

AuA

Personal | Praxis | Recht

WHITE PAPER



Payroll & Compensation

Entgeltoptimierung mit steuerfreien Sachbezügen

Entgelttransparenz-RL: Handlungsempfehlungen

Tarifvertrag: Verbandsaustritt und -wechsel

Überstunden in der Betriebsratsvergütung

Mehr Fairness durch Vergütungstransparenz?

Unterrichtung des BR beim Wegfall von Provisionen

AuA
Personal | Praxis | Recht

Arbeit und
Arbeitsrecht



Alle HR-Prozesse auf einer Plattform

HR kann so einfach sein: Mit Personio digitalisieren Sie Ihre Prozesse, sparen wertvolle Zeit und haben alle wichtigen Mitarbeiterdaten stets griffbereit.

Ob Lohnabrechnung, Recruiting oder Onboarding – unsere All-in-One HR-Software unterstützt Sie dabei, den Verwaltungsaufwand zu minimieren und den Fokus auf Ihre strategischen Ziele zu lenken. So schaffen Sie mehr Zeit für das, was zählt: Ihre Mitarbeitenden.

Entdecken Sie alle Funktionen auf personio.de



Musterbetriebsvereinbarung: Entgeltoptimierung mit steuerfreien Sachbezügen

Brutto für netto

In Zeiten des zunehmenden Fachkräftemangels suchen Arbeitgeber nach Möglichkeiten, sich als attraktiver Arbeitgeber im umkämpften Arbeits-/Bewerbermarkt zu positionieren und Mitarbeiter zu finden und binden (vgl. Stück/Wein, AuA 6/23, S. 14 ff. mit Checkliste). Die Arbeitskosten in Deutschland sind im internationalen Vergleich bzw. Wettbewerb hoch und belasten Arbeitgeber wie Arbeitnehmer gleichermaßen durch hohe Steuern sowie Sozialausgaben, sodass steuer-/sozialversicherungsrechtlich optimierter Entgeltgestaltung ein kostendämpfender Effekt zukommt und eine beidseitige Win-win-Situation schafft. Wie können steuerfreie Sachbezüge bis zzt. max. 50 Euro/Monat mittels einer Wertkarte/App nach § 8 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 11 EStG eingeführt werden?

MODELLOPTIIONEN

In der Vergangenheit haben Arbeitgeber öfter selbst steuerfreie Sachbezüge gewährt, indem sie Gutscheine oder Wertkarten (z. B. von Warenhäusern, Tankstellen, Restaurants) beschafften und ausgaben. Dies ist jedoch mit einem erheblichen Aufwand für HR, Einkauf sowie Payroll verbunden und bezieht sich nur auf bestimmte Geschäfte bzw. Ketten. Auch der Gesetzgeber hatte erkannt, dass diese Handhabung nicht mehr zeitgemäß ist. Daher können seit 2020 die Warengutscheine oder Wertkarten auch in Gestalt elektronischer, wiederaufladbarer Karten ausgegeben werden. Die Regelung wurde 2021 kurzfristig ausgesetzt, da es Kritik an der faktischen „Verwässerung“ des Sachbezugs gab. Die Finanzverwaltung hat 2022 in einem Schreiben umfassend Stellung genommen und Rahmenbedingungen definiert, die seitdem eine Ausgabe wieder möglich machen (BMF-Schreiben v. 13.4.2021, BStBl. I 2021, S. 621).

Inzwischen gibt es spezialisierte Dienstleister, die in Zusammenarbeit mit Finanzdienstleistern und mit moder-

ner Technik (z. B. über Apps fürs Smartphone) diese Sachbezugskarten auch als Debitkarte anbieten. Unter Beachtung der rechtlichen Regelungen ist diese Debitkarte überall einsetzbar, wo ein bestimmter Finanzdienstleister akzeptiert wird. Dadurch steht bundesweit ein großes Netz an möglichen Einkaufs- und Annahmestellen (Einzelhandel, Discounter, Restaurants, Tankstellen, Fitness etc.) zur Verfügung. Die Dienstleister übernehmen die Abwicklung standardisiert, wozu die Firma ein Firmenkonto bekommt und der Dienstleister für jeden einzelnen Mitarbeiter ein persönliches Debitkartenkonto einrichtet. Der Arbeitgeber muss dann nur noch über den monatlichen Zuwendungsbetrag entscheiden, diesen in seiner Payroll entsprechend ausweisen, ihn an den Dienstleister durch seinen „Auflade-Administrator“ überweisen zugunsten der Beschäftigten zum monatlichen Aufladen auf sein Firmenkonto (ohne besonderen Insolvenzschutz wie z. B. § 7e SGB IV außer normaler Einlagensicherung der Banken) und dem Dienstleister Ein-/Austritte für die Abwicklung melden. Der Beschäftigte kann die Debitkarte, eine reine Guthabekarte, nicht selbst aufladen,

sondern nur in regionalen Geschäften i. d. R., der heimischen Postleitzahl beim Kauf nutzen, d. h. ein Münchener Mitarbeiter könnte damit nicht in Köln einkaufen. Onlinekäufe, Überweisungen oder Überziehungen sind nicht möglich. Damit werden die Vorgaben des ZAG eingehalten. Was und wann der Mitarbeiter kauft, erfährt der Arbeitgeber nicht. Auch wenn die Karte nicht als „Sparkonto“ ausgelegt ist, kann das Guthaben darauf angespart werden. Das Guthaben gehört dem Mitarbeiter und kann auch bei einem Austritt beim gewährenden Arbeitgeber mitgenommen und ohne zeitliches Limit verbraucht werden. Ggf. könnte sich folgender Hinweis empfehlen, z. B. in Aufhebungsverträgen, Kündigungsbestätigungen:

„Für die digitale Wertkarte gilt: Falls diese auf dem Diensthandy installiert ist, muss diese bis zur Rückgabe des Diensthandys auf ein privates Handy übertragen oder das Guthaben vorher aufgebraucht werden. Unverbraucht Guthaben, das auf der auf dem Diensthandy installierten digitalen Wertkarte verbleibt, verfällt nach Austritt. Dieses kann nicht ausgezahlt oder übertragen werden und es besteht kein Erstattungsanspruch gegen den Arbeitgeber.“

(KEIN) ANSPRUCH AUF STEUERFREIE SACHBEZÜGE

Neben oder zusätzlich zu der Vergütung in Geld kann ein Teil des Vergütungsanspruchs durch Naturalleistungen bzw. Sachbezüge erfüllt werden – es handelt sich also um On-top-Leistungen und keine Entgeltumwandlung. Soweit der Arbeitgeber im späteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses zusätzlich zu den vereinbarten Geldbezügen Sachbezüge als vergütungserhöhende Bestandteile ohne Anrechnung auf die Geldzahlungspflichten anbietet oder einführt, unterliegt er nicht den Beschränkungen des § 107 GewO.

Ein Anspruch auf die Gewährung steuerfreier Sachbezüge zusätzlich zum Arbeitsentgelt kann sich aus den folgenden Gründen ergeben:

1. Tarifvertrag

Wird dem Arbeitnehmer ein tariflich geregelter Sachbezug durch eine Geldgutschrift auf einem Mitarbeiterkonto zur Verfügung gestellt, die er nur zum Wareneinkauf beim Arbeitgeber verwenden darf, und ist laut einer die Tarifregelung ergänzenden Gesamtbetriebsvereinbarung eine Barauszahlung der Geldgutschrift ausdrücklich ausgeschlossen, ist dem Arbeitnehmer nach Inhalt und Zweck der Sachbezugsregelung auch jede andere Disposition über die Geldgutschrift untersagt, die denselben Erfolg wie eine direkte Barauszahlung herbeiführen soll. Die bewusste und gewollte Umgehung der Verwendungsbestimmungen eines Sachbezugs stellt regelmäßig eine erhebliche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers dar, die eine Kündigung rechtfertigen kann (BAG, Urt. v. 23.6.2009 – 2 AZR 103/08, NZA 2009, S. 1198).

2. Betriebsvereinbarung (vgl. Muster)

Vorteil einer Betriebsvereinbarung ist, dass sie von den Betriebsparteien kollektivrechtlich geschaffen und geändert werden kann (ohne viele Einzelverträge), gesetz-

gleich wirkt (§ 77 Abs. 4 BetrVG), in den Grenzen von § 75 Abs. 2 BetrVG AGB-kontrollfrei ist (§ 310 Abs. 4 BGB) sowie einen eigenständigen datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand begründen kann (Art. 88 DSGVO, § 26 Abs. 4 BDSG; Kühling/Buchner/Maschmann, 4. Aufl. 2024, BDSG § 26 Rz. 65 f.; BAG, Beschl. v. 15.4.2014 – 1 ABR 2/13, NZA 2014, S. 551).

3. Arbeitsvertrag

4. Gesamtzusage

Dies ist die an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete ausdrückliche Willenserklärung des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen. Dabei wird die Gesamtzusage wirksam, wenn sie gegenüber den Arbeitnehmern in einer Form verlautbart wird, die den einzelnen Arbeitnehmer typischerweise in die Lage versetzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen (BAG, Urt. v. 24.10.2017 – 1 AZR 846/15, ArbRAktuell 2018, S. 155).

5. Betriebliche Übung

Sie entsteht durch wiederholte, gleichbleibende, vorbehaltlose Gewährung (BAG, Urt. v. 17.11.2009 – 9 AZR 765/08, NZA-RR 2010, S. 293).

6. Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz

ARBEITSRECHTLICHE AUSGESTALTUNGSFRAGEN

Die Gewährung steuerfreier Sachbezüge als Form des zusätzlichen On-top-Arbeitsentgelts könnte neben dem Bestand des Arbeitsverhältnisses an sich an eine bestehende Entgelt-/Entgeltfortzahlungspflicht geknüpft werden, also synallagmatisch ausgestaltet werden. So kann z. B. der Arbeitgeber nach Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums den Dienstwagen mit privater Nutzung entschädigungslos entziehen in den Grenzen des billigen Ermessens nach § 315 BGB (BAG, Urt. v. 11.10.2000 – 5 AZR 240/99, NZA 2001, S. 445; v. 21.3.2012 – 5 AZR 651/10, AuA 9/12, S. 548). Kann der Arbeitnehmer für einen Zeitraum, in dem ihm die Vergütung fortzuzahlen ist, z. B. Urlaub oder Krankheit, den Naturalbezug nicht entgegennehmen, ist der Wert abzugelten (§ 11 Abs. 1 Satz 3 BUrIG; ErfK/Reinhard, 24. Aufl. 2024, EFZG § 4 Rz. 12).

Dann müsste dies fortlaufend verfolgt und zeitanteilig berechnet werden. Entsprechendes gilt

- bei beendeten Arbeitsverhältnissen, z. B. aufgrund untermonatigen Befristungsauslaufs (§ 4 Abs. 2 TzBfG), die pro rata temporis berechnet und ausgezahlt werden müssten, sowie
- für Teilzeitbeschäftigte, deren Leistungen – AGG-konform – entsprechend dem Verhältnis ihrer individuellen Arbeitszeit zur Regelarbeitszeit zu berechnen sind (§ 4 Abs. 1 TzBfG). Bei einer Änderung von Teilzeit auf Vollzeit nimmt das BAG z. B. aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung auch einen Anspruch auf entsprechende quotale Erhöhung einer Zulage an (BAG, Urt. v. 13.12.2023 – 5 AZR 168/23, NZA 2024, S. 471).

Bei Gewährung eines steuerfreien Sachbezugs i. H. v. zzt. max. 50 Euro/Monat könnte dies aber einen unverhältnismäßig hohen Administrations-/Berechnungsaufwand ausmachen, weshalb in unserem Muster von derartigen quotalen Berechnungen abgesehen wird und die Leistung durchgehend und ungekürzt gewährt wird, solange das Arbeitsverhältnis in einem Monat noch besteht. Eine eventuelle „Überzahlung“ des Arbeitnehmers betrifft regelmäßig zahlenmäßig wenige Fälle, die Beträge sind meist gering und der Aufwand, der mit einer genauen „Spitz-Berechnung“ verbunden wäre, scheint von Kosten-Nutzen-Aufwand und Zweck, den der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei bestimmen kann, u. E. wenig gerechtfertigt.

Zudem erspart man sich so Fragen bzw. Rechtsstreite über das „Ob“, Ausgestaltung und Höhe des Anspruchs, die zzt. die Gerichte beschäftigen wie z. B.:

- Inflationsausgleichsprämie auch in Elternzeit (ArbG Essen, Urt. v. 16.4.2024 – 3 Ca 2231/23, BeckRS 2024, 9393), für befristet Beschäftigte (ArbG Stuttgart, Urt. v. 14.11.2023 – 3 Ca 2173/23, NZA-RR 2024, S. 129 = ArbRAktuell 2024, S. 48), für bestimmte Krankheittage (ArbG Nienburg, Urt. v. 29.2.2024 – 1 Ca 155/23, ArbRAktuell 2024, S. 252), aber nicht in ATZ-Freistellungsphase (LAG Düsseldorf, Urt. v. 5.3.2024 – 14 Sa 1148/23, BeckRS 2024, 3597), die auch pfändbar ist (BGH, Beschl. v. 25.4.2024 – IX ZB 55/23, NZA-RR 2024, S. 381),
- keine Coronaprämie in ATZ-Freistellungsphase (LAG Hamm, Urt. v. 26.1.2022 – 9 Sa 889/21, NZA-RR 2022, S. 248) oder an bereits ausgeschiedene Betriebsrentner (LAG Düsseldorf, Urt. v. 7.6.2023 – 12 Sa 297/23, n. rk., anhängig beim BAG: 3 AZR 193/23) oder
- die Einstellung sog. Hausbrandlieferungen (Kohledeputat) an Bergleute mit Einstellung des Bergbaus (LAG Hamm, Urt. v. 27.8.2019 – 9 Sa 1148/17) oder keine Zuschusspflicht zur Umrüstung der (Kohle-)Heizungen (LAG Düsseldorf, Urt. v. 17.5.2024 – 12 Sa 1016/23).

PRAXISTIPP



¹ Bei Betriebsräten kommt die Gewährung eines solchen On-top-Nettogoodyes i. d. R. gut an und wird konstruktiv begleitet, ggf. auch für umstrittene Kopplungsgeschäfte genutzt (Fitting, BetrVG § 87 Rz. 27; LAG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2007 – 12 TaBVGa 8/07, BeckRS 2008, 51770; LAG Hessen, Beschl. v. 13.10.2005 – 5/9 TaBV 51/05, BeckRS 2008, 54549).

Eine Anrechnung von Sachbezügen auf den Mindestlohn ist nicht möglich, weil das MiLoG eine Geldsummensschuld festlegt (Bayreuther, NZA 2015, S. 385; Riechert/Nimmerjahn, 2. Aufl. 2017, MiLoG § 1 Rz. 82; a. A. ErFK/Franzen, MiLoG § 1 Rz. 6). Geldwerte Sachleistungen dürfen auch nicht auf den pfändbaren Teil des Arbeitseinkommens angerechnet werden (BAG, Urt. v. 31.5.2023 – 5 AZR 273/22, NZA 2023, S. 1319: Privatnutzung des Dienst-Pkw).

MITBESTIMMUNGSRECHTE DES BETRIEBSRATS

Bei der Gewährung steuerfreier Sachbezüge an Arbeitnehmer handelt es sich um Entgelt bzw. Lohn i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (Fitting, 32. Aufl. 2024, BetrVG § 87 Rz. 423; HWK/Clemenz/Geißler, 11. Aufl. 2024, BetrVG § 87 Rz. 175). Gemeint sind mit dem weiten Entgeltbegriff alle vermögenswerten Leistungen des Arbeitgebers, die er als Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeit gewährt, ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung (BAG, Beschl. v. 29.2.2000 – 1 ABR 4/99,

NZA 2000, S. 1066). Das können Geld oder Sachleistungen sein. Ob sie einmalig oder dauerhaft erbracht werden, ist unerheblich (BAG, Beschl. v. 26.1.1988 – 1 ABR 34/86, NZA 1988, S. 620). Ob und wie lange der Arbeitgeber solche steuerfreien Sachbezüge erbringen möchte, für welchen Zweck und in welchem Volumen (Dotierungsrahmen) ist mitbestimmungsfrei und kann der Betriebsrat nicht erzwingen (Fitting, BetrVG § 87 Rz. 457 f.; HWK/Clemenz/Geißler, BetrVG § 87 Rz. 191). Mitbestimmt sind dagegen die Ausgestaltung bzw. die Verteilungsgrundsätze.

Zudem sind Fälligkeit/Zeit und Art der Auszahlung i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG betroffen, die auch Sachleistungen des Arbeitgebers (z. B. Deputate wie Freitrunken in Brauereien, Hausbrand/Kohle für Bergleute) betreffen (HWGNRH/Worzalla, 10. Aufl. 2018, BetrVG § 87 Rz. 297).

Die Gewährung eines Sachbezugs stellt keine soziale Einrichtung i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG dar, da es an der erforderlichen Institutionalisierung fehlt (Fitting, BetrVG § 87 Rz. 354, 361). Sollte der Arbeitgeber die technischen Möglichkeiten haben, Leistung und Verhalten der Beschäftigten, z. B. Konsum-/Nutzungsverhalten bei Einsatz der Debitkarte, kontrollieren zu können, wäre zudem § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG betroffen, was bei Nutzung eines externen Dienstleisters aber regelmäßig nicht der Fall ist (vgl. ArbG Hamburg, Beschl. v. 16.1.2024 – 24 BVGa 1/24, NZA-RR 2024, S. 137 = AuA 5/24, S. 58: KI ChatGPT von OpenAI).

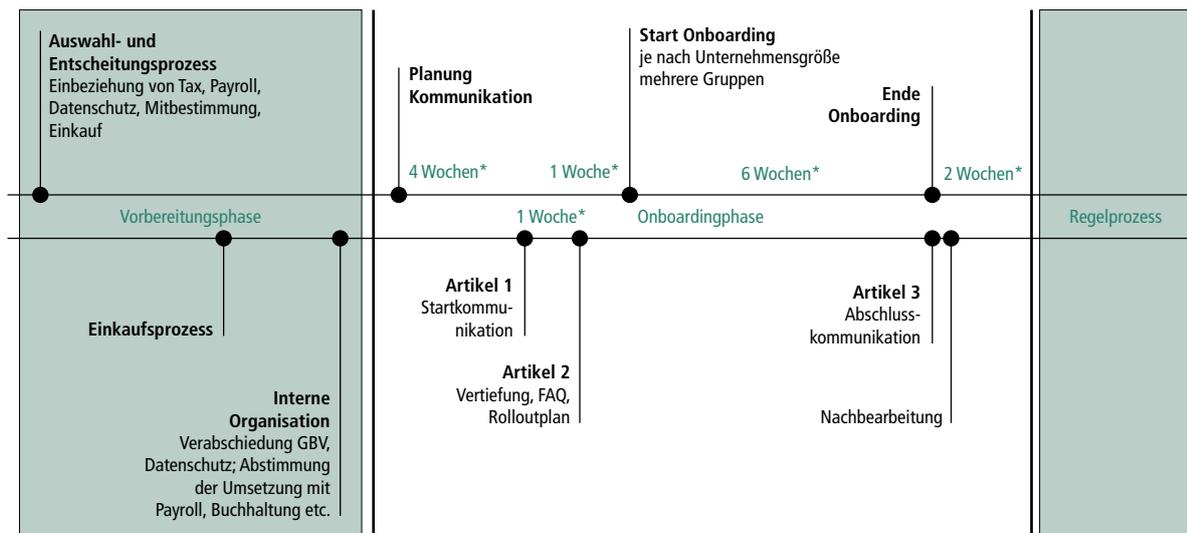
Da die Betriebspartner zur Wahrung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach § 75 Abs. 2 BetrVG i. V. m. Art. 1, 2 Abs. 1 GG gehalten sind und dies der Kontrollmaßstab für Betriebsvereinbarungen ist, könnte man für Beschäftigte, die eine Teilnahme am Sachbezugs-kartenwertmodell ablehnen, ein sog. Opt-out-Verfahren regeln zur Vermeidung einer Zwangsmitgliedschaft und um sie nicht gegen ihren erklärten Willen zum Objekt zu machen (vgl. LAG Düsseldorf, Beschl. v. 25.10.2016 – 8 TaBV 62/16, NZA-RR 2017, S. 196: keine Zwangsteilnahme von Betriebsräten an disziplinarischen Personalgesprächen per Betriebsvereinbarung).¹

DATENSCHUTZRECHTLICHE ASPEKTE

Das Datenschutzrecht ist als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet (Kühling/Buchner/Schwichtenberg, 4. Aufl. 2024, BDSG § 47 Rz. 5). Jede Verarbeitung personenbezogener Daten bedarf

- einer Rechts-/Erlaubnisgrundlage: Diese ergibt sich aus der DSGVO (Art. 6 Abs. 1 lit. b, c i. V. m. § 77 BetrVG sowie GBV Sachwertgutschein, d, e DSGVO) und bzw. oder dem BDSG (§ 26 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 BDSG, soweit DSGVO-konform und anwendbar [vgl. EuGH v. 30.3.2023 – C-34/21, NZA 2023, S. 487]) sowie
- einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mit den drei Stufen:
 - a) geeignet an sich zur Zweckerreichung,
 - b) erforderlich i. d. S., dass es kein gleich geeignetes, milderes Mittel zur Zweckerreichung gibt sowie
 - c) Angemessenheit i. S. e. Interessenabwägung zwischen den Interessen des Beschäftigten und denen des Arbeitgebers.

BEISPIEL TIMELINE EINFÜHRUNG DEBITKARTE



* konkrete Zeiten sind unternehmensspezifisch

© BWI GmbH

Bei Beteiligung eines externen Dienstleisters zur Abwicklung bedarf es i. d. R. einer Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO (vgl. Formulierungshilfe LfD Niedersachsen unter https://www.lfd.niedersachsen.de/download/127630/Formulierungshilfe_zur_Auftragsverarbeitung_nach_Art._28_DS-GVO.pdf). Erforderlich sind zudem entsprechende Dokumentationen wie im Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten (Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 34 Rz. 509 ff.) und Datenschutzfolgeabschätzung nach Art. 35 DSGVO (Auer-Reinsdorff/Conrad, § 34 Rz. 527 ff.).²

STEUER- UND SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE ASPEKTE

Nach § 8 Abs. 1 Satz 2, 3 EStG gehören Sachbezüge zu den „Einnahmen in Geld, zweckgebundene[n] Geldleistungen, nachträgliche[n] Kostenerstattungen und Geldsurrogate[n]“, d. h. sie sind damit steuer- und sozialversicherungspflichtig. § 8 Abs. 1 Satz 2, 3 EStG erfordert

- erstens, dass die Gutscheine bzw. Geldkarten ausschließlich zum Bezug von Waren oder Dienstleistungen berechtigen – also keine Auszahlung ermöglichen – und
- zweitens, dass sie die Kriterien des § 2 Abs. 1 Nr. 10 ZAG erfüllen.

Sachbezüge, die nach § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG zu bewerten sind, bleiben aber außer Ansatz, wenn sie insgesamt 50 Euro (vor 2021: 44 Euro) im Kalendermonat nicht übersteigen (§ 8 Abs. 2 Satz 11 EStG). Die Freigrenze von max. 50 Euro monatlich stellt auf den jeweiligen Zuflusszeitpunkt ab und schließt aus, dass der in einem Monat nicht ausgeschöpfte Betrag auf einen anderen Monat übertragen wird.³

Die Debitkarte kann auch für andere steuerbegünstigte Maßnahmen genutzt werden. Zu nennen sind hier insbesondere die Aufmerksamkeiten aufgrund eines per-

sönlichen Anlasses, die zzt. max. viermal jährlich mit jeweils einer Freigrenze von 60 Euro einem Mitarbeiter zufließen können (z. B. Geburtstag, Hochzeit, Firmenjubiläum).

Wegen der Wechselwirkungen steuerrechtlicher Regelungen auf bestehende und geplante Benefitmaßnahmen sollten die internen Tax- und Payroll-Experten rechtzeitig beteiligt werden.

UMSETZUNG UND KOMMUNIKATION

Sind die (arbeits-)rechtlichen und steuerlichen Themen geklärt und der konkrete Dienstleister ausgewählt, steht die Umsetzung an. Auch wenn die Abläufe beim Dienstleister standardisiert sind, sollte der Onboardingprozess gut geplant und mit intensiver Kommunikation begleitet werden. Die Mitarbeiter werden sich im Allgemeinen über die kleine Netto-Finanzspritze freuen, haben aber doch meist viele Fragen zu den Rahmenbedingungen und der praktischen Installation der Dienstleister-App und/oder der virtuellen Karte. Es empfiehlt sich zum einen,

- Onboardingveranstaltungen (je nach Unternehmensgröße mit Onlinecalls oder Präsenzveranstaltungen) zu machen und kurz vor Start ausführlich in den unternehmenseigenen Kommunikationsforen mit Berichten und FAQ zu informieren.

- Ferner sollten auch schriftliche bzw. visuelle Anleitungen für alle zentral zur Verfügung stehen. Eine begleitende Kommunikation fängt auch eventuelle Bedenken und Vorbehalte Einzelner auf und sorgt für eine weite Akzeptanz.

Für die Umsetzungsphase bedarf es zudem eines kleinen Projektteams im Unternehmen, das in engem Austausch mit dem externen Dienstleister am Onboardingprozess beteiligt ist und schnell auf Fragen der Belegschaft, organisatorische Themen und eventuell Unvorhergesehenes reagieren kann

! PRAXISTIPP

² Es empfiehlt sich, den betrieblichen Datenschutzbeauftragten rechtzeitig zu beteiligen.

! PRAXISTIPP

³ Wichtig ist, dass man bei der Gewährung stets unter der monatlichen Freigrenze von max. 50 Euro bleibt, denn sonst unterliegen steuerfreie Sachbezüge schnell der Abgabepflicht und der geldwerte Vorteil geht verloren. Eine Übertragung nicht ausgeschöpfter Beträge auf Folgemonate ist nicht möglich.

Betriebsvereinbarung Sachwertgutschein

Zwischen der
X GmbH

und

Betriebsrat der X GmbH

wird folgende Betriebsvereinbarung nach §§ 87 I Nr. 10, 4 BetrVG geschlossen.

Präambel

X GmbH möchte zur Wertschätzung der Beschäftigten, zur Steigerung der Arbeitgeberattraktivität und zur Nutzung der bestehenden, geltenden steuerfreien Sachbezugswerte/Nettoentgeltoptimierung (zzt. § 8 Abs. 2 Satz 11 EStG, derzeit max. 50 Euro/Monat) eine Wertkarten/App-Lösung den Beschäftigten zur Verfügung stellen, die i. S. e. Cafeteriamodells multifunktional nutzbar ist, d. h. unabhängig vom annehmenden/teilnehmenden Unternehmen (z. B. Einzelhandelsunternehmen, Tankstellen, Veranstaltungsorte) und Produkt (z. B. Lebensmittel, Treibstoff, Verpflegung, Eintrittskarten, Gastronomie). Dies erfolgt im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen bzw. öffentlich-rechtlichen Vorschriften (z. B. der Finanzverwaltung), was Geschäftsgrundlage und auflösende Bedingung des Modells ist.

§ 1 Geltungsbereich

Diese Gesamtbetriebsvereinbarung gilt:

- (1) für alle Arbeitnehmer (zur sprachlichen Vereinfachung und besseren Lesbarkeit sind bei der Bezeichnung von Personen und Personengruppen stets Personen jedes Geschlechts gemeint) i. S. d. § 5 Abs. 1 BetrVG der X GmbH (nachfolgend: Beschäftigte) einschließlich Auszubildende nach BBiG, Masterstudierende sowie Werkstudenten, die über die X-GmbH-Payroll abgerechnet werden (wegen arbeitgeberseitiger Steuer/SV-Dokumentationspflichten) und Anspruch auf Arbeitsentgelt (inkl. Time4You-bezahlter Freistellungen; vgl. Stück/Salo, AuA 9/22, S. 16) oder gesetzliche Entgeltfortzahlung haben;
- (2) räumlich für alle Betriebe der X GmbH im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland;
- (3) sachlich für die Gewährung steuerfreier Sachbezüge (zzt. § 8 Abs. 1 Satz 2 und 3 EStG).

§ 2 Inhalt

- (1) X GmbH bietet ab dem 01.11.2024 über einen externen professionellen Anbieter (zzt. HR Benefit) für die Bezugsberechtigten individuelle
 - a. Wertkarten-/Debitkarten (MasterCard), die den Stand des Guthabens an stationären Terminals oder beim Einlösen z. B. im Geschäft anzeigen und bzw. oder eine
 - b. mobile App, die den Stand des angesparten Guthabens, die möglichen Benefits jederzeit anzeigt und eine einfache Administration erlaubt,an, die mit einem monatlichen Betrag von X GmbH aufgeladen werden und von den Beschäftigten im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen bzw. öffentlich-rechtlichen Vorschriften sowie den Partnern des Anbieters multifunktional genutzt werden können, z. B. zum Tanken, für Verpflegung, Einkauf, Dienstleistungen, Gastronomie. Aufgrund gesetzlicher Vorgaben ist die Nutzung nur in bestimmten Postleitzahlgebieten zulässig, üblicherweise dem Wohnort/der ersten Tätigkeitsstätte (§ 9 Abs. 4 EStG) und angrenzenden Regionen im Inland (z. B. im Raum Bonn die PLZ-Regionen 53 sowie 50/51/52/54/56/57).
- (2) Die individuellen Wertkarten bzw. die App werden monatlich mit einem Betrag i. H. v. (zzt.) XX,00 Euro (max. 50 Euro) netto aufgeladen. Dies gilt bei untermonatigem Eintritt ab dem ersten vollen Beschäftigungsmonat und während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. Bei untermonatigem Austritt besteht der Anspruch voll/ungekürzt. Teilzeit und Anspruch auf Entgelt, gesetzliche Entgeltfortzahlung bzw. deren Auslaufen bleiben unberücksichtigt. Die Erstbefüllung erfolgt im Monat MM/2024. Der Beschäftigte hat einmalig und unwiderruflich das Recht, in Schrift- oder Textform gegenüber X-GmbH-HR sich gegen eine Teilnahme zu entscheiden (Opt-out-Modell) und verliert damit das Bezugsrecht ab dem Folgemonat nach Zugang der Erklärung.
- (3) Die Aufladung erfolgt zusätzlich (on top) zum vertraglich vereinbarten Arbeitsentgelt (keine Entgeltumwandlung).
- (4) X GmbH kann den Aufladungsbetrag anpassen, wenn sie den Rahmen des steuerfreien Sachbezugs weiter ausnutzen möchte oder sich die gesetzlichen Grenzen des steuerfreien Sachbezugs verändern.
- (5) Die aufgeladenen Beträge können angespart werden und unterliegen keiner Verfallfrist seitens des Anbieters.

- (6) Im Falle des Ausscheidens des Bezugsberechtigten bei X GmbH bleibt das bis zum Austritt vorhandene Wertguthaben erhalten, wird eine Wertguthabekarte nicht zurückgegeben und kann das mitgenommene Guthaben per Wertkarte bzw. App auch nach Austritt verbraucht werden.
- (7) Eine Barauszahlung oder ein Abheben des Guthabens bzw. die Umwandlung in einen Geldgutschein ist ausgeschlossen und nicht statthaft (zur Vermeidung einer Pauschalversteuerung).
- (8) Voraussetzung des Wertkarteneinsatzes ist, dass die annehmende Stelle MasterCard akzeptiert, worauf weder gegenüber X GmbH noch dem von X GmbH beauftragten Anbieter ein Anspruch besteht.
- (9) X GmbH trägt die Kosten der Administration und des ausgewählten und beauftragten Anbieters (zzt. HR Benefit). X GmbH ist berechtigt, den Anbieter zu wechseln nach Information des BR und Vorliegen der (datenschutz-)rechtlichen Voraussetzungen zur Fortführung mit einem anderen Anbieter.
- (10) X GmbH erhält vom ausgewählten und beauftragten Anbieter keine personenbezogenen Daten über das Nutzungs-/Konsumverhalten der Beschäftigten.
- (11) X GmbH wird die Beschäftigten über das Modell und dessen Durchführung anlässlich der Einführung informieren, die in ICON eingestellt werden, z. B. Hinweis-/Nutzungsflyer, Clips, Webcasts.

§ 3 Datenschutzregelungen

- (1) Diese Betriebsvereinbarung ist ein selbstständiger datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand (i. S. v. § 88 Abs. 1 DSGVO, § 26 Abs. 4 BDSG) zur erforderlichen Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit der Durchführung nach dieser Betriebsvereinbarung.
- (2) Anderweitige Erlaubnistatbestände nach DSGVO (Art. 6 Abs. 1 lit. b, c i. V. m. § 77 BetrVG und dieser Vereinbarung, d, e DSGVO) und bzw. oder BDSG (§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG) bleiben davon unberührt.
- (3) Die Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt allein zu den in dieser Betriebsvereinbarung genannten Zwecken, d. h. Abschluss und Durchführung des Sachwertkartenmodells mit dem Anbieter.
- (4) Eine Verwendung der personenbezogenen Daten zur persönlichen Verhaltens-/Leistungskontrolle i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist ausgeschlossen und unzulässig (nach BAG, Urt. v. 29.6.2023 – 2 AZR 296/22, NZA 2023, S. 1105, sind konstitutive Beweisverwertungsverbote in Betriebsvereinbarungen zwar wirkungslos gegenüber Gerichten, gleichwohl aber noch weit verbreitet in der Praxis).
- (5) Die personenbezogenen Daten sind nach den geltenden datenschutzrechtlichen Vorschriften zu verarbeiten, insbesondere vor dem Zugriff Unbefugter zu sichern und nach Ablauf einer Frist vollständig datenschutzkonform zu vernichten.

§ 4 Schlussbestimmungen

- (1) Diese Betriebsvereinbarung gilt ab dem 01.MM.JJJJ unbefristet.
- (2) Die individuellen Wertkarten werden ab 01.TT.JJJJ mit dem in § 2 (2) geregelten Monatsbetrag aufgeladen.
- (3) Sie steht unter der auflösenden Bedingung, dass ein steuerfreier Sachbezug besteht in mindestens der Höhe, die dem von X GmbH gestellten Dotierungsvolumen (pro Beschäftigten) entspricht. Sollte diese Bedingung entfallen, endet diese Betriebsvereinbarung automatisch mit Ablauf des Monats, in dem der steuerfreie Sachbezug entfällt und ohne dass es einer Kündigung bedarf.
- (4) Diese Betriebsvereinbarung kann mit einer Frist von drei Monaten zum Jahresende gekündigt werden, erstmals zum 31.12.JJJJ.
- (5) Für die Nachwirkung gelten die gesetzlichen Bestimmungen. Ein darüber hinausgehender kollektiver oder individueller Anspruch auf Gewährung und Erhalt steuerfreier Sachbezüge wird durch diese Regelung nicht für die Zukunft begründet und diese Regelung kann auch nicht in eine Gesamtzusage umgedeutet werden.

Ort, Datum, Unterschriften bzw. digitale Signaturen (§ 77 Abs. 2 BetrVG) ■



Volker Stück
Rechtsanwalt, Lead Expert
Arbeitsrecht & Mitbestimmung,
BWI GmbH, Bonn



Esther-Maria Roos
Rechtsanwältin, HR Lead
Expert, BWI GmbH, Bonn

Der Beitrag stellt die Auffassung
der Autoren dar.

Was bedeutet die neue Richtlinie für Arbeitgeber?

Entgelttransparenz

Bereits im Juni 2023 hat der Europäische Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten der Entgelttransparenz-Richtlinie (RL [EU] 2023/970; nachfolgend auch „EntgTranspRL“) einen weiteren Schritt zur Behebung des Entgeltgefälles zwischen Männern und Frauen (Gender-Pay-Gap) unternommen. Dieser Beitrag beleuchtet den Inhalt der Richtlinie und zieht einen Vergleich zur derzeit noch geltenden (deutschen) Rechtslage. Im Anschluss hieran werden die Auswirkungen auf Unternehmen aufgezeigt und praktische Handlungsempfehlungen gegeben. Zu Beginn jedoch soll zunächst der statistische Hintergrund des Gender-Pay-Gaps näher betrachtet werden.

Nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes (30.1.2023) lag das unbereinigte Gender-Pay-Gap in Deutschland im Jahr 2022 bei 18 %. Frauen verdienten danach durchschnittlich 20,05 Euro brutto pro Stunde. Bei Männern betrug der durchschnittliche Bruttostundenlohn hingegen 24,36 Euro. In der Berechnung des unbereinigten Gender-Pay-Gaps nicht berücksichtigt sind Faktoren wie Teilzeitbeschäftigung, Bildungsniveau, Erfahrung, Dienstalter, Branche, Karriere-Unterbrechungen oder die Art der Tätigkeit. Aus dem unbereinigten Gender-Pay-Gap kann insofern nicht gefolgert werden, dass Frauen für die gleiche Arbeit zwangsläufig 18 % weniger Verdienst erhalten.

Das sog. bereinigte Gender-Pay-Gap betrug im Jahr 2022 7 % (Statistisches Bundesamt, ebd.). Die Differenz zwischen unbereinigtem und bereinigtem Gender-Pay-Gap lässt sich in Deutschland auf vielerlei Gründe zurückführen. Insbesondere machten Frauen 2022 etwa 78 % aller Teilzeitbeschäftigten, 65 % aller geringfügig Beschäftigten und 77 % aller im Gesundheits- und Sozial-

wesen Tätigen aus (Bundesagentur für Arbeit, Die Arbeitsmarktsituation von Frauen und Männern 2022, S. 12 f.). Die vorgenannten Beschäftigungsverhältnisse und Branchen gelten gemeinhin als schlechter bezahlt. Hintergrund für die hohe Quote an Teilzeitbeschäftigung, geringfügiger Beschäftigung und Karriereunterbrechungen ist hierbei oftmals die sog. Care-Arbeit im privaten Umfeld, worunter insbesondere die Kinderbetreuung und -erziehung, familiäre Unterstützung oder häusliche Pflege Angehöriger zu verstehen ist. Zudem waren nur 28,9 % aller Führungspositionen von Frauen besetzt (Statistisches Bundesamt, Arbeitskräfteerhebung 2022). In der EU liegt das unbereinigte Gender-Pay-Gap derzeit bei 12,7 % (Eurostat). Wie auch in Deutschland stagniert in den meisten EU-Mitgliedstaaten die Höhe des Entgeltgefälles in den letzten Jahren.

STATUS QUO

Art. 157 Abs. 1 AEUV verpflichtet alle EU-Mitgliedstaaten, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen. Bereits 2006 ist die Gleichbehandlungsrichtlinie (RL 2006/54/EG) in Kraft getreten, auf der das in Deutschland maßgebliche Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) in seiner aktuellen Fassung beruht, wonach geschlechterspezifische Entgeltdiskriminierungen schon heute untersagt sind. Nach § 7 EntgTranspG darf für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts der oder des Beschäftigten ein geringeres Entgelt vereinbart oder gezahlt werden als bei einer oder einem Beschäftigten des anderen Geschlechts. Für die Bewertung der „gleichwertigen Arbeit“ ist nach § 4 Abs. 2 EntgTranspG eine Gesamtheit von Faktoren maßgeblich. Das BAG hat insoweit etwa entschieden, dass das Argument des Arbeitgebers, der besser bezahlte Arbeitnehmer habe im Vergleich zur schlechter bezahlten Arbeitnehmerin im Bewerbungsgespräch geschickter verhandelt, nicht als Rechtfertigung für eine Entgeltungleichbehandlung taue. Andernfalls

MEDIAN UND DURCHSCHNITT

Median (7 vergleichbare Arbeitnehmer)		Durchschnitt
Arbeitnehmer 1: 1.000 Euro	3 Arbeitnehmer verdienen weniger	Arbeitnehmer 1: 1.000 Euro
Arbeitnehmer 2: 1.000 Euro		Arbeitnehmer 2: 1.000 Euro
Arbeitnehmer 3: 1.000 Euro		Arbeitnehmer 3: 1.000 Euro
Arbeitnehmer 4: 1.500 Euro	Median	Arbeitnehmer 4: 1.500 Euro
Arbeitnehmer 5: 2.500 Euro	3 Arbeitnehmer verdienen mehr	Arbeitnehmer 5: 2.500 Euro
Arbeitnehmer 6: 2.500 Euro		Arbeitnehmer 6: 2.500 Euro
Arbeitnehmer 7: 25.500 Euro		Arbeitnehmer 7: 25.500 Euro
		Summe: 35.000 Euro
		Durchschnitt (35.000 Euro/7 =) 5.000 Euro

könne sich der Arbeitgeber nur allzu leicht der Beachtung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit entziehen (BAG, Urt. v. 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, S. 958, Rn. 57 f.). Das von der Bundesregierung in Auftrag gegebene Gutachten des Instituts für angewandte Wirtschaftsforschung der Universität Tübingen hat allerdings ergeben, dass die derzeitige Rechtslage unter dem EntgTranspG keine statistisch signifikanten Wirkungen auf die Entgeltgleichheit hat. Geltende gesetzliche Regelungen seien nicht ausreichend bekannt, würden vielfach ganz oder teilweise ignoriert oder umgangen (Gutachten IAW, Juni 2023, BT-Drs. 20/8100, S. 25, 197). Das gesamte System sei zudem nicht ausreichend sanktionsbewehrt (IAW, ebd., S. 197).

Am 10.5.2023 hat der europäische Gesetzgeber mit der Entgelttransparenz-Richtlinie nun einen weiteren Schritt zur Beseitigung des Gender-Pay-Gaps zwischen Männern und Frauen unternommen. Die Richtlinie soll einmal mehr sicherstellen, dass Arbeitnehmer das gleiche Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit erhalten. In der Praxis wird vor allem die Bildung der Vergleichsgruppe von Arbeitnehmern, die „gleichwertige Arbeit“ ausüben, Arbeitgeber vor Herausforderungen stellen. Art. 4 Abs. 4 EntgTranspRL nennt als Kriterien für die Bewertung der „gleichwertigen Arbeit“ nunmehr Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen und ggf. etwaige weitere Faktoren, die für den konkreten Arbeitsplatz oder die konkrete Position relevant sind. Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit ausüben, ist das gleiche Entgelt zu gewähren. Der Richtlinie liegt ein weiter Entgeltbegriff zugrunde. Erfasst wird nicht nur das Grundgehalt, sondern auch alle sonstigen Vergütungen, die ein Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses einem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar (ergänzende oder variable Bestandteile) als Geld- oder Sachleistung zahlt (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a EntgTranspRL). Offen ist hierbei, ob bei der Prüfung, ob gleiches Entgelt gewährt wird, eine Gesamtbetrachtung aller Vergütungsbestandteile zulässig ist oder ob jeder Vergütungsbestandteil (etwa ein bestimmter Bonus) gesondert zu betrachten und zu vergleichen ist. Für eine gesonderte Betrachtung dürfte jedenfalls die bisherige Rechtsprechung des EuGH sprechen (vgl. etwa Urt. v. 6.4.2000 – C-226/98). Ausgehend von dem Gebot der Entgeltgleichheit sieht die Richtlinie weitergehende Verpflichtungen für Arbeitgeber vor.

Die Mitgliedstaaten müssen die Richtlinie bis spätestens zum 7.6.2026 in nationales Recht umsetzen. Es stellt sich die Frage, welche Anpassungen des derzeitigen (deutschen) Entgelttransparenzgesetzes die Richtlinie erfordert. Insoweit soll nachfolgend ein Vergleich zwischen den derzeitigen Regelungen des Entgelttransparenzgesetzes und den Bestimmungen der Entgelttransparenz-Richtlinie vorgenommen werden.

Bewerbungsverfahren

Entgelttransparenzgesetz: Keine Regelungen
Explizite Regelungen zum Bewerbungsverfahren sieht das EntgTranspG nicht vor. Allerdings folgt schon heute aus den Bestimmungen des AGG, dass eine Stellenausschreibung geschlechtsneutral sein muss und nicht diskriminierend sein darf. Bereits 1983 entschied das BAG darüber hinaus (Urt. v. 19.5.1983 – 2 AZR 171/81,

AP BGB § 123 Nr. 25), dass die Frage des Arbeitgebers nach dem früheren Gehalt ohne sachlichen Grund grundsätzlich unzulässig ist und ihre unrichtige Beantwortung eine Anfechtung des Arbeitsvertrags nach § 123 BGB nicht rechtfertigt.

Richtlinie: Entgelttransparenz bereits vor der Beschäftigung

Art. 5 Abs. 1 EntgTranspRL schreibt nunmehr ausdrücklich vor, dass Stellenbewerber ein Recht haben, von ihrem künftigen Arbeitgeber vor Beginn des Bewerbungsgesprächs Informationen über das Einstiegsgehalt bzw. dessen Spanne und die anwendbaren Bestimmungen zu erhalten. Dies kann bspw. in der Stellenausschreibung erfolgen. Als weitere Informationsquelle wird das Vorstellungsgespräch genannt, aber auch „auf andere Weise“ kann das Einstiegsgehalt preisgegeben werden, wobei letzterer Begriff nicht weiter definiert wird. Rechtsicher im Hinblick auf die dem Arbeitgeber obliegende Beweislast, dass keine geschlechtsspezifische Entgelt-diskriminierung vorliegt, dürfte die Angabe des Einstiegsgehalts in der Stellenausschreibung sein.

Art. 5 Abs. 2 EntgTranspRL statuiert außerdem ein ausdrückliches Verbot, Bewerber nach ihrem laufenden oder früheren Gehalt zu befragen. Hingegen darf Arbeitnehmern – auch im laufenden Arbeitsverhältnis – nicht untersagt werden, das eigene Entgelt (insbesondere Arbeitskollegen) preiszugeben. Entgegenstehende arbeitsvertragliche Klauseln sind entsprechend anzupassen.

Art. 5 Abs. 3 EntgTranspRL legt überdies fest, dass Stellenausschreibungen und Berufsbezeichnungen geschlechtsneutral auf nicht diskriminierende Weise zu erfolgen haben.

Eine Änderung zur heutigen Rechtslage geht von Art. 5 EntgTranspRL demnach nur eingeschränkt aus. Bereits heute folgt das Erfordernis einer nicht diskriminierenden Stellenausschreibung aus dem AGG und die Unzulässigkeit der Frage nach dem früheren Entgelt aus der Rechtsprechung des BAG.

Auskunftsrechte der Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis

Entgelttransparenzgesetz: Betriebsbezogene Auskunft über das Medianentgelt – ab einer Betriebsgröße von 200 Arbeitnehmern

§§ 10 ff. EntgTranspG räumt Arbeitnehmern in Betrieben mit i. d. R. mehr als 200 Beschäftigten einen Auskunftsanspruch über das Medianentgelt bezogen auf die gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ein. Ein Vergleich der Beschäftigungsgruppen untereinander ist dabei nicht vorgesehen (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 EntgTranspG). Außerdem ist zu beachten, dass der Anspruch auf denselben Betrieb desselben Arbeitgebers beschränkt ist und keine regionalen Unterschiede bei demselben Arbeitgeber erfasst (§ 12 Abs. 2 Nr. 1, 2 EntgTranspG).

Richtlinie: Unternehmensbezogene Auskunft über das durchschnittliche Entgelt – unabhängig von der Betriebsgröße

Art. 7 EntgTranspRL sieht in Bezug auf den Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers erhebliche Neuerungen vor. Zum einen ist der Anspruch nicht mehr auf eine bestimmte Betriebsgröße beschränkt, sodass künftig jeder

Arbeitnehmer einen solchen Anspruch geltend machen kann (Art. 7 Abs. 1 EntgTranspRL). Zum anderen ist der Anspruch auch inhaltlich deutlich erweitert worden. Die Auskunft über das Entgelt muss nun aufgeschlüsselt werden nach Geschlecht sowie Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten. Der Begriff des Entgelts beinhaltet dabei sowohl den Grundlohn als auch ergänzende, variable, mittelbare oder unmittelbare Bestandteile sowie Sachleistungen. Eine weitere Neuerung besteht darin, dass sich die Auskunft zukünftig nicht mehr auf das Medianentgelt richtet, sondern auf den Durchschnitt. Die vergleichende Tabelle auf S. 8 verdeutlicht den Unterschied.

Arbeitgeber sind nach Art. 7 Abs. 3 EntgTranspRL außerdem verpflichtet, ihre Arbeitnehmer jährlich über das Bestehen dieses Auskunftsrechts zu informieren und dürfen sie nicht daran hindern, ihr Entgelt offenzulegen, um den Grundsatz des gleichen Entgelts durchzusetzen (Art. 7 Abs. 5 EntgTranspRL).

Schließlich müssen Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern künftig Informationen über die objektiven und geschlechtsneutralen Kriterien für die Festlegung ihres Entgelts, ihrer Entgelthöhen und ihrer Entgeltentwicklung zur Verfügung stellen, wobei eine Bereichsausnahme für Unternehmen mit weniger als 50 Arbeitnehmern besteht (Art. 6 EntgTranspRL).

Berichtspflichten von Arbeitgebern

Entgelttransparenzgesetz: Berichtspflichten für Arbeitgeber mit mehr als 500 Arbeitnehmern
 Schon heute bestehen Berichtspflichten für Arbeitgeber. Von den Pflichten betroffen sind allerdings lediglich Arbeitgeber mit i. d. R. mehr als 500 Arbeitnehmern, die zur Erstellung eines Lageberichts nach §§ 264, 289 HGB verpflichtet sind (§ 21 EntgTranspG). Der grundsätzlich im dreijährigen Turnus zu erstellende Bericht ist dem Lagebericht beizufügen (§ 22 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 EntgTranspG). Auch im Vergleich mit dem Ausland sind an die Berichtspflicht hierzulande insofern hohe Hürden geknüpft. In Frankreich und Belgien etwa besteht eine solche Pflicht derzeit bereits ab 50 Beschäftigten, in Dänemark schon ab 35 Beschäftigten. Inhaltlich muss sich der Bericht derzeit auf Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern und deren Wirkungen sowie zur Herstellung von Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern erstrecken und Angaben zu der durchschnittlichen Gesamtzahl der Arbeitnehmer sowie der durchschnittlichen Zahl der Voll- und Teilzeitbeschäftigten enthalten.

Richtlinie: Berichtspflichten für Arbeitgeber mit mindestens 100 Arbeitnehmern
 Auch die Berichtspflichten erfahren durch die Richtlinie eine erhebliche quantitative wie auch qualitative Ausweitung. Künftig werden die Pflichten erstreckt auf Arbeitgeber mit mindestens 100 Arbeitnehmern. Die Richtlinie sieht hierzu in Art. 9 Abs. 2–5 EntgTranspRL ein gestaffeltes System vor.

Nach der Konzeption der Richtlinie ist es Arbeitgebern mit unter 100 beschäftigten Arbeitnehmern freigestellt, einen solchen Bericht zu erstellen. Allerdings bleibt den

ÜBERSICHT BERICHTSPFLICHT

Anzahl Arbeitnehmer	umzusetzen bis	Turnus
250 oder mehr	7.6.2027	jedes Jahr
150 bis 249	7.6.2027	alle drei Jahre
100 bis 149	7.6.2031	alle drei Jahre
weniger 100	freiwillig	freiwillig

Mitgliedstaaten überlassen, diese Pflicht ebenfalls obligatorisch auszugestalten.

Inhaltlich muss der Bericht nach Art. 9 Abs. 1 EntgTranspRL das allgemeine Gender-Pay-Gap, das mittlere Gender-Pay-Gap (also die Differenz zur Medianentgelthöhe) und das Gender-Pay-Gap in jeder Arbeitnehmergruppe, in der Arbeitnehmer gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten, enthalten. Er muss aufgeschlüsselt werden in ergänzende und variable Bestandteile in jedem Entgeltquartil (eine von vier gleich großen Gruppen von Arbeitnehmern, in die sie gemäß ihrer jeweiligen Entgelthöhen unterteilt werden). Damit geht die neue Berichtspflicht auch qualitativ erheblich über die derzeitige Regelung in § 21 EntgTranspG hinaus.

Adressaten des Berichts sind nach Art. 9 Abs. 7, 9 EntgTranspRL die Arbeitnehmer selbst, deren Vertretungen wie Betriebsräte und Gewerkschaften sowie die Aufsichtsbehörden. Letztere kontrollieren die Einhaltung der Vorschriften der Richtlinie, sammeln und veröffentlichen die Berichte (Art. 29 EntgTranspRL).

Neu: Gemeinsame Entgeltbewertung „Joint Pay Assessment“

Eine gänzliche Neuerung bringt Art. 10 EntgTranspRL mit sich. Hiernach ist in Unternehmen eine gemeinsame Entgeltbewertung, ein sog. Joint Pay Assessment durchzuführen, wenn sich aus dem Bericht ein Gender-Pay-Gap von mind. 5 % innerhalb einer Arbeitnehmergruppe ergibt, dieses nicht durch objektive und geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigt werden kann und der Arbeitgeber es innerhalb von sechs Monaten nach Erstellung des Berichts nicht hat beheben können. Kriterien, die als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden können, sind etwa einschlägige Berufserfahrungen bei einem anderen Arbeitgeber oder eine unterschiedliche Berufsausbildung, sofern diese für die konkrete Tätigkeit relevant ist.

Im Vergleich zur aktuellen Rechtslage ist das Joint Pay Assessment ein schneidiges Schwert. Derzeit besteht lediglich ein – sanktionslos ausgestaltetes – betriebliches Prüfverfahren ohne zwingende Beteiligung des Betriebsrats (§§ 18 ff. EntgTranspG). Der Betriebsausschuss verfügt nach § 13 EntgTranspG dabei nur über Einsichtsrechte in die Liste der Bruttolöhne und -gehälter sowie ein Recht zu deren Aufschlüsselung.

Das Joint Pay Assessment ist hingegen obligatorisch durchzuführen mit den „Arbeitnehmervertretungen“ (Art. 10 Abs. 1 EntgTranspRL). Welches Gremium konkret darunter zu verstehen ist, überlässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten. In Deutschland werden dies (soweit vorhanden) Gewerkschaften oder Betriebsräte sein. Exis-

tieren beide Arbeitnehmervertretungsgremien, erscheint eine Differenzierung danach sinnvoll, ob es sich um tarifliche Entgeltregelungen handelt und die Entgeltungleichheit insofern tarifvertraglich bedingt ist – dann ist die Gewerkschaft zuständig – oder um betriebliche Entgeltregelungen – dann ist der Betriebsrat zuständig (so auch EuArbRK/Winter, 5. Aufl. 2024, RL [EU] 2023/970 Art. 3 Rn. 46 f., 50). Dabei ist jedoch stets der Grundsatz des Tarifvorrangs nach §§ 77 Abs. 3 Satz 1, 87 Abs. 1 Einleitungsatz BetrVG zu beachten. Sofern kein Betriebsrat besteht und auch keine Gewerkschaft zuständig ist, „sollen sich die Arbeitnehmer durch Vertreter ihrer Wahl vertreten lassen können“ (Erwägungsgrund Nr. 24 EntgTranspRL). Insofern bleibt die konkrete Umsetzung durch den Gesetzgeber abzuwarten.

Beinhalten muss das Joint Pay Assessment sowohl einen analytischen Teil als auch Informationen über das durchschnittliche Gehaltsniveau, die Differenzen und rechtfertigenden Gründe dafür, Verbesserungsmaßnahmen (insb. nach Mutter-/Vaterschaftsurlaub) sowie die Bewertung früherer Maßnahmen.

Nach seiner Durchführung ist das Joint Pay Assessment den Arbeitnehmern, ihren Vertretungen und der Aufsichtsbehörde zur Verfügung zu stellen. Anders als die Berichte werden diese jedoch nicht veröffentlicht.

Sanktionssystem

Entgelttransparenzgesetz: Kaum Sanktionen gegen Verstöße

Verstöße gegen die aufgezeigten Pflichten bleiben nach der geltenden Rechtslage weitestgehend sanktionslos. Für den Arbeitnehmer resultieren lediglich Ansprüche auf Entgeltanpassung, deren Geltendmachung sich jedoch zeitlich erheblich in die Länge ziehen kann, da er zunächst gehalten ist, einen Auskunftsanspruch geltend zu machen und anschließend auf eine Anpassung des Lohnes zu klagen. Im Übrigen sieht §§ 8 f. EntgTranspG nur eine Unwirksamkeitsfolge von Vereinbarungen, die gegen die Entgeltgleichheit verstoßen, sowie ein Maßregelungsverbot vor. Verstöße gegen die Berichtspflichten bleiben sanktionslos.

Richtlinie: Erhebliche Verschärfung und Ausweitung des Sanktionskatalogs

Gegenüber der derzeitigen Rechtslage sieht die Richtlinie eine erhebliche Ausweitung der Sanktionen vor: Arbeitnehmer, die geschlechterspezifischen Entgeltdiskriminierungen ausgesetzt sind, haben nach Art. 16 EntgTranspRL Entschädigungs- sowie Schadensersatzansprüche. In Betracht kommt insoweit etwa die Nachzahlung von Entgelt oder Boni. Zudem sieht Art. 18 EntgTranspRL eine Beweislastumkehr vor. Arbeitgeber müssen im Streitfall darlegen und beweisen, dass keine geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung vorliegt. Mitgliedstaaten müssen zudem „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen“ bei Verstößen festlegen – insbesondere Geldbußen (Art. 23 EntgTranspRL). Zu der Bemessung der Geldbußen lässt sich Erwägungsgrund Nr. 55 EntgTranspRL entnehmen, dass eine solche auf dem Bruttojahresumsatz oder der Gesamtentgeltsumme des Arbeitgebers beruhen kann, wobei erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden soll. Letztlich sind auch vergaberecht-

liche Nachteile durch eine nachrangige Vergabe (bis hin zum gänzlichen Ausschluss) öffentlicher Aufträge und Konzessionen vorgesehen, Art. 24 EntgTranspRL.

FAZIT

Mit der Richtlinie kommen erhebliche Verpflichtungen und hiermit verbundener Handlungsbedarf auf Arbeitgeber zu. Arbeitgeber sollten deshalb frühzeitig mit der Umsetzung der Vorgaben beginnen.

In einem ersten Schritt gilt es, die individuellen Entgelthöhen der Arbeitnehmer – einschließlich der Sondervergütungsbestandteile – festzustellen und Vergleichsgruppen zu bilden. Die Vergleichsgruppenbildung dient dabei der Bestimmung, welche Arbeitnehmer gleiche oder gleichwertige Arbeit leisten. Parallel sollten die Rechtsgrundlagen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Arbeitsvertrag etc.), auf denen die Entgelte beruhen, evaluiert werden, um prüfen zu können, ob und wie etwaig erforderliche Anpassungen der Entgeltstruktur umgesetzt werden können. Erfahrungsgemäß wird dies einige Zeit in Anspruch nehmen.

Anschließend ist das Gender-Pay-Gap innerhalb der jeweils gebildeten Vergleichsgruppe zu prüfen. Falls erforderlich, sind die Entgeltsysteme anzupassen, wobei die Anpassungsmöglichkeiten von der Rechtsgrundlage abhängig sind, auf der die Entgelte basieren. Dabei ist auch zu beachten, dass in Betrieben, in denen ein Betriebsrat besteht, diesem ein zwingendes Mitbestimmungsrecht bei der Vergütungsgestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zukommt. Insofern empfiehlt es sich, den Betriebsrat bereits frühzeitig einzubeziehen. Auch tarifliche Vergütungssysteme sollten überprüft werden, da die Richtlinie – anders als die derzeitige Gesetzeslage – keine Privilegierung für diese mehr vorsieht. Bestenfalls sollten zudem bereits frühzeitig folgende (Muster-)Dokumente vorbereitet werden:

- Policy zum „nicht diskriminierenden Einstellungsverfahren“
- (Muster-)Unterrichtungsschreiben an Arbeitnehmer
- (Muster-)Unterrichtungsschreiben an Aufsichtsbehörden
- (Muster-)Joint Pay Assessment

Sofern Arbeitsverträge Verschwiegenheitsklauseln im Hinblick auf die Preisgabe des Entgelts enthalten, sind die Klauseln anzupassen.

Schließlich sollten Führungskräfte und Arbeitnehmer im HR-Bereich fortgebildet werden; etwa dahingehend, dass Fragen nach vorherigen Löhnen explizit untersagt und bereits im Vorlauf der Bewerbungsgespräche Einstiegsgehälter bzw. deren Spannen zur Verfügung gestellt werden.

Bewerbungsprozesse, individuelle Vertragsverhandlungen und Gehaltserhöhungen sollten mit Blick auf die künftigen Beweislastregelungen und um Gehaltsunterschiede rechtfertigen zu können sorgfältig dokumentiert werden. Andernfalls könnte eine individuelle Gehaltserhöhung zu einer Verpflichtung der Erhöhung aller Gehälter vergleichbarer Arbeitnehmer führen. Darüber hinaus sollte eine Sensibilisierung hinsichtlich möglicher Auskunftsansprüche der Arbeitnehmer erfolgen. ■



Daniel Hennig
Rechtsanwalt, Counsel, CMS
Hasche Sigle, Köln



Stephanie Witt
Rechtsanwältin, Counsel,
CMS Hasche Sigle, Köln



Henry Lambertz
Referendar, Wissenschaftlicher
Mitarbeiter, CMS Hasche Sigle,
Köln

Verbandsaustritt und -wechsel in der Praxis

Einmal Tarifvertrag, immer Tarifvertrag?

Viele Arbeitgeber in Deutschland sind tarifgebunden, sei es durch eine einmal eingegangene Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband oder durch die Bezugnahme auf einzelne Tarifvertragswerke mittels arbeitsvertraglicher Klauseln. Die Tarifbindung schafft einerseits transparente Arbeitsbedingungen und steigert die Attraktivität des Arbeitgebers auf dem Bewerbermarkt. Andererseits mangelt es durch sie auch an einer Flexibilität, Arbeitsverträge und Arbeitsbedingungen individuell zu gestalten. Was ist also zu tun, wenn sich der Arbeitgeber zum Teil nach jahrzehntelanger Unternehmenspraxis in den starren Regelungen eines Tarifvertragswerks wiederfindet, das nicht (mehr) zu ihm oder zu den Arbeitnehmern passt? Der nachfolgende Beitrag stellt dar, wie sich ein Verbandsaustritt bzw. -wechsel in der Praxis umsetzen lässt und mit welchen Fallstricken zu rechnen ist.

BEDEUTUNG UND FUNKTION DES TARIFVERTRAGS

Das Tarifvertragsrecht spielt in Deutschland eine entscheidende Rolle bei der Gestaltung arbeitsvertraglicher Bedingungen. Die Gewerkschaft und der Arbeitgeber bzw. dessen Arbeitgeberverband können in Verbindung treten, um das Arbeitsverhältnis betreffende Rechte und Pflichten auszuhandeln. Während der Arbeitgeber allein verhandlungsfähig ist, können sich Arbeitnehmer nur durch ihre Interessenvereinigungen – die Gewerkschaften – repräsentieren lassen. Denn nur diese sind gem. § 2 Abs. 1 TVG tariffähig. Doch auch den Arbeitgeberverbänden kommt eine herausgestellte Bedeutung zu: Bei ihnen handelt es sich – wie bei Gewerkschaften – gem. Art. 9 Abs. 3 GG um verfassungsrechtlich geschützte Koalitionen. Gewerkschaft und Arbeitgeberverband treten als „soziale Gegenspieler“ auf und versuchen die Verhandlung im Interesse ihrer Seite voranzutreiben.

Das Ergebnis erfolgreicher Verhandlungen ist der Tarifvertrag, dessen Rechtsnormen unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen – Gewerkschaft auf der einen und Arbeitgeber/Arbeitgeberverband auf der anderen Seite – wirken, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TVG. Man spricht insoweit von der Tarifbindung oder auch Tarifgebundenheit. Die hierbei getroffenen Regelungen stehen in ihrem Rang über jenen des Arbeitsvertrags oder einer Betriebsvereinbarung. Inhaltlich umfasst die Normsetzungsbefugnis alle Regelungen zur „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG. Das eröffnet den Tarifvertragsparteien eine weitreichende Regelungsbefugnis. Die Tarifautonomie erfährt im Wesentlichen Grenzen durch höherrangiges Recht, sog. externe Schranken. Die konkrete Ausgestaltung kann sehr viel-

schichtig sein: Neben Mantel- bzw. Rahmentarifverträgen, welche die grundlegenden Arbeitsbedingungen regeln, kommen etwa auch reine Entgelttarifverträge in Betracht.

VOR- UND NACHTEILE DER TARIFBINDUNG

Der große Vorteil liegt auf der Hand: Tarifverträge setzen Rahmenbedingungen, auf welche sich beide Seiten verlassen können. Gerade Arbeitnehmer wären ohne Gewerkschaften oftmals nicht in der Lage, die im Tarifvertrag getroffenen Bedingungen einzelvertraglich auszuhandeln.

Aber auch für Arbeitgeber sind die Vorteile nicht von der Hand zu weisen: Tarifverträge bieten vor allem Planungssicherheit und Kalkulierbarkeit. Über die Laufzeit eines Tarifvertrags, der auch Bestimmungen zu Entgeltstrukturen enthält, besteht eine verlässliche Grundlage für die weitere Kostenplanung. Im Übrigen vereinfacht die Standardisierung von Arbeitsbedingungen die Personalverwaltung – einheitliche Regelungen sorgen für weniger individuellen Klärungsbedarf und reduzieren dahingehend den administrativen Aufwand. So ist die Verhandlung über bestimmte Arbeitsbedingungen, wie etwa das Gehalt, obsolet. Tarifgebundene Arbeitgeber werden oftmals als attraktiver wahrgenommen, was das Image fördern und mithin die Personalgewinnung vereinfachen kann. Außerdem sorgt das höhere Maß an Sicherheit und Klarheit für mehr Gleichbehandlung, was das Risiko von Rechtsstreitigkeiten reduziert. Zuletzt besteht während der Laufzeit des Tarifvertrags eine Friedenspflicht, welche Arbeitskämpfe verbietet und so ebenfalls zu größerer Sicherheit beiträgt.

Doch die feste Laufzeit begründet zeitgleich auch den größten Nachteil: mangelnde Flexibilität. Je umfangrei-

cher Tarifverträge ausgestaltet sind, desto mehr schränken sie die Handlungsfähigkeit des Arbeitgebers ein. Dieser kann somit nicht immer ausreichend auf eine veränderte Marktlage oder geänderte Bedürfnisse reagieren. Auch kann es manchmal sinnvoller sein, Bedingungen nicht allgemein, sondern einzeln zu vereinbaren, um den Individualinteressen besser Rechnung tragen zu können. Einschränkungen hinsichtlich der Lohngestaltung können im Ergebnis zudem zu höheren Gesamtkosten führen.

TARIFBINDUNG UND DEREN FORMEN

Sofern die Nachteile aus Sicht des Arbeitgebers überwiegen, kann es sinnvoll sein, eine Lösung von der Tarifbindung zu erwägen – sofern diese rechtlich umsetzbar ist. Um die Möglichkeiten diesbezüglich nachzuvollziehen, ist eine grundlegende Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Formen der Tarifbindung ratsam.

Wie bereits festgestellt, treten die Rechtsnormen eines Tarifvertrags gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG mit dessen Abschluss in Kraft. Die Normen gelten sodann für die beiderseits Tarifgebundenen, und zwar grundsätzlich bis zum Auslaufen des Tarifvertrags, §§ 3 Abs. 1, Abs. 3 TVG (sog. Nachbindung). Im Nachbindungszeitraum sind untertarifliche Abmachungen – also solche, die unterhalb des Mindeststandards des Tarifvertrags liegen – rechtsunwirksam. Mit der Beendigung der Nachbindung beginnt die sog. Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG. Dies bedeutet, dass die Rechtsnormen des beendeten Tarifvertrags weitergelten, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. „Abmachung“ ist insoweit weit zu verstehen und umfasst jedwede anderweitige Regelung – diese muss also gerade nicht tariflicher Natur sein. Nachwirkende Rechtsnormen können folglich auch durch Betriebsvereinbarung oder einzelvertragliche Abreden abgelöst werden.

Tarifverträge können auf unterschiedlichem Wege Einzug finden: Denkbar ist, dass der Arbeitgeber den Tarifvertrag selbst mit der Gewerkschaft abgeschlossen hat; es handelt sich dann um einen sog. Firmentarifvertrag. Eine weitere mögliche Konstellation ist die, dass der Arbeitgeber einem Arbeitgeberverband beitrifft und dieser wiederum einen Tarifvertrag mit der Gewerkschaft abschließt – es handelt sich hier um einen Verbandstarifvertrag.

Zuletzt besteht die Möglichkeit, bloß mittelbar zur Anwendung von Tarifvertragsnormen zu kommen: durch sog. Bezugnahmeklauseln. Hierbei handelt es sich um Klauseln im Arbeitsvertrag, welche auf einen Tarifvertrag oder bestimmte Regelungen dessen verweisen. Die Normen finden hier nur schuldrechtlich Anwendung, der Arbeitgeber ist nicht tarifgebunden.

Hier sind dem Arbeitgeber verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet: Neben dem Verweis auf einen bestimmten Tarifvertrag in bestimmter Fassung (statische Bezugnahmeklausel) sind auch sog. dynamische Bezugnahmeklauseln, deren Dynamik sich entweder auf die jeweils geltende Fassung eines bestimmten Tarifvertrags (kleine dynamische Bezugnahmeklausel) oder gar auf den jeweils geltenden Tarifvertrag in dessen jeweils geltender Fassung bezieht (große dynamische Bezugnahmeklausel), möglich.

Statische Bezugnahmeklauseln sind Verweisungen, die einen bestimmten, an einem konkret bezeichneten Tag abgeschlossenen Tarifvertrag in Bezug nehmen (Beispiel: „Im Übrigen gelten die Regelungen des Tarifvertrages vom 1. Januar 2018.“). Starre Klauseln sind vor allem vorhersehbar. Arbeitgeber können ein bestimmtes Tarifvertragswerk oder Teile hiervon in der aktuellen Form 1:1 übernehmen und müssen sich über künftige Änderungen keine Gedanken machen. Als Arbeitgeber besteht folglich kein Risiko, auf einmal Regelungen im Arbeitsvertrag wiederzufinden, die man so nicht treffen wollte. Bei kleinen dynamischen Klauseln spricht man auch von zeitdynamischen Klauseln, da sie auf einen Tarifvertrag in dessen jeweils geltender Form verweisen (Beispiel: „Im Übrigen gelten die Regelungen des Tarifvertrages vom 1. Januar 2018 in seiner jeweils gültigen Fassung.“). Sie bilden mit ihrer kontinuierlichen Anpassung stets den aktuellen tarifvertraglichen Standard ab. Das hat den Vorteil, dass Klauseln stetig an den aktuellen Marktstandard angeglichen werden und schafft Gewissheit für Arbeitnehmer, dass ihre Arbeitsbedingungen konkurrenzfähig bleiben. Das kann ebenfalls im Interesse des Arbeitgebers sein, der sich schließlich gerade für die mittelbare Anwendung eines Tarifvertrags entscheidet. Im Zweifel erfordert eine derartige Klausel zudem langfristig schlicht weniger Anpassungsbedarf.

Große dynamische Klauseln sind nicht nur zeit-, sondern auch inhaltlich dynamisch und werden auch als „Tarifwechselklauseln“ bezeichnet. Darunter sind Bezugnahmen zu verstehen, die den jeweils für den betreffenden Betrieb des Arbeitgebers einschlägigen Tarifvertrag zum Vertragsinhalt machen sollen (Beispiel: „Das Arbeitsverhältnis unterliegt den jeweils für den Betrieb oder Betriebsteil, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, fachlich/betrieblich einschlägigen Tarifverträgen in der jeweils gültigen Fassung. Dies sind zurzeit die Tarifverträge der X-Industrie.“). Eine solche Regelung wird dann relevant, wenn der Arbeitgeber den Schwerpunkt seiner unternehmerischen Betätigung ändert. Das ist etwa denkbar, wenn er in einen anderen Arbeitgeberverband wechselt, der mit einer anderen Gewerkschaft Tarifverträge abgeschlossen hat. Oder aber er veräußert einen Betriebsteil an ein anderes Unternehmen, wodurch dieser in eine andere Branche gelangt. In all diesen Fällen soll automatisch der Tarifvertrag wechseln, ohne dass es hier einer Anpassung des Arbeitsvertrages bedarf. Zu beachten ist bei Bezugnahmeklauseln, dass diese als Teil des vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsvertrages der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterliegen. In diesem Zusammenhang spielt vor allem das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eine große Rolle: Eine Verweisungsklausel muss klar und verständlich sein, um den Arbeitnehmer nicht unangemessen zu benachteiligen. Vor allem in Bezug auf große dynamische Bezugnahmeklauseln wird dies gerne infrage gestellt, da sich unter Umständen der Referenz-Tarifvertrag ändert. Gleichwohl verliert diese Diskussion an Bedeutung, da diese Form von Klauseln als Gestaltungsinstrument derart verbreitet ist, dass an der Zulässigkeit kaum noch ein Zweifel besteht. Wichtig ist allerdings aus Klarstellungsgründen, dass die große dynamische Bezugnahmeklausel den derzeit anzuwendenden Tarifvertrag ausweist. Das ist ferner auch notwendig, um den Bestimmungen

des Nachweisgesetzes, konkret § 2 Abs. 1 Nr. 15 NachwG, zu genügen.

Es gibt drei Arten von Bezugnahmeklauseln

- Statische Bezugnahmeklausel: Verweist auf einen bestimmten Tarifvertrag in einer bestimmten Fassung.
- Kleine dynamische Bezugnahmeklausel: Verweist auf einen bestimmten Tarifvertrag in seiner jeweils geltenden Fassung.
- Große dynamische Bezugnahmeklausel: Verweist auf den jeweils für den Betrieb geltenden Tarifvertrag in seiner jeweils geltenden Fassung.

BEENDIGUNG DES TARIFVERTRAGS DURCH KÜNDIGUNG

Kommt eine einvernehmliche Aufhebung des Tarifvertrags nicht in Betracht, besteht die Möglichkeit der Kündigung des Tarifvertrags. Hier sind allerdings die im Tarifvertrag ausgewiesenen Kündigungsfristen zu beachten. Fehlen solche, ist der Tarifvertrag aber nicht unauflösbar: In diesem Falle wird der für Betriebsvereinbarungen vorgesehene § 77 Abs. 5 BetrVG entsprechend angewendet. Im Ergebnis sind Tarifverträge ohne Kündigungsfrist innerhalb von drei Monaten ordentlich einseitig kündbar. Teilkündigungen sind im Übrigen nur möglich, wenn diese explizit im Tarifvertrag vereinbart wurden. Ansonsten lässt er sich nur im Ganzen aufheben. Hinsichtlich Bezugnahmeklauseln kommt grundsätzlich eine individuelle Änderungskündigung des Arbeitnehmers in Betracht.

MÖGLICHKEITEN DES „AUSSTIEGS“ AUS DEM TARIFVERTRAG

Neben der „klassischen“ Möglichkeit der Kündigung ist ein weiterer Ansatz, die Tarifgebundenheit als solche aufzuheben. Das betrifft logischerweise Konstellationen, in welchen der Arbeitgeber nicht bereits selbst Tarifvertragspartei ist, sondern seine Tarifgebundenheit auf einer Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband beruht. Im Folgenden sollen verschiedene Konstellationen aus deren tarifvertragliche Perspektive beleuchtet und deren Fallstricke sowie Rechtsfolgen aufgezeigt werden:

1. Austritt aus dem Arbeitgeberverband

Da die Tarifbindung beim Verbandstarifvertrag auf der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband beruht, liegt die Idee nahe, durch Verbandsaustritt die Tarifbindung aufzuheben. Denn dann würde keine Tarifgebundenheit mehr nach § 3 Abs. 1 TVG bestehen. Doch auch bei einer solchen „Tarifflucht“ bleibt die Wirkung der tarifvertraglichen Rechtsnormen aufgrund des § 3 Abs. 3 TVG erhalten: Die Tarifbindung wird schlicht bis zum Ablauf des Tarifvertrags fingiert. Entsprechend vermag der Austritt allein eine Tarifbindung nicht aufzuheben.

Das gilt zumindest dann, wenn die Tarifbindung bereits besteht, ein Tarifvertrag also bereits zwischen den Tarifvertragsparteien existiert. Antizipiert der Arbeitgeber dagegen einen künftigen Tarifvertragsschluss und möchte dessen Bindungswirkung abwenden, kann ein rechtzeitiger Austritt unter Einhaltung der in der Satzung des

Arbeitgeberverbands vorgesehenen Fristen sinnvoll sein. Vorsicht ist geboten, wenn Arbeitgeberverband und Gewerkschaft bereits in Tarifvertragsverhandlungen eingetreten sind und die Einhaltung der Austrittsfristen gerade nicht mehr möglich ist. In diesen Fällen des sog. „Blitzaustritts“ soll eine Vermeidung der Tarifbindung nur ausnahmsweise möglich sein. Sie setzen voraus, dass der Austritt dem Verhandlungspartner auf Gewerkschaftsseite im Vorfeld mitgeteilt worden ist.

2. Wechsel des Arbeitgeberverbands

Alternativ wäre auch ein Wechsel in einen anderen Arbeitgeberverband eine mögliche Lösung. Das erfordert eine Kündigung der Mitgliedschaft in dem bisherigen Arbeitgeberverband mit anschließender Stellung eines Aufnahmeantrags in den neuen Arbeitgeberverband. Handelt es sich um einen Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft („ohne Tarifbindung“), gilt im Ergebnis das Gleiche wie bei einem Austritt: Die Tarifbindung bleibt nach § 3 Abs. 3 TVG aufrechterhalten. Ein sog. „Blitzwechsel“ – das Pendant zum Blitzaustritt – soll ebenfalls nur in Ausnahmefällen möglich sein.

Komplizierter wird die Situation, wenn kein Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft geplant ist, und sich die „neuen“ tarifvertraglichen Rechtsnormen im Anwendungsbereich mit jenen des Tarifvertrags des alten Arbeitgeberverbands überschneiden, also eine Tarifmehrheit in Form der Tarifkonkurrenz vorliegt.

Hierbei ist danach zu differenzieren, ob der Wechsel des Arbeitgeberverbands gleichzeitig die Zuständigkeit einer neuen Gewerkschaft begründet, oder aber ob die Zuständigkeit bei der bisherigen Gewerkschaft verbleibt.

Verbleibt die Zuständigkeit bei der bisherigen Gewerkschaft, ist der Konflikt im Sinne des Spezialitätsprinzips zu lösen: Danach setzt sich derjenige Tarifvertrag durch, der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs am ehesten gerecht wird. Im Falle eines Verbandswechsels ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass dem neuen Tarifvertrag gegenüber dem alten Tarifvertrag nach § 3 Abs. 3 TVG fortgeltenden grundsätzlich der Vorrang zukommt.

Hat der „neue“ Verband hingegen Tarifverträge mit einer anderen Gewerkschaft abgeschlossen, gelten die Tarifverträge des „neuen“ Verbands tarifrechtlich nicht für die Mitglieder der bisher zuständigen Gewerkschaft. Die Rechtsfolgen entsprechen in diesem Fall denen des Verbandsaustritts, d. h. die Tarifverträge des „alten“ Verbands gelten zunächst nach § 3 Abs. 3 TVG fort; nach Ablauf wirken sie gemäß § 4 Abs. 5 TVG statisch nach. Wechseln in dieser Konstellation Mitarbeiter zu der neuerdings zuständigen Gewerkschaft oder werden Mitglieder dieser Gewerkschaft neu eingestellt, kommt es im Betrieb zu einer Tarifpluralität, die für die Dauer der Fortgeltung der „alten“ Tarifverträge gem. § 3 Abs. 3 TVG nach § 4a TVG aufzulösen wäre. Demnach sind im Betrieb grundsätzlich nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat (Mehrheitstarifvertrag).

Dem Grunde nach ist daher der Wechsel des Arbeitgeberverbands in einen solchen mit „günstigeren“ Bedin-

gungen eine mögliche Variante, vorausgesetzt der Aufnahmeantrag wird vom neuen Verband genehmigt. In dem Zusammenhang ist darauf zu achten, dass es – sofern Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag bestehen – nicht zu Wertungswidersprüchen kommt.

Problematisch ist hier auch das sog. „Günstigkeitsprinzip“, welches in § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG verankert ist. Demnach sind Abweichungen vom Tarifvertrag zulässig, soweit sie Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten. Bestehen nun zwei sich überlagernde Tarifverträge, besteht die Gefahr, dass diese im Ergebnis vermengt werden und die jeweils günstigere Norm herangezogen wird. Um das zu vermeiden, empfiehlt sich der Abschluss eines Überleitungs- oder eines Hausanerkennungstarifvertrags.

Während letzterer der Anerkennung des nunmehr aktuellen Tarifvertrags dient, ist Zweck des Überleitungstarifvertrags, eine sozialverträgliche Übergangslösung zu treffen. Überleitungstarifverträge können sowohl die Fortführung bestehender Tarifverträge unter neuen Bedingungen als auch die Einführung neuer tariflicher Regelungen umfassen. Sind zwei Gewerkschaften im Spiel, so müsste der Überleitungsvertrag entsprechend mit beiden Gewerkschaften geschlossen werden.

3. (Teil-)Übertragung des Betriebs

Möchte man einzelne Betriebsteile von der Tarifbindung ausnehmen, ist eine Aufhebung der Tarifbindung durch Teilübertragung des Betriebs auf ein anderes, nicht tarifgebundenes Unternehmen denkbar. Allerdings hat der Gesetzgeber auch dieser Form der Tarifflicht Grenzen gesetzt und eine Veränderungssperre vorgesehen. Gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gehen grundsätzlich alle zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Rechte auf den neuen Betriebsinhaber über. Nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB gilt dies explizit auch für Rechtsnormen eines Tarifvertrags; diese dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil der Arbeitnehmer geändert werden. Etwas anderes gilt dagegen, wenn das andere Unternehmen seinerseits an einen Tarifvertrag gebunden ist. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, gelten gem. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB in diesem Fall die Rechtsnormen des Tarifvertrags des neuen Unternehmens.

MITBESTIMMUNGSRECHT DES BETRIEBSRATS

Ein nach Tarifvertragsrecht zulässiger Wechsel des Tarifvertrags kann letzten Endes auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene scheitern. Trifft der neue Tarifvertrag auch Regelungen hinsichtlich der Lohngestaltung, hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gewährt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere hinsichtlich der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung. In Tarifverträgen ist die Einführung eines Vergütungsregimes, z. B. anhand von Entgeltgruppierungen, nicht unüblich. Auch die Aufstellung von

Vergütungssystemen, etwa hinsichtlich der Frage, ob im Zeit-, Prämien- oder im Akkordlohnsystem, ob im Gruppen- oder Einzelakkord gearbeitet werden soll, ob Gruppen- oder Einzelprämien zu zahlen sind oder ob entgeltrelevante Zielvereinbarungen getroffen werden sollen, unterfällt dem § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Wechselt nun der Arbeitgeber den Arbeitgeberverband und mithin den Tarifvertrag, so kann es sein, dass ein nunmehr anderes Vergütungsmodell zum Tragen kommt. Ein besonders praxisrelevantes Beispiel ist der Wechsel in einen TVöD: Dieser differenziert typischerweise nach unterschiedlichen Entgeltgruppen.

Da es sich bei § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG um einen Fall der „echten“ Mitbestimmung handelt, ist der Betriebsrat in diesen Fällen zwingend in die Entscheidung über die Anwendung des neuen und mithin Ablösung des alten Tarifvertrags miteinzubeziehen. Verweigert er seine Zustimmung, ist gem. § 87 Abs. 2 Satz 1 BetrVG die Einigungsstelle anzurufen, deren Spruch gem. § 87 Abs. 2 Satz 2 BetrVG die Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ersetzt.

FAZIT

Die rechtlichen Grundsätze der Nachbindung und Nachwirkung halten eine Tarifbindung grundsätzlich aufrecht – die Möglichkeiten der nachträglichen Aufhebung einmal eingegangener Tarifverträge ist entsprechend eingeschränkt. Das ist zwar im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen, schafft im Ergebnis aber oftmals ein starres Regelungskleid, welches die Flexibilität der Tarifvertragsparteien gleichermaßen – allerdings werden Arbeitgeber aufgrund der oftmals eher arbeitnehmerfreundlichen Normen des Tarifvertrags hiervon überproportional belastet. Arbeitgeber sollten sich daher im Vorfeld überlegen, ob und inwieweit sie tarifliche Bindungen eingehen und – sofern sie einem Arbeitgeberverband zugehörig sind – Entwicklungen rund um Tarifvertragsschlüsse beobachten, um hier rechtzeitig und unter Beachtung der Fristen der Satzung des Arbeitgeberverbands einen Verbandsaustritt in Erwägung ziehen zu können. Einer „Tarifflicht“ aus bereits bestehenden Tarifverträgen sind dagegen rechtliche Grenzen gesetzt. Insbesondere die Zulässigkeit von Blitzaustritt und -wechsel, also ein Wechsel unter Nichteinhaltung dieser Fristen, ist rechtlich problematisch und nur ausnahmsweise vorgesehen. Gleichwohl gibt es gerade im Bereich des Arbeitgeberverbandswechsels zahlreiche Umsetzungsmöglichkeiten, die tarifliche Bindungswirkung zu gestalten und den Arbeitgeberinteressen anzugleichen.

Ob man sich für die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband entscheidet, eine OT-Mitgliedschaft bevorzugt, Tarifverträge firmenintern abschließt oder externe Tarifverträge miteinbezieht, ist immer eine höchst individuelle Frage, welche eine umfangreiche Auseinandersetzung mit den eigenen unternehmerischen und arbeitnehmerseitigen Bedürfnissen erfordert. In jedem Fall ist es ratsam, Regelungen mit Weitsicht zu vereinbaren und ggf. Möglichkeiten der (Teil-)Kündigung bereits im Vorfeld in den Tarifvertrag einzubauen. ■



Felix Pickert

Associate, Pinsent Masons, München, berät in allen Bereichen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts



Manfred Schmid

leitet die globale Praxisgruppe Arbeitsrecht von Pinsent Masons sowie das Münchner Arbeitsrechtsteam seit der Eröffnung des Münchner Büros im Jahr 2012 mit einem besonderen Fokus auf Technologie. Er ist auf die Beratung von nationalen und internationalen Unternehmen zu allen Fragen des individuellen und des kollektiven Arbeitsrechts spezialisiert. Neben der Planung und Durchführung von komplexen Restrukturierungsprojekten liegt sein weiterer besonderer Schwerpunkt der Praxis in der Beratung von Unternehmen zum Thema Know-how-Schutz.

Überflüssige Mehrarbeit als Risiko für Arbeitgeber

Überstunden in der Betriebsratsvergütung

Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern war schon immer ein sensibles Thema im deutschen Arbeitsrecht. Doch seit dem „Volkswagen-Skandal“ und dem seit dem im Sommer in Kraft getretenen Gesetz zu diesem Thema hat es eine neue Brisanz gewonnen. Wie schnell Arbeitgeber sich in einer Zwickmühle befinden, wird deutlich, wenn man sich das Thema Überstunden von Betriebsratsmitgliedern ansieht.

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass auf die Ergreifung angemessener Maßnahmen aus Bequemlichkeit oder aus Scheu vor Austragung von Konflikten verzichtet wird. Hierbei wird allerdings übersehen, dass im Falle eines Bekanntwerdens von Unregelmäßigkeiten mit einer strengen Verfolgung durch Staatsanwaltschaft und Ermittlungsbehörden sowie mit einer öffentlichkeitswirksamen Thematisierung durch die Medien zu rechnen ist.

EIN SCHMALER GRAT: BETRIEBSRATSVERGÜTUNG UND BETRIEBSRATSBEHINDERUNG

Aber erst einmal noch einen Schritt zurück: Welche Leitplanken gibt es? Arbeitsrechtlich müssen Arbeitgeber u. a. sicherstellen, dass Betriebsratsmitglieder in ihrer Tätigkeit weder bevorzugt noch benachteiligt werden. Hierzu gehört auch, dass Arbeitgeber vorsichtig sein müssen, um nicht unbeabsichtigt Vergütungen zu zahlen, die nicht erforderlich oder gar rechtswidrig sind. Zu großzügige Zahlungen können als unzulässige Bevorzugung ausgelegt werden. Nicht nur, dass solche Vergütungen das Gerechtigkeitsgefüge innerhalb der Belegschaft stören (viele Grüße schon jetzt an die bis zum 7.6.2026 umzusetzende Entgelttransparenz-Richtlinie) und möglicherweise zu arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen führen können, nein – es gibt noch zwei weitere Leitplanken. Zum einen das Thema Betriebsratsbehinderung und zum anderen ein nicht zu unterschätzendes strafrechtliches Risiko.

In der Praxis zeigt sich, dass Arbeitgeber schnell in den Vorwurf der Betriebsratsbehinderung geraten können, wenn sie zu vorsichtig vorgehen. Der gesetzliche Rahmen, insbesondere § 78 Satz 2 BetrVG, schützt Betriebsratsmitglieder davor, in der Ausübung ihrer Aufgaben behindert zu werden. Dies bedeutet, dass Arbeitgeber nicht nur die notwendige Zeit für Betriebsratssitzungen und Aufgaben gewähren, sondern auch sicherstellen müssen, dass die Vergütung den normalen Fortschritt im Unternehmen abbildet – allerdings nicht darüber hinaus. Und genau hier wird es schwierig: Zahlt der Arbeit-

geber zu viel, riskiert er den Vorwurf der unzulässigen Bevorzugung. Zahlt er zu wenig oder zieht er eine Gehaltserhöhung bspw. nicht in Betracht, besteht die Gefahr, dass Betriebsratsmitglieder in ihrer beruflichen Entwicklung benachteiligt werden. Besonders brisant für Arbeitgeber ist, dass es für eine Begünstigung oder Behinderung weder eines Vorsatzes noch einer Absicht bedarf. Zahlt der Arbeitgeber eine zu geringe Vergütung, kann dies u. U. als Betriebsratsbehinderung gewertet werden, was nach § 119 BetrVG strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

BLICK AUF DEN GESETZESENTWURF ZUR BETRIEBSRATSVERGÜTUNG

Der Gesetzgeber hat die vorbeschriebene Problematik erkannt. Am 25.07.2024 ist die gesetzliche Neuregelung der Betriebsratsvergütung in Kraft getreten. Leider verbleiben trotz dieser Neuregelungen rechtliche Unsicherheiten. Auslöser für die Novellierung des BetrVG war das sog. „Volkswagen-Urteil“ des BGH im Januar 2023 (StR 133/22). In dem Verfahren hatten die Karlsruher Richter entschieden, dass der Straftatbestand der Untreue erfüllt sein kann, wenn Betriebsräten eine überhöhte Vergütung gezahlt und dadurch gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot verstoßen wird.

Die Betriebsratstätigkeit ist gesetzlich als unentgeltliches Ehrenamt ausgestaltet. Dieses Ehrenamtsprinzip ist ein Grundprinzip und Eckpfeiler der Betriebsratstätigkeit. Die Betriebsratsmitglieder sind für die Amtsausübung – soweit notwendig – von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien. Während der Freistellung erhalten sie ihr Arbeitsentgelt nach dem sog. Lohnausfallprinzip fortgezahlt. Sie erhalten also die Vergütung, die sie ohne die Betriebsratstätigkeit erhalten hätten, d. h., wenn sie ihrer regulären Arbeit nachgegangen wären. Damit soll die Unabhängigkeit des Betriebsrats als Organ gewährleistet werden.

Bei nicht dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitgliedern lässt sich der Entgeltausfall i. d. R. leicht bemessen. Hin-gegen ist bei dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitglie-

den, die nicht mehr in den Arbeitsprozess eingegliedert sind, die exakte Bemessung des Entgeltausfalls hinsichtlich einzelner Entgeltbestandteile oftmals schwierig. Dies gilt z. B. für Zuschläge. Lässt sich nicht feststellen, wie viele Nachtschichten nebst Zuschlägen das freigestellte Betriebsratsmitglied in einem Abrechnungszeitraum geleistet hätte, stoßen Arbeitgeber an ihre Grenzen. Denn diese Zuschläge stehen einem vollständig freigestellten Betriebsratsmitglied auch dann zu, wenn es aufgrund seiner Amtstätigkeit tatsächlich keine Arbeits-tätigkeiten geleistet und damit auch keine Nachtschichten absolviert hat. In diesem Fall sind die Zuschläge hypothetisch zu berechnen.

Kurz zur Erinnerung: § 78 Satz 2 BetrVG schreibt vor, dass Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden dürfen. Dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung, einschließlich ihre Vergütung. Daher existiert ein gesetzlicher Mindestvergütungsanspruch (§ 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG). § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG gewährt dem Betriebsratsmitglied keinen Anspruch auf Anpassung des Gehalts an das der vergleichbaren Arbeitnehmer, sondern eine Teilhabe an der betriebsüblichen Entwicklung. Maßgeblich für die Bemessung der Entgeltentwicklung ist die Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Auch dies stellt Arbeitgeber gleich vor mehrere Herausforderungen. Zum einen ist die Entgeltentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer infolge deren beruflicher Entwicklung (z. B. Beförderung) für die Entgeltentwicklung der Betriebsratsmitglieder nur relevant, wenn sie betriebsüblich ist. Zum anderen sind für die Bestimmung der Höhe des Arbeitsentgelts Vergleichsgruppen zu bilden.

Die Bildung der richtigen Vergleichsgruppe ist in der Praxis oft der „springende“ Punkt. Das BAG hat bereits 2022 (Urt. v. 23.11.2022 – 7 AZR 122/22) wichtige Leitplanken hierfür etabliert, die nun durch die Novellierung des BetrVG Eingang in die gesetzlichen Regelungen zur Betriebsratsvergütung gefunden haben. Entsprechend wird in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BAG nach § 34 Abs. 4 BetrVG n. F. der Zeitpunkt für die Bestimmung der Vergleichsgruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer festgelegt. Maßgeblich ist danach der Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts, soweit nicht ein sachlicher Grund für eine spätere Neubestimmung vorliegt.

Neu ist weiter in § 34 Abs. 4 BetrVG, dass die Betriebsparteien das Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer mithilfe einer Betriebsvereinbarung regeln können. Hierdurch sollen die in der Praxis bestehenden Rechtsunsicherheiten behoben werden. Anhaltspunkte für die konkreten Kriterien der Vergleichbarkeit bietet der Gesetzestext allerdings nicht. Damit bleibt es – auch nach der Gesetzesbegründung – bei der ständigen Rechtsprechung, die an im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten anknüpft und auf eine vergleichbare fachliche und persönliche Qualifikation abstellt. Hilfreich kann in diesem Kontext jedoch sein, dass nun die Konkretisierung der Vergleichbarkeit in einer Betriebsvereinbarung von den Gerichten nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann. Auch die Festlegung der Vergleichspersonen kann nach der neuen gesetzlichen Regelung lediglich

auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden, wenn diese einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat in Textform erfolgt ist. Den Betriebsparteien wird somit ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Nach der Gesetzesbegründung können künftig nur sachwidrige Kriterien, eine verfehlte Gewichtung der jeweiligen Kriterien oder eine Festlegung der Vergleichspersonen anhand anderer als der in der Betriebsvereinbarung identifizierter Kriterien einen Verstoß gegen das Benachteiligungs- oder Begünstigungsverbot begründen.

Bereits vor der Novellierung des § 37 Abs. 4 BetrVG bestand die Möglichkeit, das Verfahren zur Vergleichsgruppenbildung in einer betrieblichen Abrede festzulegen, wenn darin die gesetzlichen Vorgaben der § 37 Abs. 4, § 78 BetrVG eingehalten wurden (vgl. BAG, Urt. v. 18.1.2017 – 7 AZR 205/15, Rn. 22). Neu ist jedoch die genannte Beschränkung des gerichtlichen Überprüfungsmaßstabes auf grobe Fehlerhaftigkeit nach § 37 Abs. 4 Satz 5 BetrVG, wenn das Verfahren in einer Betriebsvereinbarung geregelt wird.

In seinem Anwendungsbereich geht § 78 Satz 2 BetrVG deutlich über § 37 Abs. 4 BetrVG hinaus, welcher nur die Mindestentwicklung des Entgelts der Betriebsratsmitglieder regelt. Mit dem neuen § 78 BetrVG gibt das Gesetz Kriterien an die Hand, anhand derer sich die benachteiligungs- und begünstigungsfreie Entgeltzahlung orientieren kann. Nach der Gesetzesbegründung dürfen bei einer Stellenbesetzung während der Amtstätigkeit erworbene Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikationen berücksichtigt werden, soweit sie im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamts für die jeweilige Stelle karriere- und vergütungsrelevant sind. Die Gesetzesbegründung stellt mit Blick auf das Volkswagen-Urteil klar, dass durch die Betriebsratstätigkeit erworbene Kompetenzen wie bspw. ein „Verhandeln auf Augenhöhe“ oder eine „komplexe Aufgabenwahrnehmung“ nicht berücksichtigungsfähig sind, da sie unzulässigerweise an die Betriebsratstätigkeit anknüpfen.

Was bedeutet dies nun für das Thema Entgelt von Betriebsräten? Im Falle einer prozentualen Anhebung der Gehälter in der Vergleichsgruppe des betreffenden Betriebsratsmitglieds hat dieses einen Anspruch auf die gleiche prozentuale Erhöhung. Fallen die Erhöhungen unterschiedlich aus, hat das Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Anpassung in dem Umfang, in dem die Gehälter der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer angehoben werden.

„NICHT ERFORDERLICHE“ ÜBERSTUNDEN = ÜBERHÖHTE VERGÜTUNG

Aber die wirklich spannende Frage in der Praxis, nämlich wie Überstunden von Betriebsratsmitgliedern zu bewerten sind, bleibt weiter offen. Hierzu gibt es keine gesetzlichen Neuerungen.

In der Praxis gibt es immer wieder das Phänomen, dass die „Hitliste“ der Überstunden von Betriebsratsmitgliedern angeführt wird. Oft wird von Arbeitgebern nicht überprüft, ob die von dem Betriebsrat generierten „Überstunden“ tatsächlich Mehrarbeit im gesetzlichen Sinne darstellen. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gibt jedoch eindeutig vor, dass Betriebsratstätigkeit, die außerhalb der

Arbeitszeit durchgeführt worden ist, nur dann als Mehrarbeit gilt, wenn diese betriebsbedingt begründet ist. Insbesondere bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern, die ihren Arbeitstag frei einteilen können, sind betriebsbedingte Überstunden ein eher theoretisches Phänomen. Erst wenn diese erste Hürde genommen wurde, sind Betriebsratsüberstunden nach Maßgabe von § 37 Abs. 3 BetrVG in Freizeit auszugleichen oder zu vergüten. Die gesetzliche Regelung sieht das „Abfeiern“ als Standardfall vor. Eine Auszahlung setzt nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG voraus, dass das Betriebsratsmitglied darlegt und beweist, dass es aufgrund seiner Betriebsratsstätigkeit nicht in der Lage war, einen tatsächlichen Freizeitausgleich vorzunehmen. Dies wird in der Praxis nicht allzu oft vorkommen; der Regelfall dürfte sein, dass die Betriebsratsmitglieder – aufgrund der Unabhängigkeit ihres Amtes – keinerlei Dokumentation vornehmen. Freigestellte Betriebsratsmitglieder müssten zudem vor der Geltendmachung eines Auszahlungsanspruchs ggf. eine (Teil-)Freistellung eines anderen Betriebsratsmitglieds beantragen, um einen Freizeitausgleich zu ermöglichen.

Wichtig ist insoweit auch eine saubere Trennung zwischen Mehrarbeit, die aus der Betriebsratsstätigkeit entstammt, und Mehrarbeit, die auf der eigentlichen Tätigkeit beruht.

Ist die Gewährung von Gleittagen denn unbedenklich? Die Antwort lautet ganz klar „Nein“. Nicht erforderliche oder künstlich erzeugte Überstunden werden ebenfalls als Vergütung gewertet und unterfallen damit auch dem Tatbestand der Betriebsratsbegünstigung (§ 119 BetrVG). Das bedeutet: Arbeitgeber, die Betriebsräten unangemessen Überstunden zugestehen, setzen sich dem genannten strafrechtlichen Risiko aus. Insbesondere in den Fällen, in denen die Notwendigkeit dieser Überstunden nicht dokumentiert oder nachgewiesen werden kann, besteht ein hohes Risiko.

Das Gleiche gilt für Gleittage, falls Betriebsratsmitglieder diese aufgrund angesammelter Zeiten abfeiern, die ausschließlich aus Betriebsratsüberstunden stammen. Denn an Gleittagen sind Betriebsratsmitglieder ebenfalls bezahlt freigestellt. Wenn sie diesen Vorteil deshalb erhalten haben, weil sie Überstunden aus Betriebsratsstätigkeiten angesammelt haben, ohne dass es bspw. eine Kontrolle gab, ob es sich um erforderliche Betriebsratsstätigkeiten und damit um erforderliche Überstunden handelte, wäre dies ein Vorteil, der ohne Betriebsratsamt nicht möglich gewesen wäre.

Wie immer kommt es hier auf die Details des Einzelfalls an. Fest steht aber, wenn – wie so oft in der Praxis – andere Mitarbeiter nicht die Möglichkeit haben, „unkontrolliert“ Zeitguthaben aufzubauen, dann wäre dies eine Betriebsratsbegünstigung.

STRAFRECHTLICHE ASPEKTE

Spätestens wenn man sich die strafrechtlichen Konsequenzen ansieht, wird klar, wie wichtig hier eine genaue Analyse der Gegebenheiten ist. Denn es drohen erhebliche persönliche Risiken für die Verantwortlichen des Arbeitgebers.

Allen voran stehen die Risiken der Untreue (§ 266 StGB) und verbotener Begünstigung (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG), falls Überstunden vergütet werden, ohne dass entsprechende Mehrarbeit erbracht worden ist. Gleiches gilt übrigens, wenn unberechtigt ausgezahlte Vergütungen nicht zurückgefordert werden. Hierbei gilt es genau hinzusehen. Folgende Risiken können in diesem Fall bestehen:

- Strafbarkeitsrisiko nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (Begünstigungsverbot) und nach § 266 StGB (Untreue) für Verantwortliche, falls Überstunden vergütet werden, ohne die Mehrarbeit und die fehlende Möglichkeit eines Freizeitausgleichs aus betrieblichen Gründen nachzuweisen.
- Strafbarkeitsrisiko nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (Begünstigungsverbot) und nach § 266 StGB (Untreue) für Verantwortliche, falls Freistellung nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben nicht erforderlich ist.
- Strafbarkeitsrisiko nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (Begünstigungsverbot) und nach § 266 StGB (Untreue) für Verantwortliche, falls eine zu hohe Betriebsratsvergütung gewährt wird.
- Strafbarkeitsrisiko nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (Begünstigungsverbot) und nach § 266 StGB (Untreue) für Verantwortliche, falls unberechtigt ausgezahlte Vergütungen nicht zurückgefordert werden.

Damit gilt: Überstunden, die aus Betriebsratsstätigkeiten stammen, müssten zumindest einer Plausibilitätskontrolle unterzogen werden. Um dies in der Praxis umzusetzen, müssten Betriebsräte darlegen, welche Aufgaben sie konkret an welchen Tagen wahrgenommen haben und aus welchem Grund eine Aufgabenwahrnehmung nicht am nächsten Tag möglich gewesen sein soll. Dies wird in der Praxis der Ausnahmefall sein.

VERWEIGERUNG DER AUSZAHLUNG VON ÜBERSTUNDEN – KÜRZUNG VON ENTGELTTEILEN

Bei begründeten Zweifeln darüber, dass die Betriebsratsstätigkeiten im angegebenen Umfang tatsächlich erforderlich waren, sollten Arbeitgeber erwägen, die Entgeltzahlung hierfür zu verweigern bzw. das „Abfeiern“ von Gleittagen zu unterbinden. Denn aufgrund des Lohnausfallprinzips gilt, dass bei nicht erforderlicher Betriebsratsstätigkeit auch kein Vergütungsanspruch bzw. Freistellungsanspruch besteht.

Betriebsratsbehinderung

Die Schwierigkeit besteht jedoch darin, dass mit dem Ergreifen von Maßnahmen das „Damoklesschwert“ der Betriebsratsbehinderung bzw. Betriebsratsbenachteiligung droht, was wiederum strafbewehrt ist (§ 119 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BetrVG). Verboten ist demnach jede Maßnahme, die eine Behinderung der Betriebsratsarbeit bzw. Benachteiligung darstellt. Benachteiligung ist dabei jede Schlechterstellung im Verhältnis zu anderen vergleichbaren Arbeitnehmern, die arbeitsrechtlich gesehen ungerechtfertigt ist und damit wegen der Amtstätigkeit erfolgt.

Entsprechend ist darauf zu achten, dass bspw. Anweisungen zur Dokumentation der Betriebsratstätigkeit nicht eine Behinderung des Betriebsrats darstellen. Die Grenze zwischen zulässiger Überprüfung und verbotener Behinderung ist schmal: Arbeitgeber dürfen zwar sicherstellen, dass alle gesetzlichen Regelungen eingehalten werden, sie dürfen jedoch nicht in die Unabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit des Betriebsrats eingreifen.

Je nachdem, wie die atmosphärische Stimmung in dem jeweiligen Betrieb ist, ist davon auszugehen, dass bereits erste Maßnahmen (bereits die Aufforderung des Betriebsrats zur Dokumentation der Notwendigkeit der Überstunden – von Entgeltkürzungen oder dem Ablehnen von Gleittagen noch gar nicht zu sprechen) dazu führen, dass Arbeitgeber ein Behinderungsverfahren auf dem Tisch haben.

Individualrechtliche Risiken

Sollten Überstunden tatsächlich nicht bezahlt werden, kann das Betriebsratsmitglied auch auf individualrechtlicher Ebene ein Annahmeverzugslohnverfahren anstrengen und das zurückgehaltene Entgelt einklagen. Interessanterweise gilt in diesem Fall dann die für Arbeitgeber günstige Verteilung der Beweislast. D. h., das klagende Betriebsratsmitglied muss zur Erforderlichkeit der Überstunden vortragen.

Aber Achtung: Da § 37 Abs. 2 BetrVG eine Konkretisierung des Benachteiligungsverbots darstellt, liegt eine Benachteiligung vor, wenn das in dieser Vorschrift festgelegte Lohnausfallprinzip nicht beachtet wird. D. h., dass die Zurückbehaltung von Arbeitslohn eine Benachteiligung nach § 78 Abs. 2 BetrVG (unabhängig davon, ob ein darauf gerichteter Vorsatz besteht) darstellt, wenn die Betriebsratsarbeit erforderlich gewesen wäre. Für eine „Benachteiligung“ i. S. v. § 78 Satz 2 BetrVG ist nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber Vorsatz hatte; es reicht, dass objektiv eine Benachteiligung vorliegt.

Strafbar nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist jedoch eine Benachteiligung nur, wenn diese vorsätzlich begangen wird. Der Vorsatz muss sich auch auf den Taterfolg beziehen, d. h. auf die Behinderung oder Störung der Tätigkeit. Wer bei arbeitsrechtlichen Sanktionen gegen ein Mitglied des Betriebsrats von der Rechtmäßigkeit seines Handelns ausgeht, macht sich – auch im Falle einer fahrlässigen Fehlbeurteilung – mangels Benachteiligungsvorsatzes nicht nach Abs. 1 Nr. 3 strafbar.

HANDLUNGSEMPFEHLUNG: TÄTIGWERDEN

Daher sollte sowohl bei dem Thema Betriebsratsvergütung – aber insbesondere auch bei dem Thema Vergütung von Betriebsratsüberstunden – genau hingesehen werden. Der Grat zwischen einem möglichen Verfahren wegen Betriebsratsbehinderung einerseits und einem möglicherweise strafrechtlichen Verfahren wegen Betriebsratsbegünstigung andererseits ist schmal.

In der Praxis stellt sich das Problem, dass die Verantwortlichen oftmals ein Tätigwerden gegen die Betriebsratsmitglieder scheuen, um die Zusammenarbeit nicht zu gefährden. Dass Angst in dem Fall nicht der beste Ratgeber ist, wird deutlich, wenn man sich den Unterschied zwischen einem Ermittlungsrisiko und einem Verurteilungsrisiko vergegenwärtigt. Zudem laufen ggf. Verjährungs-, Verfalls- und tarifliche Ausschlussfristen, womit der gesetzeswidrige Zustand perpetuiert wird und etwaige Rückforderungsansprüche seitens des Arbeitgebers nicht mehr durchsetzbar sind.

Selbst wenn bei einer unrechtmäßigen Vergütung von Überstunden das Verurteilungsrisiko aufgrund eines fehlenden Vorsatzes womöglich nicht besonders hoch ist, sind die Auswirkungen eines eingeleiteten Ermittlungsverfahrens nicht zu unterschätzen. Bereits die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen Verantwortliche des Arbeitgebers bringt für diese ein enormes Reputationsrisiko mit sich, das sich unabhängig vom endgültigen Ausgang des Verfahrens (Verurteilungsrisiko) bereits sehr früh und endgültig realisiert. Die Einleitung von Ermittlungen können im Fall des Bekanntwerdens den Betroffenen und das Unternehmen unwiderlich massiv schädigen.

Daher sind Arbeitgeber gut beraten, bei Zweifeln an der ordnungsgemäßen Höhe der Überstunden tätig zu werden – selbst, wenn damit das Risiko der Einleitung eines Betriebsratsbehinderungsverfahrens einhergeht. Hierzu kann auch gehören, dass Betriebsräte zur Einhaltung von Pflichten zum An- und Abmelden aufgefordert werden. Gleiches gilt zur dokumentierten Begründung der betrieblichen Veranlassung von Überstunden.

FAZIT

Unternehmen sind gut beraten, ihre Vergütungsstrukturen für Betriebsratsmitglieder regelmäßig zu überprüfen. Dabei gilt es, ein sorgfältiges Gleichgewicht zu finden: Betriebsratsvergütungen sollten den gesetzlichen Vorgaben folgen, ohne in unzulässige Bevorzungen auszuarten. Gleichzeitig müssen Arbeitgeber vermeiden, durch restriktive Handhabungen den Vorwurf der Betriebsratsbehinderung auf sich zu ziehen. ■



Dr. Michaela Felisiak
Fachanwältin für Arbeitsrecht,
Counsel in der Praxisgruppe
Arbeitsrecht bei Eversheds
Sutherland in München.
Sie berät nationale und
internationale Mandanten in
allen Fragen des individuellen
und kollektiven Arbeitsrechts.



Dr. Stefan Steeger
Senior Associate in der
Praxisgruppe Arbeitsrecht
bei Eversheds Sutherland in
Düsseldorf. Er berät und
vertritt nationale und
internationale Unternehmen
in allen Bereichen des
individuellen und kollektiven
Arbeitsrechts sowohl gericht-
lich als auch außergerichtlich.

„Vielleicht könnten wir es Transparenz mit Augenmaß nennen“

Armin Franzmann

Fachanwalt für Arbeitsrecht, seit über 30 Jahren ausschließlich für Betriebsräte und Gewerkschaften im kollektiven Arbeitsrecht tätig

Dr. Jan Tibor Lelley

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner bei BUSE Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB



Vergütungstransparenz ist spätestens seit dem Entgelttransparenzgesetz aus 2017 und der EU-Entgelttransparenzrichtlinie, die 2023 in Kraft getreten ist, ein großes Thema in Personalabteilungen. Doch führt sie tatsächlich zu mehr Fairness im Hinblick auf Lohn und Gehalt der Arbeitnehmer? Und: Welche Risiken bringen solche Regelungen für Unternehmen mit sich? Hier kommt die Redewendung in den Sinn: „Über Geld spricht man nicht.“

Franzmann: Warum eigentlich nicht? Viele Arbeitsverträge enthalten die Klausel, wonach über die vereinbarte Vergütung absolutes Stillschweigen zu wahren sei. Da die Arbeitgeberseite gemeinhin Autor der Verträge ist, scheint die Ausgangsfrage zutreffend: Arbeitgeber fürchten Transparenz, „divide et impera“ ist offenbar die dahinterliegende Strategie. Ich halte entsprechende Klauseln in Arbeitsverträgen für unwirksam, ein berechtigtes Interesse der Arbeitgeberseite an Geheimhaltung vermag ich nicht anzuerkennen.

Lelley: Diese traditionelle Maxime spiegelte eine lange Zeit die Zurückhaltung wider, wenn es um die Offenlegung von Gehältern ging. Doch in der modernen Arbeitswelt gewinnt Transparenz zunehmend an Bedeutung. Aber es ist irgendwie eigenartig: Einerseits hören wir so viel von Transparenz, Offenheit, Zugänglichkeit – andererseits möchte man Vertraulichkeit und Anonymität die erste Geige spielen lassen. Eine ausgewogene Kommunikation über Vergütungsstrukturen ist ratsam, um Vertrauen und Zufriedenheit zu fördern, ohne unnötige Spannungen zu schüren. Vielleicht könnten wir es Transparenz mit Augenmaß nennen?

Was genau sind die Ziele gesetzlicher Regelungen zur Entgelttransparenz?

Franzmann: Entgeltstrukturen sollen so beschaffen sein, dass anhand objektiver, geschlechtsneutraler und weiterer, mit den jeweiligen Arbeitnehmervertretern vereinbarter Kriterien nachvollzogen werden kann, ob Gleiches gleich behandelt wird, genauer: ob für eine Ungleichbehandlung anerkanntswerte Differenzierungsmerkmale angewandt wurden. Man könnte es auf den Punkt bringen: „Pay the position, not the person!“

Lelley: Ich denke, das kann man sich ganz gut an dem Dreiklang merken: die Förderung von Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern, die Verringerung von Diskriminierung am Arbeitsplatz und die Schaffung von mehr Transparenz in Bezug auf Gehaltsstrukturen innerhalb von Unternehmen.

Sind die aktuell zur Verfügung stehenden gesetzlichen Mittel überhaupt hinreichend, um Vergütungstransparenz herstellen zu können?

Franzmann: Transparenz heißt Wissen um die Vergütungsstruktur im Betrieb und in der Branche

zwecks Einordnung der eigenen Vergütungshöhe, also benötigen wir Auskunftsansprüche, besser Auskunftsverpflichtungen. Das am 30.6.2017 erlassene Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen zielt auf ein Verbot unterschiedlicher Bezahlung von Männern und Frauen, gilt erst in Betrieben mit zumindest 200 Beschäftigten und gibt nur dem jeweiligen Fragesteller Auskunft. Vonnöten wäre aus meiner Sicht, dass Arbeitgeber regelmäßig betriebliche Organigramme mit ihren Belegschaften teilen, die zwecks Orientierung einzelne Karrierestufen mit Durchschnittsgehältern belegen.

Lelley: Die gesetzlichen Mittel zur Herstellung von Vergütungstransparenz, vor allem das Entgelttransparenzgesetz, sind aus meiner Sicht ausreichend. Doch ist hier einiges im Fluss, die EU-Entgelttransparenzrichtlinie ist ja schon in Kraft. Und sie muss bis Juni 2026 in deutsches Recht umgesetzt sein. Da wird es dann Aufsichtsbehörden, Gleichbehandlungsstellen, Überwachungsstellen usw. geben. Und auch Auskunftsrechte für Arbeitnehmer, ganz ohne Schwellenwerte... Ein solches Regelwerk hat schon die Tendenz, unternehmerische Flexibilität einzuschränken und unerwünschte Folgen wie Bürokratie und Wettbewerbsnachteile mit sich zu bringen. Unternehmen benötigen Raum, um individuelle Vergütungsmodelle gestalten zu können, die den spezifischen Anforderungen ihres Geschäfts und ihrer Mitarbeiter gerecht werden.

Ist die Umsetzung von Vergütungstransparenz über betriebsverfassungsrechtliche Wege möglich?

Franzmann: Unbedingt! Das Betriebsverfassungsgesetz normiert in § 80 Abs. 2 Satz 2 das Recht des Betriebsrats auf Einsichtnahme in die jeweiligen Bruttolöhne und -gehälter und weist dem Betriebsrat über § 87 Abs. 1 Nr. 10 ein Mitbestimmungsrecht bei Entgeltfragen zu. Mit der Einsichtnahme ist der Betriebsrat zumindest in der Lage zu wissen, was der Arbeitgeber individualvertraglich vereinbart hat; mit seiner Mitbestimmung kann er versuchen, zutage getretene Verwerfungen etwa bei künftigen Gehaltsrunden zu begrenzen. In tariflosen Unternehmen können die Betriebsparteien die Vergütungsstruktur gestalten, indem sie Hierarchien und Karriere-stufen festlegen und diese mit Gehaltsbändern versehen, die ihrerseits Entwicklungsstufen vorsehen; darüber hinaus eignen sich Betriebsvereinbarungen, um künftige Gehalts- und Lohnerhöhungen strukturiert und bedarfsgerecht umzusetzen.

Lelley: Vergütungstransparenz über betriebsverfassungsrechtliche Wege kann eine Möglichkeit sein, Fairness und Vertrauen zu fördern, sollte jedoch nicht zu einer Zwangsmaßnahme werden. Unternehmen sollten in der Lage sein, die Offenlegung von Gehaltsstrukturen in Abstimmung mit den betrieblichen Bedürfnissen und der Unternehmenskultur zu regeln. Zwanghafte Offenlegung könnte zu Spannungen und einer Atmosphäre der Missgunst führen, die der Produktivität abträglich ist.

Sind darüber hinaus auch tarifliche Wege denkbar, um Vergütungstransparenz zu realisieren?

Franzmann: Das erleben wir ja in den letzten Jahren zunehmend, jedenfalls in der öffentlichen Wahrnehmung intensiv insbesondere in der Daseinsvorsorge; Gewerkschaften stehen im Fokus der öffentlichen Debatte. Ungeachtet dessen: Tarifverträge sind gelebte Transparenz. Berufsgruppen werden bewertet und eingeordnet, ihnen werden konkrete Vergütungshöhen zugeordnet und Gehaltsrunden definieren vorab, wer wie viel „vom Kuchen abbekommt“. Der öffentliche Dienst ist ein Paradebeispiel für Transparenz: Vom Verwaltungsangestellten bis zum Bundeskanzler, die Vergütung steht fest.

Lelley: Vergütungstransparenz über tarifliche Wege bietet eine klare und geregelte Methode zur Festlegung von Gehältern, die sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber schützt. Ob man Tarifverträge nun mag oder nicht: Sie schaffen oft einen Rahmen, der Fairness und Transparenz gewährleistet, während gleichzeitig Flexibilität für individuelle Anpassungen innerhalb des Tarifgefüges bestehen kann. Eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeberinnen und Gewerkschaften kann dazu beitragen, Vergütungsstrukturen zu entwickeln, die die Bedürfnisse beider Seiten berücksichtigen. Das Entgeltrahmenabkommen in der Metall- und Elektroindustrie z. B. ist doch in dieser Richtung recht gut gelungen.

Wirken sich transparente Vergütungsstrukturen nicht negativ i. S. v. leistungshemmend aus? Bedarf es hier tatsächlich Verschwiegenheit oder eher einer passgenauen Differenzierung?

Franzmann: Ich weiß um die Sorge der Arbeitgeberseite, dass mit „Gleichmacherei“ der „War for Talents“ nicht gewonnen werden kann. Ich weiß auch, dass Arbeitnehmer untereinander einer gewissen Intransparenz etwas abgewinnen können, jedenfalls dann, wenn sie das Gefühl haben, aufgrund ihrer individuellen Leistung mehr zu „verdienen“. Indes: Intransparenz ist für mich keine Lösung, sie ist weder fair noch im wohlverstandenen Interesse der Arbeitgeberseite. Ja, bisweilen ist es schwer für Vorgesetzte, übersichtliche Gehaltsrunden im eigenen Verantwortungsbereich zu begründen. Hier bedarf es guter Vorbereitung und Schulung für solche Gespräche, nicht jedoch Geheimniskrämerei.

Lelley: Transparenz ist grundsätzlich positiv, kann aber in bestimmten Situationen leistungshemmend wirken. In meiner Beratungspraxis habe ich schon erlebt, wie ein zu offener Umgang mit Gehaltsinformationen zu Unzufriedenheit und Demotivation führt. Vor allem natürlich, wenn Arbeitnehmer dann Unterschiede in der Vergütung stark wahrnehmen. Wie gesagt, Vertraulichkeit und Datenschutz sind ja auch etwas wert, finde ich.

In dieser Rubrik sprechen wir regelmäßig über aktuelle Ereignisse und Entwicklungen, die das Arbeitsrecht betreffen und die HR-Welt umtreiben. Dabei wollen wir verschiedene Standpunkte zu Wort kommen lassen und so in den direkten Dialog gehen.

Unterrichtung des BR beim Wegfall von Provisionen

§ 99 BetrVG

Nach § 99 Abs. 1 BetrVG hat ein Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Versetzung rechtzeitig und umfassend zu unterrichten – dies gebietet einem Arbeitgeber, den Betriebsrat ggf. über den versetzungsbedingten Wegfall der Möglichkeit zur Provisionserzielung aufseiten des von der Versetzung betroffenen Arbeitnehmers zu informieren. Demgemäß erfordert eine ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats neben betragsmäßigen Angaben zu bereits erzielten Provisionen insbesondere auch die konkret bezifferte Höhe drohender finanzieller Einbußen bzw. Nachteile aufgrund des versetzungsbedingten Wegfalls der Möglichkeit zur Erzielung von Provisionen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

LAG Niedersachsen, Beschluss vom 8.5.2024 – 2 TaBV 81/23

PROBLEMPUNKT

Anfang 2023 entschied sich der Arbeitgeber zur Schaffung einer neuen Stelle im Vertriebsinnendienst. Hierauf sollte sodann ein bisher noch im Vertriebsaußendienst tätiger Mitarbeiter (Herr S.) versetzt werden, dessen Tätigkeitsbereich im Außendienst neben der Auftragsakquise auch die Kundenbetreuung, Angebotserstellung und eine sich ggf. hieran anschließende Auftragsabwicklung umfasste. Beim Erreichen jährlicher Umsatzziele normierte eine zwischen Herrn S. und dem Arbeitgeber vereinbarte Provisionsabrede zudem einen variablen Vergütungsanspruch in bis zu fünfstelliger Höhe.

Im weiteren Verlauf konnten sich der Arbeitgeber und Herr S. indes nicht auf eine Versetzung vom Außen- in den Innendienst einigen. Der Arbeitgeber entschied sich gleichwohl, den Betriebsrat mit Schreiben vom 16.3.2023 – u. a. unter Mitteilung der persönlichen Daten von Herrn S. sowie dem von ihm zuletzt erzielten Jahresgrundgehalt – über die weiterhin (geplante) Versetzung zu unterrichten sowie um Erteilung der hierfür nach § 99 BetrVG erforderlichen Zustimmung zu bitten. Weiterführende Angaben betreffend die Möglichkeit zur Provisionserzielung bzw. darüber, ob und ggf. inwieweit durch Herrn S. die jährlichen Umsatzziele ggf. auch (noch) im Vertriebsinnendienst erreicht werden können, enthielt das Schreiben nicht. Der Betriebsrat widersprach der (geplanten) Versetzung rechtzeitig u. a. mit Verweis auf „Arbeitsplatzbeschreibung unvollständig“.

Darauffin ergänzte der Arbeitgeber am 6.7.2023 – zu einem Zeitpunkt, in dem bereits ein entsprechendes Zustimmungseretzungsverfahren vor dem ArbG Hannover lief – schriftsätzlich u. a., dass die mit Herrn S. vereinbarte Provisionsabrede durch die (geplante) Versetzung rechtlich unberührt bliebe. Der Betriebsrat widersprach indes erneut mit Hinweis auf wirtschaftliche Nachteile zulasten von Herrn S. wegen des (zumindest) tatsächlichen Wegfalls der Möglichkeit zur Erzielung von Provisionen aufgrund der (geplanten) Versetzung in den Innendienst. In dem arbeitsgerichtlichen Verfahren entsprach das ArbG Hannover demgegenüber – dies unter Annahme einer ordnungsgemäß erfolgten Unterrichtung bzw. mangels gerechtfertigter Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 BetrVG – dem arbeitgeberseitig gestellten Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats.

ENTSCHEIDUNG

Das LAG Niedersachsen gab der hiergegen mit Schriftsatz vom 2.10.2023 erhobenen Beschwerde des Betriebsrats statt. Das erkennende Gericht verneinte hierbei das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Unterrichtung des Betriebsrats als Voraussetzung einer gerichtlichen Zustimmungsersetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG – dies aufgrund unvollständiger Angaben des Arbeitgebers zu den konkreten Folgen der (geplanten) Versetzung; Namentlich fehlten insoweit Auskünfte über die bereits vom betroffenen Arbeitnehmer erzielten Provisionen als auch eine betragsmäßig konkrete Bezifferung versetzungsbedingt drohender finanzieller Einbußen bzw. Nachteile. Der arbeitgeberseitig gestellte Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats wurde dementsprechend zweitinstanzlich zurückgewiesen.

KONSEQUENZEN

Das LAG Niedersachsen konkretisiert mit seiner Entscheidung insbesondere das Anforderungsprofil an eine ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats betreffend (geplanter) Versetzungen und illustriert hierdurch – namentlich im Falle eines versetzungsbedingten Wegfalls variabler Vergütungsbestandteile – einen beachtlichen Schwierigkeitsgrad für Arbeitgeber.

Nach § 99 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor einer (geplanten) Versetzung insbesondere zu unterrichten, unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen jeweils Auskunft über etwaige Auswirkungen als auch den hierfür in Aussicht genommenen Arbeitsplatz zu geben sowie hierzu die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen. Im Rahmen dessen müssen durch den Arbeitgeber zudem die konkreten Folgen für den von einer (geplanten) Versetzung betroffenen Arbeitnehmer mitgeteilt werden – im Einzelfall

umfasst dies auch (bereits) den tatsächlichen Wegfall einer bis dahin zugunsten des Arbeitnehmers bestehenden Möglichkeit zur Erzielung von Provisionen (vgl. LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 3.7.2001 – 3 TaBV 7/01, AuA 2/02, S. 93). Nach landesarbeitsgerichtlicher Auffassung erfordert eine insoweit ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats überdies betragsmäßige Angaben zu bereits erzielten Provisionen als auch die konkret bezifferte Höhe drohender finanzieller Einbußen bzw. Nachteile aufgrund ebenjenes versetzungsbedingten Wegfalls der Möglichkeit zur Provisionserzielung. Zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Unterrichtung des Betriebsrats dürften sich Arbeitgeber daher insbesondere mit der Schwierigkeit konfrontiert sehen, ggf. versetzungsbedingte Auswirkungen auf variable Vergütungsbestandteile vollumfänglich zu antizipieren sowie betragsmäßig (möglichst) konkret zu beziffern.

PRAXISTIPP

Die Unterrichtung des Betriebsrats über personelle Einzelmaßnahmen nach § 99 Abs. 1 BetrVG erfordert (auch weiterhin) äußerste Sorgfalt. Im Falle einer (geplanten) Versetzung verdienen rechtzeitige und vollständige Angaben sowohl zu variablen Vergütungsbestandteilen (z. B. Provisionen) als auch hiermit einhergehenden Auswirkungen (bspw. versetzungsbedingter Wegfall der Möglichkeit zur Provisionserzielung) ein besonderes Augenmerk. Im Einklang mit der landesarbeitsgerichtlichen Entscheidung dürften dabei insbesondere betragsmäßige Angaben zu bereits erzielten variablen Vergütungsbestandteilen als auch die (möglichst) konkret bezifferte Höhe versetzungsbedingt drohender finanzieller Einbußen bzw. Nachteile zulasten etwaig hiervon betroffener Arbeitnehmer regelmäßig unumgänglich werden.

David Johnson, MBA, LL.M. (Stellenbosch), Rechtsanwältin, Compliance Officer (Univ.), Nürnberg

