

2. Teil: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht – Eine Bestandsaufnahme

§ 5 Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsätze

Im deutschen und europäischen Privatrecht finden sich zahlreiche Ausprägungen eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Daran, dass es diese Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht gibt, bestehen seit *Ludwig Raisers* viel rezipiertem Beitrag von 1948¹ kaum noch Zweifel. *Götz Hueck* hat die „Hauptfälle privatrechtlicher Gleichbehandlung“ 1958 erstmals umfassend untersucht.² *Franz Bydlinski* hat sie kurz darauf in das österreichische Recht „übersetzt“³. Seitdem werden allgemeine Gleichbehandlungsfälle in Rechtsprechung und Schrifttum intensiv diskutiert. Jüngstes Beispiel der ungebrochenen Faszination allgemeiner Gleichbehandlungspflichten ist *Friedemann Kainers* im Jahr 2011 vorgelegte Habilitationsschrift.⁴ Gemeinsam ist seiner und meiner Arbeit, dass wir beide nicht versucht haben, ein „Kompendium für jedes mögliche Einzelproblem zivilrechtlicher Gleichbehandlungspflichten“⁵ vorzulegen.

Jedenfalls meine Untersuchung bezweckt etwas anderes: Es geht mir anhand breit ausgewählter Referenzgebiete darum, „das Verhältnis zwischen der unbestreitbar bestehenden Privatautonomie und den ebenso zweifellos bestehenden Gleichbehandlungspflichten zwischen Privaten zu klären.“⁶ Das Ziel der folgenden Analyse ist es, die jeweiligen Strukturprinzipien von allgemein anerkannten und etablierten allgemeinen Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht herauszuarbeiten. Darauf aufbauend wird in § 7 I untersucht, ob sich daraus ein gemeinsames Strukturprinzip gewinnen lässt. Nach einer jeweils notwendigen Begriffsklärung erfolgt eine Analyse, die sich im Kern auf fünf Fragestellungen beschränkt: (1.) Welches sind Inhalt und Rechtsfolgen des jeweiligen Gleichbehandlungsgrundsatzes? (2.) Wie wird die normative Geltung der Gleichbehandlung angesichts der – für die Zwecke dieser Untersuchung unterstellten – Präponderanz der Freiheit im Einzelnen begründet? (3.) Wo wird der Konflikt zwischen privatautonomen Handeln und der Pflicht zur gleichen Behandlung dogmatisch

¹ Raiser, ZHR (111) 1948, 75 ff; dazu oben § 4 I 1.

² Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 22 ff; dazu oben § 4 I 3.

³ Vgl. Bydlinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 8.

⁴ Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II-IV und § 5 II-III.

⁵ Zutreffend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 1 II.

⁶ Bydlinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 8 f.

verortet: (a) bei der Festlegung des Anwendungsbereichs, (b) dem Tatbestand der ungleichen Behandlung oder (c) auf der Rechtfertigungsebene?

I. Allgemeines Gleichbehandlungsgebot im Arbeitsrecht

1. Kategorien von Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht

Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer gehört zu den wesentlichen Grundlagen des europäischen und des deutschen Arbeitsrechts.¹ Nach traditionellem Verständnis ist der Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht keine einheitliche Rechtsfigur. Man sieht darin vielmehr einen gemeinsamen Grundgedanken für drei unterschiedliche Kategorien von Gleichbehandlungspflichten des Arbeitgebers: (1.) dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, (2.) Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverbote und (3.) Gleichstellungsmaßnahmen, Fördergebote oder positive Maßnahmen (*affirmative action*).² Alle drei Ausprägungen werden auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zurückgeführt, in Zweckbestimmung, Voraussetzungen und Rechtsfolgen aber deutlich unterschieden.³ Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist ein Gleichbehandlungsgebot: Der einzelne Arbeitnehmer hat einen Anspruch darauf, vom Arbeitgeber wie andere, vergleichbare Arbeitnehmer behandelt zu werden, es sei denn, die vorgenommene Differenzierung ist aufgrund sachlicher Merkmale gerechtfertigt. Eine besondere Ausprägung dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes ist der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, der die Betriebsparteien (Arbeitgeber und Betriebsrat) zur Gleichbehandlung verpflichtet.⁴ Eine dritte – hier nicht weiter behandelte – Kategorie bildet die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG auf Tarifverträge.⁵ Diskriminierungsverbote sind dagegen Unterscheidungsverbote: Sie verlangen vom Arbeitgeber bzw. den Betriebsparteien⁶ keine allgemeine Gleichbehandlung, sondern verbieten es ihnen, Entscheidungen von bestimmten Kriterien abhängig zu machen. Diese Kriterien können grundsätzlich kein sachlicher Grund für eine Differenzierung mehr sein.⁷ Mit positiven Maßnahmen werden neue Rechte geschaffen, die über die Unterscheidungsverbote hinausreichen. Arbeitsrechtliche Fördergebote

1 Preis, Arbeitsrecht, 2012, 432.

2 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 5 f; Kocher, RdA 2002, 167, 168 ff; Preis, Arbeitsrecht, 2012, 434 ff.

3 Preis, Arbeitsrecht, 2012, 437 f; Thüsing in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 Rn. 184; anders aber Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 7 und 8 (dazu gleich im Text).

4 Vgl. BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774.

5 Dazu näher Dieterich, RdA 2005, 177, 179 ff; Fastrich, FS Richardi, 2007, 127 ff.

6 Zur unmittelbaren Bindung der Betriebsparteien an die Richtlinie 2000/78/EG siehe EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – Odar/Baxter Deutschland GmbH = Slg. 2012, I-(n.v.), Rn. 34; dazu Grünberger/Sagan, EuZA 2013, 324 ff.

7 Dazu näher unten § 6 I.

haben das Ziel, strukturelle Benachteiligungen bestimmter Gruppen zu verhindern oder auszugleichen, um eine volle Gleichstellung bisher benachteiligter Gruppen effektiv zu gewährleisten (vgl. Art. 157 Abs. 4 AEUV).⁸ Bestimmte Gleichstellungsmaßnahmen können⁹ mit dem Verbot der unmittelbaren Diskriminierung kollidieren, wenn ein Mitglied der strukturell benachteiligten Gruppe wegen seiner Zugehörigkeit zu dieser Gruppe (Frau) im Vergleich zu einem Nicht-Gruppenmitglied (Mann) gerade wegen eines verbotenen Merkmals (Geschlecht) bevorzugt wird.¹⁰

Das Verhältnis dieser drei Konstellationen von Gleichbehandlungspflichten zueinander wird nicht einhellig beurteilt. *Herbert Wiedemann* spricht von der „Dichotomie der Gleichheitssätze“ im Arbeitsrecht¹¹ und sieht die drei Kategorien geprägt von unterschiedlichen Ansätzen und Inhalten, von unterschiedlicher Rechtsanwendung und von Unterschieden in der Darlegungs- und Beweislast.¹² *Ulrich Preis* sieht in ihnen jeweils Ausprägungen eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes,¹³ weshalb Merkmale, die von einem Diskriminierungsverbot erfasst sind, niemals ein sachlicher Differenzierungsgrund innerhalb des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs sein könnten.¹⁴ *Lorenz Fastrich* trennt ganz strikt zwischen Gleichbehandlung und den Diskriminierungsverboten, die er irreführend „Gleichstellungspflichten“ nennt.¹⁵ Ähnlich differenziert *Friedemann Kainer*, indem er den allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch als „Instrument zur Gewährleistung der ausgleichenden Gerechtigkeit“ versteht, während spezifische Gleichbehandlungspflichten distributiver Natur seien und als solche „eigenständigen Charakter haben“.¹⁶ Dagegen betont *Reinhard Singer* die strukturellen Gemeinsamkeiten und unterscheidet lediglich bei den anzuwendenden Prüfungsmaßstäben bei der Rechtfertigung.¹⁷ Die Überzeugungskraft dieser Ansätze interessiert hier noch nicht, weil es nur auf eine Beschreibung des *status quo* ankommt. Das deutsche Arbeitsrecht kennt also einen

8 Näher *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 121 ff.

9 Zutreffend *Schick* in: *Schick*, AGG, § 5 Rn. 2 f. Zu eng ist es, wenn positive Maßnahmen auf die Fälle der „umgekehrten Diskriminierung“ reduziert werden; so aber *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2008, § 3 Rn. 116 f.; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 8 Rn. 45.

10 Dazu grundlegend EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051; EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* = Slg. 1997, I-6363; näher *Colneric*, ArbRGewg 1997, 69 ff.; *Charpentier*, 4 E.L.J. 167 (1998); *Schick*, 4 E.L.J. 148 (1998).

11 *Wiedemann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 266.

12 *Wiedemann*, RdA 2005, 193, 194.

13 *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 438 f.

14 *Preis* in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 591.

15 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 66 ff.; dem zustimmend *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 326 f.; zutreffend dagegen *Kocher*, RdA 2002, 167, 168 ff., die auf die Unterschiede zwischen Diskriminierungsverboten und Gleichstellungspflichten hinweist.

16 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 8. Eingehend zur Einordnung der Gleichbehandlungsgebote in die Modelle der ausgleichenden und verteilenden Gerechtigkeit bei *Kainer* unten § 8 II 2.

17 *Singer*, GS Zachert, 2010, 341, 352 f.

allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch als einen Anwendungsfall allgemeiner Gleichbehandlungsansprüche.¹⁸ Die Diskriminierungsverbote und Fördergebote behandelt es dagegen als Teil des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts.¹⁹

Während die intensive Entfaltung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs für das deutsche Arbeitsrecht typisch ist,²⁰ stand und steht auf europäischer und internationaler Ebene die Entwicklung von (besonderen) Diskriminierungsgeboten²¹ im Vordergrund.²² Im aktuellen europäischen Arbeitsrecht trifft man auf den Grundsatz der Gleichbehandlung im Wesentlichen nur in seinem Aspekt als Diskriminierungsverbot bzw. als Fördergebot.²³ Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz bietet keine belastbaren Anhaltspunkte, um von einem existierenden Grundsatz des Unionsrechts ausgehen zu können. Im *Arbeitsrecht* ist also noch kein unionsrechtliches Pendant zum nationalen allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz etabliert.²⁴

2. Inhalt und Rechtsfolgen

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz dem Arbeitgeber²⁵, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln.²⁶ Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet nach ganz überwiegender Auffassung nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb der Gruppe (Gleichbehandlung beim Normvollzug), sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung

18 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 58 ff, 232 ff.

19 Dazu unten § 6.

20 Dazu oben § 4 I.

21 Dazu oben § 4 II 2 und 3.

22 *Wiedemann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265.

23 Dazu *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, 2007, 220 ff; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2008, § 3 Rn. 1 ff; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 8 Rn. 1 ff.

24 So auch *Oetker* in: *MünchArB*, § 10 Rn. 28; in der Sache wohl auch *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 439 f.

25 Zum Unternehmensbezug grundlegend BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608 ff; aA *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 334 f, wobei unklar bleibt, ob er sich gegen die Unternehmensbezogenheit generell wendet oder sich lediglich auf die – davon zu unterscheidende – Frage der Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern in verschiedenen Betrieben bezieht. Verneint wird ein konzernweiter Geltungsbereich, BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität; BAG AP Nr. 30 zu *BetrVG* 1972 Betriebsvereinbarung = NZA 2007, 1187 Rn. 28. Zum Ganzen näher *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 5 a) aa).

26 Vgl. dazu BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608; BAG AP Nr. 207 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2009, 1202 Rn. 11; BAG NZA 2010, 561 Rn. 44; zuletzt beispielsweise BAG v. 21.8.2012, 3 AZR 81/10 Rn. 24 (zitiert nach *juris*).

(Gleichbehandlung bei der Normaufstellung).²⁷ Der Gleichbehandlungsgrundsatz bewirkt, dass der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von ihnen aus unsachlichen oder sachfremden Gründen weder von einer Begünstigung ausschließen noch besonders belasten darf.²⁸ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist also nur dann verletzt, wenn die Differenzierung nicht sachlich gerechtfertigt ist.²⁹

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hängen von der gleichheitswidrigen Maßnahme ab. Handelt es sich um eine den Arbeitnehmer benachteiligende einseitige Maßnahme des Arbeitgebers (Kündigung, Leistungsbestimmungsrecht, Weisungsrecht), ist die Maßnahme unwirksam. Methodisch wird das vielfach mit § 134 BGB begründet.³⁰ Im Anwendungsbereich des Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB und des Weisungsrechts nach § 106 GewO könnte man dieses Ergebnis über § 315 Abs. 3 BGB erzielen, wenn man die Beachtung der Gleichbehandlungspflicht mit dem billigen Ermessen gleichsetzt.³¹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist in beiden Fällen eine Ausübungsschranke vertraglicher Rechte des Arbeitgebers. Er hat eine rechtsbegrenzende Wirkung.³²

Begünstigt der Arbeitgeber eine Gruppe von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund, gibt es mehrere Entscheidungsmöglichkeiten:³³ Der Rechtsverstoß könnte entweder dazu führen, dass der begünstigten Gruppe ihr Vorsprung genommen wird, dass die ungleich behandelte Person so wie die begünstigte Gruppe behandelt wird („Anpassung nach oben“) oder dass für beide Gruppen eine neue, gemeinsame Regelung gilt. Wählt man eine Anpassung nach oben, stellt sich die Frage, ob sie nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit erfolgt. Nach ständiger Rechtsprechung kann der benachteiligte Arbeitnehmer im Regelfall verlangen, für die Vergangenheit nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmer behandelt zu werden.³⁴ Das dient der effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs, weil dem einzelnen Arbeitnehmer ein Anreiz zur Klageerhebung gesetzt wird.³⁵ Eine Gleichbehandlung, die der begünstigten Gruppe den gewährten Vorteil entzieht, stößt dagegen auf rechtliche Grenzen (Bestandsschutz und Vertrauensschutz der Arbeitnehmer).³⁶ Die Möglichkeiten des Arbeitgebers, eine

27 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862 Rn. 19; BAG NZA 2012, 37 Rn. 39.

28 Vgl. BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862 Rn. 19.

29 Statt vieler BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15.

30 Joussen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 281; Thüsing in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 211.

31 Grundlegend dazu jetzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 6; dagegen Hueck, GS Dietz, 1973, 241 ff und Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 335 f.

32 Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 318 f.

33 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 82.

34 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15 mwN; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 606.

35 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 82 f.

36 Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 607.

Anpassung der Verträge oder der betrieblichen Übung mittels Änderungskündigung zu erreichen, wenn die Gleichstellung des benachteiligten Arbeitnehmers mit erheblichen Kosten verbunden ist, sind beschränkt.³⁷ Daher bleibt regelmäßig nur die „Anpassung nach oben“.

Weil der Arbeitgeber aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet ist, die Rechtsbeeinträchtigung des ungleich behandelten Arbeitnehmers zu beseitigen, kann man den Gleichbehandlungsanspruch als quasi-negatorischen Beseitigungsanspruch verstehen.³⁸ Daher ist der daraus folgende Leistungsanspruch ein Erfüllungs- und kein Schadensersatzanspruch.³⁹ Wer aufgrund des Gebots der Gleichbehandlung verlangen kann, so behandelt zu werden, als sei er Angehöriger einer begünstigten Gruppe, der hat einen Anspruch auf Erfüllung derjenigen Ansprüche, die der begünstigten Gruppe zustehen. „Auf andere Weise lässt sich die Gleichbehandlung nicht verwirklichen.“⁴⁰ Dem Gleichbehandlungsgrundsatz kommt daher – im Grundsatz auch für die Vergangenheit⁴¹ – eine anspruchserzeugende Wirkung zu.⁴²

3. Geltungsgrund

Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist gesetzlich nicht normiert. Das AGG regelt den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch gerade nicht und trägt seinen Namen insoweit zu Unrecht.⁴³ Das AGG hat ihn auch nicht abgeschafft.⁴⁴ In § 1b Abs. 1 S. 4 BetrAVG wird der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ vom positiven Recht in seiner anspruchsbestimmenden Wirkung anerkannt.⁴⁵ Im Bereich des Betriebsrentenrechts hat der

³⁷ Vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 = NJW 1987, 2687; näher Oetker in: Erfurter Kommentar, § 2 KSchG Rn. 65; Thüsing in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 214.

³⁸ Vgl. Richardi, ZfA 2008, 31, 41 (allerdings mit einem zu engen Verständnis des Beseitigungsanspruchs).

³⁹ BAG AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1993, 215, 219; Preis, Arbeitsrecht, 2012, 450; zur Frage, ob es auf das Verschulden des Arbeitgebers ankommt siehe Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 276; Richardi, ZfA 2008, 31, 41; differenzierend dazu Thüsing in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 213.

⁴⁰ BAG AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1993, 215, 219.

⁴¹ Joussen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 282; Thüsing in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 215; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 607. Zu Ausnahmen siehe BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 325 f mwN; BAG NZA 2010, 701 Rn. 61 und BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 217; BAG AP Nr. 200 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 221 Rn. 22. Schwierige Probleme entstehen, wenn die rückwirkende Gleichbehandlung den vom Arbeitgeber ursprünglich festgelegten Dotierungsrahmen einer freiwilligen Leistung sprengen würde; dazu Lieb, ZfA 1996, 319, 338 ff; Eckert, SAE 2003, 291, 294 ff; Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 276 und Hanau, FS Konzen, 2006, 233, 243 ff.

⁴² Vgl. Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 276; Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 318.

⁴³ Richardi, ZfA 2008, 31, 32.

⁴⁴ So aber Maier/Mehlich, DB 2007, 110 ff; dagegen zutreffend Hinrichs/Zwanziger, DB 2007, 574 ff; Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2008, § 2 Rn. 52a.

⁴⁵ Vgl. BAG NZA 2010, 701 Rn. 15; Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1122.

allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz daher kraft Gesetzes anspruchsbegründende Wirkung.⁴⁶ Im Übrigen ist man sich insgesamt einig, dass er als Rechtsprinzip gilt. Nur über seinen normativen Geltungsgrund konnte man bis jetzt noch keine Einigkeit erzielen.⁴⁷ Geht man von der Präponderanz der Freiheit aus, ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch legitimationsbedürftig:⁴⁸ Wie kann man es begründen, dass der Arbeitgeber in einem privaten Vertragsverhältnis zwischen formal gleichgestellten Vertragsparteien nicht willkürlich den einen oder anderen bevorzugen dürfe? Warum greift hier nicht der Grundsatz der Vertragsfreiheit? Warum zählt – vor allem für die in Tarif- oder Individualvertrag nicht vorgesehenen Leistungen – nicht ausschließlich der Wille des Arbeitgebers?

a) Klassische Begründungsansätze

Das Reichsarbeitsgericht leitete den Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Gewährung einer Leistung in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1938 „aus dem Gemeinschaftsleben im Betrieb, aus der darin wurzelnden gegenseitigen Treu- und Fürsorgepflicht des Betriebsführers“ ab, sofern daraus „konkrete Ordnungen“ erwachsen sind, die auch in feststehenden, tatsächlichen Handhabungen bestehen könnten.⁴⁹ Darin sind drei der klassischen Begründungsansätze bereits enthalten: die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (*Alfred Hueck*),⁵⁰ das Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses (*Götz Hueck*)⁵¹ und die Gleichbehandlung als Konsequenz des Vollzugs selbstgesetzter Normen (*Eduard Bötticher*).⁵² In der Begründung aus der Treuepflicht verwirklicht sich das allgemeine Dilemma generalklauselartiger Erklärungsansätze: ihre Inhaltsoffenheit.⁵³ Das Gemeinschaftsverhältnis kann allenfalls einen betriebsbezogenen Gleichbehandlungsgrundsatz erklären⁵⁴ und versagt, sobald man ihn unternehmensbezogen versteht.⁵⁵ Die These vom Normvollzug vermag nicht zu erklären, warum der Arbeitgeber auch bei der Normsetzung zur sachgemäßen Gruppenbil-

46 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324.

47 Siehe dazu *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 10 f; *Richardi* in: MünchArbR, § 9 Rn. 8 ff; eingehend jetzt auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, 317–336.

48 Pointiert *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 235.

49 RAG ARS 33, 172, 176. Zum geschichtlichen Kontext und den terminologischen Referenzen an den nationalsozialistischen Zeitgeist siehe bereits oben § 4 I.

50 Grundlegend *Hueck*, ARS 33 (1938), 179 ff.

51 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 127 ff, 238 ff (dazu bereits oben § 4 I 3); sowie jetzt auch *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 332 f (bezogen auf den Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgebots als Grenze des Weisungsrechts).

52 Grundlegend *Bötticher*, RdA 1953, 161 ff; *Bötticher*, RdA 1957, 317 ff; jetzt *Richardi*, ZfA 2008, 31, 34 f; *Richardi* in: MünchArbR, § 9 Rn. 11; zur Kritik siehe *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3 d).

53 Ebenfalls kritisch zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3 e).

54 So ausdrücklich *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 234 ff.

55 Weitere Kritikpunkte bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 3 b).

dung verpflichtet ist.⁵⁶ Stellt man heute die Frage nach dem Geltungsgrund, trifft man auf eine Kombination dieser Begründungen.⁵⁷ Es handle sich um verschiedene allgemeine Prinzipien,⁵⁸ die sich gegenseitig ergänzen und zu einem allgemeinen privatrechtlichen⁵⁹ Rechtsgrundsatz führten, nach dem Ungleichbehandlungen durch den Arbeitgeber zu verhindern seien.⁶⁰ Gerade weil seine Existenz mittlerweile unbestritten ist, begnügen man sich gerne mit dem Hinweis auf seine gewohnheitsrechtliche Geltung.⁶¹ Damit ist nicht viel gewonnen: Die gemeinsame Rechtsüberzeugung besteht nur darüber, *dass* es eine Pflicht zur Gleichbehandlung gibt, während man sich über ihre Ausgestaltung und ihre Grenzen uneins ist.⁶²

Neben den soeben genannten werden eine ganze Reihe genuin zivilrechtlicher Begründungsversuche vorgeschlagen: Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer sei „ein überpositiver, unmittelbar aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnder Rechtssatz“, der den einzelnen Arbeitnehmer vor der strukturellen Übermacht des Arbeitgebers schütze (*Raiser*).⁶³ Die Rückführung auf ein allgemeines, jeder Rechtsordnung immanentes Gerechtigkeitspostulat wurde zum klassischen Begründungstopos.⁶⁴ Dabei wird der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch regelmäßig als ein Anwendungsfall der austeilenden Gerechtigkeit aufgefasst.⁶⁵ Der Arbeitgeber steht mit mindestens zwei Personen in nebeneinander bestehenden Arbeitsverhältnissen und kann Begünstigungen und Belastungen unter diesen verteilen.⁶⁶ Daraus wird geschlossen, dass aus der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers ein Verbot der Ungleichbehandlung ihrer Adressaten folge (*Wiedemann*).⁶⁷ Dagegen wird eingewandt, die bloße Gestaltungskompetenz allein sei nur Minimalvoraussetzung einer Gleichbehandlungspflicht und könne diese daher nicht begründen.⁶⁸ Es bedürfe vielmehr zusätzlicher Kriterien, weil sich ansonsten immer eine Gleichbehandlungspflicht ergebe.⁶⁹ Diese wird vielfach mit einem Kontrahierungszwang und damit einer Pflicht zur Gleichbehandlung

⁵⁶ Zutreffend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 124 f; *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 17 f; *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 338 f.

⁵⁷ Siehe den Überblick bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3 g).

⁵⁸ *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 441.

⁵⁹ *Schmidt* in: Erfurter Kommentar, Art. 3 GG Rn. 29.

⁶⁰ *Joussen* in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 268; *Thüsing* in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 181.

⁶¹ *Boemke*, NZA 1993, 532, 536; *Müller-Glöge* in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1122; *Preis* in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 574.

⁶² *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 319.

⁶³ *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 85, 90, 93 f; *Raiser*, JZ 1959, 421, 422; dazu bereits oben § 4 I 1.

⁶⁴ Vgl. dazu die Nachweise bei *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 319 f.

⁶⁵ Vgl. die Nachweise bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 2 b).

⁶⁶ Dazu vertiefend *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 36 ff; *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 320 ff.

⁶⁷ *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001.

⁶⁸ *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 a).

⁶⁹ *Wolf*, FS *Raiser*, 1974, 597, 599; *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 156 f; *Hanau*, FS *Konzen*, 2006, 233, 238; *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 323 f.

im Ergebnis gleichgesetzt.⁷⁰ So formuliert, verengt diese Kritik den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser erlaubt nämlich Ungleichbehandlungen, soweit sie sachlich gerechtfertigt sind. Dem entgegengesetzt war der Vorschlag, die Gleichbehandlung als eine Form des privatrechtlichen Teilhabeanspruchs des Arbeitnehmers bei der Verteilung des Arbeitsergebnisses zu erklären (*Manfred Wolf*).⁷¹

b) Gleichbehandlung aufgrund von Selbstbindung

In jüngerer Zeit wurden zwei Ansätze zur normativen Grundlage des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes wiederbelebt. Nach dem ersten Ansatz sei Gleichbehandlung die Folge einer Selbstbindung des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis (*Hans Hanau, Thomas Raab*):⁷² Weil der Arbeitgeber die vertraglich geschuldeten Leistungen aller Arbeitnehmer beanspruche und seine Entscheidung, ihnen zusätzliche Vorteile zu gewähren, eine Form der Vergütung sei, müsse er sie daher auch gleich behandeln, wenn er dafür kollektive Maßnahmen einsetze.⁷³ *Raab*s Ansatz erklärt die „Pflicht zur Gleichbehandlung bei freiwilligen Leistungen“⁷⁴. Damit verfehlt er streng genommen die selbst gestellte Aufgabe. Nicht das Ergebnis – die Gleichbehandlung von vergleichbaren Arbeitnehmern – ist erkläруungsbedürftig. Gesucht wird nach dem Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes selbst. Dieser verpflichtet primär nur zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen; zur Gleichbehandlung erst dann, wenn kein sachlicher Grund gegeben ist. Das beruht auf dem klassischen Missverständnis, der Gleichbehandlungsgrundsatz sei identisch mit der erfolgsbezogenen Pflicht zur Gleichbehandlung.⁷⁵ *H. Hanau* fasst den Ansatz präziser und vermeidet daher diesen Vorwurf. Danach sei der Gleichbehandlungsanspruch eine mögliche Lösung eines multilateralen Interessenkonflikts zwischen Arbeitgeber und dem jeweiligen Arbeitnehmer (vertikale Ebene) und zwischen den Arbeitnehmern untereinander (horizontale Ebene).⁷⁶ Mit der kollektiven Maßnahme gehe der Arbeitgeber vom Verhandeln zum Behandeln über.⁷⁷ Das rechtfertige es, den Verteilungskonflikt im multilateralen Regelungsbereich mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu lösen, weil er insoweit der bilateralen Austauschgerechtigkeit im vertikalen Ver-

70 Exemplarisch *Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 238.

71 *Wolf*, FS *Raiser*, 1974, 597, 601.

72 *Hanau*, FS *Konzen*, 2006, 233, 239 ff; *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 339 ff (nur für freiwillige Leistungen).

73 *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 341.

74 *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 339.

75 Vgl. *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 340.

76 Darunter versteht *H. Hanau* das tatsächliche Nebeneinander (horizontale Dimension) der jeweiligen einzelnen Arbeitsverhältnisse (vertikale Ebene), *Hanau*, FS *Konzen*, 2006, 233, 239.

77 *Hanau*, FS *Konzen*, 2006, 233, 242.

tragsverhältnis als Gerechtigkeitsmaxime überlegen sei.⁷⁸ So weit kann das überzeugen. Problematisch daran ist aber, die Gleichheitsbindung „privatrechtskonform erst durch eigenes selbstbestimmtes Handeln“ herbeiführen zu wollen.⁷⁹ Damit teilt *H. Hanau* das Problem des *Bötticher'schen* Ansatzes: Bei der Normaufstellung besteht keine Gleichheitsbindung, weil der Arbeitgeber nur an dem festgehalten werde, was er „eigentlich gewollt, nur bislang nicht widerspruchsfrei umgesetzt“ habe.⁸⁰ Damit stellt er den „Gleichbehandlungsgrundsatz wieder teilweise zur Disposition des Arbeitgebers“⁸¹. Das ist eine neue Variante des alten Versuchs, Gleichheitskonstellationen ausschließlich freiheitsrechtlich zu lösen und ihnen dadurch auszuweichen.⁸² Das scheitert spätestens dann, wenn der Arbeitgeber an ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal anknüpft. Dann muss grundlegend anders verfahren werden.⁸³

c) Gleiche Behandlung als Forderung des Billigkeitsgebots

Ebenfalls eine Renaissance und Fortentwicklung erfahren hat der Vorschlag von *Alfred Söllner*, den Gleichbehandlungsanspruch aus den Generalklauseln, insbesondere aus dem Billigkeitsgebot des § 315 BGB, abzuleiten.⁸⁴ Der Versuch, den Grundsatz in zivilrechtlichen Generalklauseln zu verankern, kann freilich nur der erste Schritt sein, weil diese Normen ihrerseits wiederum konkretisierungsbedürftig sind.⁸⁵ Den zweiten Schritt ist in jüngerer Zeit *Friedemann Kainer* gegangen. Die normative Grundlage des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes sei „§ 106 GewO iVm § 315 BGB in direkter bzw. für Gesamtzusagen in analoger Anwendung“⁸⁶. *Kainer* konkretisiert die Billigkeit in § 315 BGB mit einem aus dieser Norm abzuleitenden Gleichbehandlungsprinzip.⁸⁷ Eine unterschiedliche Leistungsbestimmung bei im Übrigen gleichgelagerten Fällen begründe die Vermutung, „dass die Bestimmung in einer [sic!] der beiden Sachverhalte ‘falsch’, also unbillig ist.“⁸⁸ Könne diese „Indizwirkung“ nicht widerlegt – sprich: sachlich gerechtfertigt⁸⁹ – werden, sei die Maßnahme unbillig. Der (arbeitsrechtliche allgemeine) Gleichbehandlungsgrundsatz wird von *Kainer* als Variante der Inhaltskontrolle konzipiert. Diese sei in einem liberalen Privatrecht erlaubt, sobald an

⁷⁸ *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 241 f.

⁷⁹ Deutlich *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 244.

⁸⁰ *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 243.

⁸¹ *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3 g).

⁸² Vgl. dazu bereits oben § 4 I 5.

⁸³ Konzediert von *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 246.

⁸⁴ *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmungen im Arbeitsverhältnis, 1966, 135 f; vgl. auch BAG AP Nr. 1 zu § 305 BGB – Billigkeitskontrolle; dagegen *Hueck*, GS Dietz, 1973, 241, 251 ff.

⁸⁵ *Wolf*, FS Raiser, 1974, 597, 600 f.

⁸⁶ *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 b).

⁸⁷ *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 a) aa).

⁸⁸ *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 b) bb).

⁸⁹ *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 b) cc).

der inhaltlichen Richtigkeit eines privatautonomen Leistungsaustauschs⁹⁰ Zweifel bestünden. Diese Richtigkeitsgewähr fehle bei einseitigen Zuweisungen von Rechten und Pflichten durch den Arbeitgeber.⁹¹ Die Missachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stelle „ein starkes Indiz für eine unrichtige Verteilung von Rechten und Pflichten in einem Vertragsverhältnis dar, deren rechtliche Anerkennung bei einseitigen Leistungsbestimmungen mangels material freier Zustimmung des Arbeitnehmers zu versagen ist.“⁹² Man kann *Kainers* These mit dem Satz reformulieren: Die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung *ist* eine unbillige Behandlung. Dann wird noch deutlicher, dass *Kainer* letztlich die Billigkeit mit der Gleichbehandlungspflicht *ersetzt*. Er selbst sagt an anderer Stelle zutreffend, dass „das Recht auf einseitige Leistungsbestimmungen mit einem Gleichbehandlungsgrundsatz reagiert“.⁹³ Es gibt also auch bei *Kainer* kein Entrinnen aus dem Gleichheitsdenken.⁹⁴

d) Grundrechtswirkung

Warum also Gleichbehandlung im Arbeitsrecht? Seit 1949 könnte man antworten: wegen Art. 3 Abs. 1 GG. Es lag daher nahe, den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch auch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG herzuleiten, jedenfalls dann, wenn man von dessen unmittelbarer Anwendbarkeit im Arbeitsrecht ausgeht (*Hans Carl Nipperdey*).⁹⁵ Das konnte sich (zunächst) nicht durchsetzen. Art. 3 Abs. 1 GG dürfte aus den bekannten Gründen⁹⁶ nicht Rechtsgrundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sein. Das hat bereits *Götz Hueck* 1958 so gesehen⁹⁷ und damit die weitere Diskussion entscheidend geprägt.⁹⁸ Der Arbeitgeber, so die herkömmliche Auffassung, ist Privatrechtssubjekt und nicht selbst Grundrechtsverpflichteter.⁹⁹ Umstritten ist daher auch, ob mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsan-

90 *Kainer* greift maßgeblich auf die Konzeption der Vertragsfreiheit von *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 zurück, siehe *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 III 2.

91 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 a).

92 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 a).

93 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5.

94 Siehe dazu auch unten § 5 IX 2.

95 *Nipperdey*, FS *Molitor*, 1962, 31 f; dazu näher oben § 4 I 2 b).

96 Dazu oben § 4 I 2 c).

97 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 95 ff; zum Kontext oben § 4 I 3.

98 *Richardi* in: *MünchArB*R, § 9 Rn. 8; zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3: „Als sicher darf nur gelten, dass jedenfalls Art. 3 GG nicht unmittelbar anzuwenden ist und damit als normative Grundlage des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots ausscheidet“.

99 *Fastrich*, *Rda* 2000, 65, 70; *Hanau*, FS *Konzen*, 2006, 233, 244; *Schmidt* in: *Erfurter Kommentar*, Art. 3 GG Rn. 29; zwischen Weisungsrecht und freiwilligen Leistungen differenzierend jetzt *Raab*, FS *Kreutz*, 2010, 317, 333 f, 336 f.

spruch eine Schutzwürdigkeit des Staates vor Ungleichbehandlungen des Arbeitgebers erfüllt wird.¹⁰⁰

Von Art. 3 Abs. 1 GG geht dennoch eine Faszination aus. Wenn der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, liegt es nahe, ihn mit Art. 3 Abs. 1 GG in Zusammenhang zu bringen. Das sah auch Götz Hueck so:

„In seiner Eigenschaft als allgemeiner Rechtsgrundsatz ist der Gleichheitssatz des Art. 3 GG auch als Grundlage der Gleichbehandlung im Privatrecht anzuerkennen. Der privatrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz stellt sich in diesem Zusammenhang als spezielle Anwendungsform des allgemeinen Gleichheitssatzes in einem besonderen Rechtsgebiet, dem Privatrecht, dar. Aus dem Zusammenhang mit Art. 3 GG können allerdings nur die grundsätzliche Geltung und Rechtsverbindlichkeit des Gleichbehandlungsprinzips im allgemeinen entnommen werden [...] die eigentliche Rechtsgrundlage der Gleichbehandlung im Privatrecht, die besonderen Elemente, die im einzelnen für ihre Geltung maßgebend sind, ergeben sich daraus jedoch noch nicht.“¹⁰¹

Man spürt dem Text an, wie schwierig es war, sich dem Klingsor'schen Zaubergarten des Art. 3 GG zu entziehen: Einerseits ist Art. 3 GG Grundlage der Gleichbehandlung. Weil aber andererseits nicht sein kann, was nicht sein darf, ist Art. 3 GG nicht die *eigentliche* Rechtsgrundlage. Der Versuch, den Geltungsgrund doch aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleiten, könnte nur „auf den allerersten, ganz oberflächlichen Blick aussichtsreich“ erscheinen.¹⁰² Das Bundesarbeitsgericht scheint das in den letzten Jahren anders zu sehen, weil es vermehrt auf Art. 3 GG Bezug nimmt. Es hat den Inhalt des betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG) auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zurückgeführt, weil dieser Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens im Grundgesetz und fundamentales Rechtsprinzip sei.¹⁰³ Das ist bei § 75 BetrVG naheliegend, weil diese Norm Privatrechtsakteure unmittelbar auch an die in Art. 3 Abs. 1 GG festgelegten Wertentscheidungen bindet.¹⁰⁴ In einer Entscheidung über arbeitsrechtliche Gleichbehandlungspflichten des Landes Nordrhein-Westfalen setzte das Bundesarbeitsgericht den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz inhaltlich völlig mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gleich.¹⁰⁵ Das ist wegen der prinzipiellen Grundrechtsbindung des Staates (Art. 1 Abs. 3 GG)¹⁰⁶ verfassungsrechtlich unproblematisch. Ausgehend vom klassischen Verständnis bleibt eine Rückführung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Verfassung schwierig.

100 Verneinend Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 176; bejahend Singer, GS Zachert, 2010, 341, 352 ff.

101 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97f (Hervorhebung hinzugefügt); dazu oben § 4 I 3.

102 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 99.

103 BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774; BAG NZA 2010, 701 Rn. 29.

104 Schmidt in: Erfurter Kommentar, Art. 3 GG Rn. 60.

105 BAG AP Nr. 149 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1998, 438.

106 Dazu näher Höfling in: Sachs, GG, Art 1. Rn. 91 ff mwN.

Der private Arbeitgeber ist gerade nicht Grundrechtsadressat und eine dem § 75 BetrVG entsprechende Transformationsnorm fehlt im Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das Bundesarbeitsgericht geht mittlerweile in ständiger Rechtsprechung trotzdem davon aus, dass der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlunggrundsatz „inhaltlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt wird.“¹⁰⁷ Nimmt man das ernst, bedeutet die inhaltliche Orientierung der arbeitsrechtlichen Regelungsträger an den Maßstäben des Art. 3 Abs. 1 GG, dass die vom Bundesverfassungsgericht ausgearbeiteten Differenzierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes – je nach dem Regelungsgegenstand – auch im Arbeitsrecht zu beachten sind.¹⁰⁸ Wir hätten es dann mit einem privatrechtlichen Rechtssatz zu tun, dessen Inhalt vom Verfassungsrecht bestimmt wird, der aber nicht Ausdruck einer unmittelbaren Drittwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG sein soll.¹⁰⁹ Die Fragwürdigkeit solcher Erklärungsversuche hängt mit dem von Günter Dürig verbreiteten Missverständnis zusammen, wonach eine Privatrechtsgeltung des Art. 3 Abs. 1 GG den Privatrechtsakteur wie einen staatlichen Akteur behandelt.¹¹⁰ Methodisch überzeugender ist es, darin in der Sache eine Begründung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs aus Art. 3 Abs. 1 GG zu sehen.¹¹¹ Beispielhaft dazu formuliert der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts:

„Diese besondere gesetzliche Erwähnung wie der ungeschriebene allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Arbeitsrechts sind Anwendungsfälle des allgemeinen Gleichheitssatzes, der als Grundrecht des Einzelnen in Art. 3 Abs. 1 GG zunächst gegenüber dem Staat garantiert ist, aber darüber hinaus als selbsterklärender und ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Bereichen und für alle Personengemeinschaften gilt.“¹¹²

Ganz prägnant drückt sich der Senat in jüngeren Entscheidungen aus:

„Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist die privatrechtliche Ausprägung des in Art. 3 Abs. 1 GG statuierten Gleichheitssatzes.“¹¹³

Die „privatrechtliche Ausprägung“ von Art. 3 Abs. 1 GG ist grundrechtsdogmatisch nichts anderes als die Erfüllung einer staatlichen Schutzpflicht.¹¹⁴ Konzipiert man den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz so, wird der maßgebliche Konflikt zwischen Gleichheit und Vertragsfreiheit sofort sichtbar. Daher ist die Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrechtsver-

¹⁰⁷ BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608; BAG NZA 2010, 273 Rn. 29; BAG NZA 2010, 561 Rn. 44; weitere Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 54.

¹⁰⁸ Wiedemann, Rda 2000, 97, 98; konsequent auch Singer, GS Zachert, 2010, 341, 355 ff.

¹⁰⁹ So Schmidt in: Erfurter Kommentar, Art. 3 GG Rn. 29.

¹¹⁰ Dazu oben § 4 I 2 c).

¹¹¹ IE auch Reichold, ZfA 2006, 257, 265.

¹¹² BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324.

¹¹³ BAG NZA-RR 2010, 541 Rn. 39; BAG v. 21.8.2012, 3 AZR 81/10, Rn. 23 (juris).

¹¹⁴ Zuletzt Singer, GS Zachert, 2010, 341, 352 ff.

hältnis der eigentliche normative Geltungsgrund und der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch die Konkretisierung der dadurch hervorgerufenen Grundrechtskollision.¹¹⁵ Dieses Verhältnis muss ohnehin geklärt werden, „ob man nun mit oder ohne Art. 3 GG gleich behandelt.“¹¹⁶ Der Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz wird beim allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz methodisch gelöst: Der Vorrang der Vertragsfreiheit wird sichergestellt, indem man die sachlichen Tatbestandsvoraussetzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes einschränkt.¹¹⁷

4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung

a) Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz setzt voraus, dass der Arbeitgeber (1.) einen oder mehrere Arbeitnehmer ungleich behandelt, ohne dass dafür (2.) ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn der Arbeitgeber (a) innerhalb eines *bestehenden Rechtsverhältnisses*¹¹⁸ (b) eine *Maßnahme mit kollektivem Bezug* trifft und dabei (c) einen oder eine Gruppe von Arbeitnehmern *anders behandelt* als vergleichbare Arbeitnehmer. Die hier kursiv gesetzten Tatbestandsmerkmale erlauben eine Berücksichtigung privatautonomer Entscheidungen des Arbeitgebers. Dabei macht es einen Unterschied, wo man sie methodisch verankert. Merkmale (a) und (b) definieren zugleich den sachlichen Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das ermöglicht es dem Rechtsanwender, mit Bereichsausnahmen zu operieren. Ist eine Bereichsausnahme einschlägig, kommt es gar nicht erst zur Prüfung einer Ungleichbehandlung und ihrer möglichen Rechtfertigung. Die Präponderanz der Freiheit wäre damit auch rechtsdogmatisch gewahrt.

(1) Berücksichtigung der Vertragsabschlussfreiheit

Erster Testfall im Konflikt zwischen der Autonomie des Arbeitgebers und dem Gleichbehandlungsanspruch ist die Einstellung. Der Arbeitgeber darf dabei nicht nach den in § 1 AGG genannten Kriterien diskriminieren, § 7 AGG. Insoweit haben die Diskriminierungsverbote Vorrang vor der Vertragsabschlussfreiheit. Nach herrschender Auffassung gilt dieser Vorrang nicht für den allgemeinen

¹¹⁵ Vgl. zur Begründung unten § 8 IV.

¹¹⁶ Singer, GS Zachert, 2010, 341, 352.

¹¹⁷ Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 125.

¹¹⁸ Darunter fallen auch Ruhestandsverhältnisse, vgl. BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321; Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 192.

Gleichbehandlungsanspruch.¹¹⁹ Dieser sei auf Einstellungsmodalitäten nicht anzuwenden und kann daher nicht Anspruchsgrundlage für den Abschluss eines – weiteren befristeten oder unbefristeten – Arbeitsvertrags sein.¹²⁰ Insoweit hat also die Vertragsabschlussfreiheit des Arbeitgebers Vorrang.¹²¹ Besteht ein Arbeitsverhältnis und bietet der Arbeitgeber im Rahmen eines Personalabbaus bestimmten Arbeitnehmern einen Aufhebungsvertrag an, soll darin nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts keine Maßnahme mit kollektivem Bezug¹²² liegen. Obwohl sich der Arbeitgeber zu einer *invitatio ad offerendum* an eine nach bestimmten Merkmalen definierte Gruppe der Arbeitnehmer entschieden habe, beruhe der nachfolgende Vertragsschluss auf einer individuellen Entscheidung des Arbeitgebers. Seine Entscheidung, welchen Mitarbeitern er im Rahmen der Maßnahme die Aufhebung ihrer Arbeitsverhältnisse anbiete, bleibe wegen des Prinzips der Abschlussfreiheit unbeschränkt.¹²³ Aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergibt sich auch keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Verlängerung eines wirksam sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags. § 14 Abs. 2 TzBfG erlaubt es dem Arbeitgeber, frei und ohne Bindung an sachliche Gründe entscheiden zu können, ob er den befristet beschäftigten Arbeitnehmer nach Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit weiterbeschäftigt.¹²⁴ Gerade weil § 14 Abs. 2 TzBfG es dem Arbeitgeber ermöglicht, sich bei Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes von einem Arbeitnehmer zu trennen, kann eine Rechtfertigungspflicht nicht über den Gleichbehandlungsgrundsatz gleichsam durch die „Hintertür“ eingeführt werden.

Der Vorrang der Vertragsfreiheit wird herkömmlicherweise damit begründet, dass erst mit Einstellung das Rechtsverhältnis begründet werde, aus dem die Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers folgten.¹²⁵ Besteht bereits ein Rechtsverhältnis, beispielsweise ein Ausbildungsverhältnis, ist folglich anders zu entscheiden. Der Auszubildende ist Betriebsangehöriger und hat daher einen Anspruch auf eine willkürfreie Übernahmeentscheidung des Arbeitgebers aus § 75 Abs. 1 BetrVG.¹²⁶ Verlängert der Arbeitgeber die befristeten Verträge vergleichbarer Arbeitnehmer vor Ablauf der Befristung, besteht ebenfalls noch ein Rechtsverhältnis.

119 Statt aller *Preis* in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 311.

120 Zum Streitstand BAG NZA 2009, 27 Rn. 22. Das BAG hat die Frage offen gelassen.

121 BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität.

122 Kritisch zu diesem Merkmal *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 d) aa): „Wurmfortsatz der unklaren dogmatischen Ableitung“.

123 BAG NZA 2010, 273 Rn. 30; BAG NZA 2010, 561 Rn. 46.

124 BAG NZA 2009, 27 Rn. 22 f; zum Ganzen näher *Strecker*, RdA 2009, 381 ff.

125 BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität; grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 234 f; *Thüsing* in: *Hensler/Willemsen/Kalb*, ArbR, § 611 BGB Rn. 192 mwN; kritisch zu dieser Begründung mit Recht *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 24 f.

126 BAG AP Nr. 2 zu § 17 BBIG = NZA 1985, 329, 330 f; im Grundsatz von BVerfGE 86, 122 bestätigt, lediglich hinsichtlich der konkreten Abwägung aufgehoben.

nis zwischen ihm und dem Arbeitnehmer, dessen noch laufender Arbeitsvertrag nicht verlängert wurde.¹²⁷

Nach meiner Auffassung lässt sich der Vorrang der Vertragsabschlussfreiheit und der dogmatische Unterschied in der Handhabung der Diskriminierungsverbote allerdings überzeugender mit dem Verständnis des Gleichbehandlungsgrundsatzes als privatrechtliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes erklären. Bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses hat die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers aufgrund einer ordnungspolitischen Wertung Vorrang. Niemand ist besser geeignet als der Arbeitgeber, darüber zu entscheiden, wer als Mitarbeiter für sein Unternehmen geeignet ist, wen er einstellt und wessen befristete Verträge er verlängert. Diese in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit setzt sich daher im Ergebnis gegen den Gleichheitssatz durch.¹²⁸ Macht der Arbeitgeber allerdings seine Entscheidung an Merkmalen fest, die nach Auffassung der Rechtsordnung in keinem sachlichen Zusammenhang dazu stehen *sollen*, setzen sich Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG gegen Art. 12 GG durch.¹²⁹ Diese unterschiedliche Wertung erklärt möglicherweise die unproblematische Akzeptanz des allgemeinen Gleichbehandlungsanspruchs und den Widerstand, den die Einführung des § 611a BGB aF hervorrief¹³⁰.

Damit ist allerdings noch nichts über den methodischen Standort gesagt, an dem diese Kollision aufzulösen ist. Rechtsprechung und Lehre sind im Wesentlichen übereinstimmend der Auffassung, dass bereits der sachliche Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht eröffnet sei. Ist allerdings ein Diskriminierungsverbot einschlägig, müssen sie genau vom Gegenteil ausgehen. Dogmatisch zwingend ist diese unterschiedliche Behandlung freilich nicht. Man könnte die Vertragsbegründungsfreiheit in beiden Fällen methodisch auch auf Rechtfertigungsebene verankern. Dazu ein Beispiel: Die Arbeitnehmerin, die zusammen mit elf weiteren Frauen nach § 14 Abs. 2 TzBfG befristet als Fachassistentin im Außendienst der ARGE Hamburg zur Feststellung und Aufdeckung von Leistungsmissbrauch eingesetzt wurde und die im Unterschied zu den anderen kein Angebot auf Vertragsverlängerung erhielt,¹³¹ wurde im Vergleich zu ihren Kolleginnen ungleich behandelt. Die Gründe dieser Ungleichbehandlung spielen erst auf Rechtfertigungsebene eine Rolle. Dort ist zwischen dem allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch und den Diskriminierungsverboten zu unterscheiden. Solange lediglich eine allgemeine Ungleichbehandlung vorliegt, ist sie wegen § 14 Abs. 2 TzBfG gerechtfertigt: Danach muss der Arbeitgeber keine

127 Strecker, RdA 2009, 381, 383.

128 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 26.

129 AA Büddecker, Die Rechtsprechung des BAG zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, 2002, 198 ff.

130 Dazu oben § 4 II 3 b).

131 BAG NZA 2009, 27.

sachlichen Gründe für seine Entscheidung vorweisen. Diese Norm bewirkt, dass die Rechtfertigungsanforderungen an den sachlichen Grund „auf Null“ heruntergefahren werden. Sobald allerdings ein besonderes Diskriminierungsverbot betroffen ist, steigen die Rechtfertigungsanforderungen erheblich. Hätte die ARGE Hamburg den Vertrag wegen des Geschlechts der Arbeitnehmerin nicht verlängert, wäre *dieselbe* Ungleichbehandlung (Nichtverlängerung des Vertrages) wegen § 7 Abs. 1 AGG grundsätzlich nicht mehr gerechtfertigt. Daraus könnte man auch methodische Konsequenzen ziehen und von einem einheitlichen Gleichbehandlungstatbestand ausgehen.¹³²

(2) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsbeendigungsfreiheit?

Zweiter Testfall ist die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers. Auch hier gilt, dass eine Kündigung, die gegen das Diskriminierungsverbot des § 1 AGG verstößt, unwirksam ist. Unklar ist lediglich, wie dieses Ergebnis wegen § 2 Abs. 4 AGG zu begründen ist.¹³³ Dagegen findet der allgemeine Gleichbehandlungsanspruch nach herkömmlicher Auffassung keine Anwendung.¹³⁴ Daran ist richtig, dass eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung im Regelfall eine Einzelmaßnahme ist und es daher am kollektiven Bezug fehlt.¹³⁵ Der Arbeitnehmer kann nicht einwenden, die Kündigung sei sozial unwirksam, weil der Arbeitgeber zu einem anderen Zeitpunkt in einem vergleichbaren Sachverhalt nicht gekündigt habe.¹³⁶ Ein kollektiver Bezug besteht dagegen bei der sog. „herausgreifenden Kündigung“. Hier kündigt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer aus einer Gruppe vergleichbar belasteter Arbeitnehmer (Beispiele: Schlägerei im Betrieb, Teilnahme an rechtswidrigem Streik) und muss daher nach zutreffender Auffassung seine Entscheidung sachlich rechtfertigen.¹³⁷ Ein kollektiver Bezug besteht zwangsläufig auch bei allen betriebsbedingten Kündigungen. Hier wird der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz von dem KSchG¹³⁸ verdrängt. Die praktische Bedeutung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im

132 Dieser Vorschlag wird in § 7 ausgebaut.

133 Dazu unten § 6 IV 1 a).

134 BAG AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1970, 486, 487; AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 = NJW 1987, 2687.

135 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 388 f.; *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 27; *Müller-Glöge* in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1136.

136 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 388; *Rolfs* in: BeckOK-ArbR, § 1 KSchG Rn. 86.

137 *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 27; *Oetker* in: Erfurter Kommentar, § 1 KschG Rn. 90; *Quecke* in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 1 KschG Rn. 71; *Rolfs* in: BeckOK-ArbR, § 1 KschG Rn. 87; *Thüsing* in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 190; vertiefend zum Ganzen *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 389 f., 381 ff.

138 I. d. F. der Bekanntmachung v. 25.8.1969, BGBl. I S. 1317, zuletzt geändert von Art. 3 des Gesetzes v. 26.3.2008, BGBl. I S. 444.

Kündigungsrecht wird daher als gering eingeschätzt.¹³⁹ Nicht aber die theoretische, weil man die Auswahlkriterien einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG als spezialgesetzliche Ausprägung der allgemeinen Gleichbehandlungspflicht konzipieren kann.¹⁴⁰

(3) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsinhaltsfreiheit?

Dritter Testfall ist die Vertragsinhaltsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob der Arbeitgeber den einzelnen Arbeitnehmer für vergleichbare Tätigkeiten gleich entlohen muss. Das Bundesarbeitsgericht verneint das in ständiger Rechtsprechung: „Der Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ ist keine allgemeingültige Anspruchsgrundlage.“¹⁴¹ Man muss sofort präzisieren: jedenfalls nicht im Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsanspruchs; anders ist im Bereich der Diskriminierungsverbote zu entscheiden.¹⁴² Wenn der Arbeitgeber, was ihm die Vertragsfreiheit gewährleistet, einzelne Arbeitnehmer besserstellt, können daraus andere Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Gleichbehandlung (im Ergebnis) herleiten.¹⁴³ Werden Leistungen oder Vergünstigungen individuell vereinbart, ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nämlich nicht anwendbar.¹⁴⁴ Keine individuelle Vereinbarung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer einseitig vom Arbeitgeber gestellte Vertragsbedingungen akzeptiert.¹⁴⁵ Erfolgt die Besserstellung einzelner Arbeitnehmer unabhängig von abstrakten Differenzierungsmerkmalen, fehlt der notwendige kollektive Bezug einer Ungleichbehandlung. Die allgemeine Gleichbehandlungspflicht verhindert nicht die Begünstigung einzelner Arbeitnehmer.¹⁴⁶ Die Vertragsfreiheit hat insoweit Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgrund-

¹³⁹ Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 357 ff; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 390 f.

¹⁴⁰ Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 389; Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 27 f; zustimmend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 5 a) cc (2). Das passt zur Auffassung des BAG im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht, trotz § 2 Abs. 4 AGG, die Wertungen des AGG in § 1 KSchG zu inkorporieren (unten § 6 IV 1 a)).

¹⁴¹ BAG AP Nr. 58 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2008, 179 Rn. 28.

¹⁴² Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 50 f.

¹⁴³ BAG AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1993, 171, 172.

¹⁴⁴ Vgl. nur BAG AP Nr. 58 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2008, 179 Rn. 28; so schon BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; aus der Literatur statt vieler Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1125, 1128; Joussen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 271; Thüsing in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 187; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 575; in der Sache bereits Raiser, ZHR (111) 1948, 75, 92 f; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 352 ff und jetzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 d) cc) auf Grundlage seiner These der Richtigkeitsgewähr des individuellen Vertrages.

¹⁴⁵ Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 21; Thüsing in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 187; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 575; aA Richardi in: MünchArbR, § 9 Rn. 49.

¹⁴⁶ BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215.

satz.¹⁴⁷ Von dieser Bereichsausnahme gibt es Rückausnahmen: Im Bereich der Arbeitsvergütung ist der Gleichbehandlungsgrundsatz trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit anwendbar, wenn Arbeitsentgelte durch eine betriebliche Einheitsregelung generell angehoben werden und wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.¹⁴⁸ Gleichermaßen muss gelten, wenn der Arbeitgeber, ohne nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip vorzugehen, im Betrieb mehrere Vergütungssysteme anwendet und dabei nicht nur einzelne Arbeitnehmer besserstellt.¹⁴⁹ Manche Stimmen wollen viel weiter gehen und verneinen eine Gleichbehandlungspflicht bereits dann, wenn der Arbeitgeber Vorteile gewährt, die ihren Grund ausschließlich in den individuellen Verhältnissen des Arbeitnehmers finden.¹⁵⁰

Man kann zweifeln, ob der methodische Ansatz, mit einer Bereichsausnahme zu arbeiten, wirklich überzeugend ist. Die Aussage des Bundesarbeitsgerichts, die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes setze eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers voraus,¹⁵¹ trifft nämlich nur zu, wenn man sie auf die Vergütung beschränkt. Es ist aber anerkannt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz auch bei Einzelfallregelungen zum Tragen kommen kann, nämlich dann, wenn der Arbeitgeber sein Direktionsrecht (§ 106 GewO) ausübt,¹⁵² etwa bei der Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz, bei Torkontrollen, bei einem betrieblichen Rauchverbot oder bei der Kürzung der regelmäßigen Arbeitszeit bzw. der Verteilung von Überstunden, Nacht- und Feiertagsarbeit.¹⁵³ Der kollektive Bezug solcher, möglicherweise nur an einen oder wenige Arbeitnehmer gerichteten Maßnahmen scheitert nicht daran, dass sie nicht *gleichzeitig* auch gegenüber anderen angeordnet werden. Entscheidend ist nur, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit dazu hat.¹⁵⁴ Man müsste daher erklären, warum der Vorrang der Vertragsfreiheit in Vergütungsfragen zur Bereichsausnahme führt, während der Arbeitgeber außerhalb des Vergütungssektors an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden ist.¹⁵⁵ Selbst wenn man sich der von *Kainer* dafür gegebenen Begründung anschließt,¹⁵⁶ bleibt die Frage im Raum, warum der Vorrang der Vertragsfreiheit methodisch als Bereichsausnahme abzusichern sei. Es gibt nämlich

147 BAG NZA 2010, 273 Rn. 29; grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 250 ff, 354 f.

148 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862 Rn. 19; BAG NZA 2010, 273 Rn. 29.

149 BAG AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1993, 171, 172.

150 *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 343 f.

151 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862 Rn. 19.

152 BAG AP Nr. 52 zu § 611 BGB Direktionsrecht = NZA 1998, 555, 557.

153 *Joussen* in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 271 mwN.

154 *Wiedemann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 270; *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 334 f.

155 *Wiedemann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 269 f.

156 Vgl. *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 d cc), der die Nichtgeltung konsequent mit der bei der Vergütung funktionierenden und beim Direktionsrecht versagenden Richtigkeitsgewähr des Vertrages erklärt.

andere Möglichkeiten, die wirtschaftliche Bedeutung unterschiedlicher Entlohnung zu sichern.¹⁵⁷ Alternativ könnte man die – inhaltlich durchaus zutreffenden – Erwägungen zur Sicherung der Vertragsfreiheit und damit insbesondere der Vergütungsfreiheit auch in den Gleichbehandlungsgrundsatz integrieren und sie dort im Rahmen der Vergleichsgruppenbildung oder der sachlichen Rechtfertigung prüfen.¹⁵⁸

Dieser Ansatz ist der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht ganz fremd. Eine Arbeitnehmerin klagte auf Feststellung einer Betriebsrentenanwartschaft und führte dazu u.a. aus, dass insgesamt fünf Arbeitnehmern, die wie sie im Innendienst eingesetzt waren, im Unterschied zu ihr eine betriebliche Altersversorgung zugesagt wurde.¹⁵⁹ Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Das Bundesarbeitsgericht wies zunächst ganz traditionell darauf hin, dass es sich bei den Zusagen auf Leistungen an diese fünf Arbeitnehmer um Zusagen in besonderen Einzelfällen handle und sich andere Arbeitnehmer zur Begründung gleichartiger Ansprüche auf solche Einzelfälle nicht berufen könnten.¹⁶⁰ Damit war das Gericht offensichtlich nicht zufrieden und ergänzte daher seine Begründung:

„Im übrigen hatte die Beklagte für die Bevorzugung einzelner Arbeitnehmer einleuchtende Gründe. Zwei Arbeitnehmern versprach die Beklagte Leistungen der betrieblichen Altersversorgung beim Umzug im Jahre 1954, um sich deren spezifische Fachkenntnisse weiter zu sichern. Ähnlich lag der Fall bei den Arbeitnehmerinnen, die die Beklagte wegen deren besonderer Erfahrungen auf dem Gebiet der Arzneimittelzulassung zum Abschluß eines Arbeitsvertrages gewinnen wollte. Die Zusage einer Unterstützung an denjenigen Arbeitnehmer, der einen monatlichen Betrag von 34 DM von einer Unterstützungs kasse erhält, kommt ohnehin nicht in Betracht. Mit diesem Arbeitnehmer will die Klägerin nicht gleichgestellt werden.“¹⁶¹

In der Sache bejahte das Bundesarbeitsgericht damit einen sachlichen Grund für die ungleiche Behandlung. Diese Entscheidung demonstriert in aller Klarheit, wie unzulänglich die Argumentation mit der Bereichsausnahme ist und welche Befriedungs- und Erklärungsfunktion die Prüfung innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes aufweist. Sie zeigt zudem, dass die methodische Struktur des Gleichbehandlungsanspruchs, insbesondere die Bedeutung des sachlichen Grundes, hervorragend geeignet ist, eine praktische Konkordanz von Freiheit und Gleichheit herzustellen. Methodisch betrachtet, ist die Operation mit Bereichsausnahmen und Beschränkungen des sachlichen Geltungsbereichs gegenüber der Behandlung als Rechtfertigungsgrund weniger gewinnbringend.

157 Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 268 ff.

158 Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 270f. Das gilt auch für die von Kainer gebildeten Sonderkonstellationen, Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 d) cc).

159 BAG AP Nr. 37 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1998, 762.

160 BAG AP Nr. 37 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1998, 762, 763.

161 BAG AP Nr. 37 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1998, 762, 763.

Dasselbe gilt auch für die Frage, ob der Anspruch auf Gleichbehandlung vertraglich ausgeschlossen werden kann. Nach ganz überwiegender Auffassung folge aus dem Vorrang der Vertragsfreiheit, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht zwingend sei. Daher könne sich der durch das Gebot der Gleichbehandlung Begünstigte mit einer ihm benachteiligenden ungleichen Behandlung einverstanden erklären.¹⁶² Voraussetzung dafür ist allerdings ein wirksam erklärter Verzicht. Daran fehlt es, wenn der Verzicht Ausdruck einer situativen Unterlegenheit des Arbeitnehmers ist, etwa, indem er unter Druck gesetzt wurde.¹⁶³ Methodische Konsequenz daraus ist, dass ein wirksamer Verzicht die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausschließt, ein unwirksamer dagegen zur Anwendbarkeit führt. Dogmatisch dürfte es überzeugender sein, anstelle des „Verzichts“ von einer bindenden Einwilligung in Form einer schuldvertraglichen Gestattung des Arbeitnehmers in die ungleiche Behandlung auszugehen.¹⁶⁴ Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich auf Seiten des Arbeitnehmers um einen Akt individueller Selbstbestimmung handelt, weil er dem Arbeitgeber ein tatsächliches Verhalten erlaubt, das er ihm grundsätzlich verbieten könnte. Das in der Gestattung zum Ausdruck kommende Prinzip des *volenti non fit iuris* ist seinerseits wiederum ein elementares Gerechtigkeitsprinzip.¹⁶⁵ Daher ist es notwendig, dieses in Konkordanz mit dem Gleichbehandlungsanspruch als gegenläufiges Gerechtigkeitsprinzip zu bringen. Der Gleichbehandlungsanspruch enthält mit seiner Rechtfertigungsmöglichkeit den dafür geeigneten methodischen Anker. Eine dem Arbeitgeber gestattete Ungleichbehandlung bleibt zwar eine Ungleichbehandlung, sie ist aber gerechtfertigt, wenn und soweit eine wirksam erteilte Einwilligung¹⁶⁶ vorliegt.

b) Ungleichbehandlung

Vierter Testfall im Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit ist die Gruppenbildung des Arbeitgebers. Diese ist Ausdruck seiner Privatautonomie.¹⁶⁷ Nach ganz überwiegender Auffassung wird die Sachgerechtigkeit der aufgestellten Norm innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes geprüft.¹⁶⁸ Er verbietet nach ständiger Rechtsprechung nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeit-

162 BAG AP Nr. 32 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NJW 1962, 1459, 760; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 259 ff; Richardi in: MünchArbR, § 9 Rn. 47; Thüsing in: Hessler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 188; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 577; aA Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1122.

163 Näher Joussen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 272.

164 Vertiefend dazu Ohly, Volenti non fit iuria, 2002, 165 ff.

165 Ohly, Volenti non fit iuria, 2002, 63 ff.

166 Dazu näher Ohly, Volenti non fit iuria, 2002, 318 ff.

167 Insoweit zutreffend Fastrich, RdA 2000, 65, 71 f, für den die Gruppenbildung nur den klassischen Schranken der Privatautonomie, insbesondere § 138 BGB, unterliegt.

168 Anders etwa Fastrich, RdA 2000, 65, 71 f.

nehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung.¹⁶⁹ Eine ungleiche Behandlung liegt also vor, wenn der Arbeitgeber eine von ihm aufgestellte Regel nicht so durchführt, wie es ihrem Inhalt eigentlich entsprechen würde, oder wenn er bei der Aufstellung einer Regel unsachlich differenziert.¹⁷⁰ In jedem Fall setzt die Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes die Bildung einer Gruppe begünstigter Arbeitnehmer voraus. Eine Gruppenbildung setzt die Besserstellung nach Kriterien voraus, die bei allen Begünstigten vorliegen.¹⁷¹ Die Gruppenbildung muss also nach abstrakten Differenzierungsmerkmalen erfolgen.¹⁷² Im nächsten Schritt muss man untersuchen, ob die begünstigten und nicht begünstigten Arbeitnehmer vergleichbar sind. Mit dem Topos der „Vergleichbarkeit“ wird eine problematische Kategorie gewählt, weil man immer irgendeine Übereinstimmung finden kann und alle denkbaren Vergleichspersonen untereinander in mancher Hinsicht gleich, in anderer dagegen ungleich sind.¹⁷³ Das verführt dazu, bereits auf der Ebene der Ungleichbehandlung normative Wertungen einfließen zu lassen, die bestimmen, welche Arbeitnehmer vergleichbar sind. Weil die Gleichbehandlungsproblematik über beide Faktoren (Ungleichbehandlung – Rechtfertigung) gelöst werden soll, darf das normative Element nicht bereits in den Begriff der Gleichbehandlung hineingezogen werden.¹⁷⁴ Die Ungleichbehandlung ist daher ausschließlich deskriptiv zu verstehen: als nicht-identische Behandlung zweier Vergleichspersonen.¹⁷⁵ Vergleichbar ist ein Arbeitnehmer mit derselben Art des Arbeitsverhältnisses und der gleichen oder einer ähnlichen Tätigkeit. Um die gleiche Arbeit handelt es sich, wenn Arbeitnehmer identische oder gleichartige Tätigkeiten ausüben.¹⁷⁶ Gleichartige Tätigkeiten liegen vor, wenn sie trotz Nichtidentität der Arbeitsvorgänge im Hinblick auf Qualifikation, erworbene Fertigkeiten, Verantwortung und Belastbarkeit gleiche Anforderungen stellen und die mit ihnen befassten Arbeitnehmer wechselseitig ausgetauscht werden können.¹⁷⁷ Ob die Arbeit in diesem Sinne „gleich“ ist, muss durch einen Gesamtvergleich der Tätigkeiten ermittelt werden. Dabei kommt es maßgeblich auf die Verkehrsauffassung an.¹⁷⁸

Zweifelhaft ist, ob diese Grundsätze bei jeder unsachlichen Gruppenbildung gelten. Gesichert ist, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht erst dann greift, wenn die Hälfte der Arbeitnehmer oder mehr an der Begünstigung partizipieren

¹⁶⁹ Zuletzt BAG NZA 2010, 701 Rn. 29 f; Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1127 mwN.

¹⁷⁰ Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 17 ff; Richardi, ZFa 2008, 31, 38.

¹⁷¹ BAG AP Nr. 192 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2005, 183; BAG NZA 2010, 273 Rn. 29.

¹⁷² BAG NZA 2010, 273 Rn. 29.

¹⁷³ Zum Problem aus verfassungsrechtlicher Perspektive Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 30, 55.

¹⁷⁴ Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 29 (zur verfassungsrechtlichen Problematik).

¹⁷⁵ Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 52 (zur verfassungsrechtlichen Problematik).

¹⁷⁶ BAG AP Nr. 1 zu § 33 AGG = NZA 2008, 99 Rn. 23; BAG DB 2010, 115 Rn. 31.

¹⁷⁷ BAG DB 2010, 115 Rn. 31.

¹⁷⁸ Joussen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 276.

und nur eine (knappe) Minderheit davon ausgeschlossen wird.¹⁷⁹ Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Fall entschieden, dass die Begünstigung von weniger als 5 % der außertariflich angestellten Arbeitnehmer nicht den Schluss zulasse, der Arbeitnehmer habe eine entsprechende Gruppe von Arbeitnehmern gebildet.¹⁸⁰ Damit sollte die Freiheit des Arbeitgebers in der Bestimmung des Dotierungsrahmens außertariflicher und -vertraglicher Sonderzahlungen geschützt bleiben.¹⁸¹ Dazu instrumentalisiert das Gericht die traditionelle Bereichsausnahme der Beserstellung einzelner Arbeitnehmer.¹⁸² Das kann nicht überzeugen. Die Arbeitgeberin hat die Gehälter von vier zwischenzeitlich eingestellten Arbeitnehmern einheitlich um 3,2 % erhöht, während die Gehälter der im Wege des Betriebsübergangs übernommenen mehr als 100 Arbeitnehmer unverändert blieben.¹⁸³ Am kollektiven Bezug dieser Maßnahme besteht kein Zweifel: Die Arbeitgeberin hat diese Gruppe nach einem abstrakten Merkmal – „nach Betriebsübergang eingestellte, außertariflich bezahlte Arbeitnehmer“ – gebildet.¹⁸⁴ Die Größe der sich gegenüberstehenden Gruppen ändert nichts daran, dass der Arbeitgeber die Gruppen anhand eines generalisierenden Prinzips gebildet hat. Auch wenn ein Unternehmen nur 250 Führungskräfte von 42.000 Mitarbeitern Aktienoptionen gewährt, besteht ein kollektiver Bezug.¹⁸⁵ Man muss die Entscheidung daher sinnvollerweise so lesen, dass das Gericht eine weitere Bereichsausnahme geschaffen hat.¹⁸⁶ Danach ist eine bestimmte Größe der Gruppe der begünstigten Arbeitnehmer Anwendungsvoraussetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das kann erst recht nicht überzeugen. Jede Festlegung auf eine absolute Zahl ist ihrerseits willkürlich. Der Rechtsanwender kann den kollektiven Bezug nicht quantitativ nach Zahl der betroffenen Arbeitnehmer bestimmen.¹⁸⁷ Dagegen spricht auch, dass es im Anwendungsbereich der besonderen Diskriminierungsverbote auf eine Mindestgröße der besser gestellten Gruppe ebenfalls nicht ankommt.¹⁸⁸ Alternativ dazu – und von seinem Standpunkt aus betrachtet eigentlich unnötig – argumentiert das Gericht auf der Rechtfertigungsebene des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die Differenzierung sei sachlich gerechtfertigt, weil die übernommenen außertariflichen Arbeitnehmer über eine deutlich bessere Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung verfügten und höhere betriebliche Sozialleistungen erhielten als die neueeingestellten Arbeitnehmer. „Diese Unterschiede sollen durch die Erhöhung der laufenden Gehälter der neueeingestellten

179 Joussen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 278; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 579.

180 BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 216 f.

181 Vgl. BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 217.

182 BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 216.

183 BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215.

184 Eckert, SAE 2003, 291, 292 f.

185 So zutreffend jetzt BAG DB 2010, 115 Rn. 29.

186 Eckert, SAE 2003, 291, 293.

187 Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 344.

188 Eckert, SAE 2003, 291, 293.

AT-Angestellten schrittweise angeglichen werden.¹⁸⁹ Nach gefestigter Rechtsprechung rechtfertigt die Herstellung einheitlicher Arbeitsbedingungen durch den Ausgleich von Nachteilen und die Angleichung an die Bedingungen der übernommenen Belegschaft eine differenzierte Behandlung der verschiedenen Gruppen.¹⁹⁰ Diese Begründung macht die Pointe des Gleichbehandlungsanspruchs sichtbar: Gerade durch die formal ungleiche Behandlung der Arbeitnehmer wird das eigentliche Ziel der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer erreicht! Zu diesem Aspekt kann man allerdings erst dann vordringen, wenn man sich auf die Prüfung des Gleichbehandlungsanspruchs einlässt. Danach ist es nur konsequent, bereits bei einer gleichgelagerten Bevorzugung von nur zwei Arbeitnehmern von einer Gruppenbildung auszugehen. Die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers kann im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung seiner Gruppenbildung methodisch überzeugend gewürdigt werden. Es besteht daher kein Anlass, die privatautonomen Aspekte der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers im Rahmen der Vergleichbarkeit von Arbeitnehmergruppen zu berücksichtigen.

c) *Rechtfertigung*

Im Mittelpunkt des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes stehen die sachlichen Gründe, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird der allgemeine Gleichbehandlungsanspruch inhaltlich von Art. 3 Abs. 1 GG geprägt.¹⁹¹ Das ließe erwarten, dass man sich an der vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten Methodik der Kontrolldichte¹⁹² orientieren würde.¹⁹³ Danach ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zur strengen Prüfung an Verhältnismäßigkeitsaspekte reichen.¹⁹⁴ Vor allem bei unmittelbar oder mittelbar personenbezogenen Differenzierungen erhöht das Bundesverfassungsgericht die Kontrolldichte.¹⁹⁵ In der Vergangenheit griff das Bundesarbeitsgericht die verfassungsrechtliche Entwicklung und die dort herausgearbeiteten Unterschiede in der Kontrolldichte nicht auf.¹⁹⁶ Das hat sich mittlerweile für den *betriebsverfassungsrechtlichen*

189 BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 217.

190 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862, 864.

191 Dazu oben § 5 I 3 d).

192 Dazu *Jarass*, NJW 1997, 2546 ff; *Kokott*, FS BVerfG, 2001, 127, 129 ff; *Kischel* in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 3 Rn. 24 ff.

193 Konsequent *Singer*, GS *Zachert*, 2010, 341, 355 ff auf der Grundlage seiner Konzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes als Schutzpflicht.

194 Vgl. dazu BVerfGE 88, 87, 96 – *Transsexualität III* und zuletzt BVerfGE 124, 199 Rn. 85.

195 Zuletzt BVerfGE 124, 199 Rn. 85 f mwN.

196 Dazu näher mit Beispielen *Wiedemann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 271 ff.

Gleichbehandlungsgrundsatz geändert.¹⁹⁷ Jedenfalls der 1. und 3. Senat gehen diesbezüglich von einem weitgehend identischen Prüfungsschema aus. Eine sachverhaltsbezogene Ungleichbehandlung ist nicht mehr sachlich gerechtfertigt, wenn sie willkürlich ist, weil sich ein vernünftiger Grund für die Differenzierung nicht finden lässt.¹⁹⁸ Dagegen ist bei einer personenbezogenen Ungleichbehandlung der Gleichheitssatz bereits dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.¹⁹⁹ Bei einer darauf basierenden Gruppenbildung verschärft das Bundesarbeitsgericht daher die Rechtfertigungsanforderungen: Sie ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Unterscheidung einem legitimen Zweck dient und zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich und angemessen ist.²⁰⁰ Das Bundesarbeitsgericht trennt mit Recht nicht schematisch zwischen sachverhaltsbezogenen und personenbezogenen Differenzierungen. Eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten kann mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirken und damit eine höhere Kontrolldichte verlangen.²⁰¹ Ob die Differenzierung von einem hinreichenden Sachgrund getragen wird, hängt vor allem von dem mit der Regelung verfolgten Zweck ab.²⁰² Die Merkmale, an welche die Gruppenbildung anknüpft, müssen die Differenzierung bei den Rechtsfolgen rechtfertigen. Die Betriebsparteien haben – ebenso wie andere Normgeber – einen Beurteilungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen und Folgen der von ihnen gesetzten Regelungen.²⁰³ Damit ist im Wesentlichen die Formulierung identisch, dass es für die vorgenommene Abgrenzung der verschiedenen Gruppen billigenswerte Gründe geben muss.²⁰⁴ Billigenswert sind dabei Differenzierungsgründe, die unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Leistung auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruhen und gegen keine verfassungsrechtlichen oder sonstigen übergeordneten Wertentscheidungen verstößen.²⁰⁵

Daraus wird gefolgert, dass ein sachlicher Grund generell fehle, wenn der Arbeitgeber bei der Differenzierung an die in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, § 75 Abs. 1

197 Vgl. dazu auch Singer, GS Zachert, 2010, 341, 355 ff.

198 BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774; BAG NZA 2010, 701 Rn. 30.

199 BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774; BAG NZA 2010, 701 Rn. 30.

200 BAG AP Nr. 29 zu § 307 BGB, Rn. 18; kritisch dazu Hanau, FS Konzen, 2006, 233, 344 f; Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 345.

201 BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774.

202 BAG AP Nr. 37 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1998, 762, 763.

203 BAG NZA 2010, 701 Rn. 31.

204 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324; siehe BAG NZA 2010, 701 Rn. 33.

205 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324; ähnlich BAG NZA 2010, 701 Rn. 33.

BetrVG, § 67 BPersVG und § 1 AGG genannten Merkmale anknüpfen.²⁰⁶ So ist die Kritik schief formuliert. Die besonderen Diskriminierungsverbote bewirken eine gesteigerte Kontrolldichte:²⁰⁷ Der Arbeitgeber differenziert hier nach personenbezogenen Gründen. Aus der Existenz eines Diskriminierungsverbots folgt, dass aus normativen Gründen zwischen den ungleich Behandelten keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Wird das Diskriminierungsverbot seinerseits eingeschränkt oder erlaubt es im Einzelfall eine Rechtfertigung der Diskriminierung, entfallen die gesteigerten Rechtfertigungsanforderungen. Das bedeutet dann nicht, dass die Ungleichbehandlung ohne weiteres erlaubt ist. In solchen Fällen bedarf es eines sonstigen sachlichen Grundes, um die nach wie vor bestehende Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Dieser Vorgang weist auf einen engen Zusammenhang zwischen den besonderen Diskriminierungsverboten einerseits und dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch andererseits hin. Die Diskriminierungsverbote können darin integriert werden und führen dann zur Verschärfung der Rechtfertigungsanforderungen. Für das dogmatische Verständnis des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es wichtig zu erkennen, dass der soeben beschriebene Vorgang in ihm selbst angelegt ist. Das besondere Diskriminierungsverbot oktroyiert also dem allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch nicht seine Wertungen, sondern konkretisiert die von ihm vorgegebenen strengen Rechtfertigungsanforderungen bei personaler Ungleichbehandlung. Die jüngste Rechtsprechung des 3. Senats zur Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten in der betrieblichen Altersversorgung²⁰⁸ bestätigt diese These. Danach kann der bloße Statusunterschied zwischen gewerblichen Arbeitnehmern – Arbeitern – und Angestellten eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen, weil sie für sich genommen auf keinerlei sachgerechten Erwägungen beruht.²⁰⁹

„Vielmehr handelt es sich um eine personenbezogene Ungleichbehandlung, die schon dann gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, wenn zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Nur wenn derartige Unterschiede bestehen, kann – in seltenen Ausnahmefällen – die statusbezogene Kennzeichnung als „Kürzel“ für eine Differenzierung herangezogen werden.“²¹⁰ Es ist erforderlich, dass mit der Anknüpfung an den Statusunterschied gleichzeitig an einen Lebenssachverhalt angeknüpft wird, der geeignet ist, die in der Regelung getroffene Rechtsfolge zu tra-

206 Joussen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 280; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 591.

207 Im Ergebnis auch Richardi, ZFa 2008, 31, 38 f; Einzelheiten dazu unten § 8.

208 BAG NZA 2010, 701.

209 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324 ff; BAG NZA 2010, 701 Rn. 35 ff.

210 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 323.

gen. Das ist am Regelungszweck und dem aus ihm folgenden Differenzierungsgrund zu messen.“²¹¹

Regelungszweck der betrieblichen Altersversorgung ist es, den Versorgungsbedarf der Arbeitnehmer ganz oder teilweise zu decken. Der Arbeitgeber darf in einer betrieblichen Versorgungsregelung bei einem typischerweise unterschiedlichen Versorgungsbedarf einzelne Arbeitnehmergruppen ungleich behandeln. Er kann daher eine Arbeitnehmergruppe von der betrieblichen Altersversorgung ausschließen, die ein erheblich höheres Einkommen als die in das Versorgungswerk einbezogene Gruppe erzielt, weil die benachteiligte Gruppe in der Lage ist, sich selbst eine angemessene Versorgung im Alter zu schaffen.²¹² Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten ist allerdings nicht geeignet, an unterschiedliche Versorgungsgrade anzuknüpfen, weil sie die Unterschiede *innerhalb* der Gruppen nicht widerspiegeln und daher ein Generalisierungsrecht bewirken.²¹³ Dasselbe Ergebnis könnte auch erzielt werden, wenn die Rechtsordnung die Merkmale „Arbeiter“ und „Angestellter“ als Diskriminierungsverbot ausgestaltet. Das zeigt, dass gesteigerte Rechtfertigungsanforderungen bei personaler Ungleichbehandlung und der Einsatz von Diskriminierungsverboten Ergebnisäquivalenz herstellen können.

Mit Regelungszweck und Differenzierungsgrund werden zugleich die beiden zentralen Kategorien der Rechtfertigungsprüfung angesprochen.²¹⁴ Arbeitnehmer werden dann nicht sachfremd benachteiligt, wenn sich nach dem Zweck der Leistung Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, diesen Arbeitnehmern die den anderen Arbeitnehmern gewährte Leistung vorzuenthalten.²¹⁵ Dieser Ansatz zwingt aus methodischen Gründen dazu, Sinn und Zweck der kollektiven Maßnahme herauszuarbeiten und anhand des so ermittelten Maßstabes die Sachgerechtigkeit einer Differenzierung zu bestimmen.²¹⁶ Grundsätzlich hat es der Arbeitgeber in der Hand, den Zweck und Umfang einer Sonderleistung selbst zu bestimmen.²¹⁷ Dem Arbeitgeber steht es im Ausgangspunkt frei, ob er diese Leistungen gewähren will. Daher ergibt sich beispielsweise die Zweckbestimmung einer Sonderzahlung vorrangig aus ihren tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen.²¹⁸ Aus diesen ist das generalisierende Prinzip für die Leistungsgewährung abzuleiten.²¹⁹ Trifft dieses auch auf den benachteilig-

211 BAG NZA 2010, 701 Rn. 32.

212 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324.

213 Vgl. BAG NZA 2010, 701 Rn. 32.

214 Dazu statt aller Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 54 ff.

215 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15.

216 Dazu näher Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 e).

217 Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1129; Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 345.

218 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15.

219 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15.

ten Arbeitnehmer zu, ist sein Begünstigungsausschluss sachlich nicht gerechtfertigt. Das ist beim Normvollzug im Wesentlichen unstreitig.

Probleme verursacht dieses Verständnis in den Fällen gleichheitswidriger Normaufstellung. Nach Ansicht vieler liege es nahe, von der Freiwilligkeit des „Ob“ auf die Freiheit der Ausgestaltung des „Wie“ zu schließen.²²⁰ Die vom Arbeitgeber aufgestellte Norm sei Ausdruck seiner Privatautonomie und daher könne ihr Inhalt nicht seinerseits rechtfertigungsbedürftig sein.²²¹ Der Arbeitgeber dürfe beispielsweise mit einer Weihnachtsgratifikation bestimmte Arbeitnehmer begünstigen, die aus seiner Perspektive „zu schlecht weggekommen“ sind und daher eine Aufstockung „verdienten“.²²² Das Bundesarbeitsgericht ist dem freilich nicht gefolgt:²²³ Eine Arbeitgeberin bot einem Teil ihrer Belegschaft eine Zusatzvereinbarung zum Bezug von Weihnachtsgeld an, der an bestimmte Voraussetzungen (Anzahl der Krankheitstage, Betriebszugehörigkeit) geknüpft war. Dieses Angebot wurde nur den Mitarbeitern unterbreitet, die im Jahr zuvor neuen Verträgen mit schlechterer Arbeitszeit und niedrigeren Löhnen zugestimmt hatten. Damit wollte das Unternehmen „eine bestehende Gerechtigkeitslücke“ schließen. Ein Arbeitnehmer, dem das Angebot nicht unterbreitet wurde, weil er unter den bisherigen Bedingungen weiterarbeitete und der die Voraussetzungen für den Bezug des Weihnachtsgelds erfüllte, klagte letztlich erfolgreich auf Auszahlung der Sondergratifikation. Die Ungleichbehandlung war sachlich nicht gerechtfertigt, weil sie nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht mit dem Regelungszweck vereinbar war. Zwar verfolgte die Arbeitgeberin einen legitimen Zweck, indem sie die im Betrieb entstandene Lohnungerechtigkeit zumindest teilweise kompensieren wollte.²²⁴ Allerdings muss sich die Verteilung dann – so das Gericht – an diesem selbstgesetzten Zweck orientieren. Die Arbeitgeberin hat ihre Leistung aber an weitere und davon unabhängige Voraussetzungen gebunden. Darin könnte man eine Verteilungsregel zweiter Stufe sehen, mit der die Arbeitgeberin bestimmt, wie die Verteilung innerhalb der ausgewählten Gruppe erfolgen soll.²²⁵ Das Bundesarbeitsgericht sah darin dagegen eine Zweckänderung auf erster Stufe hin zu einer Anwesenheitsprämie. Gemessen an dieser Zwecksetzung musste der Begünstigungsausschluss des klagenden Arbeitnehmers scheitern: Diesen Zweck können auch Arbeitnehmer erfüllen, die an der ursprünglichen Zwecksetzung scheitern würden.

220 Lieb, ZfA 1996, 319, 320, 335 ff.

221 Fastrich, RdA 2000, 65, 71 f; Hanau, FS Konzen, 2006, 233, 243.

222 Lieb, ZfA 1996, 319, 329 ff.

223 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424.

224 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862, 864.

225 Den Hinweis verdanke ich Adam Sagan.

5. Exkurs: Gleichbehandlung bestimmter Arbeitnehmergruppen

Bestimmte Vertragsgestaltungen im Arbeitsrecht begründen zum Schutz der davon betroffenen Arbeitnehmer besondere Gleichbehandlungspflichten der Arbeitgeber.²²⁶ Dazu zählen die Teilzeitbeschäftigung (§ 4 Abs. 1 TzBfG²²⁷), die befristete Beschäftigung (§ 4 Abs. 2 TzBfG) und der Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern im Betrieb des Entleihers (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG²²⁸). Die Pflicht zur gleichen Behandlung Teilzeitbeschäftigter geht zurück auf § 4 Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit der europäischen Sozialpartner, die, vermittelt durch die Richtlinie 1997/81/EG,²²⁹ Verbindlichkeit gegenüber den Mitgliedstaaten erlangt hat. Das Gleichbehandlungsgebot bei befristeten Arbeitsverträgen stammt aus der Richtlinie 1999/70/EG,²³⁰ mit der § 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge der europäischen Sozialpartner umgesetzt wird.²³¹ Die Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer ist mittlerweile in der Richtlinie 2008/104/EG²³² geregelt.²³³

Gemeinsam ist diesen speziellen Gleichbehandlungspflichten ihr asymmetrischer Ansatz: Geschützt wird nur der Teilzeitbeschäftigte, der befristet Beschäftigte und der Leiharbeitnehmer.²³⁴ Maßgeblicher Vergleichsmaßstab dafür ist jeweils der unbefristete Vollzeitarbeitnehmer im Betrieb des Entleihers. Das Recht sieht darin das „Normalarbeitsverhältnis“, von dem die genannten Formen als atypische Beschäftigungsformen abweichen.²³⁵ Daher geht man davon aus, dass diese Arbeitnehmer Angehörige einer rein arbeitsrechtlich definierten Gruppe mit Minderheitsstatus sind und deshalb besonders schutzbedürftig seien.²³⁶ In der Rechtswirklichkeit trifft Teilzeitarbeit und befristete Beschäftigung überproportional häufig Frauen²³⁷ und jüngere bzw. ältere Arbeitnehmer²³⁸. Dem speziellen Gleichbehandlungsgrundsatz kann in atypischen Arbeitsverhältnissen somit auch

226 Preis, Arbeitsrecht, 2011, 514 ff.

227 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG) v. 21.12.2000, BGBl. I S. 1966.

228 Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) idF v. 3.2.1995, BGBl. I S. 158.

229 ABl. L 14 v. 20.1.1998, S. 9.

230 ABl. L 175 v. 10.7.1999, S. 43.

231 Siehe dazu Rolfs/de Groot, ZESAR 2009, 5, 9.

232 Richtlinie 2008/104/EG v. 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. L 327 v. 5.12.2008, S. 9.

233 Eingehend zur Kompetenzfrage der Union Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 68 ff.

234 Vgl. zu den beiden erstgenannten Gruppen Gerards in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 152 ff.

235 Dazu Ogura, 2 Japan Lab. Rev. 5 (2005).

236 Exemplarisch BVerfG NZA 2005, 153, 155 zur Leiharbeit.

237 Siehe EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – Jenkins v. Kingsgate Ltd. = Slg. 1981, 911; EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz = Slg. 1986, 1607.

238 Siehe EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – Mangold v. Helm = Slg. 2005, I-9981.

die Funktion zukommen, die Defizite der mittelbaren Diskriminierung bei den strukturellen Ungleichbehandlungen dieser Arbeitnehmergruppen auszugleichen.

Die Verbote der Diskriminierung wegen einer Teilzeitbeschäftigung oder wegen einer befristeten Beschäftigung sind Spezialnormen zum allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.²³⁹ Eine Ungleichbehandlung wegen der Teilzeitarbeit ist immer dann zu bejahen, wenn die unterschiedlichen Arbeitsbedingungen an die Dauer der Arbeitszeit anknüpfen.²⁴⁰ Die Vergleichsgruppe bildet dabei ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer (§ 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG).²⁴¹ Eine Ungleichbehandlung wegen der befristeten Beschäftigung liegt vor, wenn ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer wegen der Befristung des Arbeitsvertrages schlechter behandelt wird als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer (§ 4 Abs. 2 S. 1 iVm § 3 Abs. 2 TzBfG). Das Gleichbehandlungsgebot zwingt den Arbeitgeber dazu, die Ungleichbehandlung mit davon unabhängigen Erwägungen („sachlich“) zu begründen. Zugleich konkretisieren sie den anzuwendenden Gleichbehandlungsmaßstab. Im Zweifel hat die Gleichbehandlung bei teilbaren Arbeitsbedingungen nach dem Grundsatz *pro-rata-temporis* zu erfolgen (§ 4 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 TzBfG). Davon kann abgewichen werden, wenn besondere sachliche Gründe vorliegen.²⁴² § 4 TzBfG verbietet also die Ungleichbehandlung von Teilzeit- oder befristet Beschäftigten nicht ausnahmslos.²⁴³

Für die Leiharbeit stellt das Gesetz, „im Ausgangspunkt verbindlich, den Grundsatz der Gleichbehandlung auf.“²⁴⁴ Nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG entsprechen die

„wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer [...] während der Dauer ihrer Überlassung an ein entliehendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.“

Das Gesetz verpflichtet also den Verleiher (!), dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleiher (!) geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen (Art. 3

239 Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 722 f; Bayreuther in: BeckOK-ArbR, § 4 TzBfG Rn. 41 f; Preis in: Erfurter Kommentar, § 4 TzBfG Rn. 4; anders Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, 390 ff, demzufolge es sich aufgrund der abweichenden Prinzipienstruktur nicht um eine Ausformung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes handeln könne. Zu dieser Grundthese Kainers näher unten § 8 II 2.

240 Preis in: Erfurter Kommentar, § 4 TzBfG Rn. 25 mwN.

241 Darunter fällt auch eine Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten untereinander, weil darin immer eine Ungleichbehandlung zumindest einer Gruppe im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten liegt, Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 730.

242 Zum Rechtfertigungsmaßstab im Einzelnen siehe Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 740 ff; Preis, Arbeitsrecht, 2012, 517 ff.

243 St. Rspr, grundlegend BAG NZA 2004, 723, 724 f (zu § 4 II 2 TzBfG); BAG NZA 2005, 222, 223 (zu § 4 I 2 TzBfG), zuletzt etwa BAG NZA 2008, 1422 Rn. 21; näher zum Ganzen statt vieler Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 701 ff.

244 Waltermann, NZA 2010, 482, 483.

lit. f RL 2008/104/EG) einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2 S. 1 AÜG).²⁴⁵ Die Pflicht zur Gleichbehandlung trifft damit den Verleiher, weil zwischen ihm und dem Leiharbeitnehmer das Arbeitsverhältnis besteht (Art. 1 Abs. 1 RL 2008/104/EG), obwohl die wesentlichen Arbeitsbedingungen gerade nicht aus diesem Verhältnis, sondern aus dem Verhältnis Entleiher-Stammarbeiter stammen.²⁴⁶ Insoweit unterscheidet sie sich vom allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, der dem Vertragsarbeiter eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu seinen anderen Arbeitnehmern verbietet. Daraus sehen manche darin kein Gleichbehandlungs-, sondern ein wirtschaftspolitisch problematisches²⁴⁷ Gleichstellungsgebot.²⁴⁸ Nach seinen Apologeten ist das Gleichbehandlungsgebot eine ordnungspolitisch gebotene Kompensation der Deregulierung der Arbeitnehmerüberlassung, um den rechtlich gebotenen Schutz der einzelnen Arbeitnehmer und der Gesellschaft allgemein vor Arbeitsverhältnissen mit unzureichenden Erträgen, unzureichendem Schutz und mit unzureichender Risikoabsicherung zu gewährleisten.²⁴⁹

Aufschlussreich ist, dass das Unionsrecht diesen Schutz nicht sozialrechtlich, sondern genuin privatrechtlich über ein Gleichbehandlungsgebot erreichen will. Für das Verständnis ist der dafür gewählte Gleichbehandlungsmaßstab von zentraler Bedeutung. Der Leiharbeitnehmer ist zu vergleichen mit sich selbst in einem hypothetischen Arbeitsverhältnis. Er ist so zu behandeln, wie er bei einer fiktiven unmittelbaren Einstellung für den gleichen Arbeitsplatz durch das entleihende Unternehmen stehen würde.²⁵⁰ Die Richtlinie erlaubt eine Reihe von Bereichsausnahmen zu dieser Gleichbehandlungspflicht. Besonders bedeutend ist die Einschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aufgrund unmittelbarer Tarifgebundenheit des Leiharbeitgebers und -arbeitnehmers (Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG; §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 S. 2 AÜG). Problematisch ist die im deutschen Recht ebenfalls vorgesehene Bereichsausnahme zugunsten der individualvertraglichen Inbezugnahme eines solchen Tarifvertrags durch nicht beiderseitig tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 S. 3 AÜG). Diese Regelung derogiert in der Praxis den Gleichbehandlungsgrundsatz weitgehend.²⁵¹ Das Gleichbehandlungsgebot wird damit im Ergebnis zu dispositivem Recht.²⁵² Verantwortlich dafür sind die vom Gesetz eröffneten Spiel-

245 Zur unterschiedlichen Formulierung siehe *Waas*, ZESAR 2012, 7.

246 *Wank*, NZA 2003, 14, 18.

247 Vgl. *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23 f.

248 Siehe *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 58 mwN.

249 *Waltermann*, NZA 2010, 860, 863.

250 Eingehend dazu *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 512 ff.

251 Siehe *Waltermann*, NZA 2010, 482, 485; zu den Rechtstatsachen *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 41 ff.

252 *Waltermann*, NZA 2010, 482, 485.

räume vor dem Hintergrund gleichbehandlungsfeindlicher sozialer Kontexte.²⁵³ Ihr Zusammenspiel führt im Ergebnis dazu, dass die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vom Leiharbeitnehmer einzelvertraglich vereinbart werden müsste. Das ist paradox. Dass ihm das aufgrund seiner strukturellen Unterlegenheit nicht gelingen kann, ist offensichtlich. Dieses Marktversagen hat das Gesetz mit dem „Grundsatz“ der Gleichbehandlung im Ausgangspunkt zwar anerkannt. Der Gesetzgeber vermeidet aber, die daraus notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Das ist unionsrechtlich zweifelhaft.²⁵⁴ Mit der grundsätzlichen Entscheidung für einen gleichbehandlungsrechtlichen Schutz muss das Recht „in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken, was nicht die Möglichkeit ausschließt, Übergangszeiten oder Ausnahmen *begrenzten Umfangs* vorzusehen.“²⁵⁵

II. Gleichbehandlung im Verbandsrecht

1. Kategorien von Gleichbehandlungsgrundsätzen

Werden die Begriffe „Gleichbehandlungsgrundsatz“ und „Diskriminierungsverbot“ in gesellschaftsrechtlichen Kontexten verwendet, kann damit ganz Unterschiedliches gemeint sein:¹ (1.) das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot ausländischer Gesellschaften, (2.) der Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeines Ordnungs- und Auslegungsprinzip und (3.) der Gleichbehandlungsgrundsatz als Schranke der Verbandsmacht.

a) Diskriminierungsverbot in den Grundfreiheiten

Im unionsrechtlichen Kontext folgt aus der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 55 AEUV) ein Diskriminierungsverbot von im Ausland gegründeten Gesellschaften. Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründet wurden, müssen im innerstaatlichen Recht als grundsätzlich rechts- und parteifähig anerkannt werden und ihre Existenz darf nicht von weiteren inner-

253 Waltermann, NZA 2010, 482, 487.

254 Verneinend Rödl/Ulber, NZA 2012, 841 ff; Waas, ZESAR 2012, 7, 10 ff; differenziernd Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 547 f.

255 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 21.

1 Zum Folgenden siehe Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 3 ff.