

Prof. Dr. Wolfgang Däubler

Tarifliche Regelung des Betriebsübergangs?

ÜBERSICHT

1. Die Lücken des § 613 a BGB
 - 1.1 Erhöhtes Arbeitsplatzrisiko
 - 1.2 Einfrieren der tariflichen Arbeitsbedingungen
 - 1.3 Eingreifen eines schlechteren Tarifvertrags
 - 1.4 Ablösung durch Betriebsvereinbarung?
 - 1.5 Rechtsverluste beim Übergang eines Betriebsteils
2. Die Möglichkeit zur tariflichen Absicherung
 - 2.1 Der Grundsatz
 - 2.2 Tarifvertrag mit dem Erwerber?
 - 2.3 Tarifvertrag mit dem Veräußerer?
3. Ein praktisches Beispiel:
Der Tarifvertrag mit der Postbank AG
 - 3.1 Übergang mit Rückkehrrecht
 - 3.2 Entschädigung wegen der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen
 - 3.3 Behandlung von Zeitguthaben
 - 3.4 Der sogenannte Nachteilsausgleich
 - 3.5 Geltungsdauer
4. Der TV Übergang – eine tarifrechtliche Innovation
5. Auszug aus dem TV Übergang

1. Die Lücken des § 613 a BGB

Die Vorschrift des § 613 a BGB hat im Bewusstsein vieler Arbeitnehmer keinen schlechten Ruf. Bei der Umstrukturierung von Unternehmen, aber auch bei manchen Formen des Outsourcing wird auf diesem Wege das Schlimmste verhütet: Die Arbeitsverhältnisse werden automatisch mit dem Erwerber fortgesetzt, die Arbeitsplätze sind fürs Erste gesichert. Dennoch ergeben sich in der Praxis zahlreiche Schwierigkeiten.

1.1 Erhöhtes Arbeitsplatzrisiko

Ist der Erwerber wirtschaftlich schwächer als der Veräußerer, können in absehbarer Zeit betriebsbedingte Kündigungen ins Haus stehen. Wird dann über einen Sozialplan verhandelt, ist die Grenze der „wirtschaftlichen Vertretbarkeit für das Unternehmen“ sehr viel schneller als unter den bisherigen Bedingungen erreicht; entsprechend bescheidener fallen die Abfindungen aus. Der drohende Verlust des Arbeitsplatzes vollzieht sich daher zusätzlich noch unter schlechteren Bedingungen als diese beim bisherigen Arbeitgeber zu erwarten waren.

Auch wenn es nicht zu einem solchen „Worst Case“ kommt, sind häufig die bisherigen tariflichen (sowie die durch Betriebsvereinbarung festgelegten) Arbeitsbedingungen in Gefahr.

Bei Tarifverträgen gilt Folgendes:

1.2 Einfrieren der tariflichen Arbeitsbedingungen

Ist der Erwerber nicht tarifgebunden, gehen nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB die bisherigen tariflichen Regelungen automatisch in die Arbeitsverträge ein. Für den Zeitraum von einem Jahr behalten sie dabei zwingenden Charakter und

können daher auch nicht im Wege der Änderungskündigung oder des Änderungsvertrags beseitigt werden. Mit Ablauf der Jahresfrist entfällt diese Wirkung; aus den früheren Tarifnormen werden „dispositive“ Vertragsbestimmungen, die einvernehmlich oder im Wege der Änderungskündigung durch schlechtere ersetzt werden können. Allerdings ist die Rechtsprechung insoweit mit Recht zurückhaltend und lässt eine Änderungskündigung mit dem Ziel, die Gegenleistung des Arbeitgebers herabzusetzen, nur dann zu, wenn andernfalls Arbeitsplätze verloren gehen würden.¹⁾ In vielen Fällen bleibt es deshalb bei dem bisher tariflich Festgelegten, doch nehmen die übergegangenen Arbeitsverhältnisse nicht mehr an der weiteren tariflichen Entwicklung, insbesondere an den Lohn- und Gehaltserhöhungen teil. Der einmal erreichte Standard wird „eingefroren“. Schon dies kann für die Arbeitnehmer einen beträchtlichen Nachteil darstellen.

1.3 Eingreifen eines schlechteren Tarifvertrags

Selbst die Erhaltung des Bisherigen ist nicht mehr möglich, wenn das Arbeitsverhältnis des Einzelnen von einem Tarifvertrag erfasst wird, an den der Erwerber gebunden ist. Die neue „kollektive Ordnung“ tritt an die Stelle der alten. Dabei spielt es nicht einmal eine Rolle, ob die Jahresfrist bereits abgelaufen ist oder nicht. Praktische Bedeutung hat dies dann, wenn dieselbe Gewerkschaft unterschiedliche Tarifverträge abgeschlossen hat und der Betriebsübergang dazu führt, dass man nun in den Geltungsbereich des schlechteren gerät. Statt der Tarife für die Metallverarbeitung finden z. B. die für das Metallhandwerk geltenden Anwendung. Die Nichtorganisierten haben in der Regel in ihrem Arbeitsvertrag die übliche Klausel stehen, wonach die „jeweiligen“ Tarifverträge der betreffenden Branche Anwendung finden sollen; auch sie sind daher nach dem neuen Tarifvertrag zu behandeln.

Umstritten ist, was passiert, wenn der Erwerber an einen Tarifvertrag gebunden ist, den er mit einer anderen DGB-Gewerkschaft oder mit der DAG geschlossen hat. Die in den Arbeitsvertrag eingegangenen Regeln des bisherigen Tarifvertrags einfach durch die neue tarifliche Regelung zu ersetzen, geht nicht an, da es hierfür an der notwendigen Rechtsgrundlage fehlt.²⁾ Sehr viel schwieriger ist, ob man nicht die Bezugnahme Klausel, die sich auch im Arbeitsvertrag der Organisierten findet, in dem Sinn auslegen muss, dass nunmehr der neue Tarifvertrag Anwendung findet. Das BAG hat dies bislang noch nicht mit letzter Sicherheit entschieden.³⁾

1.4 Ablösung des Tarifs durch Betriebsvereinbarung?

Eine Ersetzung des Tarifvertrags durch eine mit dem Erwerber abgeschlossene Betriebsvereinbarung ist nach § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB im Grundsatz denkbar, scheitert jedoch bei der Frage der Vergütungshöhe und der Dauer der Wochenarbeitszeit an § 77 Abs. 3 BetrVG: Was üblicherweise durch

1) BAG NZA 1999, 255 und BAG DB 1999, 536.

2) Siehe Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, Kommentar, 4. Aufl. 1999, § 613 a BGB Rn. 65 ff. m. w. N.

3) Vgl. BAG DB 1996, 2550 = ZTR 1997, 73 (L) sowie insbesondere BAG DB 1999, 2474, wonach die Bezugnahme Klausel lediglich eine Gleichstellung mit den Gewerkschaftsmitgliedern will. Dies spricht eher dafür, dass die bloße Bindung des Arbeitgebers an einen neuen Tarifvertrag nicht ausreicht.

Tarifvertrag geregelt wird, kann nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Anderes gilt jedoch in Bezug auf jene Gegenstände, die der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen: Geht es um Vergütungsgruppen oder Verteilungskriterien bei Sozialleistungen, ist eine Betriebsvereinbarung sehr wohl möglich.⁴⁾ Hier ist es Sache des Betriebsrats, sich im Einzelfall nicht über den Tisch ziehen zu lassen und alle Möglichkeiten bis hin zum Einigungsstellenverfahren auszuschöpfen.

1.5 Rechtsverluste bei Übergang eines Betriebsteils

Spezielle Fragen ergeben sich, wenn nicht ein Betrieb, sondern ein Betriebsteil übertragen wird. Wird er zu einer selbstständigen Einheit, kann der Fall eintreten, dass die Beschäftigten aus dem Anwendungsbereich des KSchG und des BetrVG herausfallen, weil die dort vorgesehenen Grenzwerte von 6 bzw. 5 Personen nicht mehr erreicht sind. Findet das BetrVG Anwendung, steht dem Betriebsrat aus dem bisherigen Betrieb ein Übergangsmandat bis zur Wahl eines neuen Betriebsrats, höchstens für sechs Monate zu. Nicht zu verhindern ist, dass der abgespaltene Teil den Schwellenwert von mehr als 20 Beschäftigten nicht mehr erreicht, so dass die Mitbestimmung bei personellen Maßnahmen nach § 99 BetrVG und über den Sozialplan nach § 112 BetrVG grundsätzlich entfällt.⁵⁾

Wird ein veräußerter Betriebsteil vom Erwerber in einen schon bestehenden Betrieb eingegliedert, ergeben sich Besonderheiten im Hinblick auf Betriebsvereinbarungen: Die bisher geltenden werden durch die im neuen Betrieb vorhandenen ersetzt. Insofern dürfte § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB wohl entsprechende Anwendung finden.

2. Die Möglichkeit zur tariflichen Absicherung

2.1 Der Grundsatz

§ 613 a BGB stellt eine Vorschrift zum Schutz der Arbeitnehmer dar, die einen Mindeststandard festschreibt. Zwischen Gesetz und Tarifvertrag gilt jedoch grundsätzlich das Günstigkeitsprinzip⁶⁾, so dass eine tarifliche Verbesserung rechtlich möglich ist.

2.2 Tarifvertrag mit dem Erwerber?

Der einfachste Weg besteht darin, mit dem Erwerber einen Tarif zu schließen und dabei vorzusehen, dass beispielsweise weiterhin die beim bisherigen Arbeitgeber geltenden Vergütungen und Arbeitsbedingungen praktiziert und in branchenüblicher Weise fortentwickelt werden. Dies lässt sich jedoch nur in seltenen Ausnahmefällen realisieren. Selbst im Bereich der Postunternehmen, wo ein hoher Organisationsgrad und eine entsprechend starke Stellung der Deutschen Postgewerkschaft (DPG) existiert, stieß eine entsprechende Forderung auf unüberwindbare Widerstände. Im konkreten Fall war es um die Übernahme von Betrieben und Betriebsteilen der Postbank AG durch die Deutsche Post AG gegangen. Die schlichte Anwendung des § 613 a BGB hätte dazu geführt, dass bestimmte von der Postbank gewährte Leistungen weggefallen wären, da sie in den von der DPG mit der Deutschen Post AG geschlossenen Tarifverträgen nicht enthalten sind. Insofern hätte § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB voll eingegriffen.

2.3 Tarifvertrag mit dem Veräußerer?

Weshalb die Deutsche Post AG den Abschluss eines „Übernahmearbeitsvertrags“ ablehnte, lässt sich aus der Sicht des Verfassers nicht klären. Vermutlich wollte man nicht nur Kosten sparen, sondern auch vermeiden, dass im eigenen Hause Beschäftigte mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen tätig werden.

Ist der Erwerber „tarifunwillig“, ergibt sich das Problem, dass die Betroffenen vor vollzogenem Betriebsübergang noch gar nicht bei ihm beschäftigt sind, also zunächst kein durch Tarifvertrag gestaltbares Arbeitsverhältnis vorliegt. Zwar wäre es sicherlich nicht ausgeschlossen, einen Tarifvertrag zu schließen, der erst vom Zeitpunkt des Betriebsübergangs an wirksam wurde, doch wäre die Streikdrohung problematisch: Eine Arbeitsniederlegung würde den Veräußerer treffen, der nicht Forderungsadressat ist. Für die Gewerkschaft bleibt daher nur der Weg, vom Veräußerer den Abschluss eines Tarifvertrags zu verlangen, der einer drohenden Verschlechterung entgegenwirken soll. Die Tatsache, dass die Betroffenen vom Betriebsübergang an einen anderen Arbeitgeber besitzen, hat allerdings zur Folge, dass normative Bestimmungen insoweit ins Leere gehen. Unbestritten möglich ist jedoch in einem solchen Fall ein Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB: Danach haben die zur Deutschen Post AG übergegangenen Arbeitnehmer bestimmte Leistungsansprüche gegenüber ihrem früheren Arbeitgeber. Dies kann auch im obligatorischen Teil eines Tarifvertrags festgelegt werden.⁷⁾ Praktische Fälle dieser Art sind selten, doch sind beispielsweise Wiedereinstellungsklauseln und Maßregelungsverbote zugunsten von streikenden Nichtmitgliedern der Gewerkschaft nach Abschluss eines Arbeitskampfes anerkannt.⁸⁾

3. Ein praktisches Beispiel: Der Tarifvertrag mit der Postbank AG

Im Folgenden sind die wesentlichen Teile des „Tarifvertrags über die Rahmenbedingungen des Wechsels von Arbeitnehmern der Deutschen Postbank AG zur Deutschen Post AG“ vom 9. September 1999 abgedruckt.⁹⁾ Er enthält eine Reihe von neuartigen Bestimmungen, die – soweit ersichtlich – bislang auch in der tarifrechtlichen Literatur nicht erörtert sind. Eine kurze Skizzierung erscheint daher angebracht.

3.1 Übergang mit Rückkehrrecht

Der Wechsel von der Postbank zur Deutschen Post kann nach § 3 Nr. 1 nicht gegen den Willen der Betroffenen erfolgen. Insofern wird das von der Rechtsprechung entwickelte Widerspruchsrecht¹⁰⁾ ausdrücklich bestätigt. Allerdings geht der Tarifvertrag in zwei wichtigen Punkten über die gesetzliche Rechtslage hinaus. Zum einen muss der Arbeitgeber eine angemessene Ankündigungsfrist beachten, was den Einzelnen in die Lage versetzen soll, auf der Basis umfassender Informationen zu entscheiden, bei welchem Arbeitgeber er arbeiten will. Zum Zweiten sieht § 3 Abs. 4 für einen Zeitraum von fünf Jahren ein Rückkehrrecht zur Postbank vor. Wird von diesem Gebrauch gemacht, findet der Rationalisierungsschutztarifvertrag der Postbank Anwendung. Danach ist eine betriebsbedingte Beendigungskündigung bis Ende 2000 ausgeschlossen. Außerdem rechnet § 3 Abs. 5 des TV Übergang die Zeiten bei der Deutschen Post und die Postbankzeiten zusammen, so dass eine ggf. längere ununterbrochene Betriebszugehörigkeit entsteht, die im Rahmen der sozialen Auswahl von erheblicher Bedeutung ist. Durch das Rückkehrrecht erhält der Einzelne ein hohes Maß an Flexibilität – er kann selbst darüber entscheiden, in welchem Rahmen er seine Arbeitskraft einsetzen will. Dies weicht grundlegend von der herrschenden Flexibilitätskonzeption ab, die

4) BAG GS AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Bl. 7.

5) Zur unternehmensbezogenen Betrachtung siehe nunmehr BAG AuR 1999, 277.

6) BAG GG AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 = ZTR 1987, 56.

7) Wiedemann, TVG, 6. Auflage 1999 § 1 Rn. 660, 662 m. w. N.

8) Wiedemann, a. a. O., § 1 Rn. 662.

9) Siehe unten S. 244.

10) Zuletzt BAG DB 1996, 2230.

dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, möglichst vollständig über den Einsatz einzelner Beschäftigter zu verfügen.¹¹⁾

3.2 Entschädigung wegen der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen

Zweiter wichtiger Schwerpunkt des TV Übergang ist die in § 4 vorgesehene Entschädigung für den Verlust tariflicher Rechte. Dabei werden Zulagen und vergleichbare Leistungen mit dem Siebenfachen des Jahresbetrags abgefunden. Wirtschaftlich ist dies insofern bemerkenswert, als die erst in einigen Jahren fälligen Leistungen nicht „abgezinst“, also mit dem Betrag in Ansatz gebracht werden, der zuzüglich Zinsen die künftige Leistung z. B. im Jahre 2003 oder im Jahre 2004 ausmachen würde. Vielmehr geht es um die vollen Beträge, so dass bei wirtschaftlicher Betrachtung mehr als sieben Jahre erfasst sind.

Die Abfindung tritt an die Stelle der bisherigen tariflichen Ansprüche; insoweit findet keine „Übernahme“ in die Einzelarbeitsverträge nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB mehr statt. Allerdings wäre diese von vorneherein in den allermeisten Fällen ohne Interesse gewesen, da nach § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB die bei der Deutschen Post geltenden Tarifverträge den Vorrang gehabt hätten. Soweit allerdings Arbeitsverträge Sonderbedingungen enthalten, bleiben diese nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB erhalten, da die Tarifparteien in arbeitsvertragliche Ansprüche nicht eingreifen können.¹²⁾

Macht ein Arbeitnehmer von seinem Rückkehrrecht Gebrauch, hat er die Entschädigung im Prinzip zeitanteilig zurückzuzahlen. Einzelheiten ergeben sich aus § 8 des TV Übergang.

Für Beamte ist in § 9 eine ähnliche Regelung getroffen.

3.3 Behandlung von Zeitguthaben

Mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber würden nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auch die Zeitguthaben diesem gegenüber bestehen bleiben. § 5 TV Übergang trifft insoweit eine interessante Sonderregelung. Danach ist ein Zeitguthaben vor dem Wechsel zur Post in Freizeit auszugleichen. Stehen dem betriebliche Gründe entgegen, wird für jede noch auszugleichende volle Stunde eine pauschale Entschädigung in Höhe von 27,- DM brutto bezahlt. Insoweit wird also nicht danach differenziert, ob die Grundvergütung höher oder niedriger ist; das Freizeitopfer wird für alle in gleicher Weise bewertet. Auch liegt in dieser Regelung ein Anreiz für den Arbeitgeber, einen Freizeitausgleich möglich zu machen, da das vereinbarte Entgelt erheblich über dem Durchschnitt liegen dürfte.

3.4 Der sogenannte Nachteilsausgleich

§ 12 enthält eine Art Bürgschaft der Postbank dafür, dass ihr gegenüber bestehende Rechte auch vom neuen Arbeitgeber beachtet werden. Erfasst sind dabei einmal Fälle, in denen der neue Arbeitgeber bestimmte Sachverhalte anders beurteilt. Dies gilt etwa dann, wenn die bei der Postbank erbrachten Zeiten der Betriebszugehörigkeit nicht anerkannt werden, wenn kein ununterbrochenes Arbeitsverhältnis angenommen, wenn der Resturlaub nicht in vollem Umfang abgewickelt und der Zuschuss zum Krankengeld nicht über die 26. Woche hinaus bezahlt wird. Zum Zweiten ist die Postbank in der Pflicht, wenn die Deutsche Post die Arbeitsbedingungen, d. h. die Eingruppierung und die Wochenarbeitszeit durch Änderungskündigung zum Nachteil des Arbeitnehmers verändert. Wer insoweit mit einer Herabgruppierung oder einer Reduzierung der Wochenarbeitszeit konfrontiert wird, kann einen Nachteilsausgleich verlangen. Schließlich muss die Postbank dafür geradestehen, wenn eine erworbene

Unkündbarkeit bzw. ihr tariflich zugesagter Eintritt von der Deutschen Post nicht anerkannt wird.

In allen diesen Fällen hat der Betroffene nach § 12 einen Anspruch auf Ausgleich des Nachteils, und zwar in der Weise, „als ob das Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt des Nachteileintritts ununterbrochen fortbestanden hätte“. Dabei wird in zeitlicher Hinsicht differenziert: Soweit es um den Schutz der Arbeitsbedingungen gegen Rückgruppierung und verkürzte Wochenarbeitszeit, um den Resturlaub, um Fahrtmehrkosten und um den Krankengeldzuschuss geht, ist eine Frist von sieben Jahren zu beachten. In Bezug auf die Berechnung der Betriebszugehörigkeit, die Annahme eines ununterbrochenen Arbeitsverhältnisses und die Unkündbarkeit tritt eine unbefristete Bindung der Postbank ein.

Im Regelfall besteht der Nachteilsausgleich darin, dass die Postbank die Zahlung leistet, die bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu ihr erbracht worden wäre. Der Betroffene ist so der Notwendigkeit enthoben, gegen den neuen Arbeitgeber im Klagewege vorzugehen; dies gleichwohl zu tun, ist ihm allerdings nicht verboten.

Im Falle der nicht anerkannten Unkündbarkeit ergeben sich Sonderprobleme. Praktische Bedeutung wird dieser Fall nämlich nur dann gewinnen, wenn die Deutsche Post trotz der vom Arbeitnehmer geltend gemachten Unkündbarkeit eine Kündigung ausspricht. In diesem Fall liegt es nicht in der Macht der Postbank, die Kündigung als solche rückgängig zu machen und die Weiterbeschäftigung bei der Deutschen Post zu erzwingen. Auf der anderen Seite kann auch keine „Staatssekretärs-Regelung“ gemeint sein, wonach der Betroffene bis zur Altersgrenze bei Fortzahlung voller Bezüge spazieren gehen oder sich anderen Freizeitaktivitäten hingeben darf. Gemeint kann vielmehr nur ein Rückkehrrecht zur Postbank sein, das insoweit nicht an die Fünf-Jahres-Frist des § 3 Abs. 4 TV Übergang gebunden ist.

Die Ansprüche auf Nachteilsausgleich stehen ausschließlich Personen zu, die in einem Arbeitsverhältnis zur Deutschen Post AG, also nicht zum Tarifpartner auf Arbeitgeberseite stehen. Dies bedeutet, dass auch hier vom Mittel des Vertrages zugunsten Dritter nach § 328 Abs. 1 BGB Gebrauch gemacht werden musste.

3.5 Geltungsdauer

Nach seinem § 14 Abs. 1 ist der Tarifvertrag frühestens zum 31. 12. 2002 kündbar. Die schuldrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere Gewährung des Nachteilsausgleichs, bleiben nach § 14 Abs. 2 auch in einem solchen Fall unbefristet erhalten. Nach § 13 Satz 2 darf sich die Postbank insoweit weder auf tarifliche Ausschlussfristen noch auf Verjährung berufen. Wichtig ist dies insbesondere für die Berechnung der Betriebszugehörigkeit und die daraus folgenden Rechte sowie für die Unkündbarkeit, da insoweit ein unbefristeter Nachteilsausgleich vorgesehen ist.

4. Der TV Übergang – eine tarifrechtliche Innovation

Die tarifliche Regelung des Betriebsübergangs spielt bisher weder in der wissenschaftlichen Diskussion noch in der Praxis eine wesentliche Rolle. Dies hängt damit zusammen, dass es der Arbeitnehmerseite in aller Regel nicht gelingt, soviel Verhandlungsmacht zu entfalten, dass auch im Falle von Umstrukturierungen die vom Gesetz gelassenen Schutzlücken geschlossen werden können. Im Falle der Postbank war dies anders, was nicht zuletzt auf das gewerkschaftliche Engagement vieler Beschäftigter und die Bereitschaft der DPG zurückzuführen ist, auch neue Wege zu betreten.

11) Zur arbeitgeber- und zur arbeitnehmerorientierten Flexibilität siehe Däubler, Arbeitsrecht 2, 11. Auflage 1998, Rn. 265 ff.

12) BAG AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

Inhaltlich bringt der TV Übergang gleichfalls ungewöhnliche, den Schutz der Arbeitnehmer ernst zu nehmende Vorschriften. Dies gilt für die Abfindung in gleicher Weise wie für den Nachteilsausgleich. Dass bei Letzterem ausschließlich der Veräußerer in die Pflicht genommen wurde, ist der konkreten Verhandlungssituation geschuldet. Immerhin wird daran deutlich, dass auch bei einem „Ausscheren“ des Erwerbers wichtige tarifliche Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben. Dass dabei auf den obligatorischen Teil des Tarifvertrags zurückgegriffen und der Einzelne durch einen Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB abgesichert wird, ist für die Betroffenen nicht von Nachteil. Das Fehlen der normativen Wirkung ist dann völlig unschädlich, wenn sich der Anspruch nicht gegen den derzeitigen Arbeitgeber richtet, so dass eine arbeitsvertragliche Abbedingung von vorneherein ausscheidet.

Sicherlich wäre es vermessen, wollte man nunmehr die Forderung erheben, auch in allen anderen Fällen des Betriebsübergangs eine vergleichbare Regelung zu treffen. Dafür fehlen meist die Voraussetzungen. Auf der anderen Seite ist ein wichtiger erster Schritt getan; was im konkreten Fall durchgesetzt wurde, kann nicht mehr generell ins Reich der Utopie verwiesen werden. Reale Beispiele dieser Art können dazu beitragen, Umstrukturierungen nicht mehr resignativ hinzunehmen, sondern auf soziale Verträglichkeit zu dringen. Auch bei neuen Phänomenen können Gestaltungsspielräume bestehen.¹³⁾

5. Auszug aus dem TV Übergang

Tarifvertrag über die Rahmenbedingungen des Wechsels von Arbeitnehmern der Deutschen Postbank AG zur Deutschen Post AG – TV Übergang vom 9. September 1999

Die Deutsche Postbank AG (nachfolgend „Postbank“ genannt) und die Deutsche Postgewerkschaft (nachfolgend „DPG“ genannt) schließen für die Arbeitnehmer, die Mitglied der DPG sind, folgenden Tarifvertrag:

Abschnitt I – Allgemeine Regelungen –

§ 1 Persönlicher Geltungsbereich

- 1 Der Geltungsbereich dieses Tarifvertrages entspricht dem Geltungsbereich des Manteltarifvertrages für die Postbank (MTV) in seiner jeweils geltenden Fassung.
- 2 Hiervon ausgenommen sind
 - a Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr vollendet haben oder vor Vollendung des 55. Lebensjahres eine Vereinbarung gemäß TV Ruhestand geschlossen haben,
 - b Arbeitnehmer in einem befristeten Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von weniger als 24 Monaten,
 - c Arbeitnehmer, die unter Wegfall des Entgelts gemäß § 6 Abs. 3 MTV beurlaubt sind,
 - d Arbeitnehmer, die aufgrund gesetzlicher Bestimmungen unter Wegfall des Entgelts beurlaubt sind,
 - e Arbeitnehmer, die unter Wegfall des Entgelts zum Zwecke der Beschäftigung bei einer Tochtergesellschaft der Postbank beurlaubt sind,
 - f Arbeitnehmer in einer erziehungsgeldunschädlichen Beschäftigung,
 - g Arbeitnehmer, die von der Postbank zur Postbank Immobilien und Baumanagement GmbH (P.I.B.) wechseln (Untersuchungsbereich Facility Management),
 - h Arbeitnehmer, die einen Antrag auf gesetzliche Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit (§ 33 Abs. 3 Sozialgesetzbuch [SGB] VI) gestellt haben,
 - i Arbeitnehmer, für die der Versorgungsfall nach § 8 a Abs. 5 TV BetrAV eingetreten bzw. beantragt ist,
 - j Arbeitnehmer, die nicht unter § 2 fallen, und sich aufgrund eigener Initiative bei der Deutschen Post AG – nachfolgend „Post“ genannt – bewerben.

Für Arbeitnehmer, die vom persönlichen Geltungsbereich ausgeschlossen sind, kommt ein von der Postbank arbeitgeberseitig veranlasster Wechsel zur Post nicht in Betracht.

§ 2 Sachlicher Geltungsbereich

Unter den sachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen

- a Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz im Bereich des stationären Filialvertriebs oder aufgrund sonstiger Maßnahmen des Vorwärtsprogramms nach § 613 a BGB von der Postbank zur Post übergeht,
- b Arbeitnehmer, die aufgrund sonstiger Rationalisierungsmaßnahmen bis zum 31. 12. 2002 auf den Transferplänen der Postbank geführt werden und für die bei der Postbank keine dauerhafte Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht.

§ 3 Grundsätze des Wechsels

- 1 Arbeitnehmer der Postbank wechseln nur mit ihrem Einverständnis zur Post.
- 2 Für den Wechsel nach § 2 Lit. a ist eine angemessene Ankündigungs- und Widerspruchsfrist zu beachten. Die Fristberechnung erfolgt nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches.
- 3 Die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer nach § 2 Lit. b werden aus betriebsbedingten Gründen arbeitgeberseitig veranlasst durch schriftlichen Aufhebungsvertrag einvernehmlich aufgelöst, sofern der Arbeitnehmer nicht von seinem Rücktrittsrecht nach § 9 Abs. 10 MTV Gebrauch macht.
- 4 Die Postbank räumt den Arbeitnehmern, die nach § 2 zur Post wechseln, innerhalb eines Zeitraumes von fünf Jahren ein Rückkehrrecht zur Postbank ein. Im Falle der Rückkehr finden die Bestimmungen des Rationalisierungsschutztarifvertrages der Postbank ab diesem Zeitpunkt Anwendung.
- 5 Im Falle der Rückkehr wird der Arbeitnehmer hinsichtlich der zu vereinbarenden Arbeitsvertragsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen so gestellt, als wäre er ohne Unterbrechung bei der Postbank weiterbeschäftigt worden.

Abschnitt II – Normativer Teil –

§ 4 Entschädigung

- 1 Für den Verlust des Arbeitsplatzes bei der Postbank erhält der Arbeitnehmer eine Entschädigung in Form einer einmaligen Abfindung. Mit der Entschädigung werden alle in den Anlagen 1 (für Angestellte) und 2 (für Arbeiter) aufgeführten materiellen Unterschiede in den Arbeitsbedingungen der Postbank und der Post ausgeglichen. (Anmerkung: Die Anlagen sind im Auszug nicht enthalten)
- 2 ...
- 3 Für Arbeitnehmer die auf der Grundlage dieses Tarifvertrages eine Entschädigung erhalten, findet der bei der Postbank geltende Abfindungstarifvertrag keine Anwendung.

§ 5 Ausgleich von Zeitguthaben und Überzeitarbeit

- 1 Die Postbank gleicht vor dem Wechsel zur Post (§ 2) noch vorhandene Zeitguthaben sowie Überzeitarbeit in Freizeit aus, sofern betriebliche Gründe dem Freizeitausgleich nicht entgegenstehen.
- 2 Ist ein Freizeitausgleich aus betrieblichen Gründen nicht möglich, zahlt die Postbank für jede noch auszugleichende volle Stunde eine pauschale Entschädigung in Höhe von 27 DM (brutto).

§ 6 Zahlung der Zuwendung und des Urlaubsgeldes

- 1 Im Jahr des Wechsels zahlt die Postbank das Urlaubsgeld und die Zuwendung in voller Höhe. Erhält der Arbeitnehmer im Jahr des Wechsels entsprechende Leistungen von der Post, werden diese auf die Leistungen der Postbank angerechnet.
- 2 Wechselt der Arbeitnehmer in der Zeit vom 1. 12. bis 31. 3. des Folgejahres, wird die von der Postbank gezahlte Zuwendung nicht zurückgefordert.

§ 7 Zahlung der Entschädigung

Die Entschädigung der §§ 4, 9 und 10 sowie die Leistungen der §§ 5 und 6 werden spätestens vier Wochen nach Ablauf des Rücktrittsrechts (§ 9 Abs. 10 MTV) bzw. des Widerspruchsrechts (§ 613 a BGB) als Bruttobetrag gezahlt. Für die Berechnung der anfallenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge gelten die gesetzlichen Vorschriften.

13) Ein anderes positives Beispiel ist der Beschäftigungssicherungsvertrag bei der Frankfurter Flughafen AG; dazu Däubler/Erhardt AIB 1999, 677 ff.

§ 8 Rückzahlung der Entschädigung

- 1 Arbeitnehmer, die von ihrem Rückkehrrecht nach § 3 Abs. 4 Gebrauch machen, sind verpflichtet, die aus Anlass des Wechsels (§ 2) gezahlte Entschädigung der §§ 4, 9 und 10 anteilig zurückzahlen. In diesem Fall können sie sich nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen.
- 2 ...
- 3 Die Postbank räumt den Arbeitnehmern eine ihren wirtschaftlichen Verhältnissen angemessene Ratenzahlung ein.

Abschnitt III – Schuldrechtliche Regelungen –**§ 9 Arbeitnehmer mit Arbeitsvertrag nach § 4 Abs. 3 PostPersRG**

- 1 Für den Fall, dass aus Anlass des Wechsels zur Post (§ 2) die Beurlaubung nach § 4 Abs. 3 PostPersRG endet und der Beschäftigte nach beamtenrechtlichen Bestimmungen zur Post versetzt wird, zahlt die Postbank für den Verlust des Arbeitsplatzes eine einmalige Entschädigung. Diese berechnet sich aus dem individuellen Unterschiedsbetrag zwischen den vergleichbaren Bruttoentgelten aus dem Arbeitsverhältnis und dem Beamtenverhältnis.
- 2 Der auf der Grundlage des Abs. 1 zu berechnende Bruttobetrag wird bis zum Ende der ursprünglich vereinbarten Beurlaubung, mindestens aber für einen Zeitraum von 18 Monaten, längstens jedoch für einen Zeitraum von sieben Jahren als einmaliger Ausgleich gezahlt.
- 3 Im Falle der Rückkehr des Beschäftigten zur Postbank gilt § 8 entsprechend, sofern er nach der Rückkehr zur Postbank wieder in ein Arbeitsverhältnis nach § 4 Abs. 3 PostPersRG zu den früheren Entgeltbedingungen übernommen wird.

§ 10 Ausgleich übertariflicher Zulagen

- 1 Die Postbank zahlt den nach § 2 zur Post wechselnden Arbeitnehmern mit Anspruch auf eine monatliche übertarifliche Zulage einen einmaligen Ausgleich in Höhe des individuell zugesagten Bruttobetrages für einen Zeitraum von maximal sieben Jahren, bei befristeten Zulagen längstens bis zum Ende des zugesagten Gewährungszeitraums.
- 2 ... Wird die übertarifliche Zulage in einem Zeitraum von drei Monaten vor dem Wechselzeitpunkt widerrufen, berührt der Widerruf den Ausgleichsanspruch nicht.

§ 11 Ausbildung

- 1 Arbeitnehmer, die sich zum Zeitpunkt des Wechsels in einer Ausbildung befinden und für die als Prüfungsvoraussetzung die Beschäftigung bei einer Bank (Bankschalter) vorgeschrieben ist, bleiben bis zur Abschlussprüfung Beschäftigte der Postbank. Sie werden bis zur Abschlussprüfung bei der Post eingesetzt.
- 2 Für den Fall, dass die Postbank im Falle des Bestehens einer Prüfung die Übernahme eines Teils der Studiengebühren bzw. Kosten zugesagt hat, bleibt diese Zusage bestehen.

Abschnitt IV – Besondere vertragliche Regelungen –**§ 12 Nachteilsausgleich**

- 1 Soweit einem Arbeitnehmer der Postbank nach dem Wechsel zur Post wirtschaftliche Nachteile dadurch entstehen, dass:
 - a bei der Postbank erbrachte Zeiten der Betriebszugehörigkeit/Bewährungszeiten/Anlaufzeiten nicht anerkannt werden,
 - b kein ununterbrochenes Arbeitsverhältnis angenommen wird,
 - c die Arbeitsbedingungen (Eingruppierung, Wochenarbeitszeit) durch Änderungskündigung verändert werden,
 - d der Resturlaub nicht im vollen Umfang abgewickelt wird,
 - e trotz einer räumlichen Verlagerung des Arbeitsplatzes keine Fahrtenkosten gezahlt werden,
 - f eine bei der Postbank erworbene Unkündbarkeit oder ein tariflich zugesagter Eintritt der Unkündbarkeit nicht anerkannt wird,
 - g der tarifvertragliche Krankengeldzuschuss wegen des Wechsels nicht über die 26. Woche hinausgehend maximal bis zur 52. Woche gezahlt wird,

wird die Postbank diese Nachteile auf Basis eines Zeitraumes von sieben Jahren ab dem Zeitpunkt des Wechsels so ausgleichen, als ob das Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt des Nachteileintritts ununterbrochen fortbestanden hätte.

- 2 Maßgebliche Berechnungsgrundlage für den Nachteilsausgleich sind die tariflichen, arbeitsvertraglichen und sonstigen Regelungen, wie sie zu diesem Zeitpunkt bei der Postbank für den Arbeitnehmer galten. Der Zeitraum von sieben Jahren verlängert sich für die Tatbestände unter Lit. a, b und f bis zum Zeitpunkt des Auslaufs ihrer Wirkung.

Der Anspruch kann von dem Arbeitnehmer unmittelbar gegenüber der Postbank gemäß § 328 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden.

§ 13 Information der Mitarbeiter

Die Postbank wird die Mitarbeiter über die unterschiedlichen Arbeitsbedingungen – soweit sie diese kennt oder hätte kennen müssen – informieren. Die Postbank wird auf die Einrede der Verjährung verzichten und sich nicht auf tarifvertragliche Ausschlussfristen berufen.

Abschnitt V – Schlussbestimmungen –**§ 14 In-Kraft-Treten und Laufzeit**

- 1 Der Tarifvertrag tritt am 9. September 1999 in Kraft und kann mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende des Kalenderjahres, frühestens jedoch zum 31. 12. 2000, gekündigt werden.
- 2 Soweit Beschäftigte bis zum 31. 12. 2002 im Rahmen der Maßnahmen nach § 2 von der Postbank zur Post wechseln, bleiben die schuldrechtlichen Verpflichtungen der Postbank aus den Abschnitten III und IV auch im Falle der Kündigung unbegrenzt bestehen.

Franz Josef Düwell

Der Zugang zum Amt für Arbeitnehmer

Ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Der Funktionsvorbehalt für Beamte

Art. 33 Abs. 2 GG eröffnet jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Daraus ergeben sich subjektive Rechte eines jeden Bewerbers, ohne dass es auf die Art des zu begründenden Rechtsverhältnisses ankommt. Öffentliche Ämter können auch auf arbeitsvertraglicher Grundlage wahrgenommen werden. Daher haben nicht nur Beamte und

sonstige öffentlich-rechtlich Bedienstete, sondern auch Arbeitnehmer Anspruch darauf, bei Bewerbungen für Ausbildungsplätze, bei Einstellungen, bei Beförderungen und bei der Übertragung höherwertiger Aufgaben nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien beurteilt zu werden.

Das jedem Deutschen nach Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistete Zugangsrecht zu jedem öffentlich-rechtlichen Amt wird allerdings durch den zugunsten von Beamten in Art. 33 Abs. 4