

Im Hinblick auf § 19 AZO stellt sich damit die Frage, ob die Norm weiterhin als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB anzusehen ist, oder ob sich aus den Feststellungen des BVerfG eine neue Bewertung ergibt. Sollte das Nachtarbeitsverbot weiterhin als Verbotsgesetz anzusehen sein, so könnten Versuche unternommen werden, die unsichere Rechtslage derart auszunutzen, daß Verträge mit Frauen über Nachtarbeit abgeschlossen werden und man später unter Hinweis auf § 134 BGB von einem faktischen Arbeitsverhältnis ausgeht, das nicht gekündigt werden muß. Solch unlauteren Versuchen kann man allerdings entgegensetzen, daß die Abgrenzung zur Teilnichtigkeit problematisch sein kann. Im Arbeitsrecht führt die Teilnichtigkeit in aller Regel aber nicht zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages, son-

dern die nichtige Regelung wird durch die gesetzliche ersetzt. Daran können sich dann aber neue Fragen anknüpfen: Kann eine zur Nachtarbeit eingestellte Arbeiterin die Nachtarbeit verweigern? Hat sie Anspruch auf Tagarbeit? Kommt der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er der Arbeiterin keine Nachtarbeit zuteilt?

Letztlich wird man diese und ähnliche Fragen über § 242 BGB lösen müssen, d. h., läßt sich jemand auf eine entsprechende vertragliche Gestaltung ein, so wird er sich daran festhalten lassen müssen. Dogmatisch befriedigend ist ein solches Vorgehen jedoch nicht, so daß zu hoffen bleibt, daß eine Neuregelung durch den Gesetzgeber rasch erfolgt.

## Arbeit im Westen nach Ost-Tarifen

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

### I. Die Problematik

Eine Angestellte der Deutschen Bundespost war ursprünglich beim Hauptpostscheckamt Ostberlin beschäftigt. Dieses wurde mit Wirkung vom 1. April 1991 als selbständige organisatorische Einheit aufgehoben; seine Aufgaben übernahm das in Westberlin gelegene Postgiroamt. Der Arbeitsplatz der Angestellten wurde daraufhin – genauso wie der fast aller übrigen Mitarbeiter des aufgelösten Hauptpostscheckamts – in den Westteil der Stadt verlegt.

Die Deutsche Bundespost vertrat den Standpunkt, auf das Arbeitsverhältnis der aus dem Osten gekommenen Arbeitskräfte seien weiterhin die Tarifverträge des Tarifgebiets Ost anzuwenden. Der im konkreten Fall einschlägige Tarifvertrag für Angestellte bei der Deutschen Bundespost vom 27. 11. 1990 bestätige dies. In seinem § 1 ist bestimmt:

„Dieser Tarifvertrag gilt für Arbeitnehmer, die eine angestelltenversicherungspflichtige Tätigkeit bei der Deutschen Bundespost ausüben und deren Arbeitsverhältnisse in dem in Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet begründet sind.“

Das ArbG Berlin schloß sich in einem Urteil vom 28. 10. 1991 dem Standpunkt der Deutschen Bundespost an.<sup>1)</sup> Der TVAng-Ost stelle mit der Formulierung „begründet sind“ nicht auf den „Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses“ ab. Gemeint sei vielmehr die „rechtliche Verwurzelung im Beitrittsgebiet“. Diese sei dann gegeben, wenn das „Beitrittsgebietsrecht“ weiter für das Arbeitsverhältnis gelte, also jene Normen der früheren DDR, die der Einigungsvertrag aufrechterhalten habe, sowie die Sonderregelungen, die er selbst – z. B. in Kap. XIX der Anlage I – enthalte. Diese Voraussetzung sei angesichts der früheren Tätigkeit erfüllt. So hafte die Angestellte etwa bei eventuellen Pflichtverletzungen bis 31. 12. 1991 nach den fortgeltenden Bestim-

mungen der §§ 260 ff. AGB/DDR. Im Ergebnis gäbe es daher keine räumlich getrennten Tarifgebiete sondern eine Abgrenzung nach Personengruppen. Der TVAng-West gelte nur im alten Bundesgebiet und auch dort nur für solche Angestellten, deren Arbeitsverhältnis nicht in dem in Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet „begründet“ sei.

Wie am Ende des Urteils mitgeteilt wird, sind derzeit noch ca. 250 weitere Verfahren zur selben Problematik anhängig. Außerdem findet sich eine identische Formulierung wie in § 1 TVAng-O auch im BAT-O sowie in den Tarifwerken für die Arbeiter des öffentlichen Dienstes. Auch insoweit ist eine Reihe von Klagen anhängig.

Über die prozessuale Aktualität hinaus stellt sich eine sehr grundsätzliche Frage. Teilt man die Auffassung des ArbG Berlin, wird es auf eine ganze Reihe von Jahren hinaus auch im alten Bundesgebiet zwei unterschiedlich bezahlte Gruppen von Beschäftigten geben. Der Grundsatz „gleiche Arbeit – gleicher Lohn“ wäre für einige Zeit suspendiert. Die Arbeitgeberseite käme darüber hinaus in die Versuchung, neue Arbeitsverträge grundsätzlich im Beitrittsgebiet abzuschließen, auch wenn von vornherein nur eine Beschäftigung im Westen beabsichtigt ist. Das im Verhältnis zu Portugal und anderen weniger entwickelten EG-Staaten beschworene Gespenst des sozialen Dumpings würde zu innerdeutscher Realität. Dies bedeutet nicht, die Entscheidung des ArbG Berlin in irgendeiner Weise von vornherein zu disqualifizieren; ist sie inhaltlich zwingend, müßte notfalls der Tarifvertrag geändert werden.

Juristisch stellt sich zunächst das Problem der Tarifauflegung; hat die Wendung „begründet ist“ wirk-

1) Siehe S. 162

lich die vom Gericht angenommene Bedeutung? (unten II) Trifft die Prämisse zu, daß ein Arbeitsverhältnis auch dann weiter im Osten „verwurzelt“ bleibt, wenn der Arbeitsplatz auf Dauer in den Westen verlegt wird? (unten III) Daneben sind zwei Probleme zu untersuchen, denen das Arbeitsgericht keine Aufmerksamkeit geschenkt hat. Zum einen könnte auf der Basis seiner Sicht des Tarifvertrags eine Diskriminierung wegen der (örtlichen) Herkunft vorliegen, die §67 Abs.1 Satz 1 BPersVG verbietet (unten IV). Zum zweiten wären im Postgiroamt Berlin über längere Zeit hinweg zwei Tarifverträge nebeneinander anwendbar; dies ist möglicherweise mit dem vom BAG entwickelten Prinzip der Tarifeinheit<sup>2)</sup> nicht vereinbar (unten V). Anhangsweise soll schließlich noch auf die Frage eingegangen werden, wie bei vorübergehender Tätigkeit im anderen Tarifgebiet zu verfahren ist.

## II. Die Auslegung des Tarifvertrags unter Rückgriff auf die vom BAG entwickelten Grundsätze

### 1. Auslegungsprinzipien

Dem ArbG Berlin ist zuzugestehen, daß der Wortlaut des TVAng-O für sich allein genommen wenig aussagekräftig ist.<sup>3)</sup> In einem solchen Fall ist auf den „wirklichen Willen“ der Tarifparteien abzustellen, wie er in den tariflichen Normen seinen Niederschlag gefunden hat.<sup>4)</sup> Dabei ist nach Sinn und Zweck der Tarifnorm zu fragen<sup>5)</sup> und auf den tariflichen Gesamtzusammenhang abzustellen<sup>6)</sup>. Darüber hinaus können weitere Auslegungskriterien wie die Tarifgeschichte, die praktische Tarifübung und die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags herangezogen werden.<sup>7)</sup> Bestimmungen eines anderen Tarifvertrags sollen grundsätzlich außer Betracht bleiben<sup>8)</sup>, doch weist der vorliegende Fall insofern eine Besonderheit auf, als sich der TVAng-Ost sinngemäß auf den TVAng-West bezieht: Zwischen beiden Tarifverträgen besteht ein Verhältnis der Alternativität; dem Willen der Tarifparteien entsprechend, soll immer nur der eine oder der andere Anwendung finden. Dies bedeutet, daß der TVAng-Ost nicht isoliert vom TVAng-West ausgelegt werden kann, daß zwischen beiden ein von den Tarifparteien gewollter systematischer Zusammenhang existiert.

### 2. Einschränkung des West-Tarifs als Ausgangsfrage

Unbestrittener Ausgangspunkt ist die Tatsache, daß der TVAng-West nur im alten Bundesgebiet gilt. Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 der Anlage I zum Einigungsvertrag hat die Erstreckung tariflicher Arbeitsbedingungen auf das Beitrittsgebiet von einer ausdrücklichen Vereinbarung der Tarifparteien abhängig gemacht. Eine solche liegt bislang nicht vor und ist auch für die nächste Zukunft nicht zu erwarten.<sup>9)</sup>

Ebenso eindeutig ist, daß der TVAng-West nicht darauf abstellt, wo ein Arbeitnehmer bisher beschäftigt war und wo er wohnt. So werden etwa Grenzgänger aus dem angrenzenden Ausland, die ein Arbeitsverhältnis zur Deutschen Bundespost haben, selbstverständlich erfaßt; dasselbe gilt für Pendler, die bis 1961 oder nach November 1989 in Ostberlin wohnten und in Westberlin arbeiteten.<sup>10)</sup>

Dem ArbG Berlin stellte sich unter diesen Umständen die Frage, ob der TVAng-Ost den an sich vorhan-

denen Geltungsbereich des TVAng-West eingeschränkt hat.

### 3. Anhaltspunkte für den Willen der Tarifparteien

Grundsätzlich sind die Tarifpartner frei, den Geltungsbereich der von ihnen abgeschlossenen Tarifverträge zu bestimmen. Sie können insoweit eigene Kollisionsregeln entwickeln.<sup>11)</sup> Theoretisch wäre es deshalb durchaus denkbar, eine Regelung des Inhalts zu treffen, wie sie das ArbG Berlin angenommen hat. Gegen einen dahingehenden Willen der Tarifparteien sprechen jedoch gewichtige Gesichtspunkte.

Zum einen haben Gewerkschaften und Arbeitgeber den Wortlaut des §1 TVAng-West unverändert gelassen.<sup>12)</sup> Wären sie sich wirklich einig darüber gewesen, daß auch solche Personen aus dem Beitrittsgebiet, die auf Dauer im alten Bundesgebiet arbeiten, weiter dem TVAng-Ost unterliegen, hätten sie dies schon aus Gründen der Rechtssicherheit auch im TVAng-West ausdrücklich hervorgehoben.

Zum zweiten sind der TVAng-Ost und der TVAng-West nicht zwei beliebige, nebeneinander stehende tarifliche Abmachungen. Der TVAng-West hat vielmehr Vorbildfunktion für den TVAng-Ost: Gliederung und Paragraphenfolge entsprechen sich, wörtliche Übernahmen sind – nicht anders als im Bereich des BAT – überall dort zu verzeichnen, wo sich dies mit den anderen finanziellen Voraussetzungen im Tarifgebiet Ost vereinbaren ließ. So heißt es etwa in der Bekanntmachung des Bundesministeriums des Innern vom 7. 2. 1991 in Bezug auf den BAT-O:<sup>13)</sup>

„Die Regelungen des BAT-O entsprechen im Aufbau und mit bestimmten sachlichen Abweichungen denen des BAT, die des MTArb-O in derselben Weise denen des MTB II bzw. des MTL II.“

In bezug auf den Abschluß zahlreicher weiterer Tarifverträge betont die Bekanntmachung des Bundesministeriums des Innern vom 29. 5. 1991 in gleichem Sinne, die Tarifverträge seien „ein weiterer bedeutender Schritt zur Angleichung der Arbeitsbedingungen für den öffentlichen Dienst im Beitrittsgebiet an das im übrigen Bundesgebiet geltende Tarifrecht“<sup>14)</sup>. Das Verhältnis von „Vorbild-“ zu „Annäherungstarifvertrag“

2) Vgl. zuletzt BAG DB 1991, 1779

3) Im folgenden ist ausschließlich vom TVAng-Ost die Rede, doch gilt für die anderen Tarifbestimmungen mit identischem Inhalt nichts anderes

4) So BAG AP Nr. 135 zu §1 TVG Auslegung LS 1

5) BAG AP Nr. 3 zu §42 TVAL II Bl. 2 R

6) BAG AP Nr. 135 zu §1 TVG Auslegung

7) BAG, a. a. O.

8) BAG AP Nr. 3 zu §42 TVAL II

9) Vgl. auch GMBI 1991, 670, wo ein Tarifvertrag vom 1. August 1990 veröffentlicht wird, der dies im Vorgriff auf die geplante Regelung gleichfalls betont

10) Zur „Wiederbelebung“ der vor 1961 nach bundesrepublikanischem Recht bestehenden Arbeitsverhältnisse s. GRIMM DB 1991, 493

11) BUCHNER, AR-Blattei, Tarifvertrag, IV Geltungsbereich A III 1; DÄUBLER-HEGE, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1981, Rn. 139; HAGEMEIER-KEMPEN-ZÄCHERT-ZILIUS, TVG, 2. Aufl., Köln 1990, §4 Rn. 17; WIEDEMANN-STUMPF, TVG, 5. Aufl., München 1977, §4 Rn. 58 ff.

12) Dasselbe geschah mit dem BAT (West) sowie allen anderen Tarifverträgen im Tarifgebiet West

13) GMBI 1991, 234

14) GMBI 1991, 598

schließt es aus, daß der letztere den Geltungsbereich des ersten einschränkt. Seinem Sinn und Zweck nach will der TVAng-Ost die Lücken füllen, die angesichts der territorialen Beschränkung des TVAng-West noch bestehen, er will jedoch nicht in das alte Bundesgebiet hineinwirken und den Anwendungsbereich des TVAng-West schmälern.

Zum dritten machte die Arbeitgeberseite noch vor der Herstellung der Einheit den Vorschlag, in den Tarifvertrag über die Nicht-Erstreckung der West-Tarife auf das Beitrittsgebiet eine Berlinklausel aufzunehmen, wonach bei Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Osten grundsätzlich die Ost-Tarife anzuwenden gewesen wären.<sup>15)</sup> Diese Regelung ist von der Arbeitnehmerseite abgelehnt worden und kam deshalb nicht zustande.

Hätte sie die Zustimmung der Gewerkschaft gefunden, wäre es in Berlin zu einer Situation gekommen, die der vom ArbG Berlin angenommenen entspricht: Auch bei dauernder Arbeit im Westen wären weiter die Ost-Tarife anwendbar gewesen. Es kann aber nicht richtig sein, einer Tarifbestimmung eine Auslegung zu geben, die der ersichtlich nicht durchgesetzten Wunschvorstellung einer Seite entspricht.

Zum vierten hat das Bundesministerium des Innern in seinen „vorläufigen Hinweisen zu den Übergangsregelungen für die Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes im Beitrittsgebiet“ selbst deutlich zu erkennen gegeben, daß es bei einer Dauerbeschäftigung im Gebiet der alten Bundesrepublik vom Eingreifen der West-Tarifverträge ausgeht.<sup>16)</sup> Unter der Überschrift „Zuweisung zu einer Bundesdienststelle außerhalb der Beitrittsgebietes“ (Abschnitt III 1) heißt es dort wörtlich:

„Während der Übergangszeit sollte vorerst vermieden werden, den rechtlichen Mittelpunkt des Arbeitsverhältnisses aus dem Beitrittsgebiet in das übrige Bundesgebiet zu verlagern. In aller Regel dürfte auch noch keine Aussage darüber getroffen werden, ob der Beschäftigte auf Dauer für eine Verwendung im übrigen Bundesgebiet vorzusehen ist. Insofern sollte von Versetzungen bzw. endgültigen Umsetzungen abgesehen werden. Die Beschäftigten sind den jeweiligen Dienststellen außerhalb des Beitrittsgebietes zunächst lediglich vorübergehend zuzuweisen.“

Nach dieser Empfehlung ist in dem hier zu entscheidenden Fall gerade nicht verfahren worden. Vielmehr hat der einheitliche Arbeitgeber „Deutsche Bundespost-Postbank“ eine Dienststelle im Beitrittsgebiet aufgelöst und die Beschäftigten in eine in Westberlin gelegene Dienststelle versetzt.

Schließlich behält die in § 1 TVAng-Ost gewählte Formulierung („begründet ist“) auch dann ihren Sinn, wenn man entgegen dem ArbG Berlin davon ausgeht, daß bei dauernder Arbeit im Westen ausschließlich West-Tarife eingreifen. Die Tatsache, daß im TVAng-Ost nicht ausdrücklich auf den Arbeitsort abgestellt wurde (etwa: „Arbeitsverhältnisse, die im Beitrittsgebiet durchgeführt werden“), hängt damit zusammen, daß zahlreiche Arbeitskräfte aus dem alten Bundesgebiet in die neuen Bundesländer und nach Ostberlin entsandt werden. Würde man sie ihres u. U. auf viele Jahre

berechneten neuen Arbeitsorts wegen den Ost-Tarifen unterstellen, wäre vermutlich kaum jemand zur Übernahme einer solchen Tätigkeit bereit. Der Ausweg, durch einzelvertragliche Abmachungen übertarifliche Löhne zu vereinbaren, ist in der Regel aus haushaltsrechtlichen Gründen verschlossen. Um solche Schwierigkeiten zu vermeiden, wurde auf die „Begründung“ des Arbeitsverhältnisses abgestellt.

#### 4. Ergebnis

Der TVAng-Ost schränkt den personellen Geltungsbereich des TVAng-West nicht ein. Wer auf Dauer in einer im alten Bundesgebiet gelegenen Dienststelle tätig ist, muß nach dem TVAng-West bezahlt werden<sup>17)</sup>.

### III. Fortdauernde „Verwurzelung“ im Beitrittsgebiet? – Zu den Grundsätzen des interlokalen Arbeitsrechts

Selbst wenn das „Begründetsein“ mit dem ArbG Berlin als „Verwurzelung“ im Beitrittsgebiet aufzufassen wäre, müßten bei einer auf Dauer berechneten Arbeit im Westen die am Arbeitsort geltenden Tarifverträge eingreifen. Die Vorstellung, die aus Ostberlin kommende Postangestellte habe gewissermaßen das „Beitrittsgebietsarbeitsrecht“ mit sich gebracht, läßt sich nicht mit den Grundsätzen über das interlokale Arbeitsrecht in Einklang bringen.

Der Einigungsvertrag sagt nichts zu der Frage, wann das gesetzliche Arbeitsrecht des Beitrittsgebiets und wann das des alten Bundesgebiets anzuwenden ist.<sup>18)</sup> Es ist daher auf die allgemeinen Grundsätze des interlokalen Arbeitsrechts zurückzugreifen. Diese bestimmen sich ihrerseits mangels abweichender gesetzlicher Regelung nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts.<sup>19)</sup> Wendet man daher Art. 30 Abs. 2 EGBGB entsprechend an, ist dasjenige innerdeutsche Arbeitsrecht anwendbar, das am Arbeitsort gilt. Konkret bedeutet dies, daß ein Überwechseln vom Beitrittsgebiet in das alte Bundesgebiet dazu führt, daß das

15) Der Formulierungsvorschlag lautete: „Im Gebiet des vereinigten Berlin gilt Abs. 1 (= Nichterstreckung – der Verfasser) unabhängig von der Belegenheit der Verwaltung/des Betriebes für Personen, die am 1. September 1990 ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiet nach Art. 3 des Einigungsvertrags hatten oder nach diesem Zeitpunkt dorthin verlegen, sofern das Beschäftigungsverhältnis nicht bereits den in Abs. 1 genannten Tarifverträgen unterlegen hat. Es gelten die für die Beschäftigten der ehemaligen DDR einschließlich Berlin (Ost) in einer vergleichbaren Tätigkeit maßgebenden Arbeitsbedingungen.“ (Die Angabe beruht auf einer Mitteilung der Deutschen Postgewerkschaft)

16) Die „vorläufigen Hinweise“ werden im folgenden zitiert nach CLEMENS-SCHOURING-STEINGEN-WIESE, Arbeits- und Tarifrecht der Angestellten des öffentlichen Dienstes im Beitrittsgebiet (ATB-Ang.), 4. Ergänzung, Stand August 1991; dort ist das Rundschreiben des Bundesministers des Innern vom 10. September 1990 – D III 1 – 220 000/43 –, unter Berücksichtigung der Rundschreiben des Bundesministers des Innern vom 10. Oktober 1990 – D III 1 – 220 000/43 –, vom 28. Januar 1991 – D III 3 – 220 000/43 und vom 8. August 1991 – D III 1 – 220 000/43 wiedergegeben

17) Ebenso im Ergebnis ATB-Ang. § 1 BAT-O Anm. 3

18) Anders lediglich bei Tarifverträgen die oben Fn. 9 mitgeteilte Nichterstreckung auf das Beitrittsgebiet sowie bei der Sozialversicherung (Kap. VIII Sachgebiet F Abschnitt III Nr. 1 Buchstabe a der Anlage I)

19) Grundlegend BEITZKE, Internationales und interlokales Privatrecht, in: Festschrift für Nipperdey, 1955, S. 41 ff. Eingehende Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei GAMILLSCHEG, Internationales Arbeitsrecht, Berlin-Tübingen 1959, S. 126 ff.; aus der neueren Literatur s. etwa DAÜBLER DB 1991, 1622; MONSEL DtZ 1991, 126; KEMPEN AuR 1991, 134, der sich jedoch für Modifikationen ausspricht

„Beitrittsarbeitsrecht“ keine Anwendung mehr findet, sondern ausschließlich nach dem gesetzlichen Arbeitsrecht der alten Bundesrepublik zu verfahren ist.<sup>20)</sup>

Für die abweichende Regelung im innerdeutschen Kollisionsrecht sprechen keinerlei Hinweise. Die einzigen Fälle, in denen sich der (Landes-)Gesetzgeber zu Fragen des interlokalen Arbeitsrechts geäußert hat, bestätigen im Gegenteil das Kriterium „Arbeitsort“. Das hamburgische und das bremische Bildungsurlaubsgesetz stellen ausdrücklich auf den „Schwerpunkt“ des Arbeitsverhältnisses ab, wobei die Bremer Regelung dies dahingehend spezifiziert, der Beschäftigte müsse in einen in Bremen ansässigen Betrieb „eingegliedert“ sein oder von einem solchen Betrieb angewiesen werden.<sup>21)</sup> Das Arbeitnehmer-Weiterbildungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen<sup>22)</sup> räumt gleichfalls Ansprüche nur solchen Arbeitern und Angestellten ein, deren Beschäftigungsverhältnisse ihren „Schwerpunkt“ in Nordrhein-Westfalen haben.<sup>23)</sup> Eine identische Regelung enthält das Bildungsfreistellungs- und Qualifizierungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein vom 7. 6. 1990<sup>24)</sup>. Auch das saarländische Weiterbildungs- und Bildungsurlaubsgesetz vom 17. 1. 1990<sup>25)</sup> stellt auf den Arbeitsort ab. Das Landesrecht bestätigt so den allgemeinen Grundsatz, daß diejenige Teilrechtsordnung anzuwenden ist, in deren territorialem Geltungsbereich gearbeitet wird.

Die gegenteilige Auffassung des Arbeitsgerichts Berlin, die im übrigen nicht näher begründet wird, würde überdies zu völlig inakzeptablen Ergebnissen führen, wenn man nicht allein die Regeln über die Sonderkündigungsgründe nach dem Einigungsvertrag und das Recht der Arbeitnehmerhaftung betrachtet, sondern etwa auch das Personalvertretungsrecht einbezieht: Es kann schlechterdings nicht rechtens sein, daß ein bislang dem PersVG-DDR unterliegender Beschäftigter bei einem auf Dauer bestimmten Wechsel in den Westen gewissermaßen sein eigenes Personalvertretungsrecht mitbringt.<sup>26)</sup> Auch von seinem eigenen Ausgangspunkt her hätte das ArbG Berlin daher zur Anwendung des TVAng-West kommen müssen: Bei auf Dauer angelegter Arbeit im Westen ist die „Verwurzelung“ im Beitrittsgebiet gelöst.

#### IV. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 67 Abs. 1 Satz 1 BPersVG

##### 1. Das Verbot der Schlechterstellung wegen der „Herkunft“

Nach § 67 Abs. 1 Satz 1 BPersVG ist jede unterschiedliche Behandlung von Personen u. a. wegen ihrer Abstammung und Herkunft verboten. Diese Vorschrift ist ähnlich wie die Parallelbestimmung des § 75 Abs. 1 BetrVG an Art. 3 Abs. 3 GG angelehnt, ohne in allen Punkten mit ihm identisch zu sein.<sup>27)</sup> Unter „Herkunft“ ist nach allgemeiner Auffassung das „Herkommen aus einem bestimmten Gebiet“ zu verstehen.<sup>28)</sup> Im Schrifttum zum Betriebsverfassungsrecht wird derselbe Standpunkt vertreten.<sup>29)</sup> Als Beispiel wird insbes. die Schlechterstellung von Flüchtlingen, Heimatvertriebenen und Umsiedlern genannt.<sup>30)</sup> Daneben wird darauf verwiesen, daß Angehörige anderer Bundesländer nicht schlechter als die des eigenen behandelt werden dürfen. Die Tatsache, daß jemand Bayer oder Preuße ist, darf deshalb keine Rolle spielen<sup>31)</sup>; ein aus Hessen

stammender Beschäftigter darf in Bayern nicht anders behandelt werden als ein Bayer<sup>32)</sup>. Eine gesetzliche oder tarifliche Vorschrift, die beispielsweise einen Lohnabzug von (nur) 10 Prozent wegen „Herkunft aus der ehemaligen DDR“ vorsehen würde, wäre deshalb ohne jeden Zweifel rechtswidrig.

##### 2. „Herkunft“ oder „Arbeit im Osten“ als Anknüpfungspunkt? – Das Problem der mittelbaren Diskriminierung

Im vorliegenden Fall kann allerdings fraglich sein, ob die auf der Grundlage der Entscheidung des ArbG Berlin eintretende Schlechterstellung der aus dem Ostteil kommenden Angestellten „wegen“ ihrer Herkunft erfolgt. Zwar hat das ArbG Berlin überhaupt keine Prüfung am Maßstab des § 67 Abs. 1 Satz 1 BPersVG vorgenommen, doch könnte man evtl. den Standpunkt vertreten, nicht die Herkunft sondern die bisherige Tätigkeit sei maßgebliches Kriterium für die differenzierende Regelung. Dafür könnte insbes. sprechen, daß der TVAng-Ost nach Auffassung des ArbG Berlin auch auf solche Beschäftigte erstreckt werden soll, die nach der Einheit einen Arbeitsvertrag im Beitrittsgebiet geschlossen haben und anschließend in das alte Bundesgebiet übergewechselt sind.

Eine solche „Verschiebung“ oder „Auswechslung“ des Anknüpfungskriteriums ändert allerdings nichts an der Wirkung der Regelung. In der Praxis wird sie sich zu nahezu 100 Prozent zu Lasten von Personen auswirken, deren bisheriger Lebensmittelpunkt im Beitrittsgebiet lag. Es stellt sich daher das Problem, ob die Identität des Regelungserfolgs nicht dazu führen muß,

20) Ebenso speziell für die nach der Einigung bestehende Situation HANAU-PREIS, Das Arbeitsrecht in den neuen Bundesländern nach dem 3. 10. 1990, in: HANAU-LANGANKE-PREIS-WIDLAK (Hrsg.), Das Arbeitsrecht der neuen Bundesländer, Köln 1991, Abschnitt I, 2, S. 11 ff.

21) Hamburgisches Bildungsurlaubsgesetz vom 21. 1. 1974, GVBl S. 6, § 2; bremisches Bildungsurlaubsgesetz vom 18. 12. 1974, GBl S. 348, § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 3

22) Vom 6. 11. 1984, GVBl S. 68

23) § 2

24) GVBl S. 364. Sein § 6 Abs. 2 bestimmt: „Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse ihren Schwerpunkt in Schleswig-Holstein haben.“

25) ABl S. 234. § 22 Abs. 2 bestimmt: „Beschäftigte sind Arbeiter, Angestellte usw., deren Arbeitsstätte (Betrieb, Dienststelle) im Saarland liegt.“

26) Zur Weitergeltung des PersVG-DDR bis längstens 31. Mai 1993 s. Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 15 der Anlage I zum Einigungsvertrag. Dazu DÄUBLER, Ratgeber Arbeitsrecht, Reinbek 1991, S. 486 ff.; BACHER PersR 1990, 245

27) So enthalten etwa die §§ 67 Abs. 1 BPersVG und 75 Abs. 1 BetrVG ein Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit, das sich im Text des Art. 3 Abs. 3 GG nicht findet

28) So LORENZEN-HAAS-SCHMITT, BPersVG, Loseblatt, § 67 Rn. 8; ebenso DIETZ-RICHARDI, Kommentar zum BPersVG, 2. Aufl., München 1978, § 67 Rn. 13. Auf die „soziale Verwurzelung“ stellen GRABENDORFF-WINDSCHEID-ILBERTZ-WIDMAIER, Kommentar zum BPersVG, 7. Aufl., Stuttgart 1991, § 67 Rn. 10, ab

29) S. etwa BERG, in: DÄUBLER-KITTNER-KLEBE-SCHNEIDER (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 3. Aufl., Köln 1992, § 75 Rn. 15; FITTING-AUFFARTH-KAISER-HEITHER, BetrVG, 16. Aufl., München 1990, § 75 Rn. 11; GALPERIN-LÖWISCH, Kommentar zum BetrVG, 6. Aufl., Heidelberg 1982, § 75 Rn. 17; KREUTZ, in: Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 4. Aufl., Neuwied 1990, § 75 Rn. 39

30) So etwa DIETZ-RICHARDI, BPersVG, a.a.O.; BERG a.a.O.; FITTING-AUFFARTH-KAISER-HEITHER a.a.O.

31) So GALPERIN-LÖWISCH, a.a.O., § 75 Rn. 17

32) So ALTVATER-BACHER-HÖRTER-SABOTTIG-SCHNEIDER, BPersVG, Kommentar, 3. Aufl., Köln 1990, § 67 Rn. 6, die sich allerdings auf das Diskriminierungsverbot wegen der „Abstammung“ stützen

daß das Diskriminierungsverbot des § 67 Abs. 1 Satz 1 BPersVG auch in einem solchen Fall eingreift.

Rechtsprechung und Literatur haben sich einer vergleichbaren Frage bislang allein im Zusammenhang mit dem Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung angenommen. Das BAG bejaht eine sog. mittelbare Diskriminierung dann, wenn eine bestimmte Regelung zwar nicht unmittelbar an dem Geschlecht anknüpft, sich im Ergebnis jedoch eindeutig zu Lasten eines Geschlechts auswirkt.<sup>33)</sup> Wichtigster Anwendungsfall ist die Benachteiligung von Teilzeitkräften, die sich in der Regel als mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellt.<sup>34)</sup> Entsprechende Grundsätze wird man auch im Rahmen der anderen Diskriminierungsverbote des § 67 Abs. 1 Satz 1 BPersVG und des § 75 Abs. 1 BetrVG anwenden müssen: Es ist nicht ersichtlich, daß das Verbot der Benachteiligung oder Begünstigung wegen der Herkunft oder der Abstammung eine geringere Wirkungskraft als das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts haben soll.

Eine mittelbare Benachteiligung ist allerdings nicht unter allen Umständen unerlaubt. Anders als die unmittelbare Diskriminierung kann sie aus überwiegenden Gründen gerechtfertigt sein.<sup>35)</sup> Wie diese Gründe im einzelnen beschaffen sein können, ist bislang nicht im einzelnen geklärt.<sup>36)</sup> Aus § 67 Abs. 1 Satz 1 BPersVG bzw. § 75 Abs. 1 BetrVG läßt sich lediglich entnehmen, daß alle Umstände ausscheiden, die das Arbeitsverhältnis nicht konkret berühren: Der Betriebsfrieden verträgt allenfalls Differenzierungen im Hinblick auf die Arbeit und das damit in Zusammenhang stehende Verhalten. Innerhalb dieses Rahmens ist darauf abzustellen, ob sich die „diskriminierungsnahe“ Anknüpfung auf Tatsachen oder Rechtsverhältnisse bezieht, die gegenüber den ausdrücklich verbotenen Umständen bei weitem im Vordergrund stehen, oder ob sie ein im Grunde nebensächliches Merkmal betreffen. Geht es etwa um die Qualifikation eines Angestellten der Finanzverwaltung, so liegt keine Diskriminierung vor, wenn Personen mit Ausbildung im bundesdeutschen Steuerrecht und entsprechender praktischer Erfahrung (zunächst) so gut wie immer den Vorrang haben; wer in einem anderen Wirtschafts- und Steuersystem groß geworden ist, wird die neuen Aufgaben während einer Übergangszeit nicht in derselben Weise erledigen können. Obwohl eine solche Praxis fast alle Bewerber aus dem Beitrittsgebiet benachteiligt, verstößt sie nicht gegen § 67 Abs. 1 BPersVG bzw. § 75 Abs. 1 BetrVG, weil die Unterschiede in Vorkenntnissen und Erfahrungen hier gegenüber der „Herkunft“ bei weitem dominieren.<sup>37)</sup>

Unterschiede solcher Art sind bei einer Postangestellten nicht ersichtlich und wurden auch im Verfahren nicht behauptet. Ihre aktuelle Arbeit ist von der Quantität wie von der Qualität her keine andere als die der schon immer in Westberlin tätigen Arbeitskollegen. Unter solchen Umständen ist die Tatsache, früher im Hauptpostcheckamt Ostberlin gearbeitet zu haben, eine Tatsache von völlig nebensächlicher Bedeutung, die keine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen kann.<sup>38)</sup> Der TVAng-Ost müßte jedenfalls gesetzeskonform in der Weise ausgelegt werden, daß ein solcher Verstoß gegen § 67 Abs. 1 Satz 1 BPersVG vermieden wird.<sup>39)</sup>

## V. Verstoß gegen das Prinzip der Tarifeinheit

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG gibt es im deutschen Tarifvertragsrecht einen ungeschriebenen Grundsatz der Tarifeinheit: In einem Betrieb bzw. einer Dienststelle soll grundsätzlich nur ein Tarifvertrag Anwendung finden.<sup>40)</sup> Dies bedeutet nicht nur, daß bei Tarifkonkurrenz ein Tarifvertrag den Vorrang haben muß. Vielmehr findet der Grundsatz der Tarifeinheit auch bei bloßer sog. Tarifpluralität Anwendung, d. h. in dem Fall, daß aufgrund mehrfacher Tarifbindung des Arbeitgebers verschiedene Arbeitnehmergruppen nach verschiedenen Tarifverträgen behandelt werden müßten. Dies ist etwa auch dann der Fall, wenn mit derselben Gewerkschaft verschiedene Tarifverträge vereinbart wurden.<sup>41)</sup>

Bei Tarifkonkurrenz wie bei Tarifpluralität verdrängt der speziellere Tarifvertrag den allgemeineren.<sup>42)</sup> Bei gleicher „Betriebsnähe“ ist darauf abzustellen, welcher Tarifvertrag die größere Zahl von Beschäftigten erfaßt.<sup>43)</sup>

Der Grundsatz der Tarifeinheit folgt nach BAG aus den übergeordneten Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.<sup>44)</sup> Insbes. bei betriebsverfassungsrechtlichen und betrieblichen Normen würde die Anwendung mehrerer Tarifverträge zu schwer lösbaren Schwierigkeiten führen. Dies gelte insbes. deshalb, weil sich Betriebsnormen und Inhaltsnormen häufig nicht trennscharf abgrenzen ließen.<sup>45)</sup>

Ob der Grundsatz der Tarifeinheit dispositiv ist, ob es den Tarifparteien daher freisteht, ausdrücklich eine andere Regelung zu treffen, ist – soweit ersichtlich – bislang nicht entschieden. Aus der vom BAG gegebenen Begründung läßt sich allerdings der Schluß ziehen, daß allenfalls bei eindeutiger, jeden Zweifel ausschließender Tarifnorm eine „gewollte Tarifpluralität“ in Betracht kommt: Ein auf Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gegründetes Prinzip kann allenfalls dann abbedungen werden, wenn die an seine Stelle tretende Regelung für klare Verhältnisse sorgt.

Nach der Auslegung, die das ArbG Berlin dem TVAng-Ost gegeben hat, finden im Postgiroamt Berlin

33) BAG AP Nr. 1 und 4 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung; BAG AP Nr. 11 zu Art. 119 EWG-Vertrag

34) S. die Nachweise Fn. 33

35) S. etwa EuGH AP Nr. 10 und 16 zu Art. 119 EWG-Vertrag

36) S. die Nachweise bei KIRSTEN RdA 1990, 282, der selbst keine Rechtfertigung zulassen möchte

37) Vgl. GALPERIN-LÖWISCH, a. a. O., § 76 Rn. 9; GK-KREUTZ, a. a. O., § 75 Rn. 35; GUBELT, in: VON MÜNCH (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., München 1975, Art. 3 Rn. 81. Ähnlich für die Gleichbehandlung von Unternehmen aus der früheren DDR mit denen aus der alten Bundesrepublik BVerfG DtZ 1991, 376

38) Ebenso im Ergebnis HANAU-PREIS, a. a. O., S. 12 ff.

39) Zur gesetzeskonformen Interpretation s. DÄUBLER-HEGE, Tarifvertragsrecht, Rn. 88; WIEDEMANN-STUMPF, TVG, 5. Aufl., München 1977, § 1 Rn. 404 ff.

40) S. etwa BAG DB 1990, 129; BAG DB 1990, 2527; BAG DB 1991, 1779 ff.

41) Vgl. etwa BAG AP Nr. 11 und 12 § 4 TVG Tarifkonkurrenz

42) So zuletzt BAG DB 1991, 1779

43) Als unterstützender Gesichtspunkt herangezogen in BAG DB 1990, 130 a. E. sowie in BAG DB 1991, 1781 re. Sp.

44) Kritisch zum Grundsatz der Tarifeinheit REUTER JuS 1992, 105. Die Frage, ob es einen solchen Grundsatz überhaupt gibt, soll hier nicht vertieft werden

45) BAG DB 1991, 1781

zwei Tarifverträge nebeneinander Anwendung: Die schon bisher dort tätigen Arbeitnehmer unterliegen dem TVAng-West, die vom Hauptpostscheckamt Ostberlin gekommenen Mitarbeiter unterliegen dem TVAng-Ost. Für die darin liegende Abweichung vom Grundsatz der Tarifeinheit ist keine Grundlage ersichtlich. Selbst wenn man den Tarifparteien insoweit Spielraum gewährt, fehlt es jedenfalls an einer ausdrücklichen, jeden Zweifel ausschließenden Abrede. Auch aus diesem Grund muß daher der TVAng-Ost zurücktreten.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß bei dauernder Arbeit im Tarifgebiet West die West-Tarifverträge Anwendung finden.

#### VI. Anwendbare Tarifverträge bei vorübergehender Tätigkeit im anderen Tarifgebiet

Der Fall, daß vorübergehend in einem anderem Tarifgebiet gearbeitet wird, ist angesichts der sehr bunten Tarif-Landkarte in der gewerblichen Wirtschaft schon bisher keine Seltenheit. In Anlehnung an die im internationalen Sozialversicherungsrecht entwickelte und ins internationale Arbeitsrecht übernommene „Ausstrahlung“ ändert sich in solchen Fällen der anwendbare Tarifvertrag nicht.<sup>46)</sup> Dies hat den nicht unbedeutlichen Nachteil, daß eine „vorübergehende“ Abordnung außerordentlich lange dauern kann; ist sie etwa auf ein bis drei Jahre angelegt, entsteht im Grunde eine ähnliche Situation wie bei dauerndem Wechsel des Arbeitsplatzes.

Die Tarifwerke des öffentlichen Dienstes haben insoweit keine eindeutige Regelung getroffen. Maßstäbe

dafür, wie lange von einer „vorübergehenden“ Tätigkeit im anderen Tarifgebiet die Rede sein kann, enthalten sie nicht. Insofern bliebe es an sich bei den allgemeinen Grundsätzen.

In der Literatur wurde der Vorschlag gemacht, für die Ost-West-Konstellation eine eigenständige Kollisionsnorm für Tarifverträge zu entwickeln<sup>47)</sup>. Grundgedanke ist der Schutz der Tarifautonomie: Im Geltungsbereich des Grundgesetzes darf es keine Kollisionsnormen geben, die der Aushöhlung von Tarifverträgen Vorschub leisten.<sup>48)</sup> Dies bedeutet, daß nach spätestens dreimonatiger Tätigkeit die West-Tarife eingreifen. Für eine solche etwas dezisionistische Festlegung spricht, daß das geltende Recht an anderer Stelle den einzelnen Arbeitnehmer mit Ablauf dieser Frist als „integriert“ ansieht: Drei Monate beträgt die (nur vorübergehend durch sechs Monate ersetzte) Frist für den Einsatz von Leiharbeitnehmern, nach § 13 Abs. 3 BPersVG beginnt das Wahlrecht zum Personalrat nach dreimonatiger Tätigkeit.<sup>49)</sup> Wird umgekehrt ein Arbeitnehmer aus dem Tarifgebiet West in das Gebiet der früheren DDR entsandt, kann es bei den allgemeinen Regeln bleiben: Hier droht keine Unterlaufung der Tarifautonomie, wenn das westliche Tarifgehalt fortbezahlt wird.

46) LAG Hamm BB 1970, 753; zustimmend wohl WIEDEMANN-STUMPF, a. a. O., § 4 Rn. 62

47) KEMPEN AuR 1991, 133; DÄUBLER DB 1991, 1622

48) Eingehender DÄUBLER DB 1991, 1624f.

49) Für entsprechende Anwendung der Monatsfrist des § 95 Abs. 3 BetrVG KEMPEN AuR 1991, 136

## Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung 1991

Von Jürgen Kruse, München

### Bestandsaufnahme des Kündigungsschutzrechts in der Europäischen Gemeinschaft und Probleme der Harmonisierung

Vom 18. bis 21. 9. 1991 fand in Saarbrücken die diesjährige Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung statt. An dieser Stelle ist von der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Arbeits- und Sozialrecht am Freitag, den 20. September 1991, zu berichten. Sie hatte sich den Kündigungsschutz in der Europäischen Gemeinschaft zum Thema gewählt und wollte dabei eine Bestandsaufnahme der Systeme und Probleme ihrer Harmonisierung vornehmen. Unter dem Vorsitz und der Diskussionsleitung durch Professor Dr. Rolf Birk, Trier, berichteten Herr Dr. Francis Kessler, Nancy, über die Situation in Frankreich, Frau Professor Dr. Luisa Galantino, Modena, über die Rechtslage in Italien, und Herr Professor Dr. Mark Freedland, Oxford, beschloß die

Landesberichte mit einem Referat zu Großbritannien. Die Aufgabe, einen zusammenfassenden Generalbericht zu erstatten, hatte Herr Professor Dr. Wolfhart Kohte, Düsseldorf<sup>1)</sup>, übernommen.

Nach der Begrüßung der Teilnehmer und der Vorstellung des Podiums gab Herr Professor Dr. Birk eine kurze Einleitung in die Thematik der Arbeitssitzung. Ziel der Veranstaltung sollte es nach seinen Worten sein, herauszufinden, inwieweit Gemeinsames und Trennendes in den nationalen Rechtsordnungen zu

<sup>1)</sup> Prof. Dr. Kohte war im Tagungsprogramm und auch in der Information dieser Zeitschrift (s. ZTR H. 9/1991, S. 376) noch als Privatdozent aus Bochum angekündigt, hatte zwischenzeitlich aber einen Ruf nach Düsseldorf erhalten.