

Nora Fasse und Anja Klie

# DAS NEUE ENTGELT- TRANSPARENZGESETZ

Handlungsempfehlungen  
für die Praxis

1. Auflage

Nora Fasse und Anja Klie

# DAS NEUE ENTGELT- TRANSPARENZGESETZ

Handlungsempfehlungen für die Praxis

1. Auflage



**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Reihe **BDAktuell** Nr. 22

**DAS NEUE ENTGELTTRANSPARENZGESETZ**

**Handlungsempfehlungen für die Praxis**

1. Auflage

Nora Fasse und Anja Klie

Herausgegeben von:

**BDA | DIE ARBEITGEBER**

Bundesvereinigung der  
Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin

Verlag:

© **GDA • KOMMUNIKATION**

Gesellschaft für Marketing und Service  
der Deutschen Arbeitgeber mbH  
Breite Straße 29, 10178 Berlin  
[www.gda-kommunikation.de](http://www.gda-kommunikation.de)

Gestaltung:

© **GDA • KOMMUNIKATION**

Gesellschaft für Marketing und Service  
der Deutschen Arbeitgeber mbH

Titelfoto: @Mlenny – istockphoto.com

Stand: Februar 2018

Alle Rechte vorbehalten

Printed in Germany

ISBN 978-3-944997-07-0

# VORWORT

Dieser Leitfaden bietet Arbeitgebern Unterstützung bei der Umsetzung des Entgelttransparenzgesetzes (Gesetz zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern vom 30. Juni 2017, EntgTranspG) in die unternehmerische Praxis.

Das Gesetz besteht aus drei Säulen:

- Auskunftsanspruch
- Aufforderung zu Prüfverfahren
- Berichtspflichten

Beim Auskunftsanspruch können Beschäftigte in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten Auskunft zu den Kriterien und Verfahren verlangen, nach denen sich ihr Entgelt zusammensetzt, sowie das Mediangehalt einer Vergleichsgruppe des anderen Geschlechts erfahren. Es geht nicht um Entgelterhöhungen, sondern um mehr Transparenz von Entgeltstrukturen und Entgeltfindungsprozessen. Tarifgebundene und tarifenwendende Arbeitgeber sind privilegiert und können teils auf vereinfachte Verfahren zurückgreifen.

Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten sind zudem zur Durchführung von Prüfverfahren hinsichtlich der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots aufgefordert – nicht verpflichtet. Lageberichtspflichtige Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten müssen jedoch einen Bericht erstellen, der statistische Angaben zur Beschäftigtenstruktur im Unternehmen enthält sowie durchgeführte Maßnahmen der Gleichstellung und Entgeltgleichheit aufzeigt. Der Bericht ist erstmals im Jahr 2018 für das Jahr 2016 zu erstellen und als Anlage zum Lagebericht im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

Auch wenn die BDA im Gesetzgebungsverfahren wesentliche Erleichterungen am Entwurf des Bundesfamilienministeriums erreicht hat, löst das Gesetz neue Bürokratie aus und schafft Rechtsunsicherheit. Den Autorinnen des Leitfadens ist bewusst, dass nicht alle aufgeworfenen Fragen zum jetzigen Zeitpunkt einer abschließenden Lösung zugeführt werden können. Im Einzelfall ist eine individuelle Beratung nötig.

Die Ursachen für unterschiedliche Berufs- und Karrierewege zwischen Frauen und Männern geht das Entgelttransparenzgesetz nicht an. Dazu sind vor allem eine klischeefreie Berufsberatung, eine verbesserte Vereinbarkeit von Familie und Beruf, das Aufbrechen tradierter Rollenbilder und veränderte gesellschaftspolitische Rahmenbedingungen notwendig.

Berlin, Januar 2018

Anja Klie und Nora Fasse

# INHALTSVERZEICHNIS

## TEIL 1: ENTGELTTRANSPARENZGESETZ ... 10

### A. INDIVIDUELLER AUSKUNFTSANSPRUCH ..... 11

#### I. WEN BETRIFFT DER AUSKUNFTSANSPRUCH? ..... 11

##### 1. Anspruchsinhaber: Beschäftigter ..... 11

a) Arbeitnehmer ..... 12

b) In Heimarbeit Beschäftigte sowie die ihnen Gleichgestellten ..... 12

c) Zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte ..... 12

d) Nicht: Arbeitnehmerähnliche Personen ..... 13

e) Nicht: Zeitarbeiter im Verhältnis zum Einsatzbetrieb ..... 13

##### 2. Anspruchsgegner: Arbeitgeber ..... 14

##### 3. Beschränkung auf Betriebe mit mehr als 200 Beschäftigten ..... 16

a) Betriebsbezogenheit ..... 16

b) In der Regel mehr als 200 Beschäftigte ..... 18

#### II. GELTENDMACHUNG ..... 20

##### 1. Form ..... 20

##### 2. Inhalt des Auskunftersuchens ..... 21

##### 3. Angabe der Vergleichstätigkeit ..... 21

a) Falsche Angabe der Vergleichstätigkeit ..... 22

b) Unterlassene Angabe der Vergleichstätigkeit ..... 23

##### 4. Erneuter Auskunftsanspruch ..... 24

##### 5. Übergangsregelung ..... 25

##### 6. Ausnahmen von der Karenzzeit ..... 26

#### III. AUSKUNFTSVERPFLICHTUNG ..... 27

##### 1. Vergleichsentgeltberechnung ..... 28

a) Entgeltbegriff ..... 29

b) Durchschnittliches monatliches Bruttoentgelt ..... 30

c) Zwei einzelne Entgeltbestandteile ..... 32

d) Statistischer Median ..... 33

e) Keine Auskunft bei weniger als sechs Vergleichspersonen – Datenschutz ..... 35

<b>2. Angaben zur Entgeltfindung und Vergleichsgruppenbildung tarifgebundener und tarifyanwendender Arbeitgeber</b>	38
a) Kriterien und Verfahren zur Entgeltfindung	40
(1) Auskunftspflicht und Privilegierung	40
(2) Angabe der Kriterien und Verfahren für außer-/übertarifliche Entgelte	42
(3) Sonderfälle AT-Beschäftigte und betriebliche Entgeltregelungen	43
(4) Ausnahmen von der Vergleichbarkeit	45
b) Vergleichsgruppenbildung zur Vergleichsentgeltberechnung	46
c) Wer erteilt die Auskunft?	48
(1) Betriebsrat	48
(a) Aufgaben des Betriebsrats	48
(b) Aufgaben des Arbeitgebers	48
(2) Arbeitgeber	49
(a) Übernahmeverlangen des Betriebsrats	49
(b) Übernahmeverlangen des Arbeitgebers	49
(c) Kein Betriebsrat	52
(3) Tarifvertragsparteien	52
d) Handlungs- und Rechtsfolgen	54
(1) Form und Frist der Antwort	54
(2) Inhalt der Antwort	54
(3) Rechtsfolgen bei geringerem Entgelt als dem Median	55
<b>3. Angaben zur Entgeltfindung und Vergleichsgruppenbildung nicht tarifgebundener und nicht tarifyanwendender Arbeitgeber</b>	56
a) Angaben zur Entgeltfindung	57
(1) Entgeltfindung für Tätigkeit des Anfragenden	57
(2) Entgeltfindung für die Vergleichstätigkeit	57
(a) Gleiche Arbeit	57
(b) Gleichwertige Arbeit	58
(3) Vergleichsgruppenbildung und Mitbestimmung des Betriebsrats	60
(4) Ausnahmen von der Vergleichbarkeit	61

b)	Vergleichsgruppenbildung zur Vergleichsentgelt- berechnung .....	62
c)	Wer erteilt die Auskunft? .....	63
(1)	Betriebsrat .....	63
(a)	Aufgaben des Betriebsrats .....	63
(b)	Aufgaben des Arbeitgebers .....	63
(2)	Arbeitgeber .....	64
(a)	Übernahmeverlangen des Betriebsrats ..	64
(b)	Übernahmeverlangen des Arbeitgebers ..	65
(c)	Kein Betriebsrat .....	67
d)	Handlungs- und Rechtsfolgen .....	69
(1)	Form und Frist der Beantwortung .....	69
(2)	Inhalt der Antwort .....	70
(3)	Rechtsfolgen bei geringerem Entgelt als dem Median .....	71
<b>IV.</b>	<b>RECHTFERTIGUNG .....</b>	<b>74</b>
1.	Entgeltbenachteiligung .....	74
2.	Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung ..	75
3.	Rechtfertigung nach §§ 5 und 8 AGG .....	78
4.	Beweislast .....	80
5.	Ausschlussfristen .....	81
<b>B.</b>	<b>PRÜFVERFAHREN .....</b>	<b>82</b>
<b>I.</b>	<b>WEN BETRIFFT DIE AUFFORDERUNG ZUM PRÜFVERFAHREN? .....</b>	<b>82</b>
<b>II.</b>	<b>REGELUNGSINHALT .....</b>	<b>83</b>
<b>III.</b>	<b>DURCHFÜHRUNG .....</b>	<b>85</b>
1.	Inhaltliche Vorgaben/Mindestanforderungen bei freiwilligen Prüfverfahren .....	85
2.	Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretung ..	86
3.	Information der Belegschaft über die Ergebnisse .....	88
4.	„Regelmäßige“ Durchführung der Überprüfung .....	88
5.	Keine Überprüfung von Tarifverträgen .....	89

<b>6. Mögliche Prüfverfahren</b> .....	90
a) EG-Check der Antidiskriminierungsstelle des Bundes .....	91
b) Monitor Entgelttransparenz des Bundesfamilienministeriums .....	95
c) Leitfaden „Gendergerechtigkeit stärken – Entgeltgleichheit sicherstellen“ der ILO .....	96
<b>C. BERICHTSPFLICHT</b> .....	98
<b>I. WEN BETRIFFT DIE BERICHTSPFLICHT?</b> .....	98
<b>1. Regelungsinhalt</b> .....	98
<b>2. Beschränkung auf Unternehmen mit mehr         als 500 Beschäftigten</b> .....	98
a) In der Regel mehr als 500 Beschäftigte .....	98
b) Lageberichtspflicht nach HGB .....	99
<b>II. INHALT</b> .....	100
<b>1. Maßnahmen</b> .....	100
<b>2. Statistische Angaben</b> .....	101
<b>III. FORMELLE VORGABEN</b> .....	101
<b>1. Form der Veröffentlichung</b> .....	101
<b>2. Berichtszeitraum</b> .....	101
<b>3. Übergangsbestimmung – erstmaliger Bericht</b> .....	102
<b>TEIL 2: GESETZESTEXTE</b> .....	103
<b>A. GESETZ ZUR FÖRDERUNG DER TRANSPARENZ     VON ENTGELTSTRUKTUREN (ENTGTRANSPG)</b> .....	103
<b>B. HEIMARBEITSGESETZ (HAG), AUSZÜGE</b> .....	116

<b>TEIL 3: MUSTER UND ABLAUFPLAN</b> .....	119
<b>A. MUSTER 1: ÜBERNAHMEVERLANGEN DES ARBEITGEBERS, §§ 14 ABS. 2, 15 ABS. 2</b> .....	119
<b>B. MUSTER 2: ANTWORTSCHREIBEN TARIFGEBUNDENER ARBEITGEBER</b> .....	120
<b>C. MUSTER 3: BERICHTSPFLICHT</b> .....	125
<b>D. ABLAUFPLAN AUSKUNFTSANSPRUCH</b> .....	127
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	131
<b>STICHWORTVERZEICHNIS</b> .....	133

# TEIL 1: ENTGELTTRANSPARENZGESETZ

## Überblick Regelungsinhalt des Gesetzes:

<b>Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG)</b>			
<b>Regelungs- gegenstand</b>	<b>Auskunfts- pflicht</b>	<b>Prüfverfahren</b>	<b>Berichtspflicht</b>
<b>Inhalt</b>	Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung  Entgelthöhe vergleich- barer Tätigkeit des anderen Geschlechts	<b>Freiwillige</b> Überprüfung des Entgelt- gleichheits- gebotes	Maßnahmen zur Gleichstellung und Entgelt- gleichheit  Statistische Angaben
<b>Betroffene Arbeitgeber</b>	Arbeitgeber mit mehr als 200 Beschäftig- ten pro Betrieb bei demselben Arbeitgeber	Aufforderung an Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäf- tigten pro Unternehmen	Lageberichts- pflichtige Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftig- ten pro Unter- nehmen

# A. INDIVIDUELLER AUSKUNFTSANSPRUCH

## Das Wesentliche:

- Auskunftsanspruch des einzelnen Beschäftigten<sup>1</sup>
- In Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten
- Auskunft über Kriterien und Verfahren zur Festlegung des Entgelts des anfragenden Beschäftigten
- Auskunft über Kriterien und Verfahren zur Festlegung des Entgelts einer Vergleichstätigkeit
- Auskunft über die Vergütung der Vergleichsgruppe des jeweils anderen Geschlechts
- Datenschutz: mindestens sechs Personen in der Vergleichsgruppe

## I. WEN BETRIFFT DER AUSKUNFTSANSPRUCH?

Aus dem Entgelttransparenzgesetz kann gemäß § 10 Abs. 1<sup>2</sup> grundsätzlich jeder Beschäftigte in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten, Auskunft verlangen zu

- dem durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelt und/oder
- zu bis zu zwei einzelnen Entgeltbestandteilen.

### 1. Anspruchsinhaber: Beschäftigter

Nach § 5 Abs. 2 gehören zu den anspruchsberechtigten Beschäftigten neben den Arbeitnehmern u. a. auch die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten und die in Heimarbeit Beschäftigten.

Dieser Beschäftigtenbegriff umfasst sowohl die Beschäftigten der Privatwirtschaft als auch die Angestellten im öffentlichen Dienst

---

<sup>1</sup> Im Text wird – ohne jede Diskriminierungsabsicht – ausschließlich die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist mit einbezogen.

<sup>2</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des Gesetzes zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Männern und Frauen (EntgTranspG) vom 30. Juni 2017, Inkrafttreten gem. Art. 3 des Gesetzes am 6. Juli 2017.

des Bundes, der Länder und Kommunen, vgl. auch § 16. Die breite Definition des Beschäftigtenbegriffs orientiert sich am Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), §§ 6 Abs. 1 S. 1, 24 AGG.<sup>3</sup>

### a) Arbeitnehmer

Für den Arbeitnehmerbegriff enthält das EntgTranspG keine von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden Vorgaben. Arbeitnehmer ist daher, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zur Erbringung weisungsabhängiger Tätigkeiten in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist, § 611a BGB. Zu den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern im Sinne des § 5 Abs. 2 gehören demzufolge auch die **geringfügig und außertariflich vergüteten Beschäftigten**. Der Arbeitnehmerbegriff im EntgTranspG ist weit gefasst. Er erfasst auch **leitende Angestellte**, deren ausdrückliche Erwähnung beispielsweise im Rahmen der Verfahrensregelungen in § 13 Abs. 4 erfolgt.

### b) In Heimarbeit Beschäftigte sowie die ihnen Gleichgestellten

Beschäftigte im Sinne des EntgTranspG sind auch die in Heimarbeit Beschäftigten (§ 1 Abs. 1 HAG) sowie die ihnen wegen ihrer Schutzbedürftigkeit Gleichgestellten (§ 1 Abs. 2 HAG), § 5 Abs. 2 Nr. 6 EntgTranspG.

### c) Zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte

Das EntgTranspG stellt auf den weiten Begriff „Berufsbildung“ ab (nicht nur Berufsausbildung), um zu verdeutlichen, dass nicht allein die dem Berufsbildungsgesetz (BBiG) unterliegenden **Ausbildungsverhältnisse** einbezogen werden, sondern auch **Umschüler, Volontäre, Praktikanten** und andere Personen, die berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse oder Erfahrungen erwerben sollen, § 26 BBiG. Sie müssen sich dabei in einem dem Beschäftigungsverhältnis vergleichbaren Abhängigkeitsverhältnis befinden<sup>4</sup> und grundsätzlich einen Entgeltanspruch haben.

---

<sup>3</sup> BT-Drucks. 18/11133 S. 54.

<sup>4</sup> ErfK/Schlachter, § 6 AGG Rn. 2.

Zum Beispiel handelt es sich bei **Schülerpraktikanten** und Personen, die lediglich über einen Betreuungsvertrag (Bachelor-, Master- und Diplomandenverträge) verfügen, auf dessen Grundlage eine Abschlussarbeit geschrieben wird, **nicht** um Beschäftigte im Sinne des Gesetzes.

### HINWEIS

Der Studierende ist nicht anspruchsberechtigt, wenn er in der Hauptsache mit der Anfertigung seiner Studienarbeit im Betrieb beschäftigt ist. Wird er faktisch als Praktikant oder Arbeitnehmer eingesetzt, der nebenbei seine Abschlussarbeit schreibt, ist von einer Anwendbarkeit des EntgTranspG auszugehen. Werkstudenten und Schüler, die während der Semester-/Ferien auf Grundlage eines Arbeitsvertrages tätig sind, sind Arbeitnehmer.

**Dual Studierende** in den ausbildungsintegrierten Studiengängen erlangen eine abgeschlossene Berufsausbildung und haben daher den Status eines zur Berufsbildung Beschäftigten. Sie gehören damit zum anspruchsberechtigten Personenkreis nach dem EntgTranspG. Studenten praxisintegrierter dualer Studien fallen ebenfalls unter den persönlichen Anwendungsbereich des EntgTranspG, wenn sie einen Entgeltanspruch haben.

### d) Nicht: Arbeitnehmerähnliche Personen

**Arbeitnehmerähnlichen Personen (z. B. Handelsvertreter, Franchisenehmer, Freie Mitarbeiter)** gehören **nicht** zu den Arbeitnehmern im Sinne des EntgTranspG. Ihr Dienstverhältnis ist nicht durch eine persönliche Abhängigkeit geprägt.<sup>5</sup>

### e) Nicht: Zeitarbeitnehmer im Verhältnis zum Einsatzbetrieb

Bei **Zeitarbeitnehmern** handelt es sich im Hinblick auf den Einsatzbetrieb **nicht** um Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes. Der

---

<sup>5</sup> Während der Ressortbefassung waren arbeitnehmerähnliche Personen in § 5 Abs. 2 ausdrücklich genannt, wohingegen sie in dem Entwurf zur Kabinettsvorlage nicht mehr enthalten waren.

Entleiher ist nicht Arbeitgeber des Zeitarbeitnehmers und wird dem Verleiharbeitgeber auch nicht – wie in § 6 Abs. 2 S. 2 AGG – gleichgestellt.

**Persönlicher Anwendungsbereich – ausgewählte Beschäftigungsgruppen:**

Obergruppe	Untergruppe		Anspruchsberechtigung
Arbeitnehmer	Leitende Angestellte		ja
	AT-Beschäftigte		ja
	Zeitarbeitnehmer im Einsatzbetrieb		<b>nein</b>
Arbeitnehmerähnliche Personen			<b>nein</b>
In Heimarbeit Beschäftigte	Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende, diesen Gleichgestellte		ja
Zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte	Auszubildende		ja
	Praktikanten, Umschüler, Volontäre, Schüler	Bei Entgeltanspruch (z. B. Schülerferienjob)	ja
		Schülerpraktikant	<b>nein</b>
	Studierende, Dual Studierende	Bei Entgeltanspruch (z. B. Werkstudenten)	ja
		Nur Betreuungsvertrag für Abschlussarbeit	<b>nein</b>

**2. Anspruchsgegner: Arbeitgeber**

Nach § 5 Abs. 3 sind Arbeitgeber natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Absatz 2 beschäftigen. Sowohl die privaten als auch die öffentlichen Arbeitgeber werden in den Anwendungsbereich des Ge-

setzes einbezogen, vgl. § 16. Nach der Gesetzesbegründung richtet sich der Arbeitgeberbegriff nach der Definition des § 6 Abs. 2 AGG mit Ausnahme des Anwendungsfalles der Arbeitnehmerüberlassung.<sup>6</sup> Für die Stellung als Arbeitgeber kommt es allein auf die tatsächliche Beschäftigung an. Ob eine (wirksame) vertragliche Grundlage besteht ist unerheblich.<sup>7</sup>

Juristische Personen sind insbesondere Kapitalgesellschaften in Form einer AG, KGaA, GmbH oder SE. Daneben können z. B. auch eingetragene Vereine, rechtsfähige Stiftungen oder Genossenschaften Arbeitgeber i. S. d. Norm sein.

Rechtsfähige Personengesellschaften sind nach der Legaldefinition in § 14 Abs. 2 BGB Personengesellschaften, die mit den Fähigkeiten ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Hierzu zählen die OHG (§ 124 HGB), KG (§§ 161 Abs. 2, 124 HGB), Partnerschaftsgesellschaft (§§ 7 Abs. 2 PartGG, 124 HGB) und EWIV (Art. 1 Abs. 2 EWIV-VO). Da auch die GbR als Außengesellschaft teilrechtsfähig ist, gilt sie ebenfalls als Arbeitgeber im Sinne des EntGTranspG. Entsprechendes gilt für den nicht rechtsfähigen Verein (z. B. Gewerkschaft als Arbeitgeber).

Natürliche Personen gelten nur als Arbeitgeber, wenn sie selbst unmittelbar Beschäftigte i. S. v. Absatz 2 beschäftigen.

## HINWEIS

Die Unterscheidung zwischen „tarifgebundenen/tarifanwendenden“ Arbeitgebern (§ 5 Abs. 4 und 5) und „nicht tarifgebundenen/tarifanwendenden“ Arbeitgebern ist maßgeblich für bestimmte Erleichterungen bei der Erteilung der Auskunft.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> BT-Drucks. 18/11133 S. 55.

<sup>7</sup> ErfK/Schlachter, § 6 AGG Rn. 4, vgl. grundsätzlich zum Arbeitgeberbegriff: Bauer/Krieger AGG, § 6 Rn. 16ff.).

<sup>8</sup> Siehe unten III. 2. und 3.

### 3. Beschränkung auf Betriebe mit mehr als 200 Beschäftigten

Der Auskunftsanspruch besteht nach § 12 Abs. 1 nur für Beschäftigte nach § 5 Abs. 2 in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber.

#### a) Betriebsbezogenheit

Das Gesetz knüpft ausweislich seiner Begründung an eine im Betriebsverfassungsrecht anerkannte Betriebsgröße (§§ 9, 27 BetrVG – 201 Beschäftigte) für den Auskunftsanspruch an.<sup>9</sup> Es liegt daher nahe, hier zunächst auch die betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätze zum Betriebsbegriff heranzuziehen.

Der Schwellenwert bezieht sich auf den Betrieb und nicht auf das Unternehmen. Ein Betrieb ist die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder zusammen mit den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung des Eigenbedarfs erschöpfen. Dazu müssen die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für den oder die verfolgten arbeitstechnischen Zwecke zusammengefasst, geordnet, gezielt eingesetzt und die menschliche Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werden.<sup>10</sup>

Zum selben Betrieb gehören die Mitarbeiter unselbständiger Betriebsteile, § 4 BetrVG. Betriebe, die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 b BetrVG durch Tarifvertrag zusammengefasst sind, verlieren ihre bisherige Identität als betriebliche Einheiten nicht. Für den Betriebsbegriff in anderen Gesetzen ist die Zusammenfassung von Betrieben nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG bedeutungslos<sup>11</sup>. Die einzelnen Betriebe müssen daher für die Anwendung des

---

<sup>9</sup> BT-Drucks. 18/11133 S. 61.

<sup>10</sup> ErfK/Koch, § 1 BetrVG Rn. 8.

<sup>11</sup> ErfK/Koch, § 3 BetrVG Rn. 12.

Auskunftsanspruchs nach dem EntgTranspG jeweils separat den Schwellenwert erreichen.<sup>12</sup>

Die Schwellenwertberechnung erfährt im EntgTranspG jedoch eine Einschränkung durch das Kriterium „**bei demselben**“ Arbeitgeber.

Diese Einschränkung wird insbesondere relevant in **Gemeinschaftsbetrieben** mehrerer Unternehmen. Die Einschränkung ist so zu interpretieren, dass Gemeinschaftsbetriebe, die nur gemeinsam den Schwellenwert von mehr als 200 Beschäftigten erreichen, vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind. In gemeinsamen Betrieben mehrerer Unternehmen müssen daher sowohl der Betrieb selbst als auch der Vertragsarbeitgeber über mehr als 200 Beschäftigte verfügen<sup>13</sup>. Lassen sich nämlich die – bei den Entgeltbedingungen festgestellten – Unterschiede nicht auf ein und dieselbe Quelle (bei einem Arbeitgeber) zurückführen, so fehlt eine Einheit, die für die Ungleichbehandlung verantwortlich ist. Dann können Arbeit und Entgelt dieser Arbeitnehmer nicht auf der Grundlage dieser Bestimmungen miteinander verglichen werden.<sup>14</sup>

### BEISPIEL

Die X-GmbH mit 170 Beschäftigten und die Y-GmbH mit 100 Beschäftigten bilden zusammen einen Gemeinschaftsbetrieb mit 270 Beschäftigten. Es besteht kein Auskunftsanspruch, da in diesem Gemeinschaftsbetrieb keiner der beteiligten Arbeitgeber über mehr als 200 Beschäftigte verfügt.

<sup>12</sup> Nach a. A. gelten die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 b BetrVG zusammengefassten Betriebe als ein Betrieb, da das EntgTranspG an das Bestehen eines Betriebsrats in einem Betrieb anknüpft. Ist dieser nach den Vorgaben des BetrVG zuständig, gelte dies auch für die Aufgaben und Pflichten des Betriebsrats nach dem EntgTranspG.

<sup>13</sup> Vgl. auch Franzen, NZA 2017, 814; Kuhn/Schwindling, DB 2017, 785, 786.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 18/11133 S. 61, EuGH, Urteil vom 17. September 2002, C-320/00 Lawrence.

## b) In der Regel mehr als 200 Beschäftigte

Ausschlaggebend ist demnach die Zahl der Betriebsangehörigen<sup>15</sup>, die im Allgemeinen kennzeichnend für den Betrieb ist. Werden Personen nicht ständig, sondern nur zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils des Jahres (6 Monate) in dem Betrieb tätig sind.<sup>16</sup> Vorübergehende Schwankungen bleiben außer Betracht. Es wird die Anzahl der Beschäftigten zugrunde gelegt, die unter normalen betrieblichen Verhältnissen üblicherweise beschäftigt werden.<sup>17</sup> Für die Berechnung der Beschäftigtenzahl verweist die Gesetzesbegründung unter Bezugnahme auf § 5 Abs. 2 auf § 5 BetrVG.<sup>18</sup>

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Beschäftigtengrenze von 200 Beschäftigten an die Beschäftigtenzahl für das Einblicksrecht des Betriebsrats gemäß § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG anknüpft, jedoch über die Erwähnung des § 5 Abs. 2 in der Gesetzesbegründung die Anspruchsberechtigung nach dem EntgTranspG Berücksichtigung finden soll, ergibt sich in Anlehnung an die betriebsverfassungsrechtlichen Grundlagen folgende Einzelfallbetrachtung:

- **Teilzeitarbeitnehmer** zählen nach Köpfen.<sup>19</sup>
- **Arbeitnehmer in Saisonbetrieben** zählen mit, sofern die Saison die Dauer von sechs Monaten überschreitet.<sup>20</sup>
- Bei der befristeten Einstellung von **Vertretungskräften** für zeitweilig ausfallendes Stammpersonal sind nur diese zu berücksichtigen.<sup>21</sup> So sind Arbeitnehmer, die in der Elternzeit, vgl. dazu § 21 Abs. 7 BEEG, oder zur Kinderbetreuung freigestellt sind, neben dem für sie eingestellten Vertreter daher nicht zusätz-

---

<sup>15</sup> BAG Beschluss vom 18. Januar 1989 – 7 ABR 21/88.

<sup>16</sup> BAG Beschluss vom 7. Mai 2008 – 7 ABR 17/07.

<sup>17</sup> ErfK/Koch, § 9 BetrVG Rn. 1.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 18/11133 S. 61.

<sup>19</sup> LAG Hamm Beschluss vom 11. Mai 1979 – 3 TaBV 9/79.

<sup>20</sup> BAG Urteil vom 16. November 2004 – 1 AZR 642/03.

<sup>21</sup> BAG Beschluss vom 15. März 2006 – 7 ABR 39/05.

lich zu berücksichtigen. Dieses „**Verbot der Doppelzählung**“ gilt auch dann, wenn der Vertreter unbefristet eingestellt wurde.<sup>22</sup>

- Arbeitnehmer, die sich in der **Freistellungsphase** ihrer **Alters-  
teilzeit** befinden, sind bei der Berechnung nicht zu berücksichtigen, da sie im Anschluss an die Freistellungsphase nicht wieder zurück in den Betrieb kehren.
- Personen, die im Rahmen von **Werk- oder Dienstverträgen** im Betrieb sind, werden bei der Berechnung nicht berücksichtigt.
- Auch **Freie Mitarbeiter**, also Soloselbstständige, zählen bei den Schwellenwerten nicht mit.<sup>23</sup>
- **Arbeitnehmerähnliche Personen** sind nicht mitzuzählen.
- **Zeitarbeitnehmer** sind wegen der fehlenden Anspruchsbe-  
rechtigung nach § 5 Abs. 2 und die Bezugnahme in der Gesetz-  
esbegründung auf § 5 Abs. 2 nach dem Willen des Gesetz-  
gebers für die Betriebsgröße nicht zu berücksichtigen. Die  
Vergütung der Zeitarbeitnehmer spielt für Fragen der Ent-  
geltgleichheit im Einsatzbetrieb keine Rolle. Zeitarbeitnehmer  
wurden bewusst vom Anwendungsbereich ausgenommen<sup>24</sup>.

## HINWEIS

Es ist im Ergebnis davon auszugehen, dass wegen des bestehenden Auskunftsanspruchs der **leitenden Angestellten**, diese auch bei der Schwellenwertberechnung zu berücksichtigen sind. Bei wörtlicher Anwendung des § 5 BetrVG wären leitende Angestellte jedoch nicht mitzuzählen. Kommt es für die Berechnung des Schwellenwerts im konkreten Einzelfall auf die leitenden Angestellten tatsächlich an, ist das Risiko der Nichtberücksichtigung der leitenden Angestellten sorgfältig abzuwägen, insbesondere die möglichen Sanktionen eines verweigerten Auskunftsanspruches.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> LAG Düsseldorf Beschluss vom 26. Juli 2000 – 12 TaBV 35/00, a.A. LAG Hamm, Beschluss vom 18. März 1998 – 3 TaBV 42/98, Beschluss vom 19. August 1998 – 3 TaBV 30/98.

<sup>23</sup> LAG Hamburg, Beschluss vom 26. April 2012 – 7 TaBV 14/11.

<sup>24</sup> Vgl. oben unter A.I.1.e) und I.2.

<sup>25</sup> Vgl. unten unter A.III.2./3.d).