

(Nr. 7) TzBfG § 4, §§ 1, 3 Abs. 1, § 17 Satz 1; GG Art. 3 Abs. 1, Art. 9 Abs. 3; BGB § 134, § 611 Abs. 1; BeschFG 1996 § 1 Abs. 5; ZPO § 256 Abs. 1; EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (Rahmenvereinbarung) vom 18. 3. 1999 (ABl. EG 1999 Nr. L 175 S. 45) § 4 Nr. 1 und Nr. 2; Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 (ABl. EG 1999 Nr. L 175 S. 43); Entgelttarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Post AG (Dritter Teil des Tarifvertrags Nr. 75 d) vom 20. 10. 2000 (ETV-Arb) §§ 23, 24, 25, Anlage 6 und Anlage 9

1. Das Verbot einer ungleichen Behandlung befristet wie unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer beim Entgelt nach § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG konkretisiert das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG. Deshalb können sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung befristet und unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer im Entgeltbereich rechtfertigen.

2. Die Regelung in § 23 ETV-Arb, die Arbeiter für die Dauer eines über den 31. 12. 2000 hinausgehenden befristeten Arbeitsverhältnisses von der Gewährung der Besitzstandszulagen Lohn (§ 24 ETV-Arb iVm. Anlage 6) und Zuschläge (§ 25 ETV-Arb iVm. Anlage 9) ausnimmt, sie aber den über die Jahreswende 2000/2001 hinaus unbefristet beschäftigten Arbeitern gewährt, verstößt gegen das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG und ist insoweit unwirksam.

*Bundesarbeitsgericht, 6. Senat*

*Urteil vom 11. 12. 2003 – 6 AZR 64/03*

*2. Instanz: Landesarbeitsgericht Bremen*

Die Parteien streiten über tarifliche Besitzstandszulagen.

Der Kl. ist seit Oktober 2000 bei der Bekl. als Briefverteiler tätig. Das Arbeitsverhältnis war zunächst mehrfach befristet, zuletzt bis zum 30. 4. 2001. Seit dem 1. 5. 2001 ist der Kl. unbefristet beschäftigt. Auf Grund beiderseitiger Tarifgebundenheit finden die zwischen der Bekl. und der Deutschen Postgewerkschaft abgeschlossenen Tarifverträge für die Arbeiter Anwendung.

Mit dem am 1. 1. 2001 in Kraft getretenen Entgelttarifvertrag für die Arbeiter der Bekl. (Dritter Teil des Tarifvertrages Nr. 75 d) vom 20. 10. 2000 (ETV-Arb) wurden die bisherigen Grundvergütungen abgesenkt und leistungsabhängige variable Entgeltbestandteile eingeführt. In diesem Zusammenhang ist in ETV-Arb bestimmt:

\* Für die Amtl. Samml. bestimmt.

„§ 23 Geltungsbereich für § 24 und § 25

Für Arbeiter, die am 31. 12. 2000 bereits und am 1. 1. 2001 noch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Deutschen Post AG standen und stehen, finden die Regelungen der §§ 24 und 25 für die Dauer dieses Arbeitsverhältnisses Anwendung.

§ 24 Besitzstand Lohn

Der Arbeiter erhält eine monatlich zu zahlende Besitzstandszulage (Besitzstandszulage Lohn) gemäß Anlage 6.

§ 25 Besitzstand Zulagen, Zuschläge und Entschädigungen

Der Arbeiter erhält eine monatlich zu zahlende Besitzstandszulage (Besitzstandszulage Zuschläge) gemäß Anlage 9.“

Mit dem ETV-Arb setzten die Tarifvertragsparteien eine Eckpunktevereinbarung vom 21. 3. 2000 (Petersburger Eckpunktepapier) um. Darin verpflichtete sich die Bekl. ua. 1200 Zusteller aus dem Kreis der befristet beschäftigten Arbeitnehmer auf Dauer einzustellen. Außerdem verzichtete sie bis zum 31. 12. 2003 auf die Fremdvergabe von Zustellbezirken und schloss für die Zeit vom 1. 1. 2001 bis zum 31. 12. 2004 betriebsbedingte Beendigungskündigungen aus.

Der Kl. erhielt seit dem 1. 1. 2001 weder die Besitzstandszulage Lohn noch die Besitzstandszulage Zuschläge. Er hat deshalb gemeint, die Zahlung der Zulagen nur an Arbeiter, die sowohl am 31. 12. 2000 als auch am 1. 1. 2001 unbefristet beschäftigt gewesen seien, diskriminiere befristet beschäftigte Arbeitnehmer.

Der Kl. hat beantragt festzustellen, dass er ab dem 1. 1. 2001 Anspruch auf Zahlung einer

a) Besitzstandszulage Lohn nach § 24 iVm. Anlage 6 und

b) Besitzstandszulage Zuschläge nach § 25 iVm. Anlage 9, Dritter Teil des Entgelttarifvertrages (ETV-Arb) Nr. 75 d hat, und hilfsweise,

1. die Bekl. zu verurteilen, an ihn eine Besitzstandszulage Lohn für das Jahr 2001 in Höhe von DM 2778,71 (Euro 1420,73) brutto zzgl. 5% Zinsen über dem Basiszinssatz der europäischen Zentralbank zu zahlen,

2. die Bekl. zu verurteilen, an ihn eine Besitzstandszulage Zuschläge für das Jahr 2001 in Höhe von DM 760,56 (Euro 388,80) brutto zzgl. 5% Zinsen über dem Basiszinssatz der europäischen Zentralbank zu zahlen,

3. die Bekl. zu verurteilen, die Höhe der Besitzstandszulage Lohn nach § 24 iVm. Anlage 6 und der Besitzstandszulage Zuschläge nach § 25 iVm. Anlage 9, Dritter Teil des Entgelttarifvertrages (ETV-Arb) Nr. 75 d zu berechnen und ab dem 1. 1. 2002 als Besitzstandszulage an ihn zu zahlen.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Tarifvertragsparteien seien im Rahmen der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie berechtigt gewesen, die an den Stichtagen befristet beschäftigten Arbeiter von der Zahlung der Besitzstandszulagen auszunehmen. Unabhängig davon rechtfertigten auch die aus dem Petersburger Eckpunktepapier folgenden sachlichen Gründe die unterschiedliche Behandlung.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Bekl. hat überwiegend Erfolg.

**Aus den Gründen:** Dem Kl. stehen zwar die tariflichen Besitzstandszulagen ab dem 1. 1. 2001 für die restliche Laufzeit des be-

fristeten Arbeitsverhältnisses zu; diese Zulagen kann er jedoch ab dem Beginn der unbefristeten Beschäftigung nicht mehr beanspruchen.

I. Die Klage ist zulässig. Für das Feststellungsbegehren fehlt nicht das von § 256 Abs. 1 ZPO vorausgesetzte Feststellungsinteresse. Wegen der vom Kl. sowohl für zurückliegende als auch künftige Monate beanspruchten Besitzstandszulagen in noch nicht feststehender Höhe ist eine Bezifferung des Anspruchs nicht möglich. Entgegen der Ansicht der Bekl. hat eine Leistungsklage daher keinen Vorrang.

II. Der Kl. hat für die Zeit vom 1. 1. 2001 bis zum 30. 4. 2001 gemäß § 611 Abs. 1 BGB Anspruch auf Zahlung einer Besitzstandszulage Lohn nach § 24 iVm. Anlage 6 ETV-Arb und einer Besitzstandszulage Zuschläge nach § 25 iVm. Anlage 9 ETV-Arb. Der Ausschluss befristet Beschäftigter von der Gewährung dieser Zulagen verstößt für die Dauer der befristeten Beschäftigung gegen § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG.

1. Nach § 23 ETV-Arb finden die Regelungen der §§ 24 und 25 ETV-Arb für Arbeiter, die am 31. 12. 2000 bereits und am 1. 1. 2001 noch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Deutschen Post AG standen und stehen, für die Dauer dieses Arbeitsverhältnisses Anwendung. Die Tarifvorschrift legt damit den persönlichen Geltungsbereich für den Anspruch auf die Besitzstandszulagen fest. Jener ist auf Arbeiter begrenzt, die über die Jahreswende 2000/2001 hinaus in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Bekl. stehen. Diese Voraussetzung erfüllt der Kl. nicht. Er ist erst seit dem 1. 5. 2001 unbefristet beschäftigt.

2. Tarifliche Regelungen müssen mit § 4 TzBfG vereinbar sein. Die in dieser Vorschrift geregelten Diskriminierungsverbote stehen nach § 22 TzBfG nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien (vgl. BAG 5. 11. 2003 – 5 AZR 8/03 – [nicht veröffentlicht]).

3. Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG darf ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer wegen der Befristung des Arbeitsvertrages nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Das dient der Umsetzung von § 4 Nr. 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung (Rahmenvereinbarung) über befristete Arbeitsverträge vom 18. 3. 1999, die in die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 (ABl. EG 1999 Nr. L 175 S. 43) aufgenommen worden ist. Danach müssen ungleiche Beschäftigungsbedingungen befristet beschäftigter Arbeitnehmer gegenüber denen vergleichbarer Dauerbeschäftigten aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein. Dieses spezielle Verbot der schlechteren Behandlung befristet beschäftigter gegenüber unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern ist, wie das in

§ 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG für den Bereich der Teilzeitarbeit geregelte Diskriminierungsverbot (BAG 16. 1. 2003 – 6 AZR 222/01 – AP TzBfG § 4 Nr. 3 [Für die Amtl. Samml. bestimmt], [II 2 der Gründe]; 5. 11. 2003 – 5 AZR 8/03 – [nicht veröffentlicht]), zugleich ein gesetzlich geregelter Sonderfall des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG.

4. Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt wird, mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht. Diese Vorschrift regelt kein absolutes Benachteiligungsverbot beim Entgelt (ErfK/Preis 4. Aufl. § 4 TzBfG Rn. 65; Meinel/Heym/Herms TzBfG § 4 Rn. 103; Kliemt NZA 2001, 63, 69; aA Rolfs TzBfG § 4 Rn. 3; Sievers TzBfG § 4 Rn. 14, 34; Däubler ZIP 2001, 217, 218). Ebenso wie beim Diskriminierungsverbot Teilzeitbeschäftigter nach § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG (BAG 5. 11. 2003 – 5 AZR 8/03 – [nicht veröffentlicht]; 24. 9. 2003 – 10 AZR 675/02 – AP TzBfG § 4 Nr. 4, [II 3a der Gründe]; 16. 1. 2003 – 6 AZR 222/01 – AP TzBfG § 4 Nr. 3 [Für die Amtl. Samml. bestimmt], [II 5 der Gründe]) ist eine Schlechterstellung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern bei Vorliegen eines sachlichen Grundes auch im Entgeltbereich zulässig.

a) Die Vorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG lässt, anders als § 4 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 TzBfG, Ausnahmen auch bei Vorliegen sachlicher, eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigender Gründe nicht ausdrücklich zu. Daraus folgt jedoch nicht, dass im Bereich des Arbeitsentgelts oder einer anderen teilbaren geldwerten Leistung eine Ungleichbehandlung befristet und unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer ausnahmslos verboten ist. Der systematische Zusammenhang zwischen § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG und § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG spricht für ein einheitliches Verbot einer sachlich nicht gerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung. § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG konkretisiert lediglich das allgemeine Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG für den Bereich des Arbeitsentgelts oder einer anderen teilbaren geldwerten Leistung, ohne eine nach § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG bei Vorliegen sachlicher Gründe erlaubte unterschiedliche Behandlung auszuschließen.

b) Das bestätigt auch die Entstehungsgeschichte der Norm. § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG setzt § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung um, wonach der pro-rata-temporis-Grundsatz nur gilt, wo dies angemessen ist. Das zwingt nicht zur Regelung eines absoluten Differenzierungsverbots im Bereich der Vergütung. Ein solches entspricht auch nicht der Gesetzesbegründung. Der Regierungsentwurf zu § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG (BT-Drucks. 14/4374 S. 16) geht davon aus, dass auch im Bereich des Arbeitsentgelts oder einer anderen teilbaren geldwerten Leistung sachliche Gründe eine Un-

gleichbehandlung rechtfertigen können. Das in diesem Zusammenhang aufgeführte Beispiel kurzzeitiger Arbeitsverhältnisse, bei denen bestimmte Zusatzleistungen unter bestimmten Voraussetzungen nicht zwingend anteilig gewährt werden müssen, lässt gerade nicht auf die Absicht des Gesetzgebers schließen, für den Bereich des Entgelts ein absolutes Diskriminierungsverbot regeln zu wollen.

5. § 23 ETV-Arb benachteiligt die an den Stichtagen befristet beschäftigten Arbeiter für die Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses gegenüber vergleichbaren dauerhaft beschäftigten Arbeitern. Ihnen werden für die Laufzeit des befristeten Arbeitsverhältnisses nach dem 1. 1. 2001 die tariflichen Besitzstandszulagen vorenthalten. Damit entspricht ihr Arbeitsentgelt nicht mehr der Vergütung der an den Stichtagen unbefristet beschäftigten vergleichbaren Arbeitern. Entgegen der Auffassung der Bkl. ist die Benachteiligung durch die Einführung leistungsabhängiger variabler Entgeltbestandteile nicht ausgeglichen worden. Während die an den Stichtagen unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer die tarifliche Besitzstandszulage Lohn unabhängig von ihrer Leistung erhalten, vermindert sich bei den befristet beschäftigten Arbeitern die Lohnkürzung nur bei einer befriedigenden bis sehr guten Gesamtbeurteilungsstufe. Die Besitzstandszulage Zuschläge wird ungeachtet der individuellen Leistung überhaupt nicht mehr gezahlt.

6. Die Ausgrenzung der an den Stichtagen befristet beschäftigten Arbeiter aus dem Kreis der Zulagenberechtigten für die Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses ist nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

a) Ebenso wie eine unterschiedliche Behandlung von teilzeit- und vollbeschäftigten Arbeitnehmern nach § 4 Abs. 1 TzBfG (BAG 24. 9. 2003 – 10 AZR 675/02 – AP TzBfG § 4 Nr. 4 [II 3a der Gründe]; 26. 9. 2001 – 10 AZR 714/00 – BAG 99, 140, 148 = AP TzBfG § 4 Nr. 1; 19. 2. 1998 – 6 AZR 460/96 – BAG 88, 92, 96 = AP BAT § 40 Nr. 12; 25. 9. 1996 – 6 AZR 65/96 – BAG 86, 326, 330) kann eine Ungleichbehandlung befristet und unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer im Bereich des Arbeitsentgelts nur gerechtfertigt sein, wenn sich der Grund für die Differenzierung aus dem Leistungszweck ergibt. Allerdings sind die Tarifvertragsparteien grundsätzlich darin frei, in Ausübung ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten autonomen Regelungsmacht den Zweck einer tariflichen Leistung zu bestimmen (BAG 19. 2. 1998 – 6 AZR 460/96 – BAG 88, 92, 97 = AP BAT § 40 Nr. 12). Dieser ist der von den Tarifvertragsparteien vorgenommenen ausdrücklichen Zweckbestimmung der Leistung zu entnehmen oder im Wege der Auslegung der Tarifnorm zu ermitteln. Auf den Leistungszweck kann aus den jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen oder den Abschluss- oder Kürzungstatbeständen geschlossen werden (BAG

5. 11. 2003 – 5 AZR 8/03 – [nicht veröffentlicht]; 24. 9. 2003 – 10 AZR 675/02 – AP TzBfG § 4 Nr. 4 [II 3 a der Gründe]).

b) Die in § 24 ETV-Arb iVm. Anlage 6 geregelte Besitzstandszulage Lohn und die in § 25 ETV-Arb iVm. Anlage 9 geregelte Besitzstandszulage Zuschläge dienen ausschließlich dem Ausgleich den mit der Einführung des neuen tariflichen Vergütungssystems zum 1. 1. 2001 verbundenen Lohnminderungen in einem laufenden Arbeitsverhältnis.

aa) Der Zweck der Zulagenregelung, die bisherige Vergütung zu sichern, wird bereits aus der Bezeichnung der tariflichen Leistung als Besitzstandszulage und der Überschrift des Fünften Teils des ETV-Arb „Besitz- und Rechtsstandsregelungen“ deutlich. Die Ausgestaltung der Zulagen in den Anlagen 6 und 9 ETV-Arb und ihre Höhe bestätigen diese Zielsetzung.

bb) Ein weitergehender Leistungszweck kommt in der tariflichen Regelung nicht zum Ausdruck. Die Tarifvertragsparteien haben für die Zulagenberechtigung nicht auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter oder andere soziale Gesichtspunkte oder sonstige Kriterien abgestellt. Nach § 23 ETV-Arb ist für den Anspruch auf die Zulagen nach § 24 ETV-Arb und § 25 ETV-Arb allein das Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses an den Stichtagen 31. 12. 2000 und 1. 1. 2001 maßgebend.

c) Der Sicherungszweck der tariflichen Besitzstandszulagen erlaubt keine Ausgrenzung von Arbeitnehmern, die an den Stichtagen in einem befristeten Arbeitsverhältnis zur Bekl. standen.

aa) Entgegen der Auffassung der Bekl. ist das Vertrauen eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers auf den Fortbestand der bisherigen Arbeitsbedingungen für die Dauer der Befristung seines Arbeitsvertrags nicht geringer zu bewerten als das eines unbefristet beschäftigten Arbeitnehmers. Wird ein Arbeitsvertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen, ist zwar die Beendigung des Arbeitsverhältnisses absehbar. Daraus ergibt sich jedoch kein geringerer Inhaltsschutz des befristeten Arbeitsverhältnisses. Während der Zeit, für die das Arbeitsverhältnis eingegangen ist, wird ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer von einer Absenkung seiner Grundvergütung ebenso betroffen wie ein unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer. Auch im Hinblick auf die von der Bekl. angeführte Demotivation auf Grund der Absenkung der Grundvergütung ergeben sich keine Unterschiede. Zu Unrecht beruft sich die Bekl. auf eine fehlende langfristige Perspektive der befristet beschäftigten Arbeitnehmer im Unternehmen. Damit beschreibt sie letztlich die von ihr zu verantwortende Wirkung einer Befristung, die für sich gesehen keine Schlechterstellung rechtfertigen kann.

bb) Auch soweit die Bekl. die Ausgrenzung der an den Stichtagen befristet beschäftigten Arbeitnehmer damit begründet, diese sei Teil eines tarifvertraglichen Gesamtpakets, ohne diesen Kompro-

miss wäre die Zulagenregelung für die unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer nicht getroffen worden, vermag das die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen. Die Tarifvertragsparteien erzielen eine Übereinkunft stets auf der Grundlage gegenseitiger Zugeständnisse. Sie sind jedoch durch § 22 TzBfG gehindert, ihre jeweilige Verhandlungspositionen unter Verletzung eines gesetzlichen, Art. 3 Abs. 1 GG konkretisierenden Diskriminierungsverbots zu erweitern.

cc) Ungeachtet der Richtigkeit der Behauptung der Bekl., wonach befristet beschäftigte Arbeitnehmer im Vergleich zu unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern idR jünger seien, wegen ihrer größeren Flexibilität auf dem Arbeitsmarkt bessere Chancen hätten und seltener einer Gewerkschaft angehörten, rechtfertigt das die Ungleichbehandlung nicht. Solche Motive kommen in der tariflichen Regelung nicht zum Ausdruck. Ob sie überhaupt als Differenzierungsgründe außerhalb der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs eines Tarifvertrags (vgl. BAG 30. 8. 2000 – 4 AZR 563/99 – BAG 95, 277 = AP TVG § 4 Geltungsbereich Nr. 25) geeignet sein können, bedarf keiner Entscheidung.

dd) Schließlich sind auch der Verzicht der Bekl. auf den Anspruch betriebsbedingter Kündigungen bis zum Ende des Jahres 2004, die bis zum 31. 12. 2003 ausgeschlossene Fremdvergabe von Zustellbezirken und die Verpflichtung der Bekl., 1200 Zusteller einzustellen und den dazu erforderlichen Bedarf an Arbeitnehmern aus dem Kreis der befristet Beschäftigten zu decken, nicht geeignet, die Benachteiligung der befristet beschäftigten Arbeiter zu rechtfertigen. Zutreffend hat das LAG erkannt, dass durch den zeitweiligen Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen und die Fremdvergabe von Zustellbezirken vor allem die unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer begünstigt werden. Diese hätten auf Kosten der befristet Beschäftigten einen Vorteil. Einen solchen räumt die tarifliche Regelung den befristet beschäftigten Arbeitern nicht ein. Ihre Benachteiligung wird nicht durch einen individuellen tariflichen Anspruch auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kompensiert. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob ein solcher Übernahmeanspruch die Ausgrenzung bei der Zahlung der Besitzstandszulagen rechtfertigen könnte.

7. Folge des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist die teilweise Nichtigkeit von § 23 ETV-Arb, soweit die an den Stichtagen befristet beschäftigten Arbeitnehmer für die Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses von der Zulagengewährung ausgenommen sind. Das führt zu einem Anspruch des Kl. auf die in §§ 24 und 25 ETV-Arb geregelten Besitzstandszulagen für die Zeit vom 1. 1. 2001 bis zum 30. 4. 2001. Bei Verstößen gegen die Diskriminierungsverbote des § 4 TzBfG sind

die leistungsgewährenden Tarifvertragsbestimmungen auf diejenigen Personen zu erstrecken, die entgegen den Diskriminierungsverboten von den tariflichen Leistungen ausgeschlossen wurden (BAG 24. 9. 2003 – 10 AZR 675/02 – AP TzBfG § 4 Nr. 4 [II 4 der Gründe]). Das gilt jedenfalls solange, bis die Tarifvertragsparteien selbst eine diskriminierungsfreie Regelung schaffen (ErfK/Preis 4. Aufl. § 4 TzBfG Rn. 75).

8. Entgegen der Auffassung der Bekl. wirkt das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 2 TzBfG nicht unzulässig zurück.

a) Eine echte Rückwirkung liegt nicht vor. Eine solche setzt voraus, dass der Beginn des zeitlichen Anwendungsbereichs einer Norm auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem sie in Kraft getreten ist (BVerfG 3. 12. 1997 – 2 BvR 882/97 – BVerfG 97, 67, 78). Daran fehlt es. Das TzBfG vom 21. 12. 2000 ist am 28. 12. 2000 (BGBl. I S. 1966) verkündet worden und nach Art. 4 am 1. 1. 2001 zeitgleich mit dem ETV-Arb in Kraft getreten.

b) Das TzBfG gilt ohne Übergangsregelung. Seine Bestimmungen erstrecken sich auf alle Sachverhalte, die sich seit dem 1. 1. 2001 in seinem Geltungsbereich verwirklichen (BAG 15. 1. 2003 – 7 AZR 346/02 – AP TzBfG § 14 Nr. 2 = EzA TzBfG § 14 Nr. 2 [Für die Amtl. Samml. bestimmt]). Danach müssen sich auch Tarifverträge, die bereits vor In-Kraft-Treten des TzBfG vereinbart waren, an den Diskriminierungsverboten dieses Gesetzes messen lassen. § 4 TzBfG knüpft auch insoweit an einen gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt an. Eine solche Anknüpfung ist grundsätzlich zulässig. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes kann allerdings je nach Lage der Verhältnisse im Einzelfall der Regelungsbefugnis Schranken setzen. Wie weit der Vertrauensschutz bei Diskriminierungsverboten reicht, kann offen bleiben. Bereits beim Abschluss des Tarifvertrags Nr. 75 d am 20. 10. 2000 mussten die Tarifvertragsparteien davon ausgehen, dass der Gesetzgeber seiner Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse vom 18. 3. 1999 bis spätestens 10. 7. 2001 (Art. 2 Abs. 1 Satz 1) nachkommt. Unabhängig davon galt der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

III. Im Übrigen ist die Revision der Bekl. begründet.

1. Der Kl. hat ab dem 1. 5. 2001 nach § 23 ETV-Arb keinen Anspruch mehr auf die tariflichen Besitzstandszulagen. Nach dieser Bestimmung finden die Regelungen der §§ 24 und 25 ETV-Arb für Arbeiter, die am 31. 12. 2000 bereits und am 1. 1. 2001 noch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Bekl. standen und stehen, für die Dauer dieses Arbeitsverhältnisses Anwendung. Diese Voraussetzung erfüllt der Kl. nicht. Er wird ab dem 1. 5. 2001 unbefristet beschäftigt.

2. Zu Unrecht hat das LAG angenommen, die in § 23 ETV-Arb getroffene Regelung sei auch insoweit unwirksam, als sie Arbeitern den Anspruch auf die tariflichen Besitzstandszulagen versagt, die erst nach dem 31. 12. 2000 im unmittelbaren Anschluss an ein befristetes Arbeitsverhältnis ein Dauerarbeitsverhältnis mit der Bekl. begründet haben.

a) Ab der Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses fehlt es an einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. Seit diesem Zeitpunkt unterfällt der Kl. nicht mehr dem persönlichen Geltungsbereich der Norm. Dieser erstreckt sich auf befristet beschäftigte Arbeitnehmer. Dazu zählen nach § 3 Abs. 1 TzBfG diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsvertrag auf eine bestimmte Zeit geschlossen ist, sei es, dass die Befristung kalendermäßig oder zweckbefristet erfolgt. Dazu gehört der Kl. ab dem Beginn des Dauerarbeitsverhältnisses nicht mehr.

b) Entgegen der Annahme des LAG schützt § 4 Abs. 2 TzBfG nicht Arbeitnehmer, die im Anschluss an ein befristetes Arbeitsverhältnis ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen eingehen. Dieser Schutz ist dem Befristungskontrollrecht vorbehalten. Nach § 17 Satz 1 TzBfG, der die gleichlautende Vorschrift des § 1 Abs. 5 BeschFG 1996 ersetzt hat, kann der Arbeitnehmer zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Befristung binnen einer Frist von drei Wochen nach Ablauf der Befristung Klage auf Feststellung des Fortbestandes des befristeten Arbeitsverhältnisses erheben. Macht er von dieser Kontrollmöglichkeit keinen Gebrauch, kann er die Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge der Befristung nicht mehr in Frage stellen. Mit dem Versäumen der Klagefrist werden alle Voraussetzungen einer rechtswirksamen Befristung fingiert (BAG 9. 2. 2000 – 7 AZR 730/98 – BAG 93, 305 = AP BeschFG 1985 § 1 Nr. 22). Ein gesetzlicher Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses im Anschluss an ein als wirksam befristet geltendes Arbeitsverhältnis besteht nicht. Vielmehr kann der Arbeitgeber frei darüber entscheiden, ob und zu welchen Bedingungen er dem Arbeitnehmer ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags unterbreitet. Danach hat der befristet beschäftigte Arbeitnehmer wegen der wirksamen Befristung einen geringeren arbeitsvertraglichen Bestandsschutz als ein auf Dauer eingestellter Arbeitnehmer. Dieser ist grundsätzlich vor einer einseitigen Änderung der Vertragsbedingungen durch § 2 KSchG geschützt. Demgegenüber muss ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer davon ausgehen, dass im Anschluss an eine als wirksam geltende Befristung die Begründung eines Dauerarbeitsverhältnisses auch zu geänderten Arbeitsbedingungen erfolgen kann. An diese Unterschiede im vertraglich erworbenen Besitzstand (vgl. BAG 20. 2. 2002 – 7 AZR 600/00 –

BAG 100, 304 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 11) knüpft die tarifliche Regelung in zulässiger Weise an.

3. Der Anspruch des Kl. auf die tariflichen Besitzstandszulagen für die Zeit ab dem 1. 5. 2001 folgt nicht aus Art. 3 Abs. 1 GG.

a) Ob der Gleichheitssatz die Tarifvertragsparteien in gleicher Weise wie den Gesetzgeber bindet, bedarf keiner Entscheidung. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz liegt nicht vor. Der Kl. wird gegenüber der nunmehr für ihn maßgeblichen Vergleichsgruppe der neu eingestellten unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer nicht ungleich behandelt.

b) Auch die Herausnahme solcher Arbeiter aus dem Kreis der Zulageberechtigten, die erst nach dem 31. 12. 2000 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zur Bekl. eingegangen sind, ist nicht gleichheitswidrig. Die Tarifvertragsparteien sind durch Art. 3 Abs. 1 GG nicht daran gehindert, für eine Zulagenberechtigung Stichtage einzuführen (vgl. BVerfG 7. 7. 1992 – 1 BvL 51/86 ua. – BVerfG 87, 1, 43). Stichtage sind als Ausdruck einer pauschalierten Betrachtung und im Interesse der Praktikabilität grundsätzlich zulässig, wenn sich die Wahl des Zeitpunktes am zu regelnden Sachverhalt orientiert und demnach sachlich vertretbar ist (BAG 25. 6. 2003 – 4 AZR 405/02 – AP TVG § 1 Beschäftigungssicherung Nr. 1 [A II 2b aa der Gründe]; 18. 10. 2000 – 10 AZR 643/99 – [insoweit nicht veröffentlicht], [3a aa (1) der Gründe]; 19. 4. 1983 – 1 AZR 498/81 – BAG 42, 217, 222 = AP GG Art. 9 Nr. 124). Eine Umstellung von Vergütungssystemen wäre ohne Stichtagsregelungen nicht durchführbar. Dementsprechend knüpft auch § 23 ETV-Arb an die Einführung eines neuen tariflichen Vergütungssystems an, um Nachteile für bestandsgeschützte Arbeitsverhältnisse zu vermeiden.

**Anmerkung:** Der Entscheidung kann nur mit sehr großen Einschränkungen zugestimmt werden.

#### **I. Bedeutung des Diskriminierungsverbots nach § 4 Abs. 2 TzBfG**

Traditioneller Problemsicht entspricht es, bei „Diskriminierungsverboten“ an § 611a BGB sowie neuerdings an § 81 Abs. 2 SGB IX zu denken. Die Umsetzung der beiden einschlägigen EG-Richtlinien wird auch die Anknüpfung an ethnische Zugehörigkeit und Rasse, an Religion und Weltanschauung, an sexueller Ausrichtung und am Alter verbieten bzw. mit erheblichen Restriktionen versehen.

Auf dem Arbeitsmarkt wie auch innerhalb der einzelnen Betriebe gibt es weitere strukturelle Benachteiligungen, die prinzipiell nichts mit den genannten „verpönten Merkmalen“ zu tun haben. Konkret geht es um die sog. atypischen Beschäftigten, dh. um Teilzeitkräfte, Arbeitnehmer mit befristetem Vertrag und Leiharbeiter nach

dem AÜG. Bei ihnen allen besteht die Gefahr einer erheblichen bis drastischen Benachteiligung im Bereich des Entgelts wie bei den sonstigen Arbeitsbedingungen.

Der Gesetzgeber hat darauf zunächst nur in Bezug auf die Teilzeitkräfte reagiert, bei denen typischerweise zugleich eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vorliegt. § 2 Abs. 1 BeschFG 1985 hatte deshalb ein Verbot der Schlechterstellung eingeführt, das auch Ausgangspunkt für eine eingehende und differenzierende Rechtsprechung wurde. Erst das Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21. 12. 2000 (BGBl. I S. 1966) hat mit Rücksicht auf die EG-Richtlinie zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl. vom 10. 7. 1999, L 175/43) das Schlechterstellungsverbot auch auf die Befristeten ausgedehnt und den im Mittelpunkt der vorliegenden Entscheidung stehenden § 4 Abs. 2 TzBfG geschaffen. Seit 1. 1. 2004 müssen schließlich nach § 9 Nr. 2 AÜG die Leiharbeiter bei allen wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts wie vergleichbare Stammkräfte im Entleiherbetrieb behandelt werden.

Also universelle Gleichheit als neues Strukturprinzip des Arbeitsrechts? Der Eindruck könnte sich aufdrängen, aber beim näheren Zusehen werden die unterschiedlichen Realitäten deutlich: Es gibt wirkliche, halbherzige und scheinbare Diskriminierungsverbote. Dies hängt ein wenig damit zusammen, ob und in welchem Umfang die vom Gesetzgeber im Prinzip gewollte Gleichheit Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt voraussetzt. Die „Gleichstellung“ der atypischen Beschäftigten ist insoweit von vorneherein weitreichender und deshalb brisanter als die „eigentlichen“ Diskriminierungsverbote (zu deren ökonomischer Bewertung s. *Thüsing RdA* 2002, 257 ff.). Dem hat der Gesetzgeber durch eine relativ zurückhaltende Normierung Rechnung getragen.

Zum einen wird der spezifische Status der atypischen Beschäftigten als selbstverständlich vorausgesetzt. Bei der Teilzeitkraft geht es konsequenterweise nicht darum, ihr das Entgelt einer Vollzeittätigkeit zu gewähren. Beim befristeten Beschäftigten kann (und will) das Diskriminierungsverbot nicht dafür sorgen, dass der Bestandsschutz des Normalarbeitsverhältnisses wiederhergestellt wird, obwohl man sich natürlich die Frage stellen könnte, ob nicht als Ausgleich zumindest eine „Prekaritätsprämie“ zu bezahlen wäre (vgl. *Däubler, Tarifvertragsrecht*, 3. Aufl. 1993, Rn. 980 unter Bezugnahme auf ausländische Vorbilder). Bei Leiharbeitnehmern ist die Frage ausgeklammert, in welchen Betrieb der Einzelne entsandt wird. Dies ermächtigt den Verleiher nach der gesetzlichen Regelung, in weitem Umfang über die Hauptkonditionen zu verfügen, ohne dass Entsprechendes im Rahmen des Normalmodells eines Arbeitsverhältnisses möglich wäre (dazu *Däubler KJ* 2004, 20).

Erst auf der Basis aller dieser (hier nicht zu bewertenden) Ungleichheiten beginnt das Anwendungsfeld des Benachteiligungsverbots nach § 4 TzBfG bzw. nach § 9 Nr. 2 AÜG. Seiner Struktur nach deckt § 4 TzBfG gleichermaßen die unmittelbare wie die mittelbare Diskriminierung, doch hat Letztere bislang nur ein bescheidenes Maß an Aufmerksamkeit erfahren (vgl. KR-Bader, 6. Aufl. 2002, § 4 TzBfG Rn. 13; Thüsing, in: Annuß/Thüsing (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar, 2002, § 4 Rn. 18; Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis, 6. Aufl. 2004, § 4 TzBfG Rn. 42). Viel wichtiger ist, dass bei Teilzeitarbeit und bei Befristung eine Benachteiligung schon aus „sachlichem Grund“ zulässig ist, was im Bereich des § 611a BGB bzw. des § 81 Abs. 2 SGB IX völlig undenkbar wäre. Ob sich diese „Öffnung“ auch auf den Entgeltbereich bezieht, ist umstritten. Bei der Gleichbehandlung der Leiharbeiternehmer wird stattdessen der Weg über tarifliche Regelungen gegangen, die – wenn der erste Eindruck nicht täuscht – vom Grundsatz der Gleichbehandlung nicht mehr das Geringste übrig lassen und die so aus einem halbherzigen ein scheinbares Diskriminierungsverbot gemacht haben (zu den Risiken, die damit gleichwohl für Entleiher verbunden sind, s. Schüren NZA 2003, 521 ff.).

## II. Gleiches Entgelt für Befristete?

Im konkreten Fall ging es auf der Grundlage dieser Prämissen darum, ob wenigstens der Grundsatz „die Arbeitsstunde des Befristeten ist genauso viel wert wie die Arbeitsstunde des Unbefristeten“ unbedingte Geltung besitzt, oder ob auch dies nur dann gilt, wenn – etwas polemisch gesprochen – wenig intelligente Menschen keinen einigermaßen einleuchtenden sachlichen Grund für eine Differenzierung gefunden haben. Seinem Wortlaut nach sieht § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG eine solche Durchbrechung des Diskriminierungsverbotes nicht vor. Dennoch bejahte das BAG einen derartigen „Vorbehalt“ und stützte sich dabei im Wesentlichen auf zwei Argumente. Der systematische Zusammenhang zwischen § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG (der den Vorbehalt enthält) und § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG spreche dafür, (nur) ein Verbot einer sachlich nicht gerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung anzunehmen. Satz 2 konkretisiere lediglich das allgemeine Diskriminierungsverbot des Satzes 1 für den Bereich des Arbeitsentgelts oder einer anderen teilbaren geldwerten Leistung. Zum zweiten bestätige die Entstehungsgeschichte diese Auslegung. Satz 2 setze § 4 Nr. 2 der EG-Rahmenvereinbarung um, wonach der Pro-rata-temporis-Grundsatz nur gelte, wo dies angemessen sei. Es gebe daher keinen Zwang, im Bereich der Vergütung ein absolutes Differenzierungsverbot aufzustellen. Dieses entspreche auch nicht der Gesetzesbegründung, die das Beispiel kurzzeitiger Arbeitsverhältnisse erwähne, bei denen einzelne Zusatzleistungen unter bestimmten Voraussetzungen nicht notwendigerweise anteilig gewährt werden müssten.

Die Argumentation fordert geradezu zum Widerspruch heraus. Satz 1 enthält unbestrittenermaßen das allgemeine Verbot der Benachteiligung befristeter Beschäftigter („Ein befristeter beschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Befristung des Arbeitsvertrages nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristeter beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.“). Satz 2 bringt – auch dies ist unbestritten – eine Konkretisierung in Bezug auf das Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung („Einem befristeten beschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt wird, mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht.“). Satz 3 gibt eine weitere Konkretisierung in Bezug auf die Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten, die ja auch bei einem befristeten Tätigen anfallen können („Sind bestimmte Beschäftigungsbedingungen von der Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb oder Unternehmen abhängig, so sind für befristete beschäftigte Arbeitnehmer dieselben Zeiten zu berücksichtigen wie für unbefristete beschäftigte Arbeitnehmer, es sei denn, dass eine unterschiedliche Berücksichtigung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist.“). Wenn im einen Konkretisierungsfall die Ausnahme des sachlichen Grundes fehlt, im anderen jedoch ausdrücklich aufgeführt ist, so kann dies nur den Sinn haben, dass eben im ersten Fall diese Ausnahme nicht greift, während sie im zweiten durchaus Anerkennung findet (so mit Recht Sievers, TzBfG, 2003, § 4 Rn. 14f.). Die Systematik des § 4 Abs. 3 TzBfG spricht also gerade gegen und nicht etwa für einen stillschweigend mitgeschriebenen Ausnahmetatbestand des „sachlichen Grundes“.

Wollte man anders entscheiden, wäre Satz 2 überdies ohne jeden Aussagegehalt und deshalb überflüssig: Warum sollte sich die Generalklausel des Satzes 1 nicht auch auf das Entgelt und andere teilbare geldwerte Leistungen beziehen? Wer für dieselbe Leistung weniger verdient, ist „schlechter behandelt“ iSd. Satzes 1. Dies liegt so sehr auf der Hand, dass man dem Satz 2 nicht einmal Klarstellungsfunktion beimessen könnte: Es gibt nichts, was man hätte klarstellen können. Bedenken gegen die Erstreckung des Satzes 1 auf das Entgelt hätte man an den Haaren herbeiziehen müssen, was bislang aber auch im Bereich der seit 1985 gegen Benachteiligungen geschützten Teilzeitarbeit niemand ernsthaft versucht hat. Der Wortlaut des Satzes 2 wird also durch die Systematik nicht relativiert sondern bestätigt.

Es bleibt der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte. Die Rahmenvereinbarung (wiedergegeben auch bei Kittner/Däubler/Zwanziger als Anhang 2 zum TzBfG) lässt in der Tat in § 4 Nr. 1

eine unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen zu und beschränkt in § 4 Abs. 2 die Anwendung des Pro-rata-temporis-Grundsatzes auf Fälle, „wo dies angemessen ist“. Von daher existiert sicherlich kein Zwang, im Entgeltbereich ein absolutes Diskriminierungsverbot zu erlassen. Gleichzeitig – und dies wird in der Entscheidung nicht erwähnt – enthält § 8 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung die Ermächtigung ua. an die Mitgliedstaaten, günstigere Bestimmungen für Arbeitnehmer „beizubehalten oder einzuführen“. Die Richtlinie verlangt daher kein absolutes Verbot, aber sie schließt es auch nicht aus. Von daher ist der Rückgriff auf sie im vorliegenden Zusammenhang unergiebig. Es kommt allein darauf an, was der deutsche Gesetzgeber gewollt hat.

In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 14/4374 S. 16) heißt es nun in der Tat auch im Zusammenhang mit dem Entgelt: „Keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot stellt es dar, wenn die Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Dies ist zB. der Fall, wenn bei nur kurzzeitigen Arbeitsverhältnissen die anteilige Gewährung von bestimmten Zusatzleistungen nur zu sehr geringfügigen Beträgen führt, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Zweck der Leistung stehen.“ Ob dabei zB. an die betriebliche Altersversorgung oder an Jubiläumszuwendungen gedacht war, kann man nur mutmaßen. Die Crux der amtlichen Begründung gerade zu § 4 Abs. 2 TzBfG liegt nämlich darin, dass sie – diplomatisch ausgedrückt – recht oberflächlich gearbeitet ist. So heißt es etwa eingangs der Erläuterungen zu Abs. 2, die Generalklausel des Satzes 1 stimme mit der Rechtsprechung des BAG überein. Ohne einen Nachweis zu geben, wird behauptet, schon bisher hätte man einen befristet beschäftigten Arbeitnehmer nicht schlechter als einen vergleichbaren unbefristet Beschäftigten behandeln dürfen.

Dies ist – wiederum diplomatisch gesagt – eine außerordentlich mutige Interpretation der BAG-Rechtsprechung. Diese hatte bislang die Schlechterstellung Befristeter immer nur am Maßstab des Gleichbehandlungsgrundsatzes bzw. des Art. 3 Abs. 1 GG überprüft, niemals aber ein Prinzip der Gleichbehandlung befristet – unbefristet angenommen. In allen Fällen hatten überdies die befristet Beschäftigten das Nachsehen: Sie mussten es sich gefallen lassen, dass zwar unbefristet Beschäftigte, die einen Aufhebungsvertrag geschlossen hatten, die tarifliche Gratifikation anteilig erhielten, während das Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrags trotz vergleichbarer privatautonomer Grundlage hierfür nicht ausreichte (BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 127 = NZA 1989, 351). Art. 3 Abs. 1 GG war auch dann nicht verletzt, als zwar betriebsbedingt Gekündigte, nicht aber Befristete mit auslaufendem Vertrag eine anteilige Jahressonderzahlung erhielten (BAG AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 157 = NZA 1994, 465). Weiter stellt die Ausklammerung aus der betrieblichen Altersversorgung keinen Gleichheits-

verstoß dar (BAG AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 23 = NZA 1995, 886 und BAG AP BetrAVG § 1 Zusatzversorgungskasse Nr. 48 = DB 1998, 2328); dabei wurde bezeichnenderweise ausdrücklich betont, die Rechtsprechung zur Teilzeitarbeit könne nicht auf befristet Beschäftigte übertragen werden (BAG AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 23 = NZA 1995, 886). Genau davon ist der Gesetzgeber aber abgewichen: Durch § 4 Abs. 2 ist ersichtlich ein Gleichklang mit dem Diskriminierungsverbot gegenüber Teilzeitkräften nach § 4 Abs. 1 TzBfG hergestellt worden. Wie man unter diesen Bedingungen schreiben kann, § 4 Abs. 2 setze nur das fort, was schon bisher Inhalt der Rechtsprechung gewesen sei, erscheint einigermäßen rätselhaft.

Wie ist mit einer amtlichen Begründung zu verfahren, die auf ersichtlichen Rechtsirrtümern beruht? Die Methodenlehre hat sich bisher nur wenig um einen Gesetzgeber gekümmert, der eine falsche Vorstellung vom geltenden Recht besitzt. Abwertende Äußerungen („Die Ministerialbeamten würden heute im Zweiten Staatsexamen Schwierigkeiten haben“) mögen emotionale Erleichterung bringen, sind aber nicht nur unangemessen, sondern auch möglicherweise inhaltlich falsch, weil nicht auszuschließen ist, dass die den Regierungsentwurf redigierenden Personen die beabsichtigte Regelung bewusst „verharmlosten“, um im weiteren parlamentarischen Prozess keine schlafenden Hunde zu wecken. Wie auch immer es sich im konkreten Fall verhalten haben mag: Eine amtliche Begründung, die ersichtlich nicht einmal die Rechtsprechung des BAG korrekt zur Kenntnis nimmt, besitzt keine Autorität, um die Auslegung des einmal beschlossenen Gesetzes zu beeinflussen. Dies gilt erst recht dann, wenn man sie als „Kronzeugen“ bemühen will, um Wortlaut und systematischen Zusammenhang der Vorschrift zu korrigieren.

Es bleibt also dabei, dass sich die Auslegung des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG durch das BAG nicht halten lässt. In Wirklichkeit darf beim Entgelt (und anderen teilbaren geldwerten Leistungen) auch aus „sachlichem Grund“ nicht differenziert werden.

### III. Der „sachliche Grund“ nach der Rechtsprechung des BAG

Legt man den Ansatz des BAG bei § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zugrunde, so stellt sich das Problem der Anforderungen an den „sachlichen Grund“. Mit Recht betont das Gericht unter II 6a der Gründe, dass sich der Differenzierungsgrund aus dem Leistungszweck ergeben müsse. Bei seiner Bestimmung seien die Tarifparteien frei, wobei er bisweilen ausdrücklich festgelegt, oft aber auch im Wege der Auslegung zu ermitteln sei.

Dies ist insofern nicht ganz unproblematisch, als man Zwecke so wählen kann, dass sich mehr oder weniger automatische Gründe für

die Ausklammerung von Befristeten ergeben. Würde man beispielsweise eine bestimmte Summe für vermögensbildende Leistungen vorsehen, müsste man befristet Beschäftigte anteilig berücksichtigen, während man beim Einsatz desselben Finanzvolumens für Zwecke der betrieblichen Altersversorgung wohl sagen könnte, hier sei eine Ausklammerung sachlich gerechtfertigt. Würden die Zwecke in der Absicht so gewählt, dass Befristete nichts bekommen, läge allerdings eine Umgehung des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vor, was zur Unwirksamkeit der Regelung führen würde. Nur: Böse Absichten lassen sich nur in seltenen Glücksfällen beweisen. Stattdessen wäre es möglicherweise sinnvoller, eine Anleihe bei der Dogmatik des Verbots mittelbarer Diskriminierung in § 611a BGB zu machen und nur solche Gründe zuzulassen, die auch objektiv keinerlei Bezug zur Differenzierung befristet – unbefristet haben. Andeutungsweise kommt dies auch in dem hier zu besprechenden Urteil zum Ausdruck, wenn es unter II 6c aa der Gründe heißt, die Arbeitgeberin könne sich nicht darauf berufen, die Demotivation, die der plötzliche Verdienstabfall bewirke, sei nur für Beschäftigte mit langfristiger Perspektive relevant, nicht aber für befristet Beschäftigte. Richtig wird ausgeführt: „Damit beschreibt sie letztlich die von ihr zu verantwortende Wirkung einer Befristung, die für sich gesehen keine Schlechterstellung rechtfertigen kann.“

Im Übrigen war die beklagte Deutsche Post AG bei der Entwicklung „sachlicher Gründe“ recht kreativ. Der Ausschluss der befristet Beschäftigten sei Teil eines tarifvertraglichen Gesamtpakets gewesen und deshalb sachlich gerechtfertigt – das BAG erwiderte kühl, die Tarifparteien würden ihre Übereinkunft stets auf der Grundlage gegenseitiger Zugeständnisse erzielen, seien jedoch durch § 22 TzBfG gehindert, „ihre jeweilige Verhandlungsposition unter Verletzung eines gesetzlichen, Art. 3 Abs. 1 GG konkretisierenden Diskriminierungsverbots zu erweitern“ (II 6c bb der Gründe). Weiter wurde vorgetragen, befristet Beschäftigte seien idR jünger als unbefristet Beschäftigte und hätten wegen ihrer größeren Flexibilität bessere Chancen auf dem Arbeitsmarkt; auch würden sie seltener einer Gewerkschaft angehören. Diese Motive seien – so das Gericht – in der tariflichen Regelung nicht zum Ausdruck gekommen, so dass dahinstehen könne, ob sie überhaupt als Differenzierungsgründe geeignet sein könnten. Schade, dass hier keine Klarstellung erfolgte. Wie präzise und empirisch abgesichert hatte die Beklagte diese Gesichtspunkte vorgetragen? Würde das Abstellen auf (unterstellte) charakteristische Eigenschaften der Gruppe der Befristeten dem § 4 Abs. 2 TzBfG nicht überhaupt jede Wirkung nehmen? Verstößt es nicht vielleicht gegen die negative Koalitionsfreiheit, wenn schwächer organisierte Bereiche in Tarifregelungen schlechter behandelt werden? Bis auf Weiteres müssen wir uns mit dem Obiter non-dictum des BAG begnügen.

Ähnliches gilt für das Argument, ob eigentlich die Einräumung eines Anspruchs auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eine materielle Benachteiligung des Befristeten kompensieren könne. Systematisch gehört es allerdings nicht in den Bereich des „sachlichen Grundes“, sondern zur Frage, ob überhaupt eine Benachteiligung vorliegt.

#### IV. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot

Zustimmen muss man dem BAG bei seinen Ausführungen unter II 7 der Gründe, wonach ein Verstoß gegen § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG dazu führt, dass der Ausschlussbestand in Bezug auf die Befristeten gewissermaßen aus dem Tarifvertrag gestrichen und so die allgemeine Regel auch auf die befristet Beschäftigten angewandt wird. Auch steht es den Tarifparteien frei, in der Zukunft durch eine Neuregelung dem erweiterten Anwendungsbereich Rechnung zu tragen und eine Anpassung der individuellen Leistungshöhe vorzunehmen, so dass der ganze Vorgang für den Arbeitgeber kostenneutral wird.

Problematischer ist die Frage, ob die Gleichstellung nur für die Laufzeit des befristeten Vertrages notwendig war, oder ob sie auch die nachfolgende Zeit der unbefristeten Beschäftigung hätte erfassen müssen. Das LAG Bremen hatte als Vorinstanz das Letztere angenommen.

Das BAG argumentiert begrifflich: Der Betroffene unterlag dem Schutz des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nur so lange, wie er befristet beschäftigt war. Ab 1. 5. 2001 stand er jedoch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, das ohne Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 aus dem Anwendungsbereich des Tarifvertrags ausgeklammert worden war (III 2 und 3 der Gründe).

Dies könnte man auch anders sehen. Die Benachteiligung lag nicht nur darin, dass der Kläger in der Zeit von Anfang Januar bis Ende April 2001 keine Bestandsschutzzulage erhielt. Vielmehr konnte er wegen der Befristung zu dem im Tarifvertrag festgelegten Zeitpunkt keinen dauerhaften Bestandsschutz erlangen. Entnimmt man aus § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG den Grundsatz, dass vergütungsmäßig der befristet Beschäftigte wie ein unbefristet Tätiger behandelt werden muss, so bezieht sich dies auch auf das Recht, eine Ausgleichtsleistung ohne zeitliche Grenzen erhalten zu können. Wäre beispielsweise das Arbeitsverhältnis am 1. 5. 2001 um sechs Monate verlängert worden, würde das BAG schwerlich daran zweifeln, dass die Besitzstandsleistung weiterzugewähren wäre. Warum soll es anders sein, wenn die Weiterbeschäftigung auf unbestimmte Zeit erfolgte? Wertungsmäßig und vom Zweck des Diskriminierungsverbots her gesehen ist jedenfalls nicht erkennbar,

weshalb der Kläger einen dauerhaften Nachteil nur deshalb erleiden soll, weil er am 1. Januar 2001 in einem befristeten und nicht in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stand. Wenn man will, kann man dies aber auch anders, dh. begrifflicher begründen. Unterstellt, der Fortsetzungsvertrag sah verbreiteter Übung entsprechend eine Altersgrenze vor, so war das nach der neueren Rechtsprechung ebenfalls als Befristung zu qualifizieren (BAG AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 20 = DB 2003, 794 = NZA 2003, 1397). Sollte die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG wirklich davon abhängen, ob der Vertrag eine solche Klausel enthielt oder nicht? Entscheidend kann freilich nicht diese ein wenig überraschende Überlegung sein, sondern primär der Sinn des Diskriminierungsverbots.

Es wäre wünschenswert, wenn das BAG in absehbarer Zeit Gelegenheit bekäme, die Gesamtproblematik noch einmal zu überdenken.

Prof. Dr. Wolfgang *Däubler*, Bremen