

## **Bericht zur Ortstagung in Gießen am 14. März 2018**

Am 14. März 2018 begrüßte die Direktorin des Arbeitsgerichts Gießen, Manuela George, vor 61 Besuchern im Konzertsaal des Rathauses der Stadt Gießen den Referenten Herrn Dr. Sebastian Roloff, Richter am Bundesarbeitsgericht (BAG) (8 Senat, u. a. zuständig für Schadensersatz und Entschädigungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz sowie neuerdings auch für das Entgelttransparenzgesetz).

Herr Dr. Roloff referierte zu dem Thema

### **„Aktuelles im Diskriminierungsrecht - Entgelttransparenz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz“.**

Der Vortrag begann mit einer kurzen allgemeinen Einführung zum Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) sowie zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), bevor Herr Dr. Roloff schwerpunktmäßig auf das EntgTranspG eingegangen ist, um anschließend aktuelle Änderungen in der Rechtsprechung zum AGG vorzustellen.

Herr Dr. Roloff führte aus, dass sowohl das EntgTranspG als auch das AGG den Diskriminierungsschutz zum Inhalt haben und beiden Gesetzen gesellschaftliche Diskussionen vorangegangen seien. Vorausschickend, dass sein Vortrag nicht die Meinung des 8. Senats des BAG widergebe, sondern lediglich die persönliche Auffassung des Referenten, führte Herr Dr. Roloff aus, dass das EntgTranspG wohl kein Beispiel für beste gesetzgeberische Kunst darstelle, er jedoch auch keinen Abgesang auf die gesetzgeberische Kompetenz vornehmen möchte. Es liege nun an den Arbeitsrechtlern und Richtern, die Regelungen des EntgTranspG praktikabel umzusetzen. Hinsichtlich des AGG sei die erste große Aufregung inzwischen abgeklungen, hinsichtlich des EntgTranspG nehme die juristische Auseinandersetzung dagegen erst Fahrt auf. Im Rahmen dieser Auseinandersetzung sei von einigen Seiten auch der Vorwurf der „umgekehrten Diskriminierung“ zu vernehmen.

Als die drei wesentlichen Kernbereiche des EntgTranspG sieht Herr Dr. Roloff

1. den individuellen Auskunftsanspruch von Arbeitnehmern in Betrieben mit mehr als 200 Arbeitnehmern,
2. die Beteiligung des Betriebsrats an der Erteilung des Auskunftsanspruchs und im Rahmen dessen auch die Stärkung des Einsichts- und Auskunftsrechtes des Betriebsrats durch § 13 EntgTranspG und
3. Legaldefinitionen wie z. B. die Begriffe der gleichen und gleichwertigen Arbeit.

Bezüglich des zeitlichen, sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des EntgTranspG stellte Herr Dr. Roloff folgende Ungereimtheiten des EntgTranspG in den Raum:

#### Zeitlicher Anwendungsbereich:

Hier sei fraglich, ob die Begriffe „*Kalendermonat*“ und „*Kalenderjahr*“ in § 25 EntgTranspG streng kalendarisch auszulegen seien. Eine solche Auslegung führe zu Berechnungsschwierigkeiten, da man ausgehend vom Inkrafttreten des Gesetzes zum 6. Juli 2017 der Frage ausgesetzt wäre, ob das Jahr 2018 bei den drei Kalenderjahren nach dem ersten Auskunftsverlangen hinzuzuziehen wäre oder die Berechnung des Drei-Jahres-Zeitraums erst mit dem Jahr 2019 begönne. Herr Dr. Roloff sprach sich vor dem Hintergrund der §§ 10, 12 EntgTranspG dafür aus, keine streng kalendarische Auslegung vorzunehmen.

#### Sachlicher Anwendungsbereich:

Unklar sei hier, wann das Gesetz auf den Betrieb und wann auf das Unternehmen abstelle. So stelle das Gesetz zwar bezüglich des Schwellenwerts der 200 Arbeitnehmer auf den Betrieb ab, setze dies jedoch z.B. in § 12 Abs. 1 EntgTranspG in Kontext zu demselben Arbeit-

geber. § 13 Abs. 2, 3 EntgTranspG knüpfen dagegen an die Existenz eines Betriebsausschusses an, der nur bei Betrieben mit mehr als 200 Arbeitnehmern vorliegt. Dies könne auch bei einem Gemeinschaftsbetrieb der Fall sein. Bei einem Gemeinschaftsbetrieb seien die Arbeitnehmer jedoch bei unterschiedlichen Arbeitgebern beschäftigt, so dass zwar ein Betrieb im Sinne des § 13 EntgTranspG vorliegen könnte, der jedoch nicht zugleich die Voraussetzung des § 12 EntgTranspG erfüllt. Herr Dr. Roloff sieht eine Anknüpfung von § 12 EntgTranspG an § 5 EntgTranspG, weshalb seiner Ansicht nach die Begriffe in §§ 12, 13 EntgTranspG als nicht deckungsgleich anzusehen seien. Mit der Folge, dass § 12 EntgTranspG auch Betriebe ohne Betriebsausschuss erfasse, § 13 jedoch nur solche mit Betriebsausschuss. Dementsprechend kommt man je nach Regelung zu unterschiedlichen sachlichen Anwendungsbereichen.

Auf die Rolle des Betriebsrats eingehend betonte Herr Dr. Roloff, dass das Kollektivrecht gemäß § 13 EntgTranspG bereits mit Inkrafttreten des Gesetzes zum 6. Juli 2017 Wirkung entfalte. § 13 Abs. 2, 3 EntgTranspG gehen allerdings deutlich über die Befugnis des Betriebsrats nach § 80 BetrVG hinaus. Dies ergebe einen erheblichen Spielraum für § 87 Nr. 10 BetrVG, was wiederum eine Gefahr für Arbeitgeber bewirken könne, die übertarifliche Zulagen erbringen. Außerdem stelle die Aufbereitung der Lohnlisten gemäß den Anforderungen des EntgTranspG für Arbeitgeber einen hohen Aufwand dar.

Auf Nachfrage aus dem Auditorium, wie ein Betrieb nach § 3 BetrVG zu behandeln sei, erklärte Herr Dr. Roloff, dass jedenfalls bei solchen Betriebskonstruktionen, die regional übergreifend sind, zu beachten sei, dass § 12 Abs. 2 Nr. 2 EntgTranspG regionale Unterschiede anerkenne, so dass gegebenenfalls kein Auskunftsanspruch gegeben sei, wenn der Betrieb regionale Grenzen überschreitet.

#### Persönlicher Anwendungsbereich:

Hier stellte Herr Dr. Roloff die Unterschiede zwischen EntgTranspG und AGG heraus. So seien z.B. die arbeitnehmerähnlichen Personen gemäß dem Wortlaut des § 5 EntgTranspG nicht vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst, im Gegensatz zu § 6 AGG. Es ist aber nach Ansicht des Referenten zu unterstellen, dass der Gesetzgeber den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen wollte, so dass arbeitnehmerähnliche Personen vom EntgTranspG als erfasst anzusehen seien. Ebenso seien leitende Angestellte als erfasst anzusehen, die ihren Anspruch jedoch naturgemäß nur gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen und nicht gegenüber dem Betriebsrat. Bezogen auf den Arbeitgeber differenziere das EntgTranspG zwischen tarifgebundenen und tarifyanwendenden Arbeitgebern auf der einen Seite sowie sonstigen Arbeitgebern auf der anderen Seite. Das Gesetz gehe also davon aus, dass tarifgebundene und tarifyanwendende Arbeitgeber weniger diskriminierend vorgehen. Zu beachten sei in diesem Zusammenhang allerdings, dass es kaum einen Arbeitgeber gebe, der ausschließlich nach Tarif vergüte, ohne außertarifliche Zulagen zu leisten. Hier sei abzuwarten, ob die Rechtsprechung die Privilegierung des Gesetzes für tarifgebundene und tarifyanwendende Arbeitgeber bei übertariflichen Zulagen verneine. Nach Ansicht von Herrn Dr. Roloff könnte dies ein großer Streitpunkt werden. Ebenfalls bleibe abzuwarten, ob ein Arbeitgeber, der zwar weder tarifgebunden noch tarifyanwendend ist, jedoch aufgrund einer Betriebsvereinbarung eine einheitliche Vergütung gewährt, nicht auch privilegiert werden müsse.

Zu dem Verhältnis zwischen EntgTranspG und AGG führte Herr Dr. Roloff aus, dass angesichts der Formulierung des § 2 Abs. 2 EntgTranspG „Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bleibt unberührt.“ ein Spezialitätsverhältnis dergestalt vorliege, dass das EntgTranspG dem AGG vorgehe, soweit es entsprechende Regelungen enthalte. Da das EntgTranspG keine Regelung zur Entschädigung vorsehe, sei bei der Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs der Anspruch nach dem AGG zu wählen. In diesem Fall müsse allerdings die Ausschlussfrist des § 15 AGG eingehalten werden.

Besonders von Interesse für das Auditorium war, dass Herr Dr. Roloff in § 7 EntgTranspG eine echte Anspruchsgrundlage für einen Anspruch auf Bezahlung des Medians der Vergleichsgruppe sieht. Dies begründete er mit Art. 157 AEUV, Art. 3 des Grundgesetzes als auch mit der Wortgleichheit mit § 612 Abs. 3 BGB in der alten Fassung. Diese Äußerung war insofern bemerkenswert, als das EntgTranspG bislang in der öffentlichen Wahrnehmung als „zahnloser Tiger“ oder „stumpfes Schwert“ galt, weil die Meinung vertreten wurde, dass es gerade keine Anspruchsgrundlage auf die Zahlung eines höheren Entgelts enthalten solle.

Auf Nachfrage, wie lange der Anspruch nach § 7 EntgTranspG rückwirkend für die Vergangenheit geltend gemacht werden könne, erklärte Herr Dr. Roloff, dass der Anspruch zwar so lange geltend gemacht werden könne, wie keine Verjährung und keine Ausschlussfristen greifen, dass jedoch zu beachten sei, dass der Median nur für das letzte Kalenderjahr bekannt gegeben werden müsse. Für den Anspruch auf Entschädigung sei dagegen wieder die Ausschlussfrist des § 15 AGG zu beachten.

Zu dem im EntgTranspG verankerten Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers warf Herr Dr. Roloff die Frage auf, ob bei der gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs gegebenenfalls eine Klage gegen den Betriebsrat erhoben werden könne oder müsse, da der Betriebsrat gemäß § 14 EntgTranspG als Auskunftsadressat gilt. Im Ergebnis sei eine solche Passivlegitimation des Betriebsrats jedoch zu verneinen. Vielmehr habe der Gesetzgeber die Zwischenschaltung des Betriebsrats in § 14 EntgTranspG wohl eher dazu gedacht, einen für die Arbeitnehmer im Vergleich zum Arbeitgeber niedriger schweligen Ansprechpartner zu benennen. Die Klage müsse jedoch gegenüber dem Arbeitgeber durchgesetzt werden.

Der Inhalt des Auskunftsanspruchs sei nach § 11 EntgTranspG zunächst - und das dürfe bei der Fokussierung auf die Frage eines höheren Entgelts in der Vergleichsgruppe nicht vergessen werden - auf das Verfahren und die Kriterien der Entgeltfindung des Auskunftssuchenden selbst sowie der Vergleichsgruppe gerichtet. Dies sei für tarifvertragliche Entgeltregelungen aufgeweicht. Auch hier gelte es jedoch abzuwarten, ob die Rechtsprechung diese Aufweichung auch für übertarifliche Entgeltbestandteile anerkennen werde. Das Vergleichsentgelt als Median der Vergleichsgruppe sei im Übrigen nur dann mitzuteilen, wenn die Vergleichsgruppe mehr als sechs Beschäftigte enthält. Schließlich könne es auch sein, dass die Vergleichsgruppe Arbeitnehmer enthalte, die weniger verdienen als der Auskunftssuchende. Dies sei aber vom Gesetzgeber so gewollt, da er gerade auf den Median abstelle so wie der EuGH auf den Paarvergleich, bei dem das Entgelt eines konkreten Mitarbeiters bekannt gegeben wird.

Nach reger Diskussion zu den einzelnen von Herrn Dr. Roloff aufgeführten Aspekten des EntgTranspG gab Herr Dr. Roloff einen Überblick über die jüngeren Entwicklungen in der Rechtsprechung zum AGG. Unter Hinweis auf verschiedene Entscheidungen des BAG erläuterte Herr Dr. Roloff kurz, dass „*Deutsch als Muttersprache*“ in einer Stellenausschreibung eine mittelbare Diskriminierung indiziert. Ebenso verhalte es sich mit der Formulierung „*Wir suchen für unser junges und dynamisches Team...*“ Zu der Mitteilung der ablehnenden Entscheidung im Bewerbungsverfahren gegenüber einem behinderten Bewerber betonte Herr Dr. Roloff, dass man diese ablehnende Entscheidung begründen müsse, wenn die geforderte gesetzliche Quote an behinderten Beschäftigten nicht erfüllt sei und die Schwerbehindertenvertretung der Ablehnung widersprochen habe.

Im Hinblick auf die im Oktober 2017 ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum dritten Geschlecht vertritt Herr Dr. Roloff die Meinung, dass allein der Zusatz „*m/w*“ bei einer Stellenausschreibung bereits zum Ausdruck bringen könne, dass das Geschlecht des Bewerbers keine Rolle spielen solle, wodurch auch eine Benachteiligung von Personen des dritten Geschlechts ausgeschlossen sein müsste. Schließlich wies Herr Dr. Roloff auch darauf hin, dass es nach der Rechtsprechung nicht zu beanstanden sei, wenn in der Überschrift der Stellenanzeige der Zusatz „*m/w*“ enthalten ist, in der Stellenbeschreibung selbst jedoch die weibliche Endung „*in*“ teilweise vergessen wird.

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BAG (8 AZR 470/14), mit der dieses den Begriff der „objektiven Eignung“ nach Ansicht von Herrn Dr. Roloff mit überzeugender Begründung aufgegeben hat, erklärte Herr Dr. Roloff, dass der Arbeitgeber dadurch nicht schutzlos gestellt sei. Vielmehr habe sich nun die erforderliche Argumentation des Arbeitgebers in den Bereich des § 20 AGG verlagert, so dass der Arbeitgeber nun im Rahmen von § 22 AGG die Vermutung der Diskriminierung durch objektive Kriterien widerlegen müsse. Dies könne z. B. mit einer Gruppenbildung („*Juristen nur mit vollbefriedigenden Examina*“) erreicht werden.

Das Kriterium der „ernsthaften Bewerbung“ sei nunmehr bei dem Institut des Rechtsmissbrauchs zu verankern. Demnach sei zu prüfen, ob ein Bewerber den formalen Status des Erwerbers nur erwerben wolle, um diesen formalen Status (finanziell) auszunutzen. Herr Dr. Roloff wies darauf hin, dass nach der Änderung der Rechtsprechung des 8. Senats zu dem formalen Bewerberbegriff und der Verankerung der „ernsthaften Bewerbung“ im Rechtsmissbrauch bereits zwei bis drei Entscheidungen von Landesarbeitsgerichten ergangen seien, die tatsächlich den Rechtsmissbrauch geprüft haben. Insofern sieht er hier eher keine nachteiligen Auswirkungen durch die jüngere Rechtsprechung des BAG.

Zu den vorgestellten Neuerungen des AGG gab es aus dem Auditorium kaum Fragen. Es war deutlich, dass die Regelungen des EntgTranspG und die offenen Fragen, die zukünftig noch durch die Rechtsprechung zu klären sein werden, die anwesenden Juristen und Personalleiter weitaus mehr beschäftigten.

*Isabelle Crass*

*Leiterin der Rechtsabteilung HESSENMETALL, Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen Bezirksgruppe Mittelhessen e. V., Wetzlar*