

# **Rechtsgutachten**

## **„Einkommenstransparenz versus Datenschutz, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse“**

erstellt von

Univ.-Prof. Mag. Dr. Elias Felten

Universität Linz/Universität Salzburg

Linz/Salzburg

Oktober 2017

## Offenlegung

Das vorliegende Gutachten wurde im Auftrag der AK Wien, Abteilung Frauen und Familie, auf Grundlage eines Fragenkatalogs erstellt und soll drei unterschiedliche Ebenen der rechtlichen Durchsetzung geschlechtsbezogener Entgeltdiskriminierung beleuchten:

- 1) **Die individuelle Ebene:** Es soll untersucht werden, welche Möglichkeiten und Rechte der einzelne Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin in Bezug auf den Einkommensbericht gem § 11a GIBG und im Zusammenhang mit der Verfolgung einer allfälligen Entgeltdiskriminierung hat.
- 2) **Die kollektive Ebene:** Im Mittelpunkt steht die Frage, welche Rechte dem Betriebsrat gem § 11a GIBG in Bezug auf den Einkommensbericht zukommen und wie sich diese zu den bestehenden Rechten und Befugnissen, aber auch Pflichten – insbesondere der Verschwiegenheitspflicht – des Betriebsrates nach dem ArbVG verhalten.
- 3) **Die Ebene des Rechtsschutzes:** Dieser Fragenkreis beschäftigt sich mit den Rechten und Möglichkeiten der Gleichbehandlungsanwaltschaft bzw Gleichbehandlungskommission in Bezug auf den Einkommensbericht gem § 11a GIBG im Falle einer vermuteten Entgeltdiskriminierung.

Das Ziel des Gutachtens ist es, unter Bezugnahme auf alle drei Ebenen sowie den Datenschutz rechtliche Spielräume aufzuzeigen, um Einkommenstransparenz und diskriminierungsfreie Entlohnung effektiv durchzusetzen.

Das Gutachten wurde zu einem Zeitpunkt verfasst als noch das DSG 2000 in Geltung war. Mit 25.5.2018 tritt die Datenschutzgrundverordnung (DSG-VO) in Kraft, die das DSG 2000 ablösen wird. Der datenschutzrechtliche Teil geht zwar auch auf die neue Rechtslage ein, beschäftigt sich aber schwerpunktmäßig mit dem DSG 2000. Inhaltlich wird sich durch das Inkrafttreten der DSG-VO nichts an den gewonnen Erkenntnissen ändern. Dennoch ist geplant, den datenschutzrechtlichen Teil des Gutachtens im Rahmen einer zweiten Auflage zu aktualisieren und an die neue Rechtslage anzupassen.



## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
I. Der Einkommensbericht gem § 11a GIBG .....	4
1. Allgemeines.....	4
2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich .....	6
3. Inhalt des Einkommensberichts .....	9
4. Adressaten des Einkommensberichts .....	12
a. Unternehmen und Betriebe mit einem Organ der Arbeitnehmerschaft.....	12
b. Unternehmen und Betriebe ohne Organ der Arbeitnehmerschaft.....	14
c. Zusammenfassung.....	16
II. Verschwiegenheitspflichten im Zusammenhang mit dem Einkommensbericht .....	17
1. Allgemeines.....	17
2. Umfang und Reichweite der Verschwiegenheitspflicht des Betriebsrates.....	19
a. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht .....	19
b. Ist der Inhalt des Einkommensberichts ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis?..	20
b.a. Weitergabe an Betriebsangehörige.....	22
b.b. Weitergabe an Betriebsfremde .....	24
c. Bestimmung der Reichweite der Verschwiegenheitspflicht im Wege einer Interessenabwägung? .....	25
d. Schlussfolgerungen zu Umfang und Reichweite der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht.....	28
3. Umfang und Reichweite der Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin.....	31
a. Anwendungsbereich und Wirkung der individualrechtlichen Verschwiegenheitspflicht .....	31
b. Ausnahmen von der individualrechtlichen Verschwiegenheitspflicht.....	34
III. Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Verfolgung vermuteter Entgeltdiskriminierungen .....	36
1. Zur Bedeutung des Einkommensberichts.....	36
2. Recht des Betriebsrates auf Einsicht der Gehaltsunterlagen .....	38
3. Weitergabe konkreter Gehaltsdaten durch den Betriebsrat.....	40
a. an AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft, Gleichbehandlungskommission, Arbeits- und Sozialgerichte .....	40
a.a. Betriebsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen .....	40
a.b. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen.....	41
a.c. Zusammenfassung und zukünftige Rechtslage.....	45
b. an den einzelnen Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin .....	46
b.a. Betriebsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen .....	46
b.b. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen.....	48
b.c. Zusammenfassung .....	49
4. Weitergabe konkreter Gehaltsdaten durch die Arbeitnehmerin/den Arbeitnehmer .....	50
5. Weitergabe konkreter Gehaltsdaten durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft .....	51
a. an die Gleichbehandlungskommission.....	52
b. an AK, ÖGB, Betriebsrat .....	52
c. an einzelne Arbeitnehmerinnen.....	53
IV. Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse.....	56

## **I. Der Einkommensbericht gem § 11a GIBG**

### **1. Allgemeines**

Gem § 11a Abs 1 GIBG sind „Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen“, die eine bestimmte gesetzlich festgelegte Anzahl von „Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen“ – konkret mehr als 150 – beschäftigen, verpflichtet, alle zwei Jahre einen sogenannten „Einkommensbericht“ zu erstellen. Der Zweck dieses Einkommensberichts ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Er dient dazu, eine innerbetriebliche Entgeltanalyse vorzunehmen, die geschlechterspezifische Unterschiede bei der Entlohnung zu Tage fördern soll. Aus diesem Grund ist im Rahmen des Berichts das Durchschnitts- oder Medianarbeitsentgelt der Frauen jenem der Männer gegenüberzustellen und zwar für das jeweilige Kalenderjahr und für die jeweiligen kollektivvertraglichen oder betrieblichen Verwendungsgruppen und Verwendungsgruppenjahre. Allerdings darf der Bericht gem § 11a Abs 2 GIBG keinerlei Rückschlüsse auf Einzelpersonen zulassen. Deshalb ist er in anonymisierter Form zu erstellen. Dadurch soll dem Datenschutz der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen des Betriebes Rechnung getragen werden.<sup>1</sup>

Der Einkommensbericht ist grundsätzlich für die innerbetriebliche Verwendung bestimmt. Gem § 11a Abs 3 GIBG ist der Bericht dem Zentralbetriebsrat, wenn ein solcher nicht existiert, dem Betriebsausschuss oder, wenn ein solcher ebenfalls nicht existieren sollte, dem Betriebsrat zu übermitteln. Das zuständige Organ der Arbeitnehmerschaft kann in weiterer Folge eine Beratung mit dem Betriebsinhaber verlangen und im Rahmen seiner Tätigkeit Auskunft an die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen über die für sie relevanten Inhalte des Einkommensberichts erteilen. Sollte im fraglichen Betrieb überhaupt keine oder zumindest für eine Belegschaftsgruppe keine Interessenvertretung existieren, ist der Einkommensbericht an einem allen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zugänglichen Ort aufzulegen und darauf innerbetrieblich hinzuweisen. Dieser Anspruch auf Erstellung und Übermittlung bzw Information ist gem § 11a Abs 6 GIBG gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin gerichtlich durchsetzbar.

Nach § 11a Abs 4 GIBG sind die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen des Betriebs zur Verschwiegenheit über den Inhalt des Einkommensberichts verpflichtet. Ein Verstoß gegen diese ausdrücklich normierte Verschwiegenheitspflicht stellt einen Verwaltungsstraftatbestand dar, der von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde mit einer

---

<sup>1</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 7.

Geldstrafe von bis zu Euro 360 zu ahnden ist. Unter gewissen Umständen kann die Behörde allerdings von der Verhängung einer Strafe absehen. Diese Verschwiegenheitspflicht steht freilich gem § 11a Abs 4 GIBG der Einholung von Rechtsauskünften oder Rechtsberatung durch Interessenvertretungen und sonstige Personen oder Einrichtungen, die ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, sowie der Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung von Ansprüchen nach dem GIBG oder vor der Gleichbehandlungskommission nicht entgegen.

**Ziel dieses Einkommensberichts** gem § 11a GIBG ist es laut den Materialien, **innerbetriebliche Entgelttransparenz** zu schaffen.<sup>2</sup> Als Konsequenz müssen die Entgeltberichte im Betrieb bzw Unternehmen veröffentlicht werden. Auf diese Weise sollen Arbeitnehmerinnen Kenntnis über relevante innerbetriebliche Einkommensunterschiede im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen erlangen, und damit das notwendige Rüstzeug erhalten, um eine allfällige Entgeltdiskriminierung entweder gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin oder gerichtlich geltend zu machen. Laut den Materialien zur maßgeblichen GIBG-Novelle ist „eine erhöhte Transparenz der Gehälter im Unternehmen [...] eine unerlässliche Voraussetzung dafür, innerbetrieblicher Entgeltdiskriminierung entgegenzuwirken und damit einen Beitrag zur Verringerung der Entgeltunterschiede zu leisten.“<sup>3</sup>

Die **Verringerung der Entgeltunterschiede zwischen Männern und Frauen ist nicht nur aus frauen- und sozialpolitischer sowie volkswirtschaftlicher Sicht geboten**. Vielmehr besteht eine **rechtliche Verpflichtung** des österreichischen Gesetzgebers Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen herzustellen. Gem **Art 157 AEUV** (ex Art 141 EGV) ist Österreich verpflichtet, „die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit“ sicherzustellen. Hierbei handelt es sich um einen tragenden Grundsatz der Europäischen Union, der bereits seit den Gründungsverträgen primärrechtlich verankert ist und auf Grund seiner Bedeutung auch gegenüber Privaten unmittelbare Geltung entfaltet. Das heißt, dass der österreichische Gesetzgeber den bestehenden Entgeltunterschieden in der Privatwirtschaft nicht gleichgültig gegenüberstehen darf, sondern primärrechtlich dazu verpflichtet ist, konkrete Maßnahmen zu setzen, um diese zu verringern bzw auszugleichen. Welche Mittel zu diesem Zweck eingesetzt werden, steht im sozialpolitischen Ermessensspielraum des Gesetzgebers. Aus den Materialien zur GIBG-Novelle BGBl I 2011/7 ergibt sich klar, dass der Einkommensbericht gem § 11a

---

<sup>2</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 1.

<sup>3</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 3.

GIBG als eine solche Maßnahme gedacht war, um die von Art 157 AEUV geforderte Sicherstellung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleich(wertig)er Arbeit zu gewährleisten.<sup>4</sup>

## 2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Die Verpflichtung zur Erstellung eines Einkommensberichts trifft gem § 11a Abs 1 GIBG „jeden Arbeitgeber/jede Arbeitgeberin, der/die dauernd die in § 63 Abs 6 festgelegte Anzahl von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen“ beschäftigt. Die Anwendbarkeit des § 11a GIBG hängt also zum einen davon ab, ob „Arbeitgeberinneneigenschaft“ gegeben ist, zum anderen davon, dass eine bestimmte Anzahl von „Arbeitnehmern“ und „Arbeitnehmerinnen“ beschäftigt wird. Die Verwendung des Begriffs „Arbeitgeber/Arbeitgeberin“ legt nahe, dass damit der **arbeitsvertragliche Arbeitgeber/die arbeitsvertragliche Arbeitgeberin**, sprich der Vertragspartner/die Vertragspartnerin des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, gemeint ist. Das Gesetz spricht anders als bspw das ArbVG nicht von „Betriebsinhaber“. Darüber hinaus ist auch der sachliche Anwendungsbereich des § 11a GIBG nicht auf den Betrieb iSd § 34 ArbVG beschränkt. Das ergibt sich unmittelbar aus der Zuständigkeit des Zentralbetriebsrats auf Arbeitnehmerinnenseite (vgl § 11a Abs 3 GIBG). Zentralbetriebsräte können lediglich auf Unternehmensebene eingerichtet werden. Ihr Widerpart ist nicht der Betriebsinhaber/die Betriebsinhaberin, sondern die Unternehmensleitung. Darin ist ein zusätzliches Argument dafür zu sehen, dass § 11a GIBG der arbeitsvertragliche Arbeitgeberinnenbegriff zu Grunde zu legen ist. Eine gewisse Einschränkung ergibt sich freilich aus § 1 GIBG: Arbeitgeberinnen iSd § 11a GIBG können nur solche sein, die auch vom Anwendungsbereich des § 1 GIBG erfasst sind. § 11a Abs 1 GIBG ist demnach gemeinsam mit § 1 GIBG zu lesen.

Dieses Verständnis des Arbeitgeberinnenbegriffs lässt darüber hinaus Rückschlüsse auf den **Begriff des „Arbeitnehmers“/der „Arbeitnehmerin“** zu. Auch in diesem Fall wird der **arbeitsvertragliche Begriff des § 1151 ABGB** und nicht jener des § 36 ArbVG maßgeblich sein.<sup>5</sup> Gegenteiliges vertritt, soweit ersichtlich, lediglich *Firlei*.<sup>6</sup> Er leitet aus dem Umstand, dass in § 11a GIBG der Ausdruck „Beschäftigte“ zu finden ist, ab, dass der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich sein soll.<sup>7</sup> Tatsächlich ist dort aber lediglich die Rede von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, die „beschäftigt“ werden,

---

<sup>4</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 3.

<sup>5</sup> Ebenso *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 11a Rz 16.

<sup>6</sup> *Firlei*, Entgelttransparenz ultralight – der Einkommensbericht gem § 11a GIBG, DRdA 2011, 239.

<sup>7</sup> *Firlei*, Entgelttransparenz ultralight – der Einkommensbericht gem § 11a GIBG, DRdA 2011, 239.

sowie von „Teilzeitbeschäftigten“. Bei letzterem Begriff handelt es sich um einen terminus technicus, der keinerlei Bezug zum Betriebsverfassungsrecht hat.

Damit verbleibt als einziges Argument, dass dem Betriebsrat eine zentrale Rolle im Umgang mit dem Einkommensbericht zukommt. Der Betriebsrat hat in diesem Zusammenhang allerdings keine Monopolstellung. Sollte eine Belegschaftsvertretung nicht existieren, so hat der einzelne Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin gem § 11a Abs 3 GIBG ein Einsichtsrecht. In diesem Fall ist mangels Anwendbarkeit des ArbVG klar, dass der arbeitsvertragliche Arbeitnehmerinnenbegriff gemeint ist. Die Auslegung von *Firlei* hätte also zur Folge, dass je nachdem, ob eine Belegschaftsvertretung im Betrieb existiert oder nicht, unterschiedliche Arbeitnehmerinnenbegriffe § 11a GIBG zur Grunde zu legen wären. Ein solch komplexes Begriffsverständnis kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

Hinzu kommt, dass auch bezüglich des Arbeitnehmerinnenbegriffs der Regelungszusammenhang maßgeblich erscheint. Grundsätzlich erscheint es plausibel, dass derjenige zur Erstellung eines Einkommensberichts verpflichtet ist, der auch das Entgelt zahlt und damit eine allfällige Entgeltdiskriminierung begeht. Das legt nahe, dass es um das vertragliche Band zwischen den beteiligten Personen und nicht um die faktische Beschäftigung geht. Wohl zu Recht sind daher überlassene Arbeitskräfte nicht miteinzubeziehen.<sup>8</sup> Darüber hinaus liegt dem GIBG als solches zweifelsfrei der individualarbeitsrechtliche und nicht der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerinnenbegriff zu Grunde.<sup>9</sup> Weshalb für § 11a GIBG anderes gelten sollte, ist nicht einleuchtend und kann auf Grund der Wortwahl auch nicht unterstellt werden. **Das heißt, dass § 1 GIBG auch zur inhaltlichen Determinierung des Arbeitnehmerinnenbegriffes des § 11a Abs 1 GIBG heranzuziehen ist.**

Damit stellt sich allerdings die Frage, ob tatsächlich nur Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen iSd § 1151 ABGB erfasst werden oder ob auch arbeitnehmerähnliche Personen, insbesondere freie Dienstnehmer und freie Dienstnehmerinnen iSd § 4 Abs 4 ASVG, zu berücksichtigen sind. Denn nach § 1 Abs 3 GIBG gelten für den Anwendungsbereich des GIBG „Beschäftigungsverhältnisse von arbeitnehmerähnlichen Personen“ als „Arbeitsverhältnisse“. Gegen die Einbeziehung freier Dienstnehmerinnen könnte das bereits von *Firlei* bekannte Argument vorgebracht werden, dass dem Betriebsrat nach § 11a Abs 3 GIBG eine Schlüsselfunktion zukommt und dieser nach hA<sup>10</sup> – selbst unter

---

<sup>8</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 11a Rz 16; Rosenmayr/Sacherer, Gleichbehandlungsgesetz 2011 – Die wichtigsten Neuerungen im Überblick, ZAS 2011, 54.

<sup>9</sup> S bloß Rebhahn in Rebhahn (Hrsg), GIBG § 1 Rz 24.

<sup>10</sup> Gahleitner in Gahleitner/Mosler (Hrsg), ArbVGR II<sup>5</sup> § 36 Rz 9 mwN.

Zugrundelegung des weiten betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerinnenbegriffs – für freie Dienstnehmerinnen nicht zuständig ist.<sup>11</sup> Allerdings wurde bereits dargelegt, dass eine solche auf den Betriebsrat ausgerichtete Interpretation des § 11a GIBG zu kurz greift und deshalb nicht zu überzeugen vermag. Auch aus dem Umstand, dass bzgl des Inhalts des Einkommensberichts vorrangig auf die kollektivvertraglichen Verwendungsgruppen abgestellt wird, kann nicht auf einen Ausschluss freier Dienstnehmerinnen geschlossen werden. Zwar ist es richtig, dass freie Dienstnehmerinnen nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des § 1 ArbVG und damit von Kollektivverträgen fallen.<sup>12</sup> Der Gesetzgeber hat aber in § 11a Abs 1 GIBG durchaus auch Vorkehrung für den Fall getroffen, dass kein Kollektivvertrag zur Anwendung kommt und zwar unabhängig davon, weshalb. Mit anderen Worten: Die Anwendbarkeit des § 11a GIBG setzt nicht die Geltung eines Kollektivvertrags voraus. Für die freien Dienstnehmerinnen und freien Dienstnehmer könnte demnach im Rahmen des Einkommensberichts durchaus eine eigene Tätigkeitsgruppe iSd § 11a Abs 1 GIBG gebildet werden.<sup>13</sup>

Gegen die Einbeziehung freier Dienstnehmerinnen könnte deshalb allenfalls sprechen, dass in § 11a Abs 1 GIBG nicht bloß von „Arbeitsverhältnissen“ die Rede ist – auf diesen Begriff stellt ja § 1 Abs 3 GIBG ab –, sondern ausdrücklich von „Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen“, die vom Arbeitgeber/der Arbeitgeberin „beschäftigt“ werden.<sup>14</sup> Das erscheint beachtlich. Denn in § 3 GIBG wird bspw der Begriff „Arbeitsverhältnis“ und nicht der des „Arbeitnehmers“/der „Arbeitnehmerin“ verwendet. Dasselbe gilt für § 6 und § 7 GIBG. Der Gesetzgeber des GIBG scheint also in seiner Wortwahl bewusst zu differenzieren. Ob er damit aber auch derart weitreichende inhaltliche Konsequenzen verbunden wissen wollte, darf dennoch bezweifelt werden. Denn die Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen geht auf unionsrechtliche Vorgaben zurück, insbesondere auf die RL 76/207, die in der RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen<sup>15</sup> aufgegangen ist. Diese RL bezieht sich ihrem Titel nach nicht nur auf „Arbeitsverhältnisse“, sondern auch auf „Beschäftigungsverhältnisse“ und hat gem Art 1 lit b die Verwirklichung von Gleichbehandlung auch in Bezug auf „Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts“ zum Regelungsinhalt. Dass der Grundsatz der Gleichbehandlung auch auf selbständige

---

<sup>11</sup> IdS vor allem *Schrank*, Die geschlechtsdifferenzierende Entgeltberichtspflicht größerer Arbeitgeber gem § 11a GIBG, RdW 2011, 542.

<sup>12</sup> *Mosler* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), ArbVGR II<sup>5</sup> § 1 Rz 10 mwN

<sup>13</sup> IdS auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 11a Rz 16.

<sup>14</sup> IdS wohl *Schrank*, RdW 2011, 542.

<sup>15</sup> ABl L 204/23.



Beschäftigungsverhältnisse Anwendung findet, war bereits nach der RL 76/207 anerkannt.<sup>16</sup> Damit ist nach den unionsrechtlichen Vorgaben Entgeltgleichbehandlung auch bei bestimmten selbständigen Beschäftigungsverhältnissen herzustellen. Das ist deshalb von Bedeutung, weil der Gesetzgeber durch die Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in den Anwendungsbereich des § 1 GIBG genau diesen Vorgaben entsprechen wollte.<sup>17</sup>

Diese gesetzgeberische Intention ist auch für die Auslegung des persönlichen Anwendungsbereichs des § 11a Abs 1 GIBG maßgeblich; vor allem deshalb, weil es sich beim Einkommensbericht um ein zentrales Instrument zur Herstellung von Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen handelt. Insbesondere aus teleologischen Überlegungen wird man daher den **Begriff des „Arbeitnehmers“/der „Arbeitnehmerin“ in § 11a Abs 1 GIBG** entsprechend dem persönlichen Anwendungsbereich des § 1 GIBG weit auslegen dürfen, so dass dieser auch arbeitnehmerähnliche Personen, insbesondere **freie Dienstnehmer und freie Dienstnehmerinnen iSd § 4 Abs 4 ASVG, miteinschließt.**<sup>18</sup>

### 3. Inhalt des Einkommensberichts

Der Zweck des Einkommensberichts besteht gem § 11a Abs 1 GIBG darin eine „Entgeltanalyse“ vorzunehmen und zwar im Hinblick auf etwaige geschlechterspezifische Unterschiede zwischen Männern und Frauen. Konkret geht es darum, zu ermitteln, ob der Grundsatz gleiches Entgelt für gleiche bzw gleichwertige Arbeit eingehalten wird.

Aus diesem Grund sind zum einen die Anzahl der Frauen und die Anzahl der Männer getrennt nach jeder kollektivvertraglichen Verwendungsgruppe und unter Berücksichtigung der kollektivvertraglichen Verwendungsgruppenjahre auszuweisen. Der Begriff „Anzahl“ meint in diesem Zusammenhang „Köpfe“, unabhängig vom Beschäftigungsausmaß. Konkrete Namen bestimmter Personen dürfen in diesem Zusammenhang nicht angeführt werden. Gem § 11a Abs 2 GIBG ist der Bericht in „anonymisierter Form“ zu erstellen. Das heißt, dass er keinerlei Rückschlüsse auf konkrete Personen zulassen darf; weder direkt – zB über die Angabe von Namen – noch indirekt – zB über die Angabe von Funktionen. Letzteres kann in jenen Fällen zu Problemen führen, in denen innerhalb einer Verwendungsgruppe nur sehr wenige Personen beschäftigt werden. Nach den Materialien zum GIBG lässt erst eine Gruppe

---

<sup>16</sup> EuGH 165/82, *Kommission vs Vereinigtes Königreich*, Slg 1983, 3431.

<sup>17</sup> RV 307 BlgNR 22. GP, 9.

<sup>18</sup> *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 11a Rz 16; *Rosenmayr/Sacherer*, Gleichbehandlungsgesetz 2011 – Die wichtigsten Neuerungen im Überblick, ZAS 2011, 54; *Eigner/Körber-Risak*, Der Arbeitgeberbegriff des § 11a GIBG – Wer ist Adressat der Berichtslegungspflichten im Unternehmen und Konzern, *ecolex* 2011, 596 f.

von mehr als drei Personen **keinerlei Rückschlüsse mehr auf konkrete Einzelpersonen** zu. Sollten also in einer Verwendungsgruppe weniger als drei Personen beschäftigt sein, so ist diese im Zweifel nicht in den Bericht aufzunehmen, da ansonsten die von § 11a Abs 2 GIBG geforderte Anonymisierung nicht gegeben wäre. Denn die Gliederung des Berichts nach Verwendungsgruppen und Verwendungsgruppenjahren ist gem § 11a Abs 1 Z 1 und Z 2 GIBG zwingend vorzunehmen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass tatsächlich gleiche bzw gleichwertige Arbeitsplätze verglichen werden. Sollte kein Kollektivvertrag zur Anwendung kommen oder es keine Verwendungsgruppen geben, ist daher eine andere Untergliederung – zB nach Funktions- oder Tätigkeitsgruppen – vorzunehmen, die geeignet ist, Vergleichbarkeit herzustellen.

Zum anderen ist innerhalb der einzelnen Vergleichsgruppen das jeweilige „Durchschnitts- oder Medianarbeitsentgelt“, getrennt nach Männern und Frauen, im Kalenderjahr anzugeben. Wie bereits die Rechnungshofberichte belegen, ist selbst innerhalb einer Verwendungsgruppe die Vergleichbarkeit der Entgeltsituation zwischen Männern und Frauen nur schwer herzustellen. Da Frauen überproportional in Teilzeit arbeiten und deshalb weniger als ihre männlichen Kollegen in Vollzeit verdienen, kommt es zu Verzerrungseffekten.<sup>19</sup> Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber in § 11a Abs 1 GIBG angeordnet, dass das Arbeitsentgelt von Teilzeitbeschäftigten auf jenes einer Vollzeitbeschäftigung hochzurechnen ist. Dasselbe gilt für den Fall, sollte ein Beschäftigungsverhältnis unterjährig beendet worden sein.

Die Materialien zu § 11a GIBG gehen freilich noch einen Schritt weiter. Dort findet sich der Hinweis, dass die Durchschnitts- oder Medianentgelte überhaupt „arbeitszeitbereinigt“ anzugeben seien. Beziehen Vollzeitbeschäftigte eine Überstundenpauschale sei diese daher bei der Umrechnung des Entgelts einer Teilzeitbeschäftigten nicht zu berücksichtigen.<sup>20</sup> In der L wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass Überstunden- und Mehrarbeitszuschläge sowie Überstundenpauschalen überhaupt nicht einzubeziehen seien.<sup>21</sup> Aus den Materialien lässt sich dies freilich nicht ableiten. Tatsächlich hängt die Antwort auf diese Frage primär davon ab, was unter dem Begriff des „Arbeitsentgelts“ iSd § 11a Abs 1 GIBG zu verstehen ist und welche Entgeltbestandteile davon erfasst werden.

Der arbeitsrechtliche Entgeltbegriff ist grundsätzlich denkbar weit. Er erfasst alle finanziellen Zuwendungen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, unabhängig von ihrer Form und Rechtsgrundlage, an den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin für die Zurverfügungstellung

---

<sup>19</sup> Vgl bloß Pkt I.

<sup>20</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 7.

<sup>21</sup> *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 11a GIBG Rz 2; ebenso *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 11a Rz 16 und *Rosenmayr/Sacherer*, ZAS 2011, 55.

seiner/ihrer Arbeitskraft.<sup>22</sup> Allerdings will *Schrank* den Entgeltbegriff im Anwendungsbereich des § 11a GIBG enger fassen und zwar mit der Begründung, dass dort nicht bloß von „Entgelt“, sondern von „Arbeitsentgelt“ die Rede ist.<sup>23</sup> Diese einschränkende Interpretation des Entgeltbegriffs vermag freilich nicht zu überzeugen. Zum einen, weil der Gesetzgeber in § 11a Abs 1 GIBG neben dem Begriff des „Arbeitsentgelts“ auch jenen des „Einkommens“ (arg „Einkommensbericht“) und des „Entgelts“ (arg „Entgeltanalyse“) verwendet. Es scheint klar zu sein, dass damit nicht jeweils Unterschiedliches gemeint ist. Vielmehr werden die Begriffe als Synonyme verwendet. Folglich kann aus der Wortwahl „Arbeitsentgelt“ anstelle von „Entgelt“ nicht auf einen engeren Begriffsinhalt geschlossen werden. Zum anderen steht dem der Umstand entgegen, dass der Zweck des § 11a GIBG darin besteht, Entgelttransparenz herzustellen, um auf diesem Weg den Vorgaben des Art 157 AEUV gerecht zu werden. In Bezug auf letztere Bestimmung ist jedoch ebenfalls anerkannt, dass dieser ein denkbar weiter Entgeltbegriff zu Grunde liegt.<sup>24</sup> Für eine einschränkende Interpretation des Entgeltbegriffs des § 11a GIBG gibt es demnach keinerlei Anhaltspunkt. Es ist daher davon auszugehen, dass der weite **arbeitsrechtliche Entgeltbegriff** zur Anwendung kommt.<sup>25</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es freilich nicht nachvollziehbar, weshalb Mehrstunden- und Überstundenentgelt oder gar Überstundenpauschalen und All-In-Verträge nicht vom Einkommensbericht erfasst sein sollten. Es steht außer Streit, dass es sich dabei um Entgelt iSd Arbeitsrechts handelt. Darüber hinaus kann auch eine auffällige, geschlechtsspezifische Häufung von Überstunden, Überstundenpauschalen oder All-In-Gehältern ein Indiz für eine (strukturelle) Entgeltdiskriminierung sein. Jedenfalls führt sie aber zu Entgeltunterschieden. Auch aus funktionaler Sicht gibt es also keinen Grund, diese Entgeltbestandteile auszunehmen. Das fordern im Übrigen auch die Materialien nicht. Dort wird lediglich darauf hingewiesen, dass Überstundenpauschalen im Rahmen der Umrechnung des Entgelts von Teilzeit auf Vollzeit nicht zu berücksichtigen sind.<sup>26</sup> Das heißt nicht, dass sie nicht im Bericht auszuweisen wären. Tatsächlich vertritt selbst *Schrank* die Ansicht, dass Überstundenentgelt sowie Pauschalen jedweder Art und All-In-Entgelt mitaufzunehmen sind.<sup>27</sup> Allerdings kann es durch deren Aufnahme zu Verzerrungseffekten kommen, die nicht geschlechtsspezifisch sind. Das rechtfertigt zwar nicht deren gänzliche Ausnahme, wohl aber mit *Schrank* die

---

<sup>22</sup> *Löschnigg, Arbeitsrecht*<sup>12</sup> (2015) 326 mwN.

<sup>23</sup> *Schrank, RdW* 2011, 545.

<sup>24</sup> *Kucsko-Stadlmayer/Kuras* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 157 AEUV Rz 56 ff.

<sup>25</sup> *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 11a Rz 28; *Firlei*, DRdA 2011, 240.

<sup>26</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 7.

<sup>27</sup> *Schrank, RdW* 2011, 545.

Kenntlichmachung dieses Effekts im Rahmen einer Zusatzdarstellung – zB gegliedert nach Entgeltarten.<sup>28</sup>

Da der weite arbeitsrechtliche Entgeltbegriff zur Anwendung kommt, sind somit lediglich Aufwandsentschädigungen nicht in den Einkommensbericht aufzunehmen.

#### **4. Adressaten des Einkommensberichts**

Der Einkommensbericht gem § 11a GIBG ist grundsätzlich nicht für die Öffentlichkeit, sondern für innerbetriebliche Zwecke gedacht. Primär geht es darum, die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen über die Entgeltsituation im Betrieb bzw Unternehmen aufzuklären. Das ergibt sich klar aus dem Adressatenkreis des Berichts. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber danach differenziert, ob im Betrieb ein Organ der Arbeitnehmerschaft existiert oder nicht.

##### **a. Unternehmen und Betriebe mit einem Organ der Arbeitnehmerschaft**

Besteht im Betrieb ein Organ der Arbeitnehmerschaft so ist der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin verpflichtet, diesem den **Bericht zu übermitteln**. Sollten mehrere Organe und nicht bloß ein Betriebsrat existieren, ist eine bestimmte – durchaus bemerkenswerte – Reihenfolge einzuhalten: Vorrangig ist der Bericht an den Zentralbetriebsrat zu übermitteln. Sollte ein solcher nicht existieren, geht der Bericht an den Betriebsausschuss. Erst, wenn ein solcher ebenfalls nicht bestehen sollte, ist der Betriebsrat als Adressat des Einkommensberichts vorgesehen. Mit dem Recht auf Übermittlung geht auch ein **Beratungsrecht** einher. In diesem Zusammenhang kann das jeweilige Organ der Arbeitnehmerschaft zusätzliche Informationen vom Betriebsinhaber/der Betriebsinhaberin verlangen, die zum besseren Verständnis des Einkommensberichts erforderlich erscheinen. Umso komplexer diese Zusatzinformationen sind, desto eher besteht auch ein Anspruch auf Aushändigung entsprechender Kopien und sonstiger **Unterlagen in Papier- oder elektronischer Form**. Das ergibt sich aus § 92 Abs 1 ArbVG, der einen derartigen Anspruch auf Aushändigung der notwendigen Unterlagen ausdrücklich vorsieht. Damit hat der Gesetzgeber klar zu verstehen gegeben, dass er darin eine zentrale Voraussetzung für eine sinnvolle Inanspruchnahme des Beratungsrechts sieht. Nichts anderes gilt für das

---

<sup>28</sup> Schrank, RdW 2011, 545.

Beratungsrecht gem § 11a GIBG. Die Wertung des § 92 Abs 1 ArbVG ist somit ohne jede Einschränkung auch auf § 11a GIBG übertragbar.

Die Etablierung einer Rangfolge zwischen den Organen der Arbeitnehmerschaft hat zur Folge, dass der Betriebsrat keinen unmittelbaren Anspruch auf Übermittlung und Beratung des Einkommensberichts gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin hat, sollte ein Betriebsausschuss oder Zentralbetriebsrat gebildet worden sein. Diese Rangordnung des § 11a Abs 3 GIBG, die den Betriebsrat nur dann als Adressaten des Einkommensberichts anerkennt, sollte kein übergeordnetes Organ der Arbeitnehmerschaft existieren, wurde in der L wiederholt und zu Recht kritisiert.<sup>29</sup> Vor allem die **Vorrangstellung des Zentralbetriebsrats steht im Widerspruch zu Kompetenzabgrenzung des § 113 ArbVG.**<sup>30</sup> Gem § 113 Abs 4 ArbVG hat der Zentralbetriebsrat grundsätzlich keine Befugnis, gem § 89 ArbVG die Berechnung und Auszahlung der Bezüge der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen des Unternehmens sowie die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften zu überwachen.<sup>31</sup> Die Wahrnehmung dieser Rechte fällt vielmehr weiterhin in den Kompetenzbereich des Betriebsausschusses (vgl § 113 Abs 2 ArbVG) oder des Betriebsrates. Das ist deshalb von Relevanz, da der Einkommensbericht darauf abzielt Entgelttransparenz herzustellen und auf diesem Weg allfällige Entgeltdiskriminierungen zu bekämpfen. Genau diesem Zweck dienen letztlich auch die Befugnisse des Betriebsrates gem § 89 ArbVG.<sup>32</sup> **Ein Auseinanderklaffen der Kompetenzen zwischen Zentralbetriebsrat und Betriebsausschuss bzw Betriebsrat in Bezug auf § 11a GIBG und § 89 ArbVG ist folglich nicht nur widersinnig, sondern mindert auch die Effektivität beider Bestimmungen.**

Hinzu kommt noch, dass keineswegs klar ist, ob der Betriebsrat zumindest einen Informationsanspruch gegenüber dem Zentralbetriebsrat hat. Nach dem Wortlaut des § 11a Abs 3 GIBG können die Organe der Arbeitnehmerschaft auf Verlangen lediglich den Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen Auskunft über die für sie relevanten Inhalte des Einkommensberichts erteilen. Ein analoger Auskunftsanspruch eines untergeordneten Organs der Arbeitnehmerschaft gegenüber einem übergeordneten existiert grundsätzlich nicht. Lediglich in den Materialien findet sich der Hinweis, dass der Zentralbetriebsrat seinerseits für die Information der Betriebsräte bzw Betriebsausschüsse zu sorgen hat.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Firlei, DRdA 2011, 242.

<sup>30</sup> So bereits Firlei, DRdA 2011, 242.

<sup>31</sup> Eine Ausnahme besteht gem § 113 Abs 4 Z 3 ArbVG bezüglich der Wahrnehmung der Rechte gem § 89 Z 3 ArbVG hinsichtlich geplanter und im Bau befindlicher Betriebsstätten des Unternehmens, für die noch kein Betriebsrat zuständig ist.

<sup>32</sup> S dazu ausführlich Pkt III.2.

<sup>33</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 8.

Dasselbe gilt auch für die Belegschaft als Gesamtheit aller Arbeitnehmerinnen eines Betriebes. Auch diese verfügt über keinen ausdrücklichen Informationsanspruch gegenüber den Organen der Arbeitnehmerschaft. Dieser ist vielmehr auf den einzelnen Arbeitnehmer und die einzelne Arbeitnehmerin beschränkt. Wobei selbst in diesem Zusammenhang von einem echten Informationsanspruch keine Rede sein kann. Denn zum einen scheinen die Organe der Arbeitnehmerschaft nicht dazu verpflichtet zu sein, Auskunft zu erteilen, auch wenn dies ein Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin verlangen sollte. In § 11a Abs 3 GIBG ist bloß die Rede davon, dass die Organe der Arbeitnehmerschaft Auskunft erteilen „können“. Zum anderen ist der Informationsanspruch des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin auf jene Inhalte des Einkommensberichts beschränkt, die „für sie relevante Informationen“ beinhalten. „Relevant“ wird jedenfalls die jeweilige Verwendungs- bzw Tätigkeitsgruppe sein.<sup>34</sup> In der Praxis hat freilich das betreffende Organ der Arbeitnehmerschaft zu befinden, welche Inhalte „relevant“ sind. In diesem Zusammenhang steht ihm also ein Ermessensspielraum zu. Es stellt sich daher die Frage nach den Rechtsfolgen, für den Fall, dass darüber hinausgehende Informationen preisgegeben werden. Denkbar wären einerseits Schadenersatzansprüche, andererseits Konsequenzen aus einem allfälligen Geheimnisverrat. Erstere werden allerdings zumeist am mangelnden Verschulden scheitern, weil die Antwort darauf, was „relevante“ Inhalte sind, einen Ermessensspielraum eröffnet. Letztere setzen wiederum voraus, dass die Inhalte des Einkommensberichts ein Geschäftsgeheimnis bilden. Auch das ist, wie noch zu zeigen sein wird, zweifelhaft.

#### **b. Unternehmen und Betriebe ohne Organ der Arbeitnehmerschaft**

Sollte im betreffenden Unternehmen oder Betrieb kein Organ der Arbeitnehmerschaft oder zumindest nicht für den betreffenden Belegschaftsteil errichtet worden sein, so ist der **Einkommensbericht allen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zur Verfügung zu stellen**. Anders als die Organe der Arbeitnehmerschaft haben aber die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen kein Recht auf Übermittlung. Vielmehr ist der Bericht gem § 11a Abs 3 GIBG in einem Raum aufzulegen, der allen zugänglich ist. Darauf durch eine Betriebskundmachung eigens hinzuweisen. Das heißt, die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen haben lediglich ein **Recht auf Einsichtnahme**. Dieses ist allerdings – im Gegensatz zum Informationsanspruch gegenüber den Organen der Arbeitnehmerschaft – in

---

<sup>34</sup> Firlei, DRdA 2011, 242.

keiner Weise inhaltlich beschränkt. Mit anderen Worten: Die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen dürfen in den gesamten Bericht Einsicht nehmen.

Diese Privilegierung der Arbeitnehmerinnen für den Fall, dass im Unternehmen bzw. Betrieb kein Organ der Arbeitnehmerschaft existieren sollte, ist offenkundig den damit verbundenen Nachteilen bei der Verfolgung einer allfälligen Entgeltdiskriminierung geschuldet. Sollte im Betrieb nämlich ein Betriebsrat gewählt worden sein, so kann dieser den einzelnen Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin im Rahmen seiner Befugnisse iSd § 89 ArbVG unterstützen.<sup>35</sup> Diese Möglichkeit fällt weg, wenn kein Betriebsrat existiert. Um dieses Manko auszugleichen, hat der Gesetzgeber zumindest den Informationsanspruch ausgedehnt. Nach der gesetzgeberischen Intention ist also der Zugang zu Informationen notwendige Voraussetzung, um eine etwaige Entgeltdiskriminierung geltend machen zu können. Das heißt, dass dem Informationsanspruch des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin – insbesondere bei Fehlen einer innerbetrieblichen Interessenvertretung – zentrale Bedeutung zukommt.

Daraus kann man Rückschlüsse auf die Reichweite des Einsichtsrechts gem § 11a Abs 3 GIBG ziehen. Denn auch in diesem Fall muss gelten, dass dem einzelnen Arbeitnehmer/der einzelnen Arbeitnehmerin in Ausübung des Einsichtsrechts eine „nachhaltige Kenntnis der dargelegten Inhalte“ möglich sein muss. Genau das vertritt der OGH im Hinblick auf den Informationsanspruch des Betriebsrats gegenüber dem Betriebsinhaber gem § 91 ArbVG.<sup>36</sup> Die hL leitet daraus ab, dass dem Betriebsrat vor allem in komplexen wirtschaftlichen Angelegenheiten ein Anspruch auf Weitergabe schriftlicher Informationen zur Durchführung weiterführender Analysen und Beratungen zukommt.<sup>37</sup> Das gilt auch für das spezifische Beratungsrecht des Betriebsrates gem § 11 Abs 3 GIBG. Nichts anderes kann in Anbetracht des vergleichbaren Zwecks für den Anspruch des/der Einzelnen auf Einsichtnahme in den Einkommensbericht gelten. Auch hier wird gerade vor dem Hintergrund der komplexen Struktur des Einkommensberichts, der sich nach Verwendungsgruppen und Verwendungsgruppenjahren gliedert und uU noch weitere Untergruppen aufweist, durch das bloße Lesen desselben eine nachhaltige Kenntnis der dargelegten Inhalte nur schwer möglich sein. Analog zum Informations- und Einsichtsrecht des Betriebsrats wird man daher auch im Anwendungsbereich des § 11a Abs 3 GIBG die Auffassung vertreten müssen, dass dem einzelnen **Arbeitnehmer/der einzelnen Arbeitnehmerin das Recht zukommt, sich auch**

---

<sup>35</sup> Pkt III.2. ff.

<sup>36</sup> OGH 22.10.2010, 9 Ob A 135/09g = ARD 6120/2/2011 (Li) = RdW 2011/161, 159 (Lindmayr) = ZAS 2012/17, 87 (Grünanger) = DRdA 2012/28, 388 (Heilegger).

<sup>37</sup> Auer-Mayer in Gahleitner/Mosler (Hrsg), ArbVG III<sup>5</sup> § 91 Rz 8; Mosler in Tomandl (Hrsg), ArbVG § 91 Rz 2.

**schriftliche Aufzeichnungen über den Inhalt des Berichts zu machen.**<sup>38</sup> Je umfangreicher und desto komplexer der Bericht, desto eher wird sogar ein Anspruch auf **Aushändigung von Kopien bestehen**, sollte auf Grund des Zeitaufwandes mittels handschriftlicher Aufzeichnungen eine nachhaltige Kenntnis des Einkommensberichts nicht möglich sein.<sup>39</sup>

### c. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Einkommensbericht grundsätzlich für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen des Betriebs bzw Unternehmens gedacht ist. Diesen kommt allerdings nur dann ein uneingeschränkter Anspruch auf Einsichtnahme zu, solange kein Organ der Arbeitnehmerschaft existiert. Sollte ein solches hingegen errichtet worden sein, ist der Bericht diesem zu übermitteln, wobei der Gesetzgeber eine bestimmte Reihenfolge bzw Hierarchie zwischen den in Frage kommenden Organen der Arbeitnehmerschaft vorgesehen hat. Diese **Differenzierung zwischen Unternehmen und Betrieben mit Belegschaftsvertretung und solchen ohne** ist befremdlich und wenig einsichtig. Erklären – und damit **sachlich rechtfertigen** – lässt diese sich wohl aber dadurch, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass in Betrieben mit Belegschaftsvertretung vorrangig die Organe der Arbeitnehmerschaft für die Bekämpfung einer Entgeltdiskriminierung zuständig sind. Damit sind in erster Linie die Befugnisse nach § 89 ArbVG gemeint. Denn es steht außer Streit, dass sowohl das Einsichtsrecht des Betriebsrates in die Lohnunterlagen gem § 89 Z 1 als auch das Recht zur Überwachung der Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften gem § 89 Z 2 dafür genutzt werden können, einer festgestellten oder vermuteten Entgeltdiskriminierung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin entgegenzutreten.<sup>40</sup> Das heißt aber wohl auch, dass nach der gesetzgeberischen Intention § 11a GIBG die Befugnisse des Betriebsrates nach § 89 ArbVG nicht verdrängt, sondern ergänzt. Daraus ergeben sich allerdings Schnittstellenprobleme, auf die weder das GIBG noch das ArbVG Bezug nimmt.<sup>41</sup>

Existiert kein Organ der Arbeitnehmerschaft im Unternehmen bzw Betrieb, so liegt es am einzelnen Arbeitnehmer/an der einzelnen Arbeitnehmerin eine Entgeltdiskriminierung geltend zu machen. Der Einkommensbericht soll dabei helfen. Darin ist wohl der Grund dafür zu

---

<sup>38</sup> Ebenso *Schrank*, Die geschlechtsdifferenzierende Entgeltberichtspflicht größerer Arbeitgeber gemäß § 11a GIBG, RdW 2011, 600.

<sup>39</sup> *Firlei*, Umfang und Grenzen des Auskunftsrechts gem § 91 Abs 1 ArbVG, wbl 2011, 470 f.

<sup>40</sup> *Firlei*, DRdA 2011, 241.

<sup>41</sup> S dazu Pkt III.



sehen, weshalb das Einsichtsrecht keinerlei inhaltlichen Beschränkungen unterliegt. Allerdings stellt sich die Frage, ob dieser umfassende Informationsanspruch des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin ausreicht, um Entgeltdiskriminierungen zu bekämpfen. In der Regel wird es dafür, gerade im Falle des Fehlens einer innerbetrieblichen Interessenvertretung weiterführender Beratung und Unterstützung durch Dritte bedürfen. Vor diesem Hintergrund kommt also dem Umstand maßgebliche Bedeutung zu, dass der Gesetzgeber den einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen eine ausdrückliche Verschwiegenheitspflicht im Zusammenhang mit den Inhalten des Einkommensberichts auferlegt hat.

## II. Verschwiegenheitspflichten im Zusammenhang mit dem Einkommensbericht

### 1. Allgemeines

Gem § 11a Abs 4 GIBG trifft die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen des Betriebes bzw Unternehmens die Verpflichtung, über den Inhalt des Einkommensberichts **Verschwiegenheit** zu wahren. Nach den Materialien handelt es sich bei dieser speziellen Verschwiegenheitspflicht des § 11a Abs 4 GIBG lediglich um eine Präzisierung jener Verpflichtungen, die sich bereits aus der „arbeitsvertraglichen Treuepflicht“ ergeben.<sup>42</sup>

Ein Verstoß gegen diese ausdrücklich normierte Verschwiegenheitspflicht ist gem § 11a Abs 5 GIBG mit **Verwaltungsstrafe von bis zu 360 Euro** sanktioniert. Bei Vorliegen geringfügigen Verschuldens kann freilich die Behörde von der Verhängung der Strafe absehen oder den Betroffenen/die Betroffene förmlich mittels Bescheid ermahnen.

Der Verweis in den Materialien auf die **arbeitsvertragliche Treuepflicht** legt nahe, dass eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht gem § 11a Abs 4 GIBG darüber hinaus einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin darstellen kann. Nach der Judikatur des OGH ist es grundsätzlich anerkannt, dass der Verrat von Betriebsinterna eine Vertrauensunwürdigkeit iSd § 27 Z 1 AngG begründen kann, wenn dadurch wesentliche – vor allem ökonomische – Interessen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin beeinträchtigt werden.<sup>43</sup> Diese scheint der Gesetzgeber

---

<sup>42</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 8.

<sup>43</sup> Vgl bloß *Pfeil* in ZellKomm<sup>2</sup> § 27 AngG Rz 54.

offenkundig auch dann als gefährdet anzusehen, wenn Inhalte des anonymisierten (!) Einkommensberichts weitergegeben werden. Anderenfalls hätte er sich wohl nicht dazu veranlasst gesehen, eine ausdrückliche Verschwiegenheitspflicht anzuordnen und diese darüber hinaus durch eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktion abzusichern.

**Keine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht** stellt es jedoch dar, wenn Inhalte des Einkommensberichts zum Zwecke der „Einholung von Rechtsauskünften oder Rechtsberatung durch Interessenvertretungen und sonstige Personen oder Einrichtungen, die ihrerseits einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen,“ weitergegeben werden sowie, wenn dies im Rahmen der „Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung von Ansprüchen nach dem GIBG oder eines Verfahrens vor der Gleichbehandlungskommission“ geschieht. Aus dem Wortlaut des § 11a Abs 4 GIBG ergibt sich, dass die Weitergabe von Inhalten des Einkommensberichts grundsätzlich dann zulässig sein soll, wenn dies der Verfolgung einer vermuteten Entgeltdiskriminierung dient. Das legt nahe, dass die Verschwiegenheitspflicht nicht absolut, sondern funktional zu verstehen ist. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber aber nur ganz bestimmte Fälle der Rechtsdurchsetzung von der Verschwiegenheitspflicht ausgenommen.<sup>44</sup> So findet bspw die Gleichbehandlungsanwaltschaft, der bei der Bekämpfung von geschlechtsspezifischen Entgeltdiskriminierungen eine zentrale Rolle zukommt, keinerlei Erwähnung. Wie weit also die Verschwiegenheitspflicht im Einzelfall reicht, bleibt im Dunkeln.

Im Gegensatz zu den einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen unterliegen die **Organe der Arbeitnehmerschaft**, die ebenfalls Adressat des Einkommensberichts sind, **keiner speziellen Verschwiegenheitspflicht**. Allerdings sollen laut den Materialien in diesem Fall die Regeln des ArbVG, konkret **§ 115 Abs 4 und § 160 ArbVG** gelten.<sup>45</sup> Als Begründung wird dabei angeführt, dass der Einkommensbericht mit anderen Informationen, wie zB Informationen über die wirtschaftliche Lage oder geplante Betriebsänderungen oder die Übermittlung des Jahresabschlusses, vergleichbar sei.<sup>46</sup> Die Materialien scheinen also davon auszugehen, dass der Betriebsrat bezüglich der Inhalte des Einkommensberichts ohnehin einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt, so dass es keiner gesonderten Regelung bedarf. Das setzt freilich voraus, dass es sich dabei entweder um Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse oder um Informationen über persönliche Verhältnisse und Angelegenheiten der Arbeitnehmerinnen des Betriebes handelt, da nur in diesen beiden Fällen die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht des § 115 Abs 4 ArbVG greift.

---

<sup>44</sup> Kritisch diesbezüglich auch *Firlei*, DRdA 2011, 244.

<sup>45</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 8.

<sup>46</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 8.

Das kann freilich bereits dem Grunde nach bezweifelt werden; jedenfalls in dieser Allgemeinheit. Die stillschweigende Annahme der Anwendbarkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht wirft darüber hinaus noch eine weitere zentrale Frage auf: Ist es dem (Zentral-)Betriebsrat bzw dessen Mitgliedern gestattet Inhalte des Einkommensberichts an Dritte weiterzugeben, wenn dies der Durchsetzung einer vermuteten Entgeltdiskriminierung dient oder steht dem § 115 Abs 4 ArbVG entgegen? Diese Frage stellt sich deshalb, da der Wortlaut des § 115 Abs 4 ArbVG grundsätzlich keine Ausnahmen kennt, während auf individualarbeitsrechtlicher Ebene die Weitergabe von Informationen zum Zwecke der Rechtsdurchsetzung ausdrücklich keinen Verstoß gegen die spezielle Verschwiegenheitspflicht des § 11a Abs 4 GIBG begründet. Der Gesetzgeber hat nicht offengelegt, ob es sich dabei um einen allgemeinen, analogiefähigen Grundsatz handelt, der auch auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene zu berücksichtigen ist.

Sowohl auf der Ebene des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin als auch auf der Ebene des Betriebsrates stellt sich somit die Frage nach Umfang und Reichweite der Verschwiegenheitspflicht.

## **2. Umfang und Reichweite der Verschwiegenheitspflicht des Betriebsrates**

### **a. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht**

Die Mitglieder und Ersatzmitglieder des Betriebsrates sind gem § 115 Abs 4 ArbVG grundsätzlich nur dann zur Verschwiegenheit verpflichtet, wenn sie

- (1.) in Ausübung ihres Amtes bekanntgewordene
- (2.) Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder
- (3.) im Zuge der Mitwirkung in personellen Angelegenheiten bekanntgewordene
- (4.) persönliche Verhältnisse oder Angelegenheiten der Arbeitnehmer, die ihrer Bedeutung oder ihrem Inhalt nach einer vertraulichen Behandlung bedürfen,  
an Dritte weitergeben.

Voraussetzung ist demnach, dass die Mitglieder des Betriebsrates „in Ausübung des Amtes“ bzw „im Zuge der Mitwirkung in personellen Angelegenheiten“, sprich bei der Ausübung ihrer Befugnisse, Kenntnis von den fraglichen Informationen erhalten haben. Die Verschwiegenheitspflicht gem § 115 Abs 4 ArbVG stellt damit die Kehrseite des umfassenden Informationsanspruches des Betriebsrates dar. Oder anders ausgedrückt: weil

der Betriebsrat auf Grund seiner Befugnisse weitreichende Einblicke in Betriebsinterna erhält, besteht überhaupt erst die Verschwiegenheitspflicht nach § 115 Abs 4 ArbVG. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der sogenannten „betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht“. Aus dem Umstand, dass die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht einen korrespondierenden Informationsanspruch voraussetzt, ergibt sich, dass diese nicht darauf abzielt, diesen zu beschränken. Ansonsten hätte der Gesetzgeber dem Betriebsrat nicht derart umfassende Informationsrechte eingeräumt, die auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse miteinschließen. Das heißt, es ist nicht Sinn und Zweck der Verschwiegenheitspflicht den Betriebsrat bei der Ausübung seines gesetzlichen Interessenvertretungsauftrags gem § 38 ArbVG zu beschränken. Vielmehr geht es darum, sicherzustellen, dass der Betriebsrat bzw seine Mitglieder die gewonnen Informationen nicht zweckwidrig verwenden. Dies ist bei der Interpretation des § 115 Abs 4 ArbVG zu beachten. Für die konkrete Fragestellung hat das zur Konsequenz, dass außer Streit steht, dass Inhalte des Einkommensberichts, die dem (Zentral-)Betriebsrat im Rahmen des § 11a Abs 3 GIBG zur Kenntnis gelangt sind, diesem „in Ausübung seines Amtes“ bekannt geworden sind. Durchaus fraglich ist allerdings, ob es sich bei diesen Inhalten auch um „Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse“ iSd § 115 Abs 4 ArbVG handelt.

#### **b. Ist der Inhalt des Einkommensberichts ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis?**

Als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse werden nach der Judikatur des OGH und der hL unternehmensbezogene Tatsachen bezeichnet, die bloß einer bestimmten und begrenzten Anzahl von Personen bekannt und anderen nicht oder nur schwer zugänglich sind und die nach dem Willen des Berechtigten nicht über den Kreis der Eingeweihten hinausdringen sollen, wobei der Betriebsinhaber an der Nichtoffenbarung dieser Tatsachen ein wirtschaftliches Interesse haben muss.<sup>47</sup> Handelt es sich eher um wirtschaftlich-kaufmännische Daten, wie zB Kundenlisten, Gehaltsdaten ganzer Abteilungen, betriebswirtschaftliche Kennzahlen, etc, so spricht man von **Geschäftsgeheimnissen**.<sup>48</sup> Sind die Informationen hingegen technischer Natur, wie zB Produktionsverfahren, Musterkollektionen, Produktzusammensetzung, Patente, etc, so liegt ein **Betriebsgeheimnis**

---

<sup>47</sup> *Schneller* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), ArbVG III<sup>5</sup> § 115 Rz 44; *Resch* in *Jabornegg/Resch/Strasser*, ArbVG § 115 Rz 107; *Mosler* in *Zellkomm*<sup>2</sup> § 115 ArbVG Rz 41; *Burgstaller* in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz (1980) 11; *Floretta* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkomm § 115 777; *Cerny*, Die Verschwiegenheitspflicht der Betriebsratsmitglieder, DRdA 1968, 74.

<sup>48</sup> OGH 14.2.2001, 9 ObA 338/00x, DRdA 2002, 219 (*Pfeil*).

vor.<sup>49</sup> Beide Begriffe setzen sich demnach aus einer **subjektiven und einer objektiven Komponente** zusammen.<sup>50</sup> Zum einen muss ein subjektiver Geheimhaltungswille bestehen. Zum anderen muss auch tatsächlich ein objektives Interesse an der Geheimhaltung gegeben sein.<sup>51</sup> Mit anderen Worten: Es bedarf einer sachlichen Rechtfertigung für die Geheimhaltung, zB weil diese der Wahrung wirtschaftlicher Interessen des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, insbesondere der Sicherstellung seiner/ihrer Wettbewerbsposition, dient.<sup>52</sup> Bereits aus der Definition der Begriffe „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis“ ergibt sich, dass es durchaus von Bedeutung sein kann, wem die fraglichen Inhalte seitens des Betriebsrates zur Kenntnis gebracht werden. So wird es in den meisten Fällen einen Unterschied machen, ob die kritische Information einem Konkurrenten oder einer Arbeitnehmerin des Betriebes offengelegt wird. Das objektive Interesse an der Geheimhaltung wird im ersteren Fall typischer Weise stärker ausgeprägt sein als im letzteren Fall. Voraussetzung für die Qualifikation des Inhalts des Einkommensberichts als Geschäftsgeheimnis ist demnach, dass sowohl ein objektives als auch ein subjektives Geheimhaltungsinteresse auf Seiten des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin besteht.

Am **subjektiven Geheimhaltungsinteresse** bezüglich des Einkommensberichts gem § 11a GIBG könnte insofern gezweifelt werden, weil der Arbeitgeber bzw die Arbeitgeberin selbst die fraglichen Inhalte offenlegt und im Zuge eines eigenen Berichts publiziert. Auch wenn dies auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung geschieht, ändert dies nichts daran, dass durch die Publikation die Inhalte nicht mehr geheim, sondern bekannt sind. Allerdings hat der Gesetzgeber den Adressatenkreis des Berichts bewusst eng gefasst. Es handelt sich um keinen öffentlichen Bericht. Nicht einmal innerbetriebliche Öffentlichkeit ist gem § 11a GIBG herzustellen. Weder im Fall des Bestehens einer innerbetrieblichen Interessenvertretung noch im Falle, dass eine solche nicht errichtet wurde, ist gewährleistet, dass alle Arbeitnehmerinnen des betreffenden Betriebes oder Unternehmens von den Inhalten des Einkommensberichts tatsächlich erfahren. Dies hat der Gesetzgeber durch die bloße Einräumung eines Einsichtsrechts bzw durch eine Hierarchisierung des Informationszugangs der Organe der Arbeitnehmerschaft tunlichst vermieden. Das heißt, dass im Sinne oben zitierter Definition davon ausgegangen werden kann, dass der Bericht nur einer bestimmten

---

<sup>49</sup> *Schneller in Gahleitner/Mosler* (Hrsg), ArbVG<sup>5</sup> § 115 Rz 46; *Resch in Jabornegg/Resch/Strasser*, ArbVG § 115 Rz 107; *Mosler in Zellkomm*<sup>2</sup> § 115 ArbVG Rz 42; *Geist*, DRdA 1996, 377; *Floretta in Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkomm § 115 778.

<sup>50</sup> OGH 14.2.2001, 9 ObA 338/00x, DRdA 2002, 219 (*Pfeil*).

<sup>51</sup> *Schneller in Gahleitner/Mosler* (Hrsg), ArbVG III<sup>5</sup> § 115 Rz 44.

<sup>52</sup> OGH 14.2.2001, 9 ObA 338/00x, DRdA 2002, 219 (*Pfeil*); so auch *Firlei*, DRdA 1982, 431; *Geppert*, Verweigerung der Steuerbilanz, DRdA 1982, 333.

und begrenzten Anzahl von Personen bekannt sein und anderen nicht oder nur schwer zugänglich sein soll. Letzteres indiziert die Anordnung einer ausdrücklichen Verschwiegenheitspflicht gem § 11a Abs 4 GIBG.

Diese legt darüber hinaus nahe, dass dem Grunde nach auch ein **objektives – sogar vom Gesetzgeber anerkanntes – Interesse des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin an der Geheimhaltung der innerbetrieblichen Gehaltsstruktur besteht**. Allerdings ist in Anbetracht der Regelung des § 11a GIBG zu differenzieren, wer Adressat der Information ist.

#### **b.a. Weitergabe an Betriebsangehörige**

Auch wenn der Gesetzgeber den Adressatenkreis des Einkommensberichts eng gefasst hat, ist den Regelungen die gesetzgeberische Intention zu entnehmen, dass grundsätzlich **jeder Mitarbeiter/jede Mitarbeiterin des betreffenden Arbeitgebers/der betreffenden Arbeitgeberin zumindest die Möglichkeit haben soll, Kenntnis von dessen Inhalten zu erlangen**. In diese Richtung weist vor allem das inhaltlich in keiner Weise beschränkte Einsichtsrecht des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin in den Einkommensbericht gem § 11a Abs 3 letzter Satz GIBG für den Fall, dass es kein Organ der Arbeitnehmerschaft geben sollte. Mit dieser Anordnung hat der Gesetzgeber im Ergebnis die noch in der Entscheidung mit der GZ 9 ObA 338/00x geäußerte Ansicht des OGH relativiert, der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin habe ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der Gehaltsstrukturen auch innerhalb des Betriebes, um Unruhe und Unzufriedenheit der Belegschaft zu verhindern und die Arbeitsmotivation der Arbeitnehmerinnen nicht zu beeinträchtigen.<sup>53</sup> Zumindest wenn es um Ungleichbehandlungen bei der Entlohnung geht, ist es offenkundig nicht mehr legitim, diese geheim zu halten, um Unruhe und Unzufriedenheit innerhalb der Belegschaft zu vermeiden. Das ergibt sich nunmehr klar aus § 11a GIBG. Daran vermag auch die Einschränkung nichts zu ändern, dass einzelne Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, sobald im Betrieb eine Interessenvertretung errichtet wurde, nur mehr die für sie „relevanten Informationen“ erhalten können. Denn diese Einschränkung greift nur dann, wenn eine individuelle Anfrage eines einzelnen Arbeitnehmers/einer einzelnen Arbeitnehmerin der Auslöser für die Informationsweitergabe war. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass es dem Betriebsrat versagt wäre, auf kollektivem Wege – zB im Zuge einer Betriebsversammlung gem § 42 Abs 1 Z 1 ArbVG – über die Inhalte des Berichts zu

---

<sup>53</sup> OGH 14.2.2001, 9 ObA 338/00x, DRdA 2002, 219 (Pfeil).

informieren und zwar ohne jedwede inhaltliche Einschränkung.<sup>54</sup> Es spricht vieles dafür, dass es sich bei dieser Regelung lediglich um eine Konkretisierung des allgemeinen Interventionsrechts des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin gegenüber dem Betriebsrat gem § 37 Abs 2 ArbVG handelt,<sup>55</sup> welches die sonstigen Informationsbefugnisse desselben gegenüber der Gesamtbelegschaft unberührt lässt.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass der Einkommensbericht gem § 11a GIBG für die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Betriebes bzw Unternehmens gedacht ist. Sie sind die eigentlichen Adressaten des Berichts. Das legt nahe, dass in diesem Verhältnis kein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht. Oder anders ausgedrückt: **Innerhalb des Betriebes bzw Unternehmens stellen die Inhalte des Einkommensberichts gem § 11a GIBG kein Geschäftsgeheimnis dar.**<sup>56</sup>

Daraus folgt, dass **die Weitergabe von Information über den Inhalt des Einkommensberichts an Angehörige des Betriebes bzw Unternehmens keinen unzulässigen Geheimnisverrat darstellt.** Zulässig ist daher nicht nur der Informationsaustausch zwischen den einzelnen Organen der Arbeitnehmerschaft, zB zwischen Zentralbetriebsrat und Betriebsausschuss oder Betriebsrat. Davon gehen offenkundig auch die Materialien zum GIBG aus, in denen ausdrücklich die Rede davon ist, dass der Zentralbetriebsrat die nachgeordneten Organe der Arbeitnehmerschaft zu informieren hat.<sup>57</sup> Vielmehr ist auch **die Weitergabe von Informationen unter den Mitgliedern und Ersatzmitgliedern des jeweiligen Organs, zwischen den Mitgliedern und einzelnen Arbeitnehmerinnen sowie unter den Arbeitnehmerinnen selbst erlaubt.**<sup>58</sup>

Da es sich bei den Inhalten des Einkommensberichts durchwegs um sehr komplexe Informationen handelt, wird man die Betreffenden darüber hinaus nicht auf eine bloß mündliche Informationsweitergabe beschränken können. Diese wird in der Regel nicht dazu geeignet sein, eine nachhaltige Kenntnis von den Inhalten des Einkommensberichts zu gewährleisten. Folglich wird man die Weitergabe von Kopien des Einkommensberichts bzw von Auszügen desselben innerhalb des Betriebes als zulässig erachten müssen.

---

<sup>54</sup> Ebenso *Schindler*, Replik zu *Firlei*, Einkommensberichte: „Ultralight“ oder ein spannender Paradigmenwechsel? DRdA 2011, 492; wenig überzeugend daher *Schrank*, RdW 2011, 601, der aus dem eingeschränkten Einsichtsrecht des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin auf die generelle Unzulässigkeit der Weitergabe an die Betriebsversammlung schließen will.

<sup>55</sup> *Firlei*, DRdA 2011, 242.

<sup>56</sup> Wiederum bereits idS *Schindler*, DRdA 2011, 492.

<sup>57</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 8.

<sup>58</sup> *Schindler*, DRdA 2011, 492; im Ergebnis auch *Firlei*, Duplik zu *Schindler*, Einkommensberichte: „Ultralight“ oder ein spannender Paradigmenwechsel, DRdA 2011, 243 f; so auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 11a Rz 41.

## **b.b. Weitergabe an Betriebsfremde**

Anders verhält es sich freilich im Verhältnis zur betrieblichen Außenwelt; also **in Bezug auf Dritte, die in keinem Beschäftigungsverhältnis iSd § 1 Abs 3 GIBG zum Arbeitgeber/zur Arbeitgeberin stehen**. In diesem Fall ist grundsätzlich davon auszugehen, dass **die Inhalte des Einkommensberichts ein Geschäftsgeheimnis** darstellen. Denn die Regelungen des § 11a GIBG sind tunlichst darauf bedacht, dass die Inhalte des Einkommensberichts nicht den Betrieb bzw das Unternehmen verlassen und nach außen sickern.<sup>59</sup> Daraus ist abzuleiten, dass der Gesetzgeber dem Betriebsinhaber/der Betriebsinhaberin ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der innerbetrieblichen Entgeltstruktur gegenüber Betriebsfremden attestiert. Das entspricht auch der Judikatur des OGH. Dieser vertritt ebenfalls die Ansicht, dass ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin an der Geheimhaltung der innerbetrieblichen Gehaltspolitik besteht, da die Kenntnis Nichtberechtigter von diesen Tatsachen Einfluss auf die geschäftliche Position des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im wirtschaftlichen Wettbewerb haben könnte.<sup>60</sup>

Ein derart restriktives Begriffsverständnis, das grundsätzlich immer dann von einem Geschäftsgeheimnis ausgeht, sobald der Adressat der betrieblichen Außenwelt angehört, führt freilich dazu, dass der Einkommensbericht seinen eigentlichen Zweck verfehlt. Denn nach der gesetzgeberischen Intention soll er ein zentrales **Instrument sein, um bestehende Entgeltdiskriminierungen aufzudecken und in weiterer Folge zu bekämpfen**.<sup>61</sup> Dafür wird es freilich regelmäßig der **Unterstützung durch außerbetriebliche Dritte**, zB Gewerkschaften, Arbeiterkammern sowie der Gleichbehandlungsanwaltschaft und Gleichbehandlungskommission, bedürfen. Das hat auch der Gesetzgeber dem Grunde nach anerkannt, indem er klargestellt hat, dass die individuelle Verschwiegenheitspflicht gem **§ 11a Abs 4 GIBG** der Rechtsberatung durch Interessenvertretungen und der Rechtsdurchsetzung vor den Arbeits- und Sozialgerichten sowie der Gleichbehandlungskommission – unter bestimmten Voraussetzungen – nicht entgegensteht. Diese Ausnahmen beziehen sich jedoch nur auf die Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmerinnen. Ob sie auch für die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht gilt, hat der Gesetzgeber im Dunkeln gelassen. Auch die Materialien tragen dazu nichts Erhellendes bei. Fest steht bloß, dass § 115 Abs 4 ArbVG keine vergleichbare Ausnahme kennt.

---

<sup>59</sup> Firlei, DRdA 2011, 243.

<sup>60</sup> OGH 14.2.2001, 9 ObA 338/00x, DRdA 2002, 219 (Pfeil).

<sup>61</sup> Vgl bloß Pkt I.



Allerdings ist anerkannt, dass die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht keine absolute ist. Da es nicht Sinn und Zweck des § 115 Abs 4 ArbVG ist, den Betriebsrat in der Ausübung seiner Befugnisse zu beschränken, sondern lediglich die berechtigten Geheimhaltungsinteressen zu schützen, kann es im Einzelfall durchaus mit der Verschwiegenheitspflicht vereinbar sein, wenn der Betriebsrat bzw seine Mitglieder Geschäftsgeheimnisse an Dritte weitergeben. Das setzt allerdings voraus, dass das Interesse des Betriebsrats an einer Weitergabe der Informationen schwerer wiegt als das Geheimhaltungsinteresse des Betriebsinhabers. Mit anderen Worten: es ist eine **Interessenabwägung im Einzelfall** durchzuführen. Diese kann dem Betriebsrat durchaus auch weitere Spielräume bei der Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht eröffnen, als jene die auf Grund der ausdrücklichen Anordnung des § 11a Abs 4 GIBG für den einzelnen Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin gelten.

### **c. Bestimmung der Reichweite der Verschwiegenheitspflicht im Wege einer Interessenabwägung?**

In den Materialien zum ArbVG findet sich der Hinweis, dass die Grenzziehung zwischen der Verschwiegenheitspflicht gem § 115 Abs 4 und der Interessenvertretungsaufgabe bewusst offengelassen wurde, weil man diese der Rechtsanwendung im Einzelfall überlassen wollte, wobei davon auszugehen ist, dass die widerstreitenden Interessen abzuwägen sein werden.<sup>62</sup> Die Judikatur und hL hat auf dieser Grundlage die Formel entwickelt, dass die Geheimhaltungspflicht nach § 115 Abs 4 ArbVG dann nicht verletzt wird, wenn ihre Einhaltung mit der Interessenvertretungsaufgabe des Betriebsrats derart kollidieren würde, dass der Nachteil für die Belegschaft schwerwiegender wäre als der Nachteil für den/die von der Nichteinhaltung der Geheimhaltungspflicht betroffenen Betriebsinhaber/betroffene Betriebsinhaberin.<sup>63</sup>

Umgelegt auf den Einkommensbericht bedeutet das: Es ist für den Einzelfall zu eruieren, ob das Interesse des Betriebsrats an der Weitergabe der Inhalte des Einkommensberichts oder das Interesse des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin an deren Geheimhaltung überwiegt. Das setzt voraus, dass die Weitergabe von Inhalten des Einkommensberichts überhaupt der

---

<sup>62</sup> RV 840 BlgNR 13. GP 90.

<sup>63</sup> OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78, DRdA 1979, 394 (Reischauer) = ZAS 1979, 177 (Marhold); Drs in Jabornegg/Resch/Strasser, ArbVG Vor §§ 89 ff Rz 15; Resch in Jabornegg/Resch/Strasser, ArbVG § 115 Rz 116; Mosler in ZellKomm<sup>2</sup> § 115 ArbVG Rz 44; Winkler in Tomandl (Hrsg), ArbVG § 115 Rz 21; Risak, ecolex 2012, 244; Löschnigg, Betriebliches Kampfverbot und betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht, RdW 2005, 35; Floretta in Floretta/Strasser, ArbVG-Handkomm § 115 778.

Erfüllung des gesetzlichen Interessenvertretungsauftrages dient. § 11a GIBG ist diesbezüglich nichts Konkretes zu entnehmen. Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber für den Betriebsrat keine analoge Ausnahme zu § 11a Abs 4 GIBG normiert hat, könnte man sogar den Schluss ziehen, dass er davon ausgeht, dass die Unterstützung des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin bei der Bekämpfung einer vermuteten Entgeltdiskriminierung nicht zu dessen Aufgabenspektrum gehört. Tatsächlich war das auch die ursprüngliche Auffassung des OGH.<sup>64</sup> In einer aktuellen Entscheidung aus dem Jahr 2015 hat er freilich – nicht zuletzt auf Grund der harschen Kritik der Lehre – unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass die **Vertretung der Arbeitnehmerinteressen in Entgeltfragen sogar zum Kernbereich der Aufgaben des Betriebsrats** gehört. Das ergibt sich – so der OGH – unmittelbar aus § 89 Z 1 ArbVG, der den Betriebsrat dazu ermächtigt, in die vom Betrieb geführten Aufzeichnungen über die Bezüge und die zur Berechnung dieser Bezüge erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen. Folglich zähle es auch zum Aufgabenbereich des Betriebsrats, Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen bei der **Herstellung von Lohngleichheit** zu unterstützen.<sup>65</sup> Das gilt insbesondere auch im Hinblick auf eine etwaige geschlechtsspezifische Entgeltungleichbehandlung. In der Literatur ist es anerkannt, dass das Einsichtsrecht des Betriebsrates in die Gehaltsunterlagen der Arbeitnehmerinnen gem § 89 Z 1 ArbVG in Verbindung mit dem Recht gem § 89 Z 2 ArbVG, die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften zu überwachen, auch dem Zweck dient, gegen eine diskriminierende Entgeltungleichbehandlung vorzugehen.<sup>66</sup> Hinzu kommt, dass der Betriebsrat gem § 92b ArbVG im Rahmen der betrieblichen Frauenförderung über das Recht verfügt, mit dem Betriebsinhaber über Maßnahmen zu beraten, die dem Abbau von Benachteiligungen – und damit auch Entgeltungleichbehandlungen – dienen. Es kann also kein Zweifel daran bestehen, dass die Unterstützung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen bei der Beseitigung von geschlechtsspezifischen Entgeltunterschieden vom gesetzlichen Interessenvertretungsauftrag des § 38 ArbVG gedeckt ist. Der Grund, weshalb der Gesetzgeber dies im Rahmen des GIBG nicht ausdrücklich klargestellt hat, ist schlicht, dass dafür keine Notwendigkeit besteht, da derartige Regelungen bereits existieren: und zwar an systematisch richtiger Stelle im ArbVG. Aus den betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen ergibt sich ferner, dass der Betriebsrat in diesem Zusammenhang nicht nur auf innerbetriebliche Maßnahmen gegenüber dem Betriebsinhaber/der Betriebsinhaberin beschränkt ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber des ArbVG es dem Betriebsrat ausdrücklich gestattet, den **Kontakt mit der betrieblichen**

---

<sup>64</sup> OGH 14.2.2001, 9 ObA 338/00x, DRdA 2002, 219 (*Pfeil*).

<sup>65</sup> OGH 27.5.2015, 8 ObA 17/15f, DRdA 2016, 51 (*Schneller*).

<sup>66</sup> *Drs* in Jabornegg/Resch/Strasser, ArbVG § 89 Rz 5.

**Außenwelt** zu suchen, wenn dies der **Erfüllung des Interessenvertretungsauftrags** dienlich ist.

Das ist **gem § 39 Abs 4 ArbVG** jedenfalls dann der Fall, wenn der Betriebsrat zu Beratungszwecken die „kollektivvertragsfähigen Körperschaften“ sprich, die **AK** oder den **ÖGB**, bezieht. Dieses **Beziehungs- und Beratungsrecht** besteht ausdrücklich in Bezug auf „alle Angelegenheiten“. Damit sind alle Angelegenheiten gemeint, in denen dem Betriebsrat Mitwirkungsrechte zukommen; folglich auch der Einkommensbericht gem § 11a GIBG.

Darüber hinaus verfügt der Betriebsrat gem **§ 90 Abs 1 ArbVG** über das Recht, „in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer berühren, beim Betriebsinhaber und erforderlichenfalls bei den zuständigen Stellen außerhalb des Betriebes entsprechende Maßnahmen zu beantragen und die Beseitigung von Mängeln zu verlangen“. Dieses Recht dient gem § 90 Abs 1 Z 1 ArbVG insbesondere dem Zweck, die „Einhaltung und Durchführung der die Arbeitnehmer des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften (§ 89)“ sicherzustellen. Folglich kann es außer Streit gestellt werden, dass der Betriebsrat über das Recht verfügt, im Falle einer auf Grund des Einkommensberichts vermuteten Entgeltdiskriminierung, die Beseitigung derselben und damit die **Einhaltung des GIBG** bei den „**zuständigen Stellen**“ zu beantragen. „Zuständige Stelle“ in diesem Kontext ist jede Einrichtung, die iSd § 90 Abs 1 ArbVG fähig ist, entsprechende Maßnahmen zu erlassen und Mängel zu beseitigen. Das trifft jedenfalls auf die **Arbeits- und Sozialgerichte** sowie auf die **Gleichbehandlungsanwaltschaft und die Gleichbehandlungskommission** zu. Beide verfügen nach dem GBK/GAW-Gesetz über ein umfangreiches Maßnahmenpouvoir, um gegen Entgeltdiskriminierungen vorzugehen.

Es kann somit festgehalten werden, dass jedenfalls ein **berechtigtes Interesse des Betriebsrats an der Weitergabe von Inhalten des Einkommensberichts an die AK, den ÖGB und sonstige zur Beseitigung einer Entgeltdiskriminierung zuständige Stellen, wie zB Arbeits- und Sozialgerichte sowie Gleichbehandlungsanwaltschaft und Gleichbehandlungskommission** besteht, um auf diese Weise einzelne Arbeitnehmerinnen bei der Herstellung von Entgeltgleichbehandlung zu unterstützen.

Diese Feststellung für sich gesehen, reicht jedoch noch nicht aus, um eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist – iSd der stRsp und hL – noch zu prüfen, ob dieser nicht ein Geheimhaltungsinteresse des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin gegenübersteht, das schwerer wiegt. Im Ergebnis heißt das freilich, dass ein derart gewichtiges Interesse auf Arbeitgeberinnenseite bestehen müsste, dass man dafür die Prolongierung einer allfälligen Entgeltdiskriminierung – und damit rechtswidrigen Handlung

(!) – in Kauf nimmt und zwar selbst gegenüber jenen Stellen, die den gesetzlichen Auftrag haben, eine solche abzustellen. Das würde allerdings nicht nur in einem Spannungsverhältnis zur Judikatur des OGH stehen, dass der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin kein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung (zumindest straf-)rechtswidriger Handlungen hat.<sup>67</sup> Vielmehr steht sie im klaren Widerspruch zur gesetzlichen Anordnung des § 11a Abs 4 GIBG. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass die Weitergabe von Inhalten des Einkommensberichts dann keine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht darstellt, wenn dies im Falle einer vermuteten Entgeltdiskriminierung zu Zwecken der Rechtsberatung oder Rechtsdurchsetzung geschieht. Wenn dies – unter den **Kautelen des § 11a Abs 4 GIBG** – für die individualrechtliche Verschwiegenheitspflicht gilt, dann muss das umso mehr für die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht richtig sein. Denn der Betriebsrat verfügt nach dem ArbVG über die ausdrückliche Befugnis, bestimmte betriebsfremde Dritte zu Beratungszwecken und zur Beseitigung von Gesetzesverstößen, einschließlich Entgeltdiskriminierungen, zu kontaktieren. Würde man diesen Befugnissen ein allfälliges Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin entgegenhalten, so würden sie jede praktische Bedeutung verlieren. Wenn man also nicht per se die Notwendigkeit einer Interessenabwägung ablehnt, sobald der Betriebsrat **auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Befugnisse** Informationen weitergibt,<sup>68</sup> so wird man jedenfalls das Bestehen einer solchen Befugnis als gewichtiges Argument dafür heranziehen können, dass die Interessen des Betriebsrates jene des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin überwiegen.

#### **d. Schlussfolgerungen zu Umfang und Reichweite der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht**

Im Ergebnis heißt das also, dass der Betriebsrat gem § 39 Abs 4 ArbVG berechtigt ist, Informationen aus dem Einkommensbericht an die AK oder den ÖGB weiterzugeben.

In Anbetracht der Regelung des § 11a Abs 4 GIBG wird man den Kreis der denkbaren Adressaten freilich um all jene Personen und Interessenvertretungen erweitern können, die den Betriebsrat bei der Bekämpfung einer allfälligen Entgeltdiskriminierung beraten und unterstützen können, wie bspw **Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen, NGO und sonstige Experten/Expertinnen im Bereich des Diskriminierungsrechts**. Das gilt jedenfalls dann,

---

<sup>67</sup> OGH 24.6.2015, 9 ObA 43/15m, DRdA 2016/14 (*Goricnik*).

<sup>68</sup> IdS *Felten*, Der Betriebsrat: Interessenvertretung versus Geheimhaltungspflichten, DRdA 2016, 169 ff.

wenn diese einer gesetzlichen **Verschwiegenheitspflicht** unterliegen, wie etwa AK und ÖGB gem § 39 Abs 4 ArbVG oder Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen auf Grund berufsrechtlicher Bestimmungen, oder eine solche zumindest vertraglich vereinbart wurde.

**Unzulässig** wäre es hingegen, wenn der Betriebsrat Inhalte aus dem Einkommensbericht zB im Internet oder auf **Social-Media-Seiten** veröffentlichen oder **Medienvertreterinnen und Politikerinnen** zuspähen würde, um durch die geschaffene Öffentlichkeit Druck auf den Betriebsinhaber/die Betriebsinhaberin auszuüben.<sup>69</sup> Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht des § 115 Abs 4 ArbVG wird in diesen Fällen einerseits deshalb vorliegen, weil es dafür keine gesetzliche Befugnis gibt, andererseits weil die angesprochenen Adressaten weder zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, noch unmittelbar auf die Beseitigung einer Entgeltdiskriminierung hinwirken können. Das hat zur Folge, dass auf Grund der damit verbundenen Gefahr, dass Konkurrenten Einblick in die Gehaltspolitik des Unternehmens erhalten, das Geheimhaltungsinteresse des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin schwerer wiegen wird.

Allerdings ist das Fehlen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht gleichzusetzen damit, dass die Weitergabe der Information automatisch unzulässig wäre. Denn § 11a Abs 4 GIBG gilt ausdrücklich nur für die individualrechtliche Verschwiegenheitspflicht des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin. § 115 Abs 4 ArbVG kennt eine vergleichbare Einschränkung nicht. Hier ist dem Bestehen oder Fehlen einer Verschwiegenheitspflicht des Adressaten „lediglich“ im Rahmen der Interessenabwägung Rechnung zu tragen. Ist der Adressat/die Adressatin nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet, wird das zumeist zur Folge haben, dass man dem Betriebsinhaber/der Betriebsinhaberin dem Grunde nach ein Interesse an der Geheimhaltung attestieren können wird, da nicht garantiert ist, dass die Information nicht über diesen Umweg doch zu einem Konkurrenten gelangt. Allerdings muss das Geheimhaltungsinteresse überwiegen, um der Informationsweitergabe entgegenstehen zu können. Entscheidend ist also, um welche Information es sich handelt und zu welchem Zweck diese weitergegeben wird. Handelt es sich dabei um ein rechtswidriges Verhalten des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin, wie bspw eine Entgeltdiskriminierung, und ist der Adressat/die Adressatin eine Stelle, die dafür zuständig ist, diese zu beseitigen, so wird selbst das Fehlen einer Verschwiegenheitspflicht der Informationsweitergabe nicht entgegenstehen. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Interventionsrecht des Betriebsrates gem § 90 Abs 1 ArbVG, das nicht voraussetzt, dass die „zuständige Stelle außerhalb des Betriebes“ einer

---

<sup>69</sup> So auch *Firlei*, DRdA 2011, 244.

Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Der Grund dafür ist offenkundig jener, dass der Gesetzgeber der Beseitigung von Mängeln auf Grund eines Rechtsverstößes und damit der Herstellung eines rechtskonformen Zustandes mehr Bedeutung als dem Geheimhaltungsinteresse des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin beimisst. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber hat das Ergebnis der Interessenabwägung vorweggenommen.

Da die **Gleichbehandlungsanwaltschaft und die Gleichbehandlungskommission** jedenfalls „zuständige Stellen außerhalb des Betriebes“ iSd § 90 Abs 1 ArbVG sind, ist der Betriebsrat daher **berechtig, Inhalte des Einkommensberichts an diese weiterzugeben**, um zu belegen, dass die Einleitung von Maßnahmen zur Einhaltung des GIBG auf Grund einer vermuteten Entgeltdiskriminierung notwendig ist. Dabei ist der Betriebsrat wiederum nicht auf die bloß mündliche Weitergabe maßgeblicher Inhalte beschränkt. Vielmehr wird man ihm zubilligen müssen, auch Kopien des Einkommensberichts weitergeben zu dürfen, wenn dies auf Grund der Komplexität geboten erscheint, um das Vorliegen eines etwaigen Rechtsverstößes beurteilen zu können. Letzteres sieht § 11 Abs 1 GBK-GO ausdrücklich vor. Das wird typischer Weise im Falle einer Entgeltdiskriminierung im Hinblick auf den Einkommensbericht zu bejahen sein.

Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 11a GIBG. Denn der Ministerialentwurf zu § 11a Abs 4 GIBG war noch um einiges strenger formuliert, als die schlussendlich in Kraft getretene Bestimmung: *„Ein Verfahren zur Durchsetzung der Ansprüche nach diesem Bundesgesetz und ein Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission stellen keine Verschwiegenheitspflichtverletzung dar. Für ein Verfahren zur Durchsetzung der Ansprüche nach diesem Bundesgesetz und für ein Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission können, wenn dies für die Verfolgung einer Diskriminierung unbedingt erforderlich ist, die für diese Zwecke relevanten Informationen der Anwaltschaft für Gleichbehandlung übermittelt werden.“*<sup>70</sup> Zwar findet sich in der letztlich angenommenen Fassung des § 11a Abs 4 GIBG nicht mehr die Klarstellung, dass die zur Rechtsverfolgung unbedingt erforderlichen Informationen der Anwaltschaft für Gleichbehandlung übermittelt werden dürfen, allerdings wurde der Ausnahmetatbestand insofern erweitert, als das bloße Einholen von Rechtsauskünften sowie die Rechtsberatung ausdrücklich von der Verschwiegenheitspflicht ausgenommen wurden. Das war nach dem Ministerialentwurf noch nicht der Fall. Die schlussendliche Fassung des § 11a Abs 4 GIBG sollte also offenkundig gegenüber dem Ministerialentwurf eine höhere Effektivität der Rechtsdurchsetzung durch ein Zurückdrängen der Verschwiegenheitspflicht ermöglichen. Insofern wäre es widersinnig im

---

<sup>70</sup> ME 179 BlgNR 24. GP, 4.

Hinblick auf die Zulässigkeit der Informationsweitergabe an die Gleichbehandlungsanwaltschaft nunmehr einen strengeren Maßstab als nach dem Ministerialentwurf anzulegen. Vielmehr ging der Gesetzgeber augenscheinlich davon aus, dass die Übermittlung derartiger Informationen bereits nach geltendem Recht möglich ist, weshalb es einer ausdrücklichen Erwähnung in § 11a Abs 4 GIBG nicht gesondert bedurfte.

In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass im Ministerialentwurf ausdrücklich die Rede davon ist, dass die erforderlichen Informationen an die Gleichbehandlungsanwaltschaft zu „übermitteln“ sind. Die Verwendung des Begriffs „übermitteln“ legt nahe, dass auch die Weitergabe schriftlicher Unterlagen erlaubt ist.<sup>71</sup> Wenn das auf einzelne Arbeitnehmer/individuelle Arbeitnehmerinnen zutrifft, muss das in Anbetracht der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse umso mehr für den Betriebsrat gelten. Folglich kann eigentlich nicht daran gezweifelt werden, dass der **Betriebsrat** in Ausübung des **Interventionsrechts gem § 90 Abs 1 ArbVG** sowohl der **Gleichbehandlungsanwaltschaft als auch der Gleichbehandlungskommission** die zur Beurteilung einer etwaigen Entgeltdiskriminierung erforderlichen **Inhalte des Einkommensberichts in Form einer Kopie übermitteln** darf.

### **3. Umfang und Reichweite der Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin**

Im Gegensatz zu den Organen der Arbeitnehmerschaft unterliegen die einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen einer spezifischen Verschwiegenheitspflicht im Hinblick auf den Einkommensbericht gem § 11a GIBG.

#### **a. Anwendungsbereich und Wirkung der individualrechtlichen Verschwiegenheitspflicht**

Die **individualrechtliche Verschwiegenheitspflicht gem § 11a Abs 4 GIBG** bezieht sich dem Grunde nach auf den **gesamten Inhalt des Berichts** – unabhängig davon, ob der einzelne Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin davon durch Einsichtnahme oder

---

<sup>71</sup> Davon scheint auch *Schrank*, RdW 2011, 600 dem Grunde nach auszugehen, der lediglich Zweifel an der Zulässigkeit der Vorlage des „ganzen Berichts als Beweismittel“ hegt.

Auskunftserteilung Kenntnis erlangt hat<sup>72</sup> – und ist durch Verwaltungsstrafe gem § 11a Abs 5 GIBG abgesichert. Allerdings hat der Gesetzgeber in § 11a Abs 4 GIBG einige Ausnahmen angeführt, die eine Informationsweitergabe ermöglichen, ohne dass dem die Verschwiegenheitspflicht entgegenstehen würde. Wortlaut und Regelungssystematik des § 11a Abs 4 GIBG legen nahe, dass es sich dabei um eine taxative Auflistung handelt.<sup>73</sup> Allerdings unterliegt diese Feststellung einer wichtigen Relativierung. Die Ausnahmen des § 11a Abs 4 GIBG betreffen lediglich das Außenverhältnis in Bezug auf betriebsfremde Dritte. Nicht erfasst ist hingegen die Informationsweitergabe innerhalb des Betriebes. Vielmehr ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang, dass die **Verschwiegenheitspflicht des § 11a Abs 4 GIBG nicht greift**, wenn es um die **Weitergabe von Inhalten aus dem Einkommensbericht zwischen Angehörigen des Betriebes** – sei es im Verhältnis Arbeitnehmerin zu Arbeitnehmerin, sei es im Verhältnis Arbeitnehmerin zu Organmitglied – geht.<sup>74</sup>

Die **Ausnahmen** entfalten darüber hinaus **zwingende Wirkung zu Gunsten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin**. Das heißt, der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin darf sie vertraglich erweitern, nicht jedoch durch Vertrag verschärfen. Dafür spricht nicht nur, dass das GIBG als solches zwingende Wirkung hat und nicht zur Disposition der Vertragsparteien steht. Vielmehr steht dem auch der Zweck der Ausnahmebestimmungen entgegen. Diese sind offenkundig von dem Anliegen getragen, die Bekämpfung einer durch den Bericht erhärteten Entgeltdiskriminierung nicht nur zu ermöglichen, sondern aktiv zu fördern. Genau dieser Zweck wäre jedoch konterkariert, ließe man es zu, dass sich die **Vertragsparteien** auf eine **umfassende Verpflichtung zur Verschwiegenheit** über die Inhalte des Einkommensberichts, die auch die in § 11a Abs 4 GIBG genannten Ausnahmen miteinschließt, verständigen könnten.

Vor diesem Hintergrund wird man sogar noch einen Schritt weiter gehen können und auch **Vertragsklauseln**, die den einzelnen Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin zur Verschwiegenheit über die eigenen Gehaltsdaten verpflichtet, als unzulässig ansehen müssen, wenn sie zur Folge haben sollten, dass der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin keine **Entgeltdiskriminierung** mehr **geltend machen** kann, ohne vertragsbrüchig zu werden. Eine derartige Vertragsgestaltung wäre iSd **§ 879 ABGB** als rechtswidrig zu qualifizieren, weil sie der klaren gesetzgeberischen Intention des § 11a GIBG zuwiderläuft. Oder anders

---

<sup>72</sup> Firlei, DRdA 2011, 245.

<sup>73</sup> Firlei, DRdA 2011, 244.

<sup>74</sup> Vgl ausführlich dazu Pkt II.2.b.a.



ausgedrückt: eine derartige Vertragsklausel würde genau das bewirken, was der Gesetzgeber durch die Ausnahmen des § 11a Abs 4 GIBG zu vermeiden sucht.

Schwieriger zu beurteilen ist hingegen der Fall, wenn die Offenlegung der Gehaltsdaten nicht dem Zweck dient, im eigenen Namen eine Entgeltdiskriminierung zu bekämpfen, sondern eine solche lediglich als Vergleichsperson beweisen zu helfen. Letztlich würde freilich auch eine solche Verschwiegenheitsklausel im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin auf diese Weise das eigene rechtswidrige Handeln absichern könnte, indem die Beweisführung in Bezug auf das Vorliegen einer Entgeltdiskriminierung nahezu unmöglich gemacht wird.<sup>75</sup> Aus diesem Grund hängt im Übrigen auch das Einsichtsrecht des Betriebsrats in die Gehaltsunterlagen gem § 89 Z 1 ArbVG weder von einer Zustimmung des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin noch von der Zustimmung des einzelnen betroffenen Arbeitnehmers/der einzelnen betroffenen Arbeitnehmerin ab. Auch in diesem Kontext soll die Herstellung eines rechtskonformen Zustandes nicht dadurch verhindert werden, dass der einzelne Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin seine/ihre Zustimmung verweigert. Einen vergleichbaren Effekt hätte es freilich, würde man den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin vertraglich dazu verpflichten können, die eigenen Gehaltsdaten auch dann geheim zu halten, wenn deren Offenlegung das Vorliegen einer Entgeltdiskriminierung beweisen könnte. Das gilt unabhängig davon, ob diese Offenlegung im Vorfeld gegenüber einem anderen Arbeitnehmer/einer anderen Arbeitnehmerin, der/die sich diskriminiert wähnt, oder in einem laufenden Verfahren erfolgt.

Selbst wenn man nicht so weit geht, und die ganze Klausel für unzulässig hält, stellt sich dennoch die Frage nach den Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes. Denn es erscheint zweifelhaft, ob die Verletzung einer vertraglich vereinbarten Verschwiegenheitspflicht zu dem Zwecke, eine vermutete Entgeltdiskriminierung zu beweisen, eine Verletzung der sogenannten „Treuepflicht“ und damit die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin bewirken kann. Letztere/r müsste argumentieren, dass er/sie dadurch, dass er/sie eine rechtswidrige Handlung nicht aufrecht erhalten kann, in seinen/ihren Interessen derart stark beeinträchtigt wird, dass ihm/ihr ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Das würde allerdings voraussetzen, dass der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin ein berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes hat. Genau das wird man aber verneinen können. Im Ergebnis werden daher derartige Verschwiegenheitsklauseln bezüglich der eigenen Gehaltsdaten selbst, wenn sie zulässig vereinbart wurden, im Falle eines Verstoßes zumeist nicht zu einer Entlassung

---

<sup>75</sup> IdS auch für die BRD LAG Mecklenburg-Vorpommern, 21.10.2009, 2 Sa 183/09.

berechtigen, wenn die Offenlegung im Zusammenhang mit einer vermuteten Entgeltdiskriminierung erfolgt.

#### **b. Ausnahmen von der individualrechtlichen Verschwiegenheitspflicht**

Gem § 11a Abs 4 GIBG stellt es keinen Verstoß gegen die individualrechtliche Verschwiegenheitspflicht dar, wenn Inhalte des Einkommensberichts zum Zwecke der „Einholung von Rechtsauskünften oder Rechtsberatung durch Interessenvertretungen und sonstige Personen oder Einrichtungen, die ihrerseits einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen,“ weitergegeben werden oder wenn dies im Zusammenhang mit der „Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung von Ansprüchen nach diesem Bundesgesetz oder eines Verfahrens vor der Gleichbehandlungskommission“ geschieht. Die **Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht** werden demnach in **zweifacher Weise determiniert**: einerseits nach dem **Zweck der Informationsweitergabe**, andererseits nach dem **Adressaten** der Information.

Zum einen ist die Preisgabe von Inhalten des Einkommensberichts erlaubt, wenn dies zur **Einholung von Rechtsauskünften oder zur Rechtsberatung** erforderlich erscheint. Denkbar weit hat der Gesetzgeber den Kreis jener gefasst, die für eine solche Rechtsberatung bzw Rechtsauskunft in Frage kommen. Grundsätzlich kommen neben Interessenvertretungen auch natürliche Personen und sonstige Einrichtungen in Frage. Sowohl der Begriff der Interessenvertretung als auch jener der Einrichtung ist weit zu verstehen. Der Gesetzgeber hat wohl bewusst auf die Verwendung des Begriffs „kollektivvertragsfähige Körperschaft“ verzichtet.<sup>76</sup> **Interessenvertretungen** sind demnach nicht bloß die Arbeiterkammern und die Gewerkschaften, sondern **jede Institution, die sich für die Interessen vermeintlich diskriminierter Personen einsetzt**. Tatsächlich handelt es sich dabei um die einzige Einschränkung, die zu beachten ist. Die Weitergabe von Inhalten des Einkommensberichts ist nur an solche Interessenvertretungen, Personen und Einrichtungen zulässig, die in der Lage sind, Rechtsauskünfte und Rechtsberatung im Hinblick auf eine allfällige Entgeltdiskriminierung zu erteilen. Das heißt allerdings nicht, dass der Nachweis einer besonderen Spezialisierung erforderlich wäre. Grundsätzlich kann somit jede/r Rechtsanwältin/Rechtsanwalt kontaktiert werden.

---

<sup>76</sup> Firlei, DRdA 2011, 245f.

Darüber hinaus müssen die in Frage kommenden Interessenvertretungen, Personen und Einrichtungen einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Da der Gesetzgeber nicht näher spezifiziert hat, auf welchem Rechtsgrund diese Verschwiegenheitspflicht beruhen muss, kommen neben **gesetzlichen auch vertraglich vereinbarte Verschwiegenheitspflichten** in Betracht.

Die Weitergabe von Inhalten des Einkommensberichts ist zum anderen dann zulässig, wenn dies im Zuge der **Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung von Ansprüchen nach dem GIBG, also vor den Arbeits- und Sozialgerichten, oder eines Verfahrens vor der Gleichbehandlungskommission** geschieht. Damit gibt der Gesetzgeber unmissverständlich zu verstehen, dass der Einkommensbericht als Beweismittel zur Glaubhaftmachung und Durchsetzung einer allfälligen Entgeltdiskriminierung gedacht ist. Bemerkenswert ist, dass in diesem Kontext die **Gleichbehandlungsanwaltschaft keinerlei Erwähnung** findet. Im Ministerialentwurf war diese noch ausdrücklich angesprochen in Verbindung mit der Klarstellung, dass dieser auch die zur Geltendmachung einer Entgeltdiskriminierung unbedingt erforderlichen Inhalte des Einkommensberichts übermittelt werden dürfen.<sup>77</sup> Warum sich dieser Passus in der endgültigen Fassung des § 11a Abs 4 GIBG nicht mehr findet, ist nicht einsichtig. Jedenfalls kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass damit die Gleichbehandlungsanwaltschaft als zulässiger Adressat nicht mehr in Frage kommt. Zum einen ist nämlich die **Gleichbehandlungsanwaltschaft jedenfalls eine auf das Diskriminierungsrecht spezialisierte „Interessenvertretung“**, die entsprechende Rechtsauskünfte und Rechtsberatung erteilen kann. Fraglich mag allenfalls sein, ob diese auch zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Eine vergleichbare Regelung zu § 10 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz fehlt. Die Antwort darauf ist aber insofern irrelevant, als die individualrechtliche Verschwiegenheitspflicht zum anderen nach dem Wortlaut des § 11a Abs 4 GIBG auch der **„Einleitung“ eines Verfahrens vor der Gleichbehandlungskommission** nicht entgegensteht. Der Gesetzgeber hat den Ausnahmetatbestand des § 11a Abs 4 GIBG bewusst nicht bloß auf das Verfahren selbst und damit auf die Gleichbehandlungskommission beschränkt. Vielmehr ist damit auch die Gleichbehandlungsanwaltschaft vom Ausnahmetatbestand erfasst, da diese gem § 5 Abs 6 iVm § 12 GBK/GAW-Gesetz ausdrücklich dazu befugt ist, ein solches Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission einzuleiten. Vor diesem Hintergrund besteht kein Zweifel, dass der **einzelne Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin** auch nach der schlussendlich in Kraft getretenen Fassung des § 11a GIBG **berechtigt ist, der Gleichbehandlungsanwaltschaft die**

---

<sup>77</sup> ME 179 BlgNR 24. GP, 4.

**erforderlichen Inhalte des Einkommensberichts zu übermitteln.** Das schließt auch das Recht mit ein, erforderlichenfalls **Abschriften oder Kopien** des Einkommensberichts der Gleichbehandlungsanwaltschaft zur Verfügung zu stellen.

Die in § 11a Abs 4 GIBG normierten Ausnahmen von der individuellen Verschwiegenheitspflicht dienen damit augenscheinlich dem Zweck, Opfern vermuteter Entgeltdiskriminierungen die Inanspruchnahme des Rechtswegs zu ermöglichen. Folglich erscheint es im nachfolgenden geboten, der Frage nachzugehen, welche Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung in diesem Zusammenhang tatsächlich bestehen.

### **III. Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Verfolgung vermuteter Entgeltdiskriminierungen**

#### **1. Zur Bedeutung des Einkommensberichts**

Die gesetzliche Verpflichtung, geschlechterspezifische Einkommensberichte zu erstellen, wurde ursprünglich damit gerechtfertigt, dass die auf diese Weise geschaffene Entgelttransparenz Betroffene dabei unterstützen soll, Entgeltdiskriminierungen geltend zu machen und aktiv zu bekämpfen. Diesen Zweck vermag der Einkommensbericht freilich nur sehr eingeschränkt zu erfüllen. Da er in anonymisierter Form zu erstellen ist, lassen sich aus ihm keinerlei Rückschlüsse auf bestehende Entgeltunterschiede zwischen konkreten Vergleichspersonen ziehen. Der **Einkommensbericht** stellt somit **kein taugliches Mittel** dar, um vor Gericht oder vor der Gleichbehandlungskommission eine vermutete **Entgeltdiskriminierung zu beweisen**.

Seine Funktion beschränkt sich aus prozessualer Sicht darin, die **Glaubhaftmachung** einer Diskriminierung zu erleichtern. Tatsächlich hat das Opfer einer Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts gem § 12 Abs 12 iVm § 3 Z 2 GIBG das Vorliegen einer solchen lediglich glaubhaftzumachen. Gelingt dies hat der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin den Nachweis zu erbringen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war als das Geschlecht. Mit anderen Worten: dem Opfer einer vermuteten Entgeltdiskriminierung kommt eine Beweiserleichterung zu.

In diesem Zusammenhang spielt der Einkommensbericht durchaus eine wichtige Rolle. Denn liegt das Durchschnittseinkommen einer konkreten weiblichen Arbeitnehmerin unter dem Medianeinkommen der entsprechenden Vergleichsgruppe der Männer, wird das in der Regel ausreichen, um eine Entgeltdiskriminierung glaubhaft zu machen, sollte es keine offenkundigen, geschlechtsunabhängigen Gründe für den Entgeltunterschied geben.

Allerdings wäre es ungleich effektiver, bestünde die Möglichkeit, in einem gerichtlichen Verfahren oder in einem Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission die Gehaltsdaten einer konkreten Vergleichsperson des anderen Geschlechts als Beweismittel vorzulegen. Diese Möglichkeit sieht das GIBG jedoch nicht vor. Tatsächlich wurde bewusst davon Abstand genommen. Aus den Materialien zu § 11a GIBG ergibt sich klar, dass der Gesetzgeber die **Anonymisierung des Einkommensberichts aus datenschutzrechtlichen Erwägungen für geboten erachtete**.<sup>78</sup> Auch aus den sonstigen Bestimmungen des **GIBG lässt sich ein vergleichbarer Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin auf Offenlegung der Gehaltsdaten nicht entnehmen**; weder gegenüber einem Arbeitskollegen/einer Arbeitskollegin, noch gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin. Letzteres hat auch der EuGH, wiederum unter Verweis auf den Datenschutz, ausdrücklich klargestellt. Der Umstand, dass sich der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin weigert, die Gehaltsdaten von Vergleichspersonen offenzulegen, könne allenfalls im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung Berücksichtigung finden.<sup>79</sup>

Ein **Anspruch auf Offenlegung der Gehaltsdaten** kommt hingegen dem **Betriebsrat** zu. Gem § 89 Z 1 ArbVG verfügt der Betriebsrat über das Recht, Einsicht in die Gehaltsunterlagen aller Arbeitnehmerinnen des Betriebs zu nehmen, ua um die **Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften zu überwachen**. Es ist unbestritten, dass diese Befugnis auch die **Einhaltung des GIBG** miteinschließt.<sup>80</sup> In Anbetracht der beschränkten Beweiskraft des Einkommensberichts stellt sich daher die Frage, inwiefern dieses Einsichtsrecht des Betriebsrates für die Geltendmachung einer Entgeltdiskriminierung fruchtbar gemacht werden kann: entweder indem der Betriebsrat selbst aktiv wird oder in dem der betreffende Arbeitnehmer/die betreffende Arbeitnehmerin vom Betriebsrat Auskunft über die Gehaltsdaten einer konkreten Vergleichsperson verlangt oder indem die Gleichbehandlungsanwaltschaft bzw Gleichbehandlungskommission selbiges vom Betriebsrat fordert.

---

<sup>78</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 7.

<sup>79</sup> EuGH 21.7.2011, C-104/10, *Kelly*, EU:C:2011:506.

<sup>80</sup> Vgl bloß *Naderhirn in Felten/Trost* (Hrsg), 50 Jahre ARSO Linz (in Druck) 122 mwN.

## 2. Recht des Betriebsrates auf Einsicht der Gehaltsunterlagen

Gem § 89 Z 1 ArbVG ist der Betriebsrat berechtigt, „in die vom Betrieb geführten Aufzeichnungen über die Bezüge der Arbeitnehmer und die zur Berechnung erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen, sie zu überprüfen, und die Auszahlung zu kontrollieren.“ Dieses Einsichtsrecht gem Z 1 dient dem Zweck die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften sicherzustellen. Das ergibt sich ua aus dem Zusammenspiel mit dem Überwachungsrecht gem § 89 Z 2 ArbVG. Es besteht deshalb auch kein Zweifel, dass das Einsichtsrecht gem § 89 Z 1 ArbVG dafür genutzt werden darf, um die Einhaltung des GIBG zu überprüfen.<sup>81</sup> Der Betriebsrat kann demnach durch Einsicht in die Gehaltsunterlagen kontrollieren, ob es zwischen konkreten Vergleichspersonen unterschiedlichen Geschlechts tatsächlich Entgeltunterschiede gibt, sollte auf Grund der Ergebnisse des Einkommensberichts gem § 11a GIBG der Verdacht bestehen, dass der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin bei der Festsetzung des Entgelts diskriminierend vorgeht. Mit anderen Worten: **Der Einkommensbericht gem § 11a GIBG und die sich daraus ergebenden Befugnisse des Betriebsrates verdrängen nicht jene des ArbVG, sondern ergänzen diese.** Oder anders ausgedrückt: Auffälligkeiten im Einkommensbericht können vom Betriebsrat durchaus zum Anlass genommen werden, um von seinem Einsichtsrecht gem § 89 Z 1 ArbVG Gebrauch zu machen.

**Dem steht auch der Datenschutz der betroffenen Vergleichsperson nicht entgegen.** Das hat der OGH ausdrücklich in der Entscheidung mit der GZ 6 ObA 1/14m klargestellt.<sup>82</sup> Denn aus § 89 Z 4 ArbVG ergibt sich zum einen, dass lediglich die Einsicht in den Personalakt von der Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin abhängig ist. Da eine entsprechende Zustimmungspflicht nach § 89 Z 1 ArbVG nicht besteht, kann daraus der Schluss gezogen werden, dass der Betriebsrat über die gesetzliche Ermächtigung verfügt, auch ohne Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin Einsicht in die Gehaltsunterlagen zu nehmen.<sup>83</sup> Gem § 8 Abs 1 Z 1 DSG 2000 hat das zur Konsequenz, dass **auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung keine Verletzung des Rechts auf Datenschutz** vorliegt, da es sich beim Gehalt um kein sensibles, sondern lediglich um ein

---

<sup>81</sup> Auer-Mayer in Gahleitner/Mosler (Hrsg), ArbVG § 89 Rz 9; Drs in Jabornegg/Resch/Strasser, ArbVG § 89 Rz 5; Firlei, DRdA 2011, 247; Pfeil, DRdA 2002, 222.

<sup>82</sup> OGH 17. 9. 2014, 6 ObA 1/14m, jusIT 2014/112, 232 (Thiele) = DRdA-infas 2015/10, 11 (Chlestil) = DRdA 2015/33, 255 (Goricnik).

<sup>83</sup> Grünanger, Einsichtsrecht(e) in Gehaltsdaten und Personalakten? ZAS 2014, 292.

personenbezogenes Datum handelt.<sup>84</sup> Zum anderen würde das Einsichtsrecht des Betriebsrates leerlaufen, würde dieses aus datenschutzrechtlichen Erwägungen von der individuellen Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers/jeder einzelnen Arbeitnehmerin abhängig gemacht werden. Da es nicht die Intention des DSG 2000 ist, den Betriebsrat in seinen Befugnissen zu beschränken, ist auch aus diesem Grund eine individuelle Zustimmungspflicht abzulehnen.<sup>85</sup>

Das Einsichtsrecht gem § 89 Z 1 ArbVG stellt damit ein taugliches Instrument dar, um eine auf Grund der Ergebnisse des Einkommensberichts vermutete Entgeltdiskriminierung tatsächlich zu bestätigen. Das gilt umso mehr als der Betriebsrat im Rahmen des Einsichtsrechts gem § 89 Z 1 ArbVG über das Recht verfügt, sich auch **Aufzeichnungen über die Gehaltsdaten** zu machen. „Einsichtnahme“ schließt in diesem Fall auf Grund der Komplexität der Sachlage regelmäßig auch das Recht mit ein, Kopien anzufertigen.<sup>86</sup> Das hat der OGH ausdrücklich anerkannt und sogar festgehalten, dass sich aus § 89 Z 1 ArbVG ein Anspruch auf Aushändigung von Abschriften bzw Ausdrucken ergibt.<sup>87</sup> Derartige Ausdrücke stellen ein wichtiges Mittel dar, um eine Entgeltdiskriminierung nicht bloß glaubhaft machen, sondern beweisen zu können. Das setzt freilich voraus, dass der Betriebsrat, die aus seinem Einsichtsrecht gem § 89 Z 1 ArbVG gewonnen Erkenntnisse weitergeben darf; sei es an die betroffene Arbeitnehmerin/den betroffenen Arbeitnehmer, sei es an Institutionen, die bei der Rechtsdurchsetzung helfen, wie Gleichbehandlungsanwaltschaft oder AK bzw Gewerkschaft, oder sei es an das zuständige Arbeits- und Sozialgericht bzw die Gleichbehandlungskommission.

Das ist allerdings keineswegs eindeutig. Denn anders als bei der Weitergabe von Inhalten des Einkommensberichts, der auf Grund der Anonymisierung keinerlei Rückschlüsse auf konkrete Personen zulässt, werden hier personenbezogene Daten an Dritte weitergegeben. Es stellt sich somit sowohl die Frage, ob dies mit der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht vereinbar ist, als auch, ob dies im Lichte des Rechts auf Datenschutz zulässig ist.

---

<sup>84</sup> OGH 17. 9. 2014, 6 ObA 1/14m, jusIT 2014/112, 232 (*Thiele*) = DRdA-InfAS 2015/10, 11 (*Chlestil*) = DRdA 2015/33, 255 (*Goricnik*).

<sup>85</sup> OGH 17. 9. 2014, 6 ObA 1/14m, jusIT 2014/112, 232 (*Thiele*) = DRdA-InfAS 2015/10, 11 (*Chlestil*) = DRdA 2015/33, 255 (*Goricnik*); so auch *Löschnigg*, Datenermittlung im Arbeitsverhältnis (2009) 276.

<sup>86</sup> *Naderhirn* in *Felten/Trost* (Hrsg), 50 Jahre ARSO Linz (in Druck) 133; *Löschnigg*, Datenermittlung im Arbeitsverhältnis (2009) 200.

<sup>87</sup> OGH 4. 6. 2003, 9 ObA 3/03m, DRdA 2004/29, 343 (*Löschnigg*).

### **3. Weitergabe konkreter Gehaltsdaten durch den Betriebsrat**

#### **a. an AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft, Gleichbehandlungskommission, Arbeits- und Sozialgerichte**

Inhalt und Umfang der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht wurden bereits unter III.2. im Zusammenhang mit der Frage, ob der Einkommensbericht gem § 11a GIBG vom Betriebsrat an die genannten Institutionen weitergegeben werden darf, ausführlich dargestellt. Das Ergebnis dieser Analyse war, dass die Weitergabe erlaubt ist. Dies lässt sich im Wesentlichen damit begründen, dass der Betriebsrat sowohl gem § 39 Abs 4 ArbVG als auch gem § 90 Abs 1 ArbVG über die Befugnis verfügt, die genannten Institutionen entweder in ihrer Funktion als „kollektivvertragsfähige Körperschaften der Arbeitnehmer“ (AK, ÖGB) oder als „zuständige Stellen außerhalb des Betriebs“ (Gleichbehandlungsanwaltschaft, Gleichbehandlungskommission, Arbeits- und Sozialgericht) zu kontaktieren. Der Gesetzgeber hat dem Betriebsrat diese Befugnis eingeräumt, um fachliche Beratungen und die Beseitigung von Missständen zu ermöglichen. Ohne die Weitergabe der entsprechenden Informationen ist beides nicht denkbar. Somit besteht ein erhebliches Interesse des Betriebsrates an der Informationsweitergabe, da die Beratung als auch die Beseitigung von Missständen essentiell sind, um den gesetzlichen Interessenvertretungsauftrag gem § 38 ArbVG erfüllen zu können. Ein entsprechendes Interesse des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin an der Geheimhaltung besteht grundsätzlich nicht. Das einzig identifizierbare Interesse besteht darin, dass eine vermutete Entgeltdiskriminierung nicht aufgedeckt werden soll. Abgesehen davon, dass ein solches Interesse dem Grunde nach nicht schützenswert erscheint, wiegt es jedenfalls nicht schwerer als das berechtigte Interesse des Betriebsrates. Da auf Grund der Anonymisierungspflicht auch niemand anderes Interessen durch die Inhalte des Einkommensberichts gem § 11a GIBG berührt werden, stellt die Weitergabe keine Verletzung der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht dar.

#### **a.a. Betriebsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen**

Nichts anderes kann im Verhältnis zum Betriebsinhaber/zur Betriebsinhaberin für Informationen gelten, die dem Betriebsrat in Ausübung des Einsichtsrechts gem § 89 Z 1 ArbVG bekannt geworden sind. Es besteht kein Zweifel, dass auch diese Gegenstand des Beratungsrechts gem § 39 Abs 4 bzw des Interventionsrechts gem § 90 Abs 1 ArbVG sein



können. Die Weitergabe an die genannten Institutionen ist demnach jedenfalls vom Interessenvertretungsauftrag des Betriebsrates erfasst. Ein entsprechendes, berücksichtigungswürdiges Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin besteht nicht. Aus dem Blickwinkel der **betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht** erscheint somit die Informationsweitergabe an die genannten Institutionen **unproblematisch**.

Im Unterschied zum Einkommensbericht gem § 11a GIBG kann allerdings die Informationsweitergabe die Interessen Dritter berühren, konkret die **Interessen** jener **Vergleichsperson**, mit deren Hilfe das Vorliegen einer Entgeltdiskriminierung belegt werden soll. Werden nämlich Gehaltsdaten konkreter Vergleichspersonen ohne Anonymisierung in Ausübung des betriebsverfassungsrechtlichen Beratungs- oder Interventionsrechts an die genannten Institutionen weitergegeben, werden automatisch auch personenbezogene Daten weitergegeben.

Das ist insofern beachtlich, als eine Verletzung der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht auch dann vorliegt, wenn der Betriebsrat **Angaben über die persönlichen Angelegenheiten und Verhältnisse eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin** ohne Zustimmung preisgibt, die ihrer Bedeutung oder ihrem Inhalt nach einer vertraulichen Behandlung bedürfen. Entscheidend ist demnach, ob Gehaltsdaten „vertraulich“ iSd § 115 Abs 4 ArbVG sind. Aufschluss darüber kann das DSG 2000 geben, das ebenfalls ein spezifisches Geheimhaltungsinteresse bezüglich personenbezogener Daten anerkennt.

#### **a.b. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen**

Das DSG 2000 unterscheidet zwischen sogenannten „sensiblen“ und „nicht-sensiblen“ **Daten**. Nach der Judikatur des OGH zählen Gehaltsdaten zu letzterer Kategorie.<sup>88</sup> Diese Unterscheidung ist deshalb von Relevanz, weil bei nicht-sensiblen Daten der Datenschutz weniger stark ausgeprägt ist. Gem § 8 Abs 1 DSG 2000 werden schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen durch die Verwendung bzw Übermittlung von nicht-sensiblen Daten<sup>89</sup> dann nicht verletzt, wenn (Z1) es dafür eine gesetzliche Ermächtigung gibt, (Z 2)

---

<sup>88</sup> OGH 17. 9. 2014, 6 ObA 1/14m, jusIT 2014/112, 232 (*Thiele*) = DRdA-InfAS 2015/10, 11 (*Chlestil*) = DRdA 2015/33, 255 (*Goricnik*).

<sup>89</sup> Gem § 4 Z 8 DSG 2000 schließt der Begriff der „Verwendung“ ex lege auch die „Übermittlung“ mit ein.

der/die Betroffene ausdrücklich zustimmt, (Z 3) lebenswichtige Interessen des Betroffenen die Übermittlung erfordern, oder (Z 4) überwiegende Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern. „Auftraggeber“ im Sinne dieser Bestimmung ist im konkreten Fall gem § 4 Z 4 DSG 2000 der Betriebsrat, da dieser entschieden hat, die Gehaltsdaten zu verwenden und an Dritte weiterzugeben. Der Betriebsrat ist aus datenschutzrechtlicher Sicht eine Personengemeinschaft privaten Rechts. Folglich ist der **Betriebsrat als Auftraggeber des privaten Bereichs iSd § 5 Abs 3 DSG 2000** zu qualifizieren.<sup>90</sup> Das heißt, dass die Zulässigkeit der Datenverarbeitung und demnach auch der Übermittlung der Daten am Maßstab des § 7 DSG 2000 zu messen ist. Der Auftraggeber muss demnach über eine rechtliche Befugnis zur Verarbeitung der Daten verfügen. Daran kann im konkreten Fall kein Zweifel bestehen. **Da der Betriebsrat gem § 89 Z 1 ArbVG über das Recht verfügt, in die Gehaltsdaten Einsicht zunehmen** und diese zu prüfen, verfügt er damit über die notwendige **rechtliche Befugnis aus Sicht des Datenschutzrechts**. Dasselbe gilt auch im Hinblick auf die Übermittlung der Daten in Anbetracht der bestehenden gesetzlichen Befugnisse des Betriebsrates gem § 39 Abs 4 und § 90 Abs 1 ArbVG einerseits und der gesetzlichen bzw statutarischen Kompetenzen der genannten Institutionen (AKG, GBK/GAW-Gesetz, ASGG, Statuten des ÖGB) im Bereich der Rechtsberatung und Rechtsdurchsetzung andererseits. Folglich kann an der rechtlichen **Befugnis der genannten Institutionen, die Daten zu empfangen, gem § 7 Abs 2 Z 2 DSG 2000** ebenfalls nicht gezweifelt werden.

Zu prüfen ist daher lediglich, ob der Datenübermittlung gem § 8 DSG 2000 ein **schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse** entgegensteht. Das ist freilich im Fall der Weiterleitung von Gehaltsdaten einer konkreten Vergleichsperson an AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft, Gleichbehandlungskommission oder Arbeits- und Sozialgericht durch den Betriebsrat zu verneinen. Zum einen legt die Judikatur des OGH nahe, dass der Begriff der „gesetzlichen Ermächtigung“ gem § 8 Abs 1 Z 1 DSG 2000 weit zu verstehen ist. Eine ausdrückliche Erlaubnis zur Datenverwendung wird nicht verlangt. Diese kann sich vielmehr aus dem Kontext der fraglichen Regelung ergeben. So hat der OGH bspw § 89 Z 1 ArbVG als ausreichende **gesetzliche Ermächtigung** angesehen, um die Gehaltsdaten konkreter Personen auch ohne Zustimmung derselben „verarbeiten“, sprich vergleichen, aufbewahren, etc, zu können.<sup>91</sup> Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass auch die Regelungen des **§ 39 Abs 4 ArbVG bzw § 90 Abs 1 ArbVG** als ausreichende gesetzliche

---

<sup>90</sup> Löschnigg, Der Betriebsrat als Datenverwender, in Resch (Hrsg), Datenschutz im Betrieb, 48.

<sup>91</sup> OGH 17. 9. 2014, 6 ObA 1/14m, jusIT 2014/112, 232 (Thiele) = DRdA-InfA 2015/10, 11 (Chlestil) = DRdA 2015/33, 255 (Goricnik).

Ermächtigungen iSd § 8 Abs 1 Z 1 DSG 2000 zu qualifizieren sind, um die Weitergabe von konkreten Gehaltsdaten zu Beratungs- oder Interventionszwecken zu rechtfertigen. Würde man das Gegenteil vertreten, hätte das zur Folge, dass eine Beratung oder Intervention de facto kaum möglich wäre. Eine Beschränkung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse ist aber nicht die Intention des DSG 2000.<sup>92</sup> Auch das spricht dafür, den Begriff der „gesetzlichen Ermächtigung“ gem § 8 Abs 1 Z 1 DSG 2000 weit zu verstehen.

Was die Weitergabe von Gehaltsdaten an die Gleichbehandlungsanwaltschaft und Gleichbehandlungskommission betrifft, besteht darüber hinaus mit **§ 5 Abs 4 bzw § 12 Abs 1 GBK/GAW-Gesetz** eine ausdrückliche „gesetzliche Ermächtigung“.

Nach ersterer Bestimmung kann die Gleichbehandlungsanwaltschaft auf Grund einer behaupteten Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes sowohl vom Arbeitgeber/der Arbeitgeberin eine schriftliche Stellungnahme als auch vom Betriebsrat die Erteilung von Auskünften verlangen. Es besteht kein Zweifel, dass davon auch Auskünfte über Gehaltsdaten erfasst sind, die dem Betriebsrat in Ausübung seines Einsichtsrechts bekannt geworden sind. Freilich legt die Verwendung des Begriffs „Auskunft“ nahe, dass der Informationsweitergabe ein entsprechendes Informationsverlangen der Gleichbehandlungsanwaltschaft vorausgegangen sein muss. Ein solches ist nach § 90 Abs 1 ArbVG nicht erforderlich.

Nach **§ 12 Abs 1 GBK/GAW-Gesetz** ist der Betriebsrat berechtigt bei der Gleichbehandlungskommission einen Antrag auf Einzelfallprüfung einzubringen, sollte der Verdacht einer Entgeltdiskriminierung bestehen. Diese hat der Betriebsrat glaubhaft zu machen, was voraussetzt, dass der Betriebsrat die Möglichkeit haben muss, die maßgeblichen Unterlagen vorzulegen. Letzteres stellt **§ 11 Abs 1 GBK-GO** ausdrücklich klar. Folglich ist in § 12 Abs 1 GBK/GAW-Gesetz eine gesetzliche Ermächtigung zur **Übermittlung konkreter Gehaltsdaten von Vergleichspersonen** durch den Betriebsrat an die Gleichbehandlungskommission zu sehen, die der Glaubhaftmachung einer Entgeltdiskriminierung dienen.<sup>93</sup>

Selbst wenn man für ein engeres Verständnis eintritt und § 39 Abs 4 bzw § 90 Abs 1 ArbVG oder gar § 5 Abs 4 bzw § 12 Abs 1 GBK/GAW-Gesetz die Qualifikation als „gesetzliche Ermächtigung“ absprechen wollte, erlaubt zum anderen im konkreten Fall § 8 Abs 1 Z 4 DSG 2000 die Weitergabe der Gehaltsdaten. Nach dieser Bestimmung ist die Übermittlung nicht-sensibler, personenbezogener Daten immer dann zulässig, wenn dies auf Grund eines **„überwiegenden berechtigten Interesses“ eines Dritten** erforderlich erscheint. Ein solcher

<sup>92</sup> OGH 17. 9. 2014, 6 ObA 1/14m, jusIT 2014/112, 232 (*Thiele*) = DRdA-InfAS 2015/10, 11 (*Chlestil*) = DRdA 2015/33, 255 (*Goricnik*).

<sup>93</sup> *Naderhirm in Felten/Trost* (Hrsg), 50 Jahre ARSO Linz (in Druck) 141.

„Dritter“ kann zweifelsfrei ein **diskriminierter Arbeitskollege/eine diskriminierte Arbeitskollegin** sein. Mit anderen Worten: sollte das berechnete Interesse eines Dritten an der Übermittlung der Daten stärker wiegen, als das Interesse des von der Datenverwendung Betroffenen, so ist die Weitergabe datenschutzrechtlich erlaubt.

Hält man sich einerseits vor Augen, dass der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen gem **Art 157 AEUV** ein primärrechtlich verankertes Rechtsgebot darstellt. Und berücksichtigt man andererseits, dass der Gesetzgeber zu dessen Verwirklichung die Bekämpfung von Entgeltdiskriminierungen am Rechtsweg, ua mit Hilfe des Einkommensberichts gem § 11a GIBG, ausdrücklich fördern wollte, so kann kein Zweifel daran bestehen, dass vermeintlich diskriminierte Arbeitnehmerinnen ein berechtigtes Interesse daran haben, dass die Gehaltsdaten konkreter Vergleichspersonen an jene Institutionen übermittelt werden dürfen, die Entgeltdiskriminierungen entweder aktiv beseitigen (Arbeits- und Sozialgericht, Gleichbehandlungskommission) oder zumindest bei deren Bekämpfung helfen (AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft). Das hat auch der Gesetzgeber anerkannt, indem er bspw die Gleichbehandlungsanwaltschaft mit umfassenden Ermittlungs- und Auskunftsrechten ausgestattet hat, um rechtlich gegen eine Entgeltdiskriminierung vorgehen zu können. Ein vergleichbares, schutzwürdiges Interesse der betreffenden Vergleichsperson an der Geheimhaltung der eigenen Gehaltsdaten ist nicht ersichtlich.

Das ist auch aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht beachtlich, **da somit Gehaltsdaten „ihrer Bedeutung und ihrem Inhalt“ nach keiner „vertraulichen Behandlung“ bedürfen**, wenn sie zum Zwecke der Durchsetzung einer vermuteten Entgeltdiskriminierung am Rechtsweg weitergegeben werden. Das heißt, ihre Weitergabe stellt keinen Verstoß gegen die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht gem § 115 Abs 4 ArbVG dar.

Allerdings hat der Gesetzgeber in **§ 6 Abs 1 Z 2 DSG 2000** klargestellt, dass sich die Datenübermittlung an den mit ihr verfolgten **Zweck** halten muss und nicht über diesen Zweck hinausgehen darf. Diese Regelung wird durch das Gebot der Verwendung des jeweils **„gelindesten zur Verfügung stehenden Mittels“ gem § 7 Abs 3 DSG 2000** flankiert. Das heißt, die Datenübermittlung muss in jener Form geschehen, die den Datenschutz der Betroffenen am meisten schont. Konkret bedeutet dies: sollte es zur Zweckerreichung – also der Rechtsdurchsetzung der Beseitigung einer Entgeltdiskriminierung – nicht notwendig sein, zu wissen, wie die konkrete Vergleichsperson heißt, sondern reicht es dafür aus, das

Geschlecht offenzulegen, so sind lediglich die Gehaltsdaten mit dem Verweis auf das Geschlecht ohne Angabe des Namens der Vergleichsperson zu übermitteln.<sup>94</sup>

### **a.c.Zusammenfassung und zukünftige Rechtslage**

Weder das Betriebsverfassungsrecht noch das Datenschutzgesetz stehen der Weitergabe von Gehaltsdaten einer konkreten Person durch den Betriebsrat an AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft, Gleichbehandlungskommission oder Arbeits- und Sozialgerichte entgegen. Daran wird sich auch nach dem 25.5.2018 nichts ändern. Mit diesem Datum tritt die neue **DS-GVO 2016/679** in Kraft. Diese stellt zwar das nationale Datenschutzrecht auf eine neue Grundlage.<sup>95</sup> In den hier interessierenden Punkten wird es jedoch nur zu marginalen Änderungen kommen. Denn auch nach der DSG-VO können die Verarbeitung von Daten und somit auch die Weitergabe derselben an Dritte selbst ohne Zustimmung des Betroffenen zulässig sein. Das gilt insb dann, wenn die Weiterleitung der Daten zur **Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung** erforderlich ist, der der Verantwortliche (zB Betriebsrat) unterliegt (vgl Art 6 Abs 1 lit c DSG-VO) oder wenn die Datenübermittlung zur **Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich** ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Mit anderen Worten, die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung ist auch weiterhin von der **Durchführung einer Interessenabwägung** abhängig, soweit es sich um Daten handelt, die – wie das Entgelt – nicht zu einer besonderen Kategorie personenbezogener Daten zählen. Die zum DSG 2000 gewonnenen Erkenntnisse behalten daher auch nach dem 25.5.2018 ihre Gültigkeit. Tatsächlich hat sich die Gewichtung im Rahmen der Interessenabwägung sogar geringfügig verschoben. Nunmehr muss nicht mehr das Interesse an der Datenübermittlung überwiegen, sondern jenes am Schutz des Datengeheimnisses.<sup>96</sup>

Darüber hinaus wird mit § 11 DSG 2000 (in der Fassung ab 25.5.2018) wieder ausdrücklich klargestellt, dass die dem Betriebsrat nach dem ArbVG zukommenden Befugnisse durch das neue Datenschutzrecht unberührt bleiben. Das ist insofern von Bedeutung, weil dies als gewichtiges Argument herangezogen werden kann, dass der Betriebsrat, wenn er individuelle

---

<sup>94</sup> Naderhirm in Felten/Trost (Hrsg), 50 Jahre ARSO Linz (in Druck) 144 f.

<sup>95</sup> S bloß die durch das Datenschutz-Anpassungsgesetz, BGBl 120/2017, bewirkten Änderungen.

<sup>96</sup> Graf/Krizanac, Einführung in die Datenschutz-Grundverordnung, ecolex 2017, 914.

Gehaltsdaten an die bezeichneten Institutionen zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung einer Entgeltdiskriminierung weitergibt, sogar im Rahmen „der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“ iSd Art 6 Abs 1 lit c DSGVO tätig wird. Dafür sprechen die Befugnisse des Betriebsrates nach dem ArbVG im Zusammenhang mit der Herstellung von Entgeltgleichbehandlung.<sup>97</sup> Dies hätte zur Folge, dass sich die Durchführung einer Interessenabwägung sogar erübrigen würde. Die Weitergabe der Daten wäre gleichsam „automatisch“ zulässig. Dem könnte man allenfalls entgegenhalten, dass es sich dabei um „Rechte“ und nicht um eine „Verpflichtung“ des Betriebsrates handelt. Ein derart restriktive Lesart erscheint allerdings wenig überzeugend, hält man sich vor Augen, dass selbst bei „sensiblen“ – nunmehr „besonderen personenbezogenen“ – Daten, wie rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit, eine Datenverarbeitung gem Art 9 Abs 2 lit b DSGVO bereits dann zulässig ist, wenn dies erforderlich ist, um „aus dem Arbeitsrecht [...] erwachsenden Rechte ausüben“ zu können. Das trifft auf die Befugnisse des Betriebsrates nach dem ArbVG zweifelsfrei zu. Es wäre wenig einsichtig, wenn der Maßstab bei nicht sensiblen Daten ein strengerer wäre als bei sensiblen Daten.

Unabhängig davon auf welchen Ermächtigungstatbestand man nun die Zulässigkeit der Datenverarbeitung also stützt, erscheint klar, dass auch nach der neuen Rechtslage eine Weitergabe individueller Gehaltsdaten an die bezeichneten Institutionen zur Durchsetzung einer vermeintlichen Entgeltdiskriminierung nicht gegen den Datenschutz verstößt.

## **b. an den einzelnen Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin**

Die Weitergabe der Gehaltsdaten einer konkreten Vergleichsperson durch den Betriebsrat an eine einzelne Arbeitnehmerin/einen einzelnen Arbeitnehmer ist ebenfalls sowohl nach betriebsverfassungsrechtlichen als auch nach datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

### **b.a. Betriebsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen**

Aus Sicht des Betriebsverfassungsrechts stellt sich die Frage, ob die Weitergabe von Gehaltsdaten, von denen der Betriebsrat im Rahmen seines Einsichtsrechts gem § 89 Z 1

---

<sup>97</sup> Siehe dazu Pkt II.2.c.

ArbVG Kenntnis erlangt hat, an einzelne Arbeitnehmerinnen einen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht des § 115 Abs 4 ArbVG darstellt. Der OGH hat dies in seiner älteren Judikatur dem Grunde nach bejaht. Zum einen, weil es sich bei Gehaltsdaten – zumindest ganzer Abteilungen – um ein Geschäftsgeheimnis handelt. Zum anderen, weil die Weitergabe der Gehaltsdaten nicht vom gesetzlichen Interessenvertretungsauftrag des Betriebsrates gedeckt sei.<sup>98</sup> Dass letzteres nicht zutrifft, wurde in der Lehre bereits mehrfach festgehalten und kritisiert; insbesondere auch vor dem Hintergrund einer allfälligen Entgeltdiskriminierung.<sup>99</sup> Darüber hinaus kann man sich die Frage stellen, ob diese Judikatur auch dann greift, wenn nicht die Gehaltsdaten ganzer Abteilungen, sondern lediglich jene eines einzelnen Arbeitnehmers/einer einzelnen Arbeitnehmerin weitergegeben werden. Es erscheint durchaus zweifelhaft, ob es sich dabei auch um ein „Geschäftsgeheimnis“ iSd § 115 Abs 4 ArbVG handelt. Die Antwort hat allerdings insofern an Bedeutung verloren, als der OGH nunmehr ausdrücklich anerkennt, dass die **Vertretung der Arbeitnehmerinteressen in Entgeltfragen** sogar zum **Kernbereich der Aufgaben des Betriebsrats** gehört. Das ergibt sich – so der OGH – unmittelbar aus § 89 Z 1 ArbVG, der den Betriebsrat dazu ermächtigt, in die vom Betrieb geführten Aufzeichnungen über die Bezüge und die zur Berechnung dieser Bezüge erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen. Folglich zähle es auch zum Aufgabenbereich des Betriebsrats, Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen bei der Herstellung von Lohngleichheit zu unterstützen.<sup>100</sup> Das impliziert, dass der Betriebsrat berechtigt sein muss, konkrete Gehaltsdaten, von denen er im Zuge seines Einsichtsrechts Kenntnis erlangt hat, an einzelne Arbeitnehmerinnen weiterzugeben, wenn dies zur Herstellung von Lohngleichheit – insbesondere durch Beschreitung des Rechtswegs – erforderlich ist.

In diesem Zusammenhang kann sich der Betriebsrat auch auf die **gesetzliche Befugnis des § 37 Abs 2 ArbVG** berufen. Nach dieser Bestimmung können die Arbeitnehmerinnen des Betriebes Anfragen beim Betriebsrat vorbringen. Dieses Interventionsrecht ist inhaltlich in keiner Weise beschränkt und umfasst damit auch Anfragen über Entgeltfragen. Damit hat der Gesetzgeber einen direkten Kommunikationsweg zwischen dem Betriebsrat und den einzelnen Arbeitnehmerinnen eröffnet. Dieser macht freilich nur dann Sinn, wenn der Betriebsrat berechtigt ist, auf diese Anfragen wahrheitsgemäß zu antworten. *Löschnigg* spricht deshalb auch von einer „gewissen **Beantwortungspflicht**“.<sup>101</sup> Folglich ist in § 37 Abs 2 ArbVG ein gesetzlicher Anhaltspunkt für die betriebsverfassungsrechtliche Zulässigkeit der

---

<sup>98</sup> OGH 14.2.2001, 9 ObA 338/00x, DRdA 2002, 219 (*Pfeil*).

<sup>99</sup> S insb *Pfeil*, DRdA 2002, 222.

<sup>100</sup> OGH 27.5.2015, 8 ObA 17/15f, DRdA 2016, 51 (*Schneller*).

<sup>101</sup> *Löschnigg*, Der Betriebsrat als Datenverwender, in *Resch* (Hrsg), Datenschutz im Betrieb, 65.

Weitergabe konkreter Gehaltsdaten zu sehen. Ein durchsetzbarer Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin gegenüber dem Betriebsrat auf Bekanntgabe der Gehaltsdaten einer konkreten Vergleichsperson besteht hingegen nicht.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Regelung des **§ 5 Abs 5 GBK/GAW-Gesetz** bestätigt, die es der Gleichbehandlungsanwaltschaft ausdrücklich erlaubt, Gehaltsdaten konkreter Vergleichspersonen, über die sie von der Sozialversicherung Kenntnis erlangt hat, an einzelne Arbeitnehmerinnen – freilich in anonymisierte Form – weiterzugeben, wenn diese damit die Diskriminierung verfolgen können. Daraus lässt sich die gesetzgeberische Wertung entnehmen, dass im Zweifelsfall der **Rechtsdurchsetzung gegenüber der Verschwiegenheitspflicht der Vorrang** einzuräumen ist. Dieser Grundgedanke ist auch auf die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht übertragbar.

#### **b.b. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen**

Selbst wenn die Weitergabe konkreter Gehaltsdaten einer Vergleichsperson aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht zulässig erscheint, so ist unabhängig davon, auch die datenschutzrechtliche Zulässigkeit zu prüfen. Es besteht nämlich kein Zweifel, dass es sich dabei um eine Datenübermittlung iSd § 7 DSG 2000 handelt.<sup>102</sup> Das heißt, auch in diesem Fall müssen die Anforderungen des § 7 DSG 2000 erfüllt sein.

Grundvoraussetzung ist also, dass die Datenverarbeitung – hier die Einsichtnahme in konkrete Gehaltsdaten – **gem § 7 Abs 1 DSG 2000 einen berechtigten Zweck** verfolgt, dem eine entsprechende rechtliche Befugnis zu Grunde liegt. Das könnte hier nur insofern fraglich sein, da ja letztlich der einzelne Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin bei der Rechtsdurchsetzung unterstützt werden soll, es jedoch nach dem ArbVG die Aufgabe des Betriebsrates ist, die Interessen der Gesamtbelegschaft zu vertreten. Gerade im Fall der Entgeltdiskriminierung lassen sich allerdings **Individual- und Belegschaftsinteressen nicht auseinander dividieren**. Denn es ist durchaus im Interesse der Gesamtbelegschaft, wenn ein einzelner Arbeitnehmer/eine einzelne Arbeitnehmerin bei der Bekämpfung einer vermuteten Entgeltdiskriminierung unterstützt wird, da dies ein zentraler Schritt sein kann, um Entgeltgleichheit im gesamten Betrieb sicherzustellen. Nicht zuletzt aus diesem Grund hat auch der Gesetzgeber gem **§ 37 Abs 2 ArbVG** dem einzelnen Arbeitnehmer/der einzelnen Arbeitnehmerin ein individuelles Interventionsrecht gegenüber dem Betriebsrat eingeräumt.

---

<sup>102</sup> Löchnigg, ArbeitnehmerInnendatenschutz, in Jähnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht3, 506.



Darüber hinaus hat auch der OGH festgehalten, dass es zum gesetzlichen Interessenvertretungsauftrag des Betriebsrats gehört, Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen bei der Herstellung von Lohngleichheit zu unterstützen.<sup>103</sup>

Zusammengefasst kann also festgehalten werden, dass die **Weitergabe konkreter Gehaltsdaten von Vergleichspersonen aus Anlass einer vermuteten Entgeltdiskriminierung** einen **berechtigten Zweck** verfolgt, dem auch eine entsprechende **rechtliche Befugnis zu Grunde** liegt.

Im Falle einer Datenübermittlung muss allerdings auch der **Empfänger**, hier also die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer, gem § 7 Abs 2 Z 2 DSG 2000 glaubhaft machen, dass sie/er über eine ausreichende **rechtliche Befugnis im Hinblick auf den Übermittlungszweck** verfügt. Das wird man außer Streit stellen können, wenn die übermittelten Gehaltsdaten als Beweismittel in einem Verfahren vor dem ASG oder der Gleichbehandlungskommission oder zumindest zum Zwecke der Glaubhaftmachung iSd § 12 Abs 12 GIBG vor der Gleichbehandlungsanwaltschaft, AK oder dem ÖGB im Zusammenhang mit der Einleitung eines solchen Verfahrens Verwendung finden. Dafür spricht wiederum die Wertung des § 5 Abs 5 GBK-/GAW-Gesetz. Da es um die Herstellung von Lohngleichheit geht, ist darüber hinaus das **Eigentumsrecht** der vermeintlich diskriminierten Person betroffen, aus dem sich ebenfalls die notwendige rechtliche Befugnis ableiten lässt.<sup>104</sup>

Der Betriebsrat muss aber Vorkehrungen treffen, dass zum einen die Daten tatsächlich (nur) zum Zwecke der Bekämpfung einer Entgeltdiskriminierung verwendet werden (zB Bestätigung eines Termins bei der Gleichbehandlungsanwaltschaft, AK oder dem ÖGB) und zum anderen der Datenschutz bestmöglich eingehalten wird. Letzteres kann auch eine **Verpflichtung zur Anonymisierung** der Gehaltsdaten bewirken, wenn die Kenntnis des Namens der konkreten Vergleichsperson nicht erforderlich ist, um die Entgeltdiskriminierung am Rechtsweg zu bekämpfen.<sup>105</sup>

### **b.c. Zusammenfassung**

Letztlich hängt also auch in diesem Fall die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von der Beantwortung der Frage ab, ob das Interesse der einzelnen Arbeitnehmerin/des einzelnen

<sup>103</sup> OGH 27.5.2015, 8 ObA 17/15f, DRdA 2016, 51 (*Schneller*).

<sup>104</sup> *Pfeil/Jahnel*, Information von ArbeitnehmerInnen über festgestellte Unterentlohnung, DRdA 2016, 82.

<sup>105</sup> *Naderhirn in Felten/Trost* (Hrsg), 50 Jahre ARSO Linz (in Druck) 147; *Gahleitner*, Judikaturentwicklungen im Gleichbehandlungsrecht, ASoK 2016, 209.

Arbeitnehmers an der Datenübermittlung zum Zwecke der Bekämpfung einer Entgeltdiskriminierung am Rechtsweg oder das Interesse der betreffenden Vergleichsperson an der Geheimhaltung der Gehaltsdaten überwiegt. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen unter IV.a.ab. verwiesen werden, die zu dem Ergebnis gekommen sind, dass das **Rechtsschutzinteresse der vermeintlich diskriminierten Person höher** zu werten ist, **als das Geheimhaltungsinteresse der betreffenden Referenzperson**. Freilich gilt auch in diesem Zusammenhang, dass im **Zweifelsfall auf die Angabe von Namen zu verzichten** ist, wenn die Angabe des Geschlechts ausreicht, um das Vorliegen einer Entgeltdiskriminierung zu beweisen.

#### **4. Weitergabe konkreter Gehaltsdaten durch die Arbeitnehmerin/den Arbeitnehmer**

Hat die einzelne Arbeitnehmerin/der einzelne Arbeitnehmer im Rahmen ihres/seines individuellen Interventionsrechts gem § 37 Abs 2 ArbVG Auskunft über die Gehaltsdaten einer konkreten Vergleichsperson erhalten, so stellt sich als Konsequenz die Frage, ob der einzelne Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin diese Informationen an Institutionen weitergeben darf, die sie/ihn bei der Rechtsdurchsetzung unterstützen oder direkt auf die Beseitigung einer Entgeltdiskriminierung hinwirken können. Dass in diesem Fall **keine Verletzung der arbeitsvertraglichen Interessenwahrungspflicht** vorliegt, die zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsvertrags wegen Vertrauensunwürdigkeit berechtigt, wurde bereits dargelegt und ist allgemein anerkannt.<sup>106</sup>

Fraglich ist daher allenfalls die datenschutzrechtliche Zulässigkeit. Allerdings steht außer Streit, dass in diesem Fall die Weiterleitung der Gehaltsdaten zweifelsfrei einen **berechtigten Zweck** verfolgt, nämlich eine rechtswidrige Entgeltdiskriminierung zu beseitigen. Das ergibt sich klar aus den Wertungen des GIBG und GBK/GAW-Gesetzes. Die rechtliche Befugnis ergibt sich im Übrigen wiederum unmittelbar aus dem **Eigentumsschutz**. AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft, Gleichbehandlungskommission und Arbeits- und Sozialgericht wird man ebenso die Berechtigung, diese Daten aus dem genannten Übermittlungszweck zu erhalten, nicht absprechen können. Das heißt, dass die Datenübermittlung dem Grunde nach gem § 7 DSGVO 2018 zulässig ist. Auch in diesem Fall ist demnach das Ergebnis der **Interessenabwägung** zwischen dem Interesse des Opfers einer Entgeltdiskriminierung an deren Bekämpfung und dem Interesse der Vergleichsperson an der

---

<sup>106</sup> Vgl bloß *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 11a Rz 41.

Geheimhaltung der eigenen Gehaltsdaten gem § 8 Abs 1 Z 4 DSG 2000 entscheidend. Der Ausgang der Interessenabwägung ist freilich eindeutig. Das gilt sowohl nach der aktuellen als auch nach der zukünftigen Rechtslage.

**Aus datenschutzrechtlicher Sicht erscheint damit die Übermittlung konkreter Gehaltsdaten an AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft, Gleichbehandlungskommission und Arbeits- und Sozialgerichte durch die einzelne Arbeitnehmerin/den einzelnen Arbeitnehmer unbedenklich, wenn dies zum Zweck der Rechtsverfolgung einer vermuteten Entgeltdiskriminierung geschieht.**

## **5. Weitergabe konkreter Gehaltsdaten durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft**

Die Gleichbehandlungsanwaltschaft verfügt gem § 5 GBK/GAW-Gesetz über **umfassende Ermittlungsrechte** im Zusammenhang mit einer vermuteten Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und somit auch im Zusammenhang mit einer vermuteten Entgeltdiskriminierung. Sie kann nicht nur gem § 5 Abs 4 GBK/GAW-Gesetz den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme auffordern. Vielmehr ist sie auch berechtigt, Auskunft vom Arbeitgeber/der Arbeitgeberin, vom Betriebsrat, sonstigen Verantwortlichen und weiteren Auskunftspersonen zu verlangen. Dieses Auskunftsrecht ist inhaltlich in keiner Weise beschränkt. Die Gleichbehandlungsanwaltschaft kann somit auch **Auskunft über den Einkommensbericht verlangen** und **weiterführende Informationen bzw Erklärungen diesbezüglich verlangen**. Damit aber nicht genug. Besteht der Verdacht einer Entgeltdiskriminierung, so hat die Gleichbehandlungsanwaltschaft gem § 5 Abs 5 GBK/GAW-Gesetz das Recht, **von der Sozialversicherung die Beitragsgrundlage einer konkreten Vergleichsperson abzufragen**. Darüber hinaus kann sich die Gleichbehandlungsanwaltschaft vor Ort einen Eindruck machen und Ermittlungen aufnehmen. Gem § 5 Abs 7 GBK/GAW-Gesetz kann sie im Auftrag des Senates die betrieblichen Räume betreten und in die Unterlagen der Betriebe Einsicht nehmen. Auf Verlangen sind der Gleichbehandlungsanwaltschaft **auch Abschriften oder Ablichtungen dieser Unterlagen oder Auszüge** davon zur Verfügung zu stellen. Das heißt, dass der Gleichbehandlungsanwaltschaft selbst ein **Recht auf Einsichtnahme in die Gehaltsunterlagen etwaiger Vergleichspersonen** zukommt. Allerdings ist dieses von einem entsprechenden Ermittlungsauftrag der Gleichbehandlungskommission abhängig. Im Ergebnis verfügt also die Gleichbehandlungsanwaltschaft über weitreichende Möglichkeiten, Kenntnis

von konkreten Gehaltsdaten von Vergleichspersonen zu erlangen. Es stellt sich daher die Frage, ob und an wen diese weitergegeben werden dürfen.

#### **a. an die Gleichbehandlungskommission**

Außer Streit steht, dass die **Weitergabe von Gehaltsdaten durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft an die Gleichbehandlungskommission zulässig** ist. Da die Gleichbehandlungsanwaltschaft im Anwendungsbereich des § 5 Abs 7 GBK/GAW-Gesetz lediglich im Auftrag der Gleichbehandlungskommission tätig werden kann, ist offenkundig, dass die Erkenntnisse aus der Ermittlungstätigkeit auch der Gleichbehandlungskommission zukommen sollen. Darüber hinaus ist die Gleichbehandlungsanwaltschaft gem § 12 GBK/GAW-Gesetz berechtigt, selbst einen Antrag auf Einzelfallprüfung im Falle einer vermuteten Diskriminierung einzubringen. Das schließt auch das Recht auf Vorlage der entsprechenden Beweismittel ein. Letzteres ergibt sich auch aus § 5 Abs 6 GBK/GAW-Gesetz, der die Glaubhaftmachung einer allfälligen Diskriminierung durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft gegenüber der Gleichbehandlungskommission regelt.

#### **b. an AK, ÖGB, Betriebsrat**

Unklar ist hingegen, ob die Gleichbehandlungsanwaltschaft Erkenntnisse aus ihrer Ermittlungstätigkeit, insbesondere **konkrete Gehaltsdaten einer Vergleichsperson, der AK oder dem ÖGB bzw dem Betriebsrat zur Kenntnis** bringen darf. Ein derartiges **Beratungsrecht ist im GBK/GAW-Gesetz nicht vorgesehen**. Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung fehlt also. Das erscheint insbesondere aus dem Blickwinkel des Datenschutzrechts beachtlich. Denn somit gibt es **keinerlei normativen Anhaltspunkt dafür, dass die Datenübermittlung von der Gleichbehandlungsanwaltschaft an die AK bzw den ÖGB oder den Betriebsrat iSd § 7 DSG 2000 einen berechtigten Zweck verfolgt**. Tatsächlich erscheint diese auch in Anbetracht der weitreichenden Ermittlungsbefugnisse der Gleichbehandlungsanwaltschaft nicht notwendig. Letztlich sprechen daher die besseren Argumente gegen die Zulässigkeit der Übermittlung konkreter Gehaltsdaten durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft an die AK oder den ÖGB bzw den Betriebsrat.

In diese Richtung weist auch die **Regelung des § 5 Abs 5 GBK/GAW-Gesetz**, die ausdrücklich klarstellt, dass die Gleichbehandlungsanwaltschaft über jene Informationen, die sie von den Sozialversicherungsträgern erhalten hat, Verschwiegenheit zu bewahren hat. Davon hat der Gesetzgeber lediglich eine einzige Ausnahme vorgesehen. Gem § 5 Abs 5 letzter Satz GBK/GAW-Gesetz darf die Gleichbehandlungsanwaltschaft „als Ausnahme“ die ihr „im Rahmen der Auskunftserteilung bekannt gewordenen Daten in anonymisierter Form an die von der vermuteten Diskriminierung betroffene Person weitergeben, wenn damit die von der Diskriminierung betroffene Person die Diskriminierung verfolgen kann.“ In Anbetracht dieses Wortlauts besteht eigentlich **kein Zweifel, dass diese Regelung als abschließend formulierte Ausnahme konzipiert ist**. Das heißt, dass nur Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und keinem anderen Dritten Gehaltsdaten weitergegeben werden dürfen.

### **c. an einzelne Arbeitnehmerinnen**

§ 5 Abs 5 letzter Satz GBK/GAW-Gesetz erlaubt ausdrücklich die Weitergabe der sozialversicherungsrechtlichen Beitragsgrundlage durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft an das vermeintliche Opfer einer Entgeltdiskriminierung und stellt klar, dass darin keine Verletzung der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht zu sehen ist, wenn die betroffene Person damit die Diskriminierung verfolgen kann. Der Begriff „verfolgen“ wurde vom Gesetzgeber in diesem Zusammenhang wohl bewusst weit gewählt. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte, dass damit lediglich formelle Schritte im Rahmen der Rechtsdurchsetzung am Rechtsweg gemeint sind. Auch **bloße Verhandlungen mit dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin** stellen bereits eine Form der Rechtsverfolgung dar, die eine Durchbrechung der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht rechtfertigt.

Auf Grund dieser ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung ist ebenfalls eindeutig, dass die Übermittlung der sozialversicherungsrechtlichen Beitragsgrundlage an die einzelne Arbeitnehmerin/den einzelnen Arbeitnehmer durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft datenschutzrechtlich zulässig ist, wenn dies zur Bekämpfung einer Entgeltdiskriminierung am Rechtsweg erforderlich erscheint. Nach dem eindeutigen Wortlaut bezieht sich diese gesetzliche Ermächtigung **jedoch ausschließlich auf die sozialversicherungsrechtliche Beitragsgrundlage**. Andere Daten, welche der Gleichbehandlungsanwaltschaft auf Grund von Auskünften des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin oder des Betriebsrates gem § 5 Abs 4 oder auf Grund eigener Ermittlungen auf Grund § 5 Abs 7 GBK/GAW-Gesetz bekannt geworden sind, dürfen mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht weitergegeben werden.

Darüber hinaus hat die Datenübermittlung nach dem Wortlaut des § 5 Abs 5 letzter Satz GBK/GAW-Gesetz **in anonymisierter Form** zu geschehen. Das entspricht dem allgemeinen datenschutzrechtlichen **Grundsatz des „gelindesten Mittels“**. Fraglich ist jedoch, ob dieses Anonymisierungsgebot auch dann greift, wenn die Rechtsverfolgung zwingend die Kenntnis des Namens der jeweiligen Vergleichsperson voraussetzt. Der Wortlaut der Bestimmung scheint auf den ersten Blick diesbezüglich keinen Spielraum zu lassen. Allerdings hat der Gesetzgeber klar zu erkennen gegeben, dass er der Rechtsverfolgung vermuteter Entgeltdiskriminierungen einen derart hohen Stellenwert einräumt, dass dies auch die Durchbrechung einer angeordneten Verschwiegenheitspflicht rechtfertigt. Würde man zwingend immer eine Anonymisierung verlangen, so würde das letztlich bedeuten, dass entgegen dieser Wertung, die Verschwiegenheitspflicht doch gegenüber der Rechtsverfolgung die Oberhand behalten würde. Eine solche Interpretation ist daher abzulehnen. Vielmehr ist **§ 5 Abs 5 GBK/GAW-Gesetz im Sinne des Datenschutzrechts auszulegen**. In diese Richtungen weisen auch die Gesetzesmaterialien.<sup>107</sup> Das heißt, zum einen will der Gesetzgeber durch diese Bestimmung klarstellen, dass die Datenübermittlung immer zweckgebunden sein muss (Stichwort: Rechtsverfolgung) und zum anderen, dass immer das gelindeste Mittel zu wählen ist, das diesen Zweck noch erreicht. In diesem Sinne ist § 5 Abs 5 letzter Satz GBK/GAW-Gesetz zu verstehen, wenn er eine Anonymisierungspflicht anordnet. Dem Gesetzgeber kann aber nicht unterstellt werden, dass er die Anonymisierungspflicht soweit ziehen wollte, dass diese die Verfolgung einer Entgeltdiskriminierung unmöglich macht. Auch das **Datenschutzrecht verlangt nicht die Anonymisierung der Daten, sollte der Zweck der Datenübermittlung auf diese Weise vereitelt werden**. Das gilt freilich nur dann, wenn die Datenübermittlung einem anerkannten Zweck dient und keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen überwiegen. Beides ist jedoch dann gegeben, wenn dem Opfer einer vermuteten Entgeltdiskriminierung die Gehaltsdaten einer konkreten Vergleichsperson weitergegeben werden, damit diese rechtliche Schritte dagegen einleiten kann. Das ergibt sich klar aus der Wertung des § 5 Abs 5 GBK/GAW-Gesetz. Tatsächlich ist auch in den Materialien lediglich die Rede davon, dass die Übermittlung der ermittelten Einkommensdaten von Vergleichspersonen an die von einer Diskriminierung betroffene Person in anonymisierter Form vorgenommen werden „soll“.<sup>108</sup> Mit anderen Worten: Auch die Materialien gehen nicht von einer absoluten Anonymisierungspflicht aus. **Die Bestimmung des § 5 Abs 5 GBK/GAW-Gesetz ist folglich teleologisch dahingehend zu**

---

<sup>107</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 12.

<sup>108</sup> RV 938 BlgNR 24. GP, 12.

**reduzieren, dass eine Anonymisierungspflicht nur dann besteht, wenn auf diese Weise die Rechtsverfolgung nicht vereitelt wird.**

#### **IV. Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse**

1. § 1 GIBG ist zur inhaltlichen Determinierung des ArbeitnehmerInnenbegriffes des § 11a Abs 1 GIBG heranzuziehen. Vom persönlichen Anwendungsbereich des § 11a GIBG sind demnach auch arbeitnehmerähnliche Personen, insbesondere freie Dienstnehmer und freie Dienstnehmerinnen iSd § 4 Abs 4 ASVG, erfasst.
2. § 11a GIBG liegt der weite arbeitsrechtliche Entgeltbegriff zu Grunde. Folglich sind auch Überstunden, Überstundenpauschalen und All-In-Entgelte zu berücksichtigen.
3. Besteht im Betrieb ein Organ der Arbeitnehmerschaft so ist der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin verpflichtet, diesem den Bericht zu übermitteln. Sollten mehrere Organe und nicht bloß ein Betriebsrat existieren, ist eine bestimmte – durchaus bemerkenswerte – Reihenfolge einzuhalten. Mit dem Recht auf Übermittlung geht auch ein Beratungsrecht einher. Dieses schließt auch ein Recht auf Aushändigung zusätzlicher erforderlicher Unterlagen, allenfalls sogar von Kopien, mit ein.
4. Der Betriebsrat hat keinen unmittelbaren Anspruch auf Übermittlung des Einkommensberichts gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin, sollte ein Betriebsausschuss oder Zentralbetriebsrat gebildet worden sein. Diese Vorrangstellung des Zentralbetriebsrats steht im Widerspruch zu Kompetenzabgrenzung des § 113 ArbVG. Allerdings hat der Zentralbetriebsrat die vom Arbeitgeber/der Arbeitgeberin erlangten Informationen an die betroffenen Betriebsräte weiterzugeben. Das ergibt sich klar aus den Materialien zum GIBG. Auch der systematische Zusammenhang legt ein solches Weitergaberecht des Zentralbetriebsrates nahe.
5. Sollte im betreffenden Unternehmen oder Betrieb kein Organ der Arbeitnehmerschaft oder zumindest nicht für den betreffenden Belegschaftsteil errichtet worden sein, so ist der Einkommensbericht allen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zur Verfügung zu stellen. Das heißt, die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen haben ein Recht auf Einsichtnahme. Dieses ist in keiner Weise inhaltlich beschränkt.
6. Vor dem Hintergrund der komplexen Struktur des Einkommensberichts wird man analog zum Informations- und Einsichtsrecht des Betriebsrats auch im



Anwendungsbereich des § 11a Abs 3 GIBG die Auffassung vertreten müssen, dass dem einzelnen Arbeitnehmer/der einzelnen Arbeitnehmerin das Recht zukommt, sich schriftliche Aufzeichnungen über den Inhalt des Berichts zu machen. Je umfangreicher und desto komplexer der Bericht, desto eher wird sogar ein Anspruch auf Aushändigung von Kopien bestehen.

7. Der Einkommensbericht gem § 11a GIBG ist nach seiner gesetzlichen Konzeption für die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Betriebes bzw Unternehmens gedacht. Sie sind die eigentlichen Adressaten des Berichts. Das legt nahe, dass in diesem Verhältnis kein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht. Innerhalb des Betriebes bzw Unternehmens stellen die Inhalte des Einkommensberichts damit kein Geschäftsgeheimnis dar. Daraus folgt, dass die Weitergabe von Information über den Inhalt des Einkommensberichts an Angehörige des Betriebes bzw Unternehmens keinen unzulässigen Geheimnisverrat darstellt.
8. Der Austausch von Informationen über den Inhalt des Einkommensberichts zwischen den Mitgliedern und Ersatzmitgliedern des jeweiligen Organs der Arbeitnehmerschaft, zwischen den Mitgliedern und einzelnen ArbeitnehmerInnen sowie unter den ArbeitnehmerInnen selbst ist somit erlaubt.
9. In Bezug auf Dritte, die in keinem Beschäftigungsverhältnis iSd § 1 Abs 3 GIBG zum Arbeitgeber/zur Arbeitgeberin stehen, stellen die Inhalte des Einkommensberichts hingegen grundsätzlich ein Geschäftsgeheimnis dar.
10. Das heißt allerdings nicht, dass die Weitergabe in jedem Fall unzulässig ist. Es entspricht der hL und stRsp, dass der Betriebsrat seine Verschwiegenheitspflicht durchbrechen darf, wenn sein Interesse an der Weitergabe von Informationen zur Erfüllung seines gesetzlichen Interessenvertretungsauftrages schwerer wiegt, als das Geheimhaltungsinteresse des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin.
11. Es kann festgehalten werden, dass ein berechtigtes Interesse des Betriebsrats an der Weitergabe von Inhalten des Einkommensberichts an die AK, den ÖGB und sonstige zur Beseitigung einer Entgeltdiskriminierung zuständige Stellen, wie zB Arbeits- und Sozialgerichte sowie Gleichbehandlungsanwaltschaft und Gleichbehandlungskommission besteht, um auf diese Weise einzelne ArbeitnehmerInnen bei der Herstellung von Entgeltgleichbehandlung zu unterstützen. Dem steht kein

entsprechendes Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin gegenüber. Das ergibt sich klar aus den Wertungen des § 11a Abs 4 GIBG.

12. In Anbetracht der Regelung des § 11a Abs 4 GIBG wird man den Kreis der denkbaren Adressaten um all jene Personen und Interessenvertretungen erweitern können, die den Betriebsrat bei der Bekämpfung einer allfälligen Entgeltdiskriminierung beraten und unterstützen können, wie bspw Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen, NGO und sonstige Experten/Expertinnen im Bereich des Diskriminierungsrechts. Das gilt jedenfalls dann, wenn diese einer vertraglichen oder gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen.
13. Unzulässig wäre es hingegen, wenn der Betriebsrat Inhalte aus dem Einkommensbericht zB im Internet oder auf Social-Media-Seiten veröffentlichen oder Medienvertreterinnen und Politikerinnen zuspiesen würde, um durch die geschaffene Öffentlichkeit Druck auf den Betriebsinhaber/die Betriebsinhaberin auszuüben.
14. Da die Gleichbehandlungsanwaltschaft und die Gleichbehandlungskommission „zuständige Stellen außerhalb des Betriebes“ iSd § 90 Abs 1 ArbVG sind, ist der Betriebsrat berechtigt, Inhalte des Einkommensberichts, auch in Form von Kopien, an diese weiterzugeben, um zu belegen, dass die Einleitung von Maßnahmen zur Einhaltung des GIBG auf Grund einer vermuteten Entgeltdiskriminierung notwendig ist.
15. Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich, dass die Verschwiegenheitspflicht des § 11a Abs 4 GIBG nicht greift, wenn es um die Weitergabe von Inhalten aus dem Einkommensbericht zwischen Angehörigen des Betriebes – sei es im Verhältnis Arbeitnehmer/in zu Arbeitnehmer/in, sei es im Verhältnis Arbeitnehmer/in zu Organmitglied – geht.
16. Darüber hinaus sieht § 11a Abs 4 GIBG Ausnahmetatbestände von der Verschwiegenheitspflicht vor, welche die Verfolgung einer vermuteten Entgeltdiskriminierung ermöglichen sollen. Es würde dem Zweck der Ausnahmetatbestände widersprechen, ließe man es zu, dass sich die Vertragsparteien auf eine umfassende Verpflichtung zur Verschwiegenheit über die Inhalte des Einkommensberichts vertraglich verständigen könnten.

17. Vor diesem Hintergrund wird man noch einen Schritt weiter gehen können und auch Vertragsklauseln, die den einzelnen Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin zur Verschwiegenheit über die eigenen Gehaltsdaten verpflichten, als unzulässig ansehen müssen, wenn sie zur Folge haben sollten, dass der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin keine Entgeltdiskriminierung mehr geltend machen kann, ohne vertragsbrüchig zu werden.
18. Es besteht kein Zweifel, dass der einzelne Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin auf Grund der Ausnahmetatbestände des § 11a GIBG berechtigt ist, der Gleichbehandlungsanwaltschaft die erforderlichen Inhalte des Einkommensberichts zu übermitteln. Das schließt auch das Recht mit ein, dieser gegebenenfalls Abschriften oder Kopien des Einkommensberichts zur Verfügung zu stellen.
19. Aus dem GIBG lässt sich kein Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin auf Offenlegung der Gehaltsdaten konkreter Vergleichspersonen entnehmen, weder gegenüber einem Arbeitskollegen/einer Arbeitskollegin noch gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin.
20. Ein Anspruch auf Offenlegung der Gehaltsdaten kommt jedoch dem Betriebsrat zu. Gem § 89 Z 1 ArbVG verfügt der Betriebsrat über das Recht, Einsicht in die Gehaltsunterlagen aller ArbeitnehmerInnen des Betriebs zu nehmen, ua um die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften zu überwachen. Es ist unbestritten, dass diese Befugnis auch die Einhaltung des GIBG miteinschließt. Dem steht auch der Datenschutz der betroffenen Vergleichsperson nicht entgegen.
21. Das Einsichtsrecht gem § 89 Z 1 ArbVG stellt ein taugliches Instrument dar, um eine auf Grund der Ergebnisse des Einkommensberichts vermutete Entgeltdiskriminierung tatsächlich zu bestätigen. Aus dem Einsichtsrecht ergibt sich ein Anspruch des Betriebsrates auf Aushändigung von Abschriften und Ausdrucken.
22. Da der Betriebsrat gem § 89 Z 1 ArbVG über das Recht verfügt, in die Gehaltsdaten Einsicht zunehmen und diese zu prüfen, verfügt er aus Sicht des Datenschutzrechts über die notwendige rechtliche Befugnis die Gehaltsdaten zu verarbeiten.
23. Dasselbe gilt für die Übermittlung von Gehaltsdaten an AK, ÖGB, Gleichbehandlungskommission, Gleichbehandlungsanwaltschaft und Arbeits- und

Sozialgerichte in Anbetracht der bestehenden gesetzlichen Befugnisse des Betriebsrates gem § 39 Abs 4 und § 90 Abs 1 ArbVG einerseits und der gesetzlichen bzw statutarischen Kompetenzen von AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft, Gleichbehandlungskommission sowie Arbeits- und Sozialgerichten (AKG, GBK/GAW-Gesetz, ASGG, Statuten des ÖGB) im Bereich der Rechtsberatung und Rechtsdurchsetzung andererseits. Folglich kann an der rechtlichen Befugnis der genannten Institutionen, die Daten zu empfangen gem § 7 Abs 2 Z 2 DSG 2000 nicht gezweifelt werden.

24. Weder das Betriebsverfassungsrecht noch das Datenschutzrecht stehen der Weitergabe von Gehaltsdaten einer konkreten Person durch den Betriebsrat an AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft, Gleichbehandlungskommission oder Arbeits- und Sozialgerichte zum Zweck der Rechtsverfolgung einer Entgeltdiskriminierung entgegen. Daran wird sich auch nach dem 25.5.2018 durch die neue DS-GVO bzw das DSG 2018 nichts ändern.
25. Sollte es zur Zweckerreichung der Bekämpfung einer Entgeltdiskriminierung am Rechtsweg allerdings nicht erforderlich sein, zu wissen, wie die konkrete Vergleichsperson heißt, sondern reicht es dafür aus, das Geschlecht offenzulegen, so sind lediglich die Gehaltsdaten mit dem Verweis auf das Geschlecht ohne Angabe des Namens der Vergleichsperson zu übermitteln.
26. Die Weitergabe konkreter Gehaltsdaten von Vergleichspersonen aus Anlass einer vermuteten Entgeltdiskriminierung an den betroffenen Arbeitnehmer/die betroffene Arbeitnehmerin verfolgt einen berechtigten Zweck, der auch eine entsprechende rechtliche Befugnis zu Grunde liegt. Darüber hinaus ist das Rechtsschutzinteresse der vermeintlich diskriminierten Person höher zu werten, als das Geheimhaltungsinteresse der betreffenden Referenzperson. Die Weitergabe ist daher sowohl betriebsverfassungsrechtlich als auch datenschutzrechtlich zulässig.
27. Freilich gilt auch in diesem Zusammenhang, dass im Zweifelsfall auf die Angabe von Namen zu verzichten ist, wenn die Angabe des Geschlechts ausreicht, um das Vorliegen einer Entgeltdiskriminierung zu beweisen.
28. Die Übermittlung konkreter Gehaltsdaten durch einzelne diskriminierte Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen an AK, ÖGB, Gleichbehandlungsanwaltschaft,

Gleichbehandlungskommission und Arbeits- und Sozialgerichte ist sowohl individualarbeitsrechtlich als auch datenschutzrechtlich unbedenklich, wenn dies zum Zweck der Rechtsverfolgung einer vermuteten Entgeltdiskriminierung geschieht.

29. Die Weitergabe von Gehaltsdaten konkreter Personen durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft an die Gleichbehandlungskommission ist zulässig.
30. Die Gleichbehandlungsanwaltschaft ist aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht berechtigt, die Erkenntnisse aus ihrer Ermittlungstätigkeit, insbesondere konkrete Gehaltsdaten einer Vergleichsperson, der AK oder dem ÖGB bzw dem Betriebsrat zur Kenntnis zu bringen. Ein derartiges Beratungsrecht ist im GBK/GAW-Gesetz nicht vorgesehen. Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung iSd DSG 2000 fehlt also. In diese Richtung weist auch § 5 Abs 5 GBK/GAW-Gesetz, der lediglich die Weitergabe der Beitragsgrundlage in anonymisierter Form an den einzelnen Arbeitnehmer/die einzelne Arbeitnehmerin erlaubt.
31. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 5 Abs 5 GBK/GAW-Gesetz bezieht sich diese gesetzliche Ermächtigung ausschließlich auf die sozialversicherungsrechtliche Beitragsgrundlage. Andere Daten, welche der Gleichbehandlungsanwaltschaft auf Grund von Auskünften des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin oder des Betriebsrates gem § 5 Abs 4 oder auf Grund eigener Ermittlungen auf Grund § 5 Abs 7 GBK/GAW-Gesetz bekannt geworden sind, dürfen daher mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht weitergegeben werden.
32. Die Bestimmung des § 5 Abs 5 GBK/GAW-Gesetz ist teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass eine Anonymisierungspflicht nur dann besteht, wenn auf diese Weise die Rechtsverfolgung nicht vereitelt wird.