

Vertrag hinreichend bestimmt, so daß ein Betroffener vor einem innerstaatlichen Gericht unter Berufung auf diese Bestimmung verlangen kann, daß das Gericht nationale Rechtsvorschriften außer Anwendung läßt, und zwar auch in dem Fall, daß sich die betreffende Bestimmung aus einem Tarifvertrag ergibt, der mit Artikel 119 nicht vereinbar ist.

Aus dem Urteil vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (a.a.O.) geht hervor, daß im Falle einer mittelbaren Diskriminierung durch eine Bestimmung eines Tarifvertrags die Angehörigen der dadurch benachteiligten Gruppe Anspruch auf die gleiche Behandlung und auf Anwendung der gleichen Regelung wie die übrigen Arbeitnehmer haben, wobei diese Regelung, solange Artikel 119 EWG-Vertrag im innerstaatlichen Recht nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt.

Ferner ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes (siehe insbesondere das Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77, Slg. 1978, 629) das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet läßt, ohne daß es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müßte.

Diese Erwägungen gelten auch für den Fall, daß sich die dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende Bestimmung aus einem Tarifvertrag ergibt. Es wäre nämlich mit dem Wesen des Gemeinschaftsrechts unvereinbar, wenn dem nationalen Gericht die uneingeschränkte Befugnis abgesprochen würde, unmittelbar bei der ihm obliegenden Anwendung des Gemeinschaftsrechts Bestimmungen eines Tarifvertrags außer Anwendung zu lassen, die die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften möglicherweise behindern.

Daher ist auf die zweite Frage zu antworten, daß im Falle einer mittelbaren Diskriminierung durch eine Bestimmung eines Tarifvertrags das nationale Gericht verpflichtet ist, diese Bestimmung – ohne daß es ihre vorherige Beseitigung durch Tarifverhandlungen oder auf anderem Wege beantragen oder abwarten müßte – außer Anwendung zu lassen und auf die Angehörigen der durch diese Diskriminierung benachteiligten Gruppe die gleiche Regelung wie auf die übrigen Arbeitnehmer anzuwenden, wobei diese Regelung, so lange Artikel 119 EWG-Vertrag im nationalen Recht nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt.

## II.

### ArbG Hamburg

1. *Die unterschiedlichen Anforderungen an Bewährungszeiten bei Voll- und Teilzeitarbeit gem. § 23 a Nr. 6 BAT sind nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt. Die Regelung ist wegen mittelbarer Diskriminierung nichtig.*

2. *Für eine teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin gilt deshalb die gleiche Bewährungszeit wie für eine vollzeitig beschäftigte.*

Urteil des ArbG Hamburg vom 16.5.1991 – 2 Ca 435/88 –

Aus dem Sachverhalt:

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin eine Vergütung nach der Vergütungsgruppe IVb Fallgruppe 2 der Anl. 1 a zum Bundesangestelltentarifvertrag ab 1. Januar 1989.

Die Klägerin ist seit dem 1. Januar 1977 im öffentlichen Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg beschäftigt. Seit dem 1. Januar 1983 arbeitet sie bei einer Arbeitszeit von 20 Stunden pro Woche als Verwaltungsfachangestellte an der Universität Hamburg. Seit dem 1. Januar 1983 ist die Klägerin in die Vergütungsgruppe Vb Fallgruppe 1 a der Anl. 1 a zum BAT eingruppiert. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) und diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge Anwendung.

Mit Schreiben vom 28. Januar 1988 machte die Klägerin einen Anspruch auf Höhergruppierung in die Vergütungsgruppe IVb Fallgruppe 2 der Anl. 1 a zum BAT ab dem 1. Januar 1989 bei der Beklagten geltend. Die Beklagte lehnte diesen Anspruch unter Hinweis auf § 23 a BAT ab.

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet.

Die Klägerin ist gemäß §§ 22, 23 a BAT ab 1. Januar 1989 in Vergütungsgruppe IVb Fallgruppe 2 der Anl. 1 a zum BAT eingruppiert. Die Vorschriften des BAT finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung Anwendung.

Die Klägerin ist unstreitig in Vergütungsgruppe Vb nach den Voraussetzungen der Fallgruppe 1 a eingruppiert.

In Vergütungsgruppe IVb der Anl. 1 a zum BAT sind Angestellte eingruppiert, die nach mit dem Hinweiszeichen\* gekennzeichneten Tätigkeitsmerkmalen der Vergütungsgruppe Va und Vb eingruppiert sind, nach 6jähriger Bewährung in einer Tätigkeit der Vergütungsgruppe Va oder Vb. Die Tätigkeitsmerkmale der Vergütungsgruppe Vb Fallgruppe 1 a sind mit dem Hinweiszeichen\* versehen, so daß im Grundsatz ein Bewährungsaufstieg in Vergütungsgruppe IVb Fallgruppe 2 BAT möglich ist.

Die Klägerin ist seit dem 1. Januar 1989 nach 6jähriger Bewährungszeit in Vergütungsgruppe IVb Fallgruppe 2 BAT eingruppiert. Sie hat ihre Tätigkeit gemäß Fallgruppe 1 a der Vergütungsgruppe Vb BAT am 1. Januar 1983 aufgenommen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß sich die Klägerin in den daran anschließenden 6 Jahren in der übertragenen Tätigkeit den gestellten Anfor-

derungen im Sinne von § 23 a Satz 2 Nr. 1 BAT gewachsen gezeigt hat.

Für die Klägerin gilt eine 6jährige Bewährungszeit entgegen der Vorschrift des § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT a.F., da diese Vorschrift gemäß Art. 119 EWG-Vertrag nichtig ist und die Klägerin dementsprechend zu behandeln ist wie eine vollzeitig beschäftigte Arbeitnehmerin.

Art. 119 EWG-Vertrag regelt den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit. Dabei ist nicht nur die unmittelbare Diskriminierung eines Geschlechtes unzulässig, sondern auch die mittelbare Diskriminierung.

Zwischen den Parteien besteht Einvernehmen darüber, daß die Regelung des § 23 Satz 2 Nr. 6 BAT a.F., die zu einer Verlängerung der Bewährungszeit für Teilzeitbeschäftigte mit weniger als 3/4 der vollen tariflichen Arbeitszeit führt, erheblich weniger Männer als Frauen betrifft. Der Anteil der Frauen an den Teilzeitbeschäftigten mit weniger als 3/4 der regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten beträgt mehr als 90 %. Die Regelung des § 23 Satz 2 Nr. 6 BAT a.F. hat damit objektiv mittelbar diskriminierenden Charakter, da von dieser Regelung erheblich mehr Frauen als Männer betroffen sind. Entscheidend ist mithin, ob objektive Kriterien feststellbar sind, die die ungleiche Behandlung von Frauen und Männern im Rahmen des Bewährungsaufstieges rechtfertigen.

Das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 14. September 1988 – 4 AZR 132/88 – und Urteil vom 14. September 1988 – 4 AZR 351/88 –) sieht diese objektiven Kriterien darin, daß die Tarifvertragsparteien davon ausgehen, daß ein Angestellter im Laufe der Zeit innerhalb seines Aufgabengebietes Fähigkeiten und Fertigkeiten durch seine Tätigkeit hinzugewinnt, die seine persönliche Qualifikation erhöhen und eine Höhergruppierung rechtfertigen. Damit honorierten die Tarifvertragsparteien ein erhöhtes und vertieftes Erfahrungswissen. Die Tarifvertragsparteien setzten bei der Festsetzung bestimmter Bewährungszeiten und damit der Zeiten, die sie für die Erwerbung des Erfahrungswissens, das eine höhere Vergütung rechtfertigt, allerdings einen vollbeschäftigten Angestellten voraus.

Sie gingen damit notwendig auch von einer entsprechend langen Bewährung während der Arbeitszeit des vollbeschäftigten Angestellten aus. Die Erfahrung, die ein vollbeschäftigter Angestellter während der festgesetzten Bewährungszeit innerhalb seiner Arbeitszeit gewinnen könne und die nach dem Willen der Tarifvertragsparteien im Einzelfalle seine Höhergruppierung kraft Bewährung rechtfertigt, könne ein teilzeitbeschäftigter Angestellter mit entsprechend langer Bewährungszeit jedoch erst nach einem längeren Zeitraum gewinnen, da ihm weniger wöchentliche Ar-

beitszeit zur Erlangung eines erhöhten und vertieften Erfahrungswissens zur Verfügung stehe. Dies rechtfertigt die tarifliche Pauschalregelung in § 23 a Abs. 6 BAT a.F.

Diese Ausführungen des Bundesarbeitsgerichtes vermag die Kammer weder nach dem Wortlaut, noch nach Sinn und Zweck der Norm, noch nach der Tarifgeschichte zu teilen.

Gemäß § 23 a Satz 2 Nr. 1 BAT ist das Erfordernis der Bewährung erfüllt, wenn der Angestellte während der vorgeschriebenen Bewährungszeit sich den in der ihm übertragenen Tätigkeit auftretenden Anforderung gewachsen gezeigt hat. Maßgeblich ist dabei die Tätigkeit, die der Vergütungsgruppe entspricht, in der der Angestellte eingruppiert ist. Von Erfahrungswissen ist in dieser Norm keine Rede. Sich den auftretenden Anforderungen gewachsen gezeigt zu haben, heißt nach seinem Wortsinn, die Anforderungen erfüllt zu haben, d.h. die in den Tätigkeitsmerkmalen geforderten Voraussetzungen erfüllt zu haben. Die Hinzugewinnung eines Erfahrungswissens wird jedenfalls für das Tatbestandsmerkmal der Bewährung nicht gefordert.

Das für die Tätigkeit nach Fallgruppe 1 a der Vergütungsgruppe Vb und für die Tätigkeit nach Fallgruppe 2 der Vergütungsgruppe IVb erforderliche Fachwissen ist in den Vergütungsmerkmalen der Fallgruppe 1 a der Vergütungsgruppe Vb festgeschrieben, nämlich gründliche, umfassende Fachkenntnisse. Eine Steigerung der Fachkenntnisse wird durch Fallgruppe 2 der Vergütungsgruppe IVb BAT nicht gefordert.

An die teilzeitbeschäftigten Angestellten werden bei Eingruppierung in eine Vergütungsgruppe die gleichen Anforderungen gestellt wie an den vollbeschäftigten Arbeitnehmer. Die Vergütungsmerkmale sind für Vollzeitbeschäftigte und Teilzeitbeschäftigte identisch. Dementsprechend ist auch die Tätigkeit identisch. Jedenfalls ist nach der maßgeblichen Tätigkeit, die der Vergütungsgruppe entspricht, in der der Angestellte eingruppiert ist, die Tätigkeit für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte identisch. Eine Differenzierung der Tätigkeit nach erworbenem Erfahrungswissen ist nach der tarifvertraglichen Norm nicht vorgesehen.

Durch die Neuregelung des § 23 a Nr. 6 BAT durch die Tarifvertragsparteien mit Wirkung vom 1. Januar 1988 bei Beibehaltung des § 23 a Satz 2 Nr. 1 BAT ist die Auslegung durch das Bundesarbeitsgericht endgültig obsolet geworden.

Während die Tarifgruppen normalerweise aufeinander aufbauen, indem höherwertige Tätigkeiten einer höherwertigen Vergütungsgruppe zugeordnet werden, ist dies beim Bewährungsaufstieg gerade nicht der Fall. Hierbei handelt es sich um einen reinen Zeitaufstieg, der nur daran an-

knüpft, ob der Angestellte sich den Anforderungen gewachsen gezeigt hat. Der Bewährungsaufstieg knüpft damit gerade nicht an eine höherwertige Qualifikation an, wie z.B. ein erhöhtes Erfahrungswissen, sondern an eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung innerhalb eines festgesetzten Zeitraumes. Es ist von daher nicht recht verständlich, wenn das Bundesarbeitsgericht nunmehr den Bewährungsaufstieg mit einer erhöhten Qualifikation durch erhöhtes Erfahrungswissen begründet.

Die Auslegung des Bundesarbeitsgerichtes entspricht auch nicht der Tarifgeschichte. Die Einführung des Bewährungsaufstieges durch den Tarifvertrag über den Bewährungsaufstieg für Angestellte des Bundes und der Länder vom 25. März 1966 bezweckte für bestimmte Vergütungsgruppen eine Angleichung an die in den Ländern bereits 1965 eingeführte Regelbeförderung für Beamte. Für die Länge der eingeführten Bewährungszeiten waren überwiegend Vergleiche maßgebend, nach welcher Zeit die Beamten der vergleichbaren Besoldungsgruppen die Regelbeförderung erfuhren (Clemens-Scheuring, Rdn. 1 zu § 23 a BAT). Von einer Honorierung erhöhten Erfahrungswissens war im Zusammenhang mit der Einführung des Bewährungsaufstieges zu keinem Zeitpunkt die Rede. Es handelt sich vielmehr um eine Rechtsschöpfung des Bundesarbeitsgerichtes, die im Wortlaut und der Geschichte des Tarifvertrags keinen Anhalt findet.

Auch der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil auf den Vorlagebeschluß der erkennenden Kammer befunden, die Erwägungen des Bundesarbeitsgerichtes stellten lediglich verallgemeinernde Aussagen zu bestimmten Kategorien von Arbeitnehmern dar. Ihnen ließen sich keine objektiven Kriterien entnehmen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes zu tun hätten. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes muß zur Rechtfertigung einer mittelbar diskriminierenden Regelung nachgewiesen werden, daß die tarifvertragliche Bestimmung selbst durch objektive Kriterien gerechtfertigt ist, die insbesondere darauf abstellen, welche Beziehung zwischen der Art der ausgeübten Tätigkeit und der Erfahrung besteht, die die Ausübung dieser Tätigkeit nach einer bestimmten Anzahl geleisteter Arbeitsstunden verschafft. Insoweit ist also zu prüfen, ob gerade die Tätigkeit, die gründliche, umfassende Fachkenntnis und selbständige Leistungen erfordert, ein besonderes Erfahrungswissen nach einer bestimmten Anzahl geleisteter Arbeitsstunden hervorbringt. Dies ist in der Tat nicht mehr begründbar. Auch andere Tätigkeiten, die nicht dem Bewährungsaufstieg unterliegen, bringen mit der Zeit ein erhöhtes Erfahrungswissen mit sich. Warum nur die eine und nicht die andere Tätigkeit dem Bewährungsaufstieg unterliegt, ist

objektiv nicht begründbar und stellt sich als rein voluntativer Akt der Tarifvertragsparteien dar. Hier zeigt sich eben, daß die Tarifvertragsparteien keine gezielte Erhöhung des Erfahrungswissens für bestimmte Tätigkeiten regeln wollten, sondern eine an der Regelbeförderung für Beamte orientierte vergleichbare Regelung für Angestellte.

Nach allem ergibt sich, daß die mittelbar diskriminierende Regelung des § 23 a Nr. 6 BAT a.F. sich durch objektive Kriterien nicht rechtfertigen läßt, so daß diese Regelung gemäß Art. 119 EWG-Vertrag nichtig ist.

Hieraus folgt, daß die Klägerin so zu behandeln ist wie eine Vollzeitbeschäftigte, so daß ihr nach einer Bewährungszeit von 6 Jahren die Eingruppierung in die Vergütungsgruppe IVb Fallgruppe 2 BAT zusteht. Die Kammer hat insoweit Bedenken gehabt, ob im Hinblick auf die Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien eine Anwendung der Tarifnorm für Vollzeitbeschäftigte auf Teilzeitbeschäftigte in Betracht kommen kann oder ob eine solche, die vorhandene diskriminierende Regelung aufhebende Regelung den Tarifvertragsparteien zu überlassen ist. Es hat daher diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Der Europäische Gerichtshof hat hierauf entschieden, daß im Falle einer mittelbaren Diskriminierung durch eine Bestimmung eines Tarifvertrages das nationale Gericht verpflichtet ist, diese Bestimmung – ohne daß es ihre vorherige Beseitigung durch Tarifverhandlungen oder auf anderen Wegen beantragen oder abwarten müßte – außer Anwendung zu lassen und auf die Angehörigen der durch diese Diskriminierung benachteiligten Gruppe die gleiche Regelung wie auf die übrigen Arbeitnehmer anzuwenden hat, wobei diese Regelung, solange Art. 119 EWG-Vertrag im nationalen Recht nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt.

Nach allem war, wie erkannt, zu entscheiden.

Mitgeteilt von LAG-Präs.in Dr. Ninon Colneric, Kiel