992 – 1 ABR 53/91 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit. Legt man dies zugrunde, wäre der Arbeitgeber an ein mit dem Betriebsrat vereinbartes Vergütungsschema unabhängig von der Rechtsnatur der Vereinbarung stets kollektivrechtlich bis zu einer Neuregelung gebunden. Mit Recht krit. zur analogen Anwendung des § 77 Abs. 6 BetrVG auf Regelungsabreden allerdings GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 6), § 77 Rn. 22 mwN.

32 BAG, 26.8.2008 – 1 AZR 354/07 – AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972, Rn. 20 ff.; BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 – AP Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, Rn. 23 ff.; näher *Fitting*, BetrVG, 29. Aufl., München 2018, § 77 Rn. 190a ff.; GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 6), § 77 Rn. 453 ff. mwN.

33 Dass der Vergleich mit dieser Situation in der Argumentationskette eine entscheidende Rolle spielt, wird etwa bei *Kreft*, FS Bepler, 2012, S. 317, 332 deutlich.

Überlegungen des BAG an. Ausgangspunkt ist, dass es der Wertung des Gesetzes widersprechen würde, wenn der Arbeitgeber das Vergütungssystem nur deshalb gegenüber neu eingestellten Arbeitnehmern außer Acht lassen könnte, weil er dieses mitbestimmungsfrei eingeführt hat. Die vom BAG postulierte Bindungswirkung soll demgegenüber sicherstellen, dass der Arbeitgeber auch in diesem Fall in dem Zeitraum bis zu einer Einigung mit dem Betriebsrat den »status quo« nicht einseitig verändern kann. Er soll vielmehr an das tarifliche System in gleicher Weise gebunden bleiben, als ob dieses Inhalt einer Betriebsvereinbarung gewesen wäre. Die dahinter stehende Erwägung ist, dass der Tarifvorbehalt die Mitbestimmung nur deshalb ausschließt, weil die tarifliche Regelung dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer ausreichend Rechnung trägt.<sup>34</sup> Dann – so offenbar die Überlegung – muss der Tarifvertrag auch nach seiner Beendigung eine der Betriebsvereinbarung vergleichbare Schutzwirkung entfalten und ein einseitiges Handeln des Arbeitgebers ausschließen.<sup>35</sup> Hierzu passt, dass *Kreft* als einer der an der Entwicklung der Rechtsprechung maßgeblich beteiligten Richter die Frage aufwirft, ob nicht jede die Mitbestimmung verdrängende Tarifnorm analog § 77 Abs. 6 BetrVG Nachwirkung entfalten müsse.<sup>36</sup>

Ähnliches gilt für Vergütungsordnungen auf individualrechtlicher Grundlage. Diese sind – soweit es sich um einen kollektiven Tatbestand handelt – ohne Zustimmung des Betriebsrats wirksam ohnehin nur denkbar, wenn bei ihrer Aufstellung noch gar kein Betriebsrat bestand.<sup>37</sup> Wird später ein Betriebsrat gewählt, so wird die Entgeltregelung nicht nachträglich zustimmungsbedürftig, weil es für das Mitbestimmungsrecht auf den Zeitpunkt der Einführung ankommt.<sup>38</sup> An eine solche, auf rein individualrechtlicher Grundlage ohne Mitwirkung des Betriebsrats geschaffene Vergütungsordnung wäre der Arbeitgeber an sich nur gegenüber den Arbeitnehmern gebunden, mit denen er entsprechende individualrechtliche Abreden getroffen hat. Sie wären damit Teil des Arbeitsverhältnisses, also der schuldrechtlichen Beziehung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Nach Ansicht des BAG entfalten solche mitbestimmungsfrei eingeführten Vergütungssysteme aber ebenfalls eine kollektivrechtliche Bindungswirkung, sobald in dem Betrieb ein Betriebsrat existiert und etwaige Änderungen damit der Mitbestimmung unterliegen.<sup>39</sup> So betont das BAG in einer Entscheidung, dass es für das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht darauf ankomme, ob der Betriebsrat an dem in der Vergangenheit

aufgestellten Entlohnungsgrundsatz mitgewirkt habe.<sup>40</sup> Ist zwischenzeitlich ein Betriebsrat gewählt worden, so könnte der Arbeitgeber folglich das mitbestimmungsfrei eingeführte Schema nicht mehr einseitig aufgeben oder verändern. Dies hätte einmal Bedeutung für die Arbeitnehmer, für die dieses Vergütungssystem auf individualrechtlicher Grundlage gegolten hat. Insoweit wäre der Arbeitgeber an einer einseitigen Änderung durch das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gehindert. Nach der Logik des gedanklichen Ansatzes des BAG müsste der Arbeitgeber aber bis zu einer Neuregelung das bisherige System auch auf neu eingestellte Arbeitnehmer anwenden, obwohl er sich diesen gegenüber individualrechtlich noch gar nicht zur Anwendung der bisher praktizierten Vergütungsregeln verpflichtet hat. Er bliebe nämlich kollektivrechtlich an die Entlohnungsgrundsätze genauso gebunden, als ob diese von vornherein mit dem Betriebsrat vereinbart worden wären.

Dass die Erwägung, wonach die Mitbestimmungsfreiheit bei der Einführung eines Vergütungssystems nicht zu Schutzlücken bei der nunmehr mitbestimmungspflichtigen Abänderung führen darf, den Kern der konzeptionellen Überlegungen des Gerichts darstellt, zeigt eine der neueren Entscheidungen überdeutlich. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Arbeitgeber zunächst – ohne Rücksprache mit dem seinerzeit schon bestehenden Betriebsrat – eine Sonderzahlung in Gestalt eines Weihnachtsgeldes eingeführt. Diese Sonderzahlung hatte er später – wieder-

34 BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 25.

35 Deutlich in diesem Sinne *Kreft*, FS Kreutz, 2010, S. 263, 272.

36 *Kreft*, FS Kreutz, 2010, S. 263, 279; abl. mit Recht *Jacobs*, FS Säcker, 2011, S. 201, 207; *Wiese*, RdA 2012, 332, 336.

37 Die h.M. nimmt mit Recht an, dass der Betriebsrat bei der Einführung einer »freiwilligen Leistung« des Arbeitgebers auch über das »Ob« der Einführung und nicht nur über die Verteilungsgrundsätze mitzubestimmen hat, weil bereits durch die Einführung einer neuen Leistung die Struktur des betrieblichen Vergütungssystems berührt ist. Dem Betriebsrat steht daher in Bezug auf die Einführung zwar kein Initiativrecht (wegen der Mitbestimmungsfreiheit der Entscheidung über die Höhe der Vergütung), wohl aber ein Veto-recht zu. Vgl. BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 75/12 – AP Nr. 146 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Rn. 18; GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit* (Fn. 6), § 87 Rn. 867, 897 mwN.

38 BAG, 23.8.2017 – 10 AZR 136/17 – AP Nr. 307 zu § 611 BGB Gratifikation Rn. 29; GK-BetrVG-*Wiese* (Fn. 6), § 87 Rn. 87.

39 So ist wohl auch die Entscheidung BAG, 23.8.2017 – 10 AZR 136/17 – AP Nr. 307 zu § 611 BGB Gratifikation zu verstehen, wo in Rn. 26 auf die Bindungswirkung einer vor der erstmaligen Wahl des Betriebsrats eingeführten Vergütungsregelung hingewiesen wird.

40 BAG, 14.1.2014 – 1 ABR 57/12 – AP Nr. 145 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 19.

um ohne Zustimmung des Betriebsrats – aufgrund eines rechtswirksam vereinbarten Widerrufsvorbehaltes gekürzt. Der Arbeitnehmer verlangte in dem Prozess die Zahlung der ungeschmälernten Zulage und berief sich ua. darauf, dass der Widerruf zu einer Änderung der Entlohnungsgrundsätze führe und der Betriebsrat nicht beteiligt worden sei. Das BAG hielt die Klage für unbegründet. Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung könnten zwar Arbeitnehmer im Falle einer mitbestimmungswidrigen Änderung der im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze die Vergütung auf der Grundlage des bisherigen Entlohnungssystems verlangen. Dies gelte allerdings nur, wenn die Entlohnungsgrundsätze mitbestimmungsgemäß eingeführt worden seien.<sup>41</sup>

#### b) Die individualrechtlichen Folgen fehlender Mitbestimmung

Angriffspunkt der Kritik ist neben der mangelnden dogmatischen Fundierung der vermeintlichen, rein betriebsverfassungsrechtlich begründeten Bindung des Arbeitgebers an ein bestehendes Vergütungssystem auch die Instrumentalisierung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung für die Durchsetzung der bisherigen Entlohnungsgrundsätze. Nach Ansicht des BAG kann ein Arbeitnehmer in Fortführung dieser Theorie in den Fällen, in denen der Arbeitgeber unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine Änderung der im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze vornimmt, eine Vergütung auf der Grundlage der zuletzt mitbestimmungsgemäß eingeführten Entlohnungsgrundsätze verlangen.<sup>42</sup> Wie das Gericht selbst einräumt, kann dieser Begründungsansatz dazu führen, dass dem Arbeitnehmer eine höhere als die vertraglich vereinbarte Vergütung zusteht. Die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung über die Vergütungshöhe werde insoweit »von Gesetzes wegen ergänzt durch die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nach den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen zu vergüten«.<sup>43</sup> Ist der Anspruch auf die höhere Vergütung die Folge der Anwendung eines tariflichen Vergütungsschemas, so gilt dies selbst dann, wenn der Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis weder normativ (dh. unmittelbar und zwingend, § 4 Abs. 1 S. 1 TVG) noch kraft Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) Anwendung findet. Diese Lösung hat dem BAG den Vorwurf eingebracht, einen »Anspruch ohne Anspruchsgrundlage« konstruiert zu haben.<sup>44</sup>

In der Tat scheint die Ansicht in diametralem Widerspruch zu der sonstigen Rechtsprechung des Gerichts zu

stehen. So geht das BAG seit der Entscheidung des Großen Senats zur Anrechnung von Tariflohnerhöhungen davon aus, dass eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts zumindest dann zur individualrechtlichen Unwirksamkeit von mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen führen könne, wenn diese den Arbeitnehmer belasten.<sup>45</sup> Verändert der Arbeitgeber also die Entlohnungsgrundsätze, indem er einzelne Leistungen für Arbeitnehmer kürzt oder streicht, so ist diese Maßnahme unwirksam, so dass der Arbeitnehmer weiterhin die ungeschmälernte Leistung verlangen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass ihm ohne die Änderung ein Anspruch auf die Leistung zusteht. Die Unwirksamkeitsfolge führt nur dazu, dass ein für den Arbeitnehmer nachteiliges Rechtsgeschäft hinweg gedacht werden muss, weil ihm die rechtliche Anerkennung versagt wird. Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts kann aber keinen Anspruch zur Entstehung bringen, der auch ohne den Mitbestimmungsverstoß nicht bestanden hätte.<sup>46</sup>

Doch ist auch hier die Überlegung des Gerichts nicht so fernliegend, wie dies zunächst den Anschein haben mag. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist vor allem entwickelt worden, um zu verhindern, dass sich der Arbeitgeber dem Zwang zur Einigung mit dem Betriebsrat

41 BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 44 ff.; bestätigt durch BAG, 24.10.2017 – 1 AZR 346/16 – AP Nr. 154 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 26.

42 Grdl. BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4; bestätigt etwa durch BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 30; BAG, 25.4.2017 – 1 AZR 427/15 – AP Nr. 153 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16.

43 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 30; BAG, 25.4.2017 – 1 AZR 427/15 – AP Nr. 153 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16.

44 Reichold, Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 3 TVG, unter III 4; zust. Bauer/Günther, DB 2009, 620, 621; Jacobs, FS Säcker, 2011, S. 201, 205; hierzu die Replik des Gerichts BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 38 sowie von Krefit, FS Bepler, 2012, S. 317, 330 ff.

45 BAG, Großer Senat, 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972, unter C III 4; BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter D II; daran hält das Gericht auch in seinen neueren Entscheidungen fest; vgl. BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 42; auch Koch, SR 2016, 131, 141 räumt ein, dass die Rechtsfolge »nicht unmittelbar passt«.

46 BAG, 20.8.1991 – 1 AZR 326/90 – AP Nr. 50 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 2 e; BAG, 28.9.1994 – 1 AZR 870/93 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 2; auch hieran hält das Gericht in seiner neueren Rspr. fest; vgl. BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 37; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 42; sa. BAG, 5.5.2015 – 1 AZR 435/13 – AP Nr. 147 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 32.

dadurch entzieht, dass er mit den einzelnen Arbeitnehmern inhaltsgleiche Vereinbarungen schließt.<sup>47</sup> Es geht also nicht in erster Linie um Individualschutz, sondern um die Sicherung der Mitbestimmung und die Verhinderung einseitigen Handelns.<sup>48</sup> Dass die Unwirksamkeitsfolge zugleich Schutzwirkung zugunsten des Arbeitnehmers entfaltet, ist lediglich ein Nebeneffekt,<sup>49</sup> der freilich vor allem bei den Mitbestimmungstatbeständen, die (auch) dem Schutz der individuellen Interessen der betroffenen Arbeitnehmer dienen, durchaus erwünscht ist und in der Intention der gesetzlichen Regelung liegt. In erster Linie ist jedoch danach zu fragen, ob und wenn ja welcher individualrechtlicher Folgen es bedarf, um die Beachtung der Mitbestimmungsrechte zu gewährleisten.

Unter diesem Aspekt scheint die vom BAG angenommene Rechtsfolge, wonach sich betriebsangehörige Arbeitnehmer auf ein Vergütungssystem berufen können, auch wenn dieses bisher lediglich für andere, im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gegolten hat, aber zu keinem Zeitpunkt zum Inhalt des zwischen ihnen und dem Arbeitgeber bestehenden Schuldverhältnisses geworden ist, in gewisser Weise in der Konsequenz der vom Gericht statuierten kollektivrechtlichen Bindungswirkung zu liegen. Das Gericht betont denn auch, dass es sich um eine »Fortführung« der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung handele,<sup>50</sup> die durch den Zweck des Beteiligungsrechts geboten sei. Nur auf diese Weise könne verhindert werden, dass sich der Arbeitgeber seiner Bindung an die von ihm einseitig vorgegebene oder mitbestimmte Vergütungsstruktur unter Verstoß gegen das Beteiligungsrecht des Betriebsrats und den in § 87 Abs. 2 BetrVG statuierten Einigungszwang entziehe.<sup>51</sup> Es würden nicht »Ansprüche ohne Anspruchsgrundlage« geschaffen. Maßgeblich blieben die zwischen den Parteien getroffenen Absprachen. Auf diese würden lediglich – soweit möglich – die im Betrieb gültigen Entlohnungsgrundsätze angewandt.<sup>52</sup>

Dennoch kann diese Ableitung im Ergebnis nicht überzeugen. Selbst wenn man die Prämisse akzeptiert, dass der Arbeitgeber an ein mitbestimmungsfrei etabliertes Vergütungssystem aufgrund des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betriebsverfassungsrechtlich gebunden sei, wenn und soweit der Betriebsrat bei dessen Abänderung mitzubestimmen habe, begründet das Mitbestimmungsrecht doch zunächst nur Rechte und Pflichten innerhalb der kollektivrechtlichen Beziehung zum Betriebsrat. Es verpflichtet den Arbeitgeber, die geltenden Entlohnungsgrundsätze im Verhältnis zu den Arbeitnehmern solange zur Anwendung

zu bringen, bis er sich mit dem Betriebsrat – notfalls über das Einigungsstellenverfahren – über eine Neuordnung verständigt hat. Handelt es sich um eine kollektivrechtliche Verpflichtung, so kann eine entsprechende Pflichtverletzung kollektivrechtliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Denkbar ist etwa, dass der Betriebsrat verlangen kann, dass der Arbeitgeber den Abschluss von Vergütungsabreden unterlässt, die von den bestehenden Grundsätzen abweichen.<sup>53</sup>

Daneben ergibt sich aus der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, dass die mitbestimmungspflichtige Maßnahme gegenüber dem Arbeitnehmer individualrechtlich unwirksam sein kann, wenn Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts ein Durchschlagen der Rechtswidrigkeit von der kollektiven auf die individualrechtliche Ebene zwingend erfordern.<sup>54</sup> Dies kann aber nur bedeuten, dass der Arbeitgeber an einer Änderung des »status quo« der

47 BAG, Großer Senat, 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972, unter C III 4; BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter D II; BAG, 20.8.1991 – 1 AZR 326/90 – AP Nr. 50 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 2 e; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 42; hierauf maßgeblich abstellend auch *Kreft*, FS Bepler, 2012, S. 317, 331.

48 In diesem Sinne vor allem GK-BetrVG-*Wiese* (Fn. 6), § 87 Rn. 97, 100: die Unwirksamkeit betriebsverfassungswidriger Vereinbarungen sei die Folge der Tatsache, dass durch § 87 BetrVG den Betriebspartnern ein bestimmter Zuständigkeitsbereich zur eigenverantwortlichen und gleichberechtigten Regelung zugewiesen und eine eigenständige Zuständigkeitsordnung geschaffen worden sei; grundsätzlich anders *Lobinger*, RdA 2011, 76, 86 ff.: Unwirksamkeit als Rechtsfolge komme nur in Betracht, wenn die Mitbestimmung der Optimierung individualrechtlicher Schutzpflichten diene. Zum Meinungsstand in dieser Frage vgl. die Nachw. bei *Wiese* und *Lobinger*, jew. aaO.

49 AA. konsequenterweise *Lobinger*, RdA 2011, 76, 89 ff.

50 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 30; zuletzt etwa BAG, 25.4.2017 – 1 AZR 427/15 – AP Nr. 153 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16; sa. *Koch*, SR 2016, 131, 141.

51 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43.

52 BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 38.

53 BAG, 20.2.2018 – 1 ABR 53/16 – Rn. 18 (wo allerdings im Ergebnis ein Unterlassungsanspruch verneint wird, weil die Maßnahme wegen des Tarifvorbehalts nicht der Mitbestimmung unterlag); *Jacobs*, FS Säcker, 2011, S. 201, 209; *Kreft*, FS Kreuzt, 2010, S. 263, 277; übereinstimmend insoweit *Lobinger*, RdA 2011, 76, 90, der allerdings aufgrund dieses kollektivrechtlichen Abwehrrechts die Reichweite der Unwirksamkeitssanktion einschränken will.

54 Hierzu *Raab*, ZfA 1995, 479, 484, 515 f.; zust. unter wörtlicher Übernahme der Formulierung BAG, 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung, unter II 2 c cc (1). Die dogmatische Begründung und die Reichweite der Unwirksamkeitssanktion zählen zu den schwierigsten und umstrittensten Fragen des gesamten Betriebsverfassungsrechts. Hierauf kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Ausführliche und tiefgehende Darstellung des Streitstands bei GK-BetrVG-*Wiese* (Fn. 6), § 87 Rn. 100 ff.; zu abw. Konzeptionen insbesondere *Lobinger*, RdA 2011, 76, 88 ff.; *Richardi-Richardi* (Fn. 6), § 87 Rn. 118 ff.

individualrechtlichen Beziehung gehindert ist, er also den Inhalt des mit dem Arbeitnehmer bestehenden Schuldverhältnisses nicht oder zumindest nicht zu dessen Nachteil verändern kann. Dagegen kann eine im Verhältnis zum Betriebsrat bestehende rechtliche Bindung nur dann zusätzliche Rechte im individualrechtlichen Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber schaffen, wenn der kollektivrechtlichen Rechtsbeziehung eine rechtsgestaltende Wirkung für das Arbeitsverhältnis zukommt. Eine solche unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung ist nach der Konzeption des Gesetzes den durch Kollektivvertrag, also Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, geschaffenen Rechtsnormen vorbehalten. Die Vorstellung, dass allein die Existenz eines Mitbestimmungsrechts ohne konkrete verbindliche Vereinbarung eine rechtserzeugende Wirkung im Arbeitsverhältnis entfalten kann, ist dem geltenden Recht dagegen fremd.<sup>55</sup>

Hiergegen lässt sich – entgegen der Ansicht des BAG – nicht einwenden, dass die getroffenen Abreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer weiter gälten und lediglich durch die Verpflichtung des Arbeitgebers ergänzt würden, den Arbeitnehmer nach den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen zu vergüten.<sup>56</sup> Eine solche Betrachtung ändert nichts daran, dass die von dem BAG angenommene Bindung an das betriebliche Vergütungssystem unmittelbar und zwingend in die individualrechtliche Beziehung hineinwirkt, und zwar nicht nur dadurch, dass die individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten beschränkt werden, sondern zusätzlich dadurch, dass die Rechte und Pflichten innerhalb des Schuldverhältnisses verändert werden, indem an die Stelle der getroffenen Abreden ein anderer, mit der kollektivrechtlichen Verpflichtung kompatibler Vertragsinhalt tritt. Die hiermit verbundenen Rechtsfolgen sind zumindest weitgehend deckungsgleich mit den Wirkungen einer Betriebsnorm.<sup>57</sup> Eine solche mag Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können. Ohne eine entsprechende, mit normativer Wirkung ausgestattete Vereinbarung erscheint die vom BAG angenommene Rechtsfolge aber schwerlich begründbar.

### III. Die Funktion der Mitbestimmung bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen

Meine bisherigen Ausführungen haben bereits eine gewisse Skepsis gegenüber dem vom BAG kunstvoll errichteten

Gedankengebäude durchblicken lassen. Auch die Tatsache, dass die Arbeitsrechtswissenschaft sich nahezu geschlossen kritisch bis strikt ablehnend geäußert hat, deutet an, dass die vom Gericht verfolgte Konzeption nicht bedenkenfrei ist. Dabei wird in der Literatur nicht geleugnet, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat beteiligen muss, wenn und soweit er das Entgeltsystem ändert.<sup>58</sup> Als befremdlich empfunden wird jedoch, dass das alte Entlohnungssystem auch für solche Arbeitnehmer anspruchserzeugende Wirkung haben soll, die bisher nicht erfasst waren, ohne dass hierfür eine tragfähige Rechtsgrundlage erkennbar wäre.<sup>59</sup> Das Unbehagen ist mE. berechtigt. Die Kritik sollte allerdings nicht erst bei der Frage der kollektivrechtlichen Bindungswirkung und den hieraus sich ergebenden individualrechtlichen Folgen ansetzen. Vielmehr ist bereits die Prämisse in Zweifel zu ziehen, dass es in den einschlägigen Fällen um eine Änderung des bestehenden Vergütungssystems geht.

#### 1. Verwirklichung von »Verteilungsgerechtigkeit« bei Aufstellung abstrakter Grundsätze

Um dies zu illustrieren, ist der Blick zunächst noch einmal darauf zu lenken, welchen Zweck das Gesetz, verfolgt, wenn es dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung und Veränderung von betrieblichen Entlohnungsgrundsätzen gibt. Einigkeit besteht darüber, dass der Betriebsrat nicht im engeren Sinne Lohnpolitik betreiben soll. Schließlich erfasst die Mitbestimmung nach nahezu allgemeiner Auffassung nicht die konkrete Höhe des Arbeitsentgelts.<sup>60</sup> Es geht vielmehr darum, dass der Betriebsrat bei der Festlegung der abstrakten Kriterien mitentscheiden soll, die der Bemessung der Leistungen zugrunde gelegt werden, welche der Arbeitgeber zur Abgeltung der Arbeitsleis-

<sup>55</sup> Ähnliche Kritik bei *Wiese*, RdA 2012, 332, 339.

<sup>56</sup> BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43.

<sup>57</sup> Zutr. *Jacobs*, FS Säcker, 2011, S. 201, 206 f.

<sup>58</sup> S. nur *Richardi-Richardi* (Fn. 6), § 87 Rn. 789; *Wiese*, RdA 2012, 332, 335; *GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit* (Fn. 6), § 87 Rn. 967 f. mwN.

<sup>59</sup> *Caspers*, FS Löwisch, 2007, S. 45, 47 ff.; *Jacobs*, FS Säcker, 2011, S. 201, 204 ff.; *Reichold*, FS Konzen, 2006, S. 763, 766 ff.; *Richardi*, NZA 2014 Beilage Nr. 4, 155, 158; *Richardi-Richardi* (Fn. 6), § 87 Rn. 896; *Wiese*, RdA 2012, 332, 335 ff.

<sup>60</sup> Zuletzt etwa BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 37.

tung oder zu anderen Zwecken mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis erbringt.<sup>61</sup> Wie das BAG treffend formuliert, bezieht sich die Mitbestimmung auf die »Strukturformen des Entgelts«.<sup>62</sup>

Die Entgeltmitbestimmung hat insoweit eine ähnliche Funktion wie die Beteiligung des Betriebsrats in anderen Fällen, in denen es ebenfalls um die Aufstellung allgemeiner Grundsätze geht. Erwähnt sei etwa die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze. (§ 94 Abs. 2 BetrVG). Allgemeine Beurteilungsgrundsätze sind Regeln für alle Arbeitnehmer des Betriebs oder für abstrakt umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern, die der Beurteilung von Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer zugrunde gelegt werden.<sup>63</sup> Mit der Aufstellung solcher Regeln soll erreicht werden, dass das Vorgehen bei der Beurteilung vereinheitlicht wird und die gleichen Bewertungsmaßstäbe zugrunde gelegt werden, damit auch die Beurteilungsergebnisse miteinander vergleichbar sind. Sie sollen dazu beitragen, die Beurteilung im konkreten Einzelfall zu objektivieren, transparenter werden zu lassen und Willkür zu vermeiden.<sup>64</sup> Andererseits erlangt damit der Inhalt dieser Beurteilungsgrundsätze eine entscheidende Bedeutung. Mit der Festlegung der abstrakten Grundsätze werden die wesentlichen Weichenstellungen für die Einzelfallbeurteilung getroffen. Deshalb soll der Betriebsrat über die Beurteilungsgrundsätze mitentscheiden. Er soll die Möglichkeit haben, die Vorstellungen der Arbeitnehmer von einer objektiven, an sachbezogenen Kriterien orientierten Bewertung in den Entscheidungsprozess einzubringen und damit für eine gerechte Beurteilung zu sorgen.<sup>65</sup>

Dem Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen kommt eine vergleichbare Bedeutung zu. Es besteht – wie dargelegt – nur, wenn die Entgeltbemessung nicht individuell, sondern nach abstrakt-generellen Grundsätzen, nach einem allgemeinen, generalisierenden System erfolgt. Auch hier entscheiden die Ausgestaltung des abstrakten Vergütungssystems und die darin aufgestellten Kriterien darüber, ob die Vergütung für die einzelnen Arbeitnehmer »gerecht« ist, insbesondere ob der Wert der Arbeitsleistung angemessen abgebildet wird. Sofern es um Leistungen ohne unmittelbaren Bezug zur Arbeitsleistung geht, kommt es darauf an, ob alle für die Leistungsbemessung sachlich relevanten Aspekte berücksichtigt sind. Eine Angemessenheitsprüfung im jeweiligen Einzelfall findet nicht mehr statt und kann nach Sinn und Zweck der Regelung, die gerade Transparenz

gewährleisten und Willkür ausschließen soll, nicht stattfinden. Das Ergebnis der Vergütung des einzelnen Arbeitnehmers wird folglich durch die Grundsätze gleichsam »vorprogrammiert«. Umso wichtiger ist es, dass die abstrakten Grundsätze angemessen sind. Das Gesetz will deshalb sicherstellen, dass der Arbeitgeber diese allgemeinen Regeln nur unter Beteiligung des Betriebsrats wirksam aufstellen kann. Außerdem kann der Betriebsrat im Wege des Initiativrechts die Aufstellung eines solchen betrieblichen Systems verlangen. Aufgabe des Betriebsrats ist es, auf diese Weise die Sicht der Arbeitnehmer über eine gerechte Bemessung des zur Verteilung zur Verfügung stehenden Finanzvolumens einzubringen und für »Verteilungsgerechtigkeit« zu sorgen.<sup>66</sup>

Voraussetzung für die Mitbestimmung ist daher, dass der Arbeitgeber selbst bestimmte allgemeine Grundsätze aufstellen möchte. Der Zustimmung des Betriebsrats bedarf es stets, wenn der Arbeitgeber eine Gestaltungsentscheidung fällt, dh. wenn er neue Entlohnungsgrundsätze aufstellt oder bestehende Grundsätze verändert. Dagegen ist für eine Mitbestimmung von vornherein kein Raum, wenn der Arbeitgeber Grundsätze oder Regeln anwendet, an die er rechtlich gebunden ist. Vollzieht der Arbeitgeber lediglich bestehende rechtliche Verpflichtungen, die von ihm einseitig nicht abzuändern sind, so ist eine Beteiligung des Betriebsrats weder möglich noch erforderlich.

## 2. Die Bedeutung und die Reichweite des Tarifvorbehalts

Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG in diesem Kontext zukommt. Klar ist, dass für eine Mitbestimmung im Hinblick auf die Lohngestaltung kein Raum ist, wenn und soweit der Tarifvertrag eine entsprechende Regelung

61 BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 59/04 – AP Nr. 128 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 25; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 21; BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 37.

62 S. die Nachw. in Fn. 11.

63 BAG, 14.01.2014 – 1 ABR 49/12 – AP Nr. 10 zu § 94 BetrVG 1972, Rn. 13; BAG, 17.03.2015 – 1 ABR 48/13 – AP Nr. 11 zu § 94 BetrVG 1972, Rn. 25.

64 Vgl. auch RegE zum BetrVG 1972 BT-Drs. VI/1786, S. 50.

65 GK-BetrVG-Raab (Fn. 6), § 94 Rn. 4.

66 S. nur BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit (Fn. 6), § 87 Rn. 843, 927; sa. die Nachw. in Fn. 10.

enthält und der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer an den Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 TVG gebunden sind. Die Entgeltregelungen gelten dann nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG unmittelbar und zwingend im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern. Der Arbeitgeber hat den Tarifvertrag schlicht anzuwenden und keinerlei eigenen Gestaltungsspielraum, so dass es auch für den Betriebsrat nichts mitzubestimmen gibt. Da die Tarifnormen zwingend sind, könnte der Betriebsrat in einem Einigungsverfahren lediglich versuchen eine Regelung durchzusetzen, die zugunsten der Arbeitnehmer vom Tarifvertrag abweicht. Solche Lohnpolitik ist aber gerade nicht Aufgabe des Betriebsrats. Außerdem bietet die Tarifregelung den Arbeitnehmern den erforderlichen kollektivrechtlichen Schutz, so dass es eines zusätzlichen Schutzes durch das betriebliche Mitbestimmungsverfahren nicht bedarf.

Fraglich und umstritten ist, ob der Tarifvorbehalt auch im Hinblick auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer eingreift. Nach der st. Rspr. des BAG genügt die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers, so dass bei Bestehen eines auf den Betrieb anwendbaren Tarifvertrages ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer auch dann entfällt, wenn es sich – wie regelmäßig beim Arbeitsentgelt – um Inhaltsnormen handelt.<sup>67</sup> Hiergegen ist eingewandt worden, dass eine Beteiligung des Betriebsrats im Hinblick auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nach Sinn und Zweck des Tarifvorbehalts in solchen Fällen nicht ausgeschlossen sein könne, weil der Tarifvertrag mangels Anwendbarkeit die Verteilungsgerechtigkeit gerade nicht sicherstellen könne.<sup>68</sup> Das BAG hat diesen Einwand früher unter Hinweis darauf zurückgewiesen, dass die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer die Möglichkeit hätten, durch Eintritt in die Gewerkschaft, die den maßgeblichen Tarifvertrag geschlossen habe, den kollektivrechtlichen Schutz zu erlangen.<sup>69</sup> In der neueren Rspr. hält das Gericht an dieser Argumentation nicht mehr fest, meint hingegen, dass die Schutzlücke für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer durch eine zweckgerechte Anwendung des entsprechenden Mitbestimmungstatbestandes geschlossen werden müsse.<sup>70</sup> Im Falle der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG lasse sich der kollektivrechtliche Schutz dadurch herstellen, dass der Arbeitgeber verpflichtet sei, das tarifliche Entlohnungssystem auch gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern anzuwenden, soweit dessen Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung unterlägen.<sup>71</sup> Dies hat

nach Ansicht des Gerichts etwa zur Konsequenz, dass der Arbeitgeber die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer in das tarifliche Entgeltsystem eingruppiieren muss, und zwar unabhängig davon, ob der Tarifvertrag – etwa kraft Bezugnahme – auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet.<sup>72</sup>

Wie bereits dargelegt, lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht eine solche Verpflichtung zur Anwendung des Tarifvertrags gegenüber Arbeitnehmern nicht allein aus der Existenz des Mitbestimmungsrechts ableiten, sondern bedürfte einer – normativen oder vertraglichen – Rechtsgrundlage im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Gleichwohl sprechen gute Gründe für die Ansicht des BAG, die einseitige Tarifgebundenheit des Arbeitgebers für den Tarifvorbehalt genügen zu lassen. Dies gilt zumindest dann, wenn der Arbeitgeber die tarifliche Regelung betriebseinheitlich anwendet und damit – etwa über Bezugnahmeklauseln – auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer überträgt. In diesem Falle bedarf es keiner weiteren Beteiligung des Betriebsrats.<sup>73</sup> Der Tarifvertrag trägt die »Richtigkeitsgewähr« in sich, so dass davon auszugehen ist, dass die Vergütungskriterien angemessen sind. Eine auf die Außenseiter beschränkte Beteiligung des Betriebsrats könnte somit nur den Effekt haben, dass es im Betrieb zwei divergierende Vergütungsregime gibt. Der Arbeitgeber hat aber ein nachvollziehbares und berechtigtes Interesse daran, die Vergütung einheitlich auszugestalten. Auch diesem Interesse dient der Tarifvorbehalt. Er mag nicht verpflichtet sein, den Tarifvertrag auf die Außenseiter anzuwenden. Tut er dies aber, so widerspräche es der Intention des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG,

67 Vgl. BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 21; BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 25; BAG, 20.2.2018 – 1 ABR 53/16 – NZA 2018, 954, Rn. 20.

68 Wiese, RdA 2012, 332, 335 ff.

69 BAG, 24.2.1987 – 1 ABR 18/85 – AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972, unter B II 6 c.

70 BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22 ff.

71 BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 26; bestätigt durch BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 25; BAG, 20.2.2018 – 1 ABR 53/16 – Rn. 20; grdl. Krefft, FS Kreutz, 2010, S. 263, 272 f.; sa. Koch, SR 2016, 131, 136 ff.

72 BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, Rn. 23; abl. Jacobs/Frieling, FS von Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 182 ff.; GK-BetrVG-Raab (Fn. 6), § 99 Rn. 70.

73 So in dem BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung zugrunde liegenden Sachverhalt, weswegen der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen ist.

wenn er sich für diese Erstreckung der Tarifregelung erst noch die Zustimmung des Betriebsrats einholen müsste.

Hieraus ergibt sich zugleich, dass die Existenz des Tarifvertrags die Mitbestimmung im Hinblick auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht ausschließen kann, wenn und soweit der Arbeitgeber die tariflichen Regelungen nicht auf die Außenseiter zur Anwendung bringt, sondern für diese ein eigenes, von den tariflichen Entlohnungsgrundsätzen abweichendes Vergütungssystem etablieren will. Wenn der Arbeitgeber im Verhältnis zu den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern andere als die tariflichen Grundsätze zur Anwendung bringen will, muss der Betriebsrat nach Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitgestalten und die Bemessungskriterien mitbestimmen können. In diesem Falle erscheint es überzeugend, die Mitbestimmung nicht aufgrund des Tarifvorbehalts für ausgeschlossen zu halten.

## IV. Mitbestimmung bei der Modifikation eines bestehenden Vergütungssystems

### 1. Inhalt und Reichweite der Mitbestimmung

#### a) Änderung der bestehenden oder Einführung neuer Entlohnungsgrundsätze?

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen soll nunmehr der Ausgangsfall noch einmal einer erneuten Betrachtung unterzogen werden. Kennzeichnend für den Sachverhalt war, dass der Arbeitgeber den Haustarifvertrag wirksam gekündigt hatte und nunmehr mit den neu eingestellten Arbeitnehmern ein von den tariflichen Vergütungsgrundsätzen abweichendes Entlohnungssystem vereinbarte. Die Mitbestimmung war hier nicht bereits aufgrund des Tarifvorbehalts ausgeschlossen. Nach hM. »besteht« eine tarifliche Regelung nur dann, wenn der Tarifvertrag unmittelbar und zwingend gilt. Dies ist im Nachwirkungsstadium, in dem sich der Tarifvertrag befand, nicht mehr der Fall.<sup>74</sup>

Das BAG sieht nun in der Tatsache, dass der Arbeitgeber den mit den neu eingestellten Arbeitnehmern getroffenen Absprachen ein vom Tarifvertrag abweichendes Vergütungssystem zugrunde legte, eine Änderung der bestehenden Entlohnungsgrundsätze. Dies scheint mir der eigentliche Angriffspunkt der gesamten neueren Rechtsprechung zu sein. Geht man davon aus, dass Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmung

eine gestaltende Entscheidung des Arbeitgebers im Hinblick auf die abstrakt-generellen Grundsätze der Entgeltbemessung ist, so ist zunächst festzuhalten, dass der Arbeitgeber eine solche Gestaltungsentscheidung nur im Hinblick auf die neu in den Betrieb eingetretenen Arbeitnehmer trifft. Im Verhältnis zu den bereits zuvor im Betrieb beschäftigten nimmt er gerade keine Veränderung vor, sondern wendet die bislang geltenden Entlohnungsgrundsätze weiter an.

In der unterschiedlichen Behandlung der beiden Gruppen von Arbeitnehmern könnte nur dann eine Änderung der bestehenden Entlohnungsgrundsätze gesehen werden, wenn man davon ausginge, dass es in jedem Betrieb nur ein einheitliches, für alle Arbeitnehmer geltendes Entlohnungssystem geben könne. Dann wäre eine abweichende Gestaltung der Vergütung für eine Gruppe von Arbeitnehmern stets eine Änderung *der* betrieblichen Entlohnungsgrundsätze. Diese Ansicht wird aber mit Recht von niemandem vertreten. Vielmehr kann es in einem Betrieb mehrere, nebeneinander bestehende Vergütungssysteme geben, sofern es hierfür sachliche Gründe gibt und hierdurch der Zweck der Mitbestimmung nicht vereitelt wird.<sup>75</sup> Als ein solcher sachlicher Grund dürfte es aber ohne weiteres anzusehen sein, wenn der Arbeitgeber ein bestehendes Vergütungssystem nur noch auf diejenigen Arbeitnehmer anwenden will, denen gegenüber er hierzu verpflichtet ist, und sei es auch nur aufgrund der Nachwirkung des Tarifvertrags nach § 4 Abs. 5 TVG. Dass innerhalb eines Betriebs unterschiedliche Systeme kollektiver Arbeitsbedingungen existieren können, ist im Übrigen auch für andere Bereiche der sozialen Angelegenheiten anerkannt. So muss etwa »die betriebsübliche Arbeitszeit« iS. des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG keineswegs für alle Arbeitnehmer identisch sein. Vielmehr können auch unterschiedliche Arbeitszeitmodelle in einem Betrieb nebeneinander bestehen mit der Folge, dass die Frage, ob die Arbeitszeit verkürzt oder verlängert wird, für jedes dieser Modelle gesondert zu betrachten ist und demgemäß auch unterschiedlich beantwortet werden kann.<sup>76</sup>

Legt man dies zugrunde, so liegt im Ausgangsfall keine Änderung der betrieblichen Entlohnungsgrundsätze vor. Vielmehr handelt es sich um die Einführung eines neuen

74 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 2.

75 BAG, 18.11.2003 – 1 AZR 604/02 – AP Nr. 15 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung, unter I 3 c dd; GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit* (Fn. 6), § 87 Rn. 931.

76 BAG, 14.1.2014 – 1 ABR 66/12 – AP Nr. 134 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, Rn. 21; GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit* (Fn. 6), § 87 Rn. 402 f.

Vergütungsmodells für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern, nämlich für diejenigen, die neu eingestellt werden und für die der gekündigte Tarifvertrag keinerlei Wirkung, auch keine Nachwirkung, entfaltet.<sup>77</sup> Es geht also *nicht um die Änderung bestehender*, sondern um *die (erstmalige) Aufstellung neuer Entlohnungsgrundsätze* für eine Arbeitnehmergruppe. Dass dies die angemessene Betrachtungsweise ist, zeigt sich auch, wenn man die Rechtslage des Arbeitgebers im Verhältnis zu den bereits während der Geltung des Tarifvertrags im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern bedenkt. Soweit diese tarifgebunden sind, gilt der Tarifvertrag – wie bereits dargelegt – gem. § 4 Abs. 5 TVG trotz seiner Beendigung weiter. Zwar kann die Tarifregelung durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Sie gilt also nicht mehr zwingend, sondern nur noch dispositiv. Für eine Ablösung durch eine arbeitsvertragliche Abrede bräuchte der Arbeitgeber aber die Zustimmung der Arbeitnehmer, die er – wenn die alte Tarifregelung für diese günstiger ist – wohl kaum erhalten wird. Ob eine Ablösung durch eine Betriebsvereinbarung möglich wäre, erscheint im Hinblick auf § 77 Abs. 3 BetrVG zumindest nicht unzweifelhaft. Selbst wenn man aber – etwa mit der sog. Vorrangtheorie<sup>78</sup> – von der Zulässigkeit einer solchen Betriebsvereinbarung ausginge, dürfte es zu weit gehen, aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine Verpflichtung des Arbeitgebers abzuleiten, von sich aus eine solche Vereinbarung anzustreben. Die Vorschrift besagt nur, dass er den Betriebsrat zu beteiligen hat, *wenn* er bestehende Grundsätze ändern möchte, nicht dagegen, *dass* er im Interesse einheitlicher Vergütungsgrundsätze für alle Arbeitnehmer eine Änderung anstreben und von der Möglichkeit des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung Gebrauch machen muss.

Noch schwieriger gestaltet sich eine Abänderung der bestehenden Grundsätze, wenn der Arbeitgeber in die Arbeitsverträge eine Klausel aufgenommen hat, in der auf die tariflichen Vergütungsbestimmungen Bezug genommen wird und durch die diese zum Inhalt der arbeitsvertraglichen Abreden gemacht werden. Das dürfte bei tarifgebundenen Arbeitgebern der Regelfall sein. Die Folge ist, dass eine Abänderung zum Nachteil der Arbeitnehmer praktisch nur mit deren Zustimmung möglich ist, da einer Ablösung durch Betriebsvereinbarung das Günstigkeitsprinzip entgegen steht.<sup>79</sup> Das Motiv, gegenüber neu einzustellenden Arbeitnehmern nicht mehr die tariflichen Bedingungen zur Anwendung zu bringen, dürfte aber regelmäßig die Absicht der Kostensenkung sein, weswegen diese Bedingungen nicht günstiger, sondern im Verhältnis

zu dem tariflichen System eher von Nachteil sein dürften. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass sich das Mitbestimmungsrecht lediglich auf die abstrakt generellen Grundsätze der Vergütungsbemessung und nicht auf die Höhe des Entgelts beziehe, so dass eine »ablösende« Regelung stets neutral ausgestaltbar sei. Wie nicht zuletzt der Ausgangsfall zeigt, kann sich das Vorhaben, für neu eingestellte und bereits beschäftigte Arbeitnehmer ein einheitliches Vergütungssystem zu schaffen, das die Kosten für die neu eingestellten Arbeitnehmer zwar vermindert, andererseits für die bereits Beschäftigten einkommensneutral ist und keine Verschlechterung bringt, als Quadratur des Kreises erweisen. Fallen die Lebensaltersstufen für alle Arbeitnehmer weg, so dürfte es wohl nur mit größten Schwierigkeiten gelingen, durch Modifikation der übrigen Vergütungsbestandteile für die bisher Beschäftigten exakt den Status quo zu erhalten.

Die Ansicht des BAG, wonach der Arbeitgeber an das alte Vergütungssystem auch gegenüber neu eingestellten Arbeitnehmern kollektivrechtlich so lange gebunden bleibt, bis eine mitbestimmte Neuregelung für alle Arbeitnehmer getroffen worden ist, führt somit in diesen Fällen dazu, dass das alte, tarifliche Vergütungssystem auf Dauer zementiert wird. Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG wird so zu einem Instrument, um ein günstigeres Vergütungssystem auch für neu eintretende Arbeitnehmer zu erhalten. Eine solche Art der Lohnpolitik entspricht aber nicht der Inten-

<sup>77</sup> Zutr. Caspers, FS Löwisch, 2007, S. 45, 54.

<sup>78</sup> Hierzu BAG, Großer Senat, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu 3 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C I 4; BAG, 24.2.1987 – 1 ABR 18/85 – AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972, unter B II 6 c.

<sup>79</sup> Zum betriebsverfassungsrechtlichen Günstigkeitsprinzip bei (individuell) verschlechternden Betriebsvereinbarungen GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 6), § 77 Rn. 282 ff. Eine Ablösung lässt sich in diesen Konstellationen im Regelfall auch nicht damit begründen, dass die Vereinbarung »betriebsvereinbarungsoffen« ausgestaltet sei. Selbst wenn man eine (konkludente) Betriebsvereinbarungsoffenheit bei allgemeinen Arbeitsbedingungen auch ohne explizite oder mindestens konkludente Regelung oder ausdrücklichen Hinweis des Arbeitgebers annehmen könnte (zur Diskussion etwa Koch, SR 2016, 131, 134 mwN.), hat das BAG diese doch auf Fälle beschränkt, in denen die vertragliche Einheitsregelung in Abstimmung mit der jeweils zuständigen Arbeitnehmervertretung zustande gekommen ist (vgl. BAG, 17.7.2012 – 1 AZR 476/11 – AP Nr. 61 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, Rn. 29; BAG, 17.2.2015 – 1 AZR 599/13 – NJW 2016, 32, Rn. 27). In den genannten Entscheidungen war dies der Fall. Allerdings handelte es sich bei dem Arbeitgeber um die Deutsche Postgewerkschaft, deren Arbeitsbedingungen nicht durch Tarifvertrag geregelt sind, da es an einem geeigneten Tarifpartner auf Arbeitnehmerseite fehlt. Bei der in den Arbeitsverträgen in Bezug genommenen »Tarifregelung« handelte es sich daher um allgemeine Arbeitsbedingungen, die mit dem dortigen Gesamtbetriebsrat abgestimmt waren. Im Normalfall werden Bezugnahmeklauseln bei tarifgebundenen Unternehmen dagegen nicht mit dem Betriebsrat abgestimmt und stehen daher auch nicht unter dem Vorbehalt der Abänderbarkeit durch Betriebsvereinbarung.

tion des Gesetzes. Dieses will dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung der abstrakten Vergütungsgrundsätze geben, um sicherzustellen, dass diese »angemessen« und »gerecht« sind. Das Vetorecht ist dagegen nicht dazu bestimmt, die Einführung neuer Vergütungssysteme zu verhindern, weil diese zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer führen.

### b) Folgen für die Mitbestimmung

Die vorstehend dargelegte Sichtweise hat konkrete Folgen für die Mitbestimmung. Gegenstand der notwendigen Einigung ist – anders als nach der Konzeption des BAG – nicht die Änderung des bestehenden Vergütungssystems, sondern die Einführung neuer Entlohnungsgrundsätze für Arbeitnehmer, für die bisher keine Regelung bestand. Nur über letzteres hat der Betriebsrat zu befinden, nur dies ist Gegenstand eines möglichen Verfahrens vor der Einigungsstelle. Zu entscheiden ist demgemäß darüber, ob die vom Arbeitgeber beabsichtigten neuen Entlohnungsgrundsätze angemessen sind, dh. den Wert der Arbeitsleistung der erfassten Arbeitnehmer abbilden. Ob die Unterschiede zur bestehenden Vergütungsordnung gerechtfertigt sind, spielt dagegen in diesem Verfahren keine Rolle. Bereits hierdurch wird deutlich, dass es wesentlich leichter gelingen wird, neue Arbeitsbedingungen für die neu einzustellenden Arbeitnehmer festzulegen, als wenn sich die Einigung zugleich auf die Abänderung des bisher praktizierten Vergütungssystems für die übrigen Arbeitnehmer erstrecken müsste.

## 2. Möglichkeiten des Betriebsrats zur Durchsetzung einer Angleichung der Vergütungssysteme

Ein Einwand gegen die hier vorgeschlagene Lösung scheint allerdings auf der Hand zu liegen. Muss sich der Betriebsrat mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen für die »Altbetriebschaft« und neu eintretende Arbeitnehmer abfinden? Gehört es nicht auch zu der von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG umfassten Aufgabe, für Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der gesamten Belegschaft zu sorgen? Und muss der Betriebsrat dann nicht die Möglichkeit haben, eine Spaltung der Arbeitnehmerschaft in die »*beati possidentes*« und die später hinzugekommenen zu verhindern? All diese Fragen sind berechtigt, und die Antwort auf alle diese Fragen ist: Ja! Selbstverständlich kann der Betriebsrat versuchen, einheitliche Arbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer und ein für alle geltendes Vergütungssystem

durchzusetzen. Das Mittel hierfür ist aber nicht das Vetorecht, sondern das Initiativrecht.<sup>80</sup>

Es ist allgemein anerkannt, dass der Betriebsrat im Bereich der Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht nur Maßnahmen des Arbeitgebers zustimmen muss, sondern selbst die Initiative ergreifen kann, um zu einer Änderung der bestehenden Regelungen zu gelangen.<sup>81</sup> Dieses Recht hat er auch, wenn der Arbeitgeber ein Entlohnungssystem für neu eingestellte Arbeitnehmer einführen möchte, das zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer führt. Hier kann der Betriebsrat die Einführung einheitlicher Entlohnungsgrundsätze verlangen. In einem solchen Verfahren wäre dann zu diskutieren, ob und inwieweit eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann. Festzuhalten ist jedoch, dass es sich bei der Frage, welche Regelungen für die neu eingestellten Arbeitnehmer gelten sollen und ob dies Änderungen bei den bereits beschäftigten Arbeitnehmern nach sich ziehen soll, um unterschiedliche Regelungsfragen und daher um verschiedene Mitbestimmungstatbestände handelt. Diese können zwar in den Verhandlungen miteinander verbunden werden. Sie sind jedoch verfahrensrechtlich auseinanderzuhalten.

Dies zeigt sich spätestens im Verfahren vor der Einigungsstelle. Ruft der Arbeitgeber die Einigungsstelle an, weil der Betriebsrat den Vergütungsrichtlinien für die neu eingestellten Arbeitnehmer nicht zustimmen möchte, so muss die Einigungsstelle nur über die Angemessenheit der neuen Entlohnungsgrundsätze entscheiden. Die Frage, ob zugleich die für bereits beschäftigten Arbeitnehmer geltenden Grundsätze geändert werden sollen, ist hiervon zu trennen. Deshalb darf die Einigungsstelle die Entscheidung über die vom Arbeitgeber für die neu eingestellten Arbeitnehmer anzuwendenden Grundsätze nicht von der Entscheidung darüber abhängig machen, ob das bisher praktizierte Vergütungssystem für die übrigen Arbeitnehmer beibehalten oder angepasst wird. Der Unterschied zur Konzeption des BAG ist also, dass ein auf Initiative des Betriebsrats durchzuführendes Verfahren über die Anpassung der bestehenden Entlohnungsgrundsätze mit dem Ziel der Vereinheitlichung kein Hindernis im Hinblick auf die Einführung neuer Regeln für die neu eingestellten Arbeitnehmer darstellt und der Betriebsrat daher die Ein-

<sup>80</sup> Ebenso bereits früher *Bauer/Günther*, DB 2009, 620, 621; *Caspers*, FS Löwisch, 2007, S. 45, 56; *Jacobs*, FS Säcker, 2011, S. 201, 209 f.

<sup>81</sup> Stellvertretend GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit* (Fn. 6), § 87 Rn. 985 f. mwN.

führung dieser neuen Regelungen nicht bis zur Einigung über das Gesamtsystem blockieren kann.

Dies erscheint auch legitim, weil typischerweise die Gestaltungsspielräume für beide Arbeitnehmergruppen unterschiedlich sind. So ist der nicht oder nicht mehr tarifgebundene Arbeitgeber im Verhältnis zu neu einzustellenden Arbeitnehmern weitgehend frei, wie er die Vergütung ausgestaltet. Im Verhältnis zu den bereits beschäftigten Arbeitnehmern unterliegt er dagegen – wie dargelegt – im Regelfall tarifrechtlichen oder arbeitsvertraglichen Bindungen<sup>82</sup>, die durch eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat entweder gar nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten aufzulösen sind und einer Neuordnung der Vergütung für alle Arbeitnehmer entgegenstehen. Dies wird vielfach sogar der maßgebliche Grund dafür sein, dass Arbeitgeber eine Veränderung der Entlohnungsgrundsätze auf neu einzustellende Arbeitnehmer beschränken wollen, ist ihnen doch schon aus Gründen des Betriebsfriedens meist ebenfalls an einheitlichen Arbeitsbedingungen gelegen. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so wirken sich solche Beschränkungen der Betriebsautonomie nur im Hinblick auf die vom Betriebsrat beabsichtigte Gleichstellung aus, hindern den Arbeitgeber aber nicht daran, von seinen Gestaltungsmöglichkeiten bei Neuabschluss von Verträgen Gebrauch zu machen.

## V. Individualrechtliche Auswirkungen der Mitbestimmung

Abschließend möchte ich noch in der gebotenen Kürze auf die Frage eingehen, wie sich die hier vertretene Trennung zwischen der – mitbestimmungspflichtigen – Einführung eines neuen Vergütungssystems für die neu eingestellten Arbeitnehmer und der – lediglich über das Initiativrecht des Betriebsrats herzustellenden – Angleichung der dann unterschiedlichen Vergütungssysteme auf die individualrechtliche Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und den betroffenen Arbeitnehmern auswirkt.

### 1. Folgen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats im Hinblick auf das Vergütungssystem für die neu einzustellenden Arbeitnehmer

Will der Arbeitgeber die bisher im Betrieb angewandten (tariflichen) Entlohnungsgrundsätze in Zukunft auf neu

eingestellte Arbeitnehmer nicht mehr anwenden, vielmehr für diese eigene Entgeltregelungen aufstellen, so bedarf er hierfür der Zustimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, weil es sich um die (erstmalige) Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen handelt. Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung wären einseitig vom Arbeitgeber aufgestellte kollektive Entgeltregelungen nicht nur eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts und damit rechtswidrig, sondern auch im Verhältnis zu den Arbeitnehmern unwirksam.

Allerdings steht der Arbeitgeber in diesem Fall vor dem Problem, dass er die Frage des Arbeitsentgelts nicht unregelt lassen kann. Wie sich aus § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 NachwG ergibt, sind die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts im Arbeitsvertrag schriftlich niederzulegen. Außerdem wird sich kaum ein Arbeitnehmer auf den Abschluss eines Arbeitsvertrags einlassen, solange die Kernfrage der Vergütung nicht geklärt ist. Kommt es nicht zu einer schnellen Einigung mit dem Betriebsrat, ist der Arbeitgeber rechtlich oder zumindest faktisch gezwungen, mit den Arbeitnehmern nicht mit dem Betriebsrat abgestimmte Vergütungsvereinbarungen zu treffen. Kommt es später zu einer mitbestimmten Regelung, stellt sich damit die Frage, ob sich ein Arbeitnehmer auf die vertragliche Zusage berufen kann, wenn und soweit diese für ihn günstiger ist als das mit dem Betriebsrat abgestimmte Vergütungssystem.

Die Frage betrifft die Reichweite der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Sie ist gerade für den Bereich der Entgeltmitbestimmung weitgehend ungeklärt und umstritten.<sup>83</sup> Wie dargelegt, zieht sich die Rechtsprechung zumeist auf die Aussage zurück, dass mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers zumindest insoweit unwirksam seien, als sie die Arbeitnehmer belasteten, ihnen also zum Nachteil gereichten.<sup>84</sup> Legt man diesen Maßstab an, müssten sich Arbeitnehmer nach wie vor auf vom Arbeitgeber gegebene, für sie vorteilhafte Zusagen berufen können, auch wenn diese in Widerspruch zu dem mit dem Betriebsrat vereinbarten mitbestimmten Vergütungssystem stehen.<sup>85</sup> Mit guten Gründen wird allerdings darauf verwiesen, dass

<sup>82</sup> Auf die durch den Arbeitsvertrag gezogenen Grenzen der Betriebsautonomie hinweisend auch *Reichold*, Anm. AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 1.

<sup>83</sup> Eingehend hierzu *GK-BetrVG-Wiese* (Fn. 6), § 87 Rn. 121 ff.

<sup>84</sup> S. die Nachw. in Fn. 45.

<sup>85</sup> So etwa *Richardi-Richardi* (Fn. 6), § 87 Rn. 124 f.

es in der Konsequenz der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung liegt, solche individualrechtlichen Abreden die Anerkennung stets zu versagen, wenn und soweit sie der Umsetzung einer mitbestimmten Regelung entgegenstehen und damit das Mitbestimmungsrecht vereiteln.<sup>86</sup> Zumindest muss es dem Arbeitgeber aber möglich sein, die Vergütungsabreden mit den Arbeitnehmern unter den Vorbehalt der endgültigen Einigung mit dem Betriebsrat zu stellen.<sup>87</sup> In diesem Fall würde eine später mit dem Betriebsrat getroffene Betriebsvereinbarung jedenfalls für die Zukunft die für die Arbeitnehmer maßgebliche Vergütungsordnung darstellen, ohne dass sich die Arbeitnehmer auf abweichende, für sie günstigere vertragliche Abreden berufen könnten. Zudem könnte die Betriebsvereinbarung sogar Rückwirkung entfalten mit der Folge, dass Arbeitnehmer den – gemessen an der mitbestimmten Regelung – »überschießenden« Teil der Vergütung zurückerstatten müssten.<sup>88</sup>

## 2. Rechtsfolgen einer auf Initiative des Betriebsrats zustande gekommenen Vereinbarung über ein einheitliches Vergütungssystem

Macht der Betriebsrat von seinem Initiativrecht Gebrauch und kommt – ggf. unter Hinzuziehung oder durch Spruch der Einigungsstelle – eine Regelung zustande, welche die Differenzierung zwischen Altbelegschaft und neu eingestellten Arbeitnehmern aufhebt und ein einheitliches Vergütungssystem für alle betriebsangehörigen Arbeitnehmer schafft, so stellt sich die Frage, welche Auswirkungen eine solche Regelung für die Arbeitnehmer haben kann, für welche bisher die (günstigeren) tariflichen Vorschriften gegolten haben. Unproblematisch zulässig ist es sicher, wenn der Arbeitgeber auf der Basis des mit dem Betriebsrat vereinbarten Vergütungssystems entsprechende Änderungsverträge mit den Arbeitnehmern schließt. Entfaltet der Tarifvertrag nur noch Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG – und nur dann kommt eine solche Vereinbarung in Betracht, da ansonsten das Mitbestimmungsrecht durch den Tarifvorbehalt ausgeschlossen ist –, so gilt er nicht mehr zwingend, sondern nur noch dispositiv und kann daher jederzeit auch durch eine vertragliche Abrede abgelöst werden.<sup>89</sup> Gilt der Tarifvertrag kraft vertraglicher Bezugnahme, können Inhalt und Umfang der Tarifgeltung ebenfalls durch vertragliche Abrede geändert und eine vertragliche Vergütungsvereinbarung an die Stelle der tariflichen gesetzt werden.

Problematisch ist daher nur, ob den Arbeitnehmer durch Betriebsvereinbarung die neue Vergütungsregelung kraft »normativen Anwendungsbefehls« aufgezwungen werden kann. Dies ist einmal natürlich eine Frage der Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG. Vertritt man die Ansicht, dass in mitbestimmten Angelegenheiten stets eine Regelung auch durch Betriebsvereinbarung möglich sein müsse,<sup>90</sup> müsste man eine solche wohl auch dann für zulässig erachten, wenn der Betrieb noch vom Geltungsbereich des Tarifvertrags erfasst wird. Insofern kann es keinen Unterschied bedeuten, woraus sich die Notwendigkeit einer mitbestimmten Regelung ergibt, also auf wessen Initiative die Regelung zurückgeht. Gilt der Tarifvertrag nur unmittelbar kraft Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG, so könnte er durch eine solche Betriebsvereinbarung abgelöst werden.<sup>91</sup> Größere Probleme bereitet hingegen die Frage, ob die in der Bezugnahme liegende vertragliche Vergütungsregelung durch die Betriebsvereinbarung auch zum Nachteil des Arbeitnehmers »abgelöst« werden kann. Dies dürfte nur dann möglich sein, wenn sich die mit den Arbeitnehmern getroffene Regelung als »betriebsvereinbarungsoffen« erweist.<sup>92</sup>

## VI. Fazit

Die neuere Rechtsprechung zur Mitbestimmung bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen kann nicht überzeugen. Zum einen sind die vom BAG angenommene Bindungswirkung eines bestehenden Vergütungssystems und die hieraus mithilfe der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung abgeleiteten individualrechtlichen Folgerungen dogmatisch mindestens zweifelhaft. Zum anderen – und vor allem – ist aber der Annahme zu widersprechen, dass die Tatsache, dass der Arbeitgeber im Verhältnis zu Arbeitnehmern, auf die die bisher geltenden Entlohnungsgrundsätze keine Anwendung gefunden

86 Vgl. nur Wiese, Anm. AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

87 Zutr. GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit (Fn. 6), § 87 Rn. 970; zust. Reichold, Anm. AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 1.

88 Hierzu näher H. Hanau, RdA 1998, 345, 349 ff.; Bauer/Günther, DB 2009, 620, 622.

89 ErfK-Franzen (Fn. 27), § 4 TVG Rn. 50, 63.

90 S. zur Vorrangtheorie die Nachw. in Fn. 77.

91 Bauer/Günther, DB 2009, 620, 623.

92 S. hierzu oben in und bei Fn. 78.

haben, ein abweichendes Vergütungssystem praktizieren will, eine Änderung der bestehenden Entlohnungsgrundsätze darstellt. In Wahrheit bleiben die bestehenden Grundsätze unverändert, wenn sie gegenüber den bisher im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern weiterhin Anwendung finden. Gegenstand der Mitbestimmung ist vielmehr allein die Einführung der neuen, für die übrigen Arbeitnehmer vorgesehenen Grundsätze.

Dies ist nicht nur ein konstruktiver Unterschied. Die Rechtsprechung des BAG führt vielmehr im Ergebnis dazu, dass der Arbeitgeber von Gestaltungsmöglichkeiten, die ihm etwa nach Auslaufen der Tarifgebundenheit oder nach einem Betriebsübergang gegenüber neu in den Betrieb eintretenden Arbeitnehmern offen stehen, keinen Gebrauch machen kann, weil er kollektivrechtlich verpflichtet sei, diesen Arbeitnehmern gegenüber die alten Entlohnungsgrundsätze solange zur Anwendung zu bringen, bis der Betriebsrat einer Änderung dieser Grundsätze für alle Arbeitnehmer zugestimmt oder die Einigungsstelle eine entsprechende Regelung getroffen hat. Dies kann im Ergebnis nicht nur zu einer erheblichen Verzögerung der Neugestaltung, sondern in bestimmten Konstellationen sogar dazu führen, dass das alte Vergütungssystem – und zwar für alle Arbeitnehmer – auf Dauer perpetuiert wird, weil der Arbeitgeber die alte Regelung aufgrund seiner individualrechtlichen Bindungen im Verhältnis zu den Arbeitnehmern nicht einfach durch eine mit dem Betriebsrat vereinbarte, für die Arbeitnehmer aber nachteilige neue Ordnung ablösen kann.

Erkennt man dagegen an, dass es sich in diesen Fällen um die Einführung neuer Grundsätze handelt, so kann der Arbeitgeber seine Gestaltungsmöglichkeiten nutzen. Individualrechtliche Bindungen existieren gegenüber den neu einzustellenden Arbeitnehmern nicht. Zwar müsste er sich mit dem Betriebsrat über die neuen Grundsätze verständigen. Bis zu einer Einigung könnte er aber vorläufige Entgeltregelungen treffen, die dann unter dem Vorbehalt einer Abänderung durch ein mitbestimmtes Vergütungssystem stünden. Wenn der Betriebsrat sich mit unterschiedlichen Vergütungssystemen nicht abfinden möchte, sondern aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit eine einheitliche Regelung anstreben möchte, kann er dies über sein Initiativrecht erreichen und versuchen, ggf. über die Einigungsstelle gleiche Entlohnungsgrundsätze für alle Arbeitnehmer durchzusetzen. Eine solche Regelung kann allerdings an tarif- oder arbeitsvertragsrechtliche Grenzen stoßen. Damit wird jedoch nur verdeutlicht, dass der Betriebsrat auf dem Spielfeld der Entgeltgestaltung weitere Mitspieler vorfindet, deren Regelungen gegenüber mitbestimmten Entgeltsystemen eine höhere rechtliche Dignität aufweisen und daher den Vorrang beanspruchen können. Diese Grenzen würden jedoch – anders als nach der Lösung des BAG – nicht zu Lasten der *bestehenden* Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers gehen. Diese blieben unberührt. Damit würde der Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung der ihr zugewiesene Platz auf dem Spielfeld zugewiesen. Die Konzeption des BAG hingegen weitet diesen Spielraum in Widerspruch zu den Grundgedanken des Gesetzes zu Lasten der übrigen Mitspieler aus.

## Das Arbeitsrecht nach dem Zweiten Weltkrieg: Ein goldenes Zeitalter

Interview mit Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau, Universität zu Köln\*

Das Gespräch führte Prof. Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE), Leibniz Universität Hannover

Lieber Herr Hanau, ich möchte mit Ihnen über Geschichte, Gegenwart und wahrscheinliche Zukunft des Arbeitsrechts sprechen. Indem wir das Arbeitsrecht derart Revue passieren lassen, würden mich natürlich auch Ihr persönlicher Rückblick auf Ihre Zeit als Wissenschaftler interessieren. Zunächst eine Vorfrage: Was ist die Geschichte Ihrer Begegnung und Beschäftigung mit dem Arbeitsrecht?

Es ist die Geschichte einer nunmehr 60 Jahre alten Faszination von einer Materie, die mit den Mitteln des Rechts einen wichtigen Beitrag zu Zusammenhalt und Funktionalisieren von Staat und Gesellschaft liefert. Bedeutende Lehrer an der Universität Göttingen waren daran beteiligt, mir den Zugang zu erschließen. Zunächst Prof. Wolfgang Siebert, der nach einer Verstrickung im Nationalsozialismus zu seiner großen rechtsdogmatischen Kunst zurückgefunden hatte.<sup>1</sup> Danach Prof. Franz Gamillscheg, ein weltweit anerkannter Meister des deutschen, ausländischen und internationalen Arbeitsrechts. Nach Beginn als Hochschullehrer an der Freien Universität Berlin im turbulenten Wintersemester 1968/69 bin ich seit dem Wintersemester 1971 an der Universität zu Köln tätig; dank der Unterstützung durch meinen Nachfolger Prof. Ulrich Preis nach der Emeritierung im Jahr 2000 noch in der Forschung.

Gab es ein Schlüsselerlebnis in der Vorlesung oder einem Seminar für Ihr immerwährendes Interesse am Arbeitsrecht?

1956 entschied das BAG, dass mitbestimmungswidrige Arbeitgeberweisungen unwirksam sind. Als dies im Siebert-Seminar behandelt wurde, verstand ich, dass die Betriebsverfassung wirklich eine Verfassung einer eigenständigen Organisation ist, mit Arbeitgeber und Betriebsrat als Gesetzgeber. Dies war die Initialzündung für meine Neugier auf das kollektive Arbeitsrecht.

Sie haben Siebert und Gamillscheg als prägende Persönlichkeiten erwähnt. Wie war das für Sie als Student, einerseits von der aktiven Verstrickung Sieberts mit dem

Nationalsozialismus zu wissen und gleichzeitig über ihn das Arbeitsrecht nahe gebracht zu bekommen? Siebert hatte 1950 trotz seiner Vergangenheit einen Lehrauftrag an der Universität Göttingen bekommen und wurde drei Jahre später dort ordentlicher Professor.

Wir haben nie darüber gesprochen. Mir genügte, dass seine Vergangenheit keine Spuren hinterließ; zum Richter über ihn fühlte ich mich nicht berufen. Dabei mag der Zeitgeist eine Rolle gespielt haben, der von dem Vergangenen nichts mehr wissen und in die Zukunft blicken wollte. Das diente nicht nur der politischen Entlastung Belasteter, sondern auch der seelischen Entlastung Unbelasteter.

Wie sind Sie und Ihr späterer akademischer Lehrer Franz Gamillscheg sich begegnet? Gab oder gibt es heute noch etwas, was Sie an ihm fasziniert hat oder was er Ihnen mitgegeben hat?

Gamillscheg war Sieberts Nachfolger in Göttingen. Seine Werke, von der Habilitationsschrift über Internationales Arbeitsrecht bis zu den beiden großen Bänden zum Kollektiven Arbeitsrecht faszinieren, weil sie schwierige Probleme leicht, geradezu elegant zugänglich machen, das umfangreiche Material vollständig darstellen und doch stets zu einem unabhängigen Standpunkt gelangen. Die Lektüre ist ein fortgesetzter Genuss. Er hat mir dies als Vorbild mitgegeben, leider unerreichbar. Mitgegeben hat er mir auch das Interesse an der Rechtsvergleichung, die nicht nur fremde Rechte, sondern auch das Eigene besser verstehen lässt. Wegweisend war für mich auch die berühmte Erkenntnis Gamillschegs, dass der Richter Herr des Arbeitsrechts ist. Dies begründete mein andauerndes sachliches und persönliches Interesse an der Arbeitsgerichtsbarkeit.

Ihre beiden Qualifikationsschriften, die Dissertation (Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, 1963<sup>2</sup>) und die Habilitationsschrift (Die Kausalität

\* Professor am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Universität zu Köln. Dieses Interview wurde erstmals am 8.3.2017 im forum historiae iuris veröffentlicht, abrufbar unter [www.forhistiur.de/2017-03-temming](http://www.forhistiur.de/2017-03-temming) (4.7.2018).

1 Über ihn unterrichtet eine von Prof. Haferkamp angeregte und betreute Kölner Dissertation von Mies, Wolfgang Siebert: Arbeitsverhältnis und Jugendarbeitsschutz im Dritten Reich und in der frühen Bundesrepublik, Köln 2007 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2007). Dazu hat Prof. Hanau das Zweitgutachten erstattet. Die Arbeit zeigt an einem wichtigen Beispiel, dem Gemeinschaftsgedanken im Arbeitsrecht, wie eine vor der NS-Zeit entstandene Konzeption vom Nationalsozialismus missbraucht und davon gereinigt worden ist.

2 Auszugsweise veröffentlicht im Archiv für die zivilistische Praxis, Göttingen 1965, 220.

der Pflichtwidrigkeit, 1968<sup>3</sup>), behandeln klassische bürgerlich-rechtliche Themen. Inwieweit war die monographische Befassung mit dem BGB von Bedeutung für Ihr Interesse am Arbeitsrecht und die Art und Weise, wie Sie dieses Rechtsgebiet später begleitet und mit entwickelt haben? Wie hat Gamillscheg Sie an das Arbeitsrecht wissenschaftlich herangeführt? 1974 erschien die zweite Auflage von Gamillschegs »Die Haftung des Arbeitnehmers«,<sup>4</sup> bei der Sie als Mitautor mitwirkten. Zu dem Zeitpunkt waren Sie schon ordentlicher Professor an der Freien Universität Berlin.

Die Dissertation stammt aus meiner Anfangszeit, in der ich dem Arbeitsrecht noch nicht so verhaftet war. Auslöser war meine Mitwirkung an der Bearbeitung der §§ 157 und 242 in der 9. Auflage des Kommentars zum BGB von Soergel/Siebert, 1959. Nachdem Siebert Ende 1959 starb, hatte Gamillscheg die Betreuung der Dissertation übernommen.

Auslöser der Habilitationsschrift war eine Entscheidung des BAGs zu der Frage, ob eine Gewerkschaft einem Schadenersatzanspruch wegen eines friedenspflichtwidrigen Arbeitskampfes entgegenhalten kann, dass der Arbeitskampf auch bei Einhaltung der Friedenspflicht ausgebrochen wäre. Darüber hat das BAG jüngst wieder verneinend entschieden.<sup>5</sup> Mir ging es vor allem darum, diesen und die vielen gleich gelagerten Fälle in eine allgemeine Theorie einzufügen. Die Rechtsprechung orientiert sich allerdings bis heute lieber an den Einzelfällen.

Die Mitwirkung am Soergel/Siebert und an dem von Gamillscheg begründeten Werk über die Haftung des Arbeitnehmers zeigen, wie mich beide Lehrer an die Wissenschaft herangeführt haben, durch frühe Gelegenheit zur selbständigen Mitarbeit.

Bevor wir zum Arbeitsrecht zurückkehren, eine Frage noch zu Ihrer ersten Wirkungsstätte an der Freien Universität Berlin. Sie wurden dorthin 1968 berufen. Wie haben Sie diese Zeit und die 68er-Studenten erlebt? Gibt es ein besonderes Erlebnis, was Sie mit dieser – wie Sie beschreiben – »turbulenten« Zeit verbinden – vielleicht auch später als Dekan bzw. Fachbereichsvorsitzender? Ich hatte mich in der Notgemeinschaft für eine freie Universität gegen Eingriffe in die Freiheit von Lehrenden und Lernenden engagiert. Das war eine ernste Sache, doch gab es auch komische Momente. So wurde ich von einem Lehrbeauftragten für katholische Theologie angerufen, der sagte, er stehe in seinem Dienstzimmer auf einem Tisch

und werde von tobenden Studenten belagert. Ich sagte ihm, er solle einfach auf den Fußboden und nach Hause gehen. Das scheint geklappt zu haben.

Bei der Beurteilung der 68er muss man mE. unterscheiden zwischen der legalen Bewegung der damaligen Studentengeneration und einer Minderheit, die die Grenzen des Rechts nicht respektierte. Sie war bei den Juristen kaum vertreten; die Zusammenarbeit mit den Studenten unserer Fakultät und ihren Vertretern im Fakultäts- und Fachbereichsrat war störungsfrei. Als Störungen von außen nicht enden wollten, beschloss der Fachbereichsrat (wenn ich mich nicht irre, im Sommersemester 1970 mit elf zu zehn Stimmen) Einlasskontrollen für das Gebäude der Fakultät. Dann war Ruhe.

Bis heute hat mich betroffen gemacht, dass ich von einem studentischen Vertreter im Fachbereichsrat gebeten wurde, nach dem Unfalltod eines anderen studentischen Vertreters auf ein Gedenken im Fachbereichsrat zu verzichten. Ich habe mich daran gehalten, bin aber bis heute traurig, dass der politische Gegensatz nicht einmal vor dem Grab Halt machte. Das sollte nicht sein.

Auch in Köln habe ich mich gerne an der akademischen Selbstverwaltung beteiligt und dabei meine Erfahrungen aus Berlin nutzen können. Es gab sogar einmal eine Rückkehr nach Berlin, als ich nach der Wende an der gelungenen Reorganisation der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität mitwirken durfte.

Lassen Sie uns nun auf das Arbeitsrecht zurückblicken: Wie hat sich der arbeitsrechtliche Kosmos seit seiner Entstehung entwickelt?

Wie der natürliche Kosmos: nach einem Urknall in ständiger Expansion. Urknall war das berühmte preußische Regulativ zur Beschränkung der Kinderarbeit von 1839. Freilich gab es schon vorher Arbeitsrecht, aber das war ein anderer Kosmos. Die Entwicklung nach dem Urknall ging in die Richtung eines immer stärkeren Arbeitnehmerschutzes und ist bis heute nicht beendet.

Das klingt nach einer gleichmäßigen Entwicklung zugunsten der Arbeitnehmer. Gab es keine Brüche oder

<sup>3</sup> Erschienen 1971.

<sup>4</sup> Erstauflage 1965.

<sup>5</sup> BAG, 31.10.1958 – 1 AZR 632/57 – BAGE 6, 321; BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14 – juris.

Sprünge? Wie lässt sich in diesem Zusammenhang das Wirken der Kollektive, also Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, bewerten?

Sprünge schon, Brüche weniger. Die Sprünge ergaben und ergeben sich daraus, dass Arbeitsrecht wesentlich politisches Recht ist, sodass jede größere politische Veränderung Veränderungen des Arbeitsrechts mit sich bringt. Dies begann schon mit dem Übergang von Reichskanzler Bismarck zu Kaiser Wilhelm II. Bismarck hatte Bedenken gegen einen weiteren Ausbau des Arbeitsrechts, weil er Arbeitsplätze gefährden könnte, während Kaiser Wilhelm II. auf internationale Arbeitskonferenzen setzte, die durch Angleichung des Arbeitsrechts in konkurrierenden Ländern Gefahren für den inländischen Arbeitsmarkt abwenden sollten. Im Grunde ist diese Frontstellung bis heute geblieben.

Zu Ihrer Frage nach den Kollektiven: Die Gewerkschaften waren zuerst und bildeten sich vor allem nach der Gründung des Deutschen Reiches 1871, erst bekämpft, dann geduldet und in der Weimarer Republik zu einem wichtigen Akteur geworden. Die Bildung der Arbeitgeberverbände war eine Reaktion darauf. Die Krise der Weimarer Republik erfasste auch die Tarifpolitik durch Zwangsschlichtung und gesetzliche Eingriffe in die Lohnfestsetzung. Das Grundgesetz brachte dann die Garantie der Koalitionsfreiheit und damit der Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG, die die Kollektive zu einem maßgebenden Faktor des Arbeitslebens und des Arbeitsrechts werden ließ. Das Mindestlohngesetz von 2014 zeigt freilich, dass die autonome Regelung einer staatlichen Abstützung bedürfen kann.

In der Rechtsprechung des BAG gab es keine großen Sprünge, aber doch drei Phasen, die ich 2014 in meiner kurzen Chronik 60 Jahre BAG skizziert habe.

Brüche waren abgesehen vom Nationalsozialismus selten. Der Nationalsozialismus beseitigte das kollektive Arbeitsrecht, ließ das übrige Arbeitsrecht aber für die deutschen Arbeitnehmer im Wesentlichen bestehen, mehr und mehr ergänzt durch rechtlose Sklavenarbeit in oder bei den Konzentrationslagern.

Einen kurzen Bruch gab es in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts und im Rahmen der sog. Agenda 2010, als erst eine CDU- und dann eine SPD-geführte Bundesregierung und Parlamentsmehrheit an Bismarck anknüpfen und den Ausbau des Arbeitsrechts im Interesse der Arbeitsplatzhaltung bremsen.

Das Arbeitsrecht der DDR hatte so viel oder so wenig Arbeitnehmerschutz, wie es in einer staatlich diktierten

Planwirtschaft möglich ist. Vor der Wende gab eine von dem Kollegen Thilo Ramm initiierte Kommission mit Fachkollegen aus der DDR willkommene Gelegenheit zur deutsch-deutschen Rechtsvergleichung. Nach der Wiedervereinigung blieben vom DDR-Arbeitsrecht nur einige Übergangsvorschriften im Einigungsvertrag.

Sie haben eben drei Phasen in der Rechtsprechung des BAG angesprochen, die Sie in Ihrer Chronik mit »Grundlegung«, »Weiterentwicklung« und »Neustart« der Rechtsprechung des BAG betitelt haben. Was charakterisiert diese drei Phasen?

Das Arbeitsrecht folgte von Anfang an zum Schutz der Arbeitnehmer zwei verschiedenen Richtungen, Einschränkungen der individuellen und Ausbau der kollektiven Betätigungs- und Vertragsfreiheit. Beides bestimmte auch Grundlegung und Weiterentwicklung der Rechtsprechung des BAG, traf aber in beiden Richtungen auf Hindernisse. Der Ausbau des kollektiven Rechts wurde bis 1995 durch die Beschränkung der verfassungsrechtsetzenden Koalitionsfreiheit und des auf ihr beruhenden Tarif- und Arbeitskammerrechts auf einen Kernbereich gehemmt, während die Einschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit bis zu der 2002 erfolgten Einbeziehung des Arbeitsvertrages in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz innovativer Ansätze Stückwerk bleiben musste. Nachdem diese beiden Hindernisse beseitigt waren, konnte und musste es zu einem Neustart der Rechtsprechung kommen, zu neuen Schritten in die alten Richtungen.

Ein kurzer Blick nach Europa: Mit der Terminologie des internationalen Privat- und Verfahrensrechts gesprochen hat man mehr und mehr den Eindruck, vom »autonomen« deutschen Arbeitsrecht sprechen zu müssen, welches von seinem europäischen Pendant an den Rand gedrückt wird. Wie erklärt es sich, dass das europäische Arbeitsrecht einen so großen Einfluss auf das doch weit entwickelte deutsche Arbeitsrecht hatte?

Das EU-Recht enthält in der Charta zahlreiche arbeitsrechtlich relevante Grundrechte und im Unionsvertrag (AEUV) eine weitgehende Ermächtigung für arbeitsrechtliche Richtlinien. Dies beschränkt sich nicht auf grenzüberschreitende Regelungen wie das internationale Arbeitsrecht, die Mindestarbeitsbedingungen aus dem Ausland entsandter Arbeitnehmer und die Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, bei denen Einfluss und

Vorrang des europäischen Rechts selbstverständlich sind. Vielmehr hat es auch einen weitgehenden Einfluss auf das nationale Arbeitsrecht. Dies beruht zum Teil darauf, dass das deutsche Arbeitsrecht doch nicht überall zeitgemäß war, insbesondere im Bereich des Antidiskriminierungsrechts. Außerdem hat der EuGH das BAG in der Expansion des Arbeitnehmerschutzes häufig überboten, auch aufgrund von Vorlagen deutscher Instanzgerichte. Man kann aber nicht sagen, dass das deutsche Arbeitsrecht vom europäischen an den Rand gedrückt wird, eher dass es zugunsten der Arbeitnehmer vorwärts gerückt wird, bisweilen auch zurück. Das BAG bittet den EuGH allerdings neuerdings öfter, aus deutscher Sicht schwer verständliche Entscheidungen zu überdenken.<sup>6</sup>

Gibt es umgekehrt Ausstrahlungen des deutschen Arbeitsrechts auf das Ausland?

Besonders in Japan, wegen ähnlicher Traditionen und Probleme. Ein kleines Indiz dafür ist, dass die 10. und 14. Auflage meines mit Klaus Adomeit verfassten Lernbuchs des Arbeitsrechts in das Japanische übersetzt wurden. Eine Besonderheit ist bisher unsere Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen. Das Interesse daran wächst aber auch im Ausland, wie ich es in Schweden erfahren habe, wo ein eigenständiges Mitbestimmungsrecht entwickelt wurde. Dazu passt, dass Theresa May, die englische Premierministerin, eine Vertretung der Arbeitnehmer in der Unternehmensleitung anstrebt. Die größten Ausstrahlungen nationaler Arbeitsrechte dürften sich heutzutage freilich im übernationalen, insbesondere im europäischen Arbeitsrecht finden.

Was die Indizien für das japanische Interesse am deutschen Arbeitsrecht anbelangt, so ist dieses gelungene Lernbuch in der Tat nur ein kleines von mehreren. Sie haben sich mehr als dreißig Jahre lang intensiv im deutsch-japanischen Wissenschaftsaustausch engagiert. Noch heute pflegen Sie Kontakt mit führenden japanischen Arbeitsrechtlern. Was bedeutet für Sie die poetische Umschreibung »Aufgehende Sonne mit Stern, goldenen und silbernen Strahlen«? Sie wissen, ich spiele auf ein besonderes Ereignis im Jahre 2009 an. Sie meinen die Verleihung des so bezeichneten Ordens, der wohl nach der japanischen Mythologie benannt wurde. Die Verleihung des Ordens hat mich sehr gefreut und geehrt; die von ihm ausgehenden Strahlen erwärmen mein Herz.

Das Arbeitsrecht ist jedenfalls vordergründig durch den Interessengegensatz von Arbeitgebern und Arbeitnehmern geprägt. Es liegt nahe, dass dies auf das Vorverständnis und damit auf die Rechtsauffassungen der mit dem Arbeitsrecht befassten Richter und Rechtswissenschaftler ausstrahlt. Lässt sich darüber etwas Allgemeines sagen, insbesondere in Bezug auf Richter und Rechtswissenschaftler? Also über das Verhältnis von Objektivität und Subjektivität der Rechtsfindung? Sie haben einmal festgestellt: Neue Richter, neues Recht, von dem früheren BAG-Präsidenten Prof. Dieterich ergänzt durch die Feststellung: alte Richter, altes Recht. Was steckt dahinter?

Man wird zwischen Rechtswissenschaftlern an den Universitäten und Richtern unterscheiden müssen, weil die nicht richterlich tätigen Rechtswissenschaftler in der Berücksichtigung ihres Vorverständnisses freier sind. Es schadet nicht und kann hilfreich sein, wenn ein Rechtswissenschaftler deutlich von einem arbeitnehmer- oder arbeitgebernahe Vorverständnis ausgeht und dies auf seine Rechtsauffassungen durchschlagen lässt. Er kann damit einen wichtigen Aspekt zur Rechtsfindung beisteuern, ähnlich wie ein Rechtsanwalt zu einem Urteil. Andere Rechtswissenschaftler, zu denen ich mich zählen würde, zieht es mehr in die Mitte und zu dem Bemühen, die verschiedenen Interessen und Aspekte auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Das kann zu der einen oder anderen Seite ausschlagen, je nachdem was zur Sicherung des Systems und seines Gleichgewichts erforderlich scheint. So habe ich 1969 unabhängig voneinander dargelegt, einerseits dass die Tarifautonomie durch den üblichen unentgeltlichen Gemeingebrauch der Tarifverträge geschwächt wird, andererseits eine uneingeschränkt paritätische Mitbestimmung (die es nicht gibt, aber damals gefordert wurde), die Unabhängigkeit der Arbeitgeberseite und damit eine unverzichtbare Voraussetzung der Tarifautonomie in Frage stellen würde.<sup>7</sup>

Die Richter haben es schwerer, weil sie es im Wesentlichen selbst schaffen müssen, ihr eigenes Vorverständnis mit Alternativen abzugleichen. Ein eindrucksvolles Beispiel dafür, wie dies gelingen kann, zeigt die in diesem Jahr erschienene Autobiografie von Thomas Dieterich »Ein Richterleben«.

<sup>6</sup> BAG, 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – BAGE 152, 12; BAG, 18.10.2016 – 9 AZR 196/16 – BB 2016, 2611.

<sup>7</sup> Jus 1969, 213; Der Betrieb 1969, 218.

Die von Ihnen zitierten Feststellungen über neue und alte Richter dürften teils auf verschiedenen Vorverständnissen beruhen, teils auf personen- und generationsbedingt verschiedenen Rechtsauffassungen.

Hat die alte und neuerdings wieder aufgeflamnte rechtswissenschaftliche Methodendiskussion im Arbeitsrecht eine besondere Färbung und Bedeutung? Gibt es Unterschiede zu den Diskursen im übrigen Privatrecht? Wann sind für Sie Methodenfragen zu bedeutenden Fragen geworden?

In der Tat ist die schon von den altrömischen Rechtsgelehrten geführte Diskussion über die Auslegung und Fortbildung des Rechts besonders im Arbeitsrecht wieder aufgeflammt. Da es im Arbeitsrecht große, zwar nicht rechts-, aber gesetzefreie Räume gibt, ist immer wieder zweifelhaft, wie sie auszufüllen sind. Aber auch die Auslegung der vorhandenen Gesetze ist besonders kontrovers, wenn dahinter die Kollision von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen steht. Außerdem hat ein einflussreicher Arbeitsrechtler, Prof. Dr. Bernd Rütters, den Nachweis geführt, dass der schnelle Übergang der meisten Richter zu Geist und Grundsätzen des Nationalsozialismus bzw. des DDR-Sozialismus nicht auf positivistischem Gehorsam gegenüber Gesetzen beruhte, sondern auf vorauseilendem Gehorsam im Dienste des Gesamtsystems. Dann liegt der Schluss nahe, dass ja Richter sich im Gegensatz dazu heute eng auf die einzelnen Gesetze und nicht auf den Geist des Gesamtsystems stützen sollten, auch wenn es nicht mehr auf einem pervertierten Rechtsverständnis beruht. Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass der Geist guter Rechtssysteme stärkere Beachtung verlangt als der schlechter. Deshalb geht der Methodenstreit weiter, mit dem Bundesverfassungsgericht als immer wieder angerufener letzter Instanz auch in Fragen der juristischen Methodenlehre.<sup>8</sup>

Wie sehr ist das Arbeitsrecht Privatrecht oder – umgekehrt formuliert – wie wenig ist das Privatrecht Arbeitsrecht? Aktuell wird ja wieder über eine Reform des Prüfungstoffes debattiert, bei der die Nebengebiete und damit das Arbeitsrecht das Nachsehen haben werden. Das deutsche Arbeitsrecht ist immer noch in fast allen Einzelheiten Privatrecht unter weitgehendem Ausschluss der ihm innewohnenden Missbrauchsmöglichkeiten. Vielleicht ist es heute sogar das ideale Privatrecht, denn zur sozialen Marktwirtschaft gehört ein soziales Privatrecht.

Dass die Bedeutung des Arbeitsrechts in Studium und Staatsprüfung reduziert werden soll, ist mir angesichts seiner Bedeutung unverständlich.

Wie sehr und was können wir aus der Geschichte des Arbeitsrechts lernen bzw. wie geschichtsbewusst kann und darf das Arbeitsrecht sein. Sie hatten vorhin bspw. auf Kaiser Wilhelm II. hingewiesen, der durch Angleichung der Arbeitsrechtssysteme mit Hilfe von internationalen Arbeitskonferenzen Gefahren für das inländische Arbeitsrecht abwenden wollte. Diese strategische Haltung war auch von Seiten Frankreichs zu beobachten, als die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 1958 gegründet wurde. Der Grundsatz der Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen verdankt seine Existenz in den Römischen Verträgen maßgeblich diesem Gesichtspunkt, da Frankreich ihn damals im Unterschied zu den fünf anderen damaligen Mitgliedstaaten schon weit verwirklicht hatte.

Ganz allgemein kann man aus der Geschichte des Arbeitsrechts lernen, dass es kein Schön-Wetter-Recht, sondern in politischen und wirtschaftlichen Notzeiten besonders wichtig und auch noch leistungsfähig ist. Die von Ihnen genannten historischen Beispiele belegen, dass die nationalen Arbeitsrechte seit dem Beginn von Industrialisierung und Globalisierung nicht isoliert gesehen werden dürfen und existieren können.

Ein Grund für diese Fragen hängt mit der Diskussion des Arbeitsrechts auf den Deutschen Juristentagen zusammen. Haben Sie rückblickend betrachtet über die vergangenen Jahrzehnte einen Wandel der Diskussionskultur erlebt? Woher resultiert dieses extreme und schier unversöhnliche Lagerdenken im Arbeitsrecht? Lagerdenken ist für das Arbeitsrecht normal und scheint mir nicht stärker geworden zu sein. Wichtig ist aber das Gespräch zwischen den Lagern und dafür hat der Deutsche Juristentag an Bedeutung verloren. Er sollte sein Verfahren in diesem kontroversen Bereich überdenken. Ein anderes Forum für solche Gespräche bietet der wie der DJT seit über 100 Jahren bestehende Deutsche Arbeitsgerichtsverband.

<sup>8</sup> Zuletzt BVerfG, 23.5.2016 – 1 BvR 2230/15 und 2231/15 – VersR 2016, 1037 »zu den verfassungsrechtlichen Grenzen schöpferischer richterlicher Fortbildung des Rechts«.

Beim Deutschen Arbeitsgerichtsverband waren Sie von 1990 bis 1999 Präsident, wurden mit der Festschrift »Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft« verabschiedet und sind seitdem dort Ehrenpräsident. Kann der Arbeitsgerichtsverband das drohende Vakuum im DJT vollständig ausgleichen oder fehlen hier nicht vielleicht weitere objektive Institutionen, die sich mit Arbeitsrecht befassen? Das Internationale Privatrecht hat den einflussreichen Deutschen Rat für IPR. Für viele Rechtsgebiete existiert ein MPI, bspw. für Rechtsgeschichte. Es gibt in der Tat kein Max-Planck-Institut für Arbeitsrecht. Bei der Gründung des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht soll man bewusst von der Einbeziehung des Arbeitsrechts abgesehen haben, um die für es typischen Konflikte fernzuhalten. Für das europäische Arbeitsrecht gibt es ein spezielles Institut an der Universität Trier, doch wäre darüber hinaus die Schaffung einer arbeitsrechtlichen Abteilung in dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht wünschenswert. Dies wäre die Vollendung des Lebenswerks von Franz Gamillscheg, der an diesem Institut seine Leidenschaft und Leistung für die arbeitsrechtliche Rechtsvergleichung begründet hat. Auch könnte es dazu beitragen, dass das europäische Arbeitsrecht noch mehr als bisher nicht nur in vielen nationalen Gremien und Kreisen, sondern von Europäern verschiedener Herkunft miteinander behandelt wird.

Ein anderes Thema: Neuerdings spielt in der Rechtspraxis das Thema »Compliance« eine große Rolle, die Sicherung der Befolgung von Rechtsvorschriften. Wie steht es damit im Arbeitsrecht?

Das Arbeitsrecht hat unter seinem Leitmotiv des Arbeitnehmerschutzes die Compliance der Arbeitgeber zugunsten der Arbeitnehmer früh ausgebaut. So hat der Betriebsrat die gesetzliche Aufgabe, darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Rechtsvorschriften durchgeführt werden. Über die Einhaltung des Mindestlohngesetzes wachen staatliche Stellen.

Ein allgemeiner Beitrag des Arbeitsrechts zur Compliance ist die zunehmend anerkannte Zulässigkeit des »Whistleblowings« von Arbeitnehmern, also der Anzeige von Rechtsverstößen im Unternehmen nach außen. Diese Anglizismen dürften nicht nur auf der verbreiteten Neigung beruhen, englische Sprachkenntnisse zu präsentieren, sondern auch zeigen, dass dies alles in Deutschland noch nicht heimisch geworden ist.

So viel zur bisherigen Entwicklung. Nun zur Gegenwart, zum heutigen Stand. Ist der Vormarsch des Arbeitnehmerschutzes ungebrochen? Oder machen sich Gegenkräfte stärker bemerkbar? Ich frage, weil ich den Eindruck habe, dass das BAG dem Arbeitgeber in einigen für ihn essentiellen Fragen seit jeher entgegenkommt (bspw. allgemeine Altersgrenze 65 plus X, ein fast grenzenloses Weisungsrecht zu seinen Gunsten, das Mittel der Austausch Kündigung, um den Arbeitsvertrag durch andere selbständige Tätigkeitsverträgen zu ersetzen).

Gegenkräfte machen sich bemerkbar, aber nach meinem Eindruck nicht beim BAG. Die arbeitsrechtliche Anerkennung der sozialrechtlichen Altersgrenze dient nicht nur den Arbeitgebern, sondern auch den jüngeren Arbeitnehmern. Die beiden anderen von Ihnen genannten Fälle lassen sich nicht verallgemeinern und durch Einzelfälle in der anderen Richtung ergänzen, etwa durch eine 2014 ergangene Entscheidung des BAG, die einem Arbeitnehmer eine Urlaubsabfindung zusprach, obwohl er im ganzen Jahr auf eigenen Wunsch nicht gearbeitet hatte, zu viel Urlaub vom Urlaub.<sup>9</sup>

Gegenkräfte kommen weniger von außen als aus dem Arbeitsrecht selbst, das seinen Zweck verfehlen würde, wenn es dazu führt, dass Arbeitsplätze in erheblichem Umfang nachweislich nicht finanzierbar werden und entfallen oder erst gar nicht geschaffen werden. Es ist sogar zu fragen, ob das Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes verletzt wird, wenn eine arbeitsrechtliche Vorschrift so wirkt. Bisher haben Gesetzgeber und Tarifparteien diese immanente Grenze des Arbeitsrechts meist beachtet.

Schließlich zur Zukunft: Was kann man hier vermuten? Kann man schon erkennen, wie sich weitere Globalisierung, Digitalisierung und Robotisierung auf das Arbeitsrecht auswirken? Wie sieht der Arbeitnehmer der Zukunft aus?

Ein Emeritus ist eher zum Rückblick als zum Ausblick berufen. Immerhin ist wohl schon deutlich, dass für den unselbständig Beschäftigten der Zukunft weniger die Weisungsbindung in Bezug auf Ort, Zeit und Art der Arbeit kennzeichnend sein wird als die wirtschaftliche Abhängigkeit, die bisher als Merkmal nicht des Arbeitnehmers, sondern der Arbeitnehmerähnlichkeit angesehen wird. Einer Fortbildung des Arbeitnehmerbegriffs in dieser Richtung

<sup>9</sup> BAG, 6.5.2014 – 9 AZR 678/12 – NJW 2014, 2974.

steht möglicherweise entgegen, dass er in diesem Jahr in § 611a BGB im herkömmlichen Sinne gesetzlich geregelt worden ist. Dies könnte dazu führen, dass der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person größere Bedeutung erlangt, zB. durch eine Verbindungslinie von der traditionellen Heimarbeit zum modernen »Homeoffice«. Zur Arbeitswelt 4.0 schon passend dürften auch die Ansätze zur selbstbestimmter Teamarbeit in § 12 TzBfG und die Grenzen von Betrieben und Unternehmen überschreitender Arbeitnehmervertretung gemäß § 3 BetrVG sein.

Vorfrage ist, wie viele Arbeitskräfte die voll digitalisierte und automatisierte Wirtschaft noch braucht. Werden es deutlich weniger, gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder wird das ausfallende Arbeitseinkommen durch Geld ersetzt, das die Maschinen erwirtschaftet haben, oder die Ablösung des Menschen durch die Maschine, der menschlichen durch künstliche Intelligenz, führt zu Verelendung. Hoffen wir, dass stattdessen die von Thomas Morus schon im 16. Jahrhundert entwickelte Utopie eines 6-Stunden-Arbeitstages verwirklicht wird.<sup>10</sup>

Lässt sich Ihr Rück- und Ausblick auf das Arbeitsrecht auf eine kurze Formel bringen? Vielleicht in Form eines ihrer beliebten Lehrgedichte?

Ein neues Lehrgedicht ist mir nicht eingefallen. Für meine alten muss ich auf die Sammlung meiner Nebenwerke verweisen.<sup>11</sup> Stattdessen als kurze Formel: Für das deutsche Arbeitsrecht war es seit dem zweiten Weltkrieg ein goldenes Zeitalter. Dass ich viele junge Juristen für dieses auch in Zukunft für die arbeitenden Menschen unentbehrliche Rechtsbereich begeistern konnte, betrachte ich als den schönsten Erfolg meiner beruflichen Tätigkeit.

Herr Hanau, ich danke Ihnen für das Gespräch!

<sup>10</sup> S. *Vofskamp*, *Emblematik der Zukunft, Poetik und Geschichte literarischer Utopien von Thomas Morus bis Robert Musil*, Berlin 2016.

<sup>11</sup> *Hanau*, *Fröhliche Rechtswissenschaft*, Köln 2009.

## Zusammenfassungen

### Schwarze: Staatliche Entgeltregulierung und privatautonome Entgeltgestaltung

SR SR 4/2018, S. 131–143

Der Autor setzt sich mit der Frage der Lohngerechtigkeit auseinander. Er grenzt drei Typen der Entgeltregulierung und deren Ausgestaltung voneinander ab: Minimalschutz, Gleichbehandlung und vollständige Regulierung. Er vertieft insbesondere den Minimalschutz als Ziel der staatlichen Entgeltregulierung sowie die Rolle von Diskriminierungsverboten und des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

### Raab: Die Funktion des Betriebsrats bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit

SR SR 4/2018, S. 144–160

Der Verfasser untersucht die Rolle und Bedeutung des Betriebsrats bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit. Er analysiert hierzu dessen Mitbestimmungsrechte und setzt sich kritisch mit aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung des BAG auseinander. Er bettet seine Analyse in das gesamte arbeitsrechtliche System ein und fragt auch nach den individualrechtlichen Auswirkungen.

## Abstracts

### Schwarze: Public regulation of remuneration and private autonomous settlement of remuneration

SR SR 4/2018, pp. 131–143

The author assesses the question of pay equity. He distinguishes three types of remuneration regulation and their specific structure: minimum protection, equal treatment and full regulation. He elaborates especially on the minimum protection as a goal of public remuneration regulation as well as on the role of the principle of non-discrimination and the principle of equal treatment.

### Raab: The role of works councils on the implementation of pay equity

SR SR 4/2018, pp. 144–160

The author examines the role and significance of the works council in implementing pay equity. In that regard, he analyses its co-decision rights and critically assesses recent developments in the jurisprudence of the Federal Labour Court. He embeds his analysis in the entire labour law system and also asks for the consequences on the individual legal relationship.

**Vorschau** | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

### Abhandlungen

- *Achim Seifert*: Internationale Standards des Arbeitszeitrechts
- *Frank Schreiber*: Die Reichweite der Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums in Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG als Menschenrecht
- *Gramano/Stolzenberg*: Die Jobs Act-Reform in Italien: »Smarte Regelung« des Weisungsrechts und neuer Rechtsrahmen für Selbständige

### Rezensionen

- Ricarda Zeh: Der Arbeitnehmer im liberalisierten Welthandel: Freizügigkeit, Entsendung und Freie Exportzonen (*Benedikt Schmidt*)