

Aktenzeichen: 6 AZR 746/06
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 25. April 2007
- 6 AZR 746/06 -

I. Arbeitsgericht
Kiel

Urteil vom 20. Juli 2005
- 3 Ca 679 a/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 11. Juli 2006
- 2 Sa 543/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Kündigung - Beschäftigungszeit - Benachteiligung geringfügig
Beschäftigter

Gesetze:

TzBfG § 4 Abs. 1, § 2 Abs. 2; GG Art. 3 Abs. 1; BAT § 19 Abs. 1, § 53
Abs. 3; 77. Tarifvertrag zur Änderung des Bundes-Angestellentarifver-
trages vom 29. Oktober 2001 (77. Änderungs-TV) § 4

Leitsatz:

Eine Tarifregelung, die wie § 4 Abs. 1 des 77. Tarifvertrags zur Änderung
des Bundes-Angestellentarifvertrages vom 29. Oktober 2001
(77. Änderungs-TV) vorsieht, dass Zeiten geringfügiger Beschäftigung,
die vor einem bestimmten Stichtag zurückgelegt wurden (hier: 1. Januar
2002), nicht als Beschäftigungszeit iSd. Tarifvertrags gelten, verstößt
gegen das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG und ist deshalb
unwirksam.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 746/06
2 Sa 543/05
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. April 2007

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der Beratung vom 25. April 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Armbrüster und Dr. Linck sowie die ehrenamtlichen Richter Gebert und Spiekermann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 11. Juli 2006 - 2 Sa 543/05 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 20. Juli 2005 - 3 Ca 679a/05 - abgeändert.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht durch die Kündigung vom 1. März 2005 zum 30. September 2005 aufgelöst worden ist.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. 1

Die am 1. Dezember 1959 geborene Klägerin ist verheiratet und fünf Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Vom 1. Januar 1989 bis zum 31. Juli 1995 war sie im Kindergarten der beklagten Gemeinde als sozialpädagogische Assistentin (Kinderpflegerin) bzw. Helferin im Sinne des Sozialversicherungsrechts geringfügig beschäftigt. In Nachträgen zum Arbeitsvertrag vom 15. Januar 1989 wurden der Verdienst und die Arbeitszeit der Klägerin den jeweiligen gesetzlichen Änderungen der geringfügigen Beschäftigung angepasst. Die Anwendbarkeit des BAT auf das Arbeitsverhältnis war nicht vereinbart. 2

Mit Vertrag vom 10. Juli 1995 wurde die Arbeitszeit der Klägerin zum 1. August 1995 auf 20 Stunden heraufgesetzt. Des Weiteren vereinbarten die Parteien die Geltung des BAT ab diesem Zeitpunkt. Nachdem die Klägerin eine berufsbegleitende Ausbildung als Erzieherin abgeschlossen hatte, war sie ab dem 1. August 2000 als Erzieherin, zuletzt mit einer Wochenarbeitszeit von 23 Stunden tätig. 3

Die beklagte Gemeinde beschäftigte in dem Kindergarten neben der Klägerin eine Erzieherin als Leiterin der Einrichtung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 26 Stunden sowie eine pädagogische Hilfskraft mit 20 Wochenstunden als sozialpädagogische Assistentin (Kinderpflegerin). Des Weiteren sind in der Gemeinde ein Gemeindearbeiter mit 38,5 Stunden sowie zwei geringfügig Beschäftigte mit 7,0 bzw. 7,5 Wochenstunden tätig. 4

Am 28. Februar 2005 beschloss die Gemeindevertretung der Beklagten, wegen rückläufiger Kinderzahlen das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 30. September 5



2005 zu kündigen. Mit Schreiben vom 1. März 2005 erklärte die Beklagte eine „ordentliche betriebsbedingte Kündigung“ des Arbeitsverhältnisses zum 30. September 2005.

Mit ihrer am 18. März 2005 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, die Kündigung sei unwirksam, weil sie gem. § 53 Abs. 3 BAT unkündbar sei.

Die Klägerin hat in der Revision beantragt

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die ordentliche Kündigung vom 1. März 2005 zum 30. September 2005 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, bei der Berechnung der Beschäftigungszeiten seien nach den tarifvertraglichen Bestimmungen die Zeiten der geringfügigen Beschäftigung von 1989 bis 1995 nicht zu berücksichtigen. Die Klägerin sei daher nicht unkündbar iSv. § 53 Abs. 3 BAT. Das Kündigungsschutzgesetz finde auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Die Kündigung sei nicht willkürlich erfolgt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage der Klägerin zu Unrecht abgewiesen.

I. Die ordentliche Kündigung vom 1. März 2005 ist gemäß § 53 Abs. 3 BAT iVm. § 134 BGB unwirksam.

1. Nach § 53 Abs. 3 BAT sind Angestellte nach einer Beschäftigungszeit (§ 19 ohne die nach § 72 Abschn. A Ziff. I berücksichtigten Zeiten) von 15 Jahren, frühestens jedoch nach Vollendung des vierzigsten Lebensjahres unkündbar. Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BAT in der zum Zeitpunkt der Kündigung vom 1. März 2005 geltenden Fassung ist Beschäftigungszeit die bei demselben Arbeitgeber nach Vollendung des achtzehnten Lebensjahres in einem Arbeitsverhältnis zurückgelegte Zeit, auch wenn sie unterbrochen ist.



2. Die am 1. Dezember 1959 geborene Klägerin hatte zum Zeitpunkt der Kündigung vom 1. März 2005 das 40. Lebensjahr vollendet. Sie war seit dem 1. Januar 1989 bei der Beklagten tätig und hatte damit am 1. März 2005 eine Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren. Da die „Unkündbarkeit“ iSv. § 53 Abs. 3 BAT für den Arbeitgeber das Recht zur ordentlichen Kündigung ausschließt, ist die von der Beklagten ausgesprochene ordentliche Kündigung gemäß § 134 BGB nichtig (vgl. BAG 10. Februar 1999 - 2 AZR 422/98 - BAGE 91, 22, 28). 13
- II. Der Anwendung des § 53 Abs. 3 BAT steht die in § 4 des 77. Tarifvertrags zur Änderung des Bundes-Angestellentarifvertrages vom 29. Oktober 2001 (77. Änderungs-TV) enthaltene Übergangsvorschrift nicht entgegen. Diese Bestimmung verstößt gegen das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG und ist deshalb unwirksam. 14
1. In § 4 des 77. Änderungs-TV ist bestimmt: 15
- „(1) Geringfügige Beschäftigungen im Sinne des § 8 SGB IV werden bei der Berechnung der Beschäftigungszeit, der Dienstzeit, der Bewährungszeit oder Zeit einer Tätigkeit nur berücksichtigt, soweit sie nach dem 31. Dezember 2001 zurückgelegt worden sind.
- “
- Die Übergangsvorschrift bezieht sich auf die bis zum 31. Dezember 2001 geltenden tariflichen Bestimmungen über die Beschäftigungszeit von Teilzeitbeschäftigten. Diese sind in der Vergangenheit mehrfach geändert worden. § 19 Abs. 1 BAT in der zum Zeitpunkt der Kündigung vom 1. März 2005 geltenden Fassung ist durch den 77. Änderungs-TV zum 1. Januar 2002 in Kraft gesetzt worden (§ 5 des 77. Änderungs-TV). Zugleich wurden § 19 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT durch § 1 Nr. 7 des 77. Änderungs-TV und die in § 19 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT in Bezug genommene Regelung des § 3 Buchst. n BAT durch § 1 Nr. 4 des 77. Änderungs-TV gestrichen. 16
- In § 19 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT hieß es bis um 31. Dezember 2001: 17
- „Zeiten einer Tätigkeit im Sinne des § 3 Buchst. n werden nicht berücksichtigt.“
- In § 3 Buchst. n BAT wurden die geringfügig Beschäftigten vom Geltungsbereich des BAT ausgenommen. § 3 Buchst. n BAT lautete: 18
- „§ 3
- Dieser Tarifvertrag gilt nicht für



...

n) Angestellte, die im Sinne des § 8 SGB IV - ohne Berücksichtigung des § 8 Abs. 2 Satz 1 SGB IV - geringfügig beschäftigt sind.

...

In weiter zurückliegenden Fassungen des § 3 Buchst. n BAT war die Geltung des BAT nicht nur für geringfügig Beschäftigte, sondern auch für Angestellte, die als Studierende nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 SGB V versicherungsfrei oder die nebenberuflich tätig waren, ausgeschlossen. 19

2. Nach § 4 Abs. 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. 20

a) Das in § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG geregelte Benachteiligungsverbot gilt auch für tarifvertragliche Regelungen. Diese Bestimmung steht gemäß § 22 TzBfG nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien (*Senat 24. Juni 2004 - 6 AZR 389/03 - AP BAT § 34 Nr. 10; BAG 5. November 2003 - 5 AZR 8/03 - AP TzBfG § 4 Nr. 6 = EzA TzBfG § 4 Nr. 6*). 21

b) Das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG betrifft nach dem Wortlaut dieser Bestimmung das Verhältnis von teilzeit- zu vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern. Das Verbot gilt allerdings auch dann, wenn teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer untereinander unterschiedlich behandelt werden, sofern eine Gruppe der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer wie vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer behandelt und die andere Gruppe der Teilzeitbeschäftigten von einzelnen Leistungen ausgeschlossen wird (*vgl. BAG 15. November 1990 - 8 AZR 283/89 - BAGE 66, 220, 224 f.; 29. August 1989 - 3 AZR 370/88 - BAGE 62, 334, 337 zu der früheren Regelung des § 2 Abs. 1 BeschFG*). Die unterschiedliche Behandlung einer Gruppe teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer gegenüber den vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern entfällt nicht, weil der Arbeitgeber eine bestimmte Gruppe Teilzeitbeschäftigter nicht benachteiligt. Verglichen werden damit nicht die unterschiedlichen Gruppen Teilzeitbeschäftigter, sondern eine bestimmte Personengruppe teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer mit Vollzeitbeschäftigten. 22



- c) Das Verbot der schlechteren Behandlung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ist ein gesetzlich geregelter Sonderfall des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG (*Senat 24. Juni 2004 - 6 AZR 389/03 - AP BAT § 34 Nr. 10; ErfK/Preis 7. Aufl. § 4 TzBfG Rn. 8*). § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ist deshalb im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG auszulegen. 23
- aa) Die Tarifvertragsparteien sind jedenfalls mittelbar an die Grundrechte und damit auch an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Aus dem Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (*Senat 27. Mai 2004 - 6 AZR 129/03 - BAGE 111, 8, 18; im Ergebnis auch BAG 16. August 2005 - 9 AZR 378/04 - AP TVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 8 = EzA GG Art. 3 Nr. 103*). Bei einer ungleichen Behandlung von Personengruppen unterliegt der Normgeber regelmäßig einer umso strengeren Bindung, je mehr nach personenbezogenen Merkmalen differenziert wird. Gleiches gilt, wenn eine ungleiche Behandlung von Sachverhalten mittelbar eine ungleiche Behandlung von Personengruppen bewirkt. Bei lediglich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung vor allem davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird. Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Normgebers umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann. Bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, ist zu prüfen, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können. Verhaltensbezogene Ungleichbehandlungen sind demgegenüber lediglich am Willkürverbot zu messen. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegt in diesen Fällen nur vor, wenn die Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist (*BVerfG 14. Dezember 1994 - 1 BvR 720/90 - NJW 1995, 2977, 2979, zu C I 5 a der Gründe; ErfK/Dieterich Art. 3 GG Rn. 40 f. mwN*). 24
- bb) Den Tarifvertragsparteien kommt in Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen eine Einschätzungsprärogative zu. Dabei können - soweit feststellbar - auch typische Sachzwänge der kollektiven Vertragsform sowie koalitionsspezifische Interessen berücksichtigt werden (*Senat 27. Mai 2004 - 6 AZR* 25



129/03 - BAGE 111, 8, 20; BAG 30. August 2000 - 4 AZR 563/99 - BAGE 95, 277, 290).

3. Durch § 4 Abs. 1 des 77. Änderungs-TV werden geringfügig Beschäftigte ohne sachlichen Grund schlechter als Vollzeitbeschäftigte behandelt. 26
- a) Das Verbot des § 4 Abs. 1 TzBfG gilt für alle Formen der Teilzeitbeschäftigung. Dazu gehören gemäß § 2 Abs. 2 TzBfG auch geringfügige Beschäftigungen iSd. § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV (vgl. *MünchKommBGB/Müller-Glöge 4. Aufl. § 4 TzBfG Rn. 40*). Eine solche entgeltgeringfügige Beschäftigung hat die Klägerin in der Zeit vom 1. Januar 1989 bis zum 31. Juli 1995 ununterbrochen bei der Beklagten ausgeübt. 27
- b) Die Übergangsvorschrift des § 4 Abs. 1 des 77. Änderungs-TV bewirkt eine schlechtere Behandlung von geringfügig Beschäftigten gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten. Diese Bestimmung sieht nur für geringfügig beschäftigte und nicht auch für vollzeitbeschäftigte Angestellte einen teilweisen Ausschluss von Beschäftigungszeiten vor. 28
- c) Die durch § 4 Abs. 1 des 77. Änderungs-TV bewirkte Nichtberücksichtigung von Zeiten geringfügiger Beschäftigung, die von Angestellten des öffentlichen Dienstes bis zum 31. Dezember 2001 zurückgelegt worden sind, stellt eine personenbezogene Ungleichbehandlung dar. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass die Benachteiligten den begünstigenden Sachverhalt in ihrer Person nicht oder nur schwer erfüllen können, wie das bei der Differenzierung von Arbeitern und Angestellten der Fall ist (vgl. *BVerfG 30. Mai 1990 - 1 BvL 2/83 ua. - BVerfGE 82, 126, 146*). Den betroffenen geringfügig Beschäftigten war es nicht möglich, die sich aus dem Beschäftigungsumfang ergebenden nachteiligen Folgen durch eigenes Verhalten zu vermeiden. Sie konnten nicht einseitig die Dauer der Arbeitszeit verlängern. 29
- d) Es gibt keinen sachlichen Grund dafür, Zeiten geringfügiger Beschäftigung erst ab dem Inkrafttreten des 77. Änderungs-TV am 1. Januar 2002 als Beschäftigungszeit iSv. § 19 Abs. 1 BAT zu berücksichtigen. 30
- aa) Stichtagsregelungen sind zwar als „Typisierung in der Zeit“ ungeachtet der damit verbundenen Härten zur Abgrenzung des begünstigten Personenkreises grundsätzlich zulässig. Erforderlich ist jedoch, dass sich die Wahl des Zeitpunkts am zu regelnden Sachverhalt orientiert und die Interessenlage der Betroffenen angemessen 31



erfasst (Senat 11. Dezember 2003 - 6 AZR 64/03 - BAGE 109, 110; BAG 28. Juli 2004 - 10 AZR 19/04 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 257 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 2; BVerfG 6. Dezember 1988 - 1 BvL 5,6/85 - BVerfGE 79, 212, 219 f.).

bb) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Regelung sei sachlich gerechtfertigt, weil die Ausübung einer geringfügigen Beschäftigung in früheren Zeiten einer über ihren Ehemann sozial abgesicherten Hausfrau dazu gedient habe, die Möglichkeit einer auswärtigen Beschäftigung und eines Hinzuverdienstes zu eröffnen, weshalb die Anwendung des BAT auf dieses Arbeitsverhältnis nicht geboten gewesen sei, ist nicht geeignet, die Ungleichbehandlung zu begründen. Unabhängig von der Frage, ob die Annahme des Landesarbeitsgerichts in tatsächlicher Hinsicht überhaupt zutreffend ist, rechtfertigt der Status „Hausfrau eines sozial abgesicherten Ehemannes“ nicht eine Benachteiligung bei den materiellen Arbeitsbedingungen gegenüber Vollzeitkräften und auch anderen, nicht geringfügig beschäftigten Teilzeitkräften. Nach dieser Begründung ist letztlich das Geschlecht das maßgebende Differenzierungsmerkmal. Das ist mit Art. 3 Abs. 3 GG nicht vereinbar. Eine Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten gegenüber Vollzeitbeschäftigten kann auch nicht damit begründet werden, der Teilzeitbeschäftigte sei auf die Ausübung der Tätigkeit zur Sicherung der Existenzgrundlage nicht angewiesen, denn im Arbeitsverhältnis gilt nicht das Alimentationsprinzip (vgl. BAG 1. November 1995 - 5 AZR 84/94 - BAGE 81, 233, 244).

32

cc) Auch die weitere Begründung des Landesarbeitsgerichts, die obergerichtliche Rechtsprechung habe sich erst seit Anfang der neunziger Jahre mit der Frage der Zulässigkeit der Differenzierung zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten befasst, weshalb die Tarifvertragsparteien den 1. Januar 2002 als Stichtag für die Berücksichtigung von Zeiten geringfügiger Beschäftigung wählen konnten, ist unzutreffend. Bereits unter der Geltung des zum 1. Mai 1985 in Kraft getretenen BeschFG 1985 war durch § 2 Abs. 1 BeschFG 1985 eine Benachteiligung wegen Teilzeitarbeit unwirksam. Der Umfang der Arbeitszeit war schon nach der damals geltenden Rechtslage kein taugliches Differenzierungsmerkmal für unterschiedliche Arbeitsbedingungen. Dies hat das Bundesarbeitsgericht in mehreren Urteilen Ende der achtziger Jahre ausgeführt (Senat 9. Februar 1989 - 6 AZR 174/87 - BAGE 61, 77, 85 f.; BAG 29. August 1989 - 3 AZR 370/88 - BAGE 62, 334, 337).

33

dd) Die Nichtberücksichtigung von Zeiten geringfügiger Beschäftigung vor dem 1. Januar 2002 kann auch nicht damit begründet werden, geringfügig Beschäftigte sei-

34



en überwiegend als Aushilfskräfte tätig und deshalb nicht wie die Stammbesellschaft in die Arbeitsorganisation eingebunden. Ein Aushilfsarbeitsverhältnis liegt vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis von vornherein nicht auf Dauer eingehen will, sondern nur, um einen vorübergehenden Bedarf an Arbeitskräften zu decken, der nicht durch den normalen Betriebsablauf, sondern durch den Ausfall von Stammkräften oder durch einen zeitlich begrenzten zusätzlichen Arbeitsanfall begründet ist. Dabei muss der Inhalt des Arbeitsvertrags die nur vorübergehend beabsichtigte Beschäftigung deutlich ausweisen und darüber hinaus der Tatbestand des nur vorübergehenden Bedarfs auch objektiv vorliegen (*BAG 22. Mai 1986 - 2 AZR 392/85 - AP BGB § 622 Nr. 23 = EzA BGB § 622 nF Nr. 24, zu B I 1 a der Gründe*). Aushilfen werden insbesondere als Ersatz für krankheits- oder urlaubsbedingt abwesende Arbeitnehmer oder zur Bewältigung eines kurzfristigen größeren Arbeitsbedarfs eingestellt. Geringfügig Beschäftigte können zwar auch als Aushilfen in diesem Sinne tätig sein. Der Regelfall ist das jedoch nicht, weil zur Vertretung eines ausgefallenen Stammarbeitnehmers eine längere Arbeitszeit vereinbart werden muss.

Die sich aus dem Beschäftigungsumfang ergebende mangelnde Eingliederung in die Arbeitsorganisation ist nicht geeignet, die durch § 4 Abs. 1 des 77. Änderungs-TV bewirkte unterschiedliche Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten zu rechtfertigen. Dieser Gesichtspunkt knüpft unmittelbar an die Dauer der Arbeitszeit an, die wiederum gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG nicht für eine unterschiedliche Behandlung herangezogen werden kann. Der vorliegende Fall macht im Übrigen deutlich, dass auch geringfügig Beschäftigte in den Arbeitsablauf eingegliedert sein können. Die Klägerin war als Erzieherin in dem Kindergarten der Beklagten eine von drei Beschäftigten, die sich die Kinderbetreuung teilten. Sie war dadurch wie die anderen Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation eingebunden.

35

ee) Die besondere steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung geringfügig Beschäftigter kommt als Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht. Der Senat hat bereits im Jahre 1996 entschieden, dass der Ausschluss versicherungsfreier Studenten aus dem Geltungsbereich des BAT durch § 3 Buchst. n BAT aF im Verhältnis zu anderen von der Tarifregelung erfassten Teilzeitbeschäftigten mit gleichem Arbeitsumfang gleichheitswidrig und deshalb unwirksam ist (*Senat 28. März 1996 - 6 AZR 501/95 - BAGE 82, 344*). Die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Differenzierungen verfolgen öffentlich-rechtliche und zum Teil auch arbeitsmarktpolitische Zwecke. Eine un-

36



terschiedliche Behandlung bei den Arbeitsbedingungen lässt sich hieraus jedoch nicht rechtfertigen. Diese Erwägungen gelten in gleicher Weise für geringfügig Beschäftigte.

ff) Soweit das Bundesarbeitsgericht angenommen hat, der tarifvertragliche Ausschluss von geringfügig Beschäftigten aus der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst sei auf Grund des von den Tarifvertragsparteien gewählten Gesamtversorgungssystems jedenfalls bis zur Neuregelung des Rechts der geringfügigen Beschäftigung mit Wirkung zum 1. April 1999 sachlich gerechtfertigt (*BAG 22. Februar 2000 - 3 AZR 845/98 - AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 44 = EzA BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 18*), ergibt sich hieraus kein Rechtfertigungsgrund für die vorliegende Stichtagsregelung. Der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat seine Entscheidung im Wesentlichen mit den Besonderheiten des von den Tarifvertragsparteien gewählten Gesamtversorgungssystems begründet. Insoweit liegt eine am konkreten Regelungsgegenstand orientierte sachliche Differenzierung zwischen geringfügig Beschäftigten und den übrigen Arbeitnehmern vor. Demgegenüber ergibt sich weder aus § 4 Abs. 1 des 77. Änderungs-TV noch aus dem tariflichen Regelungszusammenhang ein sachlicher Grund für die getroffene Stichtagsregelung. Ein solcher Rechtfertigungsgrund kann insbesondere nicht in der Vermeidung eines höheren Verwaltungsaufwands bei der Neuberechnung der Beschäftigungszeiten gesehen werden. Die nach § 4 Abs. 1 TzBfG und Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Gleichbehandlung darf nicht wegen möglicher Schwierigkeiten bei ihrer praktischen Umsetzung unterbleiben (*Senat 15. Mai 1997 - 6 AZR 40/96 - BAGE 86, 1, 6*).

gg) Durch die weitergehende Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten wird auch der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergebende Vertrauensschutz vor rückwirkenden Belastungen nicht berührt. Auf Grund der dargestellten Rechtsprechung konnten die Tarifvertragsparteien und die Tarifunterworfenen nicht darauf vertrauen, dass die in § 4 Abs. 1 des 77. Änderungs-TV enthaltene Übergangsregelung einer Überprüfung am Maßstab des § 4 Abs. 1 TzBfG iVm. Art. 3 Abs. 1 GG standhält.

4. Der Verstoß gegen § 4 Abs. 1 TzBfG führt nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der die Klägerin benachteiligenden Übergangsvorschrift. Die Zeiten der geringfügigen Beschäftigung gelten deshalb als Beschäftigungszeit iSv. § 19 Abs. 1 BAT und sind damit auch bei der Berechnung der Beschäftigungszeit nach § 53 Abs. 3 BAT zu berücksichtigen.



- III. Ob eine Umdeutung (§ 140 BGB) der von der Beklagten erklärten ordentlichen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist möglich ist, bedarf letztlich keiner Entscheidung, denn eine solche außerordentliche Kündigung wäre gleichfalls unwirksam. 40
1. Für die im Schrifttum vertretene Auffassung, eine ordentliche Kündigung könne in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist umgedeutet werden (vgl. Bröhl *Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist* S. 251 f.; *ErfK/Müller-Glöge* § 620 BGB Rn. 58), spricht, dass die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist die gleichen Wirkungen wie eine ordentliche Kündigung hat. Soweit der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer älteren Entscheidung angenommen hat, die Umdeutung einer ordentlichen Kündigung, die wegen Verstoßes gegen tarifvertragliche Unkündbarkeitsregelungen unwirksam sei, in eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist sei nicht möglich, weil der Arbeitnehmer gegen eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist nicht nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG gemäß § 13 Abs. 3 KSchG geltend machen könne, die Kündigung sei aus anderen Gründen - dem Verstoß gegen die tariflichen Kündigungsbeschränkungen - unwirksam (*BAG 12. September 1974 - 2 AZR 535/73 - AP TVAL II § 44 Nr. 1, zu III der Gründe*), dürfte dem seit der zum 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Änderung des § 4 Satz 1 KSchG der Boden entzogen sein. Auch wenn die Kündigung gegen tarifvertragliche Kündigungsbeschränkungen verstößt, hat der Arbeitnehmer nunmehr innerhalb der Drei-Wochen-Frist Kündigungsschutzklage zu erheben (vgl. *KR-Friedrich* 8. Aufl. § 13 KSchG Rn. 260; v. *Hoyningen-Huene/Linck* KSchG 14. Aufl. § 4 Rn. 17; *Stahlhake/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis* 9. Aufl. Rn. 1735). 41
2. Eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist wäre vorliegend gleichfalls unwirksam. 42
- a) Nach dem Wortlaut des § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 BAT berechtigen dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Angestellten entgegenstehen, den Arbeitgeber nicht zur Kündigung aus wichtigem Grund. Wenn eine Beschäftigung zu den bisherigen Bedingungen aus dienstlichen Gründen nachweisbar nicht möglich ist, kann der Arbeitgeber nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 2 BAT das Arbeitsverhältnis nur zum Zwecke der Herabstufung um eine Vergütungsgruppe kündigen. Diese Regelung bedarf allerdings der Korrektur. Sie enthält eine unzumutbare Kündigungserschwerung, weil auch im öffentlichen Dienst Fälle denkbar sind, in denen 43



dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung schlechthin entgegenstehen (vgl. *KR-Fischermeier* § 626 BGB Rn. 66; *Bröhl ZTR* 2006, 174, 179; *Münch-KommBGB/Henssler* § 626 Rn. 56; *Schaub/Linck ArbR-Hdb.* 11. Aufl. § 125 Rn. 15; *ErfK/Müller-Glöge* § 626 BGB Rn. 235). Es sind Extremfälle denkbar, in denen auch ein tariflich unkündbarer Angestellter des öffentlichen Dienstes nach § 626 BGB unter Gewährung einer notwendigen Auslaufzeit außerordentlich betriebsbedingt gekündigt werden können muss, denn das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist unabdingbar (vgl. *KR-Fischermeier* § 626 BGB Rn. 57 mwN). Die Anforderungen an eine derartige außerordentliche Kündigung sind jedoch erheblich. Es geht darum zu verhindern, dass ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über einen langen Zeitraum hinweg allein noch durch Gehaltszahlungen aufrechterhalten wird und dadurch der öffentliche Arbeitgeber in erhebliche, vor allem finanzielle Schwierigkeiten gerät (*dazu BAG* 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01 - *BAGE* 102, 40, 45). Besteht noch irgendeine Möglichkeit, die Fortsetzung eines völlig sinnentleerten Arbeitsverhältnisses zu vermeiden, ist es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar, diese andere Möglichkeit zu wählen (*BAG* 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - *AP BGB* § 626 Nr. 181 = *EzA BGB* 2002 § 626 *Unkündbarkeit* Nr. 2).

b) Die Voraussetzungen einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit Auslaufzeit liegen nicht vor. In dem Kindergarten, in dem die Klägerin bis zu ihrer Kündigung beschäftigt war, gab es zum Zeitpunkt der Kündigung noch eine sozialpädagogische Assistentin, die nicht unkündbar war. Die Beklagte hätte zur Vermeidung der Kündigung der Klägerin dieser Arbeitnehmerin kündigen können. Ggf. hätte die Beklagte der Klägerin zusätzlich noch eine Änderungskündigung mit dem Ziel der Herabgruppierung aussprechen können.

IV. Die Beklagte hat gem. § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Fischermeier

Dr. Armbrüster

Linck

Gebert

Spiekermann



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)

