

Skript
Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

A. Grundlagen und Grundbegriffe des Arbeitsrechts	3
I. Was bedeutet „Arbeitsrecht“?	3
II. Was ist Ziel des Arbeitsrechts?	3
III. Begriffe Arbeitnehmer - Arbeitgeber	3
IV. Abgrenzung Werkvertrag - Dienstvertrag - Arbeitsvertrag	4
V. Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst	4
VI. Rechtsquellen des Arbeitsrechts	5
B. Tarifbindung	6
I. Begriff des Tarifvertrags	6
II. Erfordernisse eines Tarifvertrags	6
III. Inhalt von Tarifverträgen	7
IV. Geltung grds. nur für beiderseits Tarifgebundene	8
V. Tarifverträge des öffentlichen Dienstes: TVöD und TV-L	11
C. Begründung des Arbeitsverhältnisses	13
I. Anbahnung des Arbeitsverhältnisses - Bewerberauswahl	13
II. Einschränkung der Bewerberauswahl im öffentlichen Dienst: Bestenauslese ..	14
III. Diskriminierungsverbote im Einstellungsverfahren - das AGG	15
IV. Der Abschluss des Arbeitsvertrages	23
V. Rechtslage bei nichtigem Arbeitsvertrag	28
D. Pflichten des Arbeitnehmers	30
I. Die Arbeitspflicht als Hauptpflicht	30
II. Nebenpflichten des Arbeitnehmers	40
E. Rechte des Arbeitnehmers	44
I. Entgeltanspruch (inkl. Tarifautomatik)	44
II. AN-Ansprüche aus Nebenpflichten des AG	59
F. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	70
I. Übersicht der wichtigsten Beendigungstatbestände	70
II. Die ordentliche (= fristgemäße) Kündigung	70
III. Die außerordentliche Kündigung	84
G. Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis	90
I. Arbeitsversäumnis wegen Krankheit	90
II. Arbeitsversäumnis wegen Schwangerschaft und Mutterschaft	91
III. Arbeitsversäumnis aus (sonstigen) persönlichen Gründen	92
IV. Entgelt bei Annahmeverzug des Arbeitgebers	93
V. Entgelt bei Betriebsstörungen („Betriebsrisiko“ und „Wirtschaftsrisiko“)	94
H. Haftung des Arbeitnehmers für Schäden	97

A. Grundlagen und Grundbegriffe des Arbeitsrechts

I. Was bedeutet „Arbeitsrecht“?

Arbeitsrecht ist die Summe aller Rechtsregeln, die sich mit der Arbeit der Arbeitnehmer beschäftigen (also mit der in abhängiger Tätigkeit geleisteten Arbeit).

II. Was ist Ziel des Arbeitsrechts?

Das Arbeitsrecht bezweckt:

- den Schutz des Arbeitnehmers
- und den Ausgleich des Interessenkonflikts zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber

Diesem Ziel dienen u.a. folgende Gesetze:

- Kündigungsschutzgesetz - KSchG
- Bundesurlaubsgesetz - BUrlG
- Mutterschutzgesetz - MuSchG
- Entgeltfortzahlungsgesetz - EFZG
- Teilzeit- und Befristungsgesetz - TzBfG
- Betriebsverfassungsg (→ Betriebsrat) / Landespersonalvertretungsg (→ Personalrat)

III. Begriffe Arbeitnehmer - Arbeitgeber

Arbeitnehmer (AN)

ist eine natürliche Person, die auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611a BGB). Der AN arbeitet also unselbständig, in sozial abhängiger Stellung.

Arbeitgeber (AG)

ist, wer wenigstens einen Arbeitnehmer beschäftigt (d.h., wer aufgrund eines privatrechtlichen Dienstvertrags gegen Entgelt von einer anderen Person Arbeitsleistungen verlangen kann, wobei diese weisungsunterworfen ist).

Der Arbeitsvertrag ist regelmäßig abzugrenzen

- vom Werkvertrag
- und vom (selbständigen) Dienstvertrag.

Warum ist es so wichtig zu wissen, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht?

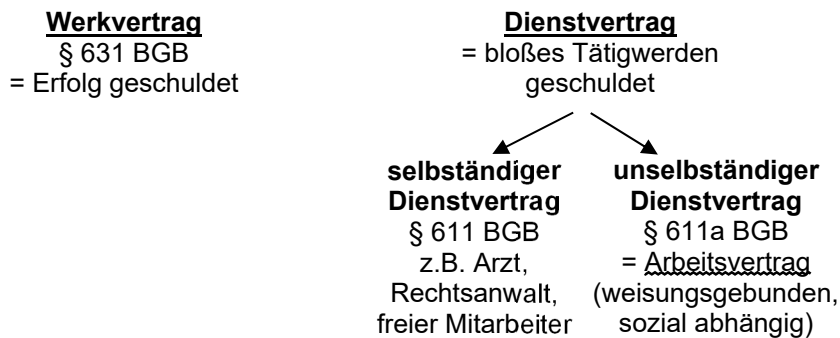
- Grund 1: Nur für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis ist der Rechtsweg zum Arbeitsgericht eröffnet, § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG.
- Grund 2: Die Schutzvorschriften zugunsten der AN (das gesamte Arbeits- und Personalvertretungsrecht) finden nur auf AN Anwendung! Vgl. z.B. § 1 Abs. 1 KSchG.

Es ist daher für den AG verlockend, Arbeitsverträge zu vermeiden¹ und stattdessen einzelne Tätigkeiten oder ganze Arbeitsbereiche auszulagern durch den Abschluss

- von Werkverträgen
- oder von selbständigen Dienstverträgen.

¹ Bedeutsam ist dies auch sozialversicherungsrechtlich (Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Unfallversicherung, Rentenversicherung sowie Arbeitslosenversicherung, die es nur beim AN gibt).

IV. Abgrenzung Werkvertrag - Dienstvertrag - Arbeitsvertrag



1. Werkvertrag

Beim Werkvertrag (§ 631 BGB) schuldet der Auftragnehmer einen Erfolg, den er eigenverantwortlich und eigenständig erbringt. Allein für diesen Erfolg wird das Honorar gezahlt.

2. Dienstvertrag

a. „Selbständiger“ Dienstvertrag

Beim Dienstvertrag (§ 611 BGB) schuldet der Verpflichtete eine Tätigkeit (Dienste), die er eigenverantwortlich und eigenständig zu erbringen hat.

Der Dienstvertrag, den § 611 BGB behandelt, kann auch als „selbständiger“ Dienstvertrag bezeichnet werden.

b. Arbeitsvertrag (= „unselbständiger“ Dienstvertrag)

Der Arbeitsvertrag (§ 611a BGB) ist ein Unterfall des Dienstvertrags.

Definition: Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Dienstvertrag, der eine natürliche Person (den Arbeitnehmer)

- (erstens) *weisungsgebunden* (d.h. unselbständig) und
- (zweitens) in *sozial abhängiger* Stellung zu entgeltlicher Tätigkeit verpflichtet.

Zur Abgrenzung bedient sich die Rechtsprechung einer Vielzahl von Indizien, anhand derer sie dann im Einzelfall feststellt:

- unselbständig (also Arbeitsvertrag)
- oder selbständig (also kein Arbeitsvertrag)?

Solche Indizien können zB sein:

Wie stark ist der Dienstverpflichtete den Weisungen des Dienstgebers ausgesetzt hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Dienstleistung? Wie stark ist der Dienstverpflichtete räumlich und organisatorisch eingegliedert in den Betriebsablauf des Dienstgebers? Usw.

V. Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst

Als Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst gelten Personen, die aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages bei einer juristischen Person des *öffentlichen* Rechts weisungsabhängig tätig sind (einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten).

Welche Auswirkungen hat das?

Für AN im öffentlichen Dienst gelten z.T. Sonderregelungen:

- Art. 33 Abs. 2 GG, der Grundsatz der Bestenauslese, gilt nur für Beamte und AN im öff. Dienst².

² Deutlich LAG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 29.07.2008, Az. 8 Sa 600/07: „Art. 33 Abs. 2 GG gilt ausschließlich für Bund, Länder, Gemeinden und sonstige Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts. Bei privatrechtlichen Rechtspersonen gibt es grundsätzlich keine öffentlichen Ämter iSd. Art. 33 Abs. 2 GG. (...) Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klinikum M gGmbH eine hundertprozentige Tochter der Beklagten [Stadt] ist und dem öffentlichen Dienst im weiteren Sinne angehören mag.“

- Der TVöD bzw. der TV-Länder gelten im öffentlichen Dienst praktisch durchweg, weil die öffentlichen Arbeitgeber ganz überwiegend Mitglied im jeweiligen AG-Verband sind (nämlich in der VKA = Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände bzw. in der TdL = Tarifgemeinschaft deutscher Länder) und den Tarifvertrag auch auf Nicht-Gewerkschaftsmitglieder anwenden (idR durch Inbezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag).

VI. Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Die wichtigsten Rechtsquellen des Arbeitsrechts sind:

- Recht der Europäischen Gemeinschaft
 - primäres Gemeinschaftsrecht (EUV)
 - z.B. Arbeitnehmerfreizügigkeit
 - sekundäres Gemeinschaftsrecht (EU-Richtlinien und EU-Verordnungen)
 - z.B. Richtlinie 76/207/EWG: Gleichbehandlung von Mann und Frau beim Berufszugang
- Grundgesetz
 - z.B. Art. 9 Abs. 3 GG: Koalitionsfreiheit
 - Weitere Grundrechte, die im Arbeitsrecht Bedeutung haben können:
 - Art. 1 GG (Menschenwürde), Art. 2 GG (allg. Handlungsfreiheit),
 - Art. 3 GG (Gleichheitsgrundsatz), Art. 4 GG (Religionsfreiheit),
 - Art. 5 GG (Meinungsfreiheit), Art. 6 GG (Schutz von Ehe und Familie),
 - Art. 12 GG (Berufsfreiheit)
- Gesetze, Satzungen, Rechtsverordnungen
 - z.B. (Bundesgesetze): BGB, KündigungsschutzG, BundesurlaubsG, Betriebsverfassungsg, Mitbestimmungsg
 - auf Länderebene? zB Feiertagsgesetz
- Tarifverträge, z.B. TVöD, TV-L
- Betriebsvereinbarungen (§ 77 Betriebsverfassungsg) bzw. (im öffentlichen Dienst) Dienstvereinbarungen (§ 85 LPVG)
- Arbeitsverträge
- betriebliche Übung
 - Das ist
 - die regelmäßige Wiederholung gleichförmiger Verhaltensweisen,
 - die denjenigen, der sich (vorbehaltlos) gleichförmig verhält (meist der AG)
 - gegenüber dem Vertragspartner (meist der AN) rechtlich bindet.
- Direktionsrecht des AG

Enthalten einzelne der Rechtsquellen unterschiedliche Regelungen, stellt sich die Frage: Welche Rechtsquelle setzt sich nun durch? Für diese Fälle gibt es Konfliktregeln:

(1) Rangprinzip

Grundsätzlich gilt: Die ranghöhere Regelung hat Vorrang vor der rangniedrigeren.

(2) Günstigkeitsprinzip

Im Arbeitsrecht gilt: Die rangniedrigere Regelung setzt sich dennoch durch, *wenn* sie die für den AN günstigere Regelung darstellt (Ausnahme: Die ranghöhere Regelung ist zwingend.)

Beispiel:

Der A ist Arbeitnehmer beim Landkreis Ortenaukreis.

- BUrlG: Der Jahresurlaub beträgt 20 Tage (bei einer 5-Tage-Woche)
- Tarifvertrag (§ 26 Abs. 1 Satz 2 TVöD): 30 Tage
- Dienstvereinbarung am LRA Ortenaukreis: 31 Tage
- Arbeitsvertrag: 32 Tage

Was gilt nun?

B. Tarifbindung

I. Begriff des Tarifvertrags

Der Begriff des Tarifvertrags ist in §§ 1, 2 TVG definiert:

Ein Tarifvertrag ist

- ein Vertrag zwischen einem oder mehreren Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden und einer oder mehreren Gewerkschaften
(Tarifvertragsparteien)
- zur Regelung von arbeitsrechtlichen Rechten und Pflichten der Tarifvertragsparteien
(schuldrechtlicher Teil des TV)
- und zur Festlegung von Rechtsnormen über Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen und gemeinsame Einrichtungen der Vertragsparteien.
(normativer Teil des TV)

Es gibt verschiedene Arten von Tarifverträgen:

- Haustarifvertrag oder Firmentarifvertrag
TV mit nur *einem* Arbeitgeber (oder einzelnen Arbeitgebern)

Bsp: Haustarifvertrag bei der Volkswagen AG oder bei der BMW AG
- Verbandstarifvertrag
TV zwischen einem oder mehreren *Arbeitgeberverbänden* und einer oder mehreren Gewerkschaften

Bsp: Lohntarifvertrag für die Holzindustrie und Kunststoffverarbeitung in BW
TVöD (mit der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände = Vka)
TV-L (Tarifgemeinschaft der Länder = TdL)
- In Vergütungstarifverträgen
wird (nur) die Höhe der Vergütung geregelt, die der Arbeitnehmer für seine erbrachte Arbeitsleistung erhält. Gegenstand ist also die konkrete Mindesthöhe der Vergütung für eine explizit genannte Tätigkeit in einer exakt definierten Branche.

Bsp: Vergütungstarifvertrag für die Beschäftigten in der Wohnungswirtschaft
Vergütungstarifvertrag für Zahnmedizinische Fachangestellte/Zahnarzthelferinnen
- Manteltarifvertrag oder Rahmentarifvertrag
Er enthält (auch) längerfristige, allgemeinere Regelungen, also sozusagen den „Mantel“ der spezielleren Tarifverträge. Typische Regelungsgegenstände sind: Einstellungs- und Kündigungsbedingungen, Urlaubsdauer, Arbeitszeitregelungen, Regelungen zu Krankheit, Krankmeldung, Lohnfortzahlung usw.

Bsp: Manteltarifvertrag f. d. Arbeitnehmer d. bayerischen Metall- und Elektroindustrie
Auch TVöD und TV-L gehören hierher

II. Erfordernisse eines Tarifvertrags

1. Vertrag (§ 1 Abs. 1 TVG)
 - für das Zustandekommen gelten die §§ 145 ff. BGB.
 - Schriftform (§ 1 Abs. 2 TVG)
2. Tariffähigkeit der Tarifvertragsparteien (§ 2 TVG)
Fähig, einen TV abzuschließen, sind
 - Arbeitgeberverbände / einzelne Arbeitgeber
 - und Gewerkschaften.

3. Tarifzuständigkeit

Die Vertragspartei muss für den Personenkreis zuständig sein, dessen Arbeitsbedingungen der TV regelt (z.B. IG Metall für Beschäftigte metallverarbeitender Betriebe, verdi für Beschäftigte im öffentlichen Dienst usw.). Die Zuständigkeit ergibt sich aus der Satzung der jeweiligen Tarifpartei.

III. Inhalt von Tarifverträgen

Ein Tarifvertrag kann enthalten:

1. Schuldrechtlicher Teil

Er regelt Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien untereinander (§ 1 Abs. 1 TVG). D.h.: Diese Regelungen wirken nur zwischen den beteiligten Vertragspartnern, also zwischen dem beteiligten Arbeitgeber(verband) und der beteiligten Gewerkschaft, nicht auch gegenüber deren Mitgliedern.

Beispiele: - Friedenspflicht (relative³ / absolute⁴)
 - Durchführungspflicht (sie gilt stets als mitvereinbart)
 - Vereinbarung eines Schiedsgerichts

2. Normativer Teil

§ 4 Abs. 1 TVG bestimmt: Der normative Teil des Tarifvertrags wirkt unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen.

- ▶ „unmittelbar und zwingend“
 bedeutet, dass die vereinbarten Tarifnormen
 - wie ein Gesetz auf das Arbeitsverhältnis einwirken
 - und entgegenstehende Vereinbarungen verdrängen. Diese sind nichtig.

Ausnahmen (§ 4 Abs. 3 TVG):

Vom Tarifvertrag abweichende Abmachungen sind zulässig
 - wenn der Tarifvertrag sie gestattet (sog. Öffnungsklausel)
 - oder wenn sie für den AN günstiger sind (Günstigkeitsprinzip).

- ▶ für „beiderseits Tarifgebundene“
 Achtung! Der normative Teil gilt grds. nur für die „beiderseits Tarifgebundenen“! Tarifgebundenheit bedeutet Mitgliedschaft bei einer Tarifvertragspartei, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat, § 3 Abs. 1 TVG.

Im normativen Teil können gemäß § 1 TVG Rechtsnormen vereinbart werden,

- die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen (§ 4 Abs. 1 TVG).
- Außerdem können hier betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen geschaffen werden (§ 3 Abs. 2 TVG).

Im Einzelnen:

- Beispiele für „Inhaltsnormen“.
 Das sind Normen, die direkt den Inhalt der Arbeitsverträge regeln.
 Hierher gehören:
 -- Regelungen über den Lohn
 (Lohnhöhe, Bemessungsgrundlagen wie Zeit- oder Akkordlohn)
 -- Regelungen zur Arbeitszeit
 -- Regelungen zum Weihnachtsgeld
 -- Regelungen zum Urlaub
 usw.
- Beispiele für „Abschlussnormen“
 Das sind Normen, die die Begründung von Arbeitsverhältnissen regeln

³ Die relative Friedenspflicht enthält das Verbot von Arbeitskämpfen, die darauf abzielen, das *im Tarifvertrag Vereinbarte* zu ändern. Diese relative Friedenspflicht gilt auch dann als vereinbart, wenn sie nicht ausdrücklich in den Tarifvertrag aufgenommen wurde.

⁴ Dagegen meint „absolute“ Friedenspflicht, dass während der Laufzeit des Tarifvertrags *jeglicher Arbeitskampf* verboten ist. Diese „absolute“ Friedenspflicht gilt nur, wenn sie ausdrücklich im Tarifvertrag vereinbart wurde.

Hierher gehören:

- Formvorschriften (wie eine zwingende Schriftform für Arbeitsverträge)
 - Abschlussverbote
 - (zB kann vereinbart werden, dass die Zahl der Praktikanten und Azubis einen bestimmten Prozentsatz der Zahl aller Beschäftigten nicht überschreiten darf)
 - Abschlussgebote
 - (so könnte man zB vereinbaren, dass ein bestimmter Prozentsatz aller Beschäftigten über 50 Jahre alt sein muss).
- Und schließlich Beispiele für „Beendigungsnormen“
Hierher gehören v.a.
- Einschränkungen des Rechts zur ordentlichen Kündigung („Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen bis...“)
- „Betriebliche Normen“
Sie regeln z.B.
- Einrichtungen
 - (wie die Werkskantine oder Waschräume oder Einrichtungen zum Arbeitsschutz)
 - Sie können aber auch als Ordnungsnormen die betriebliche Ordnung regeln
 - (zB ein Rauchverbot enthalten oder die Anwesenheitskontrolle per Stechuhr usw.)
- Schließlich sind auch noch betriebsverfassungsrechtliche Normen möglich.
Diese beschäftigen sich mit dem Betriebsrat, ergänzen also das BetrVG.
Allerdings lässt das BetrVG nur in engen Grenzen Ergänzungen zu.
- So können Sparten-Betriebsräte gebildet werden (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG)
 - Oder es kann die Mitgliederzahl im Gesamtbetriebsrat geändert werden (§ 47 Abs. 4 BetrVG).

IV. Geltung grds. nur für beiderseits Tarifgebundene

1. Grundsätzlich gelten die Rechtsnormen des Tarifvertrags nur für „beiderseits Tarifgebundene“, § 4 Abs. 1 TVG.

Tarifgebunden sind gemäß § 3 Abs. 1 TVG

- der (Einzel-)Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrags ist
 - sowie die „Mitglieder der Tarifvertragsparteien“, also
 - diejenigen AG, die Mitglieder des abschließenden AG-Verbandes sind
 - und diejenigen AN, die Mitglieder der abschließenden Gewerkschaft sind
- und die der Tarifvertrag inhaltlich betrifft.

Wann beginnt und wann endet die Tarifgebundenheit?

- Die Tarifgebundenheit beginnt
 - für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien mit dem Wirksamkeitsbeginn des Tarifvertrags
 - und für diejenigen, die erst danach Mitglied werden, beginnt die Tarifgebundenheit mit dem Erwerb der Mitgliedschaft.
- Wann endet die Tarifgebundenheit?
Diese Frage beantwortet § 3 Abs. 3 TVG:
„Die Tarifgebundenheit bleibt bestehen, bis der Tarifvertrag endet.“

Das bedeutet insbesondere:

Ein Austritt des (tarifgebundenen) AG aus seinem AG-Verband führt nicht dazu, dass die Tarifgebundenheit endet! Die Tarifgebundenheit setzt sich vielmehr fort bis der Tarifvertrag (!!)

⁵ Vgl. zur dann folgenden „Nachwirkung“ des Tarifvertrags § 4 Abs. 5 TVG.

2. Aber auch für Nicht-Tarifgebundene kann ein Tarifvertrag für ein Arbeitsverhältnis gelten, wenn

- er für allgemeinverbindlich erklärt wird (§ 5 TVG)
- oder aufgrund betrieblicher Übung
- oder wenn er in den Arbeitsvertrag einbezogen wird (vertragliche Inbezugnahmeklausel)

a. Zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung

Nach § 5 TVG hat das Bundesarbeitsministerium die Möglichkeit, einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich zu erklären.

Dann gilt der normative Teil auch für die Arbeitsverhältnisse zwischen solchen AN und AG, die bisher nicht tarifgebunden waren, § 5 Abs. 4 Satz 1 TVG. (Bezüglich des TVöD/TV-L besteht keine Allgemeinverbindlichkeitserklärung.)

Die Allgemeinverbindlich-Erklärung setzt voraus, dass sie „im öffentlichen Interesse geboten“ erscheint, § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG.

b. Zur betrieblichen Übung

Wendet ein Arbeitgeber tarifliche Regeln fortdauernd auf alle Arbeitnehmer an (ohne Rücksicht auf deren Tarifgebundenheit), so entsteht eine betriebliche Übung. Spätestens nach dem dritten Mal entsteht ein Recht der nicht-organisierten Arbeitnehmer auf Einbeziehung in die tariflichen Regelungen.

c. Zur einzelvertraglichen Inbezugnahme im Arbeitsvertrag:

Viele AG (auch im öffentlichen Dienst) vereinbaren im Arbeitsvertrag, dass der einschlägige TV allgemein oder teilweise gelten soll („Bezugnahmeklausel“).

Eine typische Formulierung für eine Bezugnahmeklausel lautet:

„Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach den Bestimmungen des TVöD vom 13.09.2005 und den diesen ändernden, ergänzenden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung.“

Exkurs (zur Vertiefung):

Was ist die Folge dieser Bezugnahmeklausel?

- Gegenüber *nicht-organisierten* AN bewirkt die Bezugnahmeklausel:

Die Regelungen des jeweiligen Tarifvertrages werden (aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung) zu *Regelungen des Arbeitsvertrages*⁶. Der jeweilige Tarifvertrag gilt für sie also nicht „aus sich heraus“ (d.h. nicht nach § 4 Abs. 1 TVG), sondern weil er gewissermaßen in den Arbeitsvertrag inkorporiert wurde.

- Wird die Bezugnahmeklausel auch in Arbeitsverträgen mit *organisierten* AN verwendet, so gilt auch dort: Die Regelungen des jeweiligen Tarifvertrages

-- wirken erstens aus sich heraus (wegen der beiderseitigen Tarifgebundenheit, § 4 Abs. 1 TVG).

-- Sie wirken aber „zusätzlich“ auch schuldrechtlich, weil sie auch hier (durch schuldrechtliche Vereinbarung) zu Regelungen des Arbeitsvertrages wurden, also auch hier in den Arbeitsvertrag inkorporiert wurden.

⁶ Das hat die Rechtsprechung früher (für bis zum 31.12.2001 geschlossene Arbeitsverträge) anders gesehen - und eine solche Klausel als „Gleichstellungsklausel“ ausgelegt. Diese Gleichstellungsklausel hatte lediglich zur Folge, dass nicht-organisierte AN *wie organisierte AN* behandelt wurden, d.h. bei ihnen wurde die fehlende Tarifgebundenheit gewissermaßen fingiert, so dass auch auf sie der Tarifvertrag „aus sich heraus“ angewendet werden. Das hatte zur Folge: Wenn der AG aus dem AG-Verband austrat und der Tarifvertrag auslief, so musste der AG den Nachfolge-Tarifvertrag nicht auf die Organisierten anwenden - und wegen der Gleichstellungsklausel auch nicht auf die Nicht-Organisierten.

Diese Rechtsprechung hat das BAG mit Urteil vom 19.04.2007, Az. 4 AZR 652/05 aufgegeben. Das BAG interpretiert die genannte Klausel nunmehr grds. als Bezugnahmeklausel, die den jeweiligen Tarifvertrag in den Arbeitsvertrag inkorporiert, s. o. im Text.

Die „nur“ schuldrechtliche Inbezugnahme des Tarifvertrags hat mehrere Folgen:

Folge 1:

Soweit die Regelungen des Tarifvertrages zwischen den Parteien „nur“ wie jede andere schuldrechtliche Vereinbarung gelten, können die Vertragsparteien (einvernehmlich) von einzelnen Bestimmungen des Tarifvertrages abweichen⁷.

Folge 2:

Tritt der AG aus dem AG-Verband aus und wird danach ein neuer Tarifvertrag geschlossen, dann gilt dieser neue Tarifvertrag nicht aus sich heraus im Betrieb des AG, denn es fehlt ja (inzwischen) an der Tarifgebundenheit des AG.

Aber: Weil im Arbeitsvertrag schuldrechtlich mit jedem AN vereinbart ist, dass in diesem Arbeitsverhältnis auch die Regelungen des jeweiligen Tarifvertrags (als Teil des Arbeitsvertrags) gelten, wirkt auch der neue Tarifvertrag (schuldrechtlich) zwischen den Arbeitsvertragsparteien - und *alle nachfolgenden Tarifverträge ebenfalls!*⁸

Folge 3:

Die Bezugnahme Klausel hat außerdem Konsequenzen, wenn der AG dadurch „Tarifflucht“ betreiben will, dass er einen Teil seines Betriebs auslagert (z.B. auf eine eigene Tochter-GmbH, die nicht tarifgebunden ist).

Durch eine solche Auslagerung kommt es zu einem Betriebsübergang nach § 613a BGB.

Und § 613a Abs. 1 BGB schreibt vor, dass der neue Betriebsinhaber in die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags geregelt, dann werden diese Inhalt des neuen Arbeitsverhältnisses. Bei (bisher) bestehender normativer Bindung dürfen diese frühestens ein Jahr nach Betriebsübergang (einvernehmlich) zum Nachteil der AN geändert werden.

Die dynamische Bezugsklausel in den bestehenden Arbeitsverträgen hat nun grundsätzlich⁹ zur Konsequenz: Sie wird Bestandteil auch des Arbeitsverhältnisses mit dem neuen AG. Das bedeutet: Auch der neue AG muss den derzeitigen *und alle nachfolgenden (!) Tarifverträge* (schuldrechtlich¹⁰) auf die übergegangenen AN anwenden¹¹.

⁷ Bei einer nur teilweisen Inbezugnahme des Tarifvertrags sind die arbeitsvertraglichen Abreden an den Maßstäben des AGB-Rechts zu messen. Die Besonderheit des § 310 Abs. 4 BGB gilt dann nicht.

⁸ Der AG kann das verhindern durch folgende Formulierung im Arbeitsvertrag: „Die dynamische Inbezugnahme des TVöD und der ihn ergänzenden Tarifverträge gilt nur für die Dauer der Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Arbeitgeberverband. Endet oder entfällt die Tarifbindung des Arbeitgebers (z.B. durch Verbandsaustritt), gilt der TVöD und die ihn ergänzenden Tarifverträge mit dem Inhalt weiter, den sie bei Ende der Tarifbindung des Arbeitgebers hatten; der AN hat keinen Anspruch auf Weitergabe künftiger Tarifentwicklungen“.

⁹ Im Nachgang zur „Werhöf-Entscheidung“ des EuGH aus dem Jahr 2006 (EuGH, Urteil v. 9.3.2006, C-499/04 –und der darauf aufbauenden BAG-Rechtsprechung sind unterschiedlichste Fallgestaltungen mit mannigfaltigen Rechtsfolgen als Ausnahme von diesem Grundsatz denkbar.

¹⁰ Anders nach der früheren Rechtsprechung, die in den Bezugnahme Klausel ja nur eine Gleichstellungsklausel sah, welche lediglich zur Konsequenz hatte, dass auch nicht-organisierte AN als organisierte AN betrachtet wurden, also auch für sie der Tarifvertrag „aus sich heraus“ galt. Nach der früheren Rechtsprechung hatte der Betriebsübergang also zur Konsequenz, dass der für die AN im alten Betrieb geltende Tarifvertrag über § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB auch zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem neuen (nicht tarifgebundenen) AG wurde - aber eben nur *dieser* (zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltende) Tarifvertrag, und nicht etwa auch nachfolgende Tarifverträge!

¹¹ Der AG kann das verhindern durch folgende Formulierung im Arbeitsvertrag: „Die dynamische Inbezugnahme des TVöD und der ihn ergänzenden Tarifverträge gilt nur für die Dauer der Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Arbeitgeberverband. Endet oder entfällt die Tarifbindung des Arbeitgebers (z.B. durch Verbandsaustritt *oder durch Betriebsübergang*), gilt der TVöD und die ihn ergänzenden Tarifverträge mit dem Inhalt weiter, den sie bei Ende der Tarifbindung des Arbeitgebers hatten; der AN hat keinen Anspruch auf Weitergabe künftiger Tarifentwicklungen“.

V. Tarifverträge des öffentlichen Dienstes: TVöD und TV-L

Das individuelle Arbeitsrecht der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst wird weitgehend durch Tarifverträge bestimmt - den TVöD bzw. den TV-L¹²:

- Entweder folgt die Geltung des Tarifvertrags bereits durch die beiderseitige Tarifgebundenheit der Parteien.

- Oder, weil die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes (insbesondere Gemeinden, Landkreise, Bund und Länder) mit ihren Arbeitnehmern regelmäßig im Arbeitsvertrag die Geltung des einschlägigen Tarifvertrags (TVöD oder TV-L) vereinbaren.

- Oder infolge betrieblicher Übung.

1. Zeitlicher Geltungsbereich

Der TVöD trat am 01.10.2005 in Kraft, der TV-L am 01.11.2006.

Beide Tarifverträge haben kein Auslaufdatum, können aber gekündigt werden (Kündigungsfrist: 3 Monate zum Schluss eines Kalenderhalbjahres, § 39 Abs. 2 TVöD/TV-L). In diesem Fall würde er gemäß § 4 Abs. 5 TVG nachwirken.

2. Räumlicher Geltungsbereich

TVöD und TV-L gelten für die Bundesrepublik Deutschland. Allerdings wird bei manchen Bestimmungen unterschieden zwischen den Tarifgebieten West und Ost.

3. Persönlicher Geltungsbereich

a. Der TVöD

betrifft die Beschäftigten, die in einem Arbeitsverhältnis

- zum Bund

- oder zu einem Arbeitgeber stehen, der Mitglied eines Mitgliedsverbands der Vereinigung kommunaler Arbeitgeber (VKA) ist, § 1 TVöD.

b. Der TV-L

betrifft die Beschäftigten, die in einem Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber stehen, der Mitglied der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) ist, § 1 TV-L. Dazu gehört auch Baden-Württemberg.

c. Bestimmte Personengruppen sind vom Geltungsbereich des TVöD (und auch des TV-L) ausgenommen.

Sie sind in § 1 Abs. 2 TVöD / TV-L aufgezählt. Es sind dies (u.a.):

- Leitende Angestellte i.S.v. § 5 Abs. 3 BetrVG,

- Chefärzte,

- Beschäftigte, die Bezüge erhalten, die über Entgeltgruppe 15 liegen und

- Auszubildende, Schüler, Volontäre und Praktikanten¹³

- Ausgenommen sind auch sozialversicherungsfrei kurzfristig Beschäftigte (Einsatz maximal drei Monate oder 70 Arbeitstage im Kalenderjahr, § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV).

- Dagegen *unterfällt* die geringfügig entlohnte Beschäftigung dem TVöD bzw. TV-L

(das sind sog. Minijobber, die regelmäßig nicht mehr als jahresdurchschnittlich 450 Euro monatlich verdienen, § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV).

Ihre Herausnahme aus dem Geltungsbereich würde das Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten verletzen, vgl. § 4 Abs. 2 TzBfG.

Exkurs zu den geringfügig entlohnt Beschäftigten (Minijobber mit max. 450 Euro):

Sie unterfallen uneingeschränkt dem TVöD/TV-L. Sie sind Teilzeitarbeitnehmer gemäß § 24 Abs. 2 TVöD/TV-L. Das bedeutet für die Praxis:

- Sie sind einzugruppieren.

- Sie haben Anspruch auf anteiliges TVöD-Entgelt (§ 24 Abs. 2 TVöD/TV-L)

- Sie haben Anspruch auf anteilige Jahressonderzahlung.

- Sie haben Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 22 TVöD/TV-L.

- Sie haben Anspruch auf anteiligen (tariflichen) Urlaub (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 3 TVöD/TV-L).

- Sie haben Anspruch auf Zusatzversorgung nach § 25 TVöD/TV-L, also auf betriebliche

¹² Erwähnenswert ist daneben noch: Für den Berufsstand der Ärzte gibt es zwei Ärzte-Tarifverträge: (1) zwischen Marburger Bund und VKA und (2) zwischen Marburger Bund und TdL. Außerdem: Für Versorgungsbetriebe gilt der TV-V. Für die Beschäftigten des Landes Hessen findet der TV-H Anwendung.

¹³ Hier gelten teilweise eigene Tarifverträge, etwa der TVAöD.

Altersversorgung¹⁴.

Der Vorteil für den AG und AN liegt aber darin, dass das Arbeitsverhältnis mit einem geringfügig Entlohten:

- krankenversicherungsfrei ist (*wenn* der AN privat versichert ist oder nicht gesetzlich krankenversichert ist – andernfalls zahlt der AG pauschal 13% des Entgelts als Krankenversicherungsbeitrag).
- Zudem ist es arbeitslosenversicherungsfrei.
- Und für die Rentenversicherung gilt: Der AG zahlt zwingend einen Pauschalbeitrag zur Rentenversicherung iHv 15 %. Der AN zahlt grds. einen Eigenanteil von 3,9 %; allerdings kann der AN sich per „opt-out“ von seiner Rentenversicherungspflicht befreien lassen.

Im Ergebnis zahlt also der AG in der Regel die Sozialversicherungsbeiträge, sodass für den AN weniger finanzielle Belastungen bestehen als bei einem „regulären“ sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis.

4. Betrieblicher Anwendungsbereich

a. TVöD

Der betriebliche Anwendungsbereich des TVöD erstreckt sich auf alle Behörden, Dienststellen, Einrichtungen und Betriebe (je ohne eigene Rechtspersönlichkeit) der Mitglieder der VKA.

Ergänzend sollte man wissen: Der TVöD besteht aus

- einem allgemeinen Teil (§§ 1 - 39)
- sowie sechs besonderen Teilen für bestimmte Sparten (=Spartentarifverträge):
 - Verwaltung: BT-V
 - Pflege- und Betreuungseinrichtungen: BT-B
 - Krankenhäuser: BT-K
 - Sparkassen: BT-S
 - Flughäfen: BT-F
 - und Entsorgung: BT-E

Der allgemeine Teil enthält (gewissermaßen vor die Klammer gezogen) Bestimmungen, die für alle Sparten gleichermaßen gelten.

Die sechs besonderen Teile beginnen jeweils mit einem § 40, der den Geltungsbereich dieses besonderen Teils regelt. Dabei kommt dem besonderen Teil Verwaltung (BT-V) eine Auffangfunktion zu. Er gilt nämlich für alle unter § 1 TVöD fallenden Beschäftigten - es sei denn, sie unterfallen einem der anderen fünf spezielleren besonderen Teile.

b. TV-L

Der betriebliche Anwendungsbereich des TV-L erstreckt sich auf alle Behörden, Dienststellen, Einrichtungen und Betriebe (je ohne eigene Rechtspersönlichkeit) der Mitglieder der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) oder eines Mitgliedverbands der TdL.

¹⁴ Nach Maßgabe des Tarifvertrags über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (ATV) bzw. des Tarifvertrags über die zusätzliche Altersvorsorge der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes – Altersvorsorge TV kommunal (ATV-K).

C. Begründung des Arbeitsverhältnisses

I. Anbahnung des Arbeitsverhältnisses - Bewerberauswahl

Der AG hat viele Möglichkeiten, AN anzuwerben, z.B. durch Inserate, Aushang von Stellenangeboten, Einschaltung des Arbeitsamtes usw.

Bei der konkreten Auswahl unter den Bewerbern, bedient sich der AG in der Regel verschiedener Informationsquellen, z.B. Bewerbungsschreiben, Lebenslauf, Personalfragebögen, Zeugnisse, Vorstellungsgespräche, Eignungstests, ärztliche Untersuchung, graphologische Gutachten etc.

Bei manchen Informationsquellen ist umstritten, in welchem Umfang sie herangezogen werden dürfen:

- Auskunftseinholung (v.a. beim derzeitigen AG)

-- Zunächst: Frei verfügbare Informationsquellen darf der AG uneingeschränkt nutzen (google, facebook...).

-- Will er Auskünfte vom derzeitigen oder früheren AG, so gelten Einschränkungen:

--- Befindet sich der Bewerber in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis, muss der AG auf jeden Fall die Einwilligung des Bewerbers einholen, bevor er den derzeitigen AG kontaktiert. Anderenfalls macht er sich schadensersatzpflichtig!

Grund: Der Bewerber kann ein schützenswertes Interesse daran haben, dass sein derzeitiger AG nicht erfährt, dass er ihn verlassen will. Denn es könnten ihm im bestehenden Arbeitsverhältnis Nachteile entstehen, wenn der derzeitige AG erfährt, dass er sich „wegbeworben“ hat.

--- Aber auch, wenn der Bewerber beim Alt-AG schon ausgeschieden ist, bedarf die Einholung von Auskünften beim Alt-AG durch einen öffentlich-rechtlichen AG der Einwilligung des Bewerbers, vgl. § 15 Abs. 3 LDSG BW.

- Graphologische Gutachten

Nur mit Einwilligung des Bewerbers dürfen graphologische Gutachten eingeholt werden.

- Ärztliche Untersuchung („Einstellungsuntersuchung“)

Im BAT war geregelt, dass der AG eine Einstellungsuntersuchung anordnen durfte. Dagegen bestimmt § 3 Abs. 4 TVöD (bzw. § 3 Abs. 5 TV-L), dass der AG „bei begründeter Veranlassung“ eine ärztliche Bescheinigung verlangen kann, dass der AN körperlich in der Lage ist, die geschuldete Tätigkeit zu verrichten. Ob man die Einstellung als „begründete Veranlassung“ idS sehen kann, ist umstritten¹⁵.

Unumstritten ist aber, dass der AG ein berechtigtes Interesse hat, zu erfahren, ob der AN für den begehrten Job körperlich und psychisch geeignet ist. Er darf daher den Abschluss des Arbeitsvertrages davon abhängig machen, dass der AN sich „freiwillig“ einer Einstellungsuntersuchung unterzieht und diese ein positives Ergebnis zeitigt. Will heißen: Wenn der Bewerber eine Einstellungsuntersuchung verweigert, darf der AG dies zum Anlass nehmen, den Abschluss des Arbeitsvertrags abzulehnen (alternativ darf der AG – wenn die Einstellungsuntersuchung erst nach dem Abschluss des Arbeitsvertrages stattfinden kann – den Arbeitsvertrag unter einer entsprechenden auflösenden Bedingung abschließen)¹⁶.

Den Arzt darf der AG bestimmen. Der Arzt darf nur untersuchen, ob der Bewerber die vorgesehene Tätigkeit verrichten kann, ob sie ihn gesundheitlich gefährden würde oder ob der Bewerber andere Beschäftigte gefährden würde (Ansteckungsgefahr). Der Arzt darf dem AG nur mitteilen, ob/in welchem Umfang gesundheitliche Bedenken bestehen (nur insoweit ist er von seiner Schweigepflicht entbunden) – keinesfalls darf der Arzt dem AG

¹⁵ Bejahend Schall/Heupel, Arbeitsrecht für den öffentlichen Dienst, 5. Auflage, 2007, Rn. 21 sowie Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrink, TVöD, § 3 Rn. 87. Dagegen spricht, dass der TVöD mit „begründeter Veranlassung“ wohl nur solche Zweifel an der gesundheitlichen Eignung meint, die während eines bereits *bestehenden* Arbeitsverhältnisses auftauchen.

¹⁶ Bremecker/Hock, TVöD Lexikon, „Ärztliche Untersuchung“, unter „2. Einstellungsuntersuchung“.

dagegen den Untersuchungsbefund mitteilen (z.B. Bluthochdruck...). Der Arzt darf keine unerlaubten Fragen stellen, d.h. solche die dem AG im Vorstellungsgespräch nicht erlaubt wären (entsprechende „Zufallsbefunde“ des Arztes, wie z.B. eine Schwangerschaft der Bewerberin, darf der Arzt dem AG nicht mitteilen).

- Psychologische Eignungstests sind nur mit Einwilligung des Bewerbers zulässig. Vorher muss er außerdem über die Reichweite des Tests aufgeklärt werden.

Außerdem sind nur arbeitsplatzbezogene Tests erlaubt, keine allgemeinen Persönlichkeits- oder Leistungstests.

II. Einschränkung der Bewerberauswahl im öffentlichen Dienst: Bestenauslese

Private AG sind grds. frei in ihrer Entscheidung, wen sie einstellen - abgesehen von Einschränkungen durch das Betriebsverfassungsrecht.

- D.h., der AG braucht (in Betrieben mit mehr als 20 AN) die Zustimmung des Betriebsrats zu jeder Einstellung, § 99 Abs. 1 BetrVG (bzw. § 75 Abs. 1 Nr. 2 LPVG)
- Auch für Richtlinien zur personellen Auswahl bei Einstellungen braucht der AG die Zustimmung des Betriebsrats, § 95 Abs. 1 BetrVG (bzw. § 75 Abs. 4 Nr. 6a LPVG).

Aber davon abgesehen, ist der private AG frei bei der Entscheidung, wen er einstellt.

Dagegen muss der AG im öffentlichen Dienst beachten, dass der Zugang zum öffentlichen Dienst Art. 33 Abs. 2 GG unterliegt:

„Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte“.

Die Norm ist dahingehend auszulegen, dass nicht nur bei der Einstellung von Beamten, sondern auch bei der Einstellung von AN in den öffentlichen Dienst das Prinzip der Bestenauslese gilt¹⁷.

Die Abschlussfreiheit des AG im öffentlichen Dienst ist insoweit also eingeschränkt: Es muss derjenige Bewerber eingestellt werden, der für die konkrete Stelle (!) (also nicht abstrakt) am besten geeignet ist (nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung). Um sachgerecht und stellenbezogen entscheiden zu können, muss der Arbeitgeber deshalb grundsätzlich ein Anforderungsprofil erstellen.

Nur wenn mehrere Bewerber im Wesentlichen gleich geeignet sind, dürfen Hilfskriterien ausschlaggebend herangezogen werden, z.B. Frauenförderung, Förderung von Schwerbehinderten...

► Grundsätzlich kein Einstellungsanspruch

Verletzt der AG den Grundsatz der Bestenauslese, und besetzt er die Stelle mit einem anderen Bewerber, hat der unterlegene Bestgeeignete grds. keinen Einstellungsanspruch mehr.

Er hat insbesondere keinen Anspruch darauf, dass die bereits besetzte Stelle für ihn wieder freigemacht wird. Der im Beamtenrecht entwickelte Grundsatz der „Ämterstabilität“ bereits Eingestellter (wurde einem Beamten erst einmal ein Amt verliehen, kann man es ihm grundsätzlich nicht wieder wegnehmen), gilt auch für AN im öffentlichen Dienst. So soll die Funktionsfähigkeit der Verwaltung gesichert werden und bereits eingestellten Bewerbern Sicherheit gegeben werden¹⁸.

¹⁷ BAG, Urteil vom 28.05.2002, 9 AZR 751/00: „Öffentliche Ämter in diesem Sinne sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können.“

¹⁸ BAG, Urteil vom 28.05.2002, 9 AZR 751/00: „Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung setzt voraus, dass Ämter in absehbarer Zeit endgültig besetzt werden können. Alles andere würde zu einer Demotivation der von den Entscheidungen betroffenen Beschäftigten führen. Das wiederum würde die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Verwaltung unzumutbar behindern. (...) Zu berücksichtigen ist auch das Kontinuitätsinteresse der öffentlichen Verwaltung. Nur durch eine kontinuierliche Aufgabenerfüllung können die Erfahrungen gewonnen werden, die für eine ordnungsgemäße Amtsführung erforderlich sind. Dieser Gesichtspunkt, der im Beamtenrecht unter dem Begriff der „Amtskontinuität“ zusammengefasst wird (...), gilt gleichermaßen auch für die Besetzung von Verwaltungsämtern durch Arbeitnehmer (...) Schließlich ist noch zu berücksichtigen, dass sich hochqualifizierte Bewerber nicht auf die

► Vielmehr: Grundsätzlich nur Bewerbungsverfahrensanspruch

Gerade weil grundsätzlich kein Anspruch auf Einstellung mehr besteht, sobald die Stelle besetzt wurde, sehr wohl aber ein Recht auf ein ordnungsgemäßes Auswahlverfahren (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch), verlagert sich der Rechtsschutz des Bewerbers in das zeitliche Vorfeld der Einstellung:

Die Rechtsprechung verpflichtet die AG des öffentlichen Dienstes nämlich, den Unterlegenen rechtzeitig zu informieren, dass demnächst ein anderer Bewerber eingestellt werden soll. Diese Pflicht leitet das BAG aus § 242 BGB her.

Auf diese Weise bekommt der Unterlegene die Möglichkeit, gegen die beabsichtigte Einstellung seines Konkurrenten noch rechtzeitig gerichtlich vorzugehen.

Frage:

Wie muss der Bewerber hierzu prozessual vorgehen?

Antwort:

- Er könnte Klage erheben mit dem Antrag
 - die Einstellung des Konkurrenten zu unterlassen und
 - das Auswahlverfahren wieder zu eröffnen
 - um ihn zum Vorstellungsgespräch einzuladen (wenn das noch nicht erfolgt ist)
 - oder bestimmte Kriterien zu berücksichtigen, die bislang nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt wurden.
- Aber: Das entsprechende Urteil käme viel zu spät. Bis das Urteil kommt, wäre der Konkurrent längst eingestellt.

- Der Unterlegene muss daher einstweiligen Rechtsschutz suchen. Er muss einen Antrag auf einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO¹⁹ stellen.

Dann wird dem AG vorläufig untersagt, den Konkurrenten einzustellen und stattdessen das Auswahlverfahren erneut zu eröffnen.

► Ausnahmsweise doch Einstellungsanspruch auch nach Einstellung des Konkurrenten
Wenn der AG gegen die vorgenannte Pflicht zur rechtzeitigen Vorab-Information verstößt und die Stelle unter Verletzung des Grundsatzes der Bestenauslese besetzt, hält die Rechtsprechung ausnahmsweise *doch* einen Einstellungsanspruch des besten (!) Bewerbers für gegeben²⁰.

III. Diskriminierungsverbote im Einstellungsverfahren - das AGG

1. Grundlegendes zum AGG

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (§§ 1, 7 AGG) verbietet jedem AG, einen Beschäftigten oder Bewerber²¹ zu benachteiligen in Bezug auf

- seine Rasse oder ethnische Herkunft
- seines Geschlechts
- seiner Religion oder Weltanschauung
- seiner Behinderung
- seines Alters
- oder seiner sexuellen Identität.

jahrelange Unsicherheit einlassen, die mit dem Abwarten eines über drei Instanzen laufenden Hauptsacheverfahrens verbunden wäre. Sie werden sich anderweitig beruflich orientieren.“

¹⁹ Die Vorschriften zum einstweiligen Rechtsschutz in der ZPO sind auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren (entsprechend) anwendbar - das bestimmt § 62 Abs. 2 ArbGG.

²⁰ BAG, Urteil vom 28.05.2002, 9 AZR 751/00: „Einem zu Unrecht übergangenen Bewerber kann ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Wiederherstellung zustehen, wenn durch das Verhalten der Verwaltung ein effektiver Rechtsschutz verhindert worden ist (...) oder wenn ein öffentlicher Arbeitgeber und ein eingestellter Bewerber kollusiv zusammenwirken. So ist die Rechtslage inzwischen auf jeden Fall im Beamtenrecht, vgl. die epochale Rechtsprechungsänderung des BVerwG, Urteil vom 04.11.2010, Az. 2 C 16/09 = NJW 2011, 695 = DVBl 2011, 228 = ZBR 2011, 91 = NVwZ 2011, 358 = BWGZ 2011, 62.

²¹ Vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG, wonach auch *Bewerber* um ein Beschäftigungsverhältnis als „Beschäftigte“ im Sinne des AGG gelten.

Insbesondere darf bereits die Stellenausschreibung nicht gegen dieses Benachteiligungsverbot verstoßen. Das besagt § 11 AGG.

- ▶ Das AGG sanktioniert *unmittelbare Benachteiligungen*, vgl. § 3 Abs. 1 AGG.
 - Beispiele:
 - Bewerber über 40 werden nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen.
Das ist eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters.
 - In der Stellenausschreibung wird gesucht: „Deutscher Metallfacharbeiter, männlich, nicht älter als 25 Jahre“
Das ist ein Indiz für eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Herkunft, des Geschlechts und des Alters.
- ▶ aber auch *mittelbare Benachteiligungen*, vgl. § 3 Abs. 2 AGG.
 - Beispiele:
 - Stellenausschreibung: „Lagerhilfskraft, körperlich kräftig, gesucht.“
Das ist ein Indiz für eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters, weil ältere AN regelmäßig körperlich weniger kräftig sind als jüngere.
 - Stellenausschreibung: „Mitarbeiter/in für gemeindlichen Bauhof gesucht; gute Deutschkenntnisse in Wort und Schrift erwünscht.“
Das ist ein Indiz für eine mittelbare Diskriminierung in Bezug auf die Herkunft, weil Ausländer regelmäßig schlechter Deutsch können als Muttersprachler.
- ▶ Neben (unmittelbaren / mittelbaren) Benachteiligungen sanktioniert das AGG auch Benachteiligungen in Form von Belästigungen, § 3 Abs. 3 AGG.

Die Schwelle für eine Belästigung i.S.d. AGG ist aber hoch: Durch die Belästigung muss

- ein feindliches Umfeld geschaffen werden
- eine Würdeverletzung muss bezweckt oder zumindest bewirkt worden sein
- und die Belästigung muss das Umfeld „kennzeichnen“.

Nicht jede dieser Benachteiligungen ist jedoch verboten. Das AGG lässt *Ausnahmen vom Benachteiligungsverbot* zu.

In bestimmten Fällen ist die Benachteiligung nämlich sachlich gerechtfertigt. Dann liegt zwar objektiv weiterhin eine Benachteiligung vor, diese ist aber *nicht rechtswidrig*.

Die Rechtfertigungsgründe sind in §§ 8-10 AGG geregelt. Der allgemeine Rechtfertigungsgrund des § 8 Abs. 1 AGG lautet: „Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.“

Bei *mittelbaren* Diskriminierungen kommt hinzu, dass dort bereits auf Tatbestandsebene (also bei der Frage: liegt überhaupt eine Benachteiligung vor?) geprüft werden muss, ob nicht ein sachlicher Grund für die Benachteiligung vorliegt, der dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt, vgl. § 3 Abs. 2 AGG. Wenn ja, dann liegt schon begrifflich keine mittelbare Benachteiligung vor.

Übrigens: § 22 AGG enthält eine Beweiserleichterung für den Betroffenen. Er muss die Benachteiligung nicht vollumfänglich beweisen. Es genügt, dass er Indizien vorlegt, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Das führt dann zu einer Beweislastumkehr: Das heißt, jetzt muss der AG beweisen, dass keine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Kriterien gegeben ist (oder die Benachteiligung sachlich gerechtfertigt ist).

2. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das AGG

Welche Folgen haben nun Verstöße gegen das AGG?

- ▶ Das AGG kennt zunächst einen echten Schadenersatzanspruch in § 15 Abs. 1 AGG. Hier geht es um den Ausgleich eines tatsächlich eingetretenen, materiellen Vermögensschadens, der kausal ausgelöst wurde durch den Verstoß gegen das AGG.

Beispiel: Steht fest, dass der Bewerber A bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre (statt des tatsächlich eingestellten X), dann hat er Anspruch darauf, vermögensmäßig so gestellt zu werden, als wäre er eingestellt worden.
Er muss also monatlich den Lohn erhalten, den er im Falle der Einstellung erhalten hätte!

Das AGG kennt keine Höchstgrenze für diesen Schadensersatzanspruch - auch die Gesetzesbegründung enthält keine Einschränkung! Andererseits will § 15 Abs. 1 AGG dem benachteiligten Bewerber nicht „ein Leben lang“ Schadensersatz zuzubilligen. Die zeitliche Begrenzung des Schadensersatzes ist umstritten:

- Manche wollen den entgangenen Lohn solange gewähren, bis der Betroffene anderweitig eine Stelle findet od. sich nicht mehr ernsthaft um eine Stelle bemüht.
- Andere beschränken den Anspruch auf den Zeitpunkt des nächstmöglichen Kündigungstermins²².

Merke aber unbedingt: Keinesfalls gibt das AGG einen Anspruch auf Einstellung.
§ 15 Abs. 6 AGG schließt einen Einstellungsanspruch ausdrücklich aus.

- Neben diesem echten Schadensersatzanspruch kennt das AGG (ggf. zusätzlich) auch einen „bloßen“ Entschädigungsanspruch in § 15 Abs. 2 AGG.
Der Anspruch geht auf eine Entschädigung in Geld für erlittene Benachteiligungen (auch: Benachteiligungen in Form von Belästigungen), die zwar nicht kausal zu einem Vermögensschaden geführt haben, für die der Betroffene aber dennoch in Geld entschädigt werden soll (für den erlittenen immateriellen Schaden).

Beispiel:

Der AG „mobbt“ seine Sekretärin fortgesetzt wegen ihres Alters, so dass eine Benachteiligung in Form der Belästigung vorliegt.

Achtung! Wird die Entschädigung verlangt wegen einer Benachteiligung im Zusammenhang mit einer *Nichteinstellung* („Nichteinstellungsfälle“), müssen nach der Rspr. weitere Voraussetzungen hinzukommen²³:

- Objektive Eignung des Bewerbers
Im Falle der Nichteinstellung setzt eine „Benachteiligung“ schon begrifflich voraus, dass der Betroffene objektiv geeignet ist für die begehrte Stelle.
- plus: Ernsthaftigkeit der Bewerbung
D.h.: Wer zwar objektiv geeignet ist, sich aber nicht ernsthaft bewirbt, hat ebenfalls keinen Entschädigungsanspruch.

Zur Höhe des Entschädigungsanspruchs: Nach § 15 Abs. 2 AGG kann der Betroffene eine „angemessene Entschädigung in Geld“ verlangen. Die Höhe bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls, also insbesondere nach der

- Art / Schwere / Dauer der Benachteiligung,
- und den Folgen, die die Benachteiligung zeitig hat.
- Außerdem soll die Entschädigungshöhe vom Gericht so bemessen werden, dass sie abschreckende Wirkung entfaltet.

Achtung! Nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG ist der Entschädigungsanspruch in „Nichteinstellungsfällen“ der Höhe nach begrenzt auf maximal drei Monatsverdienste.

3. Anspruchsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG (Prüfungsschema)

Schadensersatz - § 15 Abs. 1

Entschädigung - § 15 Abs. 2

0. § 15 Abs. 2 ist kumulativ anwendbar neben § 15 Abs. 1

²² Vgl. etwa Bauer/Evers NZA 2006, 893, 894 m.w.N.

²³ Die Rechtsprechung hatte diese beiden Voraussetzungen ursprünglich dogmatisch als negative Tatbestandsvoraussetzungen eingeordnet; nach aktueller BAG-Rechtsprechung muss dagegen der Arbeitgeber die rechts-hindernde Einwendung aus § 242 BGB erheben, der Bewerber mache den AGG-Anspruch rechtsmissbräuchlich geltend (so BAG, Urt. v. 19.05.2016 – 8 AZR 470/14, BAGE 155, 149).

<p>1. <u>Verstoß gg. d. Benachteiligungsverbot</u> Benachteiligung eines Beschäftigten</p> <p>a) Beschäftigter: § 6 Abs. 1 AGG</p> <p>b) Benachteiligung: §§ 7, 1, 3 AGG - unmittelbare Benachteiligung - mittelbare Benacht. (§ 3 II Hs. 2!) - Belästigung</p> <p>Dabei: Beweislastumkehr: § 22</p>	<p>1. <u>Verstoß gg. d. Benachteiligungsverbot</u> Benachteiligung eines Beschäftigten</p> <p>a) Beschäftigter: § 6 Abs. 1 AGG</p> <p>b) Benachteiligung: §§ 7, 1, 3 AGG - unmittelbare Benachteiligung - mittelbare Benacht. (§ 3 II Hs. 2!) - Belästigung</p> <p>Dabei: Beweislastumkehr: § 22</p> <p>c) In Nichteinstellungsfällen zusätzl.²⁴: - objektive Eignung - und ernsthafte Bewerbung</p>
<p>2. <u>Rechtswidrigkeit</u> der Benachteiligung (-), wenn gerechtfertigt, §§ 8-10</p>	<p>2. <u>Rechtswidrigkeit</u> der Benachteiligung (-), wenn gerechtfertigt, §§ 8-10</p>
<p>3. <u>Verschulden</u> wird vermutet (!) (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2)</p>	<p>3. <u>kein Verschulden erforderlich</u> (!)</p>
<p>4. <u>kausaler Vermögensschaden</u>, insbes. - entgangenes Entgelt - Bewerbungskosten (str.)</p>	<p>4. <u>kausale Verletzung des Persönlichkeitsrechts</u> (nach BAG führt indes jeder Verstoß gg das Benachteiligungsverbot zu einem immateriellen Schaden²⁵)</p>
<p>5. Rechtsfolge: <u>Schadensersatz</u></p>	<p>5. Rechtsfolge: <u>Entschädigung</u> (In Nichteinstellungsfällen: Begrenzung auf 3 Monatsgehälter, § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG)</p>
<p>6. <u>Rechtzeitige Geltendmachung</u> - § 15 Abs. 4 AGG</p>	<p>6. <u>Rechtzeitige Geltendmachung</u> - § 15 Abs. 4 AGG - § 61b Abs. 1 ArbGG</p>

Der Anspruch aus § 15 Abs. 1 AGG (Vermögensschaden) kann mit dem Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG (Entschädigung wg. Verletzung des Persönlichkeitsrechts) kombiniert werden.

Beide Ansprüche müssen innerhalb von zwei Monaten schriftlich beim AG geltend gemacht werden, § 15 Abs. 4 AGG.

Der Anspruch auf Entschädigung aus § 15 Abs. 2²⁶ AGG muss zudem spätestens drei Monate nach der schriftlichen Geltendmachung vor dem ArbG eingeklagt sein, § 61b Abs. 1 ArbGG. Wird nur eine der beiden Fristen versäumt, ist der Anspruch ausgeschlossen.

Ergänzung: Gem. § 27 Abs. 1 AGG kann sich jeder, der glaubt, AGG-widrig benachteiligt worden zu sein, an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes wenden. Er kann dort um Unterstützung bei der Verfolgung seiner Anliegen ersuchen. Diese Untersuchung kann in vielfältiger

²⁴ Die Rechtsprechung hatte diese beiden Voraussetzungen ursprünglich dogmatisch als negative Tatbestandsvoraussetzungen eingeordnet; nach aktueller BAG-Rechtsprechung muss dagegen der Arbeitgeber die rechts hindernde Einwendung aus § 242 BGB erheben, der Bewerber mache den AGG-Anspruch rechtsmissbräuchlich geltend (so BAG, Urt. v. 19.05.2016 – 8 AZR 470/14, BAGE 155, 149).

²⁵ Urteil vom 22.01.2009, 8 AZR 906/07.

²⁶ Wie hier Koch in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., 2018, § 61b ArbGG Rn. 1. Nach aA gilt die zusätzliche Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG auch für den Schadensersatzanspruch aus § 15 Abs. 1 AGG (so etwa Hamacher in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, § 61b ArbGG Rn. 6).

Weise erfolgen wie sich aus § 27 Abs. 2 AGG ergibt. Die Unterstützung kann bestehen aus

- Information über Anspruch und Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens
- Vermitteln von Beratung durch andere Stellen
- Anstreben einer gütlichen Beilegung zwischen den Beteiligten.

4. AGG-Tipps für Arbeitgeber: die Stellenausschreibung

Vor dem Hintergrund des AGG gilt für Stellenausschreibungen generell:

- Empfehlenswert ist eine möglichst aussagekräftige Beschreibung der *Tätigkeit* in Form eines Anforderungsprofils.

Nur die *hieraus* resultierenden Anforderungen an den Bewerber sollten aufgezählt werden.

- Dagegen sollten allgemeine Anforderungen bezüglich Alter, Sprachkenntnissen, zeitlicher Flexibilität, Belastbarkeit... möglichst vermieden werden.

Beispiele und Tipps, was man bei Stellenausschreibungen beachten muss:

► Rasse, ethnische Herkunft

Ein Lichtbild zu verlangen, ist zwar zulässig. Allerdings erfährt der AG dadurch natürlich bestimmte Umstände (Hautfarbe, Alter, Behinderungen). Lädt er daraufhin nicht zum Bewerbungsgespräch ein (oder lehnt er später die Einstellung ab), kann die Vermutung aufkommen, dies gehe auf die Kenntnis dieser Umstände zurück. Der AG kann so leicht in eine Rechtfertigungssituation iSd § 22 AGG kommen: Hat er das Foto angefordert, um ausländische Bewerber, Alte und Behinderte... „auszusortieren“?

► Geschlecht

Stellenausschreibungen müssen geschlechtsneutral gefasst sein („Hebamme m/w/d“, „Fachkraft“). Verstöße begründen die Vermutung einer Benachteiligung wegen des Geschlechtes.

► Religion und Weltanschauung

Differenzierungen nach Religion und Weltanschauung sind nur ausnahmsweise erlaubt - für Arbeitsverhältnisse in den Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Hier bietet § 9 AGG nämlich einen speziellen Rechtfertigungsgrund.

► Behinderung

Mittelbare Formen der Diskriminierung können liegen in der Hervorhebung von Eigenschaften wie Belastbarkeit, Kraft, Stressresistenz..., die behinderte Menschen oft weniger gut erfüllen. Mittelbare Benachteiligungen liegen aber auch hier nicht vor (§ 3 Abs. 2 AGG), wenn der AG darlegen kann, dass der sachliche Grund für diese Kriterien aus der konkreten Tätigkeit herührt und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt.

► Sonderfall: Schwerbehinderung (Grad der Behinderung mind. 50%²⁷)

Das SGB IX enthält ein spezielles Verbot der Benachteiligung von Schwerbehinderten, § 164 Abs. 2 SGB IX und verweist auf das AGG. Wird gegen dieses Verbot verstoßen, kommen daher Ansprüche nach § 164 Abs. 2 SGB IX i.V.m. § 15 Abs. 1 oder 2 AGG in Betracht.

Übrigens: Alle AG sind verpflichtet, bei der Ausschreibung freier Stellen zu prüfen, ob Schwerbehinderte beschäftigt werden können, § 164 Abs. 1 SGB IX. Unterlässt der AG diese Prüfung, begeht er einen Gesetzesverstoß im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG - so dass der Betriebsrat berechtigt ist, seine Zustimmung zum ausgewählten Bewerber zu verweigern. Der AG sollte daher die Prüfungspflicht beachten und ihre Befolgung intern dokumentieren:

- Der AG muss frühzeitig mit der Agentur für Arbeit Kontakt aufnehmen, um in Erfahrung zu bringen, ob es vermittelbare Schwerbehinderte für die Stelle gibt, § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX. Diese Kontaktaufnahme sollte er dokumentieren.
- Über eingehende Bewerbungsunterlagen muss der AG die Schwerbehindertenvertretung und den Personalrat informieren, § 164 Abs. 1 Satz 3 SGB IX. Ein Unterlassen begründet die Vermutungswirkung des § 22 AGG.
- Bei der Prüfung, ob Schwerbehinderte eingestellt werden können, ist die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen (§ 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX) und die Personalvertretung anzuhören (§ 164 Abs. 1 Satz 6 SGB IX). Die Nichtbeteiligung

²⁷ Einzelheiten in § 2 Abs. 2 und 3 SGB IX.

begründet eine Vermutung für eine Benachteiligung wegen der Behinderung iSd § 22 AGG.

- Gleiches gilt, wenn der Schwerbehindertenvertretung die Einsichtnahme in die Bewerbungsunterlagen und die Teilnahme am Vorstellungsgespräch nicht ermöglicht wird (vgl. § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX).

Vertiefungsinfos: Eine Obliegenheit zur bevorzugten Einstellung von Schwerbehinderten besteht, solange der AG seiner Beschäftigungspflicht nach dem Schwerbehindertenrecht noch nicht nachgekommen ist (Beschäftigung von wenigstens 5% Schwerbehinderten, falls mindestens 20 Arbeitsplätze vorhanden; vgl. näher § 154 SGB IX). Denn: Erfüllt der Arbeitgeber diese Beschäftigungspflicht nicht, muss er eine monatliche Ausgleichsabgabe in gestaffelter Höhe entrichten - abhängig von der Erfüllungsquote, vgl. näher § 160 SGB IX. Unterquotal beschäftigende AG treffen außerdem weitgehende Pflichten im Einstellungsverfahren, z.B. § 164 Abs. 1 Satz 7 SGB IX: Erörterung der beabsichtigten Entscheidung mit Personalvertretung und Schwerbehindertenvertretung; § 164 Abs. 1 Satz 8 SGB IX: im Rahmen dieser Erörterung ist der betroffene Schwerbehinderte anzuhören; § 164 Abs. 1 Satz 9 SGB IX: der AG muss über seine Entscheidung unverzüglich alle Beteiligten unterrichten, also auch den schwerbehinderten Bewerber, unter Darlegung der Gründe.

Für öffentliche Arbeitgeber gilt (noch weitergehend) § 165 Satz 3 SGB IX: „Haben schwerbehinderte Menschen sich (...) beworben oder sind sie von der Bundesagentur für Arbeit (...) vorgeschlagen worden, werden sie zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen.“ Nur bei offensichtlich fehlender fachlicher Eignung darf der öffentliche AG von dieser Einladungspflicht absehen.

► Alter

Wenn eine Stellenausschreibung eine konkrete Altersvorgabe enthält („25-35 Jahre“), liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor.

Abstrakte Altersvorgaben („jung“, „für unser junges, dynamisches Team“, aber auch: „erfahrener...“) können eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Diese können zwar im Einzelfall gerechtfertigt sein. Zunächst begründen sie aber eine Indizwirkung nach § 22 AGG, so dass dann AG in der Pflicht ist, den sachlichen Grund für diese Altersvorgaben nachzuweisen.

Besonders praxisrelevant bei Benachteiligungen in Bezug auf das Alter sind die besonderen Rechtfertigungsgründe des § 10 AGG.

5. AGG-Tipps für Arbeitgeber: die Einladung zum Vorstellungsgespräch

Bei der Entscheidung, wer zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird, sollte sich der AG allein am Stellenprofil orientieren, das er in den Stellenausschreibung geschildert hat.

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn der Bewerber von sich aus auf ein nach § 1 AGG diskriminierungsgeschütztes Merkmal hinweist („ich bin verpartnert / schwanger / behindert / in der Partei X oder der Kirche Y aktiv“).

Wenn der AG die Einladung zum Vorstellungsgespräch aufgrund eines solchen diskriminierungsgeschützten Merkmals ablehnt, greift bereits die Vermutung des § 22 AGG. Die Einladung zum Vorstellungsgespräch sollte daher stets möglichst inhaltsleer abgelehnt werden, dann bietet man am wenigsten Angriffsfläche - oder zumindest mit einer Begründung, die sich aus dem Stellenprofil ergibt und AGG-unproblematisch ist („unzureichende Qualifikation im Vergleich zu den übrigen Bewerbern“...).

6. Begrenzung des Arbeitgeber-Fragerechts im Einstellungsverfahren

Im Einstellungsverfahren stellt der AG dem Bewerber in der Regel zahlreiche Fragen. Dabei sind nur solche Fragen zulässig,

- an deren wahrheitsgemäßer Beantwortung der AG objektiv ein berechtigtes Interesse hat und die in konkretem Zusammenhang mit der beabsichtigten Tätigkeit stehen,
- und die nicht unverhältnismäßig in die Privatsphäre des Bewerbers eindringen und so dessen Persönlichkeitsrecht verletzen.

Unzulässige Fragen können (wenn sie diskriminierenden Charakter haben) zu Ansprüchen nach dem AGG führen!

Was die Antwort-Pflicht des Bewerbers betrifft, gilt:

► Ist eine Frage zulässig, muss der Bewerber sie wahrheitsgemäß beantworten. Lügt der Bewerber auf eine zulässige Frage hin, kann der AG den Vertragsschluss wegen arglistiger Täuschung anfechten, wenn die Antwort für den Vertragsschluss (mit)kausal war, § 123 BGB.

Gleiches gilt, wenn der Bewerber in einem Punkt schweigt, obwohl ihn eigentlich eine aktive Aufklärungspflicht trafe. Zwar gibt es keine generelle Offenbarungspflicht des Bewerbers für ihn ungünstiger Umstände. Etwas anderes gilt aber, wenn er erkennen kann, dass es sich um Umstände handelt, die ihm

- die Tätigkeitsausübung unmöglich machen
- oder die sonst für die Stelle von ausschlaggebender Bedeutung sind.

► Ist die Frage unzulässig, darf der Bewerber schweigen. Allerdings wird er dann den Arbeitsplatz kaum bekommen. Daher ist anerkannt: Der Bewerber hat bei unzulässigen Fragen²⁸ das Recht zur Lüge.

Zulässig sind z.B. folgende Fragen:

- nach dem beruflichen Werdegang
- nach einschlägigen (also für den Arbeitsplatz relevanten) Vorstrafen
Im öffentlichen Dienst wird in praxi stets ein Führungszeugnis verlangt. Das erscheint unbedenklich, um das hohe Vertrauen der Öffentlichkeit in die persönliche Integrität des öffentlichen Dienstes aufrechtzuerhalten.
- nach aktuell bestehenden (tätigkeits-beeinträchtigenden) Krankheiten / nach ansteckenden Krankheiten
- nach einer bevorstehenden Kur oder Operation,
- nach Lohnpfändungen,
- nach zusätzlichen berufsbezogenen Qualifikationen,
- nach den Vermögensverhältnissen des Bewerbers (aber nur bei hervorgehobenen Positionen oder Positionen, bei denen es um die Verwaltung von Geld geht).

Beurteilen Sie die Zulässigkeit folgender Fragen:

- nach der Religionszugehörigkeit
Die Frage ist grundsätzlich unzulässig, weil in der Regel die Religionszugehörigkeit für den Arbeitsplatz keine Rolle spielt.

Ausnahmsweise zulässig ist die Frage nach der Religionszugehörigkeit dagegen in religiösen „Tendenzbetrieben“ (vgl. auch § 9 AGG) - wie etwa

- bei der Caritas,
- in einem konfessionsbezogenen Krankenhaus oder Kindergarten,
- als Redakteur bei einer Kirchenzeitung.

Allerdings muss man richtigerweise danach differenzieren, wie stark die konkrete Stelle verkündigungsbezogen ist²⁹.

- nach der Parteizugehörigkeit
Auch hier gilt: Grundsätzlich ist die Frage nach der Parteizugehörigkeit unzulässig, weil für die Tätigkeit irrelevant. Anders bei politischen „Tendenzbetrieben“, wenn es z.B.
 - um eines Stelle als Geschäftsstellenleiter einer Partei geht
 - oder um eines Stelle als Redakteur bei einem Zeitungsverlag, die regelmäßig eine bestimmte politische Grundlinie verfolgen.

²⁸ Außerdem kann die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht durch den AG zu Schadensersatzansprüchen des Bewerbers wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (§§ 311 Abs. 2, 241 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB) führen. Liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vor, kann der Bewerber u.U. einen Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG geltend machen.

²⁹ Insoweit differenzierend etwa AG Hamburg, Urteil vom 04.12.2007, Az. 20 Ca 105/07.

- nach der Gewerkschaftszugehörigkeit
Hiernach darf der AG im Vorstellungsgespräch nicht fragen. Erst *nach* der Einstellung darf er es fragen (wenn er selbst tarifgebunden ist), um herauszufinden, ob er (wenn selbst tarifgebunden) den Tarifvertrag zwingend anwenden muss oder nicht.
- nach der Zugehörigkeit zu Scientology
Das BAG hat früher verneint, dass Scientology eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft im Sinne von Art. 4 GG ist. Später hat es diese Frage offen gelassen.
- nach den Gründen für das Ausscheiden bei früheren Arbeitgebern
Zulässig, denn das ist Teil der beruflichen Entwicklung des AN, für die sich der AG interessieren darf.
- nach der Höhe des bisherigen Gehalts
Zulässig, falls das bisherige Gehalt etwas aussagt über die Eignung des Bewerbers für die künftige Tätigkeit (z.B. bei Führungskräften, die regelmäßig höhere Gehälter bekommen, je größer ihr Verantwortungsbereich ist)
- nach einer Schwerbehinderung
Nach der bisherigen Rechtsprechung war die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft zulässig - weil daraus für den AG umfangreiche gesetzliche Pflichten folgen. Inzwischen gibt es aber ein ausdrückliches gesetzliches Verbot, Schwerbehinderte zu benachteiligen (§ 164 Abs. 2 SGB IX - und das AGG). Richtigerweise gilt: Nach der Schwerbehinderteneigenschaft darf im Einstellungsgespräch gefragt werden³⁰, wenn die konkrete Stelle für Schwerbehinderte aus gesundheitlichen Gründen nicht geeignet ist. Ob auch in anderen Fällen gefragt werden darf, hat das BAG bislang ausdrücklich offen gelassen; die Literatur neigt überwiegend dazu, die Frage dann für unzulässig zu halten³¹. Um kein Indiz nach § 22 AGG zu produzieren, sollte daher aus Gründen der Vorsicht nur dann nach einer Schwerbehinderung gefragt werden, wenn die Stelle für Schwerbehinderte nicht geeignet ist.
- nach einer bestehenden Schwangerschaft
Die Frage ist generell unzulässig (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 AGG), weil sie eine Benachteiligung wg. des Geschlechts darstellt (Männer können nun einmal nicht schwanger werden).

7. AGG-Tipps für Arbeitgeber: die Absage

Auch bei der Absage an einen Bewerber muss der AG darauf achten, AGG-neutral zu formulieren (wegen § 22 AGG). Ausreichend ist z.B. der kurze Hinweis, man habe „trotz Ihrer Qualifikation einem anderen Bewerber den Vorzug gegeben“.

8. Fürsorge- und Obhutspflichten des Arbeitgebers im Einstellungsverfahren

Schon im Einstellungsverfahren bestehen gewisse Pflichten des AG: Lädt der AG einen Bewerber zum Vorstellungsgespräch ein, muss er ihm die Vorstellungskosten ersetzen (Fahrt, Übernachtung, Verpflegung, Verdienstausschlag), §§ 662, 670 BGB. Anders nur, wenn der AG den Ersatz dieser Aufwendungen in der Einladung ausdrücklich ausgeschlossen hat.

Der AG muss die Bewerbungsunterlagen aufbewahren und (spätestens auf Verlangen) zurückgeben. Das folgt auch aus dem Charakter des Einstellungsverfahrens als vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.d. § 311 Abs. 2 BGB. Der AG macht sich Schadensersatzpflichtig, wenn

³⁰ Das BAG hat sich zu dieser Frage bislang nur partiell geäußert und entschieden (BAG, Urt. v. 16.02.2012, Az. 6 AZR 553/10, BAGE 141, 1), dass jedenfalls „im bestehenden Arbeitsverhältnis (...) jedenfalls nach sechs Monaten, also nach dem Erwerb des Sonderkündigungsschutzes für behinderte Menschen, die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung zulässig (ist). Das gilt insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen.“ Vgl. zum Sonderkündigungsschutz § 168 SGB IX sowie § 1 Abs. 3 KSchG, wonach bei jeder betriebsbedingten Kündigung im Rahmen der zu treffenden Sozialauswahl die Schwerbehinderung zwingend zu berücksichtigen ist.

³¹ Vgl. BAG, Urt. v. 07.07.2011, 2 AZR 396/10 = NZA 2012, 34: „Im Streitfall bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob sich der Arbeitgeber weiterhin nach einer Anerkennung als Schwerbehinderter auch dann erkundigen darf, wenn die Behinderung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ohne Bedeutung ist (...). Dies ist seit (...) umstritten (verneinend Deinert in Deinert/Neumann Handbuch SGB IX 2. Aufl. § 17 Rn. 17; LPK-SGB IX/Düwell 3. Aufl. § 85 Rn. 16 f., 20; ders. BB 2001, 1527, 1529 und BB 2006, 1741, 1743; KR/Etzel 9. Aufl. §§ 85 - 90 SGB IX Rn. 32; HaKo/Fiebig 3. Aufl. §§ 85-92 SGB IX Rn. 19; Trenk-Hinterberger in HK-SGB IX 3. Aufl. Rn. 36; Knittel SGB IX Kommentar 5. Aufl. § 68 Rn. 43; Messingschlager NZA 2003, 301, 303; Nollert-Borasio/Perrong AGG 2. Aufl. § 2 Rn. 17 f.; ErfK/Preis 11. Aufl. § 611 BGB Rn. 272, 274; Rolfs/Paschke BB 2002, 1260, 1261; Thüsing/Lambrich BB 2002, 1046, 1049; SPV/Vossen 10. Aufl. Rn. 1522; Wisskirchen/Bissels NZA 2007, 169, 173; bejahend Schaub NZA 2003, 299, 300; differenzierend Jousen NZA 2007, 174, 176 ff.).

er diese Pflichten schuldhaft verletzt. Hat er weitere Unterlagen gefertigt (z.B. einen Personalfragebogen), kann der Bewerber deren Vernichtung verlangen, § 1004 BGB analog.

IV. Der Abschluss des Arbeitsvertrages

Auch für den Arbeitsvertrag gilt grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit - in ihren Ausprägungen Abschlussfreiheit, Formfreiheit und Gestaltungsfreiheit:

1. Abschlussfreiheit

Die Abschlussfreiheit bedeutet, dass jedermann frei bestimmen kann, ob und mit wem er einen Arbeitsvertrag schließt. Im Arbeitsrecht erfährt die Abschlussfreiheit jedoch gewisse Einschränkungen:

a. Abschlussverbote

Für den Arbeitgeber ist die Abschlussfreiheit in bestimmten Fällen eingeschränkt, insbesondere durch Arbeitsschutzgesetze

- wie etwa das Jugendarbeitsschutzgesetz
Es verbietet zB Arbeitsverträge mit Kindern (unter 15 Jahren), § 5 Abs. 1 JArbSchG. Wird ein solcher Arbeitsvertrag dennoch geschlossen, ist er nichtig, § 134 BGB.
- oder das Berufsbildungsgesetz (§§ 28, 29 BBiG)
Danach dürfen nur persönlich und fachlich geeignete AG Ausbildungsverträge abschließen. Andernfalls ist der Vertrag auch hier nichtig, § 134 BGB.
- Aber auch Tarifverträge und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen können Abschlussverbote enthalten, z.B. Auswahlrichtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen.
Frage: Wenn der AG gegen eine solche Auswahlrichtlinie (zB aus einer Betriebsvereinbarung) verstößt - ist der abgeschlossene Arbeitsvertrag dann nichtig?
Antwort: Nein, allerdings kann der Betriebsrat / Personalrat dann seine Zustimmung zur Einstellung mit dieser Begründung verweigern, § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG (bzw. § 75 Abs. 1 Nr. 2 LPVG³²³³).

b. Beteiligung der Personalvertretung

Die Abschlussfreiheit des AG ist weiter dadurch eingeschränkt, dass er für jede Einstellung eines Angestellten die Zustimmung des Betriebsrats / Personalrats benötigt (§ 99 Abs. 1 BetrVG bzw. § 75 Abs. 1 Nr. 2 LPVG).

- Stimmt die Personalvertretung nicht zu, muss der AG die Einstellung einstweilen unterlassen³⁴. Der AG hat dann nur die Möglichkeit, sich an das Arbeitsgericht zu wenden und dort zu beantragen, das Gericht möge die Zustimmung durch Urteil ersetzen, § 99 Abs. 4 BetrVG.
- Handelt es sich beim AG um eine jur. Person des *öffentlichen* Rechts, bestimmt § 75 Abs. 1 Nr. 2 LPVG, dass die Einstellung der Zustimmung des Personalrats bedarf. Der genaue Ablauf dieses sog. Mitbestimmungsverfahrens ist in §§ 76 bis 79 (ggf. iVm § 89) LPVG beschrieben. Notfalls muss hier eine Einigungsstelle gebildet werden (§§ 78, 79 ggf. iVm § 89 LPVG). Diese Einigungsstelle gibt (im Falle der - hier vorliegenden - sog. eingeschränkten Mitbestimmung) eine Empfehlung ab an die oberste Dienstbehörde (bzw. bei Gemeinden und Kreisen: an den Gemeinderat bzw. den Kreistag); diese/r entscheidet sodann alleine und endgültig (vgl. § 78 Abs. 4 ggf. iVm § 89 LPVG).

c. Einstellungsanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG

Für AG des öffentlichen Dienstes ergibt sich eine weitere Einschränkung der Abschlussfreiheit aus Art. 33 Abs. 2 GG (Bestenauslese).

Nochmals: Zum „öff. Dienst“ im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG gehören nur welche AG?

³² § 82 LPVG-alt enthielt (bis Ende 2013) einen Katalog von Zustimmungsverweigerungsgründen, der demjenigen des § 99 Abs. 2 BetrVG weitgehend entsprach. Das neue LPVG enthält dagegen keinen solchen Katalog von Zustimmungsverweigerungsgründen mehr. Dennoch kann auch nach neuem Recht der Personalrat seine Zustimmung zur Einstellung (die nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 LPVG erforderlich ist) natürlich auch und gerade mit der Begründung verweigern, die Einstellung verstoße gegen die o.g. Auswahlrichtlinien.

³³ Stellt der AG trotz Zustimmungsverweigerung dennoch ein, kann der Betriebsrat/Personalrat beim Arbeitsgericht beantragen, die Einstellung aufzuheben, d.h. dem AN zu kündigen.

³⁴ Ausnahme: § 100 BetrVG, wenn die Einstellung „aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist“.

Nur diejenigen AG, die eine jur. Person des öffentlichen Rechts sind!

d. Politische Treuepflicht

AG im öffentlichen Dienst, bei denen (auch) hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, dürfen nur solche AN einstellen, die sich zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung bekennen.

Vgl. § 41 Satz 2 TVöD (bzw. § 3 Abs. 1 TV-L), der bestimmt: „Beschäftigte des Bundes und anderer Arbeitgeber, in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen.“

2. Formfreiheit

a. BGB

Das BGB kennt kein Schriftformerfordernis für Arbeitsverträge.

b. TVöD / TV-L

Anders ist das bei Arbeitsverträgen im *öffentlichen Dienst*. Denn dort bestimmen die Tarifverträge in § 2 Abs. 1 TVöD/TV-L: "Der Arbeitsvertrag wird schriftlich abgeschlossen."

Aber: Dieses Schriftformerfordernis ist keine *Wirksamkeitsvoraussetzung* für den Arbeitsvertrag selbst! Das ergibt sich aus einem Rückschluss aus § 2 Abs. 3 TVöD/TV-L. Dort heißt es: „Nebenabreden sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden.“

Folglich gilt:

- Mündlich vereinbarte *Nebenabreden* sind nichtig, §§ 125, 126 BGB³⁵.
- Ein mündlich geschlossener *Arbeitsvertrag* ist dagegen wirksam.

Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Fehlen der Form ist es wichtig, Arbeitsvertrag und Nebenabreden voneinander abgrenzen zu können.

- Der Arbeitsvertrag betrifft die gegenseitigen Hauptpflichten bzw. -rechte, also Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt.

(Dabei ist Arbeitsvertrag nicht nur der bei Beginn der Tätigkeit abgeschlossene Vertrag, sondern auch jede weitere vertragliche Vereinbarung, die den ursprünglichen Arbeitsvertrag hinsichtlich der Hauptpflichten und -rechte ergänzt.)

- Nebenabreden sind somit (nur) solche Vereinbarungen, die sich nicht auf Leistungen aus dem Gegenseitigkeitsverhältnis beziehen - also „zusätzliche“ Vereinbarungen. Sie sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden, § 2 Abs. 3 TVöD/TV-L.

Beispiele für **Hauptpflichten** („Arbeitsvertrag“). Nochmals: Hier sind Abreden auch mündlich wirksam:

- die Arbeitsleistung (zeitlicher Umfang, Arbeitsort)
- das Arbeitsentgelt (z.B. die Zusage eines übertariflichen Entgelts)
- die vertragliche Einbeziehung von Tarifverträgen, z.B. des TVöD („Inbezugnahmeklausel“)
- Sonderfall: Befristung des Arbeitsvertrags
Auch sie könnte an sich (weil Hauptpflicht-Abrede) *formfrei* vereinbart werden. Merke jedoch: Nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf jede Befristung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform!

Beispiele für **Nebenabreden**. Nochmals: Sie sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden, vgl. § 2 Abs. 3 TVöD/TV-L.

³⁵ Die Formvorschrift des § 2 Abs. 3 TVöD ist ein konstitutives Schriftformerfordernis iSd § 126 BGB. Denn die Vorschrift hat (vgl. 1 TVG) normativen Charakter und ist daher eine „durch Gesetz“ vorgeschriebene Schriftform. Wird also eine Nebenabrede nur mündlich getroffen, so führt dieser Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 2 Abs. 3 TVöD zur Nichtigkeit der Nebenabrede (§ 125 Abs. 1 BGB) - so BAG, Urt. v. 09.02.1972, Az. 4 AZR 149/71, PersV 1976, 192. Das gilt auch, wenn der TVöD nicht infolge beiderseitiger Tarifgebundenheit unmittelbar und zwingend gilt (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVöD) sondern nur infolge einer schuldrechtlichen Inbezugnahme des TVöD in den Arbeitsvertrag inkorporiert ist, denn insoweit will der Arbeitsvertrag nur widerspiegeln, was andernfalls kraft Tarifbindung Gültigkeit hätte (so Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck, TVöD, Loseblatt, § 2 TVöD Rn. 127 ff.).

- Verzicht auf Probezeit oder Abkürzung der Probezeit (vgl. § 2 Abs. 4 TVöD)
- Vereinbarung über die Gewährung einer Dienstwohnung / eines Dienstwagens
- Gewährung von Fahrtkostenersatz / Zuschuss zur Verpflegung
- Verpflichtung zur Rückzahlung von Ausbildungskosten für den Fall vorzeitigen Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis

Handelt es sich bei **nachfolgenden Regelungen um Nebenabreden?**

- Nachträgliche Vereinbarung einer höheren (als der ursprüngl. abgemachten) Vergütung?
Nein, das ist keine Nebenabrede. Hier wird vielmehr direkt das Arbeitsentgelt geregelt - und damit eine Hauptpflicht (also: mündlich möglich!).
- Herabsetzung der regelmäßigen Arbeitszeit
ist ganz klar eine Hauptabrede - und daher auch mündlich wirksam.
- Verzicht auf Probezeit
ist ganz klar eine Nebenabrede.
- Vereinbarung von zusätzlichen Urlaubstagen
Auf den ersten Blick könnte man meinen, der Urlaub betrifft die Arbeitszeit. Tatsächlich geht es hier aber um eine Definition der arbeitsfreien Tage – und die betrifft nicht die Hauptleistungen, die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Zusätzliche Urlaubstage werden also per Nebenabrede gewährt – dies muss folglich schriftlich vereinbart werden.

c. Nachweisgesetz

Das Nachweisgesetz (VSV 8001) bestimmt, dass der AG dem AN die wesentlichen Arbeitsbedingungen spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich mitteilen muss.

In die Niederschrift sind laut Nachweisgesetz mindestens aufzunehmen:

- Name und die Anschrift der Vertragsparteien,
- der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses,
- bei befristeten Arbeitsverhältnissen: die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses,
- der Arbeitsort,
- eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom AN zu leistenden Tätigkeit,
- die Zusammensetzung und Höhe des Entgeltes, einschließlich der Zuschläge, Zulagen etc.
- die vereinbarte Arbeitszeit,
- die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs,
- die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses
- ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind.

Dasselbe gilt bei späteren Änderungen der Vertragsbedingungen. Auch sie sind schriftlich mitzuteilen (innerhalb eines Monats nach Änderung).

Jedoch:

- Die Mitteilungs-Pflicht entfällt, soweit die geforderten Angaben ohnehin bereits in einem schriftlichen Arbeitsvertrag enthalten sind, der dem AN ausgehändigt wurde.
- Außerdem darf in der Mitteilung auf die einschlägigen Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen verwiesen werden. Soweit dort Regelungen zu den o.g. Punkten getroffen sind, erübrigt sich dann eine zusätzliche Mitteilung nach dem NachweisG.
- **Ganz wichtig:** Ein Verstoß gegen das NachweisG lässt die Wirksamkeit des Vertragsschlusses (oder der Vertragsänderung) unberührt! Der Arbeitsvertrag ist also dennoch wirksam. Der AN hat lediglich einen Anspruch darauf, dass die Vereinbarungen schriftlich fixiert werden.

Für TVöD/TV-L-Arbeitsverhältnisse hat das NachweisG kaum Bedeutung, weil dort § 2 jeweils ein eigenes Schriftformerfordernis enthält.

In praxi nehmen viele AG des öffentlichen Dienstes das NachweisG zum Anlass, die dort geforderten Angaben gleich in den schriftlichen Arbeitsvertrag aufzunehmen.

Probleme kann dabei bereiten, dass das NachweisG „eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit“ verlangt, § 2 Abs. 1 Nr. 5 NachwG. Viele AG schreiben daher etwa:

„A wird als Beschäftigter im allgemeinen Verwaltungsdienst eingestellt. Er wird im Ordnungsamt mit der Bearbeitung von Einbürgerungsanträgen betraut.“

Diese Konkretisierung der geschuldeten Arbeitsleistung hat für den AG jedoch die unerwünschte Folge, dass sein Direktionsrecht entsprechend eingeschränkt wird! („Direktionsecht“ ist das Recht des AG, dem AN Weisungen zu erteilen, also dessen Tätigkeit näher zu bestimmen - Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung kann der AG daher nach billigem Ermessen bestimmen, soweit sie nicht durch Arbeitsvertrag / Betriebsvereinbarung / Tarifvertrag / gesetzliche Vorschriften festgelegt sind, vgl. § 106 GewO).

Um diese Einschränkung des Direktionsrechts zu vermeiden, sollten Arbeitgeber die geschuldete Tätigkeit im Arbeitsvertrag so abstrakt wie möglich beschreiben.

Tipp: Will man schon im Arbeitsvertrag die Anforderungen des Nachweisgesetzes erfüllen (was empfehlenswert ist), sollte man die Tätigkeit „kurz charakterisieren“ (wie es das Nachweisgesetz eben verlangt) und sollte dann aber unbedingt eine umfassende Umsetzungsklausel aufnehmen, um sich so das volle Weisungsrecht zu erhalten, z.B.:

„A wird als Beschäftigter im allgemeinen Verwaltungsdienst eingestellt. Er wird zunächst (bis auf weiteres) im Ordnungsamt mit der Bearbeitung von Einbürgerungsanträgen betraut. Er ist nach Maßgabe der Tarifautomatik eingruppiert in der Entgeltgruppe 10.

Der Arbeitgeber hat das Recht zur Umsetzung, Versetzung, Abordnung und Zuweisung (§ 4 TVöD). Insbesondere ist es ihm unbenommen, dem Arbeitnehmer aus dienstlichen Gründen eine andere Tätigkeit im Rahmen der Entgeltgruppe zuzuweisen.“

3. Inhaltsfreiheit (= Gestaltungsfreiheit)

Im Arbeitsrecht ist die Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien stark eingeschränkt - zum Schutz der Arbeitnehmer.

Arbeitsschutzgesetze sowie die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes regeln Inhalt des Arbeitsverhältnisses zum Teil bis in Einzelheiten hinein.

Vor allem die nachfolgenden Punkte bleiben noch einer Regelung durch die Vertragsparteien im Arbeitsvertrag vorbehalten:

a) Beginn des Arbeitsverhältnisses

Frei sind die Parteien, was den Beginn des Arbeitsverhältnisses und den Zeitpunkt der tatsächlichen Arbeitsaufnahme betrifft.

Das Arbeitsverhältnis selbst kommt bereits mit Abschluss des Arbeitsvertrags (übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien) zustande. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Arbeitsaufnahme wird ebenfalls im Arbeitsvertrag festgelegt. Er liegt häufig nach dem Vertragsschluss.

b) Dauer des Arbeitsverhältnisses

Ist im Arbeitsvertrag nichts geregelt zur Dauer des Arbeitsverhältnisses, so ist es auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, vgl. § 620 Abs. 2 BGB.

Die Parteien können das Arbeitsverhältnis auch einvernehmlich befristen. Weil damit aber der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers leerläuft, ist eine Befristung nur zulässig, wenn das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) die Befristung erlaubt, vgl. § 14 TzBfG. Wird eine Befristung vereinbart ohne dass die Voraussetzungen des TzBfG vorliegen, gilt der Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, § 16 Satz 1 TzBfG.

c) Vollbeschäftigung oder Teilzeitarbeit

Der zeitliche Umfang der Arbeitsleistung (insbesondere die regelmäßige Arbeitszeit bei Vollzeitbeschäftigung) ergibt sich meist aus tariflichen Regelungen - im öffentlichen Dienst also aus den §§ 6 ff. TVöD / TV-L.

(Beispiel: Wer dem TVöD unterfällt, arbeitet als Vollzeitkraft 39 Wochenstunden, vgl. § 6 Abs. 1 TVöD.)

Die Parteien sind aber frei darin, statt einer Vollzeitbeschäftigung nur eine Teilzeitbeschäftigung zu vereinbaren. Es wird dann meist vereinbart, dass der AN zu einem bestimmten Teil der regelmäßigen Arbeitszeit eines Vollbeschäftigten tätig wird (also etwa: zur Hälfte, zu einem Viertel...).

Nach § 8 TzBfG kann grds. jeder AN Teilzeit verlangen, wenn nicht „betriebliche Gründe entgegenstehen“. Im öffentlichen Dienst kann der AN in bestimmten Fällen sogar unter erleichterten Voraussetzungen Teilzeit verlangen, vgl. § 11 TVöD / TV-L.

d) Ort der Arbeitsleistung

Frei sind die Parteien auch bei der arbeitsvertraglichen Festlegung, an welchem Ort der AN die geschuldete Tätigkeit ausüben muss.

e) auszuübende Tätigkeit und zu zahlende Vergütung

Grundsätzlich frei sind die Parteien auch bei der Vereinbarung der beiderseitigen Hauptpflichten, also

- der auszuübenden Tätigkeit des AN
- und der hierfür vom AG zu zahlenden Vergütung.

Im öffentlichen Dienst wird jedoch oft darauf verzichtet, die geschuldete Tätigkeit des AN exakt zu beschreiben und die Vergütung summenmäßig festzulegen. Es wird vielmehr z.B. nur vereinbart:

„Der Arbeitnehmer wird als Angestellter im allgemeinen Verwaltungsdienst eingestellt. Er ist in die Entgeltgruppe 8 TVöD eingruppiert.“

Das hat für den AG den Vorteil, dass er die Freiheit behält, im Rahmen seines Direktionsrechts zu bestimmen, welche konkrete Tätigkeit dieser Entgeltgruppe der AN auszuüben hat.

f) Inbezugnahme des TVöD / TV-L

Der AG ist frei darin, mit nicht tarifgebundenen AN zu vereinbaren, dass der einschlägige Tarifvertrag (etwa der TVöD / TV-L) anwendbar sein soll.

g) Vereinbarung einer Probezeit

In Arbeitsverträgen wird meist eine Probezeit vereinbart. Sie soll es dem AG ermöglichen, die Eignung des AN zu überprüfen und während dieses Zeitraums das Arbeitsverhältnis rasch wieder beenden zu können.

► Vereinbarung einer Probezeit bedeutet, dass während dieser Zeit eine Kündigung in der (gesetzlichen oder tarifvertraglichen) sehr kurzen *Mindest-Kündigungsfrist* zulässig sein soll³⁶.

Was die *gesetzliche* Mindest-Kündigungsfrist betrifft, bestimmt § 622 Abs. 3 BGB: „Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.“

Im öffentlichen Dienst bestimmt § 34 Abs. 1 Satz 1 TVöD / TV-L (etwas AN-freundlicher) eine *tarifvertragliche* Mindest-Kündigungsfrist (bei unbefristeten³⁷ Arbeitsverträgen) innerhalb der ersten sechs Monate von zwei Wochen *zum Monatsschluss*.

► Übrigens: Bitte merken Sie sich ganz generell:

Unabhängig davon, ob eine Probezeit vereinbart wurde oder nicht – in den ersten sechs Monaten eines Arbeitsverhältnisses findet das KSchG keine Anwendung. Das ergibt sich aus § 1 Abs. 1 KSchG.

³⁶ BAG 23, 393.

³⁷ Für *befristete* Arbeitsverträge sieht § 30 Abs. 4 TVöD / TV-L vor: „Bei befristeten Arbeitsverträgen ohne sachlichen Grund gelten die ersten sechs Wochen und bei befristeten Arbeitsverträgen mit sachlichem Grund die ersten sechs Monate als Probezeit. Innerhalb der Probezeit kann der Arbeitsvertrag mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatschluss gekündigt werden.“

Für die rechtlichen Wirkungen ist es also wichtig, die **Probezeit** von der sogenannten **kündigungsschutzrechtlichen Wartezeit** (aus § 1 KSchG) zu unterscheiden:

-- Die **Probezeit** (in der Regel sechs Monate, ggf. aber auch kürzer) ist lediglich für die **Kündigungsfrist** von Bedeutung. Innerhalb der Probezeit kann also mit der kürzeren Frist gekündigt werden.

-- Dagegen hat die Probezeit nichts mit dem Kündigungsschutz zu tun: Diesen regelt allein das Kündigungsschutzgesetz. Und nach § 1 Abs. 1 KSchG gilt: Während der ersten sechs Monate des bestehenden³⁸ Arbeitsverhältnisses braucht der AG noch keinen Kündigungsgrund nach dem Kündigungsschutzgesetz – daher spricht man von der sechsmonatigen **kündigungsschutzrechtlichen Wartezeit**. (Allerdings darf der AG auch bei einer Kündigung innerhalb der ersten sechs Monate nicht willkürlich kündigen; auch darf die Kündigung nicht gegen das AGG oder das Maßregelungsverbot aus § 612a BGB verstoßen oder sittenwidrig sein.)

Zusammenfassend: Die Probezeit betrifft die **Kündigungsfrist**, die Wartezeit nach § 1 KSchG den **Kündigungsschutz**.

V. Rechtslage bei nichtigem Arbeitsvertrag

In seltenen Fällen ist der Arbeitsvertrag nichtig:

- So kann ein Arbeitsvertrag **wegen Formmangels** nichtig sein (wenn z.B. ein Tarifvertrag Schriftform vorschreibt³⁹), §§ 125, 126 BGB.
- Oder wegen **mangelnder Geschäftsfähigkeit**, §§ 104 f., 106 ff. BGB.
- Oder wegen Verstoßes gegen ein **gesetzliches Verbot**, § 134 BGB.
Hierher gehören auch Verstöße
 - gegen Rechtsnormen in Tarifverträgen
 - und gegen Rechtsnormen in Betriebs-/Dienstvereinbarungen
- Oder wegen Verstoßes **gegen die guten Sitten**, § 138 BGB.
- Besonders praxisrelevant ist die **Nichtigkeit infolge einer wirksamen Anfechtung**
 - etwa nach § 119 Abs. 2 BGB wegen Eigenschaftsirrtums
 - oder nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung.
 Denn Folge der erfolgreichen Anfechtung ist ebenfalls die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages von Anfang an, vgl. § 142 BGB.

Was geschieht nun in all diesen Fällen der Nichtigkeit? In denen also der AN seine Arbeit erbracht hat, der AG Lohn gezahlt hat - ohne dass dem Ganzen ein wirksamer Arbeitsvertrag zugrunde lag?

Nach den allgemeinen Regeln des BGB müssten die beiderseits rechtsgrundlos erbrachten Leistungen zurückgewährt werden (nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts, §§ 812 ff. BGB):

- Der AG könnte also die gezahlte Vergütung zurückverlangen (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB)
- und der AN könnte im Gegenzug Wertersatz für seine erbrachte Arbeit verlangen (§§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB).

Diese Anwendung des Bereicherungsrechts würde aber zu Nachteilen für den AN führen - nämlich bei Krankheit und Urlaub:

Denn auch insoweit könnte der AG das (rechtsgrundlos) fortgezahlte Entgelt bzw. das rechtsgrundlos gezahlte Urlaubsgeld zurückfordern.

³⁸ Ob in diesen ersten sechs Monaten tatsächlich Arbeitsleistung erbracht wurde, ist irrelevant. Es kommt ausschließlich auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses an.

³⁹ Vgl. hierzu erneut § 2 Abs. 1 und Abs. 3 TVöD / TV-L.

Das empfinden Rspr und Lit als unbefriedigend.

Daher löst man im Arbeitsrecht den Fall des nichtigen Vertrages anders - nämlich über die Rechtsfigur des „faktischen Arbeitsverhältnisses“:

Ein solches wird angenommen, wenn

- die Parteien sich tatsächlich geeinigt haben, ein Arbeitsverhältnis einzugehen
- der Arbeitsvertrag nichtig (oder wirksam angefochten) ist und
- die Arbeit bereits aufgenommen wurde.⁴⁰

Folge des faktischen Arbeitsverhältnisses:

a) Für die Vergangenheit bildet das faktische Arbeitsverhältnis den Rechtsgrund für alle Ansprüche und Leistungen (also keine Rückabwicklung über §§ 812 ff. BGB!).

b) Für die Zukunft gilt: Das faktische Arbeitsverhältnis kann jederzeit (ohne Kündigungsfrist) durch einseitige Erklärung eines Partners beendet werden (also insbesondere kein Kündigungsschutz, keine Mitwirkung des Personalrats...).

⁴⁰ Dagegen ist die Rechtsfigur des faktischen Arbeitsverhältnisses ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn Inhalt des Arbeitsvertrags gegen Strafgesetze bzw. die guten Sitten verstößt - also in den Nichtigkeitsfällen der §§ 134, 138 BGB.

D. Pflichten des Arbeitnehmers

I. Die Arbeitspflicht als Hauptpflicht

Aus dem Arbeitsvertrag ist der AN in erster Linie zur Arbeitsleistung verpflichtet, vgl. § 611a Abs. 1 BGB).

Dabei stehen Arbeitsleistung und Lohn im Gegenseitigkeitsverhältnis.

Die Arbeitsleistung ist im Zweifel höchstpersönlich zu erbringen, § 613 Satz 1 BGB.

1. Der Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung

Die Arbeitsleistung ist außerdem eine Fixschuld, also nicht nachholbar. Mit Ablauf der vorgesehenen Arbeitszeit tritt also Unmöglichkeit ein (§ 275 Abs. 1 BGB), so dass der AN nicht (nach)leisten muss. Umgekehrt kann der AN insoweit aber auch grds. keinen Lohn verlangen (§ 326 Abs. 1 BGB) - es sei denn, der AN war z.B. unverschuldet krank, vgl. § 3 Entgeltfortzahlungsg (ggf. iVm § 22 TVöD / TV-L).

2. Art der Arbeitsleistung

Die Art der Arbeitsleistung wird im Arbeitsvertrag meist nur generell vereinbart. Der AG vermeidet in der Regel eine zu enge Definition der geschuldeten Arbeitsleistung, um sein Direktionsrecht aus § 106 GewO⁴¹ nicht unnötig einzuschränken.

Auch im öffentlichen Dienst sollte die geschuldete Arbeitsleistung möglichst generell beschrieben werden. Soweit wegen § 2 Abs. 1 Nr. 5 NachwG eine konkrete Beschreibung der geschuldeten Tätigkeit im Arbeitsvertrag erfolgt, sollte sich der AG sein Direktionsrecht durch eine Umsetzungsklausel erhalten (s.o.).

Bei TVöD / TV-L - Arbeitsverhältnissen kommt hinzu, dass § 12 Abs. 3 TVöD bestimmt, dass im Arbeitsvertrag (deklaratorisch) die *Entgeltgruppe* angegeben werden muss, die sich nach der Tarifautomatik für den AN ergibt.

Eine mögliche Formulierung im Arbeitsvertrag könnte also lauten (s.o.):

„Der Arbeitnehmer wird als Angestellter im allgemeinen Verwaltungsdienst eingestellt. Er ist in die Entgeltgruppe 9b eingruppiert.“

Sodann könnte (zur Sicherheit) noch eine „Umsetzungsklausel“ folgen, um das Direktionsrecht so weit wie möglich zu erhalten:

„Der Arbeitnehmer wird zunächst im Baurechtsamt beschäftigt. Der Arbeitgeber hat das Recht zur Umsetzung, Versetzung, Abordnung und Zuweisung (§ 4 TVöD). Insbesondere ist es ihm unbenommen, dem Arbeitnehmer aus dienstlichen Gründen eine andere Tätigkeit im Rahmen der Entgeltgruppe zuzuweisen.“

Innerhalb dieses (weiten) Rahmens, den der Arbeitsvertrag vorgibt, schuldet der AN sodann *weisungsgebundene* Arbeit. Das bedeutet: Der AG darf die konkrete Arbeitsleistung des AN mittels seines Direktionsrechts (= Weisungsbefugnis) näher bestimmen.

Grenze der Weisungsbefugnis: Grundsatz der Billigkeit, vgl. § 315 BGB.

Im Ausnahmefall kann das Weisungsrecht des AG noch weitergehend (als durch den Grundsatz der Billigkeit) eingeschränkt sein, z.B. wenn der AN über längere Zeit eine bestimmte Arbeit verrichtet hat und aufgrund besonderer Umstände darauf vertrauen darf, zukünftig nur noch diese Tätigkeit ausüben zu dürfen (Konkretisierung).

Ist das Direktionsrecht insoweit eingeschränkt (etwa durch eine enge vertragliche Tätigkeitsbeschreibung oder durch betriebliche Übung in Form einer Konkretisierung) ist die Zuweisung *anderer* Tätigkeiten nur noch möglich über eine beidseitige Vertragsänderung oder eine Änderungskündigung (§ 2 KSchG).

⁴¹ § 106 GewO: „Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.“

3. Ort der Arbeitsleistung

Der Ort der Arbeitsleistung wird i.d.R. *ausdrücklich* im Arbeitsvertrag definiert.

Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, dann gilt als stillschweigend vereinbarter Arbeitsort diejenige Dienststelle, für die der Arbeitnehmer eingestellt worden ist.

Im Übrigen kann der Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts jederzeit den Ort der Arbeitsleistung neu bestimmen. Allerdings unterliegt er dabei bestimmten Grenzen, je nachdem, welches Instrument er wählt.

a) Umsetzung

Aufgrund seines Direktionsrechts kann der AG den AN innerhalb derselben Dienststelle umsetzen. Umsetzung bedeutet:

- die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes (eines anderen Arbeitsbereiches)
- **innerhalb derselben Dienststelle** / desselben Betriebs
- desselben AG.

Voraussetzungen:

- Die Umsetzung ist grundsätzlich ohne weitere Voraussetzungen möglich. Sie muss lediglich vom Direktionsrecht des AG gedeckt sein.

Das Direktionsrecht gestattet es dem AG, Arbeitsleistung nach Inhalt, Ort und Zeit näher zu bestimmen, § 106 GewO. Ob und inwieweit der AG dem AN eine andere Tätigkeit im Rahmen des Direktionsrechts zuweisen kann, bestimmt sich nach den Regelungen im Arbeitsvertrag - bzw. nach Billigkeit, § 315 BGB.

- Ist allerdings die Umsetzung innerhalb der Dienststelle (ausnahmsweise) mit einem Wechsel des Dienstsorts verbunden, ist die Zustimmung des Personalrats⁴² erforderlich, § 75 Abs. 1 Nr. 11 LPVG.

b) Versetzung

§ 4 Abs. 1 TVöD erlaubt dem AG, den AN zu versetzen.

Versetzung ist

- die **auf Dauer** beabsichtigte Zuweisung einer Arbeit
- bei einer **anderen Dienststelle** / einem anderen Betrieb
- desselben AG.

Voraussetzungen:

- Anhörung

Wenn mit der Versetzung auch ein Wechsel des Arbeitsortes (der politischen Gemeinde) verbunden ist, muss der AG den AN vor der Versetzung „hören“, § 4 Abs. 1 Satz 2 TVöD.

- Vorliegen dienstlicher oder betrieblicher Gründe

Eine Versetzung ist außerdem nur zulässig, wenn „dienstliche oder betriebliche Gründe“ vorliegen, § 4 Abs. 1 TVöD. Nach der Rechtsprechung ist ein dienstlicher Grund gegeben, „wenn die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung in der Verwaltung unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit den Einsatz eines Beschäftigten bei einer anderen Dienststelle erfordert“⁴³.

Beispiele:

- bei der neuen Dienststelle herrscht zusätzlicher Personalbedarf
- bei der bisherigen Dienststelle herrscht Personalüberhang

⁴² Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (also etwa in einer GmbH) bedarf die „Versetzung“ der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats. Nun enthält § 95 Abs. 3 BetrVG eine (vom TVöD abweichende) Definition des Versetzungsbegriffs. Eine mitbestimmungspflichtige Versetzung liegt bereits vor, wenn dem Beschäftigten ein „anderer Arbeitsbereich“ zugewiesen wird und diese Maßnahme entweder voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Eine Umsetzung eines AN in eine andere Station eines Altenheimes kann (im Falle des Wechsels von Vorgesetzten, Kollegen und zu Betreuenden) bereits mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden sein - eine solche Umsetzung könnte betriebsverfassungsrechtlich u.U. bereits eine mitbestimmungspflichtige „Versetzung“ im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG sein.

⁴³ BAG, Urteil vom 30.10.1985, 7 AZR 216/83.

- gesundheitliche Gründe in der Person des AN
- verhaltensbedingte Gründe in der Person des AN oder seiner Kollegen

- Zustimmung des Personalrats

Versetzungen zu einer anderen Dienststelle bedürfen der Zustimmung des Personalrats der abgebenden und der aufnehmenden Dienststelle⁴⁴, § 75 Abs. 2 Nr. 1 LPVG.

c) Abordnung

§ 4 Abs. 1 TVöD erlaubt dem AG außerdem, den AN abzuordnen.

Abordnung ist

- die **zeitlich befristete** Zuweisung einer Arbeit
- bei einer **anderen Dienststelle** / einem anderen Betrieb
- desselben AG oder bei einem anderen AG, der auch den TVöD anwendet

Voraussetzungen:

- Anhörung

Auch vor einer Abordnung muss der AN gehört werden. Weil die Abordnung aber nur vorübergehend erfolgt, also eine „mildere“ Maßnahme ist als die (dauerhafte) Versetzung, muss nur angehört werden, wenn die Abordnung voraussichtlich länger als drei Monate dauern soll, § 4 Abs. 1 Satz 2 TVöD.

- Vorliegen dienstlicher oder betrieblicher Gründe

Auch die Abordnung ist nur zulässig, wenn „dienstliche oder betriebliche Gründe“ für die Maßnahme vorliegen. Hier gilt inhaltlich dasselbe wie bei der (dauerhaften) Versetzung, s.o.

- Zustimmung des Personalrats

Das LPVG BW⁴⁵ sieht ein Zustimmungserfordernis bei Abordnungen nur dann vor, wenn die Abordnung länger als zwei Monate dauern soll; dann müssen allerdings sowohl der Personalrat der abgebenden als auch der aufnehmenden Dienststelle zustimmen, vgl. § 75 Abs. 2 Nr. 2 LPVG.

d) Zuweisung

Nach § 4 Abs. 2 TVöD kann der AG den AN einem Dritten zuweisen, bei dem der TVöD nicht angewendet wird. Denn Zuweisung ist

- die **zeitlich befristete** Beschäftigung
- **bei einem Dritten** (im In- oder Ausland), der den TVöD nicht anwendet.

Dabei bleibt das bestehende Arbeitsverhältnis unberührt, d.h. der betroffene AN bleibt weiterhin bei seinem bisherigen AG angestellt.

Voraussetzungen:

- Vorliegen eines dienstlichen, betrieblichen oder öffentlichen „Interesses“

Die Zuweisung setzt voraus, dass ein dienstliches, betriebliches oder öffentliches „Interesse“ für die Zuweisung vorhanden ist.

Diese Hürde ist niedriger als bei einer Versetzung oder einer Abordnung - dort sind dienstliche oder betriebliche „Gründe“ erforderlich.

Das verwundert auf den ersten Blick, weil die Zuweisung ja stärkere Einschnitte für den AN bedeutet (dritter AG, der den TVöD nicht anwendet). Den Interessen des Beschäftigten wird jedoch ausreichend Rechnung getragen durch das Erfordernis der Zustimmung:

- Zustimmung des Beschäftigten

Die Zuweisung bedarf nämlich der vorherigen Zustimmung des Beschäftigten. Allerdings kann der Beschäftigte seine Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigern.

- Zuweisung einer mindestens gleich vergüteten Tätigkeit

⁴⁴ Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (anwendbar z.B. in einer GmbH) bedarf die Versetzung der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats.

⁴⁵ Anders § 75 Abs. 1 Nr. 4 *BundesPersVG*: Zustimmungserfordernis erst bei Abordnungen für eine Dauer von mehr als drei Monaten.

Dem Beschäftigten darf keine geringer vergütete Tätigkeit zugewiesen werden, § 4 Abs. 2 Satz 1 TVöD. Das heißt: Die bisher geschuldete Tätigkeit ist auch die auszuübende Tätigkeit beim zugewiesenen AG - eine geringerwertige Arbeit darf dem AN dort nicht zugewiesen werden.

Weil das Arbeitsverhältnis zum zuweisenden AG weiterhin unverändert bestehen bleibt (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 3 TVöD), richtet sich auch der Lohnanspruch weiterhin gegen ihn.

Übrigens: Erhält der AN auch von der aufnehmenden Einrichtung für die dort erbrachte Arbeitsleistung Bezüge, werden diese auf seinen Lohn beim „AltAG“ angerechnet, § 4 Abs. 2 Satz 4 TVöD.

- Zustimmung des Personalrats

Das LPVG BW⁴⁶ sieht ein Zustimmungserfordernis bei Zuweisungen von Arbeitnehmern nur dann vor, wenn die Zuweisung länger als zwei Monate dauern soll; dann muss aber sowohl der Personalrat der abgebenden als auch (soweit vorhanden) der Personalrat der aufnehmenden Dienststelle zustimmen, vgl. § 75 Abs. 2 Nr. 3 LPVG.

e) Personalgestellung

§ 4 Abs. 3 TVöD erlaubt dem AG schließlich die Personalgestellung.

Personalgestellung ist:

- die **zeitlich unbefristete** Beschäftigung
- **bei einem Dritten** (nach einer Aufgabenübertragung).

Auch hier bleibt das bisherige Arbeitsverhältnis zum alten AG bestehen.

- Aufgabenverlagerung

Nach § 4 Abs. 3 TVöD ist Voraussetzung, dass „Aufgaben der Beschäftigten zu einem Dritten verlagert“ werden - und zwar endgültig und unwiderruflich.

Hauptanwendungsfall hierfür ist ein Betriebsübergang iSd § 613a BGB - etwa, wenn ein Landkreis seine bisher als Eigenbetrieb geführte Klinik in eine Klinik-GmbH umwandelt.

Die Arbeitnehmer dieses Eigenbetriebs (etwa Krankenschwester K) waren bislang Arbeitnehmer des Kreises. Mit dem Betriebsübergang werden sie aber zu Arbeitnehmern der neuen Klinik-GmbH. Das bestimmt § 613a BGB.

Jeder einzelne AN hat jedoch nach § 613a BGB das Recht, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. In diesem Fall bleibt das Arbeitsverhältnis zum Alt-AG bestehen. Krankenschwester K könnte also widersprechen - und bliebe dann Arbeitnehmerin des Kreises.

Genau auf diesen Fall ist die Personalgestellung des § 4 Abs. 3 TVöD zugeschnitten: Der Kreis kann auf den Widerspruch reagieren und Krankenschwester K im Wege der Personalgestellung anweisen, für die GmbH zu arbeiten.

Allerdings bleibt es dabei, dass die K Arbeitnehmerin des Kreises bleibt. Die GmbH übt lediglich künftig das Weisungsrecht aus.

Voraussetzungen:

- Vertrag zwischen AG und Dritten

Der Inhalt und die genaue Ausgestaltung der Personalgestellung müssen zwischen dem AG und dem Dritten vertraglich geregelt werden, vgl. Protokollerklärung zu § 4 Abs. 3 TVöD.

- kein Zustimmungserfordernis des AN

Nur zur Klarstellung: Die Personalgestellung bedarf *nicht* der Zustimmung des Beschäftigten, sondern kann einseitig angewiesen werden. Der TVöD *erweitert* insoweit also das Direktionsrecht des AG.

Der Beschäftigte muss auf Weisung des Arbeitgebers seine Arbeitsleistung bei dem übernehmenden Dritten erbringen.

⁴⁶ Anders § 75 Abs. 1 Nr. 4a BundesPersVG: erst bei einer Zuweisung für eine Dauer von mehr als *drei* Monaten.

- Keine *Verpflichtung* zur Personalgestellung

Übrigens ist der AG nicht verpflichtet, vom Instrument der Personalgestellung Gebrauch zu machen. Die Personalgestellung lässt nämlich die gesetzlichen Kündigungsrechte unberührt, so ausdrücklich § 4 Abs. 3 Satz 2 TVöD.

- Die Personalgestellung bedarf der Zustimmung des Personalrats, wenn sie länger als zwei Monate dauern soll; dann muss sowohl der Personalrat der abgebenden als auch (soweit vorhanden) der Personalrat der aufnehmenden Dienststelle zustimmen, vgl. § 75 Abs. 2 Nr. 4 LPVG.

f) Anmerkung zu Maßnahmen gegenüber Personalratsmitgliedern

Für die Versetzung, die Abordnung sowie die Umsetzung (bei Ortswechsel oder wenn sie länger als zwei Monate dauern soll) von *Mitgliedern des Personalrats*⁴⁷ stellt § 47 Abs. 1, 2 LPVG zusätzliche Hürden auf („aus wichtigen dienstlichen Gründen unvermeidbar“; Zustimmung des Personalrats-Gremiums erforderlich, letztere kann ggf. durch das Verwaltungsgericht ersetzt werden).

4. Arbeitszeit

Der Begriff der Arbeitszeit hat zwei Seiten; man muss unterscheiden zwischen der ordnungsrechtlichen und der vergütungsrechtlichen Arbeitszeit:

Die **ordnungsrechtliche** Arbeitszeit ist im Wesentlichen im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) normiert. Es regelt die maximal zulässige Arbeitszeit und dient damit dem Schutz des AN. (Die ordnungsrechtliche Arbeitszeit sagt dagegen grundsätzlich nichts über Entgeltansprüche der AN aus.)

Als Arbeitszeit zählt die Zeit von Beginn bis zum Ende der Arbeit – ohne die Ruhepausen, vgl. § 2 ArbZG.

Gegenbegriff zur Arbeitszeit ist die Ruhezeit, § 5 ArbZG. Das ist die Zeit zwischen dem Ende der täglichen Arbeitszeit und ihrem Wiederbeginn. Die Ruhezeit muss mindestens 11 Stunden betragen, § 5 Abs. 1 ArbZG.

Die **vergütungsrechtliche** Arbeitszeit ist die Zeitspanne, innerhalb derer der AN dem AG seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt und hierfür eine Vergütung erhält.

a) Details zur Arbeitszeit (ordnungsrechtlich)

Das Arbeitszeitgesetz enthält eine Reihe arbeitsschutzrechtlicher Regelungen zum Umfang der Arbeitszeit. Die wohl bedeutendste ist § 3 ArbZG:

„Die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer darf acht Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu zehn Stunden nur verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden.“

Das bedeutet:

Die **werktägliche** Arbeitszeit darf (durchschnittlich) nur max. 8 Stunden pro Tag betragen. Weil das ArbZG auch den Samstag als Werktag betrachtet, ergibt sich damit eine **wöchentliche** Höchstarbeitszeit von (durchschnittlich) 48 Stunden in der Woche - nämlich 6 mal 8 Stunden.

Die werktägliche Arbeitszeit (nochmals: max. 8 Stunden pro Tag) muss aber nicht Tag für Tag eingehalten werden, sondern nur „im Durchschnitt“ - und zwar betrachtet über einen „Ausgleichszeitraum“ von sechs Monaten bzw. 24 Wochen hinweg. Unter dieser Voraussetzung ist es zulässig, die **tägliche** Arbeitszeit in der Spitze auf maximal zehn Stunden pro Tag

⁴⁷ Für die Versetzung von Betriebsratsmitgliedern (also im Anwendungsbereich des BetrVG - etwa in einer GmbH) gilt § 103 Abs. 3 BetrVG, wonach die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich ist. Beachte auch hier, dass der Versetzungsbegriff des BetrVG (in § 95 Abs. 3) weiter ist als derjenige des TVöD, so dass ggf. auch eine bloße Umsetzung darunterfällt. Denn nach § 95 Abs. 3 BetrVG liegt eine Versetzung bereits dann vor, wenn dem Beschäftigten ein „anderer Arbeitsbereich“ zugewiesen wird und diese Maßnahme entweder voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist.

hinaufzuschrauben. Die **wöchentliche** Obergrenze beträgt in der Spitze maximal 60 Stunden, die tägliche zehn. (Urlaubs- und Krankentage werden dabei mit je acht Stunden gerechnet.)

Weitere gesetzliche Einschränkungen der Arbeitszeit ergeben sich z.B. aus

- §§ 8 ff. JArbSchG
Jugendliche (zwischen 15 und 18) dürfen nicht mehr als acht Stunden täglich arbeiten und nicht mehr als 40 Stunden in der Woche.
- und §§ 7, 8 MuSchG.
Stillende Mütter müssen für's Stillen freigestellt werden usw.

b) Details zur Arbeitszeit (vergütungsrechtlich)

Die vom AN zu leistende Arbeitszeit kann im Arbeitsvertrag individuell vereinbart werden. Sie kann sich aber auch aus tariflichen Regelungen ergeben.

Für den Bereich des TVöD regeln die §§ 6 - 11 den Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung. (Für Arbeitnehmer der Länder enthalten die §§ 6 - 11 TV-L ähnliche Regelungen.)

Gemäß § 6 Abs. 1 TVöD beträgt die **durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit** im Bereich der kommunalen Arbeitgeber **39,0 Stunden** (seit 01.07.2008)⁴⁸. Die *tägliche* Arbeitszeit ist nicht im TVöD / TV-L geregelt; sie unterliegt dem Weisungsrecht des Arbeitgebers.

Achtung: § 6 Abs. 1 TVöD schreibt nur eine „**durchschnittliche**“ wöchentliche Arbeitszeit von 39,0 Stunden vor. In diesem Zusammenhang ist § 6 Abs. 2 TVöD zu beachten. Danach darf für die Berechnung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ein **Zeitraum von bis zu einem Jahr** zugrunde gelegt werden. Diese Vorschrift dient der Flexibilisierung der Arbeitszeit.

- Eine weitere Flexibilisierungsmöglichkeit hinsichtlich der Wochenarbeitszeit enthält § 6 Abs. 1 Satz 3 TVöD. Danach kann „die regelmäßige Arbeitszeit (...) auf fünf Tage, aus notwendigen betrieblichen/dienstlichen Gründen **auch auf sechs Tage verteilt** werden.“

- Ein weiteres Instrument zur Flexibilisierung der Arbeitszeit enthält § 6 Abs. 6 TVöD: „Durch Betriebs-/Dienstvereinbarung kann ein **wöchentlicher Arbeitszeitkorridor** von bis zu 45 Stunden eingerichtet werden. Die innerhalb eines Arbeitszeitkorridors geleisteten zusätzlichen Arbeitsstunden werden im Rahmen des nach Absatz 2 Satz 1 festgelegten Zeitraums [bis zu einem Jahr, s.o.] ausgeglichen.“

Folge eines solchen wöchentlichen Arbeitszeitkorridors: Er vermeidet begrifflich das Entstehen von zuschlagspflichtigen „Überstunden“ im Sinne des TVöD. Grund: „Überstunden“ (im Sinne des TVöD) sind per definitionem nur solche Arbeitsstunden, für die der TVöD-Arbeitgeber einen Zeitzuschlag („Überstundenzuschlag“) zu zahlen verpflichtet ist, dessen Höhe in § 8 Abs. 1 lit. a TVöD geregelt ist. Nun ergibt sich aber aus § 7 Abs. 8 TVöD: Es sind „nur diejenigen] Arbeitsstunden Überstunden, die im Falle der Festlegung eines Arbeitszeitkorridors nach § 6 Abs. 6 *über 45 Stunden* oder über die vereinbarte Obergrenze *hinaus* (...) angeordnet worden sind.“

Mit anderen Worten: *Wenn* ein wöchentlicher Arbeitszeitkorridor vereinbart wurde, dann gilt: Zusätzlich geleistete Arbeitsstunden (also Stunden, die über die wöchentlich regulär geschuldeten 39 Stunden hinaus geleistet werden), sind noch keine „Überstunden“. Sie sind vielmehr lediglich - zwingend - innerhalb max. eines Jahres durch Freizeit auszugleichen, vgl. § 6 Abs. 6 TVöD. Zuschlagspflichtige „Überstunden“ im Sinne des TVöD entstehen erst dann, wenn Arbeitsstunden zusätzlich geleistet werden, die über den vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeitkorridor hinausgehen!

- Alternativ zum wöchentlichen Arbeitszeitkorridor kann nach § 6 Abs. 7 TVöD eine **tägliche Rahmenarbeitszeit** festgelegt werden (ebenfalls durch Dienstvereinbarung). Die Rahmenarbeitszeit muss in der Zeitspanne von 6 bis 20 Uhr liegen und darf zwölf Stunden nicht überschreiten.

⁴⁸ Genauer: Für die Beschäftigten der kommunalen Verwaltungen und Unternehmen beträgt das Arbeitszeitvolumen im Tarifgebiet West 39,0 Stunden und im Tarifgebiet Ost 40,0 Stunden.

Im Bereich der Krankenhäuser beträgt die Arbeitszeit des Pflegedienstes 38,5 Stunden, in Baden-Württemberg 39,0 Stunden.

TV-L: 39,5 Stunden in BW (das ergibt sich aus einer - recht komplizierten - Berechnung nach § 6 Abs. 1 TV-L i.V.m. der Anlage zu § 6 TV-L).

Auch hier gilt: Zusätzliche Arbeitsstunden, die noch innerhalb dieser Rahmenarbeitszeit geleistet werden, sind durch Freizeit auszugleichen (innerhalb des nach § 6 Abs. 2 Satz 1 TVöD festgelegten Ausgleichszeitraums). Zuschlagspflichtige „Überstunden“ fallen erst an, soweit diese zusätzlichen Arbeitsstunden *außerhalb* der vereinbarten Rahmenarbeitszeit (z.B. 7-19 Uhr) geleistet wird.

Wird ein wöchentlicher Arbeitszeitkorridor oder eine tägliche Rahmenarbeitszeit vereinbart, muss ein Arbeitszeitkonto für den AN eingerichtet werden (ansonsten ist die Einrichtung eines solchen Kontos freiwillig), § 10 TVöD. Das Konto⁴⁹ ist insbesondere erforderlich, um die Zeitüberhänge, die sich beim Arbeitszeitkorridor oder der Rahmenzeit ergeben, verbuchen zu können.

c) Überstunden

Zunächst: Was gilt in der Privatwirtschaft?: Überstunden = diejenige Arbeitszeit, die über die regelmäßige, privatrechtlich geschuldete Arbeitszeit hinausgeht.

Zur Leistung von Überstunden ist der AN grds. *nur verpflichtet*, wenn dies im Arbeitsvertrag vereinbart wurde (oder sich aus einer Betriebsvereinbarung oder dem Tarifvertrag ergibt). Insbesondere kann der AG Überstunden *nicht per Weisungsrecht* anordnen.

Ausnahme: In dringenden Fällen kann der AG vom AN vorübergehend Überstunden verlangen. Dies ergibt sich aus der Treuepflicht des AN (§ 242 BGB).

d) Überstunden nach TVöD / TV-L

Im öffentlichen Dienst *sind* die Angestellten *verpflichtet*, Überstunden zu leisten,

- wenn der AG das anordnet
- und eine dienstliche Notwendigkeit für Überstunden besteht.

Das steht in § 6 Abs. 5 TVöD.

Wir haben bereits gesehen, dass die regelmäßige Arbeitszeit nach dem TVöD bei 39 Stunden pro Woche liegt, § 6 Abs. 1 TVöD.

Nun ist aber im öffentlichen Dienst nicht jede Arbeitsstunde, die über diese 39 Stunden pro Woche hinaus geleistet wird („zusätzliche Arbeitsstunden“) zugleich auch begrifflich einen zuschlagspflichtigen „Überstunde“ im Sinne des TVöD.

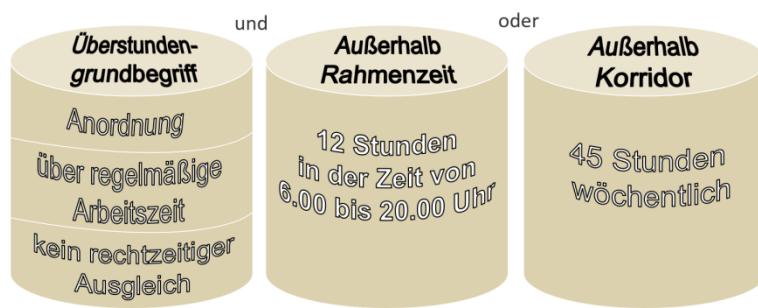
Vielmehr entsteht eine zuschlagspflichtige „Überstunde“ i.S.d. TVöD erst dann, wenn

- ▶ der Grundbegriff der Überstunde nach § 7 Abs. 7 TVöD erfüllt ist
Der Grundbegriff der Überstunde ist in § 7 Abs. 7 TVöD definiert:
„Überstunden sind die
 - auf Anordnung des Arbeitgebers geleisteten Arbeitsstunden,
 - die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten (§ 6 Abs. 1 Satz 1 TVöD)⁵⁰ für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen
 - und nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen werden.“
- ▶ UND die zusätzlich geleistete Arbeit über den wöchentlichen Arbeitszeitkorridor (oder die tägliche Rahmenzeit) hinausgeht, vgl. § 7 Abs. 8 TVöD.

⁴⁹ Dieses spezielle § 10 TVöD-Konto darf nicht mit dem „normalen“ Arbeitszeitkonto verwechselt werden, das für jeden AN geführt wird, um seine Arbeitszeit zu erfassen (man denke an Gleitzeit) und korrekt abzurechnen.

⁵⁰ Achtung! Das BAG (Urt. v. 23.03.2017 – 6 AZR 161/16, ArbR 2017, 362) sieht hierin eine ungerechtfertigte Benachteiligung von Teilzeitkräften wegen ihrer Teilzeitbeschäftigung, so dass die Bestimmung gegen höherrangiges Recht (§ 4 Abs. 1 TzBfG) verstößt und daher unwirksam ist. Folge: Bei Teilzeitkräften reicht richtigerweise schon eine Überschreitung ihrer Teilzeitquote aus, um den Überstunden-Grundbegriff insoweit zu erfüllen.

Überstunde und tarifliches Arbeitszeitkonto nach § 10 TVöD/TV-L



➔ **Überstunde erst, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind**

Zur *Vergütung* von Überstunden im öffentlichen Dienst:

Für jede geleistete Überstunde erhält der AN

- zunächst das Entgelt für die tatsächliche Arbeitsleistung je Überstunde berechnet nach der Protokollerklärung zu § 8 Abs. 1 Satz 1 TVöD:
„Bei Überstunden richtet sich das Entgelt für die tatsächliche Arbeitsleistung nach der jeweiligen Entgeltgruppe und der individuellen Stufe, höchstens jedoch nach der Stufe 4.“
- und zusätzlich einen Zeitzuschlag pro Stunde berechnet nach § 8 Abs. 1 TVöD:
 - für Überstunden in den Entgeltgruppen 1 bis 9 30%
 - und für Überstunden in den Entgeltgruppen 10 bis 15 15%
 des auf eine Stunde entfallenden Anteils des Tabellenentgelts der Stufe 3 der jeweiligen Entgeltgruppe.

e) Sonderfälle: Arbeitsbereitschaft / Bereitschaftsdienst / Rufbereitschaft (ordnungsrechtlich)

Zur Arbeitszeit im Sinn des ArbZG gehören auch

- Arbeitsbereitschaft (z.B. bei Notärzten, Berufsfeuerwehr)
- und Bereitschaftsdienst (z.B. von Krankenhauspersonal).

Dagegen zählt die bloße Rufbereitschaft zur Ruhezeit im Sinn von § 5 ArbZG (soweit der Arbeitnehmer nicht gerufen und zur Arbeit herangezogen wird).

- *Arbeitsbereitschaft* ist nach dem BAG die Zeit „wacher Achtsamkeit im Zustande der Entspannung“ – also etwa, wenn ein Notarzt an einer zentralen Rettungswache die eingehenden Notrufe mitverfolgt und auf seinen Einsatz wartet.

- *Bereitschaftsdienst* ist dagegen etwas „entspannter“: Hier wird vom AN nämlich keine „wache Achtsamkeit“ gefordert – hierher gehört z.B. der Arzt, der während der Nachtwache im Krankenhaus schläft. Er muss keine Arbeit leisten, sondern sich nur an der Arbeitsstelle⁵¹ zur Verfügung halten, um im Bedarfsfalle dann zu arbeiten.

Auch der Bereitschaftsdienst zählt zur Arbeitszeit⁵² – allerdings können die Parteien vereinbaren, dass er geringer vergütet wird.

- *Rufbereitschaft* ist gewissermaßen „am entspanntesten“: Hier muss der AN lediglich zuhause oder an einem anderen, von ihm gewählten Ort, für den AG (z.B. telefonisch) erreichbar sein, um auf Abruf alsbald die Arbeit aufnehmen zu können.

⁵¹ Oder an einem anderen vom AG bestimmten Ort.

⁵² So jedenfalls im Regelfall. In Ausnahmefällen, wenn der Bereitschaftsdienst in seiner konkreten Ausprägung den Betroffenen weniger bindet und belastet, kann er auch als Ruhezeit i.S.d. § 5 ArbZG gelten, vgl. Müller/Preis, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 6. Aufl., 2006, Rn. 477.

Die Rufbereitschaft zählt nicht zur Arbeitszeit, sondern vielmehr zur Ruhezeit i.S.d. § 5 ArbZG. Wenn der AN aber innerhalb der Rufbereitschaft gerufen wird und Arbeitsleistungen erbringt, handelt es sich insoweit (natürlich) um Arbeitszeit.

f) Sonderfälle: Arbeitsbereitschaft / Bereitschaftsdienst / Rufbereitschaft nach TVöD / TV-L (vergütungsrechtlich)

Im TVöD gibt es spezielle Regelungen zur Rufbereitschaft und zum Bereitschaftsdienst.

ad Rufbereitschaft

Sie ist in § 7 Abs. 4 TVöD eigens definiert: „Rufbereitschaft leisten Beschäftigte, die sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer dem Arbeitgeber anzuzeigenden Stelle aufhalten, um auf Abruf die Arbeit aufzunehmen. Rufbereitschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass Beschäftigte vom Arbeitgeber mit einem Mobiltelefon oder einem vergleichbaren technischen Hilfsmittel ausgestattet sind.“

Wenn der AN aber innerhalb der Rufbereitschaft gerufen wird und Arbeitsleistungen erbringt, handelt es sich insoweit (natürlich) um Arbeitszeit, die vergütet werden muss.

Für die Rufbereitschaft wird eine tägliche Pauschale je Entgeltgruppe gezahlt, vgl. im Einzelnen § 8 Abs. 3 TVöD.

Neben dieser Pauschale wird die während der Rufbereitschaft tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung (einschließlich der hierfür erforderlichen Wegezeiten) mit dem Entgelt für Überstunden sowie etwaiger Zeitzuschläge nach § 8 Abs. 1 TVöD gezahlt – das bestimmt § 8 Abs. 3 Satz 4 TVöD.

ad Bereitschaftsdienst

Auch zum Bereitschaftsdienst enthält der TVöD eine eigene Definition – in § 7 Abs. 3: „Bereitschaftsdienst leisten Beschäftigte, die sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen.“

Während des Bereitschaftsdienstes obliegt es den Beschäftigten daher nur, sich in einer Verfassung zu halten, die es ihnen ermöglicht, jederzeit den Dienst aufzunehmen.

§ 6 Abs. 5 TVöD gibt dem Arbeitgeber das Recht, Bereitschaftsdienst anzuordnen (gegenüber Vollzeitbeschäftigten – gegenüber Teilzeitbeschäftigten dagegen nur, wenn dies im Arbeitsvertrag vereinbart ist).

Bereitschaftsdienst ist zwar arbeitszeitschutzrechtlich insgesamt Arbeitszeit. Weil aber im Bereitschaftsdienst eine im Vergleich zur Vollarbeit mindere Arbeitsbelastung besteht, kann er geringer vergütet werden:

Für die Vergütung des Bereitschaftsdienstes im TVöD gelten für den Besonderen Teil Verwaltung die im alten Tarifrecht (BAT/-O, MTArb/-O sowie BMT-G/-O bzw. landesbezirkliche Tarifverträge) getroffenen Regelungen zunächst fort, § 8 Abs. 4 TVöD.

Nach dem somit weiterhin maßgebenden § 15 Abs. 6a Unterabs. 2 BAT wird die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der dabei tatsächlich geleisteten Arbeit - zum Zweck der Vergütungsberechnung - nach Erfahrungswerten pauschal bewertet. Unabhängig von solchen Erfahrungswerten ist Bereitschaftsdienst nach § 15 Abs. 6a mit mindestens 15 %, ab dem achten Bereitschaftsdienst im Kalendermonat mit mindestens 25 % zu bewerten.

Beispiel: Für A ist Bereitschaftsdienst von 18.00 bis 6.00 Uhr des folgenden Tages angeordnet. Für A sind mindestens 1,8 Stunden (= 15 % von 12 Stunden) als Arbeitszeit anzurechnen, wenn nicht andere Erfahrungswerte vorliegen. Ab dem 8. Bereitschaftsdienst im Kalendermonat erhält A mindestens 3 Stunden (= 25 % von 12 Stunden) berechnet.

Im Übrigen ist die Zeit des Bereitschaftsdienstes nach den erfahrungsgemäß während des Dienstes durchschnittlich bedarfsbegründet anfallenden tatsächlichen Arbeitsleistungen zu bewerten.

In den Besonderen Teilen Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen ist die Bereitschaftsdienstvergütung jeweils im TVöD bzw. TV-L geregelt.

5. Teilzeitbeschäftigung

Teilzeitbeschäftigt ist der Arbeitnehmer, dessen wöchentliche Arbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten.

Teilzeitbeschäftigt sind auch die geringfügig beschäftigten AN nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV (vgl. § 2 TzBfG).

Arbeitnehmer haben aus § 8 TzBfG einen Rechtsanspruch auf Teilzeitarbeit, also auf Verringerung ihrer Arbeitszeit, wenn

- das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, § 8 Abs. 1 TzBfG
- und bei dem AG mehr als 15 AN beschäftigt sind, § 8 Abs. 7 TzBfG.

Die Geltendmachung des Anspruchs unterliegt folgender Systematik:

- Spätestens drei Monate vor dem Beginn der Verringerung muss der AN den gewünschten Umfang der Verringerung beim AG geltend machen, § 8 Abs. 2 TzBfG.

Der AN soll in seinem Verlangen auch die gewünschte Verteilung der verringerten Arbeitszeit angeben.

- Der AG muss das Verlangen mit dem AN erörtern – mit dem Ziel, hinsichtlich des Verringerungsumfangs und der Verteilung der Arbeitszeit Einvernehmen zu erzielen, § 8 Abs. 3 TzBfG.
- Der AG darf dabei die Wünsche des AN nur ablehnen, soweit „betriebliche Gründe (...) entgegenstehen. Ein betrieblicher Grund liegt insbesondere vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht“, § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG.
- Kommt keine Einigung zustande, muss der AG dem AN seine ablehnende Entscheidung in Textform mitteilen – und zwar spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Verringerung, § 8 Abs. 5 Satz 1 TzBfG. (Die Ablehnung ist zudem - auf Antrag - mitbestimmungspflichtig, vgl. hierzu §§ 75 Abs. 3 Nr. 6, 76 Abs. 3 und 76 Abs. 10 LPVG.)

Verpasst der AG diese Frist, dann *gilt* die gewünschte Verringerung / Verteilung der Arbeitszeit als vereinbart („fingierte Vertragsänderung“), § 8 Abs. 5 Satz 2 und 3 TzBfG.

- *Hat* der AG das Verlangen form- und fristgerecht *abgelehnt*, und ist der AN mit der Ablehnung nicht einverstanden, muss er Klage vor dem ArbG erheben.
- *Wurde* die Arbeitszeit *verringert*, kann der AN eine erneute Verringerung erst nach Ablauf von zwei Jahren verlangen, § 8 Abs. 6 TzBfG.

Übrigens: Arbeitnehmer dürfen nicht wegen ihrer Teilzeitbeschäftigung gegenüber Vollzeit-Arbeitnehmern benachteiligt werden (es sei denn, es liegt ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung vor).

Wurde die Arbeitszeit eines AN verringert und will er nun seine Arbeitszeit wieder ausweiten, so gilt nach § 9 TzBfG:

„Der Arbeitgeber hat einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen.“

Aus Sicht des AN ist die Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG häufig nachteilig, da die Norm keine Befristung der Verringerung vorsieht. Vielfach möchte der AN die Arbeitszeit aber lediglich für einen bestimmten Zeitraum verringern und anschließend wieder zur ursprünglich vereinbarten Arbeitszeit zurückkehren. Hier kommt unter Umständen die „Brückenteilzeit“ nach § 9a TzBfG in Betracht. Danach können AN *zeitlich befristet* die Arbeitszeit reduzieren.

6. Teilzeitbeschäftigung nach TVöD / TV-L

Auch für die AN im öffentlichen Dienst gilt das TzBfG und damit der soeben beschriebene Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit aus § 8 bzw. § 9a TzBfG.

Der Anspruch wird im öffentlichen Dienst inhaltlich sogar noch erweitert durch § 11 TVöD / TV-L:

Wenn ein AN

- mindestens ein Kind unter 18 Jahren betreut
- einen pflegebedürftigen Angehörigen pflegt,

dann „soll“ der AG auf Antrag des AN Teilzeitbeschäftigung vereinbaren – und er kann den Antrag eines *solchen* AN nur ablehnen, wenn „dringende dienstliche bzw. betriebliche Belange“ entgegenstehen.

Auf Antrag des AN muss eine solche Verringerung der Arbeitszeit befristet werden – auf maximal fünf Jahre, § 11 Abs. 1 Satz 2 TVöD / TV-L.

Übrigens – nochmal zur Erinnerung:

- Auch Teilzeitbeschäftigte fallen unter den TVöD / TV-L!
- Und sogar geringfügig entlohnt Beschäftigte i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr.1 SGB IV unterfallen dem TVöD. (Das sind die sog. Minijobber, die regelmäßig nicht mehr als 450 Euro monatlich verdienen). Ihre Herausnahme aus dem Geltungsbereich würde das Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten verletzen, vgl. erneut § 4 Abs. 2 TzBfG.
- Ausgenommen vom TVöD / TV-L sind lediglich sozialversicherungsfrei kurzfristig Beschäftigte (Einsatz maximal drei Monate oder 70 Arbeitstage im Kalenderjahr, § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV).

7. Weitere Rechtsgrundlagen zur Verringerung der Arbeitszeit

Ein weiterer Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit ergibt sich aus § 15 Abs. 5 bis 7 BEEG (Bundes-Elterngeld und -Elternzeitgesetz).

Danach besteht während der Elternzeit ein Anspruch auf Ermäßigung der Arbeitszeit (nämlich auf mind. 15 bis max. 32 Stunden).

Voraussetzung (u.a.): keine entgegenstehenden dringende betriebliche Gründe, z.B. gravierende Störungen des Betriebsablaufs.

Ferner ergeben sich Teilzeitanprüche für schwerbehinderte AN (§ 164 Abs. 5 S. 2 SGB IX) und AN in Pflege- bzw. Familienpflegezeit (§ 3 PflegeZG bzw. § 2 FPfZG).

II. Nebenpflichten des Arbeitnehmers

Vorab zur Begriffsklärung:

- Hauptpflichten aus einem Vertrag sind diejenigen Pflichten, die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen (beim Arbeitsvertrag also Arbeitsleistung und Arbeitslohn).
- Nebenpflichten sind dagegen solche, die der sinnvollen Erfüllung der Hauptpflichten dienen sollen. Die Nebenpflichten des AN lassen sich unter dem Oberbegriff der „Treuepflicht“ zusammenfassen:

Treuepflicht

Die Treuepflicht besagt, dass

- der AN seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen
- seine Rechte so auszuüben
- und die Interessen des AG so zu wahren hat

wie dies von ihm unter Berücksichtigung

- seiner Stellung im Betrieb,
- seiner eigenen Interessen
- und der Interessen der anderen AN im Betrieb

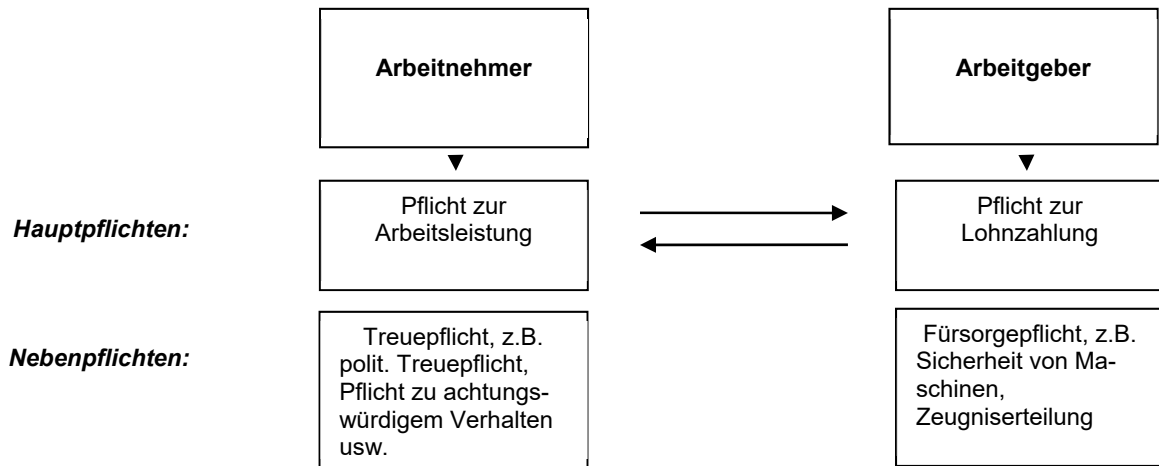
nach Treu und Glauben billigerweise von ihm verlangt werden kann⁵³.

Die Treuepflicht und ihre Ausprägungen lassen sich letztlich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ableiten. Sie sind nur zum Teil gesetzlich oder tarifvertraglich geregelt.

Im öffentlichen Dienst lassen sich folgende Ausprägungen der Treuepflicht des AN ausmachen:

⁵³ BAG NZA 2004, 427.

- Politische Treuepflicht
- Pflicht zu achtungswürdigem Verhalten
- Verschwiegenheitspflicht, § 3 Abs. 1 TVöD
- Pflicht zur Unbestechlichkeit (Schmiergeldverbot), § 3 Abs. 2 TVöD
- Pflicht zur Unterlassung einer Nebentätigkeit, § 3 Abs. 3 TVöD
- Pflicht zur Abwendung und Anzeige von Schäden
- Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb, § 60 HGB analog



Verstöße gegen Nebenpflichten können zur Abmahnung und zur Kündigung des AN führen. Sie können auch SE-Ansprüche auslösen (§ 280 BGB).

► Näher zur *politischen Treuepflicht*:

Der AN im öffentlichen Dienst muss sich durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinn des GG zu bekennen (vgl. § 3 Abs.1 Satz 2 TV-L / § 41 TVöD BT-V). Das Maß der politischen Treuepflicht richtet sich vor allem nach der von dem Arbeitnehmer ausgeübten Funktion.

Frage:

Verstößt ein Gymnasiallehrer (Arbeitnehmer) gegen seine politische Treuepflicht, wenn er im Gemeinschaftskundeunterricht das Mehrparteiensystem als ungeeignet bezeichnet, die drängendsten politischen Probleme (Überbevölkerung, Klimawandel usw.) zu lösen?

Antwort:

Ja! Das Mehrparteiensystem zählt zu den tragenden Grundsätzen des Demokratieprinzips, ist also Teil der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Der Beschäftigte stellt dieses Prinzip in Frage. Darin liegt eine Verletzung der politischen Treuepflicht, die auch im TVöD festgeschrieben ist.

► Näher zur *Pflicht zu achtungswürdigem Verhalten*:

Hierunter versteht man insbesondere

- die Pflicht zur Beachtung des Gemeinwohls
z.B. sparsamer Umgang mit öffentlichen Mitteln
- Pflicht zur Ansehenswahrung des Staates
z.B. Sachlichkeit, Unparteilichkeit im Umgang mit dem Bürger
- Pflicht zur anständigen Lebensführung
- Pflicht zur Mäßigung bei politischer Betätigung

Frage:

Liegt ein Pflichtenverstoß vor, wenn ein Beschäftigter des Landratsamtes in einem T-Shirt mit der Aufschrift "BLÖD - ein Leben lang!" zum Dienst erscheint? (Das Wort BLÖD gleicht in Aufmachung und Farbe dem Logo „BILD“ der Bildzeitung.)

Antwort:

Ja! Die provokative Aufschrift verletzt die Pflicht zur Mäßigung bei politischer Betätigung.

Das Mäßigungsgebot

- gilt privat,
- aber in verstärktem Maß natürlich im Dienst selbst, v.a. bei Kundenkontakt.
Politische Aktivitäten sollten dort ganz unterlassen werden.
Die Öffentlichkeit erwartet insoweit zu recht politische Neutralität.

Frage:

Liegt ein Pflichtenverstoß vor, wenn ein Busfahrer der städtischen Verkehrsbetriebe am Wochenende angetrunken mit seinem Privat-Pkw fährt?

Antwort:

Ja! Denn hierdurch leidet das Vertrauen in die Sicherheit des öffentlichen Personennahverkehrs. Der Busfahrer schädigt auf diese Weise das Ansehen seines des Arbeitgebers - und damit des Staates.

► Näher zur *Verschwiegenheitspflicht*:

Der AN darf betriebliche Umstände, an deren Geheimhaltung der Arbeitgeber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat, nicht an Dritte weitergeben. Die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes enthalten hierzu ausdrückliche Regelungen (vgl. § 3 Abs.1 TVöD, § 3 Abs. 2 TV-L). Die Verletzung der Schweigepflicht stellt unter den Voraussetzungen des § 353 b StGB für AN im öffentlichen Dienst sogar eine Straftat dar.

► Näher zur *Pflicht zur Unbestechlichkeit* („Schmiergeldverbot“):

Die Tarifverträge enthalten ein ausdrückliches Verbot, Belohnungen und Geschenke "in Bezug" auf die (dienstliche) Tätigkeit anzunehmen, ohne hierfür die Zustimmung bzw. eine Ausnahmegenehmigung des Arbeitgebers einzuholen, § 3 Abs. 2 TVöD / § 3 Abs. 3 TV-L Grund: Jeder Anschein der Beeinflussbarkeit eines Bediensteten soll vermieden werden!

Frage:

Das Bauamt der Gemeinde hat häufig Bauanträge der Baugesellschaft B zu bearbeiten. Beim Neujahrsempfang des Bürgermeisters bietet Firmenchef B der Frau des Bauamtsleiters A an, sie könne mit ihrer Familie sein Ferienhaus im Tessin zwei Wochen lang unentgeltlich nutzen. Wie soll sich AN A verhalten?

Antwort:

Das angebotene Geschenk steht in Bezug zur dienstlichen Tätigkeit des A. A braucht also die Genehmigung seines AG. Etwas anderes würde nur gelten, wenn das Geschenk völlig geringwertig wäre.

Frage:

Dürfte die Gemeinde G (auf einen Antrag des A hin) ihre Zustimmung zu dem Geschenk erteilen?

Antwort:

Nein, weil das Geschenk geeignet ist, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Objektivität der Bediensteten des öffentlichen Dienstes zu erschüttern. Daher muss A darauf hinwirken, dass seine Familie das Angebot ablehnt.

Frage:

Wie oben. B lässt außerdem allen Mitarbeitern des Bauamts alljährlich einen Taschenkalender nebst Kugelschreiber zukommen. Dürfen die Mitarbeiter diese Geschenke behalten?

Antwort:

Ja! zwar steht auch dieses Geschenk im Bezug zur dienstlichen Tätigkeit der Arbeitnehmer - und darf daher grundsätzlich nicht angenommen werden.

Auf Antrag der Arbeitnehmer könnte der Arbeitgeber hier aber die Geschenke genehmigen, weil sie so geringwertig sind, dass von vornherein keine Gefahr besteht, dass das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Objektivität der Bediensteten des öffentlichen Dienstes erschüttert wird.

In einem so eindeutigen Fall (ganz geringwertig, keine Gefahr der Vertrauens-Erschütterung) darf sogar vor einer stillschweigenden Zustimmung des AG ausgegangen werden.

Das bedeutet. Ausnahmsweise müssen die AN nicht einmal die Zustimmung ihres AG zur Geschenk-Akzeptanz einholen.

► Näher zur *Einschränkung von Nebentätigkeiten*:

§ 3 Abs. 3 TVöD / § 3 Abs. 4 TV-L bestimmen hierzu: „Nebentätigkeiten gegen Entgelt haben die Beschäftigten ihrem Arbeitgeber rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen. Der Arbeitgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechnigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen.“

E. Rechte des Arbeitnehmers

I. Entgeltanspruch (inkl. Tarifautomatik)⁵⁴

Jeder Arbeitnehmer hat aus dem Arbeitsvertrag einen Anspruch auf Vergütung (§ 611a Abs. 2 BGB). Die Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Vergütung („Entgelt“) ist die Hauptpflicht des Arbeitgebers. Die Vergütungshöhe ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag bzw. aus einem Tarifvertrag.

1. TVöD-AN haben Anspruch auf „Tabellenentgelt“ (je nach EG und Stufe)

Auch TVöD-Beschäftigte erhalten ein monatliches Entgelt (§§ 15 bis 17 TVöD). Dessen Höhe wird in aller Regel nicht ausgehandelt, sondern bestimmt sich nach der Entgelttabelle des TVöD und dort

- nach der Entgeltgruppe, in die der Beschäftigte eingruppiert ist,
 - und (innerhalb dieser Entgeltgruppe) nach der (Erfahrungs-)Stufe,
- vgl. § 15 Abs. 1 TVöD.

Anspruchsgrundlage des TVöD-AN auf Tabellenentgelt ist also: § 611a Abs. 2 BGB iVm § 15 TVöD.

Vgl. hierzu die Entgelttabelle TVöD-VKA (Tarifgebiet West)*
gültig vom 01.03.2020 bis 31.08.2020 (monatlich in Euro)

EG	Stufe 1	Stufe 2	Stufe 3	Stufe 4	Stufe 5	Stufe 6
15	4.860,31	5.190,81	5.559,47	6.062,74	6.580,45	6.921,06
14	4.401,04	4.700,31	5.091,13	5.524,82	6.008,27	6.355,34
13	4.056,62	4.384,61	4.757,99	5.163,37	5.640,38	5.899,26
12	3.635,65	4.013,07	4.454,13	4.943,53	5.517,78	5.790,26
11	3.508,11	3.856,11	4.182,29	4.536,17	5.020,49	5.292,98
10	3.380,51	3.655,13	3.964,32	4.299,65	4.673,08	4.795,69
9c	3.280,42	3.526,45	3.790,94	4.075,26	4.380,90	4.600,00
9b	3.074,70	3.305,30	3.450,00	3.874,00	4.124,25	4.414,13
9a	2.964,89	3.163,55	3.356,89	3.784,00	3.879,97	4.125,00
8	2.808,91	2.999,92	3.132,23	3.264,31	3.405,98	3.474,11
7	2.635,53	2.855,60	2.986,70	3.119,00	3.243,78	3.310,79
6	2.586,00	2.767,11	2.894,11	3.019,78	3.143,22	3.206,10
5	2.480,74	2.656,42	2.775,08	2.900,74	3.017,50	3.077,85
4	2.363,07	2.540,85	2.690,02	2.782,88	2.875,73	2.930,10
3	2.325,89	2.517,08	2.563,61	2.669,96	2.749,76	2.822,87
2	2.152,51	2.346,00	2.392,92	2.459,87	2.607,03	2.760,98
1	— ⁵⁶	1.929,88	1.962,63	2.003,59	2.041,77	2.140,05

2. Neueinstellung: Ermittlung der Entgeltgruppe

Wird ein TVöD-Arbeitnehmer neu eingestellt, so ergibt sich seine Entgeltgruppe nicht etwa durch Vereinbarung im Arbeitsvertrag sondern aus dem Grundsatz der Tarifautomatik:

a. Grundsatz der Tarifautomatik

In welche Entgeltgruppe der Arbeitnehmer eingruppiert ist, ergibt sich aus dem Grundsatz der Tarifautomatik, der in § 12 Abs. 2 Satz 1 TVöD normiert ist.

Der Grundsatz der Tarifautomatik besagt, dass der Arbeitnehmer automatisch (von selbst) in diejenige Entgeltgruppe eingruppiert ist, in der die von ihm dauerhaft geschuldeten Tätigkeitsmerkmale genannt sind – ohne dass es für diese Eingruppierung eines förmlichen Aktes bedarf (wie etwa: Festlegung im Arbeitsvertrag, förmliches Schreiben oder dergleichen). Der Beschäftigte *wird* also nicht eingruppiert, sondern seine Eingruppierung ergibt sich automatisch

⁵⁴ Für den TVöD. Im TV-L gelten ähnliche Regelungen.

⁵⁵ Für Pflegekräfte gibt es eine eigene Tabelle – die P-Tabelle.

⁵⁶ In der EG 1 fehlt die erste (Erfahrungs-)Stufe der Tabelle. Das liegt daran, dass die Stufe 1 (in den übrigen Entgeltgruppen) die Einarbeitungsphase abbildet. Da in EG 1 aber nur „einfachste“ Tätigkeiten geschuldet sind, für die es allenfalls einer sehr kurzen Einweisung bedarf (einige Stunden, max. 1-2 Tage), entfällt hier die (Einarbeitungs-)Stufe 1.

aus der Wertigkeit der dauerhaft übertragenen, auszuübenden (d.h. vertraglich geschuldeten) Tätigkeit⁵⁷ – er *ist* eingruppiert!

b. Die wichtigsten Eingruppierungsregeln

„Eingruppierung“ bedeutet: Man nimmt die vom Arbeitnehmer dauerhaft auszuübende (= vertraglich geschuldete) Tätigkeit und sucht diese von ihm geschuldeten Tätigkeitsmerkmale in der Entgeltordnung (= die Anlage 1 zum TVöD). Die Entgeltordnung wirft sodann diejenige Entgeltgruppe aus, in die der Arbeitnehmer (automatisch) eingruppiert ist.

Nachfolgend finden Sie einen Ausschnitt aus der Entgeltordnung – nämlich diejenigen Tätigkeitsmerkmale des Allgemeinen Teils, die sich (u.a.) mit der Eingruppierung der Beschäftigten im Bürodienst beschäftigen⁵⁸.

Entgeltgruppe 1

Beschäftigte mit einfachsten Tätigkeiten, zum Beispiel

- Essens- und Getränkeausgeber/innen,
- Garderobepersonal,
- Spülen und Gemüseputzen und sonstige Tätigkeiten im Haus- und Küchenbereich,
- Reiniger/innen in Außenbereichen wie Höfe, Wege, Grünanlagen, Parks,
- Wärter/innen von Bedürfnisanstalten,
- Servierer/innen,
- Hausarbeiter/innen,
- Hausgehilfe/Hausgehilfin,
- Bote/Botin (ohne Aufsichtsfunktion).

Entgeltgruppe 2

Beschäftigte mit einfachen Tätigkeiten.

(Einfache Tätigkeiten sind Tätigkeiten, die keine Vor- oder Ausbildung, aber eine fachliche Einarbeitung erfordern, die über eine sehr kurze Einweisung oder Anlernphase hinausgeht. Einarbeitung dient dem Erwerb derjenigen Kenntnisse und Fertigkeiten, die für die Beherrschung der Arbeitsabläufe als solche erforderlich sind.)

Entgeltgruppe 3

Beschäftigte, deren Tätigkeit sich dadurch aus der Entgeltgruppe 2 heraushebt, dass sie eine eingehende fachliche Einarbeitung erfordert.

Entgeltgruppe 4

1. Beschäftigte, deren Tätigkeit sich dadurch aus der Entgeltgruppe 3 heraushebt, dass sie mindestens zu einem Viertel gründliche Fachkenntnisse erfordert.

(Gründliche Fachkenntnisse erfordern nähere Kenntnisse von Rechtsvorschriften oder näheres kaufmännisches oder technisches Fachwissen usw. des Aufgabenkreises.)

2. Beschäftigte mit schwierigen Tätigkeiten.

(Schwierige Tätigkeiten sind Tätigkeiten, die mehr als eine eingehende fachliche Einarbeitung im Sinne der Entgeltgruppe 3 erfordern. Danach müssen Tätigkeiten anfallen, die an das Überlegungsvermögen oder das fachliche Geschick Anforderungen stellen, die über das Maß dessen hinausgehen, was üblicherweise von Beschäftigten der Entgeltgruppe 3 verlangt werden kann.)

Entgeltgruppe 5

1. Beschäftigte mit erfolgreich abgeschlossener Ausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf mit einer Ausbildungsdauer von mindestens drei Jahren und entsprechender Tätigkeit.

2. Beschäftigte, deren Tätigkeit gründliche Fachkenntnisse erfordert.

(Gründliche Fachkenntnisse erfordern nähere Kenntnisse von Rechtsvorschriften oder näheres kaufmännisches oder technisches Fachwissen usw. des Aufgabenkreises.)

Entgeltgruppe 6

- Beschäftigte der Entgeltgruppe 5 Fallgruppe 1, deren Tätigkeit gründliche und vielseitige Fachkenntnisse erfordert, sowie

- Beschäftigte der Entgeltgruppe 5 Fallgruppe 2, deren Tätigkeit vielseitige Fachkenntnisse erfordert.

(Die gründlichen und vielseitigen Fachkenntnisse brauchen sich nicht auf das gesamte Gebiet der Verwaltung (des Betriebes), bei der die/der Beschäftigte tätig ist, zu beziehen. Der Aufgabenkreis der/des Beschäftigten muss aber so gestaltet sein, dass er nur beim Vorhandensein gründlicher und vielseitiger Fachkenntnisse ordnungsgemäß bearbeitet werden kann.)

⁵⁷ Anderes gilt nur, wenn (selten!) bewusst und gezielt von der Tarifautomatik abgewichen wird, z.B. bei einzelvertraglich ausdrücklich vereinbarter höherer Eingruppierung zur Personalgewinnung.

⁵⁸ Um ganz genau zu sein: Es sind nachfolgend abgebildet aus dem Teil A (Allgemeiner Teil): die Ziffer I. (Allgemeine Tätigkeitsmerkmale) – und aus ihr die Unter-Ziffer 1 (= Entgeltgruppe 1 [einfachste Tätigkeiten], die Unter-Ziffer 3 (Entgeltgruppen 2 bis 12 [Büro-, Buchhalterei-, sonstiger Innendienst und Außendienst]) sowie die Unter-Ziffer 4 (Entgeltgruppen 13 bis 15).

Entgeltgruppe 7

Beschäftigte der Entgeltgruppe 6, deren Tätigkeit mindestens zu einem Fünftel selbstständige Leistungen erfordert.
(Selbstständige Leistungen erfordern ein den vorausgesetzten Fachkenntnissen entsprechendes selbstständiges Erarbeiten eines Ergebnisses unter Entwicklung einer eigenen geistigen Initiative; eine leichte geistige Arbeit kann diese Anforderung nicht erfüllen.)

Entgeltgruppe 8

Beschäftigte der Entgeltgruppe 6, deren Tätigkeit mindestens zu einem Drittel selbstständige Leistungen erfordert.
(Selbstständige Leistungen erfordern ein den vorausgesetzten Fachkenntnissen entsprechendes selbstständiges Erarbeiten eines Ergebnisses unter Entwicklung einer eigenen geistigen Initiative; eine leichte geistige Arbeit kann diese Anforderung nicht erfüllen.)

Entgeltgruppe 9a

Beschäftigte der Entgeltgruppe 6, deren Tätigkeit selbstständige Leistungen erfordert.
(Selbstständige Leistungen erfordern ein den vorausgesetzten Fachkenntnissen entsprechendes selbstständiges Erarbeiten eines Ergebnisses unter Entwicklung einer eigenen geistigen Initiative; eine leichte geistige Arbeit kann diese Anforderung nicht erfüllen.)

Entgeltgruppe 9b

1. Beschäftigte mit abgeschlossener Hochschulbildung und entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben.
2. Beschäftigte, deren Tätigkeit gründliche, umfassende Fachkenntnisse und selbstständige Leistungen erfordert.
(Gründliche, umfassende Fachkenntnisse bedeuten gegenüber den in den Entgeltgruppen 6 bis 9a geforderten gründlichen und vielseitigen Fachkenntnissen eine Steigerung der Tiefe und der Breite nach.)

Entgeltgruppe 9c

Beschäftigte, deren Tätigkeit sich dadurch aus der Entgeltgruppe 9b heraushebt, dass sie besonders verantwortungsvoll ist.

Entgeltgruppe 10

Beschäftigte, deren Tätigkeit sich mindestens zu einem Drittel durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung aus der Entgeltgruppe 9c heraushebt.

Entgeltgruppe 11

Beschäftigte, deren Tätigkeit sich durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung aus der Entgeltgruppe 9c heraushebt.

Entgeltgruppe 12

Beschäftigte, deren Tätigkeit sich durch das Maß der damit verbundenen Verantwortung erheblich aus der Entgeltgruppe 11 heraushebt.

Entgeltgruppe 13

1. Beschäftigte mit abgeschlossener wissenschaftlicher Hochschulbildung und entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben.
2. Beschäftigte in kommunalen Einrichtungen und Betrieben, deren Tätigkeit wegen der Schwierigkeit der Aufgaben und der Größe ihrer Verantwortung ebenso zu bewerten ist wie Tätigkeiten nach Fallgruppe 1.

Entgeltgruppe 14

1. Beschäftigte der Entgeltgruppe 13 Fallgruppe 1, deren Tätigkeit sich mindestens zu einem Drittel
- durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung oder
- durch das Erfordernis hochwertiger Leistungen bei besonders schwierigen Aufgaben
aus der Entgeltgruppe 13 Fallgruppe 1 heraushebt.
2. Beschäftigte in kommunalen Einrichtungen und Betrieben, deren Tätigkeit wegen der Schwierigkeit der Aufgaben und der Größe ihrer Verantwortung ebenso zu bewerten ist wie Tätigkeiten nach Fallgruppe 1.
3. Beschäftigte der Entgeltgruppe 13 Fallgruppe 1, denen mindestens drei Beschäftigte mindestens der Entgeltgruppe 13 durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt sind.

Entgeltgruppe 15

1. Beschäftigte der Entgeltgruppe 13 Fallgruppe 1, deren Tätigkeit sich
- durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung sowie
- erheblich durch das Maß der damit verbundenen Verantwortung
aus der Entgeltgruppe 13 Fallgruppe 1 heraushebt.
2. Beschäftigte in kommunalen Einrichtungen und Betrieben, deren Tätigkeit wegen der Schwierigkeit der Aufgaben und der Größe ihrer Verantwortung ebenso zu bewerten ist wie Tätigkeiten nach Fallgruppe 1.
3. Beschäftigte mit der Entgeltgruppe 13 Fallgruppe 1, denen mindestens fünf Beschäftigte mindestens der Entgeltgruppe 13 durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt sind.

Wie die Eingruppierung nun genau abläuft, beschreibt § 12 Abs. 2 TVöD. Dieser enthält die nachfolgenden sechs Sätze:

„¹Die/Der Beschäftigte ist in der Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmalen die gesamte von ihr/ihm nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit entspricht.

→ „gesamte“

Dieser Begriff wird näher definiert im direkt nachfolgenden Satz 2, der den sog. Häufigkeitsgrundsatz beinhaltet: Danach ist ein Tätigkeitsmerkmal schon dann erfüllt, wenn auf der Stelle (zeitlich betrachtet) mindestens die Hälfte der Arbeitsvorgänge das fragliche Tätigkeitsmerkmal erfüllen.

→ „nicht nur vorübergehend“

Eingruppierungsrechtlich relevant ist nur die dauerhaft arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung. Werden dem Arbeitnehmer dagegen nur vorübergehend höherwertige Tätigkeiten übertragen, so erhält er allenfalls eine Zulage nach § 14 TVöD⁵⁹.

→ „auszuübende“

Für die Eingruppierung entscheidend ist allein die auszuübende (d.h. die vertraglich geschuldete) Tätigkeit. Eingruppierungsrechtlich irrelevant ist dagegen, ob diese Leistung auch wie geschuldet erbracht wird.

²Die gesamte auszuübende Tätigkeit entspricht den Tätigkeitsmerkmalen einer Entgeltgruppe, wenn zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Entgeltgruppe erfüllen.

→ Dieser sog. Häufigkeitsgrundsatz definiert den Begriff „gesamte“ aus Satz 1 näher (s.o.).

³Kann die Erfüllung einer Anforderung in der Regel erst bei der Betrachtung mehrerer Arbeitsvorgänge festgestellt werden (z.B. vielseitige Fachkenntnisse), sind diese Arbeitsvorgänge für die Feststellung, ob diese Anforderung erfüllt ist, insoweit zusammen zu beurteilen.

→ Satz 3 enthält den sog. Gesamtbetrachtungsgrundsatz, wonach manche Tätigkeitsmerkmale erst bejaht werden können (und dann aber auch bejaht werden müssen), nachdem man alle Arbeitsvorgänge auf der Stelle insgesamt betrachtet hat.

⁴Werden in einem Tätigkeitsmerkmal mehrere Anforderungen gestellt, gilt das in Satz 2 bestimmte Maß, ebenfalls bezogen auf die gesamte auszuübende Tätigkeit, für jede Anforderung.

→ Ein Beispiel für eine Entgeltgruppe mit „mehreren Anforderungen“ ist die Entgeltgruppe 6, wo „gründliche und vielseitige Fachkenntnisse“ erforderlich sind. Hier gilt also: Der Häufigkeitsgrundsatz muss sowohl bezüglich des Tätigkeitsmerkmals „gründliche Fachkenntnisse“ erfüllt sein als auch hinsichtlich des Tätigkeitsmerkmals „vielseitige Fachkenntnisse“.

⁵⁹ § 14 TVöD lautet auszugsweise (ab dem 01.03.2018):

„(1) Wird der/dem Beschäftigten vorübergehend eine andere Tätigkeit übertragen, die den Tätigkeitsmerkmalen einer höheren als ihrer/seiner Eingruppierung entspricht, und hat sie/er diese mindestens einen Monat ausgeübt, erhält sie/er für die Dauer der Ausübung eine persönliche Zulage rückwirkend ab dem ersten Tag der Übertragung der Tätigkeit. (...)“

(3) Die persönliche Zulage bemisst sich nach dem jeweiligen Unterschiedsbetrag zu dem Tabellenentgelt, das sich bei dauerhafter Übertragung nach § 17 Abs. 4 Satz 1 (...) ergeben hätte.“

⁵Ist in einem Tätigkeitsmerkmal ein von den Sätzen 2 bis 4 abweichendes zeitliches Maß bestimmt, gilt dieses.

→ Ein Beispiel hierfür ist etwa die Entgeltgruppe 7 („ein Fünftel selbständige Leistungen“).

⁶Ist in einem Tätigkeitsmerkmal als Anforderung eine Voraussetzung in der Person der/des Beschäftigten bestimmt, muss auch diese Anforderung erfüllt sein.“

→ Die wichtigsten persönlichen Anforderungen in der Entgeltordnung finden sich in folgenden Entgeltgruppen des allgemeinen Bürodienstes:

- Entgeltgruppe 5, Fallgruppe 1:

„1. Beschäftigte mit erfolgreich abgeschlossener Ausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf mit einer Ausbildungsdauer von mindestens drei Jahren und entsprechender Tätigkeit.“

- Entgeltgruppe 9b, Fallgruppe 1:

„1. Beschäftigte mit abgeschlossener Hochschulbildung⁶⁰ und entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben.“

- Entgeltgruppe 13, Fallgruppe 1:

„1. Beschäftigte mit abgeschlossener wissenschaftlicher Hochschulbildung⁶¹ und entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben.“

Die Entgeltordnung⁶² bestimmt in diesem Zusammenhang: „Ist in einem Tätigkeitsmerkmal eine Vorbildung oder Ausbildung als Anforderung bestimmt, sind Beschäftigte, die die geforderte Vorbildung oder Ausbildung nicht besitzen,

- wenn nicht auch „sonstige Beschäftigte“ von diesem Tätigkeitsmerkmal erfasst werden oder

- wenn auch „sonstige Beschäftigte“ von diesem Tätigkeitsmerkmal erfasst werden, diese Beschäftigten jedoch nicht die Voraussetzungen des „sonstigen Beschäftigten“ erfüllen,

bei Erfüllung der sonstigen Anforderungen dieses Tätigkeitsmerkmals in der nächst niedrigeren Entgeltgruppe eingruppiert. (...“

⁶⁰ Definition in der Entgeltordnung (= Anlage 1 zum TVöD, dort Vorbemerkung Nr. 4):

„Eine abgeschlossene Hochschulbildung liegt vor, wenn von einer staatlichen Hochschule im Sinne des § 1 HRG oder einer nach § 70 HRG staatlich anerkannten Hochschule ein Diplomgrad mit dem Zusatz "Fachhochschule" ("FH"), ein anderer nach § 18 HRG gleichwertiger Abschlussgrad oder ein Bachelorgrad verliehen wurde.

Die Abschlussprüfung muss in einem Studiengang abgelegt worden sein, der seinerseits mindestens das Zeugnis der Hochschulreife (allgemeine Hochschulreife oder einschlägige fachgebundene Hochschulreife) oder eine andere landesrechtliche Hochschulzugangsberechtigung als Zugangsvoraussetzung erfordert, und für den Abschluss eine Regelstudienzeit von mindestens sechs Semestern – ohne etwaige Praxissemester, Prüfungssemester o.Ä. – vorschreibt.

Der Bachelorstudiengang muss nach den Regelungen des Akkreditierungsrats akkreditiert sein.

Dem gleichgestellt sind Abschlüsse in akkreditierten Bachelorausbildungsgängen an Berufsakademien.“

⁶¹ Definition in der Entgeltordnung (= Anlage 1 zum TVöD, dort Vorbemerkung Nr. 3):

„Eine abgeschlossene wissenschaftliche Hochschulbildung liegt vor, wenn das Studium an einer staatlichen Hochschule im Sinne des § 1 Hochschulrahmengesetz (HRG) oder einer nach § 70 HRG staatlich anerkannten Hochschule a) mit einer nicht an einer Fachhochschule abgelegten ersten Staatsprüfung, Magisterprüfung oder Diplomprüfung oder

b) mit einer Masterprüfung beendet worden ist. (...)

Eine abgeschlossene wissenschaftliche Hochschulbildung im Sinne des Satzes 1 Buchst. a setzt voraus, dass die Abschlussprüfung in einem Studiengang abgelegt wurde, der seinerseits mindestens das Zeugnis der Hochschulreife (allgemeine Hochschulreife oder einschlägige fachgebundene Hochschulreife) oder eine andere landesrechtliche Hochschulzugangsberechtigung als Zugangsvoraussetzung erfordert, und für den Abschluss eine Regelstudienzeit von mindestens acht Semestern – ohne etwaige Praxissemester, Prüfungssemester o.Ä. – vorschreibt.

Ein Bachelorstudiengang erfüllt diese Voraussetzung auch dann nicht, wenn mehr als sechs Semester für den Abschluss vorgeschrieben sind.

Der Masterstudiengang muss nach den Regelungen des Akkreditierungsrats akkreditiert sein. (...“

Der Masterstudiengang muss nach den Regelungen des Akkreditierungsrats akkreditiert sein. (...“

⁶² Anlage 1 zum TVöD, dort Vorbemerkung Nr. 2: „Tätigkeitsmerkmale mit Anforderungen in der Person“.

3. Neueinstellung: Ermittlung der Erfahrungsstufe

Bei einer Neueinstellung muss (nach der Entgeltgruppe) auch noch die richtige Erfahrungsstufe ermittelt werden:

Für den Bereich der VKA bestimmt § 16 TVöD (VKA):

- ▶ Beschäftigte, die weniger als ein Jahr „einschlägige Berufserfahrung“ mitbringen, werden bei ihrer Einstellung der Stufe 1 zugeordnet, § 16 Abs. 2 Satz 1 TVöD (VKA).
- ▶ Bringt der Beschäftigte „einschlägige Berufserfahrung“ von mindestens einem Jahr mit, wird er in Stufe 2 eingestellt, § 16 Abs. 2 Satz 2 TVöD (VKA).
- ▶ Wenn er sogar „einschlägige Berufserfahrung“ von mindestens drei Jahren mitbringt, wird er in der Regel der Stufe 3 zugeordnet, § 16 Abs. 2 Satz 2 TVöD (VKA).
- ▶ Wenn der Arbeitnehmer unmittelbar vor der jetzigen Einstellung in einem Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst stand oder zumindest bei einem Arbeitgeber beschäftigt war, der einen dem TVöD vergleichbaren Tarifvertrag anwendet, „kann“ die dort erworbene Stufe bei der jetzt anstehenden Stufenzuordnung ganz oder teilweise berücksichtigt werden, § 16 Abs. 2a TVöD (VKA).
- ▶ Unabhängig vom Vorstehenden „kann“ der AG „bei Neueinstellungen zur Deckung des Personalbedarfs“ Zeiten einer vorherigen beruflichen Tätigkeit ganz oder teilweise für die Stufenzuordnung berücksichtigen, wenn diese Tätigkeit für die vorgesehene Tätigkeit „förderlich“ ist, § 16 Abs. 2 Satz 3 TVöD (VKA).

Für den Bereich des TV-L bestimmt § 16 TV-L:

- ▶ Beschäftigte, die weniger als ein Jahr einschlägige Berufserfahrung mitbringen, werden bei ihrer Einstellung der Stufe 1 zugeordnet, § 16 Abs. 2 Satz 1 TV-L.
- ▶ Bringt der Beschäftigte „einschlägige Berufserfahrung“ von mindestens einem Jahr mit, so ist zu unterscheiden:
 - Wurde diese einschlägige Berufserfahrung in einem vorherigen (befristeten oder unbefristeten) Arbeitsverhältnis beim selben (!) AG erworben, so wird sie *voll* angerechnet, § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L.
 - Wurde die (mindestens einjährige) einschlägige Berufserfahrung bei einem anderen Arbeitgeber erworben, wird in Stufe 2 eingestellt.
Anders, wenn es sich um mindestens drei Jahre einschlägige Berufserfahrung handelt (und die Einstellung nach dem 31. Januar 2010 erfolgt), dann wird in Stufe 3 eingestellt. Das bestimmt § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L.
- ▶ Wenn der AN unmittelbar vor der jetzigen Einstellung in einem Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst stand, „kann“ der AG die beim vorherigen AG nach den Regelungen des TV-L, des TVÜ-Länder oder eines vergleichbaren Tarifvertrages erworbene Stufe bei der Stufenzuordnung ganz oder teilweise berücksichtigen § 16 Abs. 2a TV-L.
- ▶ Unabhängig vom Vorstehenden „kann“ der AG „bei Neueinstellungen zur Deckung des Personalbedarfs“ Zeiten einer vorherigen beruflichen Tätigkeit ganz oder teilweise für die Stufenzuordnung berücksichtigen, wenn diese Tätigkeit für die vorgesehene Tätigkeit „förderlich“ ist, § 16 Abs. 2 Satz 4 TV-L.

4. Wie rücken bereits Eingestellte in den Erfahrungsstufen vor?

Diese Frage ist geregelt:

- für den Bereich der VKA in § 16 Abs. 3 und 4 TVöD (VKA). Diese Vorschrift wird ergänzt durch § 17 TVöD (VKA), leistungsabhängige Stufenaufstiege.
- für den Bereich der Länder in § 16 Abs. 3, 4 und 5 TV-L. Diese Vorschrift wird ergänzt durch § 17 TV-L, leistungsabhängige Stufenaufstiege.

Bestimmte ununterbrochene Tätigkeitszeit in der jeweiligen Stufe

Maßgeblich für das Aufrücken in die nächste Stufe ist nicht die Gesamt-Beschäftigungszeit des Arbeitnehmers bei seinem Arbeitgeber, sondern die ununterbrochene Tätigkeitszeit in der jeweiligen Stufe.

St. 1	(1 Jahr) →	St. 2	(2 Jahre) →	St. 3	(3 Jahre) →	St. 4	(4 Jahre) →	St. 5	(5 Jahre) →	St. 6
--------------	------------	--------------	-------------	--------------	-------------	--------------	-------------	--------------	-------------	--------------

Anders in der Entgeltgruppe 1 (Niedriglohngruppe): Dort gilt eine einheitliche Stufenlaufzeit von jeweils vier Jahren, vgl. etwa § 16 Abs. 4 TVöD (VKA).

Stufenaufstieg während eines laufenden Kalendermonats

Frage: Was gilt, wenn ein Beschäftigter die nächste Stufe während eines laufenden Kalendermonats erreicht? Wenn also Arbeitnehmer A z.B. am 21.01. seine zwei Jahre in der Stufe 2 „abgesessen“ hat und nun in Stufe 3 vorrückt - erhält er das höhere Entgelt (der Stufe 3) dann erst ab dem Folgemonat (Februar) oder rückwirkend bereits für den laufenden Monat (Januar)?

Antwort: § 17 Abs. 1 TVöD/TV-L: „Die Beschäftigten erhalten das Tabellenentgelt nach der neuen Stufe *vom Beginn* des Monats an, in dem die nächste Stufe erreicht wird.“ A erhält also bereits für den Januar das höhere Entgelt der Stufe 3.

Leistungsabhängiger Stufenaufstieg

TVöD und TV-L sehen mehrere Bezahlungselemente vor, die sich an der Leistung der Beschäftigten orientieren. Hierzu zählt auch die Möglichkeit eines leistungsabhängigen Stufenaufstiegs:

- Erbringt der Beschäftigte „erheblich“ *über* dem Durchschnitt liegende Leistungen, kann der AG die Laufzeit für das Erreichen der Stufen 4 bis 6 jeweils abkürzen, § 17 Abs. 2 Satz 1 TVöD.
- Umgekehrt gilt: Liegen die Leistungen des Beschäftigten dagegen „erheblich“ *unter* dem Durchschnitt, kann der AG die Zeit für das Erreichen der Stufen 4 bis 6 jeweils verlängern, § 17 Abs. 2 Sätze 2 bis 6 TVöD.

Exkurs: „Ununterbrochene“ Tätigkeit in der Stufe, § 17 Abs. 3 TVöD / TV-L

Wir haben gesehen: Für den Stufenaufstieg muss der AN eine bestimmte Zeit in einer Stufe verbracht haben - und zwar „ununterbrochen“, wie es im § 16 Abs. 3 TVöD/TV-L jeweils heißt.

In § 17 Abs. 3 TVöD / TV-L ist der Begriff der „ununterbrochenen“ Tätigkeit näher definiert.

- ▶ Vorab: Wenn das Arbeitsverhältnis in seinem rechtlichen Bestand *endet* (also durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag oder Auslaufen einer Befristung) und danach fortgesetzt wird (*Wiedereinstellung*), dann bestimmt sich die maßgebliche Stufe des Wiedereingestellten nach den Regelungen für *Einstellungen*, also nach § 16 TVöD / TV-L.
- ▶ Nun zum eigentlichen Problem der „ununterbrochenen“ Stufenzugehörigkeit: § 17 Abs. 3 Satz 1 TVöD bestimmt zunächst, welche Unterbrechungszeiten gänzlich unschädlich sind.

D.h., diese Unterbrechungszeiten werden wie ganz normale Tätigkeitszeiten gewertet. (Man kann auch von „unschädlichen Unterbrechungen“ sprechen, die „anwartschaftssteigernd“ wirken).

Im Einzelnen führt der § 17 Abs. 3 als unschädliche Unterbrechungen auf:

- a) Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz,
 - b) Zeiten einer Arbeitsunfähigkeit bis zu 39 Wochen,
 - c) Zeiten eines bezahlten Urlaubs,
 - d) Zeiten eines Sonderurlaubs, bei denen der Arbeitgeber vor dem Antritt schriftlich ein dienstliches bzw. betriebliches Interesse anerkannt hat,
 - e) Zeiten einer sonstigen Unterbrechung von weniger als einem Monat im Kalenderjahr,
 - f) Zeiten der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit.
- § 17 Abs. 3 Satz 2 TVöD bestimmt sodann bestimmte Unterbrechungszeiten, die „nicht auf die Stufenlaufzeit angerechnet werden“.

Das bedeutet: Während dieser Zeit wird gewissermaßen nur „die Uhr angehalten“. Wird nach der Unterbrechung die Tätigkeit im fortbestehenden Arbeitsverhältnis wieder aufgenommen, wird die zuvor aufgelaufene Stufenlaufzeit nahtlos an der Stelle fortgesetzt, an der sie unterbrochen wurde. Das heißt: Die Zeit der Unterbrechung wird einfach nur ausgeblendet. Diese Unterbrechungen wirken also „anwartschaftserhaltend“.

Hierher gehören⁶³:

- Zeiten der Unterbrechung bis zu einer Dauer von jeweils drei Jahren (die nicht schon von Satz 1 erfasst werden)
- Elternzeit bis zu jeweils fünf Jahren⁶⁴

Zur Veranschaulichung folgender Fall:

Arbeitnehmer A wurde zum 01.01.2007 eingestellt (sein erster Job) und arbeitet seitdem in Entgeltgruppe 7. Ab dem 01.01.2012 nimmt er für vier Jahre Elternzeit in Anspruch. Diese endet also zum 01.01.2016. Welcher Entgeltstufe wird er bei Wiederaufnahme seiner Tätigkeit zugeordnet?

Lösung:

Als er die Elternzeit nahm (ab dem 01.01.2012), war er bereits 5 Jahre in Entgeltgruppe 7, befand sich seinerzeit also in Stufe 3 (und hatte dort noch ein Jahr abzuleisten bis zum Aufstieg in Stufe 4).

Die vierjährige Elternzeit ist anwartschaftserhaltend, so dass er bei seiner Rückkehr genau an dieser Stelle weitermacht - also: in Stufe 3, und er hat dort noch ein Jahr abzuleisten bis zur Stufe 4 (wenn er durchschnittliche Leistungen erbringt).

Also:

Die Unterbrechung war anwartschaftserhaltend. A wird der Stufe 3 zugeordnet - nach einem Jahr steigt er (bei durchschnittlicher Leistung) in Stufe 4 auf.

- § 17 Abs. 3 Satz 3 TVöD bestimmt schließlich „anwartschaftsfeindliche“ Unterbrechungen.

Hier gilt: Bei der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses „erfolgt eine Zuordnung zu der Stufe, die der vor der Unterbrechung erreichten Stufe vorangeht, jedoch nicht niedriger als bei einer Neueinstellung; die Stufenlaufzeit beginnt mit dem Tag der Arbeitsaufnahme.“

⁶³ Als ungeschriebene Fallgruppe einer „anwartschaftserhaltenden“ Unterbrechung wird man wohl auch Saisonbeschäftigte betrachten müssen: Sie stehen für eine jahreszeitlich begrenzte regelmäßig wiederkehrende Tätigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis. Solange sie arbeiten, „läuft die Uhr“, solange sie unterbrechen, „ist die Uhr gestoppt“.

⁶⁴ Auf den ersten Blick ist unklar, wie die „fünf Jahre Elternzeit“ zu verstehen sind, denn die Dauer einer Elternzeit beträgt gemäß § 15 Abs. 2 BEEG maximal drei Jahre („Der Anspruch auf Elternzeit besteht bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres eines Kindes.“).

Nicht gemeint sein kann der Ausnahmefall, dass sich wegen Geburt eines weiteren Kindes in der Elternzeit gleich eine weitere Elternzeit anschließt. Denn die fünf Jahre beziehen sich auf die „jeweilige“ Elternzeit.

Gemeint ist also jede einzelne Elternzeit für sich. Folglich ist der Begriff „Elternzeit“ hier untechnisch zu verstehen. Er umfasst auch einen sich an die Elternzeit anschließenden Sonderurlaub zum Zwecke der Kindererziehung.

Hierher gehören

- alle Unterbrechungen von mehr als drei Jahren
- Elternzeit von mehr als fünf Jahren

Zur Veranschaulichung folgende Abwandlung:

Wie oben. A nimmt jedoch ab dem 01.01.2012 vier Jahre unbezahlten Sonderurlaub, für den der Arbeitgeber kein dienstliches Interesse anerkannt hat. Dieser Sonderurlaub endet zum 01.01.2016.

Welcher Entgeltstufe wird er bei Wiederaufnahme seiner Tätigkeit zugeordnet?

Lösung:

Wir wissen: Als unser A am 01.01.2012 unterbrach, war er in Entgeltgruppe 7, Stufe 3 und hatte noch ein Jahr vor sich bis zur Stufe 4.

Die Unterbrechung war hier jedoch anwartschaftsfeindlich. Das bedeutet: A wird bei seiner Rückkehr der *vorangegangenen* Stufe zugeordnet - also der Stufe 2.

Zwischenergebnis: Weil die Unterbrechung anwartschaftsfeindlich war, müsste A an sich der vorangegangenen Stufe 2 zugeordnet werden.

Aber: Man muss jetzt noch einen Vergleich anstellen und fragen: „Wenn der A nicht seine Arbeit wiederaufnehmen würde sondern am 01.01.2016 neu eingestellt werden würde - welcher Entgeltstufe würde er dann zugeordnet?“

Dazu betrachten wir § 16 Abs. 2 Satz 2, Halbsatz 2 TVöD: „Verfügt der Beschäftigte über eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens drei Jahren, erfolgt bei Einstellung nach dem 31. Dezember 2008 in der Regel eine Zuordnung zur Stufe 3.“

Hier ist keine Abweichung vom Regelfall ersichtlich - also müssten wir den A im Falle seiner Neueinstellung der Stufe 3 zuordnen.

Folglich muss er auch bei seiner Unterbrechungs-Rückkehr der Stufe 3 zugeordnet werden.

Zwischenergebnis: Ein Vergleich mit einer Neueinstellung ergibt jedoch, dass A der Stufe 3 zugeordnet werden muss, § 16 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 TVöD.

Jetzt muss man aber noch beachten, was § 17 Abs. 3 Satz 3 TVöD am Ende bestimmt, nämlich: „Die Stufenlaufzeit beginnt mit dem Tag der Arbeitsaufnahme“

Das bedeutet: A bekommt zwar die Stufe 3, muss dort aber wieder bei Null anfangen, muss also volle drei Jahre absitzen, bis er in Stufe 4 kommt. (Seine vor der Unterbrechung „eressenen“ 2 Jahre sind also „flöten“.)

Ergebnis: A wird der Stufe 3 zugeordnet. Wegen § 17 Abs. 3 Satz 3 TVöD beginnt seine Stufenlaufzeit dort neu. Stufe 4 erreicht er also erst nach drei Jahren.

Anmerkung zur Gleichbehandlung von Teilzeitkräften

In § 17 Abs. 3 Satz 4 TVöD/ TV-L wird klargestellt, dass bei der Ermittlung der Zeiten ununterbrochener Tätigkeit Zeiten der Teilzeitbeschäftigung nicht rätierlich gekürzt werden dürfen, sondern im vollen Umfang zu berücksichtigen sind.

Wer also 50% Teilzeit arbeitet, steigt (wie ein Vollzeit-Beschäftigter auch) nach einem Jahr von Stufe 1 in Stufe 2 auf. Man sagt *nicht* etwa: Der 50%-Teilzeitbeschäftigte hat doch in dem einen Jahr effektiv nur ein halbes Jahr gearbeitet - und muss deshalb *zwei* Jahre arbeiten, um in Stufe 2 zu gelangen.

Eine andere Verfahrensweise wäre sachlich nicht gerechtfertigt und würde überdies zumindest dann zu einer mittelbaren Geschlechterdiskriminierung führen, wenn Angehörige eines Geschlechts (i.d.R. Frauen) zu einem höheren Anteil teilzeitbeschäftigt sind.

5. Höhergruppierung: Ermittlung der Entgeltgruppe

Ein TVöD-Arbeitnehmer bleibt nach seiner Einstellung in aller Regel nicht dauerhaft in seiner Eingangs-Entgeltgruppe. Vielmehr wird er im Laufe seines Berufslebens auch ein- oder mehrmals höhergruppiert. Höhergruppierung bedeutet begrifflich: die Zuordnung des Arbeitnehmers zu einer höheren als seiner bisherigen Entgeltgruppe.

Frage: Wann kommt es in der Praxis zu solchen Höhergruppierungen?:

- Erstens kommt es zu einer Höhergruppierung, wenn sich die dem Arbeitnehmer übertragene Tätigkeit „aus sich heraus“ dauerhaft ändert, so dass sie nunmehr den Tätigkeitsmerkmalen einer höheren Entgeltgruppe entspricht, § 13 Abs. 1 TVöD-VKA:

„¹Ist der/dem Beschäftigten eine andere, höherwertige Tätigkeit nicht übertragen worden, hat sich aber die ihr/ihm übertragene Tätigkeit (§ 12 Abs. 2 Satz 1) nicht nur vorübergehend derart geändert, dass sie den Tätigkeitsmerkmalen einer höheren als ihrer/seiner bisherigen Entgeltgruppe entspricht (§ 12 Abs. 2 Sätze 2 bis 6), und hat die/der Beschäftigte die höherwertige Tätigkeit ununterbrochen sechs Monate lang ausgeübt, ist sie/er mit Beginn des darauffolgenden Kalendermonats in der höheren Entgeltgruppe eingruppiert.

²Für die zurückliegenden sechs Kalendermonate gilt § 14 Abs. 1 sinngemäß.“

- Zweitens: Klassischerweise kommt es zu einer Höhergruppierung, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer (nicht nur vorübergehend) eine höherwertige Tätigkeit „überträgt“⁶⁵ – und zwar per Änderungsvertrag (ggf. per Änderungskündigung).

Achtung! Im Zusammenhang mit der Übertragung höherwertiger Tätigkeiten muss man auch noch an den Personalrat denken:

→ Erstens bedarf die Übertragung der höherwertigen Tätigkeit (wenn sie länger als zwei Monate erfolgen soll) der Mitbestimmung des Personalrats, § 75 Abs. 1 Nr. **7a** LPVG⁶⁶.

→ Zweitens unterliegt auch die Höhergruppierung selbst der Mitbestimmung des Personalrats, § 75 Abs. 1 Nr. **3** LPVG⁶⁷.

Abschließende Bemerkung: In beiden Fällen der Höhergruppierung („aus sich heraus“ und „eilvernehmliche Übertragung höherwertiger Tätigkeiten auf Dauer“) ermitteln Sie die neue Entgeltgruppe genau so wie bei der Neueinstellung und erstmaligen Übertragung einer Tätigkeit. Also nach §§ 12, 13 TVöD (insbesondere dem Grundsatz der Tarifautomatik) und den oben genannten Eingruppierungsregeln.

⁶⁵ Vgl. Krasemann, Das Eingruppierungsrecht des BAT/BAT-O, 7. Auflage, 2001, Kapitel 4 Rn, 194.

⁶⁶ Hier geht es um Personalpolitik.

⁶⁷ Hier geht es um ein Mitbestimmungsrecht beim Auffinden der neuen Entgeltgruppe.

6. Höhergruppierung: Ermittlung der Erfahrungsstufe

Wurde dem Arbeitnehmer wirksam eine höherwertige Tätigkeit übertragen und wurde ermittelt, welcher *Entgeltgruppe* diese neue Tätigkeit entspricht, dann muss nunmehr ermittelt werden, in welche *Erfahrungsstufe* der Arbeitnehmer in der höheren Entgeltgruppe hineinkommt. Nach § 17 Abs. 4 TVöD ist dies recht leicht: Denn danach wird der Arbeitnehmer grds. „stufengleich“ höhergruppiert⁶⁸:

¹Bei Eingruppierung in eine höhere Entgeltgruppe aus den Entgeltgruppen 2 bis 14 der Anlage A (VKA) werden die Beschäftigten im Bereich der VKA der gleichen Stufe zugeordnet, die sie in der niedrigeren Entgeltgruppe erreicht haben, mindestens jedoch der Stufe 2.

²Die Stufenlaufzeit in der höheren Entgeltgruppe beginnt mit dem Tag der Höhergruppierung.

³Bei einer Eingruppierung in eine niedrigere Entgeltgruppe ist die/der Beschäftigte der in der höheren Entgeltgruppe erreichten Stufe zuzuordnen; die in der bisherigen Stufe zurückgelegte Stufenlaufzeit wird auf die Stufenlaufzeit in der niedrigeren Entgeltgruppe angerechnet.

⁴Die/Der Beschäftigte erhält vom Beginn des Monats an, in dem die Veränderung wirksam wird, das entsprechende Tabellenentgelt aus der in Satz 1 und 3 festgelegten Stufe der betreffenden Entgeltgruppe.“

Eine Sondervorschrift exklusiv nur für die Höhergruppierung aus der Entgeltgruppe 1 heraus enthält § 17 Abs. 4a TVöD VKA:

¹Bei Eingruppierung in eine höhere Entgeltgruppe aus der Entgeltgruppe 1 werden die Beschäftigten im Bereich der VKA derjenigen Stufe zugeordnet, in der sie mindestens ihr bisheriges Tabellenentgelt erhalten, mindestens jedoch der Stufe 2.

²Wird die/der Beschäftigte nicht in die nächsthöhere, sondern in eine darüber liegende Entgeltgruppe höhergruppiert, ist das Tabellenentgelt für jede dazwischen liegende Entgeltgruppe nach Satz 1 zu berechnen.

³Die Stufenlaufzeit in der höheren Entgeltgruppe beginnt mit dem Tag der Höhergruppierung.

⁶⁸ Zum Verständnis der Vorschrift ist es nützlich, die Entgelttabelle vor sich zu haben (Stand: 01.03.2020):

EG	Stufe 1	Stufe 2	Stufe 3	Stufe 4	Stufe 5	Stufe 6
15	4.860,31	5.190,81	5.559,47	6.062,74	6.580,45	6.921,06
14	4.401,04	4.700,31	5.091,13	5.524,82	6.008,27	6.355,34
13	4.056,62	4.384,61	4.757,99	5.163,37	5.640,38	5.899,26
12	3.635,65	4.013,07	4.454,13	4.943,53	5.517,78	5.790,26
11	3.508,11	3.856,11	4.182,29	4.536,17	5.020,49	5.292,98
10	3.380,51	3.655,13	3.964,32	4.299,65	4.673,08	4.795,69
9c	3.280,42	3.526,45	3.790,94	4.075,26	4.380,90	4.600,00
9b	3.074,70	3.305,30	3.450,00	3.874,00	4.124,25	4.414,13
9a	2.964,89	3.163,55	3.356,89	3.784,00	3.879,97	4.125,00
8	2.808,91	2.999,92	3.132,23	3.264,31	3.405,98	3.474,11
7	2.635,53	2.855,60	2.986,70	3.119,00	3.243,78	3.310,79
6	2.586,00	2.767,11	2.894,11	3.019,78	3.143,22	3.206,10
5	2.480,74	2.656,42	2.775,08	2.900,74	3.017,50	3.077,85
4	2.363,07	2.540,85	2.690,02	2.782,88	2.875,73	2.930,10
3	2.325,89	2.517,08	2.563,61	2.669,96	2.749,76	2.822,87
2	2.152,51	2.346,00	2.392,92	2.459,87	2.607,03	2.760,98
1	–	1.929,88	1.962,63	2.003,59	2.041,77	2.140,05

⁴Die/Der Beschäftigte erhält vom Beginn des Monats an, in dem die Veränderung wirksam wird, das entsprechende Tabellenentgelt aus der in Satz 1 festgelegten Stufe der betreffenden Entgeltgruppe.“

7. Herabgruppierung

a. Begriff und Voraussetzungen der Herabgruppierung

Will der AG dem AN (dauerhaft) andere, niedriger bewertete Tätigkeiten übertragen, dann geht das grds. nur auf zwei Wegen:

- durch eine einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages⁶⁹
- oder durch eine Änderungskündigung
(d.h.: Kündigung des Arbeitsvertrages - verbunden mit dem Angebot, einen neuen Arbeitsvertrag mit ungünstigeren Bedingungen abzuschließen, vgl. § 2 KSchG).⁷⁰

Die Folge ist dann die „Herabgruppierung“ des AN, also seine Einreihung in eine neue, niedrigere Entgeltgruppe.

Formulierungsbeispiel für eine einvernehmliche Herabgruppierung (Änderung des Arbeitsvertrages): „Frau A wird mit Tätigkeiten der EG 6 weiterbeschäftigt.“

Achtung! Auch hier muss an den Personalrat gedacht werden:

- Die Übertragung der niederwertigen Tätigkeit bedarf (wenn sie länger als zwei Monate erfolgen soll) der Mitbestimmung des Personalrats, § 75 Abs. 1 Nr. 7a LPVG.
- Und auch die Herabgruppierung selbst bedarf der Mitbestimmung des Personalrats, § 75 Abs. 1 Nr. 3 LPVG.
- Übrigens: Kann die Zuweisung der niederwertigen Tätigkeit nur per Änderungskündigung erreicht werden, so bedarf diese Kündigung (zusätzlich) der Mitbestimmung durch den Personalrat, vgl. § 75 Abs. 1 Nr. 12 LPVG.

b. Folgen der Herabgruppierung

- Der AN ist eingruppiert in die entsprechend niedrigere Entgeltgruppe.
- Für das Auffinden der richtigen Erfahrungsstufe in der niedrigeren Entgeltgruppe gilt nach § 17 Abs. 4 TVöD:

„³Bei einer Eingruppierung in eine niedrigere Entgeltgruppe ist die/der Beschäftigte der in der höheren Entgeltgruppe erreichten Stufe zuzuordnen; die in der bisherigen Stufe zurückgelegte Stufenlaufzeit wird auf die Stufenlaufzeit in der niedrigeren Entgeltgruppe angerechnet.“

⁴Die/Der Beschäftigte erhält vom Beginn des Monats an, in dem die Veränderung wirksam wird, das entsprechende Tabellenentgelt aus der in Satz 1 oder Satz 3 festgelegten Stufe der betreffenden Entgeltgruppe.“

⁶⁹ Das gilt auch, wenn sich die Wertigkeit der Tätigkeit ohne Zuweisung anderweitiger Tätigkeiten (sozusagen von selbst) verringert. Beispiel: A ist Leiterin der Kanzlei einer Landkreisverwaltung mit 26 Beschäftigten (Entgeltgruppe 8, Fallgruppe 1). Infolge der zunehmenden Automatisierung der Arbeiten werden zwei frei gewordene Schreibkraftstellen nicht mehr besetzt, so dass die Zahl der Unterstellten unter 25 sinkt. Diese Veränderungen des variablen Tätigkeitsmerkmals, die auf ein Zutun des Arbeitgebers zurückgeht (keine Wiederbesetzung der Stellen), ändert an der Eingruppierung der A nichts, weil sie weiterhin die bisherige Arbeit *schuldet*. Will der AG hier zu einer Herabgruppierung kommen, muss er auf eine Vertragsänderung drängen (oder eine Änderungskündigung aussprechen).

⁷⁰ Näheres zur Änderungskündigung im Zusammenhang mit der Darstellung des Kündigungsrechts.

8. Weitere Vergütungsbestandteile

a. Jahressonderzahlung

Beschäftigte, die am 01.12. des Jahres in einem TVöD-Arbeitsverhältnis stehen, erhalten eine Jahressonderzahlung, § 20 Abs. 1 TVöD⁷¹. Die Höhe der Jahressonderzahlung ist prozentual gestaffelt (abhängig davon, in welcher Entgeltgruppe der Arbeitnehmer steckt), vgl. im Einzelnen § 20 Abs. 2 TVöD (plus Protokollerklärung Nr. 2 hierzu). Der dort genannte Prozentsatz berechnet sich aus dem Entgelt, das dem Beschäftigten in den Kalendermonaten Juli, August und September durchschnittlich gezahlt wurde.

Die Jahressonderzahlung wird zusammen mit dem Novembergehalt ausbezahlt. Deshalb heißt sie im Volksmund auch „Weihnachtsgeld“.

Der Anspruch auf Jahressonderzahlung vermindert sich um ein Zwölftel für jeden Kalendermonat, in dem der Beschäftigte keinen Anspruch auf Entgelt (oder Fortzahlung des Entgelts nach § 21 TVöD = Entgeltfortzahlung wegen Krankheit oder Urlaub) hat, § 20 Abs. 4 Satz 1 TVöD.

b. Leistungsentgelt

Mit dem TVöD wurden (ab 2007) erstmals leistungsorientierte Vergütungsbestandteile eingeführt, vgl. § 18 TVöD (Bund) und § 18 TVöD (VKA).

(Im TV-L dagegen wurde die leistungsorientierte Bezahlung inzwischen wieder abgeschafft - mit Wirkung vom 01.03.2009. Das dafür reservierte Finanzvolumen hat man einfach wieder der Entgelttabelle des TV-L zugeschlagen. Vgl. § 18 TV-L. „gestrichen“).

Ziel der Leistungsbezahlung ist es (vgl. § 18 Abs. 1 TVöD)

- die öffentlichen Dienstleistungen zu verbessern
- sowie Motivation, Eigenverantwortung und Führungskompetenz der Beschäftigten zu stärken.

Das Leistungsentgelt ist eine variable und leistungsorientierte Bezahlung zusätzlich zum Tabellenentgelt.

Für die Auszahlung des Leistungsentgelts steht ein Gesamtvolumen zur Verfügung, das zunächst (im Startjahr 2007 und in den Folgejahren) beträgt: 1% der ständigen Monatsentgelte des Kalendervorjahrs aller TVöD-Beschäftigten des jeweiligen Arbeitgebers, § 18 Abs. 3 Satz 1 TVöD-VKA.

Die Tarifvertragsparteien haben bereits vereinbart, dass sich in Zukunft das Gesamtvolumen auf 8 % erhöhen soll, § 18 Abs. 3 Satz 1 TVöD-VKA. Ein Zeitplan für die schrittweise Erhöhung wurde nicht festgelegt. In künftigen Tarifrunden steht also ein Ausbau des Leistungsentgelts bevor. Inzwischen liegt der Satz (seit dem 01.01.2013) bei 2%, vgl. § 18 Abs. 3 TVöD-VKA.

Das jeweilige Gesamtvolumen *muss* als Leistungsentgelt ausbezahlt werden, § 18 Abs. 3 Satz 2 TVöD-VKA.

Das Leistungsentgelt kann in drei unterschiedlichen Formen gewährt werden (alternativ oder kumulativ), § 18 Abs. 4 TVöD:

- als Leistungsprämie,
- als Leistungszulage
- oder als Erfolgsprämie.

Die **Leistungsprämie**⁷²

- wird in der Regel als „einmalige Zahlung“ ausbezahlt
- und zwar „im Allgemeinen“ auf der Grundlage einer individuellen Zielvereinbarung; möglich ist aber auch, eine systematische Leistungsbewertung zugrunde zu legen.

⁷¹ § 20 TV-L enthält vergleichbare Regelungen.

⁷² § 18 Abs. 4 Satz 2 TVöD-VKA.

Die Leistungszulage⁷³

- wird in der Regel als monatlich wiederkehrende Zahlung ausbezahlt
- ist zeitlich befristet und widerruflich
- und beruht in der Regel auf einer systematischen Leistungsbewertung

Die Erfolgsprämie⁷⁴

- wird in Abhängigkeit von einem bestimmten wirtschaftlichen Erfolg gezahlt
- und zwar auf Basis einer unternehmensbezogenen Zielvereinbarung (wirtschaftlicher Unternehmenserfolg als Zielvorgabe)
- „kann neben“ dem Startvolumen von 1 % gezahlt werden.

Der Tarifvertrag gibt zwei Methoden vor, wie die Leistungen der Beschäftigten bewertet werden können:

- Zielvereinbarungen
- und systematische Leistungsbewertungen.

Die Zielvereinbarung

- ist eine freiwillige Abrede zwischen der Führungskraft und dem Beschäftigten oder Beschäftigtengruppen
- über objektivierbare Leistungsziele und die Bedingungen ihrer Erfüllung.

Die systematische Leistungsbewertung

- ist die auf einem System beruhende Feststellung der erbrachten Leistungen
- nach möglichst messbaren oder anderweitig objektivierbaren Kriterien oder schlicht durch eine aufgabenbezogene Bewertung.

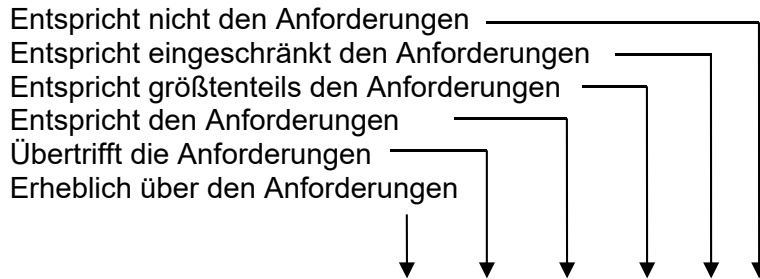
Im Falle einer systematischen Leistungsbewertung kann die Führungskraft den Beschäftigten dann (etwa in Form eines Punktesystems) bewerten - je nachdem, wie gut oder schlecht er das jeweilige Kriterium erfüllt. Dabei können die einzelnen Kriterien auch gewichtet werden.

Beispiel für ein Formular zur systematischen Leistungsbewertung mit Punktesystem und Gewichtung:

⁷³ § 18 Abs. 4 Satz 4 TVöD-VKA.

⁷⁴ § 18 Abs. 4 Satz 3 TVöD-VKA.

Bewertungsjahr: 2009
 Mitarbeiter: Herr Schroff-Schwachulla
 Bereich: Ordnungsamt



Kriterien	Gewichtg	130	110	100	85	70	0	Gewichtg mal Stufe	Pkte	
Arbeitsqualität	25%		X					0,25 x 110 =	27,5	
Arbeitsquantität	25%			X				0,25 x 100 =	25	
Belastbarkeit	20%			X				0,20 x 100 =	20	
Kostenverhalten	15%				X			0,15 x 85 =	12,75	
Teamfähigkeit	15%					X		0,15 x 70 =	10,5	
Prüfsumme:	100%	Gesamtpunktzahl (gerundet)								96

Bemerkungen Führungskraft:
 Bemerkungen Beschäftigte(r):

Datum:
 Unterschrift Führungskraft:
 Kenntnisnahme Beschäftigte(r):

Um die Verteilung der Leistungsentgelte auf die Beschäftigten zu regeln, müssen AG und Betriebs-/Personalrat eine Betriebs-/Dienstvereinbarung schließen, vgl. § 18 Abs. 6 TVöD-VKA.

- Dort muss (u.a.) geregelt sein:
- welche Formen der Leistungsentgelte werden gewählt
 - Methoden und Kriterien der systematischen Leistungsbewertung
 - Vereinbarung von Verteilungsgrundsätzen

Ergänzung: Inzwischen wurde § 18a TVöD-VKA eingefügt („Alternatives Entgeltanreiz-System“). Er erlaubt es, alternativ zu § 18 TVöD-VKA, das dortige Volumen durch Dienstvereinbarung ganz oder teilweise auch ohne Leistungsbezug auszuschütten – und zwar für „Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeitsplatzattraktivität, der Gesundheitsförderung oder der Nachhaltigkeit“. Als nicht abschließende Beispiele sind genannt: „Zuschüsse für Fitnessstudios, Sonderzahlungen, Fahrkostenzuschüsse für ÖPNV/Job-Ticket, Sachbezüge, Kita-Zuschüsse oder Wertgutscheine“.

c. Zulagen

- Der TVöD kennt zahlreiche Zulagen, beispielsweise
- Schicht- und Wechselschichtzulage, § 8 Abs. 5 und 6 TVöD
 - Zulage für die vorübergehende Ausübung höherwertiger Tätigkeit, § 14 TVöD
 - Zulage bei Führung auf Probe und bei Führung auf Zeit, §§ 31 Abs. 3, 32 Abs. 3 TVöD

II. AN-Ansprüche aus Nebenpflichten des AG

1. Anspruch auf Fürsorge

Der Treuepflicht des AN entspricht die Fürsorgepflicht des AG. Darunter versteht man die Verpflichtung des AG, bei allen den AN berührenden Maßnahmen dessen Interessen und dessen persönliches Wohl zu berücksichtigen.

Bei der Fürsorgepflicht handelt es sich demnach um einen Oberbegriff für die Nebenpflichten des Arbeitgebers. Teilbereiche der Fürsorgepflicht sind gesetzlich, tariflich oder auch im einzelnen Arbeitsvertrag geregelt. Letztlich folgt die Fürsorgepflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Eine schuldhafte Verletzung der Fürsorgepflicht führt zu Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers aus Vertrag (§ 280 Abs. 1 BGB) und aus den §§ 823 ff. BGB.

Eine wichtige, aus der Fürsorgepflicht folgende Einzelpflicht ist der Arbeitsschutz, d.h. die Pflicht, den Arbeitnehmer vor Gesundheitsgefahren im Zusammenhang mit der Verrichtung der Arbeit zu schützen. Grundvorschrift ist § 618 Abs. 1 BGB:

„Der Arbeitgeber hat Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Arbeit zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.“

Nähere Regelungen zum Arbeitsschutz enthalten

- das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)
- und die auf ihm beruhenden Rechtsverordnungen (z.B. BildschirmarbeitsVO)
- sowie u.a. die ArbeitsstättenVO,
- das Arbeitssicherheitsgesetz (betrifft die Bestellung von Betriebsärzten und Sicherheitsingenieuren)
- und das Gesetz über technische Arbeitsmittel (Gerätesicherheitsgesetz).

2. Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Wenn der AN unverschuldet krank wird, hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung⁷⁵.

Zwar gilt im Ausgangspunkt der Grundsatz: „Ohne Arbeit kein Lohn“ (vgl. § 326 Abs. 1 BGB).

Dieser Grundsatz wird aber in bestimmten Fällen durchbrochen (gesetzlich bzw. tarifvertraglich).

Wichtigster Fall der Durchbrechung ist die Entgeltfortzahlung bei (schuldlos) krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des AN, § 3 EFZG iVm § 22 TVöD / TV-L (beachte insbes. die Protokollerklärung zu § 22 Abs. 1 Satz 1 TVöD / TV-L: leichte Fahrlässigkeit des AN schadet nicht).

3. Anspruch auf „Arbeitsbefreiung“ bei bestimmten Anlässen

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ ist der Anspruch auf Arbeitsbefreiung bei bestimmten Anlässen.

Zur dogmatischen Einordnung dieses Anspruchs:

Ganz allgemein regelt § 616 BGB, dass der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ durchbrochen wird, wenn der Beschäftigte vorübergehend aus persönlichem Grund und ohne sein Verschulden an der Erbringung seiner Arbeitsleistung verhindert ist.

Der persönliche Verhinderungsgrund muss die Arbeitsleistung nicht notwendig unmöglich machen; es genügt, wenn dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben die Arbeitsleistung aus bestimmten Anlässen heraus nicht zumutbar ist (wie z.B. Sterbefall oder Geburt in der Familie).

⁷⁵ Diesen Anspruch kann man als Folge einer Nebenpflicht des AG einordnen, weil er strenggenommen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis steht. Man kann ihn aber auch als Hauptleistungspflicht des AG einordnen, weil § 3 EFZG dogmatisch betrachtet keinen eigenen Anspruch begründet, sondern nur den Fortbestand des Vergütungsanspruchs aus § 611a Abs. 2 BGB während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit anordnet.

Der Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung aus § 616 BGB kann einzel- wie tarifvertraglich erweitert, eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

Achtung! Im Bereich des TVöD / TV-L wird dieser Anspruch durch § 29 konkretisiert und abschließend (!) geregelt.

4. Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub

a. Dauer des Urlaubs

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Erholungsurlaub zu gewähren, § 1 BUrlG⁷⁶.

„Urlaub“ bedeutet: bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht *zum Zweck der Erholung*.

Nach § 3 BUrlG beträgt die Mindestdauer des jährlichen Erholungsurlaubs 24 Werktage:

„(1) Der Urlaub beträgt jährlich mindestens 24 Werktage.

(2) Als Werktage gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind.“

Achtung! Das BUrlG geht von einer 6-Tage-Woche aus, vgl. § 3 Abs. 2 BUrlG.

Bei einer 5-Tage-Woche hat der AN also nur einen (gesetzlichen) Anspruch auf 20 Tage Urlaub.

Von § 3 Abs. 1 BUrlG darf (auch durch Tarifvertrag) nicht *zuungunsten* der AN abgewichen werden, vgl. § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG:

„Von den vorstehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 kann in Tarifverträgen abgewichen werden.“

Dagegen sind Abweichungen *zugunsten* der AN möglich (Günstigkeitsprinzip).

Zahlreiche Tarifverträge (und Arbeitsverträge) enthalten Urlaubsregelungen, die für den AN günstiger sind als das BUrlG.

So gewährt § 26 Abs. 1 Satz 2 TVöD dem AN (bei einer 5-Tage-Woche) 30 Arbeitstage Urlaub.

Zum Urlaubsanspruch von Teilzeitbeschäftigten

Grundsätzlich hat ein Teilzeitbeschäftigter denselben Urlaubsanspruch wie der Vollbeschäftigte. Denn: Die Länge der individuellen Arbeitszeit ist kein Kriterium zur Berechnung des Urlaubsanspruchs - entscheidend ist vielmehr die Anzahl der regelmäßig zu leistenden Arbeitstage.

Beispiel:

Die Urlaubsdauer in § 26 Abs. 1 TVöD geht von einer 5-Tage-Woche aus.

Ein AN, der in Teilzeit 24 Stunden pro Woche leistet und dessen Dienstplan vorsieht, dass er an jeweils drei Tagen in der Woche arbeitet, erhält nur anteiligen Urlaub.

Berechnet wird wie folgt:

Wer 5 Tage in der Woche arbeitet → hat Anspruch auf 30 Urlaubstage.

Wer nur 3 Tage in der Woche arbeitet → hat Anspruch auf $\frac{3}{5} \times 30 = 18$ Urlaubstage.

b. Entstehung des Urlaubsanspruchs

Der Anspruch auf Erholungsurlaub entsteht grundsätzlich jeweils mit Beginn des Kalenderjahres.

(Dabei decken sich die Begriffe Urlaubsjahr und Kalenderjahr, wie sich aus § 1 BUrlG ergibt: „Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.“)

Das bedeutet: Schon zu Beginn eines jeden Kalenderjahrs kann der AN seinen gesamten Jahresurlaub nehmen.

⁷⁶ Für Jugendliche gilt § 19 JArbSchG.

aa. Wartezeit

Neu eingestellte AN müssen aber zunächst eine Wartezeit von 6 Monaten hinter sich bringen. Erst dann entsteht der volle Urlaubsanspruch, vgl.:

§ 4 BUrlG: Wartezeit

„Der volle Urlaubsanspruch wird erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben.“

§ 5 BUrlG: Teilurlaub

„(1) Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer

a)

für Zeiten eines Kalenderjahrs, für die er wegen Nichterfüllung der Wartezeit in diesem Kalenderjahr keinen vollen Urlaubsanspruch erwirbt;

b)

wenn er vor erfüllter Wartezeit aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet;

c)

wenn er nach erfüllter Wartezeit in der ersten Hälfte eines Kalenderjahrs aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

(2) Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind auf volle Urlaubstage aufzurunden.

(3) Hat der Arbeitnehmer im Falle des Absatzes 1 Buchstabe c bereits Urlaub über den ihm zustehenden Umfang hinaus erhalten, so kann das dafür gezahlte Urlaubsentgelt nicht zurückgefordert werden.“

Fall:

Der A wird zum 01.11.2014 bei der Gemeinde G angestellt. Er will am 29. und 30.12.2014 Urlaub nehmen. Hat er einen entsprechenden Urlaubsanspruch?

Die Lösung ist umstritten.

Klar ist: Es liegt ein Fall des § 5 Abs. 1 a) BUrlG vor.

Denn A kann im Kalenderjahr 2014 die sechsmonatige Wartezeit des § 4 BUrlG nicht mehr erfüllen - er kann also für 2014 keinen vollen Urlaubsanspruch (30 Arbeitstage) erwerben. Daher billigt ihm § 5 Abs. 1 a) BUrlG einen Teilurlaubsanspruch zu - und zwar in Höhe von 1/12 für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses.

Im Fall also: $2/12^{77}$ (von 30 Tagen) = 5 Tage.

Umstritten ist nun aber, wann dieser Anspruch auf Teilurlaub *fällig* wird:

- Eine erste Auffassung⁷⁸ meint:

Auch Teilurlaubsansprüche können erst nach Ablauf der Wartezeit des § 4 BUrlG geltend gemacht werden.

A kann seine 5 Tage Teilurlaub also erst ab dem 01.05.2015 geltend machen.

- Eine zweite Auffassung⁷⁹ meint:

§ 4 BUrlG betrifft nur die Frage, wann der volle Urlaubsanspruch entsteht.

Wann dagegen ein Anspruch auf Teilurlaub nach § 5 Abs. 1 a) BUrlG entsteht, regle das BUrlG nicht.

Richtigerweise entstehe er bereits mit Beginn des Arbeitsverhältnisses, wenn zu diesem Zeitpunkt feststeht, dass der AN die sechsmonatige Wartezeit im Einstellungsjahr nicht erfüllen kann.

A kann danach also bereits ab dem 01.11.2014 seinen Teilurlaub verlangen - also auch am 29. und 30.12.2014.

⁷⁷ Richtigerweise entsteht dieser Teilurlaub nach § 5 Abs. 1 a) BUrlG nicht sukzessive (also nicht zu 1/12 mit Beginn eines jeden Monats), sondern *insgesamt*, vgl. Dörner in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 5 BUrlG Rn. 6 ff.

⁷⁸ Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Papenheim, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst 2009, 2. Auflage, 2009, S. 318 f.; ebenso Dassau/Wiesend-Rothbrust, TVöD, 6. Aufl. 2009, S. 372 f.

⁷⁹ Dörner in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl., 2007, § 5 BUrlG Rn. 6 ff.; LAG Köln, Urteil vom 04.03.2002, 2 Sa 870/01; Beispiel bei Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008: "Eintritt am 1. August; dem AN ist gegen Jahresende ein Fünfzwölftelurlaub zu gewähren, § 5 I a BUrlG."

bb. Teilurlaub

In bestimmten Fällen billigt das BUrlG dem AN nicht den vollen Jahresurlaub, sondern nur einen Teilurlaub zu - und zwar in Höhe von 1/12 des Jahresurlaubs für jeden vollen Beschäftigungsmonat⁸⁰.

- § 5 Abs. 1 lit. a) BUrlG

Nach dieser Vorschrift hat derjenige AN, der im laufenden Kalenderjahr die sechsmonatige Wartezeit nicht erfüllen kann (und daher den vollen Jahresurlaubs-Anspruch für dieses Jahr nicht erwerben kann), Anspruch auf Teilurlaub in Höhe von 1/12 pro Beschäftigungsmonat.

Merke: § 5 Abs. 1 a) BUrlG setzt ein noch immer bestehendes Arbeitsverhältnis voraus. Das ergibt ein systematischer Vergleich mit § 5 Abs. 1 b) und c) BUrlG - denn allein diese beide Normen beschäftigen sich mit dem Teilurlaubsanspruch des ausgeschiedenen AN!

- § 5 Abs. 1 lit. b) BUrlG

Diese Norm betrifft den Fall, dass ein AN weniger als sechs Monate beschäftigt war - und dann ausscheidet.

Er hat also die sechsmonatige Wartezeit für den vollen Jahresurlaubs-Anspruch nicht erfüllt. Deshalb billigt ihm § 5 Abs. 1 b) BUrlG einen Teilurlaubs-Anspruch in Höhe von 1/12 des Jahresurlaubs pro Beschäftigungsmonat zu.

- § 5 Abs. 1 lit. c) BUrlG

Die Norm betrifft den Fall, dass ein AN die sechsmonatige Wartezeit erfüllt hat. Daher ist ihm für dieses Kalenderjahr an sich bereits sein voller Jahresurlaubs-Anspruch entstanden.

Die Norm ordnet nun aber an: Scheidet der AN bereits in der *ersten* Jahreshälfte aus, soll ihm doch nicht der volle (eigentlich bereits erworbene!) Jahresurlaub zustehen - sondern nur ein Teilurlaub (und zwar in Höhe von 1/12 seines Jahresurlaubs pro vollem Beschäftigungsmonat, den er in der ersten Jahreshälfte hinter sich gebracht hat).

Scheidet er dagegen in der zweiten Jahreshälfte aus, berührt § 5 Abs. 1 lit. c) BUrlG ihn nicht - es bleibt aus Sicht des BUrlG dann vielmehr dabei, dass der AN seinen bereits erworbenen, vollen Jahresurlaubs-Anspruch behält.

Problem:

Wie verhält sich diese Norm zu § 26 Abs. 2 lit. b) TVöD / TV-L?

„Beginnt oder endet das Arbeitsverhältnis im Laufe eines Jahres, erhält die/der Beschäftigte als Erholungsurlaub für jeden vollen Monat des Arbeitsverhältnisses ein Zwölftel des Urlaubsanspruchs nach Absatz 1; § 5 BUrlG bleibt unberührt.“

Nach dieser Norm erhält ein AN, dessen Arbeitsverhältnis im Laufe eines Jahres endet, *stets* nur einen Teilurlaub in Höhe von 1/12 pro Beschäftigungsmonat - also auch dann, wenn er in der *zweiten* Jahreshälfte ausscheidet!

Der Tarifvertrag „kürzt“ also den an sich bereits erworbenen vollen Jahresurlaub herunter. Das ist grundsätzlich möglich, weil § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG *erlaubt*, dass in Tarifverträgen vom BUrlG abgewichen werden darf (auch zuungunsten des AN!) - nur von den Bestimmungen in §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 BUrlG darf (auch in Tarifverträgen) nicht abgewichen werden:

„Von den vorstehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 kann in Tarifverträgen abgewichen werden. Die abweichenden Bestimmungen haben zwischen nichttarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Geltung, wenn zwischen diesen die Anwendung der einschlägigen tariflichen Urlaubsregelung vereinbart ist. Im Übrigen kann, abgesehen von § 7 Abs. 2 Satz 2, von den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.“

Das bedeutet: § 26 Abs. 2 lit. b) TVöD / TV-L *darf* den bereits erworbenen vollen Jahresurlaubs-Anspruch „herunterkürzen“ - allerdings muss dem betroffenen AN mindestens der gesetzliche (!) Mindesturlaub nach dem BUrlG verbleiben - denn ein Abweichen *von § 3 Abs. 1 BUrlG* ist auch in Tarifverträgen nicht möglich, vgl. erneut § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG.

⁸⁰ Nicht Kalendermonat!

c. Geltendmachung und Durchsetzung des Urlaubsanspruchs

Ist der Urlaubsanspruch fällig, muss der AN seinen Urlaubwunsch dem AG kundgeben. Das kann er mündlich machen oder schriftlich oder durch Eintragung in eine Urlaubsliste.

Der AG entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen hierüber. Dabei darf er die Urlaubsgewährung aber nur verweigern, wenn dem Urlaubswunsch

- dringende betriebliche Belange
- oder Urlaubswünsche anderer AN, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen,

entgegenstehen. Das besagt § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG:

„Bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs sind die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, daß ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen.“

d. Urlaubsstückelung

Um den Urlaubszweck zu erreichen, schreibt das BUrlG vor, dass der Urlaub grundsätzlich zusammenhängend zu gewähren ist.

Vgl. § 7 Abs. 2 BUrlG:

„Der Urlaub ist zusammenhängend zu gewähren, es sei denn, dass dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe eine Teilung des Urlaubs erforderlich machen.

Kann der Urlaub aus diesen Gründen nicht zusammenhängend gewährt werden, und hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaub von mehr als zwölf Werktagen, so muss einer der Urlaubsteile mindestens zwölf aufeinanderfolgende Werktage umfassen.“

Das BUrlG hat also den Grundgedanken:

- Der Erholungseffekt kann sich nur einstellen, wenn der gesamte Jahresurlaub vollständig am Stück genommen wird.
- Nur in Ausnahmefällen ist eine Stückelung möglich - aus betrieblichen Gründen oder aus persönlichen Gründen des AN.
- Aber selbst wenn ein solcher Ausnahmefall vorliegt: Ein Urlaubsteil muss mindestens 12 Werktage betragen!

Dagegen erlauben TVöD / TV-L eine flexiblere Stückelung.

Vgl. § 26 Abs. 1 Satz 5 TVöD⁸¹

„Der Erholungsurlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und kann auch in Teilen genommen werden.“

sowie die zugehörige Protokollerklärung zu Absatz 1 Satz 5:

„Der Urlaub soll grundsätzlich zusammenhängend gewährt werden; dabei soll ein Urlaubsteil von zwei Wochen Dauer angestrebt werden.“

Die Tarifverträge erlauben also eine Stückelung bis hinunter auf einzelne Urlaubstage. Es „soll“ zwar zumindest ein größerer Urlaubsteil von zwei Wochen Dauer „angestrebt werden“. Zwingend ist dies aber nicht.

Hierin liegt eine Abweichung vom BUrlG zum Nachteil des AN. Das BUrlG erlaubt diese Abweichung aber, vgl. § 13 Abs. 1 BUrlG:

„Von den vorstehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 kann in Tarifverträgen abgewichen werden. Die abweichenden Bestimmungen haben zwischen nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Geltung, wenn zwischen diesen die Anwendung der einschlägigen tariflichen Urlaubsregelung vereinbart ist. Im übrigen kann, abgesehen von § 7 Abs. 2 Satz 2, von den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.“

e. Urlaub und Krankheit

Wenn der AN während seines Urlaubs arbeitsunfähig erkrankt, kann sein Urlaubsanspruch in dieser Zeit nicht erfüllt werden. Denn Urlaub bedeutet ja: Freistellung von der Arbeitspflicht; ist der AN krank, besteht aber gar keine Arbeitspflicht.

⁸¹ Bzw. § 26 Abs. 1 Satz 6 TV-L.

Das bedeutet: Krankheitstage werden nicht auf den Urlaub angerechnet, sofern die Arbeitsunfähigkeit durch ein ärztliches Zeugnis nachgewiesen wird.

Vgl. § 9 BUrlG:

„Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs, so werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet.“

f. Urlaubsentgelt

Während des Urlaubs hat der AN Anspruch auf Fortzahlung seines Entgelts, § 26 Abs. 1 Satz 1 TVöD/TV-L.

Dessen Höhe wird im Einzelnen nach § 21 TVöD/TV-L berechnet.

g. Übertragung des Urlaubs ins folgende Kalenderjahr

→ Grundregel: Bis zum Jahresende nicht abgewickelter Urlaub verfällt

Der Jahresurlaub muss spätestens bis zum Ende des Kalenderjahres genommen werden, vgl. § 7 Abs. 3 BUrlG:

„Der Urlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden.“

„Genommen“ heißt: Der Urlaub muss vollständig „abgewickelt“ sein. Es reicht also nicht, dass der AN am 31.12. seinen 30tägigen Jahresurlaub *beginnt*, sondern der Urlaub muss bis zum Ablauf des 31.12. vollständig abgewickelt sein.

Bis zum Jahresende nicht abgewickelter Urlaub verfällt. Jedenfalls im Grundsatz...:

→ Ggf. Übertragung bis zum 31.03. des Folgejahres

Anders, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen für eine Übertragung des Urlaubs in das folgende Kalenderjahr. Hiermit beschäftigt sich § 7 Abs. 3 Satz 2 und 3 BUrlG⁸².

„Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen.“

Im Fall der Übertragung muss der Urlaub in den ersten 3 Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden.“

Danach kann der Urlaub also nur übertragen werden

- aus dringenden betrieblichen Gründen
- oder aus Gründen, die in der Person des AN liegen.

„Dringende betriebliche Gründe“ liegen vor, wenn die Urlaubsgewährung noch im laufenden Kalenderjahr zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Betriebsablaufs führen würde - und dem AN ein anderweitiger Urlaubsantritt im laufenden Kalenderjahr nicht mehr möglich / nicht mehr zumutbar ist.

„In der Person des AN liegende Gründe“ sind z. B. gegeben bei einer Erkrankung des AN⁸³. Auch hier wird der Urlaubsanspruch aber nur insoweit übertragen, als der AN seinen Urlaub nicht noch anderweitig bis zum Ablauf des Kalenderjahres nehmen kann.

Liegen die Voraussetzungen vor, erfolgt die Urlaubsübertragung kraft Gesetzes.

Liegen die genannten Übertragungs-Voraussetzungen nicht vor, erlischt der Urlaubsanspruch am Jahresende.

Wenn eine Übertragung stattgefunden hat, ist § 26 Abs. 2 lit. a) Satz 1 TVöD/TV-L zu beachten. Danach muss der übertragene Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres „angetreten“ werden (d.h. spätestens am 31.03.). „Angetreten“ meint: Hier⁸⁴ ist es ausreichend, wenn der Resturlaub z.B. am 31. März beginnt, er darf also in den April hineinreichen.

→ Ggf. sogar Übertragung bis zum 31.05. des Folgejahres

Kann der übertragene Resturlaub jedoch auch bis zum 31.03 nicht angetreten werden, hilft § 26 Abs. 2 lit. a) Satz 2 TVöD/TV-L.

⁸² Weitere gesetzliche Übertragungsnormen enthalten § 24 Satz 2 MuSchG und § 17 Abs. 2 BEEG.

⁸³ BAG, Urteil vom 05.12.1995, Az. 9 AZR 871/74 = NZA 1996, 594.

⁸⁴ Anders als bei § 7 Abs. 3 BUrlG: Die dortige Formulierung „genommen“ meint: „abgewickelt“.

Danach wird der übertragene Resturlaub weiter übertragen, wenn er nicht angetreten werden konnte

- wegen Arbeitsunfähigkeit
- oder aus betrieblichen / dienstlichen Gründen.

In diesem Fall kann der übertragene Resturlaub noch bis zum 31.05. „angetreten“ werden.

Wird der Resturlaub nicht bis dahin angetreten, verfällt er jedoch nach dieser Vorschrift endgültig (er wird auch nicht in Geld abgegolten).

Nach neuerer Rechtsprechung⁸⁵ verfällt der Urlaub jedoch nur, wenn der Arbeitgeber auf den drohenden Urlaubsverfall rechtzeitig zuvor und individuell hingewiesen hat.

→ EuGH ("Schultz-Hoff"): Kein Verfall des gesetzlichen Urlaubsanspruchs bei Krankheit

Nach dem EuGH-Urteil in Sachen „Schultz-Hoff“⁸⁶ gilt aber: Die Verfallbestimmungen im BUrlG⁸⁷ und im TVöD/TV-L⁸⁸ widersprechen EU-Recht, nämlich der Richtlinie 2003/88/EG⁸⁹. Wer arbeitsunfähig krank ist und deshalb seinen (gesetzlichen) Urlaub nicht nehmen kann, dessen Urlaubsanspruch verfällt (laut EuGH in Sachen Schultz-Hoff) *nicht!*

Im Einzelnen:

Dem EuGH war folgender Fall vorgelegt worden.

- Ein schwerbehinderter AN war seit September 2004 durchgängig arbeitsunfähig krank.
- Im September 2005 endete dann sein Arbeitsverhältnis wegen Zuerkennung einer Rente wegen voller Erwerbsminderung.
- Er konnte deshalb seinen Jahresurlaub 2004 und 2005 nicht nehmen.
- Nach seinem Ausscheiden verlangte er von seinem AG Abgeltung dieses Urlaubs.
- Dieser lehnte unter Hinweis auf die Verfallbestimmungen⁹⁰ ab. Danach sei der Urlaub, weil nicht rechtzeitig angetreten, inzwischen verfallen.

Der EuGH urteilte:

- Das Erlöschen des Urlaubsanspruchs widerspricht Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG, wenn der AN wegen Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses seinen Urlaubsanspruch nicht realisieren konnte⁹¹.

Nach dem EuGH-Urteil gilt:

- Der Urlaubsanspruch entsteht auch dann im vollen Umfang, wenn der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr wegen einer Erkrankung keine Arbeitsleistung erbracht hat.
- Ein Verfall des (Voll- oder Teil-)Urlaubsanspruchs tritt *nicht* ein (weder am Ende des Urlaubsjahres noch am 31.03. des Folgejahrs noch am 31.05. des Folgejahrs) wenn der AN seinen Urlaub krankheitsbedingt nicht in Anspruch nehmen konnte⁹².
- Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht für den AN auch dann ein Anspruch auf Abgeltung des angesammelten Urlaubs.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 6.11.2018, Az. C-619 u. 684/16; BAG, Urteil vom 19.2.2019, Az. 9 AZR 423/16.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 20.01.2009, C-350/06 und C-520/06 - Schultz-Hoff gg. Deutsche Rentenversicherung Bund

⁸⁷ § 7 Abs. 3 Satz 2 und 3 BUrlG.

⁸⁸ § 26 Abs. 2 lit. a) TVöD/TV-L.

⁸⁹ Genauer: Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG („Richtlinie über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung“). Dieser lautet: „(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen (...) erhält (...). (2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

⁹⁰ Im konkreten Fall: § 7 Abs. 3 BUrlG.

⁹¹ Das BAG hat sich inzwischen dem EuGH angeschlossen und seine frühere (entgegenstehende) Rechtsprechung aufgegeben, vgl. BAG, Urteil vom 24.03.2009, Az. 9 AZR 983/07.

⁹² Das gilt jedenfalls für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber, weil EU-Richtlinien (anders als EU-Verordnungen) eigentlich ja nicht unmittelbar gelten, für den Staat selbst sehr wohl unmittelbare Wirkung entfalten. Für private Arbeitgeber müsste die genannte Richtlinie eigentlich erst in nationales Recht umgesetzt sein, um ihnen gegenüber Wirkung zu entfalten. Das BAG hat jedoch entschieden, dass aufgrund der EuGH-Rechtsprechung § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG (auch bei Arbeitsverhältnissen privater Arbeitgeber) nach den Vorgaben des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gemeinschaftsrechtskonform fortzubilden sei. Auch bei privaten Arbeitgebern gilt also: Kein Urlaubsverfall, wenn der Urlaub krankheitsbedingt nicht genommen werden konnte.

- Aber Achtung!

Das unbefristete Fortbestehen von Urlaubsansprüchen (nach „Schultz-Hoff“) betrifft nur den *gesetzlichen*⁹³ Mindesturlaub von 24 Werktagen (6-Tage-Woche) bzw. 20 Werktagen (5-Tage-Woche)!

Bei *zusätzlich* gewährtem Urlaub (einzelfvertraglich⁹⁴ gewährtem / durch Betriebsvereinbarung gewährtem / *tarifvertraglich* gewährtem) gilt weiterhin: Hier kann der Verfall abweichend geregelt werden - wie im TVöD/TV-L geschehen⁹⁵ (Verfall mit Ablauf des 31.05. des Folgejahres).

→ Update: Neueste EuGH-Rechtsprechung („KHS ./. Schulte“): Nationale Vorschriften dürfen bestimmen, dass krankheitsbedingt nicht nehmbarer Urlaub 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres verfällt.

In seinem jüngsten Urteil ist der EuGH von seiner Schultz-Hoff-Rechtsprechung wieder ein gutes Stück abgerückt.

Nunmehr⁹⁶ sagt der EuGH: Es ist mit der Richtlinie 2003/88/EG vereinbar, wenn nationale Vorschriften (also Gesetze oder auch Tarifverträge) vorsehen, dass gesetzlicher Urlaub, der krankheitsbedingt nicht genommen werden kann, 15 Monate nach Ablauf desjenigen Urlaubsjahres, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist, verfällt.

Umstritten ist, ob dieses Urteil erst noch in nationales Recht „umgesetzt“ werden muss, ob man also das BUrlG (oder auch den TVöD/TV-L) dahingehend ändern muss, dass man eine entsprechende 15-Monats-Verfall-Bestimmung aufnimmt. Die jüngste deutsche Rechtsprechung⁹⁷ sagt dazu: Nein, einer extra Umsetzung bedarf es nicht. Vielmehr legen wir § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG europarechtskonform aus:

- Eigentlich ist dort geregelt: Der gesetzliche Urlaubsanspruch geht am Ende des ersten Quartals des Folgejahres (31.03.) unter.
- Wegen „Schultz-Hoff“ wurde diese Vorschrift (bislang) europarechtskonform so ausgelegt, dass krankheitsbedingt nicht nehmbarer Urlaub nach dieser Vorschrift *gar nicht* erlischt.
- Nachdem nun aber (infolge „KHS“) feststeht, dass nationale Vorschriften unionsrechtlich zulässig sind, die den Übertragungszeitraum auf 15 Monate begrenzen, müssen wir § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG nicht mehr gar so restriktiv auslegen. Vielmehr ist die Vorschrift so lesen:
 - Kann am Ende des Urlaubsjahres der gesetzliche Urlaub krankheitsbedingt nicht genommen werden, wird er zunächst automatisch übertragen bis zum Ablauf des 31.03. des Folgejahres.
 - Kann er auch bis dahin weiterhin krankheitsbedingt nicht genommen werden, verfällt er dann aber 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres (also mit Ablauf des 31.03. des übernächsten Jahres).
 - (-- Merke aber: Mehrurlaub, der zB tariflich gewährt wird, ist von dieser Rechtsprechung weiterhin nicht betroffen. Im TVöD/TV-L-Arbeitsverhältnis gilt daher richtigerweise⁹⁸: Der tarifliche Mehrurlaub verfällt auch in diesen Fällen spätestens mit Ablauf des 31.05. des Folgejahres, § 26 Abs. 2 lit. a) Satz 2 TVöD/TV-L.)

⁹³ Dies hat das BAG klargestellt, vgl. erneut BAG, Urteil vom 24.03.2009, Az. 9 AZR 983/07.

⁹⁴ Hier müssen die Parteien aber im Arbeitsvertrag deutlich zwischen gesetzlichem und zusätzlichem Urlaub unterscheiden. Andernfalls teilt der einzelvertraglich gewährte Zusatzurlaub das Schicksal des gesetzlichen Mindesturlaubs, d.h. er verfällt mit der o.g. EuGH-Rechtsprechung (Schultz-Hoff) nicht.

⁹⁵ So das LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19.08.2010, Az. 10 Sa 244/10 (und inzwischen auch BAG, Urteil v. 22.5.2012, 9 AZR 575/10): „Der tarifliche Mehrurlaub im öffentlichen Dienst verfällt mit dem Ende des Übergangszeitraums, wenn er wegen Arbeitsunfähigkeit nicht bis zum 31. Mai des Folgejahres angetreten werden kann (§ 26 Abs. 2 Buchst. a TVöD)“. Grund: Nach Auffassung des Gerichts haben die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes in § 26 TVöD ein weitgehend vom Gesetzesrecht (des BUrlG) „gelöstes“ Urlaubsregime geschaffen. Weil aber der Verfall des tariflich gewährten Mehrurlaubs frei geregelt werden darf, sei davon auszugehen, dass § 26 TVöD genau diese Freiheit nutze - und den tariflich gewährten Mehrurlaub spätestens mit Ablauf des 31.05. des Folgejahres verfallen lassen wolle. Anmerkung für Interessierte: Man kann hier natürlich auch die Gegenauffassung vertreten - und sagen: Die Verfall-Regelungen im TVöD (und im TV-L) differenzieren eben nicht deutlich genug zwischen dem gesetzlichen Grundurlaub und dem darüber hinaus gewährten tariflichen Urlaub. Auch der tariflich gewährte Mehrurlaub verfallt daher (mit Schultz-Hoff) nicht, wenn er krankheitsbedingt nicht genommen werden konnte. Die Tarifvertragsparteien sollten daher (nach dieser Auffassung) die Regelungen im Tarifvertrag künftig differenzierend anpassen (und künftig zwischen dem Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubs und dem Verfall des tariflichen Mehrurlaubs unterscheiden).

⁹⁶ EuGH, Urteil vom 22.11.2011 – C-214/10 – KHS gg. Schulte AG, NJW 2012, 290.

⁹⁷ LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.12.2011, Az. 10 Sa 19/11.

⁹⁸ Vgl. erneut LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19.08.2010, Az. 10 Sa 244/10 sowie inzwischen auch BAG, Urteil v. 22.5.2012, 9 AZR 575/10.

h. Urlaubsabgeltung (bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses)

Soweit ein bestehender Urlaubsanspruch nicht mehr erfüllt werden kann, weil das Arbeitsverhältnis *endet*, ist er in Geld abzugelten, § 7 Abs. 4 BUrlG:

„Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist er abzugelten.“

Der Urlaubsabgeltungsanspruch setzt stets voraus, dass zum Ende des Arbeitsverhältnisses noch ein Urlaubsanspruch bestand⁹⁹. Ist der Urlaubsanspruch dagegen wegen Fristablauf verfallen, ist kein Raum mehr für einen Abgeltungsanspruch.

Beachte § 37 TVöD! Der Urlaubsabgeltungsanspruch unterliegt der sechsmonatigen Ausschlussfrist des § 37 TVöD.

Wie hoch ist nun der Abgeltungsanspruch? Hierfür bildet das Urlaubsentgelt (§ 21 TVöD) die Berechnungsgrundlage.

i. Zusatzurlaub und Sonderurlaub

Der „normale“ tarifliche Urlaubsanspruch ist in § 26 Abs. 1 TVöD / TV-L geregelt und beträgt 30 Arbeitstage.

Zusatzurlaub

Unter bestimmten Voraussetzungen erhalten manche AN Zusatzurlaub, z.B.:

- fünf Tage Zusatzurlaub für Schwerbehinderte (GdB über 50%), § 208 SGB IX
- § 27 TVöD: Zusatzurlaub als Ausgleich für die besonderen Belastungen der Wechselschicht- oder Schichtarbeit

Sonderurlaub

Nach § 28 TVöD/TV-L können Beschäftigte bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Verzicht (!) auf die Fortzahlung des Entgelts Sonderurlaub erhalten. Eine Höchstdauer des Sonderurlaubs kennt der TVöD nicht.

Ein wichtiger Grund ist z.B. die Pflege von Angehörigen, die Betreuung eines minderjährigen Kindes usw.

Anspruch auf „Arbeitsbefreiung“ bei bestimmten Anlässen (unter Entgeltfortzahlung)

Hiermit haben wir uns bereits unter E. II. 3 beschäftigt.

(Zur Erinnerung: Nach § 616 BGB, konkretisiert durch § 29 TVöD/TV-L hat der AN bei bestimmten Anlässen Anspruch auf Arbeitsbefreiung bei voller Lohnfortzahlung - z.B. Niederkunft der Ehefrau: 1 Arbeitstag...)

5. Einsicht in Personalakten

Jeder Arbeitnehmer hat ein Recht auf Einsichtnahme in seine vollständigen Personalakten.

Bei privaten Arbeitgebern ergibt sich dieser Anspruch aus § 83 BetrVG, im Bereich des TVöD und des TV-L aus § 3 Abs. 5 TVöD bzw. § 3 Abs. 6 TV-L.

Zu den Personalakten zählen alle Urkunden und Vorgänge, die die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers betreffen und in einem inneren Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen (sog. materieller Personalaktenbegriff).

Wenn Beschwerden und Behauptungen tatsächlicher Art in die Personalakten aufgenommen werden sollen, die für den AN ungünstig sind oder ihm nachteilig werden können, muss er vor deren Aufnahme in die Personalakten gehört werden. Eine Äußerung des Beschäftigten hierzu ist in jedem Fall zu den Personalakten zu nehmen (so ausdrücklich § 3 Abs. 6 Sätze 4 und 5 TV-L).

⁹⁹ Im Falle einer ordentlichen Kündigung kann der Urlaub während der Kündigungsfrist gewährt und genommen werden - sofern keine dienstlichen oder betrieblichen Gründe entgegenstehen. Vorsichtig muss der AG sein, wenn er formuliert, der AN sei „freigestellt“ bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Um Zweifel zu vermeiden, muss der AG deutlich zum Ausdruck bringen, dass er hierbei den Urlaub anrechnen will, etwa: "Sie werden *unter Anrechnung Ihres etwaigen noch bestehenden Resturlaubs* bis zum Ende der Kündigungsfrist freigestellt."

6. Recht auf Zeugniserteilung

Der AN hat bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Erteilung eines Dienstzeugnisses, § 109 GewO. Grundsätzlich ist ein einfaches Zeugnis auszustellen, d.h. ein Zeugnis nur über Art und Dauer der Tätigkeit. Auf Verlangen des Arbeitnehmers muss ein qualifiziertes Zeugnis erteilt werden, das sich auch auf Leistung und Führung erstreckt.

Ähnliche Regelungen enthalten § 35 TVöD bzw. § 35 TV-L. Danach haben Beschäftigte bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein qualifiziertes Zeugnis („Endzeugnis“, vgl. § 35 Abs. 1).

Nach Abs. 2 dieser Normen können sie aus triftigen Gründen (z.B. bei Wechsel des Vorgesetzten, zwecks Bewerbung bei einem anderen Arbeitgeber, bei Inanspruchnahme von Elternzeit) ein Zwischenzeugnis verlangen.

Bei bevorstehender Beendigung des Arbeitsverhältnisses können Beschäftigte ein vorläufiges, Art und Dauer ihrer Tätigkeit bescheinigendes Zeugnis beanspruchen (Abs. 3).

Grundsätze zur Zeugniserteilung

- Das Zeugnis muss wahr und (dennoch) wohlwollend sein.
- Es muss vollständig sein, also alle für eine Beurteilung durch Dritte wesentlichen Tatsachen und Bewertungen enthalten (insbesondere die Tätigkeiten des AN).
- Bei der Bewertung von Leistung und Führung hat der Arbeitgeber einen Beurteilungsspielraum; im Streitfall trägt er für die seiner Beurteilung zugrundeliegenden Tatsachen die Beweislast.

Übersicht „Zeugniscode“

- ▶ Beurteilung der Leistung mit Hilfe der sog. Positiv-Skala-Technik:
 - „...hat die ihm übertragenen Aufgaben stets zu unserer vollsten Zufriedenheit erledigt“
→ sehr gute Leistungen (Note 1)
 - „... hat die ihm übertragenen Aufgaben stets zu unserer vollen Zufriedenheit erledigt“
→ gute Leistungen (Note 2)
 - „... hat die ihm übertragenen Aufgaben zu unserer vollen Zufriedenheit erledigt“
→ befriedigende Leistungen (Note 3)
 - „... hat die ihm übertragenen Aufgaben zu unserer Zufriedenheit erledigt“
→ ausreichende Leistungen (Note 4)
 - „... hat die ihm übertragenen Aufgaben im großen und ganzen zu unserer Zufriedenheit erledigt“
→ mangelhafte Leistungen (Note 5)
 - „... hat sich bemüht, die ihm übertragenen Aufgaben zu unserer Zufriedenheit zu erledigen“
→ ungenügende Leistungen (Note 6)
- ▶ Technik der Anspielung (durch mehrdeutige Formulierung negative Schlüsse nahe legen)
 - „... war ein allgemein geschätzter Mitarbeiter und passte sich sehr gut in die Betriebsgemeinschaft ein“
→ sehr gute Führung
 - „Seine Führung gab uns zu Beanstandungen keinen Anlass.“
→ befriedigende bis ausreichende Führung
 - „... hat alle Arbeiten pflichtbewusst erledigt“
→ ein Bürokrat, der keine Initiative entwickelt
 - „... ist mit seinen Vorgesetzten gut zurecht gekommen“
→ hat Mangel an Durchsetzungsvermögen

- „... trat stets für die Mitarbeiter ein, war freundlich und als Kollege sehr geschätzt“
 - verfolgte eher menschliche, als Unternehmensziele

- „... war wegen seiner Pünktlichkeit stets ein gutes Vorbild“
 - zwar pünktlich, aber sonst unfähig

F. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

I. Übersicht der wichtigsten Beendigungstatbestände

Kündigung	§ 620 Abs. 2 BGB	ordentliche Kündigung § 622 BGB; § 34 TVöD / TV-L außerordentliche Kündigung § 626 BGB Änderungskündigung § 2 KSchG
Zeitablauf	§ 620 Abs. 3 BGB	Ablauf der Befristung
Auflösungsvertrag	§ 311 Abs. 1 BGB, § 623 BGB	vgl. § 33 Abs. 1 lit. b TVöD / TV-L
Erreichen der tariflichen Altersgrenze		§ 33 Abs. 1 lit. a TVöD / TV-L
Tod des AN	argumentum e § 613 Satz 1 BGB	
Volle, dauerhafte Erwerbsminderung		§ 33 Abs. 2 TVöD: Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf des dem Rentenbeginn vorangehenden Tages; frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Mitteilung des Arbeitgebers über den Zeitpunkt des Eintritts der auflösenden Bedingung.

II. Die ordentliche (= fristgemäße) Kündigung

Vorab: Prüfungsschema

1. Kündigungserklärung

- a. Begrifflich ordentliche Kündigung
- b. §§ 145 ff. BGB (Abgabe und Zugang); §§ 164 ff. BGB (Vertretung)
- c. Schriftform, § 623 BGB
- d. Einschlägige Kündigungsfrist eingehalten

2. Mitbestimmung des Personalrats / Mitwirkung des Betriebsrats

§ 75 Abs. 1 Nr. 12 LPVG / § 102 BetrVG

3. Besonderer Kündigungsschutz

Manche AN-Gruppen genießen einen besonderen Kündigungsschutz
 § 15 KSchG (Betriebsrats-/Personalratsmitglied)
 § 17 MuSchG, § 18 BEEG (Schwangere / in Elternzeit befindliche)
 §§ 168, 173 sowie § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (Schwerbehinderte)

4. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG

- a. KSchG anwendbar? §§ 1, 23 KSchG
- b. Kündigung sozial gerechtfertigt? § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG

- aa. personenbedingt + Interessenabwägung
- bb. verhaltensbedingt + Interessenabwägung
- cc. betriebsbedingt + korrekte Sozialauswahl, § 1 Abs. 3 KSchG
- dd. § 1 Abs. 2 Nr. 2 KSchG: Sozial ungerechtfertigt, wenn:
 - Verstoß gegen Richtlinie über personelle Auswahl bei Kündigungen oder
 - AN könnte auf anderem Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden¹⁰⁰ und
 - Personalrat hat aus einem dieser Gründe Einwendungen erhoben¹⁰¹

5. Heilung aller Unwirksamkeitsgründe gem. § 7 KSchG

wenn der AN seine Kündigungsschutzklage nicht innerhalb der Klagefrist (3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung) erhebt.

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

1. Kündigungserklärung

Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie hat unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung, denn sie beendet das Arbeitsverhältnis. Deswegen darf sie nicht unter einer Bedingung erklärt werden¹⁰².

a. Begrifflich ordentliche Kündigung

ordentliche Kündigung

Eine ordentliche (= fristgemäße) Kündigung liegt vor, wenn der AG¹⁰³ deutlich macht, dass er unter Einhaltung der einschlägigen Kündigungsfrist kündigen will.

außerordentliche Kündigung

Dagegen liegt eine außerordentliche Kündigung vor, wenn der AG¹⁰⁴ unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass er ohne Einhaltung der einschlägigen Frist kündigen will (nämlich aus einem wichtigen Grund iSd § 626 BGB, der es ihm unzumutbar macht, das Arbeitsverhältnis bis zum Ende der Kündigungsfrist fortzusetzen).

Das kann er tun

- durch ausdrückliche Erklärung („ich kündige Ihnen außerordentlich“ / „fristlos“)
- oder konkludent (indem er sich in seiner schriftlichen Kündigungserklärung auf einen wichtigen Grund beruft)

IdR wird der AG außerordentlich fristlos kündigen. Er *kann* indes auch (freiwillig) mit einer sozialen Auslaufzeit kündigen - er muss dann aber deutlich machen, dass es sich dennoch um eine außerordentliche Kündigung handelt.

außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung

In praxi wird eine außerordentliche Kündigung häufig vorsorglich („hilfsweise“) verbunden mit einer ordentlichen Kündigung - für den Fall, dass die außerordentliche Kündigung rechtlich nicht wirksam sein sollte. Das ist zulässig.¹⁰⁵

Umdeutung außerordentliche → in ordentliche Kündigung

Frage:

Es wurde eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen und diese ist unwirksam. Kann die Kündigungserklärung umgedeutet werden (§ 140 BGB) in eine ordentliche Kündigung?

¹⁰⁰ Gleiches gilt, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat, vgl. § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG.

¹⁰¹ In praxi spielt diese Bestimmung nur eine untergeordnete Rolle, weil man die Umsetzung sowieso immer als milderer Mittel prüfen muss - auch wenn der Personalrat keine Einwendungen erhoben hat.

¹⁰² Zulässig ist dagegen die Änderungskündigung. Es gibt sie in zwei Varianten: (1) Kündigung unter der Bedingung, dass einer Vertragsänderung nicht zugestimmt wird (diese Bedingung ist nach allg.M. zulässig). (2) Unbedingte Kündigung verbunden mit dem Angebot, einen neuen Vertrag veränderten Inhalts abzuschließen. Zur Änderungskündigung später ausführlich.

¹⁰³ Dasselbe gilt (natürlich) auch für Kündigungen seitens des AN.

¹⁰⁴ Dasselbe gilt (natürlich) auch für Kündigungen seitens des AN.

¹⁰⁵ Es handelt sich nicht um eine unzulässige Bedingung, weil es sich um eine reine Rechtsbedingung handelt.

Antwort:

Ja, wenn das dem mutmaßlichen Willen des AG entspricht¹⁰⁶. Im Zweifel (so das BAG¹⁰⁷) sei anzunehmen, dass der AG sich auf jeden Fall von dem gekündigten AN trennen will, so dass die Umdeutung seinem mutmaßlichen Willen entspricht.

Frage:

Kann (umgekehrt) eine ordentliche in eine außerordentliche Kündigung umgedeutet werden, § 140 BGB?

Antwort:

Nein, das geht nicht, denn dadurch würde man der ordentlichen Kündigungserklärung einen in ihren Rechtsfolgen weiterreichenden Bedeutungsgehalt geben (keine Kündigungsfrist einzuhalten, z.B.).

b. §§ 145 ff. BGB (Abgabe und Zugang); §§ 164 BGB (Vertretung)

Abgabe und Zugang

Die Kündigungserklärung muss wirksam abgegeben und wirksam zugegangen sein, §§ 145 ff. BGB.

Wirksam zugegangen ist eine Willenserklärung, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat¹⁰⁸.

Übrigens:

Kündigt der AG, und ist streitig, ob die Kündigung dem AN wirksam zugegangen ist, liegt die Beweislast beim AG. Er muss den Zugang der Kündigung beweisen. Das ergibt sich aus dem allgemeinen prozessualen Grundsatz, dass jede Partei die ihr günstigen Tatsachen beweisen muss. Es empfiehlt sich daher, eine beweissichere Zustellungsart zu wählen, zB.

- Persönliche Übergabe unter Zeugen
- Einschreiben mit Rückschein

Stellvertretung

Wird die Kündigung von einem rechtsgeschäftlichen Stellvertreter ausgesprochen, muss eine wirksame Bevollmächtigung vorliegen (für den Einzelfall oder generell für Kündigungen), §§ 164 ff. BGB.

Wenn der Vertreter keine Vollmachtsurkunde vorlegt, kann der AN sie unverzüglich zurückweisen, weil es sich bei der Kündigung um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, § 174 Satz 1 BGB. Folge der Zurückweisung: die Kündigung ist unwirksam.

Ausgeschlossen ist die Zurückweisung, wenn der AN um die Vertretungsmacht weiß oder diese sich aus den Umständen ergibt, vgl. § 174 Satz 2 BGB - wie z.B. beim Leiter des Personalamts.

Gleiches gilt bei organschaftlicher Vertretung (BM vertritt Gemeinde gem. § 42 Abs. 1 Satz 2 GemO, LR vertritt den Landkreis gem. § 37 Abs. 1 Satz 2 LKrO usw.).

c. Schriftform

Die Kündigung muss schriftlich erklärt werden, § 623 BGB

Notwendig ist die eigenhändige Unterschrift des Kündigenden, § 126 BGB. Die elektronische Form¹⁰⁹ ist ausdrücklich ausgeschlossen, § 623 Halbsatz 2 BGB.

d. Einschlägige Kündigungsfrist eingehalten

Gesetzliche Kündigungsfrist, § 622 BGB

Die Kündigungsfristen für die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern sind in § 622 BGB geregelt:

¹⁰⁶ Das Schriftformerfordernis der Kündigung (§ 623 BGB) steht der Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung nach ganz h.M. nicht entgegen, vgl. BAG, Urteil vom 20.06.2004, Az. 2 AZR 656/02. Grund: Die umzudeutende Willenserklärung (=die außerordentliche Kündigung) erfüllt ja die Schriftform - und dieser Erklärung wird per Umdeutung nur eine andere (ihr aber doch immanente) Bedeutung gegeben.

¹⁰⁷ BAG DB 2002, 1562.

¹⁰⁸ Auch im Arbeitsrecht gilt der gewöhnliche Zugangsbegriff, vgl. BAG NZA 1993, 259.

¹⁰⁹ An sich reicht zur Einhaltung des gesetzlichen Schriftform auch die elektronische Form aus, das besagt § 126 Abs. 3 iVm § 126a BGB. Dies gilt aber wegen der ausdrücklichen Regelung des § 623 Halbsatz 2 BGB nicht für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses.

- Danach beträgt die Kündigungsfrist (nach Ablauf der Probezeit) zunächst vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende des Kalendermonats, § 622 Abs. 1 BGB.
- Nach einer Beschäftigungszeit von zwei Jahren gilt dann (für die Kündigung durch den AG) eine Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende des Kalendermonats, § 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB
- Diese Kündigungsfrist verlängert sich dann in der Folgezeit mit zunehmender Beschäftigungszeit des AN bis zu max. sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats (nach 20 Jahren Beschäftigungsdauer), § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB

Die Norm lässt aber abweichende Bestimmungen zu ungunsten des AN in Tarifverträgen zu, § 622 Abs. 4 BGB¹¹⁰.

Tarifliche Kündigungsfristen

Tatsächlich enthalten § 34 TVöD / TV-L solche abweichenden Kündigungsfristen:

- Bis zum Ende des sechsten Monats seit Beginn des Arbeitsverhältnisses beträgt die Kündigungsfrist zwei Wochen zum Monatsabschluss.
- Im Übrigen beträgt die Kündigungsfrist bei einer Beschäftigungszeit

-- bis zu einem Jahr	ein Monat zum Monatsabschluss,
-- von mehr als einem Jahr	6 Wochen,
-- von mindestens 5 Jahren	3 Monate,
-- von mindestens 8 Jahren	4 Monate,
-- von mindestens 10 Jahren	5 Monate,
-- von mindestens 12 Jahren	6 Monate

 zum Schluss eines Kalendervierteljahres.

„Unkündbare“ AN im öffentlichen Dienst

Beachte: Nach § 34 Abs. 2 TVöD / TV-L darf bestimmten, langjährigen Arbeitnehmern nicht mehr ordentlich gekündigt werden. Diese Regelung gilt aber nur im Tarifgebiet West.

Voraussetzung ist (kumulativ) zum Zeitpunkt der Kündigung:

- eine Beschäftigungszeit von 15 Jahren
- plus die Vollendung des 40. Lebensjahres.

Dem AG verbleibt lediglich das Recht zur außerordentlichen Kündigung, also aus wichtigem Grund iSd § 626 BGB.

Zur ordentlichen Kündigung von befristeten Arbeitsverhältnissen

Bei befristeten Arbeitsverhältnissen ist die ordentliche Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen; etwas anderes gilt nur, wenn die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung einzelvertraglich oder tarifvertraglich vereinbart ist, vgl. § 15 Abs. 4 TzBfG.

Tatsächlich macht der TVöD/TV-L hiervon Gebrauch – und zwar für *Angestellte (nicht: Arbeiter)* im Tarifgebiet West: Gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 TVöD/TV-L gelten für diese Beschäftigten die in Abs. 2 bis 5 geregelten Besonderheiten - die wichtigsten sind:

Abs. 4 (ord. Kündigung in der Probezeit)

„Bei befristeten Arbeitsverträgen ohne sachlichen Grund gelten die ersten sechs Wochen und bei befristeten Arbeitsverträgen mit sachlichem Grund die ersten sechs Monate als Probezeit.

Innerhalb der Probezeit kann der Arbeitsvertrag mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatsabschluss gekündigt werden.“

Abs. 5: (ord. Kündigung nach der Probezeit)

„Eine ordentliche Kündigung nach Ablauf der Probezeit ist nur zulässig, wenn die

¹¹⁰ Einzelvertraglich kann dagegen grds. nur zugunsten des AN abgewichen werden (d.h.: längere Kündigungsfrist für den AG). Zuungunsten des AN sind einzelvertragliche Abweichungen nur unter den Voraussetzungen des § 622 Abs. 5 BGB möglich.

Vertragsdauer mindestens zwölf Monate beträgt.

Nach Ablauf der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist in einem oder mehreren aneinander gereihten Arbeitsverhältnissen bei demselben Arbeitgeber

von insgesamt mehr als sechs Monaten vier Wochen,

von insgesamt mehr als einem Jahr sechs Wochen

von insgesamt mehr als zwei Jahren drei Monate,

von insgesamt mehr als drei Jahren vier Monate

*zum Schluss eines Kalendermonats,
zum Schluss eines Kalendervierteljahres.“*

Wichtig ist insbesondere Abs. 5:

- Danach ist (nach Ablauf der Probezeit) eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen, wenn das Arbeitsverhältnis auf unter 12 Monate befristet ist. Von dieser tariflichen Regelung kann auch einzelvertraglich nicht zum Nachteil des AN abgewichen werden (Rangprinzip)
- Ist das Arbeitsverhältnis dagegen auf mehr als 12 Monate befristet, ist eine ordentliche Kündigung möglich - und muss daher nicht eigens einzelvertraglich vereinbart werden. Die Kündigungsfrist ist dabei gestaffelt - je nachdem wie lange das Arbeitsverhältnis bereits angedauert hat.

2. Mitbestimmung des Personalrats (§ 75 Abs. 1 Nr. 12 LPVG) bzw. Mitwirkung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG)

Die vom AG nach Ablauf der Probezeit ausgesprochene ordentliche Kündigung unterliegt der (eingeschränkten) Mitbestimmung durch den Personalrat, § 75 Abs. 1 Nr. 12 LPVG.

Vorab: Wenn der Personalrat nicht (oder: nicht ordnungsgemäß¹¹¹) beteiligt wurde, ist die Kündigung unwirksam! Das bestimmt § 128 *BundesPersVG*. Diese Norm steht zwar im *Bundes-PersVG*, gilt aber in allen Bundesländern (denn sie steht im dortigen Teil zwei, der die Überschrift trägt: „unmittelbar für die Länder geltende Vorschriften“). Die Norm lautet:

„Eine durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Beschäftigten ist unwirksam, wenn die Personalvertretung nicht beteiligt worden ist.“

Der *Ablauf* des Mitbestimmungsverfahrens ist beschrieben in den §§ 76 bis 79 (plus ggf. § 89) LPVG:

- Gemäß § 76 Abs. 1 LPVG muss die Dienststelle den Personalrat über die beabsichtigte Kündigung unterrichten und dessen Zustimmung beantragen.
- Gemäß § 76 Abs. 5 LPVG kann der Personalrat verlangen, dass die Dienststelle die beabsichtigte Kündigung begründet.
- Gemäß § 76 Abs. 6 LPVG hat der Personalrat dann (grds.) drei Wochen Zeit, um Beschluss zu fassen.
- Gemäß § 76 Abs. 9 LPVG gilt die Maßnahme als gebilligt, wenn nicht der Personalrat innerhalb der o.g. Frist die Zustimmung unter Angabe der Gründe schriftlich oder elektronisch verweigert.
- Für den Fall der Nichteinigung bestimmt § 77 Abs. 1 LPVG, dass beide Seiten die Angelegenheit der übergeordneten Dienststelle vorlegen können („Stufenverfahren“):
 - Die übergeordnete Dienststelle muss die Angelegenheit der bei ihr gebildeten Stufenvertretung innerhalb von fünf Wochen vorlegen, § 77 Abs. 2 LPVG.
 - Kommt keine Einigung zustande zwischen der übergeordneten Dienststelle und der Stufenvertretung, können beide Seiten die Angelegenheit binnen drei Wochen der obersten Dienstbehörde vorlegen, § 77 Abs. 3 LPVG.

¹¹¹ Allg.M., auch wenn der Wortlaut des § 128 BPersVG nur das völlige Unterlassen der Beteiligung anspricht, vgl. BAG, Urteil vom 06.10.2005, 2 AZR 316/04.

-- Kommt auch dort (also zwischen der obersten Dienstbehörde und der bei ihr bestehenden Personalvertretung) keine Einigung zustande, so kann jede Seite die Einigungsstelle anrufen, § 78 Abs. 1 LPVG. Vgl. zu dieser Einigungsstelle näher § 79 LPVG.

-- Der Beschluss der Einigungsstelle ist aber nur in den Fällen der uneingeschränkten Mitbestimmung des § 74 LPVG bindend - so § 78 Abs. 2 LPVG.

In den Fällen der nur eingeschränkten Mitbestimmung des § 75 LPVG ist der Beschluss der Einigungsstelle dagegen nur eine Empfehlung an die oberste Dienststelle, die sodann endgültig entscheidet - so § 78 Abs. 4 LPVG.

- In den Kommunen gibt es keinen gestuften Behördenaufbau. Hier gilt daher nicht das Stufenverfahren, sondern es gilt § 89 LPVG. Danach können Dienststelle und Personalrat hier den Gemeinderat/Kreistag anrufen. Gelingt auch dort keine Einigung, so ist auch hier eine Einigungsstelle zu bilden, die in den Fällen der uneingeschränkten Mitbestimmung endgültig entscheidet und in den Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung (wie vorliegend bei der ordentlichen Kündigung nach § 75 Abs. 1 Nr. 12 LPVG) nur eine Empfehlung abgibt an den Gemeinderat/Kreistag, der sodann endgültig entscheidet.

- Beachte ggf. den Weiterbeschäftigungsanspruch des Gekündigten aus § 75 Abs. 7 LPVG.

Betriebsrat

Handelt es sich um einen AG in Privatrechtsform, gilt nicht das LPVG, sondern das BetrVG.

Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung *anzuhören* und der AG muss die Gründe für die beabsichtigte Kündigung mitteilen. Insoweit gelten die Ausführungen zur Personalratsbeteiligung entsprechend.

Und es gilt auch hier: Wird der Betriebsrat nicht / nicht ordnungsgemäß beteiligt, ist die Kündigung unwirksam, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

Wie geht es danach weiter?

- Der Betriebsrat kann innerhalb einer Woche schriftlich „Bedenken“ gegen die ordentliche Kündigung erheben; tut er das nicht, gilt seine Zustimmung als erteilt, § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG.

- Der Betriebsrat kann der ordentlichen Kündigung widersprechen - aus den Gründen, die im Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG genannt sind:

- dass bei der Auswahl des AN soziale Gesichtspunkte nicht (ausreichend) berücksichtigt worden sind
- der AN umgesetzt werden könnte
- dass eine Weiterbeschäftigung nach Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen möglich wäre
- dass eine Weiterbeschäftigung des AN unter geänderten (=schlechteren) Vertragsbedingungen möglich wäre und der AN dem zustimmt

Hat der Betriebsrat aus einem dieser Gründe widersprochen (schriftlich und innerhalb der Wochenfrist), dann kann der AG dennoch kündigen. Wenn der AN nun aber Kündigungsschutzklage erhebt, hat er einen Anspruch auf unveränderte Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses.

3. Besonderer Kündigungsschutz

Manche AN-Gruppen genießen einen besonderen Kündigungsschutz:

► § 15 KSchG: Einem Personalrats-/Betriebsratsmitglied¹¹² darf nicht ordentlich gekündigt werden.

Außerordentlich darf ihm dagegen gekündigt werden - wenn denn ein wichtiger Grund iSd § 626 BGB vorliegt. Allerdings ist dafür dann die Zustimmung des Personalrats/Betriebsrats notwendig (oder die fehlende Zustimmung wird auf Antrag des AG durch das Gericht ersetzt), § 15 KSchG und § 127 BPVertrG.

¹¹² Gleiches gilt für Mitglieder der Jugend- oder Auszubildendenvertretung sowie Mitglieder des Wahlvorstands oder Wahlbewerber.

- ▶ § 17 Abs. 1 MuSchG: Eine ordentliche (oder außerordentliche) Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung ist grds. unzulässig.

Voraussetzung ist (nach § 17 Abs. 1 MuSchG), dass dem AG die Schwangerschaft bzw. Entbindung zum Zeitpunkt der Kündigung bekannt war. Wenn sie ihm nicht bekannt war, reicht es, wenn sie ihm innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird.

Und nach § 18 BEEG gilt: Auch während der Elternzeit (oder während des Bezuges von Elterngeld) darf grds. nicht gekündigt werden.

- ▶ §§ 168, 173 sowie § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX: Schwerbehinderten Menschen¹¹³ darf ordentlich (oder außerordentlich¹¹⁴) nur gekündigt werden mit vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes; eine ohne Zustimmung ausgesprochene Kündigung ist nichtig, § 168 SGB IX.

Wird mit Zustimmung des Integrationsamts wirksam gekündigt, beträgt die Kündigungsfrist mindestens 4 Wochen, § 169 SGB IX.

Der Schwerbehindertenschutz greift erst nach einer Beschäftigungszeit von 6 Monaten ein, § 173 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX.

Der besondere Kündigungsschutz greift zudem nur ein, wenn

- die Schwerbehinderteneigenschaft im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits gemäß § 152 SGB IX festgestellt war¹¹⁵
- oder der AN mindestens 3 Wochen vor dem Zugang der Kündigung einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft gestellt hatte¹¹⁶,
- oder die Schwerbehinderteneigenschaft offenkundig war (z.B. Blindheit, Taubheit etc.).

Hinzu kommt: Vor der Kündigung des schwerbehinderten Menschen muss der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung unterrichten und anhören, § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Unterlässt er diese Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, ist die Kündigung unwirksam, § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX.

4. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG

a. KSchG anwendbar? §§ 1, 23 KSchG

Wenn das KSchG Anwendung findet, ist eine ordentliche Kündigung durch den AG unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist (also kein nach dem KSchG anerkannter Kündigungsgrund vorliegt).

Daher muss zunächst festgestellt werden, ob das KSchG im konkreten Fall Anwendung findet.

- ▶ Betriebliche Anwendbarkeit, § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG
In der Verwaltung / dem Betrieb müssen regelmäßig mehr als 5 AN beschäftigt sein (wobei Auszubildende nicht mitzählen und Teilzeitbeschäftigte nur mitzählen nach Maßgabe des Satzes 4) - nur dann gilt das KSchG.

Beachte aber § 23 Abs. 1 Satz 3: Für AN, die nach dem 31.12.2003 eingestellt wurden, gilt das KSchG nur, wenn sie in einer Dienststelle / einem Betrieb mit mehr als 10 AN beschäftigt sind (auch hier gilt: Auszubildende zählen nicht mit, Teilzeitbeschäftigte nach Maßgabe des Satzes 4).

¹¹³ Schwerbehindert meint: Grad der Behinderung = mindestens 50%, vgl. § 2 Abs. 2 SGB IX.

¹¹⁴ Vgl. § 174 SGB IX.

¹¹⁵ Denn § 173 Abs. 3 SGB IX verlangt, dass die Schwerbehinderteneigenschaft zum Zeitpunkt der Kündigung „nachgewiesen ist“.

¹¹⁶ Diese 3-Wochen-Frist hat die Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 90 Abs. 2a Fall 2 SGB IX entwickelt [= jetzt: § 173 Abs. 3 Fall 2 SGB IX], vgl. BAG, Urteil vom 01.03.2007, Az. 2 AZR 217/06.

► **Persönliche Anwendbarkeit, § 1 Abs. 1 KSchG**

Zudem muss das Arbeitsverhältnis des gekündigten AN zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs bereits seit mehr als sechs Monaten ununterbrochen bestanden haben, § 1 Abs. 1 KSchG.

Erst dann gelten für den AN die Kündigungsschutzvorschriften des KSchG¹¹⁷.

Anmerkung: Wenn Sie zum Ergebnis kommen, dass das KSchG auf das betreffende Arbeitsverhältnis *keine* Anwendung findet, braucht der AG *keinen* Kündigungsgrund. Die Kündigung kann dann allenfalls unwirksam sein nach § 138 BGB (Sittenwidrigkeit der Kündigung - selten) oder nach § 242 BGB (Verstoß der Kündigung gegen Treu und Glauben). Vorsicht bei der Anwendung des § 242 BGB in diesen Fällen! Sie dürfen nicht über das „Hintertürchen“ des § 242 BGB das Schutzniveau des KSchG in das betroffene Arbeitsverhältnis „einschleppen“. Insbesondere dürfen Sie grds. keine Abmahnung vor der Kündigung verlangen¹¹⁸. Allerdings verlangt § 242 BGB (so das BVerfG¹¹⁹), dass die Kündigung „nicht willkürlich“ erfolgen darf; der AG dürfe die Kündigung „nicht auf sachfremde Erwägungen stützen“; insbesondere darf er, wenn er bei der Kündigung unter mehreren Arbeitnehmern auswählen muss, „das durch langjährige Mitarbeit erdiente Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt lassen“. Er muss also „gerecht auswählen“ und dabei die Dauer der Betriebszugehörigkeit berücksichtigen (der verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitsplatzes iVm dem Sozialstaatsprinzip gebiete ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme). Auch darf die Kündigung nicht diskriminierend sein, denn wenn sie gegen das AGG verstößt, ist sie unwirksam¹²⁰.

b. Kündigung sozial gerechtfertigt? § 1 Abs. 1 und 2 KSchG

Ist das KSchG anwendbar, ist eine ordentliche Kündigung unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist, § 1 Abs. 1 KSchG.

Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG, wenn sie nicht bedingt ist durch

- Gründe in der Person des Arbeitnehmers (**personenbedingte** Kündigung)
- Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers (**verhaltensbedingte** Kündigung)
- oder dringende betriebliche Erfordernisse (**betriebsbedingte** Kündigung).

Hinzukommen muss dann noch (in allen Fällen) eine **umfassende Interessenabwägung** denn eine Kündigung ist stets nur als „ultima ratio“ zulässig.

Als mildere Mittel kommen insbesondere in Betracht: Abmahnung, Umsetzung, Änderungskündigung („Änderungskündigung vor Beendigungskündigung“)

M.a.W.: Die Gründe müssen so gewichtig sein, dass die Kündigung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und einer umfassenden Interessenabwägung billigenwert und angemessen erscheint.

¹¹⁷ Beachte aber, dass die Vorschriften zur Einhaltung der Klagefrist (§§ 4 - 7 KSchG) stets anzuwenden sind - unabhängig von der Größe des Betriebs und unabhängig von der Dauer der Betriebszugehörigkeit des AN.

¹¹⁸ BAG NZA 2001, 951: Leitsatz: „Die Wirksamkeit einer Kündigung aus Gründen in dem Verhalten des Arbeitnehmers setzt außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes in der Regel nicht voraus, daß dem Arbeitnehmer zuvor eine vergebliche Abmahnung erteilt wurde“. Details: „Ebensowenig läßt sich ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) daraus ableiten, daß der streitigen Kündigung keine vergebliche Abmahnung mit dem Hinweis vorausging, der Kläger gefährde mit seinem Verhalten den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Das Erfordernis einer vergeblichen Abmahnung ist im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes Ausfluß des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (vgl. BAG 10. November 1988 - 2 AZR 215/88 - AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 3 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 18) und Bestandteil des Kündigungsgrundes (vgl. BAG 18. Dezember 1980 - 2 AZR 1006/78 - BAGE 34, 309, 322; KR-Fischermeier aaO Rn. 284 mwN). Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, daß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insoweit nur im Rahmen des normierten Kündigungsschutzes Bedeutung zukommt (vgl. Beckerle Die Abmahnung Rn. 178 ff.; KR-Fischermeier aaO Rn. 276; Schaub NZA 1997, 1186; Stahlhacker/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 7. Aufl. Rn. 195). Zwar könnte nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine vorherige vergebliche Abmahnung auch dann geboten sein, wenn sich der Arbeitgeber andernfalls mit der Kündigung in Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten setzen würde (vgl. BAG 29. Juli 1976 - 3 AZR 50/75 - AP KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 9 = EzA KSchG § 1 Nr. 34; Beckerle aaO Rn. 9 f.). Davon kann jedoch vorliegend keine Rede sein.“

¹¹⁹ NZA 2006, 913.

¹²⁰ BAG, Urteil vom 23.07.2015 – 6 AZR 457/14.

Bei der betriebsbedingten Kündigung kommt noch hinzu: Selbst wenn dringende betriebliche Erfordernisse vorliegen, ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn der AG **bei der Auswahl des AN soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt** hat, § 1 Abs. 3 KSchG.

Zu den Kündigungsgründen im Einzelnen:

aa. personenbedingter Kündigungsgrund + Interessenabwägung

Personenbedingte Kündigungsgründe sind solche, die auf den persönlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers beruhen.

Beispiele:

- mangelnde körperliche oder geistige Eignung
- fehlende Arbeitserlaubnis bei Ausländern
- Haft
- Krankheit (auch Suchtkrankheit)

Hauptanwendungsfall der personenbedingten Kündigung ist die krankheitsbedingte Kündigung. Sie kommt in drei Formen vor:

- Kündigung wegen langandauernder Erkrankung,
- Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen,
- Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung.

Bei der krankheitsbedingten Kündigung ist (ausnahmsweise) eine *dreistufige* Prüfung vorzunehmen:

(1) Erhebliche Fehlzeiten mit negativer Gesundheits-Prognose

Sie muss ergeben, dass die Krankheit (oder die Kurzerkrankungen) wahrscheinlich auch in Zukunft andauern werden.

Zur Darlegungs- und Beweislast:

- Zunächst hat der AG vorzutragen und zu beweisen, dass der AN in der Vergangenheit entweder langandauernd krank oder häufig kurz krank war. Daraus ergibt sich eine Indizwirkung, dass auch künftig mit ähnlichen Fehlzeiten zu rechnen ist. Für diese Indizwirkung verlangt man Fehlzeiten von mehr als 6 Wochen pro Jahr über einen Zeitraum von 2-3 Jahren
- Diese Indizwirkung muss der AN nun entkräften. Er muss darlegen und beweisen, weshalb mit einer alsbaldigen Genesung zu rechnen ist. Er genügt dieser Darlegungslast, wenn er seine Ärzte von der Schweigepflicht entbindet oder Krankheit und Heilungsmaßnahmen offenbart (aus denen sich die Heilung ergeben habe oder noch ergeben soll)
- Sodann obliegt dem AG der volle Beweis für die negative Zukunftsprognose – idR nur zu führen durch ein ärztliches Gegengutachten

(2) dadurch: erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Der AG muss darlegen und beweisen, dass die vergangenen und zu erwartenden Fehlzeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher / wirtschaftlicher Interessen führen.

(3) umfassende Interessenabwägung

Schließlich hat auch hier eine umfassende Interessenabwägung stattzufinden unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Als milderer Mittel kommt hier insbesondere in Betracht: Die Umsetzung auf einen leistungsgerechten anderen, freien Arbeitsplatz¹²¹.

¹²¹ BAG, Urteil vom 24.11.2005, Az. 2 AZR 514/04 = NZA 2006, 665.

bb. verhaltensbedingter Kündigungsgrund + Interessenabwägung

Wenn der AN eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt, kann dies eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

Beispiele:

- Vertragsverletzungen im Leistungsbereich
- Verletzung betrieblicher Verhaltenspflichten
- Verletzung des persönlichen Vertrauensbereiches
- Verletzung vertraglicher Nebenpflichten

Achtung!

Der Pflichtverstoß allein reicht noch nicht. Das Kündigungsrecht ist zukunftsbezogen. Es gilt das „Prognoseprinzip“. D.h.

- entweder es müssen künftige Pflichtverletzungen zu besorgen sein
- oder die eingetretene Pflichtverletzung ist so schwerwiegend, dass sie sich auch künftig belastend auswirkt und deshalb eine vertrauensvolle Fortführung des Arbeitsverhältnisses als ausgeschlossen erscheinen lässt.

Liegt danach ein Sachverhalt vor, der eine verhaltensbedingte Kündigung an sich rechtfertigt, ist auch hier noch eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durchzuführen (Kündigung nur als ultima ratio).

- ▶ Als milderer Mittel ist auch hier zu prüfen, ob dem AG eine anderweitige Weiterbeschäftigung des AN (wenn auch unter geänderten Bedingungen) möglich ist. Voraussetzung ist aber, dass
 - ein freier Arbeitsplatz vorhanden ist
 - und dass anzunehmen ist, dass der AN auf dem neuen Arbeitsplatz das beanstandete Verhalten nicht fortsetzen wird.
- ▶ Vor allem aber kommt bei verhaltensbedingten Kündigungen eine Abmahnung als milderer Mittel in Betracht. Hierzu sogleich.
- ▶ Welche Faktoren sind nun im Rahmen dieser Interessenabwägung zu beachten?:
 - Art, Schwere und Häufigkeit der Pflichtverletzung,
 - Grad des Verschuldens,
 - Höhe des Vermögensschadens,
 - Vorliegen und Grad von Betriebsablaufstörungen,
 - Dauer der Betriebszugehörigkeit,
 - Dauer des ungestörten Arbeitsverhältnisses,
 - Lebensalter,
 - grds. auch Zahl der Unterhaltspflichten.

Exkurs zur Abmahnung

Das ultima-ratio-Prinzip des Kündigungsschutzrechts verlangt, dass vor einer ordentlichen (und außerordentlichen) verhaltensbedingten Kündigung grds. zunächst eine einschlägige Abmahnung ausgesprochen werden muss - als milderer Mittel.

- Bei Pflichtverletzungen im Leistungsbereich ist eine einschlägige Abmahnung in der Regel zwingende Voraussetzung, andernfalls ist die Kündigung unverhältnismäßig.
- Auch bei Störungen im Vertrauensbereich ist nach der jüngeren Rechtsprechung inzwischen eine Abmahnung nicht mehr grundsätzlich entbehrlich¹²².
- In beiden Fällen gilt aber: Ausnahmsweise ist eine Abmahnung entbehrlich - nämlich in der Regel
 - bei besonders schweren Verstößen, wenn der AN unter keinen Umständen mit der Duldung durch den AG rechnen durfte

¹²² Vgl. BAG, Urteil vom 31.05.2007, Az. 2 AZR 200/06.

- und (für den Fall der Aufdeckung seines Fehlverhaltens) mit dem Verlust seines Arbeitsplatzes rechnen musste.
- Gleiches gilt, wenn kündigungsrelevante Dienstverfehlungen in Arbeitsordnungen oder Aushängen am Schwarzen Brett aufgeführt sind.

Stets gilt aber: Ob die Abmahnung entbehrlich ist (ob also auch ohne vorherige Abmahnung gekündigt werden darf), kann erst nach einer umfassenden Interessenabwägung festgestellt werden.

Die Abmahnung hat folgende Funktionen:

- Der AG beschreibt das Fehlverhalten des AN ganz genau.
Er beanstandet dieses Verhalten als Pflichtverletzung und fordert den AN auf, dieses Verhalten zu ändern.

Der abgemahnte Sachverhalt muss dabei so genau wie möglich beschrieben werden, damit der AN klar erkennen kann, was er in Zukunft unterlassen bzw. verbessern soll.

- Zudem macht der AG deutlich, dass der AN im Wiederholungsfall mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen rechnen muss, insbesondere mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Abmahnung bedarf keiner bestimmten Form. Aus Gründen der Beweissicherung sollte sie aber unbedingt schriftlich erfolgen und zu den Personalakten genommen werden.

Die Abmahnung unterliegt keiner Frist. Erfährt der AG von einer Pflichtverletzung, läuft für ihn also keine Regelausschlussfrist, innerhalb derer die Abmahnung erklärt werden müsste.

Allerdings kann der AG das Recht zur Abmahnung verwirken, wenn

- neben einem längeren Zeitablauf
- auf Seiten des AN ein berechtigtes Vertrauen entstanden ist, dass seine Verfehlung nun nicht mehr geahndet wird.

Abmahnungsberechtigt sind nicht nur kündigungsberechtigte Personen, sondern alle dem AN gegenüber weisungsberechtigte Personen.

Anhörung des AN?

Es gibt keine gesetzliche oder tarifvertragliche Pflicht, den AN vor der Abmahnung anzuhören. Auch nicht aus § 3 Abs. 6 Satz 4 TV-L. Danach muss der AN gehört werden, bevor „Behauptungen tatsächlicher Art, die für [ihn] ungünstig sind oder [ihm] nachteilig werden können“, in die Personalakte aufgenommen werden. Die Norm schreibt also nicht vor, dass der AN vor dem Ausspruch der Abmahnung anzuhören ist - sondern erst vor deren Aufnahme in die Personalakte.

Beteiligung des Personalrats / Betriebsrats?

In Baden-Württemberg bedürfen schriftliche Abmahnungen der Mitwirkung des Personalrats, sofern der Beschäftigte diese Mitwirkung beantragt, § 81 Abs. 2 Nr. 2 LPVG.

Beachte hierbei § 82 Abs. 2 LPVG, der auf § 76 Abs. 3 LPVG verweist.

Beachte zudem, dass gemäß § 82 Abs. 2 LPVG die Vorschrift des § 83 LPVG hier keine Anwendung findet („eingeschränktes Mitwirkungsverfahren“).

Neuer Pflichtenverstoß

Verstößt der einschlägig abgemahnte AN erneut in vergleichbarer Weise gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, kann der AG nunmehr ggf. kündigen.

Dabei gilt: Wieviele Abmahnungen einer Kündigung vorangegangen sein müssen, richtet sich nach dem Einzelfall. Entscheidend sind insbesondere

- die Schwere der Verstöße
- und die dazwischenliegende beanstandungsfreie Zeit. Das BAG¹²³ betont, dass es feste Zeitgrenzen für dieses Wirkungslos-Werden nicht gibt.

¹²³ BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 418/01, BAGE 142, 331.

Gegenrechte des AN

- Unberechtigte Abmahnungen kann der AN aus der Personalakte entfernen lassen.
- Der AN hat das Recht, eine Gegendarstellung zur Abmahnung in die Personalakte aufnehmen zu lassen. Im Geltungsbereich des TV-L ergibt sich das ausdrücklich aus § 3 Abs. 6 Satz 5 TV-L. Es besteht aber Einigkeit, dass dieses Recht allen AN zusteht.
- Berechtigte Abmahnungen sind aus der Personalakte zu entfernen – allerdings erst (so das BAG¹²⁴), wenn „das gerügte Verhalten für das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht bedeutungslos geworden ist“.

Beispiel für eine Abmahnung

- Abmahnung -		
Name	Vorname	geb. am
Tätigkeit	Abteilung	Personal-Nr.

Sehr geehrte/r Frau/Herr,

Sie haben...

[möglichst genaue Beschreibung des Pflichtverstoßes:]

am Vormittag des 18.5.2009 gegen 12.00 Uhr beim Herstellen einer Folie anstatt der hierfür zwingend vorgesehenen Kopierfolie eine ungeeignete Schreibfolie benutzt, obgleich Sie ausdrücklich darauf hingewiesen wurden, dass zum Kopieren von Folien lediglich die speziell hierfür vorgesehenen und gekennzeichneten Kopierfolien benutzt werden dürfen. Hierdurch ist die Kopiermaschine beschädigt worden.

[+ Beanstandg + Aufforderung zu pflichtgem. Verhalten = Beanstandungsfunktion:]

Mit diesem Verhalten haben Sie gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen.
Wir beanstanden Ihr Verhalten ausdrücklich

und fordern Sie auf, den Kopierer künftig nur sach- und weisungsgemäß zu benutzen, das Eigentum Ihres Arbeitgebers nicht zu schädigen und auf diese Weise Ihren Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß nachzukommen.

[Warnfunktion:]

Im Wiederholungsfall [oder: bei gleichgelagerten Pflichtverletzungen] müssen Sie mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur Kündigung Ihres Arbeitsvertrages rechnen.

Diese Abmahnung wird, nachdem Sie Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten haben, zur Personalakte genommen.

Ort

Datum

Unterschrift

[abmahnungsberechtigte Person]

¹²⁴ BAG, Urt. v. 19.07.2012 – 2 AZR 782/11, BAGE 142, 331.

Ich bestätige den Empfang der Abmahnung und erkläre, dass ich gegen ihren Inhalt in tatsächlicher Hinsicht

keine Einwendungen habe.

folgende Einwendungen habe:

.....

Ort Datum Unterschrift
 Arbeitnehmer

cc. betriebsbedingter Kündigungsgrund + korrekte Sozialauswahl

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen.

Das ist der Fall, wenn

- außer- oder innerbetriebliche Umstände
- zum Wegfall eines oder mehrerer Arbeitsplätze führen (zumindest in ihrer bisherigen Ausgestaltung)
- und eine Weiterbeschäftigung des gekündigten AN an einem anderen freien Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen nicht möglich ist (= Dringlichkeit).

Ist die Kündigung nach all dem betriebsbedingt zulässig, muss in einem weiteren Schritt geprüft werden, ob die Kündigung nicht „trotzdem sozial ungerechtfertigt“ ist, weil „der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat (...)“, § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG („fehlerhafte Sozialauswahl“)¹²⁵.

Dies prüft man in drei Schritten:

Erster Schritt:

Der Kreis der für eine Sozialauswahl vergleichbaren Arbeitnehmer ist zu ermitteln.

- Die Sozialauswahl ist betriebsbezogen (im öff. Dienst: dienststellenbezogen) durchzuführen.
- In die Sozialauswahl sind alle AN einzubeziehen, die mit dem gekündigten AN vergleichbar sind. Die Vergleichbarkeit der AN richtet sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen (also nach der ausgeübten Tätigkeit). Die Arbeitsplätze müssen aber nicht identisch sein. Einbezogen werden müssen auch alle AN, die aufgrund ihrer Ausbildung und Fähigkeiten den Arbeitsplatz des Gekündigten einnehmen könnten (und die der AG per Direktionsrecht entsprechend umsetzen könnte) - wenn auch erst nach einer kurzen Einarbeitungszeit¹²⁶.
- Nicht einzubeziehen sind ordentlich unkündbare AN.
- Schwerbehinderte sind einzubeziehen, wenn das Integrationsamt der beabsichtigten Kündigung nach § 168 SGB IX zugestimmt hat.

Zweiter Schritt:

¹²⁵ Durch die korrekte Durchführung der Sozialauswahl wird stets zugleich auch der Prüfungspunkt „Interessenabwägung“ mit bewältigt - er wird hier also nicht „extra“ geprüft.

¹²⁶ BAG, Urteil vom 29.03.1990, Az. 2 AZR 369/89.

Bestimmte („unverzichtbare“) AN dürfen aus dem Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer wieder herausgenommen werden, § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG.

Danach dürfen die sogenannten Leistungsträger (auf den vergleichbaren Arbeitsplätzen), die besondere „Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen“ vorweisen können, aus der Sozialauswahl herausgenommen werden.

- „Kenntnisse“ sind zB Kenntnisse nach Teilnahme an Schulungen, Sprachkenntnisse oder auch Kenntnisse, die durch langjährige Berufserfahrung erworben wurden.
- „Fähigkeiten“ betreffen die Eignung des Arbeitnehmers, die vertraglich übernommenen Aufgaben zu erfüllen, zB vielseitige Verwendbarkeit, Führungskompetenz, Konfliktlösungskompetenz.
Zu den Fähigkeiten zählt auch die körperliche Eignung. Die Weiterbeschäftigung eines AN mit erheblich geringerer Krankheitsanfälligkeit kann also ebenfalls im betrieblichen Interesse liegen.
- „Leistungen“ beziehen sich auf den Umfang und die Güte der erledigten Arbeit.
Wenn ein AN also wesentlich leistungsstärker ist als der gekündigte, kann auch dieser aus der Sozialauswahl herausgenommen werden.

Dritter Schritt:

Auswahl nach sozialen Merkmalen, § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG

Von denjenigen Arbeitnehmern, die nun noch im Kreis der sozialen Auswahl übrig bleiben, muss der AG denjenigen entlassen, den die Kündigung am wenigsten hart trifft.

Für diese Auswahlentscheidung nennt das KSchG vier maßgebliche Sozialkriterien:

- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter des AN
- Bestehende Unterhaltspflichten des AN
- Schwerbehinderteneigenschaft

Wie werden die genannten Kriterien im Verhältnis zueinander gewichtet?

- Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist die Sozialauswahl erst dann falsch, wenn der AG die Sozialdaten „nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat“.
Das bedeutet, dass dem AG bei der Gewichtung der einzelnen Kriterien im Verhältnis zueinander ein Beurteilungsspielraum zusteht¹²⁷.
- Allerdings darf er keinem der Kriterien den absoluten Vorrang einräumen.
- Mehr Rechtssicherheit durch Auswahlrichtlinien, § 1 Abs. 4 KSchG
In Tarifverträgen und Betriebs- und Dienstvereinbarungen kann festgelegt werden, wie die sozialen Gesichtspunkte im Verhältnis zueinander zu bewerten sind.
Bei der Vereinbarung kollektiv-rechtlicher Auswahlrichtlinien billigt die Rechtsprechung den Vertragspartnern einen größeren Beurteilungsspielraum zu als dem Einzel-AG.

Diese Auswahlrichtlinien können zwar die gesetzlichen Mindestanforderungen an die Sozialauswahl nicht verdrängen. Aber: Hält sich der AG dann an die vereinbarte Richtlinie, darf das Gericht seine Sozialauswahl nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ hin überprüfen, § 1 Abs. 4 KSchG.

¹²⁷ BAG, Urteil vom 18.10.1984, Az. 2 AZR 543/93.

Abschließende Anmerkung zur betriebsbedingten Kündigung:

Eine weitere Erleichterung der betriebsbedingten Kündigung soll der neue § 1a KSchG bringen.

Danach gilt: Verzichtet der AN auf eine Kündigungsschutzklage gegen die betriebsbedingte Kündigung, erwirbt er einen Abfindungsanspruch von mindestens 0,5 Monatsverdiensten pro Beschäftigungsjahr.

5. Heilung aller Unwirksamkeitsgründe gem. § 7 KSchG

Findet das KSchG auf das konkrete Arbeitsverhältnis Anwendung¹²⁸, so sind sämtliche¹²⁹ Unwirksamkeitsgründe der ordentlichen¹³⁰ Kündigung geheilt, wenn der AN es versäumt hat, rechtzeitig Kündigungsschutzklage zu erheben, § 7 KSchG.

Ob die Kündigungsschutzklage rechtzeitig erhoben ist, richtet sich nach den §§ 4 - 6 KSchG.

- Nach § 4 Abs. 1 KSchG muss die Kündigungsschutzklage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung erhoben sein.

- Nach § 5 KSchG gilt: Hat der AN die Frist schuldlos versäumt, kann das Gericht die verspätet erhobene Klage dennoch zulassen.

III. Die außerordentliche Kündigung

Vorab: Prüfungsschema

1. Kündigungserklärung

- a. Begrifflich außerordentliche Kündigung (Abgrenzung zur ordentlichen Kündigung)
- b. §§ 145 ff. BGB (Abgabe und Zugang); §§ 164 BGB (Vertretung)
- c. Schriftform, § 623 BGB
- d. Keine Kündigungsfrist einzuhalten

2. Anhörung des Personalrats / Betriebsrats

§ 87 Abs. 1 Nr. 9 LPVG / § 102 Abs. 1 BetrVG

3. Besonderer Kündigungsschutz

Manche AN-Gruppen genießen auch bei der außerordentlichen Kündigung einen besonderen Kündigungsschutz.

- § 15 KSchG (Betriebsrats-/Personalratsmitglied)
- § 17 MuSchG, § 18 BEEG (Schwangere / in Elternzeit befindliche)
- §§ 168, 174 sowie § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (Schwerbehinderte)

4. Wichtiger Grund iSd § 626 BGB

- a. „an sich“ wichtiger Grund, der die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen vermag
- b. Interessenabwägung mit der Folge, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar ist
- c. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB.

5. Heilung aller Unwirksamkeitsgründe gem. § 7 KSchG

Auch bei der außerordentlichen Kündigung muss der AN innerhalb der 3-Wochen-Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG Klage erheben. Das besagt § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Andernfalls ist die Unwirksamkeit der Kündigung geheilt.

¹²⁸ Nach § 1 Abs. 1 KSchG (persönlicher Anwendungsbereich) und § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG (betrieblicher Anwendungsbereich).

¹²⁹ Ausnahme: Nicht geheilt wird die fehlende Schriftform des § 623 BGB.

¹³⁰ Gleiches gilt bei der außerordentlichen Kündigung. Hierzu später.

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

1. Kündigungserklärung

Vorab: Das Recht beider Vertragsparteien zur außerordentlichen Kündigung kann weder im Arbeitsvertrag noch durch Tarifvertrag wirksam ausgeschlossen werden.

Außerdem ist die außerordentliche Kündigung - anders als die ordentliche Kündigung - auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen stets zulässig.

a. Begrifflich außerordentliche Kündigung

Eine außerordentliche Kündigung liegt vor, wenn der AG¹³¹ unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass er ohne Einhaltung der einschlägigen Frist kündigen will (nämlich aus einem wichtigen Grund iSd § 626 BGB, der es ihm unzumutbar erscheinen lässt, das Arbeitsverhältnis bis zum Ende der Kündigungsfrist fortzusetzen).

Das kann er tun

- durch ausdrückliche Erklärung („ich kündige Ihnen außerordentlich“ / „fristlos“)
- oder konkludent (indem er sich in seiner schriftlichen Kündigungserklärung auf einen wichtigen Grund beruft)

In praxi wird idR außerordentlich fristlos gekündigt.

Zwingend ist das aber nicht. Der AG kann auch (rein freiwillig) mit einer gewissen „sozialen Auslaufrist“ kündigen - er muss dann aber unmissverständlich deutlich machen, dass es sich (trotz dieser Frist) um eine außerordentliche Kündigung handelt.

außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung

In praxi wird eine außerordentliche Kündigung häufig vorsorglich („hilfsweise“) verbunden mit einer ordentlichen Kündigung - für den Fall, dass die außerordentliche Kündigung rechtlich nicht wirksam sein sollte. Das ist zulässig.¹³²

Umdeutung außerordentliche → in ordentliche Kündigung

Eine außerordentliche Kündigung, die unwirksam ist, kann umgedeutet werden (§ 140 BGB) in eine ordentliche Kündigung, wenn das dem mutmaßlichen Willen des AG entspricht¹³³.

Im Zweifel (so das BAG¹³⁴) sei anzunehmen, dass der AG sich auf jeden Fall von dem gekündigten AN trennen will, so dass die Umdeutung seinem mutmaßlichen Willen entspricht.

b. §§ 145 ff. BGB (Abgabe und Zugang); §§ 164 BGB (Vertretung)

Hier gilt dasselbe wie bei der ordentlichen Kündigung (s.o.)

c. Schriftform, § 623 BGB

Hier gilt dasselbe wie bei der ordentlichen Kündigung (s.o.)

d. Keine Kündigungsfrist einzuhalten

Bei der außerordentlichen Kündigung ist keine Kündigungsfrist einzuhalten.

Daher nochmals: Kündigt der AG dennoch (freiwillig) mit einer „sozialen Auslaufrist“, muss er unmissverständlich deutlich machen, dass es sich dennoch um eine außerordentliche Kündigung handeln soll.

2. Anhörung des Personalrats / Betriebsrats

Vor einer außerordentlichen Kündigung ist der Personalrat (nur) anzuhören (§ 87 Abs. 1 Nr. 9 LPVG¹³⁵).

¹³¹ Dasselbe gilt (natürlich) auch für Kündigungen seitens des AN.

¹³² Es handelt sich nicht um eine unzulässige Bedingung, weil es sich um eine reine Rechtsbedingung handelt.

¹³³ Das Schriftformerfordernis der Kündigung (§ 623 BGB) steht der Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung nach ganz h.M. nicht entgegen, vgl. BAG, Urteil vom 20.06.2004, Az. 2 AZR 656/02. Grund: Die umzudeutende Willenserklärung (=die außerordentliche Kündigung) erfüllt ja die Schriftform - und dieser Erklärung wird per Umdeutung nur eine andere (ihr aber doch immanente) Bedeutung gegeben.

¹³⁴ BAG DB 2002, 1562.

¹³⁵ Für den Betriebsrat gilt dasselbe, vgl. § 102 Abs. 1 BetrVG.

Ohne eine ordnungsgemäße Anhörung ist die Kündigung unwirksam (§ 128 BPersVG¹³⁶ für den Personalrat¹³⁷).

Die Anhörung ist die schwächste Beteiligungsform. Die Kündigung ist hierzu zu begründen (vgl. § 87 Abs. 3 Satz 1 LPVG¹³⁸). Der Personalrat kann dann (innerhalb von drei Arbeitstagen) schriftlich oder elektronisch Bedenken äußern (vgl. § 87 Abs. 3 Satz 2 LPVG¹³⁹). Über diese kann sich der AG aber hinwegsetzen und dennoch kündigen.

3. Besonderer Kündigungsschutz

Manche AN-Gruppen genießen auch bei der außerordentlichen Kündigung einen besonderen Kündigungsschutz.

- ▶ § 15 KSchG (Betriebsrats-/Personalratsmitglied)
Diese Personen darf nicht ordentlich gekündigt werden.
Eine außerordentliche Kündigung ist dagegen zulässig - wenn denn ein wichtiger Grund iSd § 626 BGB vorliegt.
Allerdings ist hierfür die Zustimmung des Betriebsrats / Personalrats notwendig (oder die fehlende Zustimmung wird auf Antrag des AG durch das Gericht ersetzt), § 15 Abs. 1 KSchG iVm § 103 BetrVG (Betriebsratsmitglied) bzw. § 15 Abs. 2 KSchG iVm § 127 BPersVG¹⁴⁰ (Personalratsmitglied).
- ▶ § 17 MuSchG, § 18 BEEG (Schwangere / in Elternzeit befindliche)
Diese Personen dürfen weder ordentlich noch außerordentlich gekündigt werden - es sei denn, die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde bzw. die von ihr bestimmte Stelle stimmt (in außergewöhnlichen Fällen) zu.
- ▶ §§ 168, 173 sowie § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (Schwerbehinderte)
Einem schwerbehinderten AN kann auch außerordentlich nur mit Zustimmung des Integrationsamtes gekündigt werden, § 174 SGB IX verweist (auch) auf § 168 SGB IX.
Zudem gilt: Auch vor einer außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Menschen muss der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung unterrichten und anhören, § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Unterbleibt dies, ist die Kündigung unwirksam, § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX.

4. Wichtiger Grund iSd § 626 BGB

a. „an sich“ wichtiger Grund,

der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen vermag

In diesem ersten Schritt ist zu prüfen, ob ein Sachverhalt vorliegt, der (abstrakt, d.h. ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen) geeignet ist, einen wichtigen Grund iSd § 626 BGB abzugeben - also ein Grund, der eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses generell zu rechtfertigen vermag.

Als solche Gründe kommen vor allem Vertragsverletzungen in Betracht. Dabei ist Verschulden zwar grundsätzlich, nach hM aber nicht zwingend erforderlich.

In der Rechtsprechung sind folgende Sachverhalte als „wichtiger Grund“ anerkannt:

Straftaten

Grundsätzlich kann der Diebstahl oder die Unterschlagung auch von geringwertigen Sachen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

Beispiele aus der Rechtsprechung:

- Diebstahl von drei Kaffeebechern und zwei Packungen Schinken im Wert von

¹³⁶ Diese Vorschrift gilt - obwohl im *BundesPersVG* verortet - auch in allen Bundesländern, denn sie steht im Teil zwei des *BPersVG* (dieser trägt die Überschrift: „unmittelbar für die Länder geltende Vorschriften“).

¹³⁷ Für den Betriebsrat gilt dasselbe, vgl. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

¹³⁸ Bzw. 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG für den Betriebsrat.

¹³⁹ Bzw. § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG für den Betriebsrat.

¹⁴⁰ Diese Vorschrift gilt auch in allen Bundesländern, denn sie steht im Teil zwei des *BPersVG* („unmittelbar für die Länder geltende Vorschriften“).

- 15,22 DM eines ICE-Stewards¹⁴¹,
- Verzehr eines Stücks Bienenstich¹⁴²,
- Entwendung dreier Kiwifrüchte in einem anderen Warenhaus des Arbeitgebers¹⁴³,
- Entwendung zweier Päckchen Tabak¹⁴⁴,
- Mitnahme von einem Liter Sahne im Wert von 4,80 DM¹⁴⁵,
- Einlösung fremder Pfandbons im Wert von 1,30 Euro („Fall Emmely“¹⁴⁶).

Maßgebender Gesichtspunkt der Rechtsprechung ist, dass jede Eigentumsverletzung durch den AN das Vertrauensverhältnis zum AG bricht - dies gilt unabhängig vom Umfang des eingetretenen Schadens.

Gleiches gilt auch für andere Straftaten gegenüber dem AG, die nur geringe Werte betreffen wie z.B.

- unerlaubtes Fotokopieren auf Kosten des Arbeitgebers,
- Spesenbetrug¹⁴⁷,
- Missbrauch von Kontrolleinrichtungen wie Stechuhren
- unerlaubtes privates Telefonieren / unerlaubtes privates Mailen

Alkohol

Fälle von Alkoholmissbrauch am Arbeitsplatz können für eine außerordentliche Kündigung ausreichen¹⁴⁸.

Beleidigung

Beleidigungen des Arbeitgebers und/oder Vorgesetzter können ausreichen, wenn sie durch die konkreten Umstände besonders schwer wiegen¹⁴⁹.

Geschäftsschädigende Äußerungen

Geschäftsschädigende Äußerungen über den Arbeitgeber können zur außerordentlichen Kündigung berechtigen¹⁵⁰.

Konkurrenztätigkeit

Während des Arbeitsverhältnisses ist dem AN jede Konkurrenztätigkeit zum Nachteil seines AG untersagt, auch wenn dies im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich geregelt ist.¹⁵¹ Die Verletzung dieses Wettbewerbsverbotes kann einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung darstellen¹⁵².

Krankheit

Im Allgemeinen stellt weder die lang andauernde noch die häufige Kurzerkrankung des Arbeitnehmers einen wichtigen Grund dar (nur: ordentliche Kündigung).

Etwas anderes gilt aber dann, wenn der AN ordentlich gar nicht gekündigt werden kann (weil eine ordentliche Kündigung durch Gesetz / Tarifvertrag / Betriebsvereinbarung / Arbeitsvertrag ausgeschlossen ist - zB: ordentliche Unkündbarkeit langjähriger AN nach § 34 Abs. 2 TVöD / TV-L oder: ordentliche Unkündbarkeit von Personalrats-/ Betriebsratsmitgliedern nach § 15 KSchG). In diesen Fällen darf krankheitsbedingt jedenfalls dann außerordentlich gekündigt werden, wenn krankheitsbedingt dauernde Leistungsunfähigkeit vorliegt - denn andernfalls wäre der AG ja gezwungen, dauerhaft ein „sinnentleertes“ Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten¹⁵³. Die außerordentliche Kündigung muss hier aber mit einer sozialen Auslaufzeit verbunden werden, die der einschlägigen ordentlichen

¹⁴¹ BAG, Urteil vom 12.08.1999, Az. 2 AZR 923/98.

¹⁴² BAG, Urteil vom 17.05.1984, Az. 2 AZR 3/83.

¹⁴³ BAG, Urteil vom 20.09.1984, Az. 2 AZR 633/82.

¹⁴⁴ BAG, Urteil vom 16.10.1986, Az. 2 AZR 695/85.

¹⁴⁵ BAG, Urteil vom 02.04.1987, Az. 2 AZR 204/86.

¹⁴⁶ BAG, Urteil vom 10.06.2010, Az. 2 AZR 541/09.

¹⁴⁷ BAG, Urteil vom 22.11.1962 = DB 1963, 1055.

¹⁴⁸ LAG Hamm, Urteil vom 23.08.1990, Az. 16 Sa 293/90 – unveröffentlicht.

¹⁴⁹ LAG Brandenburg, Urteil vom 26.06.1997, Az. 3 Sa 71/97 = NZA 1998, 1189; BAG Urteil vom 18.07.1957, Az. 2 AZR 121/55; LAG Berlin, Urteil vom 17.11.1980, Az. 9 Sa 69/80; LAG Köln, Urteil vom 30.01.1998, Az. 4 Sa 930/97.

¹⁵⁰ BAG, Urteil vom 18.09.1997, Az. 2 AZR 36/97.

¹⁵¹ BAG, Urteil vom 17.10.1969, Az. 3 AZR 442/68.

¹⁵² BAG, Urteil vom 06.08.1987, Az. 2 AZR 226/87.

¹⁵³ Vgl. BAG, Urteil vom 27.11.2003, Az. 2 AZR 601/02

Kündigungsfrist entspricht.

Urlaub

Eigenmächtiger Urlaubsantritt oder unbefugtes Überschreiten des Urlaubsendes kann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.¹⁵⁴

Sonstige wichtige Gründe

- „Androhung“ häufiger Erkrankungen¹⁵⁵
- beharrliche Arbeitsverweigerung¹⁵⁶
- ausländerfeindliche Äußerungen im Betrieb¹⁵⁷
- Ehebruch¹⁵⁸ oder Kirchenaustritt¹⁵⁹ (im kirchlichen Arbeitsverhältnis!)
- „Mobbing“¹⁶⁰
- Manipulationen der Arbeitszeiterfassung¹⁶¹
- Nebentätigkeit während ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit¹⁶²
- Vortäuschung einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit¹⁶³.

Kein wichtiger Grund

sind alle Sachverhalte, die in die Verantwortungs- und Risikosphäre des AG fallen (z.B.: Betriebsstilllegung, Insolvenz des AG).

Exkurs: Verdacht einer schwerwiegenden Verfehlung - „Verdachtskündigung“

Auch der bloße Verdacht einer schweren Pflichtverletzung (z.B. eines Diebstahls zum Nachteil des AG) kann eine außerordentliche¹⁶⁴ Kündigung rechtfertigen.

Weil aber in diesen Fällen nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine solche Kündigung doch einen unschuldigen AN trifft, ist sie nur unter strengen Voraussetzungen zulässig:

- Der Verdacht muss durch objektive Tatsachen (Indizien) begründet sein.
Aufgrund der gegebenen Tatsachen darf sich ein „verständiger und gerecht abwägender AG“ zur Kündigung veranlasst sehen
- Die Indizien müssen ergeben, dass der AN mit großer Wahrscheinlichkeit der Täter ist.
- Die Straftat muss so gewichtig sein, dass sie (wenn die Schuld des AN feststünde) als Kündigungsgrund ausgereicht hätte.
- Der AG muss alles zur Aufklärung Zumutbare unternommen haben.
- Der dringende Tatverdacht besteht noch im Zeitpunkt der mdl. Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz.

¹⁵⁴ BAG, Urteil vom 20.01.1994, Az. 2 AZR 521/93 = DB 1994, 1042; BAG, Beschluss vom 22.01.1998, Az. 2 ABR 19/97 = NZA 1998, 708; LAG Düsseldorf, Urteil vom 29.04.1981, Az. 22 Sa 82/81 = DB 1981, 1731.

¹⁵⁵ BAG, Urteil vom 17.06.2003, Az. 2 AZR 123/02.

¹⁵⁶ BAG, Urteil vom 05.04.2001, Az. 2 AZR 580/99 = NZA 2001, 893.

¹⁵⁷ BAG DB 1999, 2216.

¹⁵⁸ BAG, Urteil vom 24.04.1997, Az. 2 AZR 268/96 = NZA 1998, 145.

¹⁵⁹ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 09.01.1997, Az. 11 Sa 428/96 = NZA 1998, 149.

¹⁶⁰ LAG Thüringen NZA-RR 2001, 1783.

¹⁶¹ BAG, Urteil vom 21.04.2005, Az. 2 AZR 255/04 = NZA 2005, 991.

¹⁶² BAG BB 1994, 142.

¹⁶³ LAG Köln NZA-RR 1999, 188.

¹⁶⁴ Spricht der Arbeitgeber die Verdachtskündigung als *ordentliche* Kündigung aus, gilt nach dem BAG (Urt. v. 21.11.2013, Az. 2 AZR 797/11 = DB 2014, 367): Eine Verdachtskündigung ist auch als ordentliche Kündigung sozial nur dann gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Grund: Das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung bedarf (wegen Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) der besonderen verfassungsrechtlichen Legitimation. Sie beruht auf der Erwägung, dass dem Arbeitgeber von der Rechtsordnung die Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses unter dem dringenden Verdacht auf ein Verhalten des Arbeitnehmers, das ihn zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen würde, nicht zugemutet werden kann. Besteht dagegen der Verdacht auf das Vorliegen eines solchen Grundes nicht, weil selbst erwiesenes Fehlverhalten des Arbeitnehmers die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen könnte, überwiegt bei der Güterabwägung im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers. In einem solchen Fall nimmt die Rechtsordnung das Risiko, einen „Unschuldigen“ zu treffen, nicht in Kauf. Vgl. ergänzend BAG, Urt. v. 31.01.2019, Az. 2 AZR 426/18: Die ordentliche Verdachtskündigung ist eine personenbedingte Kündigung (keine verhaltensbedingte).

- Dem AG war wegen des Verdachts die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach einer Interessenabwägung selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar.

b. umfassende Interessenabwägung

Wenn nach all dem „an sich“ ein wichtiger Grund gegeben ist, ist noch in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob nach einer Abwägung aller Umstände dieses konkreten Einzelfalls die außerordentliche Kündigung hier gerechtfertigt erscheint.

Das ist nur der Fall, wenn es (unter Berücksichtigung aller Einzelumstände und der erforderlichen Interessenabwägung) dem Kündigenden unzumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.

Bei dieser Interessenabwägung können etwa von Bedeutung sein:

- Art und Schwere der Verfehlung
- Dauer des ungestörten Arbeitsverhältnisses
- Wiederholungsgefahr
- Grad des Verschuldens
- Lebensalter des AN
- Betriebszugehörigkeitsdauer

Bei dieser Interessenabwägung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die fristlose Kündigung nur als letztes Mittel (ultima ratio) in Betracht kommt, also nur rechtmäßig ist, wenn mildere Mittel (etwa eine Abmahnung) dem AG nicht mehr zumutbar sind.

Eine Abmahnung als milderes Mittel scheidet aber (wegen Entbehrlichkeit) in der Regel aus

- bei besonders schweren Verstößen, wenn der AN unter keinen Umständen mit der Duldung durch den AG rechnen durfte und (für den Fall der Aufdeckung seines Fehlverhaltens) mit dem Verlust seines Arbeitsplatzes rechnen musste.
- Gleiches gilt, wenn kündigungsrelevante Dienstverfehlungen in Arbeitsordnungen oder Aushängen am Schwarzen Brett aufgeführt sind
- Schließlich ist eine Abmahnung nicht erforderlich, wenn der AN von vornherein klarmacht, dass er auch in Zukunft nicht gedenkt, sich vertragsgemäß zu verhalten.

Stets gilt aber: Ob die Abmahnung entbehrlich ist (ob also auch ohne vorherige Abmahnung gekündigt werden darf), kann erst nach einer umfassenden Interessenabwägung festgestellt werden („Fall Emmely“¹⁶⁵).

c. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB

Die außerordentliche Kündigung muss innerhalb von zwei Wochen erfolgen, nachdem der Kündigende von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Erforderlich ist die sichere Kenntnis des Kündigungsberechtigten vom Sachverhalt (z.B. nach abschließender Anhörung des Arbeitnehmers).

Innerhalb der Zweiwochenfrist ist auch der Personalrat anzuhören.

Wird die außerordentliche Kündigung erst später erklärt, ist sie unwirksam.

5. Heilung aller Unwirksamkeitsgründe gem. § 7 KSchG

Auch bei der außerordentlichen Kündigung muss der AN binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung (§ 4 Satz 1 KSchG) Klage beim Arbeitsgericht erheben. Das besagt § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG.

Andernfalls ist die Unwirksamkeit der Kündigung geheilt.

¹⁶⁵ BAG, Urteil vom 10.06.2010, Az. 2 AZR 541/09.

G. Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis

Der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Bei Leistungsstörungen finden die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts des BGB jedoch nur modifiziert Anwendung:

Nach schuldrechtlichen Grundsätzen gilt: „ohne Arbeit kein Lohn“ (§§ 275, 326 BGB).

Dieser Grundsatz wird aber in bestimmten Fällen durchbrochen (gesetzlich bzw. tarifvertraglich). So ist der AG in folgenden Fällen verpflichtet, den Lohn zu zahlen, obwohl der AN keine Arbeit leistet:

- Entgelt bei Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit
- Entgelt bei Schwangerschaft und Mutterschaft
- Entgelt bei Arbeitsversäumnis aus (sonstigen) persönlichen Gründen
- Entgelt bei Annahmeverzug des Arbeitgebers
- Entgelt bei Betriebsstörungen (Sphärentheorie).

I. Arbeitsversäumnis wegen Krankheit

Wichtigster Fall der Durchbrechung des Grundsatzes „ohne Arbeit kein Lohn“ ist die Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des AN, § 3 EFZG (ggf. iVm § 22 TVöD / TV-L).

§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG lautet: „Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.“

Nach § 3 EFZG hat ein arbeitsunfähig erkrankter AN bis zu sechs Wochen lang Anspruch auf Lohnfortzahlung durch seinen AG – vorausgesetzt, dass den AN kein Verschulden an der Krankheit trifft.

Prüfungsschema:

► Anspruchsgrundlage: § 611a Abs. 2 BGB (ggf. iVm § 15 TVöD / TV-L) iVm § 3 EFZG (ggf. iVm § 22 TVöD / TV-L). Achtung! § 3 EFZG selbst ist keine eigenständige Anspruchsgrundlage! Vielmehr ordnet die Norm den Fortbestand des Vergütungsanspruchs aus § 611a Abs. 2 BGB während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit an¹⁶⁶.

► Arbeitnehmer

Nur ein AN hat Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Zwischen den Parteien muss also ein Arbeitsverhältnis bestehen. Keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat also zB ein „freier Mitarbeiter“, mit dem nur ein Dienst- oder Werkvertrag abgeschlossen wurde.

► krank

Krankheit ist jeder regelwidrige Körper- oder Geisteszustand, der ggf. der Heilbehandlung bedarf.

► dadurch: arbeitsunfähig

Die Krankheit muss kausal zur Arbeitsunfähigkeit geführt haben.

► Krankheit vom Arbeitnehmer unverschuldet

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der AN die Krankheit verschuldet hat. Eigentlich würde (nach § 276 BGB) schon leichteste Fahrlässigkeit genügen, um den Anspruch auszuschließen. Nach h.M. ist der Anspruch aus § 3 EFZG aber erst ausgeschlossen, wenn der AN die Krankheit grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt hat. (Bsp: Der AN hat grob fahrlässig einen Autounfall herbeigeführt und ist deshalb arbeitsunfähig krank.)

¹⁶⁶ BAG NZA 2002, 746.

Im Bereich des TVöD/TV-L ist dies sogar ausdrücklich vereinbart, vgl. Protokollerklärung zu § 22 Abs. 1 Satz 1.

► vierwöchige Wartezeit

Das Arbeitsverhältnis muss bereits seit vier Wochen ununterbrochen bestehen, § 3 Abs. 3 EFZG - erst dann kann erstmals ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung entstehen.

Achtung! Anders im Bereich des TVöD und des TV-L. Denn § 22 TVöD/TV-L sehen eine solche Wartezeit nicht vor!

(► ärztliches Attest)

Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG gilt: Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, muss der AN (spätestens am darauffolgenden Arbeitstag) eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit vorlegen.

Tut er das nicht, kann der AG - vorläufig - die Entgeltfortzahlung verweigern, § 7 EFZG. Reicht der AN das Attest (verspätet) nach, muss der AG den Lohn dann aber rückwirkend fortzahlen.

► max. 6 Wochen

Der Entgeltfortzahlungsanspruch ist auf max. 6 Wochen begrenzt, § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG (inhaltsgleich: § 22 Abs. 1 Satz 1 TVöD / TV-L).

Wie geht es nach Ablauf dieser 6 Wochen weiter? Danach hat der AN Anspruch auf „Krankengeld“ gegen seine gesetzliche Krankenversicherung - und zwar in Höhe von (nur) 70% des kalendertäglichen Regelentgelts, § 47 Abs. 1 Satz 1 SGB V¹⁶⁷.

Im Bereich des TVöD / TV-L wird dieser Anspruch auf Krankengeld aber aufgestockt. Nach § 22 Abs. 2 Satz 1 TVöD / TV-L hat der AN nämlich neben dem Anspruch auf Krankengeld noch zusätzlich einen Anspruch *gegen seinen AG* auf Aufstockung des Krankengelds auf 100% seines Nettoentgelts („**Krankengeldzuschuss**“). Aber Achtung! Den Krankengeldzuschuss bekommt nicht jeder AN - und er ist außerdem zeitlich begrenzt. Lesen Sie § 22 Abs. 3 TVöD: „Der Krankengeldzuschuss wird bei einer Beschäftigungszeit (§ 34 Abs. 3) von mehr als einem Jahr längstens bis zum Ende der 13. Woche und von mehr als drei Jahren längstens bis zum Ende der 39. Woche seit dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit gezahlt.“ Das bedeutet:

- Wer noch nicht ein Jahr lang bei diesem TVöD-AG (vgl. § 34 Abs. 3 TVöD) beschäftigt ist, der hat *keinen* Anspruch auf Krankengeldzuschuss.
- Wer mehr als ein Jahr bei diesem TVöD-AG beschäftigt ist, bekommt 13 Wochen lang Krankengeldzuschuss (ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit).
- Und wer mehr als 3 Jahre bei diesem TVöD-AG beschäftigt ist, der bekommt den Krankengeldzuschuss 39 Wochen lang (ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit).

„Ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit“ bedeutet dabei: Auch die ersten 6 Wochen Entgeltfortzahlung (nach § 3 EFZG) zählen bereits hier hinein! Man muss diese 6 Wochen also gewissermaßen abziehen von den genannten 13 bzw. 39 Wochen.

II. Arbeitsversäumnis wegen Schwangerschaft und Mutterschaft

führen ebenfalls nicht zum Verlust des Entgeltanspruchs.

Zunächst: Das MuSchG enthält ein Beschäftigungsverbot

- während der letzten sechs Wochen vor
 - und bis zum Ablauf von acht bzw. zwölf Wochen nach der Entbindung¹⁶⁸,
- §§ 3 Abs. 1 und 2 MuSchG.

Für die Zeit dieser gesetzlichen Schutzfristen bezahlt die (gesetzliche) Krankenkasse ihren

¹⁶⁷ Wie lange wird das Krankengeld gezahlt? Das regelt § 48 SGB V: Grundsätzlich unbegrenzt - wegen derselben Krankheit jedoch für längstens 78 Wochen innerhalb von je drei Jahren.

¹⁶⁸ Zwölf Wochen bei Frühgeburten / Mehrlingsgeburten / Geburt eines behinderten Kindes, § 3 Abs. 2 Satz 2 MuSchG.

Mitgliedern „Mutterschaftsgeld“, § 19 Abs. 1 MuSchG. Als Mutterschaftsgeld wird das durchschnittliche Nettoarbeitsentgelt gezahlt, höchstens jedoch 13 Euro für den Kalendertag.

Arbeitnehmerinnen, die nicht in einer gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, erhalten das Mutterschaftsgeld vom Bund (nämlich vom Bundesversicherungsamt), § 19 Abs. 2 MuSchG. Gezahlt werden hier aber insgesamt (!) maximal 210 Euro.

Der AG muss einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zahlen – und zwar bis zur vollen Höhe der Nettobezüge, § 20 Abs. 1 MuSchG. „Unter dem Strich“ erhält die Arbeitnehmerin also weiterhin ihren vollen Nettolohn.

Nach § 22 Satz 1 MuSchG gilt: Während der Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis, daher sind während der Elternzeit Ansprüche gegen den Arbeitgeber nach § 20 MuSchG (Zuschuss zum Mutterschaftsgeld) ausgeschlossen.

III. Arbeitsversäumnis aus (sonstigen) persönlichen Gründen

Nach § 326 BGB entfällt eigentlich der Lohnanspruch, wenn keine Arbeit geleistet wird.

Jedoch behält der AN seinen Lohnanspruch gemäß § 616 BGB, wenn er „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.“

„in seiner Person liegenden Grund“

In der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe sind solche, die auf den persönlichen Lebensumständen beruhen, insbesondere familiäre Ereignisse, z.B.:

- notwendige Pflege eines erkrankten Kindes¹⁶⁹
- Versorgung eines akut pflegebedürftigen nahen Angehörigen
- die eigene Hochzeit / die Hochzeit der Kinder
- goldene Hochzeit der Eltern
- Niederkunft der Ehefrau / Lebenspartnerin
- religiöse Feste (Erstkommunion, Konfirmation)
- Begräbnisse im engeren Familienkreis
- auch persönliche Unglücksfälle wie Einbruch, Brand, unverschuldete Verkehrsunfälle

Nicht hierher gehören Verhinderungsgründe, die nicht aus der persönlichen Sphäre des AN herrühren, sondern zur selben Zeit für mehrere Arbeitnehmer bestehen, wie etwa

- Hindernisse auf dem Weg zur Arbeit (Stau, Glatteis, Smog, Hochwasser)

„für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“

Wann die Verhinderung nur eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ dauert, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

Maßgebend ist vor allem die Zeitspanne der Verhinderung im Verhältnis zur Dauer des Arbeitsverhältnisses.

Beispiel:

Bei einer Beschäftigungsdauer von sechs Monaten ist eine Verhinderung von bis zu drei Tagen nicht erheblich. Aber auch bei mehrjähriger Beschäftigung dürften jedoch nur wenige Tage von § 616 BGB gedeckt sein¹⁷⁰.

„ohne sein Verschulden“

Ein Verschulden (z.B. bei einem Verkehrsunfall) ist abweichend von § 276 BGB nur bei grob fahrlässigem oder vorsätzlichem Fehlverhalten gegeben; beweispflichtig hierfür ist der AG¹⁷¹.

„verhindert“

In allen o.g. Fällen ist dem AN die Arbeitsleistung zwar nicht unmöglich im Rechtssinne. Sie ist ihm aber unzumutbar - daher ist er „verhindert“ iSd § 616 BGB.

¹⁶⁹ BAG NJW 1980, 903.

¹⁷⁰ BAG VersR 1977, 1115.

¹⁷¹ Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., 2009, § 616 Rn. 10.

§ 616 BGB ist abdingbar

Der Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung aus § 616 BGB kann einzel- wie tarifvertraglich erweitert, eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden¹⁷².

Achtung! Im Bereich des TVöD / TV-L wird dieser Anspruch durch § 29 konkretisiert und dort abschließend (!) geregelt. § 616 BGB ist damit abbedungen!

Allerdings enthält § 29 Abs. 3 TVöD / TV-L eine gewisse flexible Öffnung. Nach dieser Vorschrift „kann“ der AG nämlich „in sonstigen dringenden Fällen Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts (...) bis zu drei Arbeitstagen gewähren. In begründeten Fällen kann bei Verzicht auf das Entgelt kurzfristige Arbeitsbefreiung gewährt werden, wenn die dienstlichen oder betrieblichen Verhältnisse es gestatten.“

Und die Protokollerklärung zu Abs. 3 Satz 2 stellt klar:

„Zu den ‚begründeten Fällen‘ können auch solche Anlässe gehören, für die nach Absatz 1 kein Anspruch auf Arbeitsbefreiung besteht (z.B. Umzug aus persönlichen Gründen).“

IV. Entgelt bei Annahmeverzug des Arbeitgebers

Nimmt der AG die ihm vom AN angebotene Arbeitsleistung nicht an, so gerät er in Annahmeverzug. § 615 BGB bestimmt hierzu, dass der AN von seiner Leistungspflicht frei wird, jedoch seinen Anspruch auf das Arbeitsentgelt behält¹⁷³.

Häufigster Fall des Annahmeverzugs ist die Nichtweiterbeschäftigung nach unberechtigter Kündigung.

Beispiel:

A ist seit zwei Jahren bei der Gemeinde G als Arbeitnehmer beschäftigt.

Am 15.02. kündigt G ihm fristgerecht zu 31.03. Die Kündigung erfolgte wegen mehrmaligem verspäteten Arbeitsantritt. Obwohl A sofort und heftig gegen seine Kündigung protestiert, erhebt der Personalrat keine Einwendungen.

Am 02.03. erhebt A Kündigungsschutzklage - und hat Erfolg: Das Arbeitsgericht stellt Ende Juni fest, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt war, weil A nicht zuvor abgemahnt wurde. Daraufhin nimmt A am 01.07. seine Arbeit bei der Gemeinde wieder auf.

Nun verlangt A verlangt Zahlung der Vergütung die Monate April, Mai und Juni.

Klausurmäßige Lösung:

A könnte Anspruch auf Lohnzahlung gegen die Gemeinde G für die Monate April bis Juni haben, § 611a Abs. 2 BGB iVm § 15 TVöD.

1. Ein Arbeitsverhältnis iSd § 611a Abs. 1 BGB besteht, die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst.
2. A hat in den Monaten April bis Juni keine Arbeitsleistungen erbracht und daher grds. auch keinen Anspruch auf Lohn, § 326 Abs. 1 BGB.
3. Der Lohnanspruch des A bliebe jedoch erhalten, wenn G mit der Annahme der Dienste in Verzug geraten wäre, § 615 BGB.
Denn dann wäre A von der Leistung frei geworden - und G müsste dennoch den vereinbarten Lohn zahlen.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs (auch: „Gläubigerverzug“) sind in §§ 293 ff BGB geregelt.

- a. Erfüllbarkeit: Der Schuldner (A) muss zur Leistung berechtigt sein (andernfalls scheidet Gläubigerverzug denklogisch aus).
Im Zeitraum April bis Juni war A zur Leistung berechtigt; der Arbeitsvertrag war wirksam, seine Leistung war fällig.

¹⁷² arg. e contrario § 619 BGB, vgl. ErfK/Dörner, 7. Aufl. 2009, § 616 BGB Rn. 19.

¹⁷³ § 615 BGB ist keine eigene Anspruchsgrundlage, sondern hält vielmehr den Vergütungsanspruch aus § 611a Abs. 2 BGB aufrecht, vgl. BAG, Urteil vom 19.05.2005, Az. 5 AZR 434/03 = NZA 2004, 1064.

- b. § 297 BGB: der Schuldner muss leistungsfähig und leistungsbereit sein.
Auch das ist der Fall: A war im genannten Zeitraum imstande und bereit, die Arbeitsleistung zu erbringen.
- c. §§ 294, 295 BGB: Der Schuldner muss seine Leistung ordnungsgemäß angeboten haben.
- Nach § 294 BGB muss der Schuldner seine Leistung grds. so anbieten, wie sie zu bewirken ist.
 - Nach § 295 BGB genügt auch ein wörtliches Angebot, wenn der Gläubiger (G) eindeutig erklärt, die Leistung nicht annehmen zu wollen.
 - Nach § 296 BGB ist ein Angebot des Schuldners entbehrlich, wenn für die Schuldnerleistung eine
 - „Handlung des Gläubigers erforderlich ist“ (s. § 295 Satz 1 BGB),
 - für diese Gläubiger-Handlung „eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist“
 - und der Gläubiger diese Handlung nicht rechtzeitig vornimmt.

Nach zuletzt ständiger Rspr. des BAG liegt die Mitwirkungshandlung des Gläubigers hier darin, „dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und ihm die Arbeit zuzuweisen.“

Dies hat G hier unterlassen. Folglich war ein Angebot des S entbehrlich.

- d. § 293 BGB: Der Gläubiger darf die Leistung nicht angenommen haben.
So liegt es hier. G hat die Arbeitsleistung des A im genannten Zeitraum nicht angenommen.

4. Rechtsfolge: A kann Nachzahlung des Lohnes für den genannten Zeitraum verlangen. Allerdings muss er sich ggf. Einnahmen in diesem Zeitraum anrechnen lassen.
Dabei wird die Anrechnungspflicht aus § 615 Satz 2 BGB verdrängt durch die speziellere Anrechnungspflicht des § 11 KSchG:
- „Besteht nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort, so muß sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, anrechnen lassen,*
1. *was er durch anderweitige Arbeit verdient hat,*
 2. *was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen,*
 3. *was ihm an öffentlich-rechtlichen Leistungen infolge Arbeitslosigkeit (...)gezahlt worden ist. (...)*“

V. Entgelt bei Betriebsstörungen („Betriebsrisiko“ und „Wirtschaftsrisiko“)

Manchmal ist der AG aus betrieblichen Gründen außerstande, den arbeitsbereiten AN zu beschäftigen (z.B. bei einem technischen Ausfall der Produktionsmaschinen).

Nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts bliebe es in diesen Fällen eigentlich beim Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ (§§ 275, 326 BGB), denn keine der beiden Parteien hat die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (die nach Zeitablauf eintritt) zu vertreten.

Ein solches Ergebnis wäre aber unsachgemäß. Der AG organisiert und leitet seinen Betrieb, er trägt die Früchte des wirtschaftlichen Erfolgs. Daher ist es gerechtfertigt, dem AG auch das „Betriebsrisiko“ aufzubürden.

Das bedeutet: Kann er den AN nicht beschäftigen - aus Gründen die in der betrieblichen Sphäre liegen - so muss er dem AN dennoch den Lohn bezahlen.

§ 615 Satz 3 BGB¹⁷⁴ bestimmt daher: die Regeln über den Annahmeverzug des Arbeitgebers gelten entsprechend „in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt“.

¹⁷⁴ Auch § 615 Satz 3 BGB ist also keine eigene Anspruchsgrundlage, sondern sorgt dafür, dass der Lohnanspruch aus § 611a Abs. 2 BGB bestehen bleibt - obwohl der AN ja keine Arbeit geleistet hat.

Das bedeutet:

Wenn der AG das Risiko des Arbeitsausfalls zu tragen hat, wenn also ein Umstand aus der „betrieblichen Sphäre“ dazu führt, dass er den AN nicht beschäftigen kann, dann gilt dies als ein Fall des Annahmeverzuges, d.h. der AG muss den AN dennoch entlohnen.

In welchen Fällen trägt nun der AG das Risiko des Arbeitsausfalls?

1. Es muss eine Betriebsstörung vorliegen, d.h. die Gründe für die Störung müssen in der betrieblichen Sphäre liegen.

Beispiele:

- Produktionsmaschinen (oder: die EDV-Anlage) sind defekt und fallen aus
- Stromausfall
- Fehlen von Material
- Brand, Hochwasser...

Bei der Betriebsstörung geht es also v.a. um technische Störungen.

Der AG trägt aber nicht nur dieses „Betriebsrisiko“. Er trägt (erst recht) auch das „Wirtschaftsrisiko“. Hierunter versteht man den Fall, dass die Arbeitsleistung technisch an sich möglich, wirtschaftlich aber sinnlos wäre.

Beispiele:

- Auftragsmangel
- kein Gewinn zu erzielen

2. Die Störung darf weder vom AG noch vom AN zu vertreten sein (§ 276 BGB).
3. Rechtsfolge: Der AN behält (obwohl er keine Arbeitsleistung erbracht hat) seinen Anspruch auf Lohn.

Zur Abgrenzung: „Arbeitskampfrisiko“

- Beteiligt sich ein AN an einem rechtmäßigen (!) Streik, so führt dies zur Suspendierung der Hauptleistungspflichten¹⁷⁵: Der AN ist dann nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet, der AG muss in dieser Zeit dann aber auch keinen Lohn bezahlen.

- Was gilt, wenn der Betrieb des AG A von vielen seiner Arbeitnehmer (rechtmäßig) bestreikt wird, ein Teil seiner Arbeitnehmer aber arbeitswillig ist und seine Arbeitsleistung anbietet?
Haben diese arbeitswilligen Arbeitnehmer Anspruch auf Lohn?

Nach heute h.M. kann der AG in diesen Fällen durch einseitige Erklärung eine Beschäftigung der Arbeitswilligen jedenfalls dann ablehnen (und muss ihnen keinen Lohn zahlen), wenn er sie während des Streiks nicht sinnvoll beschäftigen kann oder ihre Beschäftigung unzumutbar wäre.

Denn es würde die Arbeitskämpfparität der Tarifvertragsparteien stören, wenn die AN-Seite durch die Bestreikung von Schlüsselpositionen einen Betrieb weitgehend lahmlegen könnte - der AG aber dennoch zur Lohnzahlung an die vielen übrigen, arbeitswilligen Arbeitnehmer verpflichtet wäre¹⁷⁶.

Das bedeutet: Alle Arbeitnehmer des bestreikten Betriebes tragen in diesem Fall das „Arbeitskampfrisiko“ - auch die arbeitswilligen.

- Was ist, wenn der bestreikte Betrieb des A ein Zulieferbetrieb für das Unternehmen U ist, so dass U infolge ausbleibender Teile nicht mehr produzieren kann (sog. „Fernwirkung“ eines Streiks)?
Tragen auch hier die Arbeitnehmer des U das Arbeitskampfrisiko? Kann auch hier der U die Arbeitsleistung seiner (arbeitswilligen) AN ablehnen, so dass er ihnen keinen Lohn zahlen muss?

¹⁷⁵ Ausnahme: Einteilung zu Notdienstarbeiten. Insoweit muss der AN leisten - und der AG vergüten. Vgl. etwa BAG NZA 1995, 958.

¹⁷⁶ BAG NZA 1997, 393.

In diesen Fällen ist nach der Rspr. des BAG¹⁷⁷ zu differenzieren:

Die AN des U *tragen* hier das Arbeitskampsrisiko, wenn die Fernwirkung Einfluss haben kann auf die Kampfparität der Tarifvertragsparteien. Das ist etwa der Fall, wenn die Betriebe demselben Arbeitgeber-Verband angehören oder verschiedene Betriebe desselben Konzerns betroffen sind.

Exkurs: Streik

Das wichtigste Instrument zur Regelung der kollektiven Arbeitsbedingungen ist der Tarifvertrag. Damit die Verbesserung der Arbeitsbedingungen nicht allein vom Willen der AG-Seite abhängig ist, steht der AN-Seite ein Druckmittel zur Verfügung, um den Abschluss von Tarifverträgen notfalls zu erzwingen - der Streik.

Der (rechtmäßige) Streik ist grundgesetzlich geschützt - das ergibt sich aus Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG, der den Arbeitskampf insgesamt grundgesetzlich garantiert.

Begrifflich liegt ein Streik vor, wenn

- eine größere Zahl von Arbeitnehmern
- gemeinsam und planmäßig
- vorübergehend die Arbeit niederlegt
- um ein bestimmtes Ziel zu erreichen (idR eine Verbesserung der Lohn- und Arbeitsbedingungen)

Wann ist ein Streik rechtmäßig?

- Er darf nicht während der tariflichen Friedenspflicht stattfinden
- Das Streikziel muss Gegenstand eines Tarifvertrags sein können. Streikgegner muss daher der soziale Gegenspieler sein (= der AG-Verband / der Einzel-AG).
- Der Streik muss von einer Gewerkschaft durchgeführt sein (keine „wilden“ Streiks)
- Verhältnismäßigkeit bzgl. des „ob“
Vor dem Streik müssen alle zumutbaren Verhandlungsmöglichkeiten gescheitert sein (einschließlich eines vorgesehenen Schlichtungsverfahrens).
- Verhältnismäßigkeit bzgl. des „wie“
Nur geeignete und notwendige Maßnahmen dürfen eingesetzt werden zur Erreichung des Streikziels.

Rechtsfolgen eines rechtswidrigen Streiks?

- Der AN hat keinen Anspruch auf Vergütung, § 326 Abs. 1 BGB
- Abmahnung wegen Arbeitsverweigerung
- Kündigung, wenn der AN trotz Abmahnung weiter am rw. Streik teilnimmt
- Vertragliche (§§ 280, 283 BGB) Schadensersatzansprüche, deliktische Schadensersatzansprüche (§ 823 Abs. 1 BGB - wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb).

¹⁷⁷ Vgl. etwa BAG NZA 1997, 214.

H. Haftung des Arbeitnehmers für Schäden

Verletzt der AN seine arbeitsvertraglichen Pflichten (z.B. seine Pflicht zu sorgfältiger Arbeit oder eine Treuepflicht), so ist er dem AG grundsätzlich zum Ersatz des diesem entstandenen Schadens verpflichtet.

Leider kann dieses wichtige Thema aus Zeitgründen im Grundstudium ab dem SS 2018 nicht mehr behandelt werden. Der Senat hat es in seiner Sitzung am 25.01.2017 abgelehnt, der Vorlesung Arbeitsrecht mehr Vorlesungsstunden einzuräumen – entgegen der Empfehlung der AG Studienreform. In der Vertiefung POK (in der dortigen Vorlesung Personalrecht) wird das Thema „Haftung“ aber weiterhin gelehrt.