

Wolfgang Däubler

Seniorität im Arbeitsrecht

I. Die Problematik

Die deutsche Rechtswissenschaft verwendet so gut wie nie den Begriff Seniorität. In den Stichwortverzeichnissen fast aller Lehrbücher taucht er nicht auf; in der AP finden sich lediglich einige Entscheidungen, die sehr spezifische Tarifverträge im Bereich der Lufthansa und anderer Fluggesellschaften zum Gegenstand haben¹.

Ganz anders ist die Situation in den USA. Wo Tarifverträge existieren, regeln sie häufig den beruflichen Aufstieg wie auch Versetzungen und Umsetzungen ausschließlich oder primär unter Rückgriff auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit². Aus der Stahlindustrie wird berichtet, daß der Dienstjüngere nur dann vor dem Dienstälteren befördert werden darf, wenn er offensichtlich höher qualifiziert ist³. Der Grundsatz »last hired first fired« hat nachgerade sprichwörtliche Bedeutung gewonnen⁴. Wo die Gewerkschaft keinen Einfluß hat, scheinen die Dinge allerdings anders zu liegen; dort ist von »offenen Senioritätsregeln« die Rede⁵, was der Sache nach bedeutet, daß die Dauer der Betriebszugehörigkeit nur ein Kriterium unter vielen ist.

Auch für das japanische Arbeitsrecht ist die Seniorität ein »stilbildendes« Element⁶. Sie ist maßgebend für den Anstieg der Vergütung, aber auch für Beförderungen und hätte große Bedeutung, wenn es zu einem Abbau von Stammarbeitskräften kommen würde⁷. Dem entspricht es, daß in der Gesellschaft insgesamt eine sehr ausgeprägte Stathierarchie besteht, die

1 BAG, AP Nrn. 1-7 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität.

2 Eingehende Darstellung bei Jürgens-Dohse, Statussicherung durch Seniorität. Senioritätsregeln als Dreh- und Angelpunkt betriebsnaher Gewerkschaftspolitik in den USA, in Dohse-Jürgens-Russig (Hrsg.), Statussicherung im Industriebetrieb, 1982, S. 289 ff.

3 Gould, A Primer on American Labor Law, Cambridge/Mass. 1982, S. 163.

4 S. Liebers, Wiedereinstellung und Abfindung im amerikanischen Kündigungsrecht, 1986, S. 75 ff.

5 Jürgens-Dohse, a. a. O. S. 291.

6 Vgl. Nishitani, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen deutschem und japanischem Arbeitsrecht, in Rehbindler (Hrsg.), Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Zürich 1991, S. 102 f.

7 S. neben Nishitani insb. Onodera, in Hanau-Komoto-Markmann-Tezuka, Die Arbeitswelt in Japan und in der Bundesrepublik Deutschland - Ein Vergleich, 1985, S. 9.

den Älteren die höheren Positionen zuweist⁸. In den vergangenen 10 bis 15 Jahren wurde das Senioritätsprinzip in den Unternehmen allerdings erheblich relativiert; für den Aufstieg gewinnt die Qualifikation wachsende Bedeutung⁹. Gleichwohl gibt es keinen Zweifel: In beiden Ländern spielt die Dauer der Betriebszugehörigkeit eine sehr viel größere Rolle als bei uns¹⁰. Dies legt es nahe, für das deutsche Recht eine Bestandsaufnahme zu versuchen – möglicherweise sind die Unterschiede bei genauerer Betrachtung weniger ausgeprägt. Auch hat das Kriterium der »Dauer der Betriebszugehörigkeit« in jüngster Zeit einige zusätzliche Probleme aufgeworfen und sieht sich überdies dem Einwand ausgesetzt, es bewirke eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts.

II. Seniorität als Voraussetzung von Rechten

1. Begriffliche Vorklärung

Der Begriff »Seniorität« kann in unterschiedlichem Sinne verwendet werden. Denkbar ist, daß es ausschließlich um die »Betriebszugehörigkeit« im Sinne der effektiven Arbeit in einem bestimmten Betrieb geht. Möglich ist aber auch, auf das Unternehmen abzustellen und nicht nach der tatsächlich geleisteten Arbeit, sondern nur nach dem rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses zu fragen¹¹. Letzteres soll hier zugrunde gelegt werden, um eine frühzeitige Verengung zu vermeiden. Ausnahmsweise kann auch die Frage eine Rolle spielen, wie lange eine bestimmte Tätigkeit (z. B. als Copilot) ausgeübt wurde¹²; dies ist dann besonders hervorgehoben. Nicht einbezogen ist »Seniorität« im Sinne des Sozialversicherungsrechts, also die Dauer von Erwerbsarbeit schlechthin.

2. »Mindestseniorität« als Einstiegsvoraussetzung

Nach geltender Gesetzeslage können bestimmte Arbeitnehmerrechte nicht vom ersten Arbeitstag an in Anspruch genommen werden. Nach § 1 Abs. 1 KSchG setzt der allgemeine Kündigungsschutz erst nach 6 Monaten ein; dasselbe gilt nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 SchwbG für den zusätzlichen Bestandsschutz der Schwerbehinderten. Auch Urlaubsansprüche entste-

hen nach § 4 BUrlG grundsätzlich erst nach Ablauf von 6 Monaten. Während das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat¹³, zum Personalrat¹⁴ sowie zum Aufsichtsrat¹⁵ keine Mindestbeschäftigungsdauer voraussetzt, ist dies beim passiven Wahlrecht anders: § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG verlangt eine sechsmonatige Betriebszugehörigkeit¹⁶, § 14 Abs. 1 BPersVG verlangt zusätzlich eine Tätigkeit von einem Jahr in öffentlichen Verwaltungen oder von diesen geführten Betrieben¹⁷, und nach § 7 Abs. 3 MitbG kann von den Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat nur gewählt werden, wer mindestens ein Jahr dem Unternehmen angehört. Die Grundgedanken sind verschieden. Beim Kündigungsschutz geht es um eine Art gesetzlicher Probezeit¹⁸, beim Urlaub um eine Mindestäquivalenz von Leistung und Gegenleistung¹⁹ und bei der Wählbarkeit um die Verankerung im Betrieb bzw. Unternehmen. Diese Begründungen sind wenig überzeugend, wenn man bedenkt, daß der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses ausreicht, so daß theoretisch der Fall eintreten kann, daß der Betroffene während der vorgeschriebenen Frist keinen einzigen Tag im Betrieb gearbeitet hat. Die gesetzliche Regelung läßt sich allenfalls bei typisierender Betrachtung mit der Erwägung rechtfertigen, sie schaffe einen Anreiz dafür, daß sich der einzelne durch korrekte Pflichterfüllung einen besseren Status verdiene.

3. Grundvergütung und Sozialleistungen

Bei Lohn und Gehalt spielt die Seniorität im *Gesetz* selbst keine Rolle. Einzige arbeitsrechtliche Ausnahme ist § 10 Abs. 1 BBiG, wonach die Vergütung des Auszubildenden so zu bemessen ist, daß sie »mit fortschreitender Berufsausbildung, mindestens jährlich, ansteigt«. Die Gesetzesbegründung verweist darauf, mit steigender Dauer der Lehre nehme der Nutzen für den Arbeitgeber zu²⁰. Geradezu »stilbildend« ist die Seniorität dagegen

8 Vgl. Tokunaga, Die japanischen Arbeitsbeziehungen, WSI-Mitt. 1986 S. 329 ff.

9 Gould, Japan's Reshaping of American Labor Law, Cambridge/Mass. – London 1984, S. 10, 104 ff.

10 Zur Situation in Schweden s. Hellberg, Senioritätsregeln per Gesetz – Der Fall Schweden, in Dohse-Jürgens-Russig (Hrsg.), a. a. O. (oben Fn. 2) S. 319 ff.

11 Zu diesen Differenzierungsmöglichkeiten s. Nitschke, Die Anrechnung von Zeiten des Wehrdienstes und ggf. einer Fachausbildung auf die Berufs- und Betriebszugehörigkeit, DB 1986 S. 2384 ff.

12 S. z. B. den Fall BAG, AP Nr. 9 zu § 1 TVG Rückwirkung.

13 § 7 BetrVG.

14 § 13 Abs. 1 BPersVG, allerdings mit der Einschränkung, daß Personen, die mehr als 6 Monate unter Wegfall der Bezüge beurlaubt sind, nicht mitwählen dürfen.

15 § 10 Abs. 3 MitbG.

16 Gleichgestellt wird eine Tätigkeit in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens oder Konzerns; auch reicht der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses – dazu Schneider, in Däubler-Kittner-Klebe-Schneider, BetrVG, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., 1990, § 8 Rdnr. 13.

17 Auch hier reicht grundsätzlich der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses: Altvater u. a., BPersVG, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., 1990, § 14 Rdnr. 4.

18 Becker, in Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (im folgenden: KR), 3. Aufl., 1989, § 1 KSchG Rdnr. 42, der zu Recht darauf hinweist, daß das Abstellen auf das rechtliche Band den Erprobungszweck etwas in den Hintergrund treten läßt.

19 Auch hier kommt es auf die rechtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses an: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., 1987, § 102 A II 3.

20 Vgl. Wohlgenuth-Sarge, BBiG, Kommentar für die Praxis, 1987, § 10 Rdnr. 7, die dies kritisiert, aber keinen alternativen Erklärungsansatz anbietet.

im Beamtenrecht. Nach § 27 Abs. 1 BBesG steigt der Beamte innerhalb seiner Besoldungsgruppe alle zwei Jahre um eine »Dienstaltersstufe« nach oben. Die »Sprünge« haben alles andere als symbolischen Charakter; das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe A 16 liegt fast beim Doppelten der Dienstaltersstufe Nr. 1²¹. Irgendeine Ankoppelung an Kriterien von Verhalten und Leistung sind nicht vorhanden; auch leichtere Disziplinarmaßnahmen wie Mißbilligung, Verweis oder Geldbuße hindern den Aufstieg nicht²².

Zurück zum Arbeitsrecht. Auch bei Lohn- und Gehaltstarifen kann die Seniorität im Einzelfall durchaus eine Rolle spielen. So differenziert beispielsweise die »Gehaltstafel«, die dem einschlägigen Tarifvertrag für die Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden beigefügt ist, zwischen dem ersten, zweiten, dritten und vierten Beschäftigungsjahr; die »Aufstiegsspanne« liegt allerdings nur bei 15 bis 20 Prozent²³. Man kann vermuten, daß damit im Grundsatz nicht nur »Betriebstreue« belohnt, sondern insbes. auch der steigende Grad an Einarbeitung und Qualifikation entgolten wird.

Der Einfluß des Beamtenrechts ist im Bereich des BAT spürbar. Die Grundvergütung wird nach § 27 BAT nach sog. Lebensaltersstufen berechnet, die allerdings nur dann voll zum Tragen kommen, wenn man während der ganzen Zeit im öffentlichen Dienst tätig war. Auch hier existiert ein 2-Jahres-Rhythmus; die Differenzen zwischen Anfangs- und Endvergütung sind beträchtlich²⁴. Auffallend ist, daß die höchsten Vergütungsgruppen auch die höchsten prozentualen Steigerungsbeträge aufweisen, während die nach demselben Muster gestrickten Monatslöhne für Arbeiter sehr viel weniger differieren²⁵. Bei Führungskräften scheinen Anreize als sehr viel wichtiger eingeschätzt zu werden²⁶.

Die Dauer der Betriebszugehörigkeit spielt bei Sozialleistungen gleichfalls eine große Rolle. Versorgungszusagen werden häufig erst nach Ablauf einer bestimmten Frist gemacht. In der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden wird nach fünfjähriger Betriebszugehörigkeit die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle um einen, nach 10 Jahren um 2 Monate ver-

längert²⁷. Derselbe Tarifvertrag sieht vor, daß bei Kurzerkrankungen von bis zu 3 Tagen Dauer keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mehr vorzulegen ist, wenn der betreffende Arbeitnehmer seit 5 Jahren im Betrieb tätig war²⁸. Auch im Urlaubsrecht sind bisweilen Vergünstigungen von langjähriger Beschäftigung abhängig. Begriffsnotwendig ist die Seniorität schließlich bei Jubiläumsszuwendungen, die die Rechtsprechung schon reichlich beschäftigt haben²⁹.

4. Höhergruppierung und Beförderung

Im öffentlichen Dienst besteht die Möglichkeit, nach Ablauf einer bestimmten Anzahl von Jahren in eine höhere Vergütungsgruppe aufzusteigen. Handelt es sich um einen tariflich vorgesehenen sog. Bewährungsaufstieg³⁰, so reicht es aus, wenn der Angestellte den Anforderungen gewachsen war; eine besonders gute Aufgabenerfüllung ist nicht erforderlich³¹. Auch wird nicht verlangt, daß seine Qualifikation gewachsen ist. Vom Bewährungs- ist der sog. Tätigkeits- und Zeitaufstieg zu unterscheiden, der ausschließlich auf die Zeitdauer abstellt³².

Bei Beförderungen auf einen höher bewerteten Arbeitsplatz gibt es im Gegensatz dazu keinen Senioritäts-Automatismus. Die Dauer der bisher geleisteten Arbeit mag ein wichtiger Faktor sein; weder das Gesetz noch Tarifverträge schreiben ihn – vom Sonderfall des Luftverkehrs einmal abgesehen³³ – als einziges verbindliches Kriterium vor. Hier liegt ein entscheidender Unterschied zur Situation in Japan und den USA. Allerdings schließt diese Rechtslage nicht aus, daß informell doch Senioritätsregeln praktiziert werden und innerhalb überschaubarer Bereiche ein Aufstieg »nach Alter und Verdienst« erfolgt³⁴.

21 S. Anlage IV zum BBesG.

22 Nach § 8 BDO kann in solchen Fällen »bei Bewährung« sogar eine Beförderung in ein höheres Amt erfolgen.

23 So z. B. das Gehaltsabkommen vom 1. 2. 1984, Text bei der IG Metall erhältlich.

24 In der Vergütungsgruppe BAT I liegt die letzte Lebensaltersstufe 65 % über der ersten, in der Vergütungsgruppe VI a beträgt die Steigerung nur 45 % – Zahlen in: ÖTV-Hauptvorstand, Vergütung 1991 für die Angestellten des Bundes und der Länder, Stuttgart 1991.

25 Bei den Arbeitern des Bundes und der Länder liegt die Endvergütung generell um 11,75 % über der Anfangsvergütung – siehe ÖTV-Hauptvorstand, Monatslohn-Tabelle 1991 für die Arbeiter/Arbeiterrinnen des Bundes und der Länder, Stuttgart 1991.

26 Zum Bewährungsaufstieg s. unten 4.

27 § 12.4 des MTV für Arbeiter und Angestellte 1990 sieht einen Zuschuß vor, der die Differenz zwischen Krankengeld und bisherigem Nettoarbeitsverdienst abdeckt. Eine Verlängerung der Krankenbezüge findet sich z. B. auch im Bereich des Luftverkehrs (s. BAG, AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität) sowie in § 37 Abs. 2 BAT.

28 § 12.2 MTV.

29 Vgl. BAG (GS), AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 = ArbuR 1987 S. 378 = DB 1987 S. 383.

30 Zur Differenzierung zwischen allgemeinem Bewährungsaufstieg und Fallgruppenbewährungsaufstieg s. Bruse-Görg u. a., BAT, Kommentar für die Praxis, 1989, § 23 a Rdnr. 1.

31 BAG, AP Nr. 3 zu § 23 a BAT; BAG, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Croupier; Bruse-Görg u. a., § 23 a Rdnr. 4, 12.

32 Bruse-Görg u. a., § 23 b Rdnr. 7.

33 BAG, AP Nr. 1–7 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität.

34 S. die Analyse von Bosch-Lichte, Die Funktionsweise informeller Senioritätsrechte – Am Beispiel einer betrieblichen Fallstudie, in Dohse-Jürgens-Russig (Hrsg.), a. a. O. (oben Fn. 2) S. 205ff.

5. Kündigungsfristen

Einen sehr deutlichen Senioritätsbezug haben schließlich die Kündigungsfristen. Bei Angestellten steigen sie auf 3 Monate zum Quartalsende bei fünfjähriger Tätigkeit und erreichen bei 12 Jahren 6 Monate zum Quartalsende³⁵. Auch hier ist nach allerdings umstrittener Auffassung der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses ausreichend³⁶. Die von der Struktur her ähnlichen Kündigungsfristen für langjährig beschäftigte Arbeiter hat das *BVerfG* zu Recht für verfassungswidrig erklärt³⁷. Bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber wäre eine entsprechende Anwendung der für Angestellte geltenden Vorschriften sinnvoll gewesen³⁸; das *BAG* hat diesen Schritt allerdings nicht getan, sondern spricht sich für eine Aussetzung anhängiger Verfahren bis Mitte 1993 aus³⁹. In den neuen Bundesländern gilt § 55 AGB-DDR fort. Dies bedeutet für Arbeiter und Angestellte gleichermaßen Seniorität auf verringertem Niveau: Nach fünfjähriger Tätigkeit kann der Arbeitgeber mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende kündigen, nach 10 Jahren muß er 2 Monate Frist gewähren und erst nach 20 Jahren sind 3 Monate zum Quartalsende vorgeschrieben.

III. Seniorität als Element für die Bemessung von Rechten

1. Seniorität als Verstärkungselement

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses spielt die Dauer der Beschäftigung beim selben Arbeitgeber eine gewisse, aber nicht notwendigerweise eine entscheidende Rolle. Ob ein Diebstahl die weitere Zusammenarbeit unzumutbar macht und deshalb eine fristlose Kündigung rechtfertigt, bestimmt sich *auch* nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit⁴⁰. Auch bei der verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung ist die Dienstzeit *ein* Beurteilungselement⁴¹. Welche Belastungen der Arbeitgeber aufgrund von Erkrankungen des Arbeitnehmers hinzunehmen hat, ohne deshalb kündigen zu können, bestimmt sich u. a. nach »Verlauf und Dauer des Arbeitsverhältnisses«⁴². Bei der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG ist die Dauer des Arbeitsverhältnisses *ein* wichtiges Kriterium neben dem

Lebensalter und dem Bestehen von Unterhaltsverpflichtungen⁴³. Eine genaue Gewichtung ist nur im Einzelfall möglich.

Bei der Bemessung einer etwaigen Abfindung nach § 10 KSchG kommt der Dauer des Arbeitsverhältnisses die wichtigste Bedeutung zu⁴⁴. Dasselbe gilt in der Praxis für freiwillig geschlossene Abfindungsvergleiche. Es gilt auch für den Sozialplan. Obwohl das Gesetz insoweit keine Vorgaben enthält, führt in aller Regel eine längere Betriebszugehörigkeit auch zu höheren Abfindungen⁴⁵.

2. Seniorität als Negativmerkmal?

Im geltenden Recht sind nirgends Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß eine lange Dauer des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer negative Wirkungen haben könnte. Dennoch gibt es Fälle, wo sich faktisch die Seniorität gegen den einzelnen kehrt. So hat es das *BAG* zugelassen, ältere Arbeitnehmer von einem großen Teil der Sozialplanleistungen auszuschließen und damit schlechter als jüngere zu behandeln, sofern sie sofort oder in absehbarer Zeit eine Altersrente beziehen können⁴⁶. Formal wird zwar am Lebensalter und nicht an den »Dienstjahren« angeknüpft, doch werden sich unter den Älteren weit überwiegend Personen mit längerer Betriebszugehörigkeit befinden. Schließlich schützt Seniorität auch nicht davor, bei Erreichen der Altersgrenze endgültig dem »alten Eisen« zugeteilt zu werden. Zwar hat § 41 Abs. 4 SGB VI ein automatisches Ausscheiden mit 65 Jahren nunmehr unmöglich gemacht, doch bleiben nach verbreiteter Auffassung tarifliche Altersgrenzen unberührt⁴⁷.

IV. Veränderung des Stellenwerts der Seniorität?

1. Die relativ bescheidene Stellung im Rechtssystem

Der unter II. und III. gegebene Überblick hat deutlich gemacht, daß die Dauer des Arbeitsverhältnisses in der Regel zum Anwachsen bestimmter

35 § 2 Abs. 1 AngKSchG. Voraussetzung ist, daß der Arbeitgeber mehr als 2 Angestellte beschäftigt.

36 KR-Etzel, §§ 1, 2 AngKSchG Rdnr. 14.

37 BVerfG, DB 1990 S. 565 = NZA 1990 S. 721.

38 Dafür LAG Niedersachsen, DB 1991 S. 178.

39 BAG, NZA 1991 S. 797.

40 BAG, NJW 1985 S. 1853.

41 KR-Becker, § 1 KSchG Rdnr. 237.

42 BAG, DB 1984 S. 1627 und DB 1985 S. 873f.; ebenso für die Kündigung wegen nachlassender Leistung Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 439.

43 BAG, DB 1983 S. 1824.

44 Herschel-Löwisch, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 6. Aufl., 1984, § 10 Rdnr. 12; KR-Becker, § 10 KSchG Rdnr. 47.

45 Näher zur Praxis Däubler, in Däubler-Kittner-Klebe-Schneider, a. a. O. §§ 112, 112a Rdnrn. 89 ff.

46 BAG, AP Nrn. 21 und 45 zu § 112 BetrVG 1972. Kritisch im Hinblick auf § 75 Abs. 1 Satz 2 BetrVG Däubler, a. a. O. §§ 112, 112a Rdnr. 48.

47 Vgl. Gitter-Boerner, Altersgrenzen in Tarifverträgen, RdA 1990, S. 129 ff.; Laux, Altersgrenzen im Arbeitsrecht, NZA 1991 S. 967 ff.; Warzalla, Der Anwendungsbereich des § 41 Abs. 4 SGB VI und die Auswirkungen auf die betriebliche Personalpolitik, Beilage 4/91 zu NZA, S. 15 ff.

Rechte führt. Anders als in den traditionellen Systemen Japans und der USA ist Seniorität aber keine zwingende Präferenzregel, wenn es um die Verteilung knapper Ressourcen geht: Bei der Beförderung wie beim Arbeitsplatzabbau können andere Gesichtspunkte sehr viel wesentlichere Bedeutung haben. In amerikanischer Terminologie gesprochen: Wir kennen eine *benefit seniority*, jedoch keine *competitive status seniority*⁴⁸. Das Leistungsprinzip hat in Europa auch aus gewerkschaftlicher Sicht einen so hohen Stellenwert, daß man einen Übergang zum »Laufbahnprinzip« außerhalb des Beamtenrechts nicht ernsthaft in Erwägung zieht⁴⁹. Nicht zu Unrecht wird deshalb in der Literatur auch darauf hingewiesen, Geschäftsleitungen könnten ihre personalpolitischen Vorstellungen in Europa besser durchsetzen als in gewerkschaftlich beeinflussten Betrieben in den USA⁵⁰. Daneben sollte man nicht übersehen, daß etwa in der Bundesrepublik auch zahlreiche Rechte existieren, die explizit nicht von der Seniorität abhängig sind. Dies gilt nicht nur für den Arbeitsschutz, sondern beispielsweise auch für den Mutter- und Schwerbehindertenschutz, bei letzterem allerdings mit der Einschränkung, daß die §§ 15–22 SchwbG erst nach 6 Monaten eingreifen. Der Schutz tariflicher Rechte ist – soweit der Tarifvertrag selbst keine Ausnahme macht – vom ersten Arbeitstag an garantiert, desgleichen die Koalitionsfreiheit und das aktive Wahlrecht zu den betrieblichen Interessenvertretungen. Schließlich ist es dem Arbeitgeber unbenommen, durch Leistungszulagen und andere Gratifikationen im Rahmen seiner wirtschaftlichen Möglichkeiten eine eigene »Leistungs politik« zu betreiben, die an Arbeitseinsatz und Erfolg statt an Langjährigkeit anknüpft.

2. Vertragliche Verstärkung des Senioritätsprinzips?

Man kann sich die juristisch reizvolle, gesellschaftspolitisch allerdings weniger aktuelle Frage stellen, ob es zulässig wäre, durch Tarifvertrag oder durch arbeitsvertragliche Abmachung der Seniorität einen höheren Stellenwert einzuräumen.

Unproblematisch ist eine Erweiterung der »benefit seniority«; niemand

48 Dazu *Jürgens-Dohse*, a. a. O. (oben Fn. 2) S. 289.

49 Man kann die (ein wenig spekulative) These vertreten, daß die sozialistischen Traditionen der europäischen Gewerkschaftsbewegung dafür maßgebend sind, daß sie das Funktionieren der Gesamtwirtschaft stärker im Blick hat und dafür Mitverantwortung übernimmt. Nur auf den ersten Blick erscheint es dann paradox, daß die allein an marktwirtschaftlichen Kategorien orientierte amerikanische Gewerkschaftsbewegung in Form der »seniority rules« und des »feather-bedding«, d. h. des sprichwörtlichen Heizers auf der E-Lok, Rigiditäten produzierte, deren Irrationalität auf der Hand liegt. Zum feather-bedding siehe *Moll*, Künstliche Beschäftigung im Kollektivvertragsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, 1982.

50 *Jürgens-Dohse*, a. a. O. (oben Fn. 2) S. 289.

hat etwas dagegen, wenn das KSchG schon nach 4 Wochen eingreift, die Zulagen bereits früher gezahlt werden und die Kündigungsfristen über das im Gesetz Vorgeschriebene hinaus verlängert werden. Problematischer ist die Verstärkung des Senioritätsarguments bei Auswahlentscheidungen. Wie die Rechtsprechung des *BAG* zu den Tarifverträgen im Bereich des Luftverkehrs zeigt⁵¹, ist es grundsätzlich zulässig, den Zugang zu bestimmten Positionen allein vom Kriterium Seniorität abhängig zu machen. Ob dies auch als flächendeckende Regelung zulässig wäre, soll mangels praktischer Relevanz hier dahinstehen; evtl. könnte die Funktionsfähigkeit des Unternehmens darunter leiden, daß die weniger Qualifizierten aufsteigen – eine Gefahr, die bei relativ homogenem Qualifikationsniveau wie im Bereich der Luftfahrt vernachlässigt werden kann. Wie wenig man hierzulande an derartige Gestaltungen denkt, wird nicht zuletzt daran deutlich, daß die Dauer der Betriebszugehörigkeit immer nur als Kriterium neben anderen beim potentiellen Inhalt von Personalrichtlinien nach § 95 BetrVG aufgeführt wird⁵². Für die soziale Auswahl bei betriebsbedingten Gründen ist höchstrichterlich entschieden, daß die Kriterien »Lebensalter« und »Unterhaltsverpflichtungen« weder durch Personalrichtlinien nach § 95 BetrVG noch durch Tarifvertrag beiseite geschoben werden können⁵³. Anderes gilt freilich beim Sozialplan; die ausschließliche Berücksichtigung der im Betrieb verbrachten Jahre würde von den Gerichten nicht beanstandet.

3. Abbau des Senioritätsprinzips?

Realistischer ist die Frage, ob die Bedeutung des Senioritätsprinzips durch Tarif- oder Arbeitsvertrag weiter relativiert oder gar beseitigt werden kann. Wäre es theoretisch möglich, bei Bezahlung, Aufstieg und Kündigung ausschließlich auf die Leistung abzustellen und als weiteres Kriterium ggf. nur die soziale Situation heranzuziehen?

Die Beseitigung der »Einstiegsseniortät«⁵⁴ würde im Bereich des Kündigungsschutzes keine prinzipiellen Schwierigkeiten machen, bedürfte jedoch im Zusammenhang mit dem passiven Wahlrecht einer Gesetzesänderung. Grundvergütung und Sozialleistungen lassen sich im Tarifvertrag oder in der Betriebsvereinbarung auch nach anderen Kriterien wie z. B.

51 *BAG*, AP Nrn. 1–7 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität.

52 *Klebe*, in *Däubler-Kittner-Klebe-Schneider*, a. a. O. § 95 Rdnr. 26, GK-*Kraft*, BetrVG, 4. Aufl. 1990, § 95 Rdnr. 32; *Däubler*, Das Arbeitsrecht I, 11. Aufl. 1990, S. 525.

53 Nachweise bei *KR-Becker*, § 1 KSchG Rdnr. 344.

54 Oben II, 2.

der Qualifikation und den Arbeitsanforderungen bestimmen⁵⁵. Die »Lebensaltersstufen« in den Tarifwerken des öffentlichen Dienstes haben ebensowenig Ewigkeitscharakter wie der Bewährungsaufstieg. Die Kündigungsfristen des AngKSchG sind zwingend⁵⁶. Zur tariflichen Regelungsermächtigung des § 622 Abs. 3 BGB, die sich auf die inzwischen gegenstandslos gewordenen Fristen für Arbeiter bezieht, vertrat das BAG den Standpunkt, auch bei einer tariflichen Verkürzung müsse weiter nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit differenziert werden⁵⁷. Ähnlich verhält es sich mit der sozialen Auswahl bei der betriebsbedingten Kündigung; das Kriterium »Dauer der Betriebszugehörigkeit« kann dort nicht völlig über Bord geworfen werden⁵⁸. Insoweit existiert ein »harter Kern«.

4. Entzug senioritätsabhängiger Rechte?

Sonderprobleme ergeben sich dann, wenn senioritätsabhängigen Rechten nachträglich die Grundlage entzogen oder wenn bei bestimmten Personengruppen die frühere Tätigkeit nicht angerechnet wird.

Am deutlichsten ist der Schutz senioritätsbedingter Rechte und Anwartschaften im Bereich der betrieblichen Altersversorgung ausgeprägt. Den stärksten Schutz genießen bereits erdiente Anwartschaften, in die nur aus zwingenden Gründen eingegriffen werden kann. Triftige Gründe sind für Eingriffe in die »zeitanteilig erdiente Dynamik«, d. h. das Einfrieren der Bezugsgröße auf das aktuelle Einkommen erforderlich, während in die in Zukunft erreichbaren Steigerungsbeträge aus jedem sachlichen Grund eingegriffen werden kann⁵⁹. Ob für sonstige Ansprüche ein vergleichbarer Bestandsschutz existiert, ist bislang nicht eindeutig geklärt. Das BAG hat einen einmal entstandenen tariflichen Anspruch auf Beförderung wie ein Individualrecht behandelt und seinen Entzug unmöglich gemacht⁶⁰. Aus Gründen des Vertrauensschutzes kann auch eine einmal erreichte tarifliche Unkündbarkeit nicht mehr entzogen werden⁶¹. Bestandsschutz wird auch dann gewährt, wenn sich Tätigkeitsmerkmale nachträglich ändern:

Hat der Arbeitnehmer die zunächst bestehenden erfüllt, steht ihm ein entsprechender arbeitsvertraglicher Anspruch auch für die Zukunft zu⁶².

Eine selektive Anerkennung früherer Beschäftigungszeiten brachte die Neufassung des BAT-Ost vom 12. November 1991⁶³. Danach werden unter anderem Zeiten einer Tätigkeit nicht berücksichtigt, die aufgrund einer besonderen persönlichen Systemnähe übertragen worden war. Entsprechendes wird bei bestimmten Funktionen sowie bei Absolventen bestimmter Einrichtungen vermutet⁶⁴. Liegen diese Voraussetzungen vor, so werden auch jene Zeiten nicht berücksichtigt, die vor einer »systemnahen« Tätigkeit lagen. Man kann sicherlich zweifeln, ob die Tarifparteien verpflichtet waren, die in der DDR verbrachten Dienstzeiten wie solche aus der (alten) Bundesrepublik zu behandeln. Dafür sprach immerhin, daß die Bundesrepublik bzw. die neuen Länder Rechtsnachfolger der DDR geworden waren und deshalb auch die Arbeitgeberstellung »geerbt« hatten⁶⁵. Außerdem war man bei Übersiedlern in der Vergangenheit so verfahren, daß man die in der DDR verbrachten Jahre nach § 20 Abs. 4 BAT dann auf die Dienstzeit anrechnete, wenn es um eine Tätigkeit ging, die auch nach hiesigen Maßstäben zum öffentlichen Dienst gehörte⁶⁶. Nachdem die Grundsatzentscheidung in positivem Sinne gefallen ist, stellt sich primär das Problem der Gleichbehandlung. *Isensee* hat im Zusammenhang mit dem Parallelproblem aus der Rentenversicherung den Standpunkt vertreten, die Sozialversicherung könne kein Mittel der Vergangenheitsbewältigung sein; eine Schlechterstellung bestimmter Funktionsträger verstoße gegen das Gebot der Systemgerechtigkeit⁶⁷. Im Arbeitsrecht mögen die Dinge insoweit anders liegen, als Handlungen aus der Vergangenheit durchaus für die persönliche Eignung relevant sein können. Wenn diese aber dadurch bejaht wird, daß von den Sonderkündigungsgründen des Einigungsvertrages⁶⁸ kein Gebrauch gemacht wird, so befindet man sich in einer vergleichbaren Situation: Das Gesamtsystem des Arbeitsrechts kennt keine Differenzierung nach »guten« und »schlechten« Tätigkeiten. Außer der Kündigung gibt es bei Fehlverhalten nur Betriebsbußen⁶⁹ – die Aberkennung von Beschäftigungszeiten ist als Sanktion unbekannt. Dies

55 Zu entsprechenden Überlegungen im Zusammenhang mit dem Projekt »Tarifreform 2000« s. *Lang-Meine*, Tarifreform 2000. Gestaltungsrahmen und Entgeltstrukturen zukünftiger Industriearbeit, WSI-Mitt. 1991 S. 156 (159 ff.).

56 KR-*Etzel*, §§ 1, 2 AngKSchG Rdnr. 33; *Palandt-Putzo*, BGB, 51. Aufl. 1992, § 622 Rdnr. 5.

57 BAG, AP Nr. 10 zu § 622 BGB; ebenso *Schaub*, a. a. O. (oben Fn. 19) § 124 III. 1.

58 S. Fn. 53.

59 Dazu eingehend *Heither*, Möglichkeiten und Grenzen der Änderung von Zusagen auf betriebliche Altersversorgung, BB 1992 S. 145 ff.

60 BAG, AP Nr. 9 zu § 1 TVG Rückwirkung.

61 BAG, AP Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip.

62 BAG, ZTR 1991 S. 159 (161) unter Berufung auf BAG, AP Nr. 100 zu §§ 22, 23 BAT.

63 In den entscheidenden Teilen abgedruckt in ZTR 1992 S. 95.

64 Nr. 4 der Übergangsvorschriften, ZTR a. a. O.

65 Zur Rechtsnachfolge s. die sog. Warteschleifen-Entscheidung *BVerfG*, DB 1991 S. 1021, abgedr. auch bei *Wulf-Mathies* (Hrsg.), »Warteschleife« und Einigungsvertrag, 1992, S. 167 ff. Dazu auch *Däubler*, »Warteschleife« und Grundgesetz, PersR 1991 S. 193 ff. (unter VI.).

66 *Bruse-Görg* u. a., § 20 Rdnr. 23.

67 *Isensee*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung am 16. Mai 1991, Abschn. III.

68 Kap. XIX Sachgebiet A Abschn. III Nr. 1 Abs. 4 und 5 der Anlage I zum Einigungsvertrag. Dazu *Preis*, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Dienst der neuen Bundesländer, PersR 1991 S. 201 ff.

69 Dazu *Klebe*, in *Däubler-Kittner-Klebe-Schneider*, § 87 Rdnrn. 56 ff. m. w. N.

bedeutet natürlich nur, daß Tätigkeiten, die es auch im öffentlichen Dienst der Bundesrepublik gibt, gleichbehandelt werden müssen. Ein Kraftfahrer, den man heute als vertrauenswürdig einstuft und weiterbeschäftigt, darf nicht deshalb benachteiligt werden, weil er – etwas pointiert gesagt – früher die falschen Leute gefahren hat⁷⁰. Erst recht gilt dies für weiter zurückliegende Zeiten, die nicht durch »Systemnähe« geprägt waren. Auf einen eventuellen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG und das ILO-Übereinkommen Nr. 111 kommt es daher gar nicht mehr an⁷¹.

V. Legitimationsprobleme

1. Vom traditionellen Sinn der Seniorität

Aus der Sicht der abhängig Beschäftigten schaffen Senioritätsrechte ein gewisses Maß an Sicherheit und Planbarkeit des Arbeitslebens. Gilt der Grundsatz »last hired first fired«, entsteht bei längerer Betriebszugehörigkeit ein Stück Unabhängigkeit vom Arbeitgeber, das den einzelnen in die Lage versetzt, einem diffusen Leistungsdruck leichter standzuhalten⁷². Gleichzeitig wird dies jedoch durch kräftige Nachteile erkauft: Ein Wechsel in einen anderen Betrieb mit vergleichbaren Regeln bringt den einzelnen wieder an den Ausgangspunkt der »Laufbahn« zurück und kommt deshalb auch dann nicht in Betracht, wenn bessere Arbeitsmöglichkeiten oder persönliche Gründe für einen neuen Arbeitsplatz sprechen. Erst recht scheidet jede Form von vorübergehendem »Ausstieg« aus; eine »Familienphase« bringt drastische Nachteile.

Aus Arbeitgebersicht sind an die Betriebszugehörigkeit geknüpfte Rechte und Leistungen ein Mittel, um den Zusammenhalt der Stammbeslegschaft zu fördern, um den einzelnen auf Dauer an das Unternehmen zu binden⁷³. Je stärker von diesem Mittel Gebrauch gemacht wird, um so mehr zeigt sich auch hier eine Ambivalenz. Entlohnung, aber erst recht Aufstieg nach Seniorität verletzen das Leistungsprinzip und führen zu einer suboptimalen, im Extremfall völlig kontraproduktiven Personalpolitik. Es ist daher im Grunde nicht erstaunlich, daß sowohl in Japan als auch in den USA die Seniorität auf dem Rückmarsch ist⁷⁴. Wo im Einzelfall die »vernünftige Kompromißlinie« liegt, wird vermutlich auch in Zukunft unterschiedlich

beurteilt werden. »Ein Stückchen« Seniorität ist als Anreiz für beide Seiten sinnvoll, mehr würde sowohl die Mobilität als auch das Leistungsprinzip behindern.

2. Die Ausgrenzungsfunktion

Von der Seniorität abhängige Rechte sind all denjenigen Personen verschlossen, die nicht in der Lage sind, über eine längere Zeit hinweg beim selben Arbeitgeber tätig zu sein. Dies kann sich wie im Bausektor oder bei der Saisontätigkeit aus der Natur der Arbeit ergeben⁷⁵, aber auch Folge der Arbeitsmarktentwicklung sein. Für die ca. 8 % aller Beschäftigten, die nur einen befristeten Arbeitsvertrag besitzen, steht die Seniorität ersichtlich auf dem Papier. Erst recht gilt dies für diejenigen, die ihre Erwerbstätigkeit nicht nur für einige Monate unterbrechen: Bei ihrem »Wiedereinstieg« werden sie im Prinzip wieder wie Anfänger behandelt. Das vorher angesparte Senioritätsguthaben geht verloren. Das Abstellen auf die Betriebszugehörigkeit hat deshalb ausgrenzende Funktion; es prämiert die Beschäftigungskontinuität und bestraft die »Aussteiger«⁷⁶. Dadurch sind in erster Linie Frauen betroffen, die in der Phase der Kindererziehung nicht mehr oder nur noch marginal im Prozeß der Erwerbsarbeit stehen.

Das geltende Recht verzichtet darauf, diese Ausgrenzungsfunktion prinzipiell in Frage zu stellen, und verhindert lediglich irrationale Rechtsverluste. Ein Mittel hierfür ist die Auflockerung des Senioritätsprinzips; man stellt nicht mehr auf die tatsächlich geleistete Arbeit, sondern auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses ab⁷⁷. Dies hat zur Folge, daß bezahlter wie unbezahlter Urlaub, aber auch Krankheit zu keinen Nachteilen führen. Weiter ist man bereit, auch eine kurzfristige Unterbrechung des rechtlichen Bandes als unschädlich zu akzeptieren, obwohl bezüglich der Grenzen noch keine Klarheit besteht⁷⁸. Zum zweiten hat man im Bereich der betrieblichen Altersversorgung den Weg gewählt, erdiente Anwartschaften nach 10 Jahren für unverfallbar zu erklären; die im Betrieb zurückgelegte Zeit wird gewissermaßen »eingefroren«, die aus ihr folgenden Rechte bleiben dem einzelnen erhalten⁷⁹. Zum dritten arbeitet man mit einer Fiktion: Grundwehrdienst, Zivildienst und Wehrdienst als Soldat auf Zeit bis

70 Bedenken auch bei Jesse, Die Tarifentwicklung über die Vereinbarung der Beschäftigungszeit im öffentlichen Dienst der neuen Bundesländer, ZTR 1992 S. 91 (97).

71 Zu letzterem s. Lörcher, Staatsvertrag contra Völkerrecht?, PersR 1990 S. 217, der frühe Entwürfe der Bundesregierung zum Einigungsvertrag diskutiert.

72 Jürgens-Dohse, a. a. O. (oben Fn. 2) S. 290, 313.

73 Onodera, a. a. O. (oben Fn. 7) S. 9.

74 S. oben bei Fn. 5 bzw. 9.

75 Die Sozialkassen des Baugewerbes schaffen für Urlaub und Altersrente eine künstliche Seniorität, die dafür sorgt, daß der häufige Arbeitsplatzwechsel nicht zu einem Rechtsverlust führt.

76 Vgl. Mückenberger, Der Wandel des Normalarbeitsverhältnisses unter Bedingungen einer »Krise der Normalität«, GMH 1989 S. 211 (214).

77 S. oben Fn. 11, 17–19.

78 Vgl. etwa BAG, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 zur Unterbrechung der 6-Monats-Frist des § 1 Abs. 1 KSchG. Weiter KR-Becker § 10 KSchG Rdnr. 48.

79 § 1 Abs. 1 BetrAVG.

zu zwei Jahren werden auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet⁸⁰. Dasselbe gilt nach § 8 Abs. 3 Soldatenversorgungsgesetz für die Zeiten einer Fachausbildung bei der Bundeswehr. Vergleichbare Vorschriften für andere (mindestens) genauso nützliche Tätigkeiten außerhalb des Erwerbslebens existieren nicht. Ein »Kinderbonusjahr« ist noch nicht einmal andiskutiert, doch kann der auf drei Jahre verlängerte Erziehungsurlaub für diejenigen ein Äquivalent darstellen, die sofort nach seinem Ende wieder in den Arbeitsprozeß eintreten⁸¹.

Die im Grundsatz weiterbestehende Benachteiligung der diskontinuierlich Arbeitenden ist juristisch unter dem Stichwort der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts aufgegriffen worden. Ausgangspunkt war die Schlechterstellung von Teilzeitkräften bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeit, doch stellt sich daneben auch das Grundsatzproblem, ob nicht die Seniorität als solche zu einem unzulässigen Kriterium wird.

3. Senioritätszeiten von Teilzeitkräften

Gesetzliche Regeln, die an die Dauer der Betriebszugehörigkeit anknüpfen, gelten grundsätzlich in gleicher Weise für Vollzeit- wie für Teilzeitbeschäftigte⁸². Anders bei dem im öffentlichen Dienst vorgesehenen Bewährungsaufstieg: Nach der bis 31. 12. 1987 geltenden Fassung des § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT waren die zurückgelegten Beschäftigungszeiten für den Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe nur zur Hälfte anzurechnen, wenn die betreffende Person eine Teilzeitkraft mit einer Arbeitszeit zwischen 50 und 75 % der regelmäßigen tariflichen Arbeitszeit war. Da Teilzeitkräfte weit überwiegend Frauen sind, liegt in dieser Regelung nach Auffassung des *EuGH* eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, sofern sich keine Rechtfertigung nach objektiven Gründen finden läßt; diese könnte insbesondere darin liegen, daß die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden nach der Art der Tätigkeit ein zusätzliches Maß an Erfahrung schaffe⁸³. Zwar ist der BAT mit Wirkung vom 1. 1. 1988 insoweit geändert worden, als nunmehr auch die in Teilzeit verbrachten Jahre voll zählen, doch hat das *EuGH*-Urteil seine Bedeutung dadurch nicht eingebüßt: Es

ist weiter relevant für die vor dem 1. 1. 1988 liegenden Zeiten und insbesondere für diejenigen Beschäftigten, die gemäß § 3 q BAT überhaupt nicht von diesem Tarifwerk erfaßt werden, weil sie weniger als 18 Wochenstunden arbeiten.

Bei der praktischen Umsetzung wird zunächst danach zu fragen sein, ob die Bewährungszeiten überhaupt auf »gewachsene Erfahrung« abstellen wollen. Angesichts der Tatsache, daß »Bewährung« mit »beanstandungsfreier Arbeit« gleichgestellt wird⁸⁴, ist dies nicht anzunehmen. Wollten die Tarifparteien effektiv auf das mit dem Arbeitsquantum wachsende Erfahrungswissen abstellen, müßten sie je nach Tätigkeit differenzieren. Allerdings würden sich Einschätzungsprobleme ergeben: Zwar ist noch einigermaßen plausibel, daß ein Justitiar, der längere Zeit hindurch doppelt so viele Beratungen durchführen und Klagen aufsetzen muß, über mehr »Beschlagenheit« verfügt, doch ist der Qualifizierungseffekt schon beim Lehrer zweifelhaft; wer dasselbe Lateinbuch zum zehnten Male den Schülern nahezubringen versucht, wird möglicherweise eher durch die Routine frustriert und deshalb didaktisch weniger erfolgreich sein⁸⁵. Erst recht ist bei einfachen Tätigkeiten keine Leistungssteigerung je nach dem Stundenquantum anzunehmen⁸⁶.

4. Seniorität als diskriminierendes Kriterium?

Frauen haben im Durchschnitt eine erheblich kürzere Betriebszugehörigkeit als Männer. Auf die gesamte Wirtschaft und alle Altersgruppen von Beschäftigten bezogen, erreichen Frauen nur zwei Drittel der »Dienstzeit« der Männer⁸⁷. Ein solcher Gesamtwert begründet zumindest eine Vermutung in der Richtung, daß auch im einzelnen Unternehmen eine vergleichbare Situation besteht. Allerdings ist nicht auszuschließen, daß in concreto die Verhältnisse anders liegen; der Arbeitgeber kann die Vermutung widerlegen⁸⁸. Gelingt dies nicht, ist davon auszugehen, daß durch eine an die Seniorität anknüpfende Regelung deutlich mehr Männer als Frauen begünstigt und deshalb letztere benachteiligt werden.

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* ist eine solche Regelung dann nicht rechtswidrig, wenn sie einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens oder der Arbeitnehmer entspricht, wenn sie für die Erreichung dieses Ziels ge-

⁸⁰ § 6 Abs. 2 Arbeitsplatzschutzgesetz (Grundwehrdienst und Wehrübung), auf den § 78 Abs. 1 Nr. 1 Zivildienstgesetz für die Zivildienstleistenden und § 16 a Arbeitsplatzschutzgesetz für die Soldaten auf Zeit verweisen.

⁸¹ Zu erwähnen ist noch § 10 Abs. 2 MuSchG, wonach die Betriebszugehörigkeit nicht als unterbrochen gilt, wenn eine Arbeitnehmerin zum Ende der Schutzfrist kündigt, aber innerhalb eines Jahres nach der Entbindung vom selben Arbeitgeber wieder eingestellt wird. Die Zeit der Kinderbetreuung wird aber nicht angerechnet; es geht nur die frühere Seniorität nicht verloren.

⁸² Vgl. KR-Becker, § 1 KSchG Rdnr. 52 m. w. N.

⁸³ *EuGH*, *EuZW* 1991 S. 217 = *ZTR* 1991 S. 164 = *NZA* 1991 S. 513 (Fall Nimz).

⁸⁴ S. oben Fn. 31.

⁸⁵ Anders *LAG Köln*, *ZTR* 1991 S. 434.

⁸⁶ Ebenso *Mauer*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen bei der Höhergruppierung gem. § 23 a BAT, *NZA* 1991 S. 501 (502).

⁸⁷ Angaben bei *Pfarr-Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 403: Im Durchschnitt erreichten Männer 12,4, Frauen dagegen nur 8,3 Jahre.

⁸⁸ *Pfarr-Bertelsmann*, a. a. O. S. 404.

eignet und wenn sie außerdem in dem Sinne »erforderlich« ist, daß kein anderes, Frauen weniger benachteiligendes Mittel zur Verfügung steht⁸⁹. Die oben⁹⁰ skizzierten Gründe für das Abstellen auf Seniorität lassen sich als »wirkliches Bedürfnis« qualifizieren; auch an der prinzipiellen Eignung der eingesetzten Mittel (ansteigende Vergütung, längere Kündigungsfristen usw.) wird man kaum zweifeln. Problematisch ist dagegen die Erforderlichkeit: Das gleiche Ziel könnte auch dann erreicht werden, wenn in Anlehnung an das Arbeitsplatzschutzgesetz Kindererziehungszeiten berücksichtigt würden⁹¹. Als Vorbild könnte u. a. die entsprechende Regelung des § 56 Abs. 1 SGB VI dienen. Nur wenn hier eine Lösung gefunden wird, kann es auch in Zukunft Senioritätselemente im Arbeitsrecht geben. Gesetzgeber und Tarifparteien sind hier in gleicher Weise gefordert.

⁸⁹ Grundlegend *EuGH*, NZA 1986 S. 599 (Bilka), ausdrücklich bestätigt durch *EuGH* a. a. O. (oben Fn. 83). Dort ist zwar nur von einem Interesse des Unternehmens die Rede, doch kann für ein Interesse der Arbeitnehmer nichts anderes gelten.

⁹⁰ Unter 1.

⁹¹ Zutreffend *Pfarr-Bertelsmann*, a. a. O. S. 418, die mit Recht betonen, um keine Einstellungshindernisse zu schaffen, dürfe die Anrechnung erst erfolgen, wenn wegen der neuen Betriebszugehörigkeit bereits »Betriebstreue« z. B. durch bestimmte Zulagen honoriert werde.

Ulrich Hammer

Grundfragen der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst

I. Unteilbarkeit der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst und in der gewerblichen Wirtschaft

Die Tarifautonomie im öffentlichen Dienst ist vom Grundsatz her nicht anders zu beurteilen als in der gewerblichen Wirtschaft. Daß gleichwohl in Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich des kollektiven Arbeitsrechts immer wieder zwischen gewerblicher Wirtschaft und öffentlichem Dienst unterschieden wird¹, dürfte eher auf die Schwierigkeiten zurückzuführen sein, die private wie öffentliche Arbeitgeber im Umgang mit der Tarifautonomie eint, als auf Besonderheiten des öffentlichen Dienstes.

Selbstverständlich unterscheiden sich Tarifbereiche – in der Privatwirtschaft wie im öffentlichen Dienst ebenso wie im Verhältnis von Privatwirtschaft zu öffentlichem Dienst insgesamt. Besonderheiten einzelner Tarifbereiche indessen auf Struktur und Verbindlichkeit der Tarifautonomie im allgemeinen zurückschlagen zu lassen, ist nur bei einer Einstellung denkbar, die von vornherein durch Distanz oder sogar Feindschaft gegenüber der Tarifautonomie als Kernbestandteil einer sozialen Selbstverwaltung im demokratischen Gemeinwesen geprägt ist. Besonderheiten des öffentlichen Dienstes, die ja – nicht zuletzt – auch darin zu erblicken sind, daß der Gesetzgeber in der Vergangenheit die Tarifautonomie immer wieder zu unterlaufen versucht hat, sind in der Regel nur der Vorwand und das Mittel zum Zweck, um die Tarifautonomie im allgemeinen zu diskreditieren. Was heute der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst geschieht, droht ihr morgen in der gewerblichen Wirtschaft.

Die Gewerkschaften – namentlich des öffentlichen Dienstes – tun deshalb gut daran, wenn sie gegenüber allen Maßnahmen zur Beschränkung der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst nicht nur empfindlich, sondern regelrecht überempfindlich reagieren. Zu diesen Reaktionen gehört auch die

¹ Nachweise bei *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 1990, S. 812.