

Staatliche Entgeltregulierung und privatautonome Entgeltgestaltung*

Prof. Dr. Roland Schwarze, Leibniz Universität Hannover

I. Der Vertrag als »unvollkommenes Verfahren«

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

II. Das Prä der arbeitsrechtlichen Entgeltregulierung

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

1. Begriff

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

2. Leitbilder der Lohngerechtigkeit (»Lohngerechtigkeiten«)

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

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

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

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

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

III. Die verbleibende Rolle der Privatautonomie

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

IV. Der »Mindestlohn«

1. Gesetzlicher Mindestlohn

a) Gerechtigkeitsziel: Auskömmlichkeit

Zwar reguliert der Mindestlohn das Austauschverhältnis, die mit ihm verknüpfte und bezweckte Gerechtigkeitsvorstellung ist aber die Auskömmlichkeit des Entgelts, dh. sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer von dem Entgelt einer Vollzeitstelle seinen Lebensunterhalt bestreiten kann. Das wird in der Gesetzesbegründung zwar durchaus gesagt, aber doch nur als weiterer Zweck angeführt,⁴ während es in erster Linie offenbar um das Austauschverhältnis gehen soll, wenn es heißt, es sollten die Arbeitnehmer vor Niedrigstlöhnen geschützt werden, die »branchenübergreifend generell als unangemessen empfunden« werden⁵ – als gäbe es doch »den« gerechten Lohn und ein Gefühl für ihn. Hier regiert wohl die Furcht, sich jenseits der herrschenden rein synallagmatischen Deutung des Arbeitsverhältnisses zu bewegen, wenn man einen Zusammenhang zwischen dem Arbeitsentgelt und der Existenzsicherung herstellt, und das Arbeitsentgelt – womöglich unter Wiederbelebung der Fürsorgetheorie⁶ – zur Alimentation umdeutet.⁷ Die Furcht ist unberechtigt: Aus der Perspektive einer streng synallagmatischen Deutung des Arbeitsverhältnisses ist die Existenzermöglichung zwar ein außerhalb des Synallagmas liegender Zweck, den der Arbeitnehmer als Gläu-

biger des Entgelts mit ihm verfolgt. Aber solche Verwendungszwecke können punktuell in den Vertrag einbezogen werden, durch die Parteien und durch Gesetz, ohne dass dies die dogmatische Figur des synallagmatischen Vertrages sprengt. Das ist im klassischen Bürgerlichen Recht so – zu nennen sind die bekannten Fälle der Zweckstörung⁸ oder die Zwecktauglichkeit als Maß des Sachmangels –, es ist im »sozialen« Bürgerlichen Recht so – zu nennen ist die besondere rechtliche Behandlung des »Wohnzwecks« bei der Miete (§ 549 BGB) – und es ist in anderen Teilen des Arbeitsvertragsrechts der Fall – der ganze arbeitsrechtliche Entgeltschutz⁹ beruht, soweit er mit allgemein bürgerlich-rechtlichen Prinzipien nicht erklärbar ist (§ 615 BGB), auf der Einbeziehung des existenzsichernden Zwecks des Arbeitsentgelts in die Struktur der arbeitsvertraglichen Beziehungen. Das Arbeitsentgelt wird nicht zur Alimentation, das Austauschverhältnis wird nicht außer Kraft gesetzt, es bleibt beim »ohne Arbeit kein Geld«, es gibt auch keinen Zwang zu einem Mindestbeschäftigungsumfang, der die Auskömmlichkeit aus *einem* Arbeitsverhältnis sichert. Es gibt nur punktuelle Modifizierungen des Synallagmas mit Rücksicht auf den typischerweise mit dem Arbeitsentgelt vom Arbeitnehmer verfolgten Zweck. Die Dogmatik des gesetzlichen Mindestlohns muss aussprechen, was ist. In den klaren Worten der Mindestlohn-Kommission:

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

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

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

⁵ BT-Drs. 18/1558, S. 28.

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

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

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

⁹ Kamanabrou (Fn. 2), § 16 Rn. 902 ff.

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

b) Methode

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

c) Bedeutung für privatautonome Gestaltungen

(1) des Entgeltanspruchs

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

des Einkommens berücksichtigt werden,¹⁸ die bloße Expektanz bietet nicht die nötige rechtliche Sicherheit.

(2) der Arbeitszeit

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

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

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

2. Sittengemäßer Lohn

a) Sittengemäßer Lohn I und II

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

auf die Austauschgerechtigkeit, also die Lohngerechtigkeit. Anders als beim MiLoG gibt es keine betragsstarke Untergrenze, es gibt nur eine relative Untergrenze für den Lohn. Er darf nicht in einem auffälligen Missverhältnis zum Wert der Arbeitsleistung stehen. Das führt zwar im Ergebnis doch zu einer fixen Untergrenze – auch die billigste Arbeit ist noch etwas wert –, aber die Auskömmlichkeit des Lohns ist damit nicht gewährleistet. Die Lohngerechtigkeit ist ferner nicht »objektiv« angelegt, da es den gerechten Lohn für eine bestimmte Arbeit nicht gibt. § 138 Abs. 2 BGB ist ein bloßer Ausbeutungsschutz. Er schützt die schwächere Seite davor, dass ihre Schwäche von der stärkeren über die Maßen ausgenutzt wird, um sich einen unberechtigten Vorteil zu verschaffen. Das Unberechtigte des Vorteils wird an der Marktgerechtigkeit der Gegenleistung orientiert, ist also ganz und gar relativ.²¹ Nur bei Ausnutzung einer eminenten Schwäche und erst bei eminenter Verfehlung der Marktgerechtigkeit (über 100 % Abweichung der Gegenleistung²²) greift der Tatbestand. Dass eine derart durchlässige Norm dem Arbeitsrecht zu einem durchaus brauchbaren Entgeltschutz verholfen hat, beruht auf einer zum Tariflohn führenden Begründungskette: Die Unterschreitung einer Grenze von zwei Dritteln des branchen- und ortsüblichen Tariflohns begründet das auffällige Missverhältnis, dieses wiederum lässt die für § 138 Abs. 2 BGB notwendige verwerfliche Gesinnung vermuten und die daraus abzuleitende Nichtigkeit der Lohnvereinbarung führt über § 612 BGB zum Tariflohn.²³ Die Üblichkeit ist zu bejahen, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber der betreffenden Wirtschaftsregion tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer beschäftigen.²⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Gerechtigkeitsziel des sittengemäßen Lohns II:

Der nicht ausbeuterische Lohn

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

c) Gestaltbarkeit des sittengemäßen Lohns II

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

V. Die Entgeltregulierung durch Diskriminierungsverbote

1. Gerechtigkeitsziel:

Der »diskriminierungsfreie Lohn«

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

²⁵ H. Hanau, ZfA 2012, 269, 272 ff.

²⁶ S. Nachweise in Fn. 10.

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

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

²⁹ Zur Bedeutung der Unterlegenheit für das Arbeitsvertragsrecht Schwarze, ZfA 2005, 81 ff.

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

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

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

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

Von den Diskriminierungsverboten, die das diskriminierungsfreie Entgelt ausdrücklich (Art. 157 AEUV, Art 45 Abs. 2 AEUV, Art. 7 Abs. 1 FreizügigkeitsVO, §§ 3, 7 EntgTrG) oder konkludent regeln (§ 7 AGG, § 4 TzBfG³¹), wird das neue Verbot der geschlechtsbedingten Entgeltdiskriminierung in §§ 3, 7 EntgTrG pars pro toto erörtert. Es dürfte keinen von §§ 3, 7 EntgTrG erfassten Fall geben, der sich nicht unter die älteren Verbote der geschlechtsbedingten Diskriminierung (Art. 157 AEUV, § 7 AGG) subsumieren ließe. §§ 3, 7 EntgTrG sind aber kraft Spezialität vorrangig heranzuziehen.³² Die Übertragbarkeit der zu den älteren Diskriminierungsverboten ergangenen Rechtsprechung, insbes. der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 157 AEUV, auf §§ 3, 7 EntgTrG wird im Folgenden vorausgesetzt. Auf die anderen Diskriminierungsverbote wird sich die Analyse zumindest strukturell übertragen lassen.

3. Das Verbot der Diskriminierung

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

31 Außen vor bleiben hier Art. 3 GG und § 75 BetrVG, die beide nach hM. die Arbeitsvertragsparteien nicht unmittelbar binden (näher *ErfK-Preis* (Fn. 4), § 61 I a BGB Rn. 573 und *ErfK-Kania* (Fn. 4), § 75 BetrVG Rn. 1).

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

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

4. Seine Ausdeutung zum Gebot der geschlechtsbezogenen Lohngerechtigkeit

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

5. Parameter der geschlechtsbezogenen Lohngleichheit

a) Sachgerechtigkeit des Zwecks

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

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

b) Sachgerechtigkeit des Entlohnungskriteriums

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

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

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

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

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

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

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

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

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

der Eindruck des Arbeitgebers nicht »objektivierbar« wäre.

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

c) Gleichheitsbewertung anhand des sachgerechten Entlohnungskriteriums

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

(1) »Gleiche« und »gleichartige« Arbeit

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

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

(2) »Gleichwertige« Arbeit

Die »Gleichwertigkeit« meint den arbeitsvertraglichen Wert der Arbeit. Es handelt sich nicht mehr wie bei der Gleichheit bzw. Gleichartigkeit um einen arbeitstechnischen Vergleich, sondern um eine ökonomische Betrachtung, deren normative Grundlage das Synallagma ist. Da es einen objektiven Arbeitswert nicht gibt, muss etwas anderes gemeint sein als »der gerechte Lohn«, wenn die Rechtsprechung gleichwohl einen nach objektiven Maßstäben der Arbeitsbewertung zu ermittelnden Arbeitswert postuliert⁴⁷ und die Gleichwertigkeit als Gleichheit des Arbeitswertes der beiden zu vergleichenden Tätigkeiten versteht. Angeknüpft wird an eine bestehende arbeits- oder kollektivvertragliche Entgeltregelung und die darin enthaltene Bewertung der entgoltenen Tätigkeit (»Tätigkeit a«). Es wird sodann geprüft, ob eine von der Entgeltregelung nicht erfasste und von einem Beschäftigten des anderen Geschlechts ausgeübte Tätigkeit (»Tätigkeit b«) als »gleichwertig« anzusehen ist. Dies übersteigt die bestehende Entgeltregelung und stellt ihre Kriterien auf den Prüfstand: Es denkt sie als auf vollständige Lohngerechtigkeit gerichtet und überprüft, ob die Nichtberücksichtigung der Tätigkeit b als Wertungs-

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

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

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

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

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

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

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

d) Sachgerechtigkeit der Ausgestaltung der Entlohnung

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

e) Substituierung/Ergänzung des nicht sachgerechten Entlohnungskriteriums

Ein sachlich nicht zu rechtfertigendes Entgeltkriterium fällt als tertium comparationis aus, das Entgelt wird allgemein als Arbeitsentgelt eingestuft und damit entsteht ein anderer Maßstab für die Beurteilung der Gleichwertigkeit. Diese gestalterische Wirkung des Diskriminierungsverbots wird verdeckt, wenn man seine Wirkung dahin fasst, die arbeitgeberseitige Leistung werde nun »auch« auf den bislang Benachteiligten angewendet⁵⁰ bzw. der Arbeitnehmer habe Anspruch auf »die vorenthaltene« Leistung. Vielmehr wird die Leistung durch den Fortfall des »unsachlichen« Entgeltkriteriums zu einer anderen, auch für den bislang Begünstigten. Im Pfortnerbeispiel wird aus der sachlich nicht zu rechtfertigenden Zulage für das große Latinum eine übertarifliche Zulage für die Arbeit,

und nun kann die Pfortnerin (Reinigungskraft⁵¹) den höheren Lohn verlangen, wenn sie die Gleichheit (Gleichwertigkeit) der Arbeit im Hinblick auf die für den Arbeitswert üblichen Kriterien nachweist. Eine ähnlich gestalterische Wirkung entfaltet das Diskriminierungsverbot durch Ergänzung des – für sich genommen ungerechtfertigten – Kriteriums durch ein kompensatorisches, die Diskriminierung beseitigendes Kriterium.⁵²

VI. Entgeltregulierung durch die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung

1. Gerechtigkeitsziel: Der »gleiche« Lohn

Das Gebot der Entgelt-Gleichbehandlung bildet den denkbaren Gegensatz zur privatautonomen Entgeltgestaltung. Es findet sich deshalb in gesetzlicher Ausdrücklichkeit nur als punktuelle Garantie. Zu nennen ist § 8 AÜG, der einen ordnungsrechtlichen Zweck verfolgt (Schutz der Tarifautonomie vor Aushöhlung durch den Einsatz tariffreier Leiharbeitnehmer) und § 4 Abs. 4 EntgTrG, der, motiviert durch das Verbot geschlechtsbedingter Entgeltdiskriminierung, die Verwendung dort näher bestimmter Entgeltkriterien gebietet.⁵³ Die Regelung dürfte in ihrem Anwendungsbereich sachlich nicht über das hinausgehen, was sich auch mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz erreichen ließe. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz⁵⁴ bleibt daneben anwendbar und jenseits der vom Tatbestand des § 4 Abs. 4 EntTrG genannten Fälle auch von praktischer Bedeutung. Auf ihn konzentriert sich die folgende Erörterung.

2. Struktur der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung

Das arbeitsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung (im Folgenden: arbeitsrechtliche Gleichbehandlung⁵⁵) ist schon dem

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

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

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

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

52 S. Text zu Fn. 43.

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

54 Im Folgenden: »arbeitsrechtliche Gleichbehandlung«.

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

Tatbestand nach Gebot: Es bindet die Entgeltzumessung an bestimmte Kriterien.⁵⁶ Es fehlt der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung die explizite gesetzliche Grundlage, über ihre Geltung⁵⁷ und ihren zwingenden Charakter⁵⁸ besteht aber Einigkeit,⁵⁹ so dass sie als Element der Entgeltregulierung anzusehen ist. Die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung knüpft im hier interessierenden Bereich an eine vom Arbeitgeber geschaffene Entgeltregelung an, prüft ihren »regelnden«, über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausweisenden Charakter und gebietet eine »systemgerechte« Ausgestaltung und Anwendung der vom Arbeitgeber geschaffenen Regelung im Unternehmen oder Betrieb,⁶⁰ nämlich ihre Anwendung auf »vergleichbare Lagen«,⁶¹ notfalls die Substituierung der Regelung durch eine neue. Die rechtsethische Begründung für diese Einschränkung der Privatautonomie kann schwerlich allein im »Ideal der Gerechtigkeit« gefunden werden,⁶² das allenfalls den Inhalt des Grundsatzes (Gleichbehandlung) erklärt, nicht aber seine Anwendung auf ein privatautonomes Handeln. Die Störung der Privatautonomie (»strukturelle Unterlegenheit«) liefert ebenfalls keine zureichende Erklärung.⁶³ Sie legitimiert den regulierenden Eingriff in die Vertragsfreiheit,⁶⁴ begründet aber nicht die Anwendung des Gerechtigkeitsgehalts »Gleichheit«. Dafür ist eine bestimmte Qualität des Arbeitgeber-Handelns maßgeblich, die man schon im formalen Aspekt der das einzelne Arbeitsverhältnis übersteigenden »Regelung« sehen kann,⁶⁵ sodass die Gleichbehandlung nicht nur bei der Gewährung von Vorteilen greift, sondern bei jedem »kollektiven« Handeln des Arbeitgebers,⁶⁶ wenn auch das Vorteile gewährende Verhalten praktisch im Vordergrund steht.⁶⁷ Diesen Charakter hat die Regelung entweder schon nach dem Willen des Arbeitgebers oder der objektiven Bedeutung⁶⁸ nach.⁶⁹ Auch dem allgemeinen Vertragsrecht ist die Vorstellung nicht fremd, eine Situation als Verteilungskonflikt aufzufassen, der das einzelne Schuldverhältnis übersteigt und nach einer Regel inter contractus verlangt.⁷⁰ Hier ist er Ausnahme, im Arbeitsleben infolge seiner »kollektiven« Prägung dagegen Alltag.

Der rechtsethischen Begründung muss eine rechtsdogmatische Verortung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung entsprechen, welche die Wirkung inter contractus erfasst. Dazu eignet sich der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) mit Blick auf die Unabdingbarkeit der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung⁷¹ wohl eher als die Auslegung des Arbeitsvertrages.⁷² Dem entspricht sodann der Aufgreifattbestand, der dem auf das einzelne Arbeitsverhältnis bezogenen rechtsgeschäftlichen Handeln des Arbeitgebers eine zweite, über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausweisende Bedeutung abge-

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

- 56 Zurückhaltender *ErfK-Preis* (Fn. 4), § 611a BGB Rn. 575.
- 57 BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 18; BeckOK *ArbR-Joussen* (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 265.
- 58 Vgl. BAG, 28.3.2007 – 10 AZR 261/06 – NZA 2007, 687; *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB 2016, § 611 BGB Rn. 1017 (»Verbot« sachfremder Schlechterstellung bezeichnet); *ErfK-Preis* (Fn. 4), § 611a BGB Rn. 572 (»Grundprinzip des deutschen Arbeitsrechts«).
- 59 MHD *ArbR-Richardi* (Fn. 12), § 9 Rn. 11; *ErfK-Preis* (Fn. 4), § 611a BGB Rn. 572.
- 60 Unterscheidung zwischen einzelnen Betrieben nur bei sachlicher Rechtfertigung zulässig, BAG, 3.12.2008 – 5 AZR 74/08 – AP Nr. 206 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.
- 61 BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 22.
- 62 BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 18 (dort sogar im rechtsdogmatischen Sinne verwendet; ein »Ideal« ist aber nicht Rechtsquelle oder Geltungsgrund).
- 63 Darauf abhebend BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – AP Nr. 220 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Leitsatz 1 (Gleichbehandlung dient zur Bändigung der aus Imparität resultierenden Gefahren).
- 64 Folgerichtig findet er keine Anwendung auf tarifvertragliche Regelungen, BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – AP Nr. 220 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Leitsatz mit kritischen Anmerkungen *Giesen*, der aber die Grundaussage nicht bezweifelt (Bl. 13).
- 65 Darauf abhebend BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218, § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 18 (»selbst gesetzte Regel«). Was die Anwendung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung auf jedes regelnde Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben müsste, nicht nur auf die Gewährung von Vorteilen, wofür hier nichts zu befinden ist.
- 66 *ErfK-Preis* (Fn. 4), § 611a BGB Rn. 575.
- 67 Vgl. BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 6/13 – AP Nr. 218 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 19; BAG, 14.12.2011 – 5 AZR 675/10 – AP Nr. 217 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 17 (»verteilende Entscheidung«).
- 68 Die oftmals »subjektive«, auf den einen naturalen Willen des Arbeitgebers abhebende Umschreibung der »Regelsetzung« in der Rechtsprechung (BAG, 27.7.2010 – 1 AZR 874/08 – AP Nr. 212 zu § 242 BGB Gleichbehandlung Rn. 15) verdeckt das objektiv-normative Potenzial der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung. S. etwa BAG, 6.7.2011 – 4 AZR 596/09 – AP Nr. 214 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 30 f., wo nicht wirklich die subjektive Vorstellung des Arbeitgebers maßgeblich war, zur analogen Anwendung tariflicher Tatbestände verpflichtet zu sein, sondern die Bewertung dieser analogen Anwendung als Gestaltung des Arbeitgebers durch das BAG. Deutlich »objektiver« BAG, 21.10.2009 – 10 AZR 664/08 – AP Nr. 210 zu § 242 Gleichbehandlung, Rn. 24.
- 69 Zu weit der Leitsatz Nr. 3 in BAG, 21.9.2011 – 5 AZR 520/10 – AP Nr. 215 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; auf die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen komme der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Anwendung (doch nur solcher Verpflichtungen, die den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzen).
- 70 S. nur *Schwarze*, *Recht der Leistungsstörungen* (Fn. 8), § 4 Rn. 15 mwN.
- 71 Die Nichtgeltung der Gleichbehandlung für die Individualabrede (unter VI.4) ist nicht Resultat einer Abbedingung, sondern des Nichtvorliegens der Anwendungsvoraussetzungen.
- 72 Dafür MHD *ArbR-Fischinger* (Fn. 12), § 14 Rn. 11; dort (Rn. 8 ff.) auch zu anderen Begründungsansätzen.
- 73 BAG, 27.7.2010 – 1 AZR 874/08 – AP Nr. 212 zu § 242 Gleichbehandlung, Leitsatz 1. In der Sache gleich, durch den jeweiligen Fall induziert die Formeln »verteilende Entscheidung« (BAG, 21.9.2011 – 5 AZR 520/10 – AP Nr. 215 zu § 242 BGB Gleichbehandlung), »kollektiver Bezug« (BAG, 21.9.2011 – 5 AZR 520/10 – AP Nr. 215 zu § 242 BGB Gleichbehandlung), »Generalisierendes Prinzip« (BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 109/13 – AP Nr. 219 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Rn. 22) »abstraktes Kriterium« (BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11 – NZA 2013, 522), »Ordnung« bzw. »Regelwerk« (BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – AP Nr. 220 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Leitsatz 2).
- 74 In diesem Sinne stellt *ErfK-Schlachter* (Fn. 4), § 4 EntgTrG Rn. 6, das »System« dem »individuell Ausgehandelten« gegenüber.

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

3. Dimensionen der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung

a) Kontrolle des Leistungszwecks

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

b) Auffinden eines vom Arbeitgeber gesetzten Regelatbestandes

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

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

c) »Analogie« zu dem vom Arbeitgeber gesetzten Regelatbestand

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

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

76 Näher unter VI.4.

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

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

d) Substituierung des vom Arbeitgeber gesetzten Regeltatbestandes

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

4. Arbeitsrechtliche Gleichbehandlung und Privatautonomie

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

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

Zusammenfassung

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

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

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

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

mit primär eine Frage des richtigen Verfahrens und der Verfahrensgerechtigkeit. Das für das Arbeitsverhältnis typische Versagen des vertraglichen Verfahrens macht die Regulierung des Arbeitsentgelts durch zwingende normative Regelungen zum Normalfall für den Arbeitsmarkt.

2. Nach der Intensität der Regulierung lassen sich drei Typen der Lohnregulierung unterscheiden: (1) die Regulierung eines Minimumschutzes, (2) die Regulierung struktureller Gerechtigkeit (Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung) und (3) die vollständige Regulierung.
3. Der staatlich geprägte Teil der Entgeltregulierung erfolgt durch staatliche und staatlich-verbandliche (kooperative) Rechtsakte. Die staatlich geprägte Entgeltregulierung verfolgt vier verschiedene Lohngerechtigkeiten: den auskömmlichen Lohn, den nicht-ausbeuterischen Lohn, den diskriminierungsfreien Lohn und den gleichen Lohn. Weitergehende Gerechtigkeitsziele (insbes. Leistungsgerechtigkeit, Marktgerechtigkeit) bleiben den Kollektivvertragssystemen überlassen.
4. Das *Mindestlohngesetz* zielt auf die *Auskömmlichkeit* des Lohns. Deshalb ist der Mindestlohn »absolut« zwingend, dh. auch im Verhältnis zu einem Arbeitnehmer mit ausreichender Verhandlungsmacht nicht abdingbar oder gestaltbar. Die Auskömmlichkeit wird im MiLoG nicht vertragsbezogen, sondern arbeitsbezogen definiert: Man soll von seiner Hände Arbeit (Vollzeitkontingent) leben können, man muss nicht unbedingt von einem einzigen Arbeitsvertrag leben können. Der Leitgedanke der Auskömmlichkeit strahlt auf die Gestaltungsspielräume im Umfeld der zwingend geregelten Lohnquantität aus: die Zulässigkeit und Begrenzung von qualitativen Lohngestaltungen. Er verlangt zudem einen zweckentsprechenden Begriff der Arbeitszeit.
5. Das *Gebot des sittengemäßen Lohns I* (§ 138 Abs. 1 BGB) zielt auf den auskömmlichen Lohn; es wird durch das MiLoG als spezieller Regelung verdrängt. Das *Gebot des sittengemäßen Lohns II* (§ 138 Abs. 2 BGB) schützt in einem Mindestumfang vor der unangemessenen Ausbeutung übermäßiger Markt-

bzw. Verhandlungsmacht. Der sittengemäße Lohn II kann ohne sachlichen Widerspruch neben dem gesetzlichen Mindestlohn fortbestehen. Er ist gestaltbar, wenn der Arbeitnehmer über ausreichende Verhandlungsmacht verfügt.

6. Paradigmatisch für das *Verbot des diskriminierenden Lohns* steht das Verbot der geschlechtsbedingten Entgeltdiskriminierung (Art. 157 AEUV, §§ 3, 7 EntgTrG). Der EuGH hat das Verbot, an das Geschlecht anzuknüpfen, zu einem Gebot einer sachgerechten Entgeltgestaltung zwischen den Geschlechtern aus- bzw. umgedeutet. Der Befund ungleicher Bezahlung von Mann und Frau begründet eine Vermutung für deren Geschlechtsbedingtheit, die entkräftet werden kann nicht mit dem Nachweis eines nicht geschlechtsbezogenen Grundes, sondern nur mit dem Nachweis eines nicht geschlechtsbezogenen »sachlichen« Grundes, der überdies nicht nur den Unterschied als solchen, sondern auch den Umfang des Lohnunterschiedes rechtfertigt. Der EuGH etabliert somit ein Gebot der sachgerechten Entgeltgestaltung zwischen Arbeitnehmern unterschiedlichen Geschlechts, das der Privatautonomie keinen Raum mehr lässt.
7. Das *Gebot des gleichen Lohns* findet neben einigen ausschnitthaften gesetzlichen Regelungen (§ 8 AÜG, § 4 Abs. 4 EntTrG) eine allgemeinere Ausprägung im richterrechtlichen Grundsatz der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung. Auch die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung ist an eine besondere Anwendungsvoraussetzung gebunden: dass der Arbeitgeber sich in einem objektiven Sinne »regelhaft« verhält. Die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung engt den Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers bei Entgeltregelungen implicite schon hinsichtlich des Leistungszwecks ein, der nicht willkürlich, sondern sachlich sein muss. Sodann bewertet und entscheidet sie über den Regelcharakter des arbeitgeberischen Entlohnungsverhaltens. Schließlich ergänzt, korrigiert oder substituiert sie, wo sachlich geboten, die arbeitgeberische Lohnregel.