Bundesministerium
des Innern
und für Heimat

Grundlagen des TVöD

von

RD Dr. iur. Alexander Block, LL.M.

1. Auflage 2022

Vorwort

Im Rahmen der Modernisierung von Staat und Verwaltung ist die Reform des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes als einer der Schwerpunkte anzusehen. Seit dem 01.01.2005 gilt für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes beim Bund und in den Kommunen ein neues Tarifrecht. Der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) ist ein Vertrag, der einheitlich für Angestellte und Arbeiter in den Tarifgebieten Ost und West zur Anwendung kommt. Der TVöD hat in Ablösung der vorangegangenen Tarifverträge Bundesangestelltentarifvertrag (BAT/-O), Bundesmanteltarifverträge für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G/-O) bzw. Arbeiter des Bundes und der Länder (MTArb/-O) das Tarifrecht für den öffentlichen Dienst grundlegend reformiert. Für die Arbeitnehmer der Länder ist mit Wirkung vom 01.11.2006 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) in Kraft getreten, der in großen Teilen mit dem TVöD identisch ist.

Durch den TVöD als auch den TV-L wurde ein modernes, leistungsgerechtes, flexibles und einheitliches Tarifrecht für Beschäftigte im öffentlichen Dienst geschaffen. Im Mittelpunkt des neuen Tarifrechts stehen das veränderte Entgeltsystem und die Bestimmungen zur Flexibilisierung der Arbeitszeiten. Leistungsfremde Aspekte, wie das Alimentationsprinzip, wurden abgeschafft. Lebensaltersstufen, familienbezogene Bestandteile oder Bewährungs- und Fallgruppenaufstiege spielen keine Rolle mehr. Es erfolgt die Hinwendung zu leistungsbezogenen Bezahlungselementen. Das Fortkommen in den Entwicklungsstufen ist von den Leistungen des Beschäftigten abhängig. Liegen sie über dem Durchschnitt führt dies zu einem schnelleren Aufstieg in den Entwicklungsstufen und damit zu einem höheren Entgelt. Zusätzliche Leistungsanreize in Form von Leistungsprämien und Leistungszulagen ergänzen die leistungsorientierte Bezahlung. Das neue Tarifrecht ermöglicht zudem ein hohes Maß an Flexibilisierung der Arbeitszeit. Darüber hinaus wurde durch Einführung einer neuen Entgeltgruppe mit einem niedrigen Bezahlniveau den öffentlichen Arbeitgebern ein Instrument an die Hand gegeben, um im Wettbewerb mit privaten Anbietern bestehen zu können.

Schließlich haben der Bund und die Gewerkschaften nach langjährigen Verhandlungen das Eingruppierungsrecht des Bundes novelliert und die im TVöD bisher nicht belegten § 12 TVöD (Bund) sowie den Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes vom 05.09.2013 (TV EntgO Bund) vereinbart. Mit dem Tarifvertrag zur Entgeltordnung wurde der letzte große noch in Verhandlung befindliche Regelungskomplex des 2003 begonnenen Reformprozesses zum Abschluss gebracht.

Nun ein paar Worte zum Inhalt und zur Darstellung des Stoffes. Die vorliegende Arbeitshilfe zum BAköV Grundseminar "Grundlagen des TVöD“ führt die Seminarteilnehmer in das Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes ein. Nach der Lektüre des Studienbriefs sollen die Seminarteilnehmer in der Lage sein, rechtliche Fragen der Arbeitsverhältnisse der Tarifbeschäftigten des Bundes anhand der Vorschriften des TVöD zutreffend zu beurteilen sowie praxisgerechte Lösungen zu arbeits- und tarifrechtlichen Fragestellungen zu erarbeiten. Der Studienbrief ist in vier Teile untergliedert.

In Teil I „Einführung“ werden die Grundlagen des Tarifvertragsrechts erläutert und die wesentlichen Inhalte des TVöD wiedergeben. Teil II „Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst – Allgemeiner Teil“ bildet den Schwerpunkt des Studienbriefs. Die Darstellung orientiert sich dabei am Aufbau des TVöD Bund. Zunächst werden die Allgemeinen Vorschriften, die grundsätzliche Regelungen über das Arbeitsverhältnis treffen, erläutert. Daran anschließend wird eines der Kernthemen bei den Verhandlungen des TVöD, nämlich die Arbeitszeitregelungen dargestellt. Im folgenden Teilabschnitt wird die Systematik des tariflichen Entgeltrechts überblicksartig dargestellt. Im Anschluss daran werden die Grundlagen des Einstufungsrechts und das System der leistungsbezogenen Bezahlung (LOB) des TVöD näher beschrieben. Im Fortgang werden die Anspruchsvoraussetzungen, die Höhe und die Dauer des Entgeltfortzahlungsanspruchs der Tarifbeschäftigten im Krankheitsfall näher erläutert. Im folgenden Teilabschnitt werden die Voraussetzungen, der Inhalt und die Dauer des Anspruchs auf Erholungsurlaub nach der Tarifnorm und dem Bundesurlaubsgesetzes dargestellt. Ferner werden die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der Übertragung, des Verfalls und der Urlaubsabgeltung herausgearbeitet. Anschließend wird auf die Befristung von Arbeitsverhältnissen anhand der arbeitsrechtlichen und tariflichen Regelungen eingegangen. Im Fortgang werden die Beendigungsmöglichkeiten des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung erklärt. Auf die Beendigung des

Arbeitsverhältnisses durch ordentliche und außerordentliche Kündigung wird nur kurz hingewiesen. Der zweite Teil endet mit Ausführungen zu den tariflichen Ausschlussfristen und zu den Übergangsvorschriften. Teil III „Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst – Besonderer Teil Verwaltung“ gibt einen kurzen Überblick über den TVöD – Besonderer Teil Verwaltung. Der abschließende Teil IV „Arbeitskampf der Tarifbeschäftigten“ widmet sich dem Arbeitskampfrecht der Tarifbeschäftigten, insbesondere wird der Streik als Arbeitskampfmittel der Beschäftigten kurz erläutert.

Zu Beginn eines jeden Teils bzw. Teilabschnitts werden die zu erreichenden Lernziele klar definiert. Der jeweilige Themenkomplex wird sodann anhand der Tarifnorm und unter Anbringung von Beispielen erläutert. Auf die einschlägigen Rundschreiben des Bundesministeriums des Inneren zum TVöD wird hingewiesen und näher eingegangen. Um den Seminarteilnehmer Gelegenheit zu geben, zu überprüfen, was von dem zuvor in der Lehrveranstaltung bzw. im Wege des Selbststudiums Erarbeiteten im Gedächtnis haften geblieben ist, werden Stoffgliederungsübersichten, Merksätze, Definitionen und Schemata am Ende von (Teil-)Abschnitten dargeboten.

Die Arbeitshilfe berücksichtigt die Entwicklungen des Tarifrechts in Rechtsprechung, Literatur und BMI-Rundschreiben bis Ende Dezember 2021.

RDir. Dr. iur. Alexander Block, LL.M.

Brühl, im Januar 2022

Inhaltsübersicht

VORWORT ..... **I**

INHALTSÜBERSICHT ..... **III**

INHALTSVERZEICHNIS ..... **V**

LITERATURVERZEICHNIS ..... **XXI**

TEIL I EINFÜHRUNG **1**

A. Grundlagen des Tarifvertragsrechts 1
I. Allgemeines *1*
II. Abschluss und Beendigung von Tarifverträgen *4*
III. Rechtsnatur und Arten *6*
IV. Inhalt von Tarifverträgen *7*
V. Wirkung von tariflichen Regelungen *8*
VI. Bindung an den Tarifvertrag *8*
VII. Zur normativen Geltung von Tarifverträgen *10*
VIII. Das Tarifeinheitsgesetz *12*
B. Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst – Überblick 14
I. Allgemeines *14*
II. Regelungskonzept des TVöD *15*
III. Arbeitnehmerbegriff des TVöD *17*
IV. Tarifvertragsparteien *17*
V. Tarifgebundenheit nach dem TVöD *17*
C. Aktuelle Entwicklung des Tarifrechts – Tarifeinigung 2020 19
I. Überblick *19*
II. Einzelheiten *19*

TEIL II TARIFVERTRAG FÜR DEN ÖFFENTLICHEN DIENST – ALLGEMEINER TEIL **21**

A. Allgemeine Vorschriften 21
I. Geltungsbereich (§ 1 TVöD) *21*
II. Arbeitsvertrag, Nebenabreden, Probezeit (§ 2 TVöD) *29*
III. Allgemeine Arbeitsbedingungen (§ 3 TVöD) *66*
IV. Versetzung, Abordnung, Zuweisung, Personalgestellung (§ 4 TVöD) *93*
V. Qualifizierung (§ 5 TVöD) *108*
B. Arbeitszeit 111
I. Regelmäßige Arbeitszeit (§ 6 TVöD) *111*
II. Sonderformen der Arbeit (§ 7 TVöD) *121*
III. Teilzeitbeschäftigung *136*
C. Eingruppierung 157
I. Einführung *157*
II. Grundlagen der Eingruppierung *158*
III. Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund) *167*
D. Entgelt und sonstige Leistungen 171
I. Tabellenentgelt (§ 15 TVöD) *171*
II. Stufen der Entgelttabelle (§ 16 TVöD) *173*
III. Stufenaufstieg (§ 17 TVöD) *201*
IV. Leistungsbezogenes Entgelt (§ 18 TVöD) *208*

V. Jahressonderzahlung (§ 20 TVöD) ... *219*
E. Entgelt im Krankheitsfall ... 225
I. Grundsätzliches zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 22 TVöD) ... *225*
II. Anspruchsvoraussetzungen ... *225*
III. Höhe der Entgeltfortzahlungen ... *229*
IV. Dauer der Entgeltfortzahlung ... *230*
V. Bezug, Höhe und Dauer des Krankengeldzuschusses ... *231*
VI. Wiederholungserkrankungen ... *233*
VII. Verweigerung der Entgeltfortzahlung ... *235*
VIII. Stufenweise Wiedereingliederung bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit ... *237*
IX. Betriebliches Eingliederungsmanagement ... *238*
X. Beamtenrechtlicher Exkurs ... *238*
F. Urlaub und Arbeitsbefreiung ... 239
I. Erholungsurlaub (§ 26 TVöD) ... *239*
II. Sonderurlaub (§ 28 TVöD) ... *269*
III. Arbeitsbefreiung (§ 29 TVöD) ... *270*
IV. Außertarifliche Arbeitsbefreiung ... *274*
G. Befristung des Arbeitsverhältnisses ... 277
I. Allgemeines ... *277*
II. Befristung nach dem TzBfG ... *279*
III. Das tarifliche Sonderbefristungsrecht ... *308*
IV. Befristung nach dem Wissenschaftszeitgesetz ... *311*
V. Beamtenrechtlicher Exkurs ... *314*
VI. Führung auf Probe und Führung auf Zeit ... *314*
H. Beendigung des Arbeitsverhältnisses ... 319
I. Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung (§ 33 TVöD) ... *319*
II. Kündigung des Arbeitsverhältnisses (§ 34 TVöD) ... *323*
III. Zeugnis (§ 35 TVöD) ... *333*
I. Übergangs- und Schlussbestimmungen ... 335
I. Ausschlussfristen (§ 37 TVöD) ... *335*
II. Begriffsbestimmungen (§ 38 TVöD) ... *344*
III. Übergangsvorschriften (§ 38a TVöD) ... *345*
IV. In-Kraft-Treten, Laufzeit (§ 39 TVöD) ... *345*

TEIL III ARBEITSKAMPF DER TARIFBESCHÄFTIGTEN ... 346

I. Allgemeines ... *346*
II. Funktion des Arbeitskampfes ... *346*
III. Rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen ... *346*
IV. Einleitung von Arbeitskampfmaßnahmen ... *347*
V. Streik als Arbeitskampfmittel ... *347*
VI. Besonderheiten im öffentlichen Dienst ... *348*

Inhaltsverzeichnis

VORWORT ..... **I**

INHALTSÜBERSICHT ..... **III**

INHALTSVERZEICHNIS ..... **V**

LITERATURVERZEICHNIS ..... **XXI**

TEIL I EINFÜHRUNG **1**

A. GRUNDLAGEN DES TARIFVERTRAGSRECHTS 1

I. Allgemeines *1*

1. Verfassungsrechtlicher Schutz der Tarifautonomie 1

2. Supranationaler und internationaler Schutz der Tarifautonomie 2

3. Funktionen des Tarifvertrags 2

a) Arbeitnehmerschutz und Friedensfunktion 2

b) Richtigkeitsgewähr 3

c) Ordnungsfunktion 3

d) Verteilungsfunktion und gesamtgesellschaftliche Aufgabe 3

II. Abschluss und Beendigung von Tarifverträgen *4*

1. Abschluss von Tarifverträgen 4

a) Parteien des Tarifvertrags 4

b) Vertragsschluss 4

c) Mängel des Tarifvertrags 4

d) Form des Tarifvertrags 4

2. Beendigung von Tarifverträgen 5

a) Befristung und Bedingung 5

b) Aufhebungs- und Änderungsvertrag 5

c) Kündigung des Tarifvertrags 5

d) Wegfall der Tarifvertragsparteien 6

III. Rechtsnatur und Arten *6*

1. Rechtsnatur 6

2. Arten 6

a) Getroffene Regelung 6

b) Geltungsbereich 7

IV. Inhalt von Tarifverträgen *7*

V. Wirkung von tariflichen Regelungen *8*

VI. Bindung an den Tarifvertrag *8*

1. Geltungsbereich 8

2. Tarifgebundenheit 8

a) Beiderseitige Tarifbindung 8

b) Einzelvertragliche Inbezugnahme 9

3. Beginn und Ende der Tarifgebundenheit 9

a) Beginn der Tarifgebundenheit 9

b) Ende der Tarifgebundenheit 9

VII. Zur normativen Geltung von Tarifverträgen *10*

1. Geltungsgrund beiderseitige Tarifgebundenheit 10

2. Die normative Wirkung als Mindestarbeitsbedingungen 10

3. Nachbindung nach Verbandsaustritt und Wechsel in den OT-Status 10

a) Nachbindung nach Verbandsaustritt 10

b) Nachwirkung 11

c) Wechsel in OT-Mitgliedschaft 11

VIII. Das Tarifeinheitsgesetz ... *12*
1. Regelungsinhalt ... 12
2. Kritik ... 13
B. Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst – Überblick ... 14
I. Allgemeines ... *14*
II. Regelungskonzept des TVöD ... *15*
1. Allgemeiner Teil ... 15
2. Besonderer Teil ... 15
3. Überblick über die Regelungen TVöD BT-V ... 15
a) Allgemeine Vorschriften ... 15
b) Sonderregelungen (Bund) ... 16
III. Arbeitnehmerbegriff des TVöD ... *17*
IV. Tarifvertragsparteien ... *17*
1. Arbeitgeberseite ... 17
2. Arbeitnehmerseite ... 17
V. Tarifgebundenheit nach dem TVöD ... *17*
C. Aktuelle Entwicklung des Tarifrechts – Tarifeinigung 2020 ... 19
I. Überblick ... *19*
II. Einzelheiten ... *19*
1. Entgelterhöhung ... 19
2. Auszubildende und Praktikanten ... 19
3. Die Studienentgelte werden ... 19
4. Weitere Entgelterhöhung ... 19
5. Verlängerung der Altersteilzeit und des FALTER-Arbeitszeitmodells ... 20
6. Übernahme von Auszubildenden ... 20
7. Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung ... 20
8. Corona-Sonderzahlung und Sonderprämie ... 20

TEIL II TARIFVERTRAG FÜR DEN ÖFFENTLICHEN DIENST – ALLGEMEINER TEIL ... 21

A. Allgemeine Vorschriften ... 21
I. Geltungsbereich (§ 1 TVöD) ... *21*
1. Zeitlicher Geltungsbereich ... 21
2. Räumlicher Geltungsbereich ... 22
3. Betrieblicher Geltungsbereich ... 23
4. Persönlicher Geltungsbereich ... 25
a) Tarifvertragsparteien ... 25
b) Nicht tarifgebundene Arbeitgeber ... 25
5. Ausnahmen vom Geltungsbereich (§ 1 II TVöD) ... 26
a) § 1 II Buchstabe a TVöD ... 26
b) § 1 II Buchstabe b TVöD ... 26
c) § 1 II Buchst. c TVöD ... 26
d) § 1 II Buchstabe h TVöD ... 27
e) § 1 II Buchstabe i TVöD ... 27
f) § 1 II Buchstabe l TVöD ... 27
g) § 1 II Buchstabe m TVöD ... 27
h) § 1 II Buchstabe s TVöD ... 28
II. Arbeitsvertrag, Nebenabreden, Probezeit (§ 2 TVöD) ... *29*
1. Begriff des Arbeitsvertrags (§ 2 I TVöD) ... 29
2. Gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs ... 30
3. Anbahnung und Abschluss des Arbeitsvertrags ... 30
a) Ausschreibung und Aufstellung eines Anforderungsprofils ... 30
aa) Ausschreibung ... 30

(1) Besteht eine arbeitsrechtliche Ausschreibungspflicht? ... 31
(a) Externe Ausschreibung ... 31
(b) Interne Ausschreibung ... 31
(c) Stellenausschreibungspflicht ... 31
(2) Besteht eine statusübergreifende Ausschreibungspflicht? ... 32
(3) Bewerbungsfristen als Ausschlussfristen? ... 32
bb) Anforderungsprofil ... 33
(1) Allgemeines zum Anforderungsprofil im öffentlichen Dienst ... 33
(2) Beispiele aus der Rechtsprechung ... 34
(a) Konkurrentenklage – Anforderungsprofil ... 34
(b) Anspruch auf Teilnahme an einem Stellenbesetzungsverfahren im öffentlichen Dienst ... 34
(3) Auswirkungen auf die Praxis ... 35
(4) Zusammenfassung ... 35
(5) Dokumentationspflicht des öffentlichen Arbeitgebers im Stellenbesetzungsverfahren ... 36
cc) Arbeitsrechtliche Konkurrentenklage ... 36
(1) Bewerbungsverfahrensanspruch ... 36
(2) Auswahlverfahren und Anforderungsprofil ... 37
(3) Vereitlung des Rechtschutzes ... 37
(4) Schadensersatzanspruch ... 38
(5) Exkurs: Abbruch des Auswahlverfahrens ... 39
b) Diskriminierungsfreie Ausschreibung und Formulierung des Anforderungsprofils ... 39
aa) Ausschreibung eines Arbeitsplatzes ... 39
bb) Benachteiligungsfreien Ausschreibung ... 40
(1) Unmittelbare Benachteiligungen ... 40
(a) Alter ... 40
(b) Rasse/ der ethnischen Herkunft ... 41
(c) Geschlecht/ sexuelle Identität ... 41
(d) Religion/Weltanschauung ... 42
(2) Mittelbare Benachteiligungen ... 42
(a) Berufseinsteiger ... 42
(b) Hochschulabsolventen/Young Professionals ... 42
(c) Behinderung ... 43
(d) Sprache ... 43
cc) Rechtfertigung für diskriminierende Ausschreibung ... 43
dd) Rechtsfolgen ... 43
ee) Formulierung des Anforderungsprofils ... 44
c) Vorgabe des Bundesgleichstellungsgesetzes (BGleiG) ... 44
aa) Geschlechtsneutrale Ausschreibung, auch in Teilzeit ... 44
bb) Unterrepräsentanz ... 45
cc) Anforderungs- und Qualifikationsprofil ... 46
d) Einladung schwerbehinderter Menschen und Meldepflicht ... 46
aa) Beschäftigungspflicht ... 46
bb) Tatbestandsvoraussetzungen ... 46
(1) Öffentliche Arbeitgeber ... 47
(2) Meldepflicht des öffentlichen Arbeitgebers ... 47
(3) Einladung zum Vorstellungsgespräch ... 48
(a) Einladung ... 48
(b) Einladungspflicht eines externen schwerbehinderten Bewerbers bei einer internen Stellenausschreibung? ... 49
(c) Offensichtliches Fehlen der Eignung ... 50
cc) Praxistipp ... 52
4. Beteiligung des Betriebs- oder Personalrats oder der Schwerbehindertenvertretung ... 52
a) Beteiligung des Betriebsrats ... 52
b) Beteiligung des Personalrats ... 53

c) Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ... 54
d) Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten ... 55
5. Schriftform des Arbeitsvertrags ... 55
a) Anforderungen an die Schriftform ... 55
b) Nachweisgesetz ... 56
aa) Vorgaben des Nachweisgesetzes ... 56
bb) Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Nachweisgesetz ... 57
6. Mehrere Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber (§ 2 II TVöD) ... 57
7. Nebenabreden (§ 2 III TVöD) ... 58
8. Probezeit (§ 2 IV TVöD) ... 58
a) Allgemeines (Länge der Probezeit) ... 58
b) Zweck der Probezeit ... 59
c) Berechnung der Probezeit ... 59
d) Geltungsbereich der Probezeit ... 60
aa) Neueinstellungen ... 60
bb) Übernahme von Ausbildungskräften ... 60
e) Verzicht auf Probezeit oder deren Kürzung ... 60
f) Verlängerung der Probezeit ... 61
g) Kündigung während der Probezeit ... 62
aa) Allgemeines ... 62
bb) Besonderer Kündigungsschutz während der Probezeit ... 63
cc) Probezeitverlängerung bei Nichtbewährung ... 63
9. Arbeitsvertragsmuster ... 64
aa) Arbeits- und Ausbildungsvertragsmuster ... 64
bb) Abschluss von Arbeits- und Dienstverträgen unter Vereinbarung eines außertariflichen Entgelts ... 65
10. Beamtenrechtlicher Exkurs ... 65
III. Allgemeine Arbeitsbedingungen (§ 3 TVöD) ... 66
1. Verschwiegenheitspflicht ... 66
a) Allgemeines ... 66
b) Gegenstand der Schweigepflicht ... 66
aa) Gesetzliche Schweigepflicht ... 67
bb) Weisungen des Arbeitgebers ... 67
c) Inhalt der Schweigepflicht ... 68
d) Folgen eines Verstoßes ... 69
2. Verbot der Annahme von Vergünstigungen ... 69
a) Allgemeines ... 69
b) Belohnungen, Geschenke, Provisionen und sonstige Vergünstigungen ... 70
aa) Belohnung und Geschenke ... 70
bb) Provision und sonstige Vergünstigungen ... 70
c) Bezug zur dienstlichen Tätigkeit ... 71
d) Zustimmung des Arbeitgebers ... 71
aa) Stillschweigend erteilte Zustimmung ... 71
bb) Ausdrücklich erteilte Zustimmung ... 73
cc) Erteilung der Zustimmung ... 73
e) Anzeigepflicht ... 73
f) Folgen eines Verstoßes ... 73
3. Regelung zu Nebentätigkeiten ... 74
a) Allgemeines ... 74
b) Recht auf Nebentätigkeit ... 74
c) Nebentätigkeit gegen Entgelt und Anzeige ... 75
d) Untersagung der Nebentätigkeit bzw. Versehen mit Auflagen ... 76
e) Untersagung nach Aufnahme einer entgeltlichen Nebentätigkeit ... 78
f) Ablieferungspflicht ... 78

g) Folgen eines Verstoßes gegen die Anzeigepflicht und Beteiligung des Personalrats ... 79
4. Ärztliche Untersuchung ... 79
a) Einstellungsuntersuchung ... 79
aa) Allgemeines ... 79
bb) Folgen der Nichtvornahme der Untersuchung ... 80
b) Untersuchungen nach Einstellung ... 80
aa) Allgemeines ... 80
bb) Voraussetzungen ... 81
cc) Untersuchungsgegenstand ... 81
dd) Beauftragter Arzt ... 82
ee) Folgen der Nichtvorlage eine ärztliche Bescheinigung ... 83
c) Beschäftigtentestung nach IfSG ... 83
5. Personalakten ... 83
a) Allgemeines ... 83
b) Begriff der Personalakte ... 84
aa) Personalakte im formellen Sinne ... 85
bb) Personalakte im materiellen Sinne ... 85
c) Inhalt der Personalakte ... 86
d) Führung von Personalakten ... 87
aa) Grundsatz der Vertraulichkeit ... 87
bb) Kontinuitäts- und Vollständigkeitsgrundsatz ... 87
cc) Führung und Aufbewahrung ... 88
dd) Aufbewahrungsdauer und Vernichtung ... 88
e) Einsichtnahme in die Personalakte ... 88
aa) Einsichtsrecht der Beschäftigten ... 88
bb) Einsichtsrecht Dritter und Auskunft ... 89
f) Sonstige Rechte aus der Führung von Personalakten ... 89
aa) Anhörung ... 89
bb) Recht auf Gegendarstellung ... 89
cc) Recht auf Entfernung ... 90
g) Die elektronische Personalakte ... 90
6. Schadenshaftung der Beschäftigten ... 91
IV. Versetzung, Abordnung, Zuweisung, Personalgestellung (§ 4 TVöD) ... 93
1. Allgemeines ... 93
2. Instrumente der Personalgestaltung im Einzelnen ... 94
a) Abordnung und Versetzung ... 94
b) Zuweisung ... 99
c) Personalgestellung ... 101
d) Umsetzung ... 104
3. Abgrenzung der Instrumente ... 105
4. Aktuelle Anwendungsfälle ... 105
a) Rundschreiben vom 17. Dezember 2020 ... 105
b) Rundschreiben vom 15. September 2021 ... 106
5. Beteiligung der Mitarbeitervertretungen ... 106
a) Personalrat ... 106
b) Betriebsrat ... 107
c) Sonstige Mitarbeitervertretungen ... 108
6. Beamtenrechtlicher Exkurs ... 108
V. Qualifizierung (§ 5 TVöD) ... 108
1. Allgemeines ... 108
2. Duale Studiengänge und Masterstudiengänge ... 109
3. Qualifizierung nach dem Digitalisierungstarifvertrag (DigiTV) ... 109
B. ARBEITSZEIT ... 111

I. Regelmäßige Arbeitszeit (§ 6 TVöD) ... 111
1. Allgemeines ... 111
2. Öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften ... 111
3. Umfang der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ... 112
a) Arbeitszeitgesetz ... 112
b) Tarifrechtliche Vorgaben ... 112
c) Beamtenrechtliche Regelung ... 114
4. Verteilung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit (Arbeitstagestruktur) ... 114
5. Verteilung der Pausen ... 114
6. Arbeitszeit an Vorfesttagen ... 116
7. Feiertagsregelung bei dienstplanmäßiger Arbeit ... 116
8. Beginn und Ende der Arbeitszeit ... 116
a) Allgemeines ... 116
b) Beteiligung der Beschäftigtenvertretung und sonstiger Vertretungen ... 117
9. Verpflichtung zur Sonderform der Arbeit ... 117
a) Vollzeitbeschäftigte ... 117
b) Teilzeitbeschäftigte ... 118
10. Öffnungsklausel des ArbZG ... 118
11. Arbeitszeitkorridor und Rahmenzeit ... 118
a) Arbeitszeitkorridor ... 118
b) Rahmenzeit ... 119
12. Gleitzeit ... 120
II. Sonderformen der Arbeit (§ 7 TVöD) ... 121
1. Allgemeines ... 121
2. Bereitschaftsdienst ... 122
3. Rufbereitschaft ... 122
4. Bereitschaftszeit ... 123
a) Allgemeines zur Bereitschaftszeit ... 123
b) Rechtsfolgen der Bereitschaftszeit ... 124
aa) Tarifliche Höchstarbeitszeit ... 124
bb) Entgelt und Zeitzuschläge ... 124
5. Überstunden ... 125
a) Allgemeines ... 125
b) Überstunden in Gleitzeit ... 125
c) Überschreitung der festgesetzten Arbeitszeiten ... 125
d) Anordnung durch den Arbeitgeber ... 126
e) Verhinderung zuschlagspflichtiger Überstunden durch Arbeitszeitverkürzung ... 126
f) Freizeitausgleich und Überstundenzeitzuschlag ... 127
aa) Allgemeines ... 127
bb) Zeitgutschrift bei Arbeitsunfähigkeit ... 128
g) Umwandlung des Freizeitausgleichs in einen Geldanspruch (= Überstundenentgelt) ... 128
h) Mitbestimmung ... 129
i) Überstundenzeitzuschlag und Überstundenentgelt ... 129
6. Mehrarbeit ... 131
a) Allgemeines ... 131
b) Überstundenzeitzuschläge für Mehrarbeit? ... 132
7. Abweichende Überstundenregelungen ... 133
a) Allgemeines ... 133
b) Arbeitszeitkorridor ... 134
c) Rahmenzeit ... 134
8. Arbeitszeitkonten ... 134
9. Besondere Regelungen für die Sparte Verwaltung ... 135
10. Beamtenrechtlicher Exkurs ... 135

III. Teilzeitbeschäftigung ... *136*
1. Vorbemerkung ... 136
2. Rechtsgrundlagen der Teilzeitarbeit ... 136
3. Allgemeiner Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG ... 136
a) Kurzcharakteristika ... 136
b) Persönliche und betriebliche Voraussetzungen ... 136
aa) Wartezeit ... 136
bb) Beschäftigtenzahl ... 137
c) Verfahrensvoraussetzungen ... 137
aa) Ankündigungsfrist ... 137
bb) Verhandlungsobliegenheit ... 137
cc) Anspruchsgegenstand und Inhalt des Arbeitszeitantrags ... 138
dd) Ablehnung und gesetzliche Fiktion ... 138
ee) Gerichtliche Geltendmachung ... 139
ff) Entgegenstehende betriebliche Gründe? ... 139
gg) Einzelheiten zum betrieblichen Grund ... 140
d) Verlängerung der Arbeitszeit, § 9 TzBfG ... 141
e) Verhältnis des § 8 TzBfG zu anderen Teilzeitansprüchen ... 141
aa) Elternteilzeit ... 141
bb) Tarifliche Teilzeitregelung ... 142
4. Tarifliche (familienbedingte) Teilzeitbeschäftigung nach § 11 TVöD ... 142
a) Herabsetzung der Arbeitszeit nach § 11 I TVöD ... 143
aa) Voraussetzungen des Teilzeitanspruchs ... 143
bb) Entgegenstehende dringende dienstliche bzw. betriebliche Belange ... 144
cc) Verteilung der reduzierten Arbeitszeit ... 145
dd) Umfang und Dauer der nach § 11 I TVöD beantragten Teilzeittätigkeit ... 146
b) Erörterungsanspruch ... 146
c) Bevorzugte Berücksichtigung bei späterer Besetzung eines Vollzeitarbeitsplatzes ... 146
d) Rechtsfolgen der Teilzeitbeschäftigung ... 146
aa) Arbeitszeitverringerung ... 147
bb) Auswirkung der Verringerung der Arbeitszeit ... 148
(1) Entgelt ... 148
(2) Überstunden/Mehrarbeit ... 149
(3) Erholungsurlaub ... 149
(4) Betriebliche Altersvorsorge ... 149
cc) Beschäftigungszeit ... 150
dd) Kündigungsschutz ... 150
5. Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrecht ... 150
a) Einführung einer Brückenteilzeit ... 150
b) Verteilung der Beweislast ... 151
6. Elternteilzeitanspruch, nach § 15 BEEG ... 151
a) Verknüpfung von Elternzeit und Elternteilzeit ... 152
b) Anspruchsvoraussetzungen für die Verringerung der Arbeitszeit ... 152
aa) Beschäftigtenzahl ... 153
bb) Wartezeit ... 153
cc) Dauer und Umfang der Verringerung ... 153
dd) Entgegenstehende dringende betriebliche Gründe? ... 153
ee) Ankündigungsfrist ... 153
ff) Reaktion des Arbeitgebers ... 154
c) Großelternteilzeit ... 155
d) Verhältnis zu anderen Teilzeitansprüchen ... 155
7. Teilzeitbeschäftigung als Familienpflegezeit ... 155
8. Beamtenrechtlicher Exkurs ... 156

C. EINGRUPPIERUNG ... 157
I. Einführung ... 157
1. Neues Eingruppierungsrecht ... 157
2. Überblick und Gliederung ... 158
II. Grundlagen der Eingruppierung ... 158
1. Allgemeines ... 158
2. Eingruppierungsgrundsätze im TVöD ... 159
a) Grundsatz der Tarifautomatik ... 159
b) Bildung von Arbeitsvorgängen ... 161
c) Aufspaltungsverbot ... 162
d) Hälfte-Grundsatz (Zeitlicher Anteil) ... 163
e) Auszuübende Tätigkeit ... 163
aa) Dauerhaft zugewiesene Tätigkeit ... 163
bb) Änderung der Arbeitsinhalte ... 164
f) Abschließende Gesamtbewertung (Mischtätigkeiten) ... 165
3. Eingruppierung in besonderen Fällen § 13 TVöD ... 165
a) Allgemeines ... 165
b) Voraussetzungen ... 165
4. Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit ... 166
a) Allgemeines ... 166
b) Anwendungsfälle ... 166
5. Mitbestimmung ... 167
III. Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund) ... 167
1. Überblick ... 167
2. Allgemeine Tätigkeitsmerkmale für den Verwaltungsdienst (TV EntgO Bund Anlage A, Teil I) ... 168
a) Aufbau der Eingruppierungsmerkmale des Teils I ... 168
b) Baukastenprinzip und Heraushebungsmerkmale ... 170
D. ENTGELT UND SONSTIGE LEISTUNGEN ... 171
I. Tabellenentgelt (§ 15 TVöD) ... 171
1. Allgemeines ... 171
2. Höhe des Tabellenentgelts ... 171
3. Neuregelung der Entgelte durch Tarifeinigung 2020 ... 172
4. Regelungen zum Entgelt bei Freistellung/Arbeitsbefreiung im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie ... 173
II. Stufen der Entgelttabelle (§ 16 TVöD) ... 173
1. Neuregelung des Einstufungsrechts ... 173
a) Strukturelle Änderungen des Einstufungsrechts ... 173
b) Stufenprüfung und –zuordnung bei Neueinstellungen (2019) ... 174
2. Anzahl der Stufen in den Entgeltgruppen (Abs. 1) ... 174
3. Stufenzuordnung bei Einstellungen (Abs. 2 und 3) ... 175
a) Grundlagen des Stufenrechts ... 175
aa) Berufserfahrung ... 175
bb) Beschäftigungszeit ... 175
b) Stufenzuordnung bei Einstellung in die EG 2-15 (Absatz 2) ... 176
aa) Einstellung ... 176
bb) Zuordnung zur Stufe 1 (Satz 1) ... 176
cc) Zuordnung zur Stufe 2 und Stufe 3 (Satz 2) ... 177
(1) Anspruchsvoraussetzung – Einschlägige Berufserfahrung ... 177
(a) Gleichartigkeit der beiden Tätigkeiten ... 177
(b) Eingruppierungsrechtliche Gleichwertigkeit der vorherigen Tätigkeit ... 177
(c) Vorhergehende berufliche Tätigkeit ... 178
(d) Vollzeit/Teilzeit, mehrere berufliche Tätigkeiten ... 180
(e) Berücksichtigung einschlägiger Berufserfahrung im Anwendungsbereich des Unionsrechts nach Art. 45 AEUV ... 180

(f) Zusammenfassung einschlägige Berufserfahrung ... 181
(2) Keine schädliche Unterbrechung ... 181
(3) Rechtsfolge ... 181
dd) Stufenzuordnung bei Anerkennung förderlicher Zeiten (§ 16 II 3 TVöD) ... 182
(1) Voraussetzungen ... 182
(a) Förderliche Zeiten ... 183
(b) Deckung des Personalbedarfs ... 184
(2) Rechtsfolge ... 184
(3) Zusammenfassung „Anrechnung förderlicher Zeiten“ ... 186
4. Stufenzuordnung bei befristeten Arbeitsverhältnissen ... 186
a) Stufenzuordnung bei horizontaler Wiedereinstellung ... 186
aa) Anspruchsvoraussetzungen ... 187
(1) Unmittelbarer Anschluss ... 187
(2) Arbeitsverhältnis zum Bund ... 187
(3) Einschlägige Berufserfahrung (Gleichwertigkeit) ... 188
bb) Rechtsfolge ... 188
b) Stufenzuordnung bei vertikaler Wiedereinstellung ... 189
5. Anrechnung von Stufenlaufzeiten bei einem anderen Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes (§ 16 III TVöD) ... 189
a) Anspruchsvoraussetzungen ... 189
aa) Im unmittelbaren Anschluss ... 189
bb) Vorheriger Arbeitgeber ... 189
cc) Gleichwertigkeit ... 190
b) Rechtsfolge ... 190
c) Wechsel innerhalb des Bundes ... 191
6. Stufenlaufzeiten ... 192
a) Allgemeines ... 192
aa) Ununterbrochene Beschäftigung ... 192
bb) Derselbe Arbeitgeber ... 192
cc) Dieselbe Entgeltgruppe ... 192
b) Stufenlaufzeiten im Einzelnen ... 193
7. Besonderheit der Stufenzuordnung in der Entgeltgruppe 1 (§ 16 V TVöD) ... 193
8. Zulage zur Gewinnung und Bindung von Fachkräften zur Deckung des Personalbedarfs ... 193
a) Tarifliche Maßnahmen ... 193
aa) Voraussetzung – Deckung des Personalbedarfs ... 194
bb) Rechtsfolge – Ermessen und Befristung ... 194
b) Übertarifliche Maßnahmen zur Gewinnung von Fachkräften auf dem Gebiet der Informationstechnik ... 195
aa) Übertarifliche IT-Fachkräftezulage ... 196
bb) Übertarifliche Vorweggewährung von Stufen ... 197
cc) Weitere Maßnahme ... 197
9. Inkrafttreten und Stufenzuordnung ... 197
10. Korrektur fehlerhafter Stufenzuordnung ... 198
a) Fehler bei der Rechtsanwendung tariflicher Vorgaben ... 198
b) Fehler bei der Ermessensausübung ... 198
11. Beteiligung der Betriebs- und Personalräte ... 198
12. Zusammenfassung Stufenzuordnung ... 200
13. Checkliste Stufenzuordnung ... 200
14. Beamtenrechtlicher Exkurs ... 201
III. Stufenaufstieg (§ 17 TVöD) ... 201
1. Allgemeines ... 201
2. Änderung der Stufen ... 201
3. Verkürzung oder Verlängerung der Stufenlaufzeiten unter Leistungsaspekten ... 201
4. Berücksichtigung von Zeiten bei der Berechnung der Stufenlaufzeit ... 202
a) Unschädliche Unterbrechungen ... 202

b) Schädliche Unterbrechungen ... 203
5. Höhergruppierung, dauerhafte ... 203
a) Allgemeines ... 203
b) Stufenzuordnung und Stufenlaufzeit bei Höhergruppierungen ... 204
c) Stufenzuordnung und Stufenlaufzeit bei Höhergruppierung im unmittelbaren Anschluss an eine vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit ... 204
aa) Regelfall ... 205
bb) Ausnahmefall ... 206
cc) Inkrafttreten ... 206
6. Herabgruppierung ... 207
a) Allgemeines ... 207
b) Stufenzuordnung bei Herabgruppierungen ... 207
7. Beamtenrechtlicher Exkurs ... 207
IV. Leistungsbezogenes Entgelt (§ 18 TVöD) ... 208
1. Einleitung ... 208
2. Reform der Leistungsbezahlung ... 209
3. Motive und Ziele des Leistungsentgelts ... 209
4. Neufassung des tariflichen Leistungsentgelts ... 210
a) Geltungsbereich ... 210
b) Tarifvertragliches Leistungsentgelt als Option ... 210
c) Volumen des tarifvertraglichen Leistungsentgelt ... 210
d) Einfluss des Leistungsentgelts auf arbeitsrechtliche Maßnahmen ... 211
e) Kein Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung ... 211
5. Verpflichtung zur Ausgestaltung nach dem LeistungsTV-Bund ... 212
a) Umsetzung nach LeistungsTV-Bund und Dienstvereinbarungen ... 212
b) Instrumente der Leistungsfeststellung ... 213
aa) Zielvereinbarung ... 213
bb) Systematische Leistungsbewertung ... 214
cc) Kombination ... 214
dd) Dokumentation ... 215
ee) Konfliktregelung und paritätische Kommission ... 215
c) Zum Leistungsentgelt ... 215
6. Übertarifliche Einführung eines Leistungsprämien- und Leistungszulagensystems ... 216
a) Leistungsprämien- und Leistungszulagensystems als Option ... 216
b) Geltungsbereich/Konkurrenzen ... 216
c) Budget/Vergabemöglichkeiten/Bemessung ... 218
aa) Budget ... 218
bb) Vergabemöglichkeit ... 218
cc) Vergabe an Teams ... 218
d) Leistungsentgelt nach § 18 TVöD oder übertarifliches Leistungsentgelt? ... 218
7. Zusammenfassung und beamtenrechtlicher Exkurs ... 219
V. Jahressonderzahlung (§ 20 TVöD) ... 219
1. Anspruchsvoraussetzungen ... 220
a) Berechtigter Personenkreis ... 220
b) Stichtag 1. Dezember ... 220
c) Vorangegangenes Arbeitsverhältnis ... 221
d) Vorangegangenes Ausbildungs-/Praktikantenverhältnis ... 221
e) Vorangegangenes Beamtenverhältnis (Statusgruppenwechsel) ... 221
2. Höhe der Jahressonderzahlung ... 222
a) Staffelung der Jahressonderzahlung ... 222
b) Bemessungsgrundlage ... 222
3. Verminderung der Jahressonderzahlung ... 223
4. Ausnahmen von der Zwölftelungsregelung ... 223

E. Entgelt im Krankheitsfall ... 225
I. Grundsätzliches zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 22 TVöD) ... 225
II. Anspruchsvoraussetzungen ... 225
1. Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ... 226
a) Krankheit ... 226
b) Arbeitsunfähigkeit ... 226
c) Ursächlichkeit ... 227
d) Covid-19-Quarantäne ... 227
2. Kein Verschulden des Beschäftigten ... 228
III. Höhe der Entgeltfortzahlungen ... 229
IV. Dauer der Entgeltfortzahlung ... 230
1. Beginn der Bezugsfrist ... 230
2. Neue Erkrankung ... 230
3. Leistungsende ... 231
V. Bezug, Höhe und Dauer des Krankengeldzuschusses ... 231
1. Bezug des Krankengeldzuschusses ... 231
2. Höhe des Krankengeldzuschusses ... 231
3. Dauer des Krankengeldzuschusses ... 232
4. Rückforderung überzahlten Krankengeldzuschusses ... 232
a) Forderungsübergang ... 232
b) Rückforderung von Überzahlungen bei öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungsansprüchen auf Rente ... 233
VI. Wiederholungserkrankungen ... 233
1. Aufeinanderfolge verschiedener Krankheiten ... 233
2. Fortsetzungserkrankung ... 234
VII. Verweigerung der Entgeltfortzahlung ... 235
1. Melde- und Nachweispflichten ... 235
a) Allgemeines ... 235
b) Vorlage einer AU –Bescheinigung am ersten Krankheitstag ... 236
2. Forderungsübergang bei Dritthaftung ... 236
VIII. Stufenweise Wiedereingliederung bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit ... 237
IX. Betriebliches Eingliederungsmanagement ... 238
X. Beamtenrechtlicher Exkurs ... 238
F. Urlaub und Arbeitsbefreiung ... 239
I. Erholungsurlaub (§ 26 TVöD) ... 239
1. Rechtsgrundlagen ... 239
2. Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs nach § 26 TVöD ... 240
a) Bestehendes Arbeitsverhältnis ... 240
b) Wartezeit ... 240
3. Inhalt des Urlaubsanspruchs ... 241
4. Besonderheiten der Gewährung des Urlaubs ... 241
a) Zusammenhängende Gewährung ... 241
b) Erkrankung während des Urlaubs ... 242
c) Covid-19-Quarantäne ... 242
d) Urlaub nach einer Rehabilitationsmaßnahme ... 242
5. Ausschluss von Doppelansprüchen ... 242
6. Dauer des Erholungsurlaubs ... 243
a) Allgemeines ... 243
b) Abweichende Verteilung der Arbeitszeit ... 243
c) Teilzeitarbeitsverhältnis ... 244
d) Änderung der Verteilung der Arbeitszeit während des Jahres ... 244
aa) Frühere Rechtsprechung des BAG ... 244
bb) Rechtsprechung des EuGH ... 245

cc) Folgerechtsprechung des BAG ... 246
(1) Sachverhalt – Urlaub Teilzeittätigkeit mit weniger Wochentagen ... 246
(2) Entscheidung ... 246
dd) Auswirkungen auf die Praxis ... 248
ee) Auffassung des BMI im Rundschreiben vom 20. Dezember 2019 ... 249
ff) Exkurs: Beamtenrecht ... 249
gg) Folgeprobleme ... 250
(1) Auswirkungen auf den tariflichen Mehrurlaub ... 250
(2) Auswirkungen auf das Urlaubsentgelt ... 250
(a) Sachverhalt: Urlaubsentgelt nach Verringerung der Teilzeitquote ... 251
(b) Entscheidung: ... 251
(c) Praxishinweis: ... 252
(3) Unterjähriger Wechsel von Teilzeit in Vollzeit ... 252
e) Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit ... 252
7. Teilurlaub ... 253
a) Grundsatz ... 253
b) Zu viel gewährter Urlaub ... 254
8. Verminderung des Erholungsurlaubs im ruhenden Arbeitsverhältnis (§ 26 II Buchst. c) TVöD) ... 254
a) Tarifliche Reduzierungstatbestände ... 254
aa) Sonderurlaub ... 254
(a) Bisherige Rechtsprechung ... 254
(b) Rechtsprechungsänderung ... 254
bb) Befristete Erwerbsminderungsrente ... 255
b) Gesetzliche Reduzierungstatbestände ... 256
9. Übertragung des Erholungsurlaubs ... 257
a) Tarifliche Übertragungsregelung gem. § 26 II Buchst. a) TVöD ... 257
b) Übertarifliche Übertragungsregelungen durch entsprechende Anwendung beamtenrechtlicher Übertragungsfristen ... 257
c) Besonderheit beim Sonderurlaub ... 258
d) Besonderheiten bei Elternzeit ... 258
10. Verfall des Erholungsurlaubs ... 258
a) Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubs bei Dauererkrankungen ... 258
b) Verfall des tariflichen Mehrurlaubs bei Dauererkrankungen ... 260
c) Zusammenfassung ... 260
d) Kein automatischer Verfall von Urlaubsansprüchen bei fehlender Antragsstellung ... 261
aa) Rechtsprechung des EuGH ... 261
bb) Rechtsprechung des BAG ... 262
cc) Umsetzungshinweise für die Praxis ... 263
dd) Rechtsfolgen bei fehlender Information ... 263
ee) Hinweispflicht bei Dauererkrankung ... 264
e) Kein Verfall des Urlaubsanspruchs bei Verweigerung der Urlaubsvergütung durch den Arbeitgeber ... 265
11. Geltendmachung und Gewährung der Urlaubsansprüche ... 265
12. Urlaubsabgeltung ... 265
a) Allgemeines ... 265
b) Beendigung des Arbeitsverhältnisses ... 266
c) Vererbbarkeit des Urlaubsanspruchs ... 266
d) Einfluss von Arbeitsunfähigkeit auf den Abgeltungsanspruch ... 267
aa) Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs ... 267
bb) Abgeltung des tariflichen Mehrurlaubs ... 268
cc) Höhe des Abgeltungsanspruchs ... 268
dd) Geltendmachung innerhalb der Ausschlussfrist ... 268
13. Fortzahlung des Entgelts ... 268
II. Sonderurlaub (§ 28 TVöD) ... 269
1. Sonderurlaub aus wichtigem Grund ... 269

2. Auswirkungen von Sonderurlaub auf das Arbeitsverhältnis ... 269
a) Stufenlaufzeiten und Beschäftigungszeiten ... 269
b) Erholungsurlaub ... 269
III. Arbeitsbefreiung (§ 29 TVöD) ... 270
1. Allgemeines ... 270
2. Persönliche Freistellungstatbestände ... 271
a) Niederkunft der Ehefrau ... 272
b) 25- und 40-jähriges Arbeitsjubiläum ... 272
c) Schwere Erkrankung ... 272
d) Ärztliche Behandlung ... 272
3. Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten ... 273
4. Generalklausel ... 273
5. Entgeltfortzahlung ... 273
6. Beamtenrechtlicher Exkurs ... 273
IV. Außertarifliche Arbeitsbefreiung ... 274
1. Fernstudiengang Verwaltungsmanagement an der HS Bund - Teilnahme von Tarifbeschäftigten ... 274
2. Arbeitsbefreiung für Beschäftigte aus besonderen Anlässen ... 274
3. Sonderurlaub bzw. Arbeitsbefreiung aus besonderen Anlässen ... 274
a) Wegen akuter Katastrophen (Hochwasser) ... 274
b) Zum Zwecke der Kinderbetreuung und zur erforderlichen Pflege (COVID-19) ... 275
G. Befristung des Arbeitsverhältnisses ... 277
I. Allgemeines ... 277
1. Grundsätzliche Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge und aktuelle Entwicklung ... 277
a) Befristungen in Zahlen und Ziele nach dem Koalitionsvertrag ... 277
b) Grundsätzliche Zulässigkeit ... 277
2. Gesetzliche Regelungen ... 278
3. Tarifliche Regelung ... 278
II. Befristung nach dem TzBfG ... 279
1. Allgemeine Grundsätze des Befristungsrechts ... 279
a) Begriff des befristet beschäftigten Arbeitnehmers ... 279
b) Verbot der Diskriminierung ... 279
2. Befristung mit Sachgrund, § 14 I 2 TzBfG ... 279
a) Vorübergehender Bedarf, § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG ... 280
b) Übergang nach Abschluss der Ausbildung, § 14 I 2 Nr. 2 TzBfG ... 281
c) Vertretung, § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG ... 281
aa) Allgemeines ... 281
(1) Prognose des Arbeitgebers ... 281
(2) Kausalzusammenhang ... 282
bb) Zweckbefristung zur Elternzeitvertretung ... 283
(1) Sachverhalt ... 283
(2) Entscheidung ... 284
(3) Praxistipp ... 284
cc) Kettenbefristung ... 285
(1) EuGH, Urt. v. 26.01.2012 ... 285
(2) BAG, Urt. v. 18.07.2012 ... 286
(3) Folgerechtsprechung der Instanzgerichte ... 287
(a) LAG Köln, Urt. v. 04.12.2014 ... 287
(b) ArbG Freiburg, 16.12.2014 ... 287
(4) „Missbrauchsampel“ BAG, Urt. v. 26.10.2016 ... 288
(a) Sachverhalt ... 288
(b) Entscheidung ... 288
(5) Zusammenfassung und Praxishinweis ... 289
d) Eigenart der Arbeitsleistung, § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG ... 290

e) Erprobung, § 14 I 2 Nr. 5 TzBfG ... 290
f) Gründe in der Person des Arbeitnehmers, § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG ... 290
g) Befristung aus Haushaltsgründen, § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG ... 290
h) Gerichtlicher Vergleich, § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG ... 293
i) Weitere der Rechtsprechung anerkannte Sachgründe ... 294
aa) Vertragsbeendigung bei Zustellung des Rentenbescheides ... 294
bb) Zulässige Befristung eines Arbeitsvertrages aufgrund des laufenden Stellenauswahlverfahrens ... 294
3. Befristung ohne Sachgrund, § 14 II TzBfG ... 295
a) Voraussetzungen für eine sachgrundlose Befristung ... 295
aa) Neueinstellung (nicht derselbe Arbeitgeber) ... 295
bb) Anschlussverbot bei Vorbeschäftigung ... 296
(1) Bisherige Rechtslage ... 296
(2) Beschluss BVerfG vom 6. Juni 2018 ... 296
(3) Ausnahmen ... 297
(4) Fazit und Folgen für die Praxis ... 297
(5) BAG 23.01.2019 – 7 AZR 733/16 – Zeitlich unbegrenztes Vorbeschäftigungsverbot für sachgrundlose Befristungen ... 298
(a) Sachverhalte: ... 298
(b) Entscheidung des BAG ... 298
(aa) „Sehr lange zurückliegende“ Vorbeschäftigung ... 299
(bb) „Ganz anders geartete“ Vorbeschäftigung ... 299
(cc) „Sehr kurze“ Vorbeschäftigung ... 299
(c) Stellungnahme ... 300
(6) Praxistipp ... 300
b) Höchstdauer und Verlängerung innerhalb der Höchstdauer ... 301
c) Überschreitung der Befristungsdauer ... 301
d) Regelungsbefugnis der Tarifvertragspartei ... 302
4. Befristung älterer Beschäftigter ohne Sachgrund, § 14 III TzBfG ... 302
a) Voraussetzungen ... 302
b) Sachgrundlose Befristung nach § 14 III TzBfG trotz Angabe eines Sachgrundes im Arbeitsvertrag? ... 303
c) Befristet Beschäftigung von Rentnern ... 303
aa) Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Rentenbeginn ... 304
bb) Befristung von Arbeitsverhältnissen nach Rentenbeginn ... 304
5. Anforderungen an die Schriftform ... 304
6. Folgen eines Verstoßes ... 306
7. Ende des befristeten Arbeitsvertrages ... 306
a) Zeitablauf ... 306
b) Kündbarkeit ... 306
aa) Ordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses ... 306
bb) Außerordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses ... 307
8. Rechtsfolgen und Rechtsschutz ... 307
III. Das tarifliche Sonderbefristungsrecht ... 308
1. Verhältnis zum TzBfG ... 308
2. Anwendungsvoraussetzungen ... 308
3. Befristung mit Sachgrund ... 310
a) Zeitliche Beschränkung ... 310
b) Bevorzugte Berücksichtigung ... 310
4. Befristung ohne Sachgrund ... 310
a) Zeitliche Vorgaben ... 310
b) Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ... 310
5. Probezeit und Kündigung während der Probezeit ... 311
6. Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit ... 311
IV. Befristung nach dem Wissenschaftszeitgesetz ... 311
1. Befristung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung ... 311

a) Allgemeines ... 311
b) Befristungsdauer ... 312
c) Verlängerung ... 312
d) Ausdehnung der Höchstbefristungszeit aus sozialen Gründen ... 313
2. Befristung wegen Drittmittelfinanzierung ... 313
3. Befristung zur Erbringung wissenschaftlicher Hilfstätigkeiten durch Studenten ... 314
4. Verhältnis WissZeitVG zum TzBfG ... 314
V. Beamtenrechtlicher Exkurs ... 314
VI. Führung auf Probe und Führung auf Zeit ... 314
1. Allgemeines ... 314
2. Führung auf Probe (§ 31 TVöD) ... 315
a) Allgemeines ... 315
b) Führung auf Probe bei Beschäftigten, mit denen zuvor noch kein Arbeitsverhältnis bestand (externe Kandidaten) ... 315
c) Führung auf Probe bei Beschäftigten, mit denen zuvor bereits ein Arbeitsverhältnis bestand (interne Kandidaten) ... 316
3. Führung auf Zeit (§ 32 TVöD) ... 317
a) Allgemeines ... 317
b) Führung auf Zeit bei Beschäftigten, mit denen zuvor noch kein Arbeitsverhältnis bestand (externe Kandidaten) ... 317
c) Führung auf Zeit bei Beschäftigten, mit denen zuvor bereits ein Arbeitsverhältnis bestand (interne Kandidaten) ... 317
H. Beendigung des Arbeitsverhältnisses ... 319
I. Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung (§ 33 TVöD) ... 319
1. Vertragsbeendigung durch Erreichen der Altersgrenze ... 319
a) Vertragsbeendigung bei Zustellung des Rentenbescheids (§ 33 II TVöD) ... 319
b) Weiterbeschäftigungsverlangen (§ 33 III TVöD) ... 320
2. Vertragsbeendigung durch Auflösungsvertrag ... 322
a) Allgemeines ... 322
b) Zustandekommen und Form ... 322
c) Hinweis- und Aufklärungspflichten ... 322
II. Kündigung des Arbeitsverhältnisses (§ 34 TVöD) ... 323
1. Kündigung ... 323
a) Begriff der Kündigung ... 323
b) Wirksamwerden der Kündigung ... 323
c) Besonderer Kündigungsschutz ... 324
d) Kündigungsschutzgesetz ... 324
e) Kündigungsfristen ... 325
aa) Allgemein ... 325
bb) Tarifliche Kündigungsfristen ... 325
(1) Kündigung in den ersten sechs Monaten ... 325
(2) Verlängerte Kündigungsfrist ... 326
f) Unkündbarkeit ... 326
g) Abmahnungserfordernis ... 327
aa) Begriff, Voraussetzungen und Funktion der Abmahnung ... 327
bb) Entbehrlichkeit der Abmahnung ... 328
cc) Feststellung der Unwirksamkeit einer Abmahnung ... 329
2. Berechnung der Beschäftigungszeit ... 329
a) Bedeutung, Rechtsschutz ... 329
b) Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber ... 329
aa) Derselbe Arbeitgeber ... 329
bb) Zeit im Arbeitsverhältnis ... 330
(a) Allgemeines ... 330
(b) Beamtenverhältnis ... 330
(c) Berücksichtigungsfähige Zeiten nach gesetzlichen Bestimmungen ... 331
c) Andere Beschäftigungszeiten und Wechsel des Arbeitgebers ... 331
d) Berechnung der Beschäftigungszeit ... 332

e) Korrektur der Berechnung ... 332
III. Zeugnis (§ 35 TVöD) ... *333*
1. Allgemeines ... 333
2. Anspruchsgrundlagen ... 333
3. Endzeugnis ... 333
4. Inhalt des Zeugnisses ... 334
5. Form des Zeugnisses ... 334
6. Zwischenzeugnis und vorläufiges Zeugnis ... 334
I. ÜBERGANGS- UND SCHLUSSBESTIMMUNGEN ... 335
I. Ausschlussfristen (§ 37 TVöD) ... *335*
1. Allgemeines ... 335
2. Geltung tariflicher Ausschlussfristen ... 336
a) Beiderseitige Tarifgebundenheit ... 336
b) Einzelvertragliche Bezugnahme ... 336
c) Kenntnis der Ausschlussfrist durch Beschäftigten? ... 336
3. Wirkung von Ausschlussfristen ... 336
4. Geltendmachungsfrist ... 336
a) Fristbeginn: Fälligkeit des Anspruchs ... 337
b) Fristberechnung ... 338
5. Geltendmachung ... 338
6. Textformerfordernis ... 339
7. Umfang der Ausschlussfristen ... 339
a) Erfasste Ansprüche ... 339
aa) Entgeltansprüche ... 339
bb) Urlaubsanspruch/Abgeltungsanspruch ... 340
cc) Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses ... 341
dd) Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung nach dem AGG ... 341
ee) Schadensersatzansprüche des Bundes gegen Beschäftigte ... 342
ff) Rückforderung des zu viel gezahlten Entgelts ... 342
(1) Rückforderung nach Bereicherungsrecht ... 342
(2) Tarifvertragliche Ausschlussfrist ... 343
b) Nicht erfasste Ansprüche ... 343
8. Wiederkehrende Leistungen („derselbe Sachverhalt“) ... 344
II. Begriffsbestimmungen (§ 38 TVöD) ... *344*
III. Übergangsvorschriften (§ 38a TVöD) ... *345*
IV. In-Kraft-Treten, Laufzeit (§ 39 TVöD) ... *345*

TEIL III ARBEITSKAMPF DER TARIFBESCHÄFTIGTEN ... 346

I. Allgemeines ... *346*
II. Funktion des Arbeitskampfes ... *346*
III. Rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen ... *346*
IV. Einleitung von Arbeitskampfmaßnahmen ... *347*
V. Streik als Arbeitskampfmittel ... *347*
VI. Besonderheiten im öffentlichen Dienst ... *348*
1. Beschäftigte ... 348
2. Beamte ... 348

Literaturverzeichnis

Altvater/Baden/Berg/Kröll/Seulen, Bundespersonalvertretungsgesetz, 7. Aufl. 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: Altvater u.a.)

Bepler, Klaus/Böhle, Thomas/Meerkamp, Achim/Russ, Willi (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar, TVöD, Stand: 01.09.2016 (zitiert: Bearbeiter, in: BeckOK TVöD)

Bepler, Klaus/Böhle, Thomas/Meerkamp, Achim/Russ, Willi (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar, TVöD Entgeltordnungen, Kommentar zu den Entgeltordnungen der Beschäftigten im Öffentlichen Dienst im Bereich des Bundes und der VKA, Stand 01.09.2016 (zitiert: Bearbeiter, in: BeckOK TVöD EntgO)

Bredemeier/Neffke, TVöD/TV-L, Tarifverträge für den öffentlichen Dienst, 5. Aufl. 2017 (zitiert: Bearbeiter, in Brdemeier/Neffke)

Breier/Dassau/Kiefer u.a., TVöD Kommentar – Tarif- und Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Loseblatt, 78. Aktualisierung (Stand: Dezember 2017)

Breier/Krämer/Reinecke, TVöD Entgeltordnung Bund, Loseblatt-Kommentar, Stand: 9. Ergänzungslieferung (2018)

Burger, TVöD/TV-L, Tarifverträge für den öffentlichen Dienst, 3. Aufl. 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: Burger)

Conze, Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes – unter besonderer Einbeziehung des TVöD (Stand: November 2016)

Conze/Karb/Wölk, Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 5. Aufl. 2017

Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2016

Günther, Aktuelle Probleme im Arbeitszeitsystem des öffentlichen Dienstes, öAT 2015, 133

Groeger (Hrsg.), Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2014

Görg/Guth, Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst, Basiskommentar zum TVöD mit den Überleitungstarifverträgen (TVÜ-Bund) und Gemeinden (TVÜ-VKA), 6. Auflage 2015

Hanebeck/Beyer, Die Reform der Leistungsbezahlung beim Bund, ZTR 2014, 127-132

Hauck-Scholz, Neuigkeiten zur arbeitsrechtlichen Konkurrentenklage und Tipps für die Praxis, öAT 2016, 112

Hromadka, Arbeitsrecht für Vorgesetze, Rechte und Pflichten bei der Mitarbeiterführung, 5. Aufl. 2016

Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019

Krämer/Reinecke, Die Entgeltordnung des Bundes zum TVöD – Rückblick auf die Entwicklung des Eingruppierungsrechts und erster Überblick über die Neuregelungen, ZTR 2014, 3-15

dies., Die Entgeltordnung des Bundes zum TVöD – die wichtigsten Neuerungen, ZTR 2014, 195-208

Latzel, Urlaub von Teilzeitbeschäftigten, EuZA 2014, 80-94

Linde, Angestellte im öffentlichen Dienst II – Eingruppierung und Bezugsansprüche, 3. Aufl. 2002

Litschen, Tarifautomatik und Weisungsrecht am Beispiel der neuen Entgeltordnung, öAT 2017, 155-158

ders., Konkretisierung der mitbestimmungsrechtlichen Maßnahmen bei Eingruppierung, öAT 2018, 1-4

Müller/Preis, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 7. Aufl. 2009

Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: ErfKomm)

Powietzka/Christ, Urlaubsanspruch im ruhenden Arbeitsverhältnis – oder doch nicht?, NZA 2013, 18-23

Rasche, Die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit, öAT 2017, 4-7

Richter/Gamisch, Grundlagen der Eingruppierung TVöD und TV-L – Das aktuelle und künftige Eingruppierungsrecht im öffentlichen Dienst, 4. Aufl. 2013

dies., Eingruppierung TVöD-Bund in der Praxis – Die neun Entgeltordnung: Verwaltung und körperlich/handwerklich geprägte Tätigkeiten, 2014

Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck´scher Online Kommentar Arbeitsrecht, Stand: 01.12.2016 (zitiert: Bearbeiter, in: BeckOK)

Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg.), Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Die wichtigsten Stichwörter von A-Z mit Tarifeinigung von Bund und Kommunen, 7. Aufl. 2014 (zitiert als: Bearbeiter, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort)

Richter/Gamisch, Grundlagen der Eingruppierung, Das aktuelle und künftige Eingruppierungsrecht im öffentlichen Dienst, 5. Aufl. 2014.

Salomon-Hengst, Fallstricke bei der Stellenbesetzung – Teil 1, öAT 2015, 184 und Teil 2, öAT 2015, 205

Seel, Personalgestellung gem. § 4 III TVöD – eine unzulässige „dauerhafte“ Arbeitnehmerüberlassung, öAT 2016, 102

ders., Neue Spielregeln für die Arbeitnehmerüberlassung – Eine Analyse des Referentenentwurfs des AÜG, öAT 2016, 27

Sponer/Steinherr/Kapitza/Wollensack, Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst Bund/Kommunen (VKA) mit Erläuterungen zu den Regelungen im Geltungsbereich Bund und Kommunen (VKA), Stand: 169. AL 2/2017 (zitiert: Sponer/Steinherr)

Vogel, Stellenausschreibung und Anforderungsprofile im öffentlichen Dienst, öAT 2016, 159

Wurm, Einführung einer Entgeltordnung und weitere Änderungen im TVöD, ZfPR 2014, 57-63

Zimmerling, die Eingruppierungsklage im öffentlichen Dienst, öAT 2017, 180-183.

Teil I Einführung

Nach Lektüre dieses Abschnitts können die Seminarteilnehmer

die Grundlagen des Tarifvertragsrechts erläutern und

die wesentlichen Inhalte des TVöD wiedergeben.

A. Grundlagen des Tarifvertragsrechts

I. Allgemeines

Das Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes ist wegen der Anwendung seiner Tarifvorschriften und den dazu erlassenen Ausführungsvorschriften gleichsam ein „Sonderrecht" des Arbeitsrechts. Es entwickelt gegenüber dem allgemeinen Arbeitsrecht (Arbeitsrecht der Privatwirtschaft) häufig eine völlige Eigenständigkeit, die ihre Ursache großenteils in der Beeinflussung durch das Beamtenrecht, aber auch durch die Haushaltsgesetze des Bundes und der Länder hat.

Das Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes wird von Tarifverträgen besonders geprägt. Gesetzliche Grundlage ist das Tarifvertragsgesetz (TVG) vom 25. August von 1969[1]. Es regelt unter anderem:

- Definition des Tarifvertrages, § 1 TVG
- mögliche Tarifvertragsparteien, § 2 TVG
- Tarifgebundenheit, § 3 TVG
- Wirkung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages, § 4 TVG
- Günstigkeitsprinzip, § 4 III TVG
- Verbot des Verzichts auf tarifliche Rechte, § 4 IV TVG.
- Allgemeinverbindlichkeitserklärung, § 5 TVG

Die Bedeutung tariflicher Normen liegt vor allem darin, dass sie Mindestarbeitsbedingungen darstellen; von diesen kann grds. nur zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (Günstigkeitsprinzip). Die tariflichen Normen gelten entweder kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit oder kraft Tarifunterstellung.

1. Verfassungsrechtlicher Schutz der Tarifautonomie

Die Koalitionsfreiheit gem. **Art. 9 III GG** garantiert nach allgemeiner Ansicht nicht nur das Recht Einzelner zum Zusammenschluss und zur Betätigung in der Koalition, sondern auch die Koalition selbst als Grundrechtsträgerin. Das betrifft deren Bestand und autonome Organisation sowie ihre Betätigung.[2] Teil der grundrechtlich geschützten koalitionsmäßigen Betätigung ist die **Tarifautonomie**, also das Recht der Koalitionen, Tarifverträge abzuschließen und in ihnen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu vereinbaren.[3]

Die Garantie der Tarifautonomie ist nach der Rechtsprechung des BVerfG darauf angelegt, „die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen"[4]. Die Funktionsfähigkeit der

[1] Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.08.1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert durch Gesetz vom 03.07.2015 (BGBl. I S. 1130).
[2] Waas, in: BeckOK TVG, § 1 TVG Rn. 7.
[3] St. Rspr. vgl. zB BVerfGE 4, 96, 106; BVerfG AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 117; BVerfG AP GG Art. 9 Nr. 88; BVerfG NZA 2007, 42.
[4] BVerfGE 84, 212, 229; BVerfG AP GG Art 9 Arbeitskampf Nr. 117; BVerfGE 92, 365, 395; BAG AP TVG § 1 Vorruhestand Nr. 3.

Tarifautonomie ist aber nur dann gegeben, „solange zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Kräftegleichgewicht – Parität – besteht“.[5] Die mit der Koalitionsfreiheit korrespondierenden Arbeitskampffreiheit – insbesondere dem Kampfmittel des Streiks – kommt demnach bei der Wahrung des Verhandlungsgleichgewichts eine erhebliche Bedeutung zu, um als „ultima ratio“ die Forderung nach Anschluss eines Tarifvertrages wirksam durchsetzen zu können.[6]

Exkurs: Tarifvertragliche Differenzierungsklausel

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist eine unterschiedliche Behandlung gewerkschaftlich organisierter und nicht-gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer in einem Tarifvertrag zulässig. Sie verletzt die negative Koalitionsfreiheit der nicht -gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer nicht, solange sich daraus nur ein faktischer Anreiz zum Gewerkschaftseintritt ergibt, aber weder Druck noch Zwang entsteht.[7] Die nach Art. 9 III GG geschützte negative Koalitionsfreiheit werde daher nicht verletzt. Danach ist beispielsweise ein Sozialtarifvertrag, der bestimmte Leistungen nur Beschäftigte, die an einem bestimmten Stichtag Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft waren, zulässig.

2. **Supranationaler und internationaler Schutz der Tarifautonomie**

Die Europäische Union hat nach Art. 153 AEUV zwar umfassende Regelungsbefugnisse im Bereich der Sozialpolitik. Ausgenommen sind gem. Art. 153 V aber „das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sind jedoch nach Art. 154, 155 AEUV als Sozialpartner an der sozialpolitischen EU-Normgebung beteiligt.

Auf EU-Ebene sind Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit an verschiedener Stelle geschützt: Die **Europäische Grundrechtecharta** (EuGRC), die in Art. 27-30 betriebliche Anhörungs- und Beratungsrechte der Arbeitnehmer, Tarifautonomie, Arbeitskampfrecht, Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung regelt, ist Teil des europäischen Primärrechts (vgl. Art. 6 I EUV). Die **Europäische Menschenrechtskonvention** (EMRK), regelt in Art. 11 das Koalitionsrecht und das Streikrecht für Arbeitnehmer. Die EMRK stellt unmittelbar geltendes Recht auf den Rang eines einfachen Bundesgesetzes dar (vgl. Art. 6 III EUV). Die **Europäischen Sozialcharta** (ESC), die in Art. 6 Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrechte für Arbeitnehmer regelt, stellt nach hM kein unmittelbar anwendbares Recht, sondern nur völkervertragliche Vereinbarungen, die in nationales Recht übertragen werden müssen, um für die Mitgliedsstaaten verbindlich zu sein, dar.[8] Auch die Übereinkommen der **Internationalen Arbeitsorganisation** (IAO) über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen sind kein unmittelbar anwendbares Recht, sondern nur völkerrechtliche Vereinbarungen, die in nationales Recht übertragen werden müssen, um für die Mitgliedsstaaten verbindlich zu sein.[9]

3. **Funktionen des Tarifvertrags**

Tarifverträge haben unterschiedliche Funktionen:

a) **Arbeitnehmerschutz und Friedensfunktion**

Durch das verfassungsrechtlich in Art. 9 III GG geschützte Tarifvertragsrecht soll die „strukturelle Unterlegenheit“ der Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitgebern bei der Festlegung der Bedingungen ausgeglichen werden. Diese Sicherung der Arbeitnehmerinteressen durch Bündelung der Verhandlungsmacht wird oft als **Schutzfunktion** des Tarifvertrages bezeichnet.[10]

---

[5] BVerfG 92, 365, 395.
[6] Jarass/Pieroth, Art. 9 GG Rn. 37.
[7] BVerfG v. 14.11.2018 – 1 BvR 127/16.
[8] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 9 mwN.
[9] Dütz/Thüsing, § 1 Rn. 21.
[10] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 11.

Denn neben den individualarbeitsrechtlichen Regelungen des Arbeitnehmerschutzes sowie dem Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht liegt auch der Sinn von Tarifvertragsregelungen im Schutz des Arbeitnehmers.

Damit verbunden ist die sog. **Friedensfunktion** des Tarifvertragsrechts. Dem Tarifvertrag fällt die Aufgabe zu, die sozialen Konflikte zwischen den Arbeitsvertragsparteien möglichst zu entschärfen.[11] Das lässt sich nicht nur als soziales oder gesamtgesellschaftliches Ziel, sondern konkret auch als ökonomische Aufgabe im Sinne unternehmerischer Effizienzsteigerung definieren.[12]

b) **Richtigkeitsgewähr**

In der rechtlichen Diskussion wird aus dem arbeitskampf- und tarifvertragsrechtlich angestrebten Verhandlungsgleichgewicht von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite häufig auf die sog. **Richtigkeitsgewähr** des Tarifvertrages geschlossen. Diese Behauptung ist insofern nachvollziehbar, als eine Tarifvorschrift eher Ergebnis ausgewogener Verhandlungsmacht ist als eine einfache Arbeitsvertragsregelung. Deshalb existieren mit dem sog. *tarifdispositiven Gesetzesrecht* viele Normen, von denen zwar nicht die Arbeitsvertragsparteien, aber die Tarifvertragsparteien abweichen dürfen.[13]

c) **Ordnungsfunktion**

Die **Ordnungsfunktion** des Tarifvertrags liegt darin, dass einheitliche und typisierte Arbeitsbedingungen entstehen und damit die Arbeitsvertragsgestaltung erleichtert wird. Sie lässt sich im Wortlaut des § 1 I TVG („ordnen“) festmachen, ergibt sich aber auch aus dem Verfassungsauftrag des Art. 9 III GG, ein funktionierendes Tarifvertragssystem vorzuhalten.[14] Die Rechtsprechung hat sich bspw. auf die Ordnungsfunktion als Auslegungshilfe für das Tarifvertragsrecht berufen, um die Nachwirkung gem. § 4 V TVG, die Durchführungspflicht und die Friedenspflicht zu rechtfertigen.[15]

d) **Verteilungsfunktion und gesamtgesellschaftliche Aufgabe**

Dem Tarifvertrag wird weiter eine **Verteilungsfunktion** zugeschrieben, welche man darin sieht, dass soziale bzw. ökonomische Lohn- und Einkommensgerechtigkeit vorgehalten wird.[16] Das mag am ehesten noch innerhalb der Betriebe und Branchen der Fall sein. Zwischen den unterschiedlichen Branchen bewirken die Tarifverträge dagegen häufig ein erhebliches Lohngefälle, das nicht zuletzt darauf beruht, dass die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften branchenabhängig unterschiedlich ist. Dementsprechend beschränkt sich auch die **gesamtgesellschaftliche Funktion** des Tarifvertrags in erster Linie auf die Sicherung der Bedürfnisse von Arbeitnehmern und Arbeitgebern in den betreffenden Branchen.[17]

Funktionen eines Tarifvertrags sind: (1) Arbeitnehmerschutz und Friedensfunktion, (2) Richtigkeitsgewähr, (3) Ordnungsfunktion und (4) Verteilungsfunktion mit gesamtgesellschaftlicher Aufgabe.

[11] BVerfG 50, 290, 371.
[12] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 12.
[13] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 13.
[14] BVerfGE 4, 96, 107; BVerfGE 58, 233, 246.
[15] Vgl. dazu Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 14 mwN der Rspr.
[16] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 15.
[17] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 15.

II. **Abschluss und Beendigung von Tarifverträgen**

1. **Abschluss von Tarifverträgen**

Tarifverträge sind privatrechtliche, die als Verträge zwischen einem einzelnen Arbeitgeber (Firmentarifvertrag) oder einem Arbeitgeberverband (Verbandstarifvertrag) und einer Gewerkschaft abgeschlossen werden (vgl. § 2 I TVG).

a) **Parteien des Tarifvertrags**

§ 2 I TVG begrenzt den Kreis der zum Abschluss eines Tarifvertrags Berechtigten auf die **Gewerkschaft** auf der einen und **Arbeitgeberverbände sowie Einzelarbeitgeber** auf der anderen Seite. Zusammenschlüsse von Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern (Spitzenorganisationen) können im Namen der ihnen angeschlossenen Verbände Tarifverträge abschließen (§ 2 II TVG). Sie können aber auch selbst Parteien eines Tarifvertrags sein (§ 2 III TVG).

b) **Vertragsschluss**

Für das Zustandekommen von Tarifverträgen gelten grds. die allgemeinen Bestimmungen, also **§§ 145 ff. BGB.** Praktisch gesehen erfolgt der Abschluss von Tarifverträgen meist in der Weise, dass sich die Verhandlungskommissionen der Tarifvertragsparteien auf einen gemeinsamen Text einigen und sich dann wechselseitig Fristen für die Erklärung der Annahme des Tarifvertrags setzen. Ein Anspruch auf Abschluss eines Tarifvertrags besteht grds. nicht. Etwas anders gilt nur dann, wenn ein Vorvertrag zwischen den Beteiligten abgeschlossen wurde, aus dem sich eine entsprechende Verpflichtung ergibt.[18]

Tarifverträge werden regelmäßig durch die gesetzlichen Vertreter (§ 26 II 1 BGB) oder sonstige satzungsmäßige Vertreter (§ 30 BGB) der Tarifvertragsparteien abgeschlossen. Das ist bei den Gewerkschaften der Vorstand.

c) **Mängel des Tarifvertrags**

Die für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften der §§ 104 ff. BGB gelten für Tarifverträge nur eingeschränkt. Dies ist in ganz besonderer Weise für die Regeln über Willensmängel (§§ 116-124 BGB) und die Anfechtung auf derartigen Mängeln beruhender Erklärungen (§§ 142-144 BGB), zB auf Grund eines Irrtums oder einer Drohung (§§ 119, 123 BGB), zu beachten.

Hinsichtlich der **Folgen einer Anfechtung** ist allgemein anerkannt, dass eine rückwirkende Nichtigkeit, entgegen § 142 I BGB, nicht in Betracht kommt. Wollte man diese annehmen, so würde man Rechtsnormen, die in der Vergangenheit schon auf die Arbeitsverhältnisse eingewirkt haben, rückwirkend „aus der Welt schaffen“ und damit das Vertrauen der dem Tarifvertrag unterworfenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer enttäuschen. Stattdessen bleibt nur, der Anfechtung ausnahmsweise keine Rückwirkung beizulegen.[19]

Stehen lediglich *einzelne Tarifbestimmungen* im Widerspruch zu Gesetzen oder der Verfassung, so sind auch nur diese Klauseln unwirksam. Die Unwirksamkeit einer oder mehrerer Tarifbestimmungen führt grundsätzlich *entgegen der Auslegungsregel* des § 139 BGB nicht zur Unwirksamkeit des Tarifvertrags als Ganzem, wenn der Tarifvertrag ohne die unwirksamen Regelungen noch ein sinnvolles und in sich geschlossenes Regelwerk darstellt.[20]

d) **Form des Tarifvertrags**

Nach § 1 II TVG bedürfen Tarifverträge der Schriftform. Die Anforderungen an die Schriftform sind in **§ 126 I BGB** geregelt. Danach muss die Urkunde (dh der Tarifvertrag) von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell

[18] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 19.
[19] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 24.
[20] BAG NZA-RR 2012, 308 § 139 BGB findet auf Tarifverträge grundsätzlich keine Anwendung.

beglaubigten Handzeichens (notarielle Beurkundung) unterzeichnet werden. Die Schriftform gilt sowohl für den Abschluss des Tarifvertrags als auch für spätere Änderungen.[21] Die Schriftform hat den Zweck, den Tarifvertrag publik zu machen, und dient darüber hinaus der Klarstellung.

Beachte: Wird die Schriftform nicht beachtet, so ist der Tarifvertrag wegen Formmangels nach § 125 S. 1 BGB nichtig.

Hinweis: Dem Schriftformerfordernis wird auch dann genügt, wenn auf eine andere Rechtsnorm (Gesetz, Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift oder Tarifvertrag) **Bezug genommen** wird. Dies gilt nicht nur dann, wenn die Beteiligten auf eine konkrete andere Rechtsnorm verweisen (sog. statische Verweisung), sondern auch dann, wenn auf die Rechtsnorm in ihrer jeweiligen Fassung (sog. dynamische Verweisung) verwiesen wird.[22]

2. **Beendigung von Tarifverträgen**

a) **Befristung und Bedingung**

Ein Tarifvertrag kann zunächst **befristet** abgeschlossen werden. Mit Erreichen der Befristung endet der Tarifvertrag. Eine gerichtliche Befristungskontrolle erfolgt dabei nicht. Darüber hinaus können Tarifverträge auch **auflösend bedingt** abgeschlossen werden (vgl. § 158 II BGB). Mit Eintritt der Bedingung endet der Tarifvertrag. Allerdings ist es ein Gebot der Rechtssicherheit, dass der Eintritt der Bedingung leicht festgestellt werden kann.[23]

b) **Aufhebungs- und Änderungsvertrag**

Eine Beendigung des Tarifvertrags kann auch durch **Aufhebungsvertrag** erfolgen, wobei umstritten ist, ob ein Aufhebungsvertrag der Schriftform bedarf. Das BAG hat die Frage verneint.[24] Daneben kann ein Tarifvertrag von den Beteiligten grds. durch einen **schriftlichen Änderungsvertrag** jederzeit geändert werden.

c) **Kündigung des Tarifvertrags**

Tarifverträge können ordentlich gekündigt werden, ohne dass es einer Begründung bedarf. Zur Kündigung befugt sind allerdings nur die im Tarifvertrag benannten Parteien. So kann bspw. der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst von jeder Tarifvertragspartei mit einer Frist von drei Monaten zum Schluss eines Kalenderjahres schriftlich gekündigt werden (§ 39 II TVöD). Tarifvertragspartei des TVöD ist auf Arbeitgeberseite die Bundesrepublik Deutschland und auf der Arbeitnehmerseite die vertragsschließenden Gewerkschaften (ver.di und dbb beamtenbund und tarifunion). Diese Tarifvertragsparteien haben demnach das Kündigungsrecht für den TVöD.

Haben die Beteiligten einen **befristeten Tarifvertrag** vereinbart, so ist die ordentliche Kündigung in der Regel ausgeschlossen. Zulässig bleibt die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund, an deren Vorliegen jedoch strenge Anforderungen zu stellen sind.[25]

In Betracht kommt auch eine Beendigung des Tarifvertrags durch **außerordentliche Kündigung**. Zunächst können die Tarifvertragsparteien selbst bei Eintritt bestimmter Umstände eine Befugnis zur außerordentlichen Kündigung vorsehen. Davon abgesehen kommt eine außerordentliche Kündigung in Betracht, wenn einer Partei das Festhalten am Tarifvertrag nicht länger

[21] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 28.
[22] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 29.
[23] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 33.
[24] BAG AP TVG § 1 Form Nr. 5.
[25] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 32.

zugemutet werden kann.[26] Dies ergibt sich aus der Regelung in **§ 314 BGB**, wonach Dauerschuldverhältnisse – und einem solchen entspricht das „Dauerregelungsverhältnis" Tarifvertrag – von jedem Teil aus *wichtigem Grund* ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden können. Unzumutbar ist die Fortsetzung des Tarifvertrags, wenn der andere Teil eine *schwere Pflichtverletzung* begangen hat. In Betracht kommt insoweit vor allem ein Verstoß gegen die Friedenspflicht, aber zB auch eine schwerwiegende Verletzung der Durchführungspflicht. Als wichtige Gründe werden darüber hinaus weithin angesehen der Verlust der Tariffähigkeit, der Verlust der Tarifzuständigkeit sowie die Insolvenz einer Tarifvertragspartei.[27] Zu beachten ist allerdings, dass eine Kündigung regelmäßig erst dann in Betracht kommt, wenn zuvor eine Abmahnung erfolgt ist (§ 314 II 1 BGB). Auch kann der Berechtigte nach § 314 III BGB nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen.

d) **Wegfall der Tarifvertragsparteien**

Auch der Wegfall einer Tarifvertragspartei kann zur Beendigung des Tarifvertrags führen. Wird ein Arbeitgeberverband oder eine Gewerkschaft aufgelöst, so endet mit dem Liquidationsbeschluss die Tariffähigkeit. Demzufolge enden auch Tarifverträge, die von der jeweiligen Tarifvertragspartei abgeschlossen wurden.

III. **Rechtsnatur und Arten**

1. **Rechtsnatur**

Aus § 1 I TVG ergibt sich, dass der Tarifvertrag eine **Doppelnatur** aufweist: Der Tarifvertrag ist ein „normaler" Schuldvertrag, soweit er eine Regelung von Rechten und Pflichten der am Abschluss des Tarifvertrags Beteiligten vorsieht. Doch kann der Tarifvertrag eben auch Rechtsnormen enthalten, so dass er nicht nur ein reiner Schuldvertrag, sondern darüber hinaus auch und sogar vor allem ein sog. Normenvertrag ist.[28]

Zwar können die Tarifpartner auch rein schuldrechtliche Verträge abschließen. Charakteristisch für einen Tarifvertrag sind indes Regelungen, mit denen die Parteien (auch) einen **normativen Geltungsanspruch** erheben. Davon, dass die Beteiligten einen derartigen Geltungsanspruch erheben, ist im Zweifel auch auszugehen.[29]

Der **Tarifvertrag** regelt das Arbeitsverhältnis und die Beziehungen zwischen den privat organisierten Tarifvertragsparteien; damit gehört er zum **Privatrecht**.[30] Die Regelungen des Tarifvertrags stehen im Rang unter dem supranationalen EU-Recht sowie dem nationalen Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht. Des Weiteren stehen Tarifvertragsnormen im Rang über Betriebsvereinbarungen und arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, wobei im Einzelnen der Tarifvorbehalt nach §§ 77 III, 87 I BetrVG und das Günstigkeitsprinzip nach § 4 III TVG zu beachten sind.[31]

2. **Arten**

Tarifverträge lassen sich anhand der getroffenen Regelung und anhand des Geltungsbereichs einteilen:

a) **Getroffene Regelung**

Zunächst lassen sich Tarifverträge nach dem Inhalt der in ihnen *getroffenen Regelungen* unterscheiden: Große Bedeutung hat der sog. *Entgelttarifvertrag*, der eine tarifliche Regelung der Vergütung enthält. In diesem finden sich zB Regelungen von

[26] Vgl. zum Folgenden Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 39.
[27] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 40.
[28] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 2.
[29] BAG AP TVG § 1 Nr. 20.
[30] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 2.
[31] Vgl. zum Günstigkeitsprinzip zuletzt Melms/Kentner, Die Modifikation des Günstigkeitsprinzips, Risikobegrenzung durch die Gestaltung von kollektivrechtlichen Regelungen, NZA 2014, 127.

Entgeltarten und Entgeltgruppen und Regelung von grundsätzlichen Fragen der Vergütung. Der sog. *Manteltarifvertrag*, der häufig auch als Rahmentarifvertrag bezeichnet wird, enthält die Regelung aller übrigen Arbeitsbedingungen, wie zB Urlaub und Arbeitszeit. Neben den genannten Tarifverträgen sind auch Tarifverträge über spezielle Regelungsgegenstände denkbar; so gibt es beispielsweise Tarifverträge über vermögenswirksame Leistungen des Arbeitgebers oder den Schutz der Belegschaften vor Rationalisierungsmaßnahmen des Arbeitgebers.[32]

b) **Geltungsbereich**

Daneben kommt auch eine Einteilung von Tarifverträgen nach dem *Geltungsbereich* in Betracht: Der am wenigsten weit reichende Geltungsanspruch wird mit einem Tarifvertrag erhoben, den ein einzelner Arbeitgeber mit der Gewerkschaft abschließt. Derartige Tarifverträge nennt man *Firmentarifverträge* (oder Haustarifverträge). Derartige Tarifverträge werden nicht selten dazu genutzt, „maßgeschneiderte" Lösungen für das betreffende Unternehmen zu finden. Vom Firmentarifvertrag zu unterscheiden ist der sog. *Verbandstarifvertrag*, an dem auf Arbeitgeberseite nicht ein Einzelarbeitgeber, sondern ein Arbeitgeberverband beteiligt ist. Derartige Tarifverträge entfalten ihre Wirkungen regelmäßig in einem mehr oder weniger großen Tarifbezirk; dementsprechend spricht man bei diesen Tarifverträgen häufig auch von sog. Flächentarifverträgen.[33]

IV. **Inhalt von Tarifverträgen**

Die Regelungszuständigkeit und damit die möglichen Inhalte eines Tarifvertrags ergeben sich zunächst aus Art. 9 III GG: Tarifverträge dienen der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen".

Im Einzelnen bestimmt sich der **Inhalt** eines Tarifvertrags nach **§ 1 I 1 TVG**: Jeder Tarifvertrag enthält einen schuldrechtlichen sowie einen normativen Teil. Der **schuldrechtliche Teil** regelt das Verhältnis der Tarifparteien zueinander und umfasst neben möglichen ausdrücklichen Regelungen (zB Schlichtungsvereinbarungen) auch ungeschriebene Rechte und Pflichten beider Tarifvertragsparteien (Friedenspflicht, Durchführungs- und Einwirkungspflicht).[34]

Beispiel: Einer Gewerkschaft steht gegen einen Arbeitgeber ein schuldrechtlicher Anspruch auf Durchführung eines zwischen ihnen geschlossenen Haustarifvertrags zu.[35]

Der **normative Teil** eines Tarifvertrags regelt den Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen tarifgebundener Arbeitnehmer sowie den betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen.[36]

Innerhalb der **Rechtsnormen** des Tarifvertrags bilden die **Inhaltsnormen** die größte und wichtigste Gruppe. Inhaltsnormen sind etwa Regelungen über die Vergütungshöhe, den Zeitpunkt und die Art der Zahlung der Vergütung, über die Arbeitszeit oder den Urlaub (Beispiele aus dem TVöD: §§ 6 ff. zur Arbeitszeit, §§ 12 ff. zur Vergütung, § 26 TVöD zum Urlaubsanspruch). **Abschlussnormen** sind Regelungen über das Zustandekommen von Arbeitsverhältnissen, zB Formvorschriften oder Abschlussverbote und -gebote (Beispiel aus dem TVöD: Schriftformerfordernis nach § 2 I). **Beendigungsnormen** betreffen alle mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zusammenhängenden Fragen, also vor allem Kündigung (Beispiel aus dem TVöD: Kündigungsfristen nach § 34).[37]

[32] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 5.
[33] Waas, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 6.
[34] Däubler/Reim, TVG, § 1 Rn. 966 ff.; Weber, in: Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 1 Rn. 88.
[35] BAG 13.10.2021 – 4 AZR 403/20.
[36] Weber, in: Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 1 Rn. 88.
[37] Vgl. Däubler/Reim, TVG, § 1 Rn. 290 ff.

V. **Wirkung von tariflichen Regelungen**

Schuldrechtlicher und normativer Teil des Tarifvertrags unterscheiden sich außer durch ihren Regelungsgegenstand durch ihre Wirkung. Während der schuldrechtliche Teil nur das Verhältnis der beiden tarifschließenden Parteien betrifft und insofern mit der Wirkungsweise eines privatrechtlichen Vertrags übereinstimmt, haben Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsregelungen sowie betriebliche Regegelungen nach Maßgabe von §§ 1 I Halbs. 2, 4 I TVG Rechtsnormcharakter. Im normativen Teil wirkt der Tarifvertrag **unmittelbar** und **zwingend** auf die ihm unterfallenden Arbeitsverhältnisse ein, dh seine Regelungen gelten ohne weiteren Transformationsakt (unmittelbar) und unabdingbar (zwingend).[38]

VI. **Bindung an den Tarifvertrag**

Die normative Wirkung des Tarifvertrags erfasst ein Arbeitsverhältnis aber nur, wenn es in den vereinbarten *Geltungsbereich* des Tarifvertrags fällt (dazu unter 1.) und – jedenfalls bei Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen – die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite *tarifgebunden* sind (dazu unter 2.).

1. **Geltungsbereich**

Hier gilt es den räumlichen, zeitlichen, betrieblichen und fachlichen und persönlichen Geltungsbereich zu unterscheiden.

Der **räumliche Geltungsbereich** betrifft beim Verbandstarifvertrag das gesamte Gebiet (Bund, Land, Landesteil, Kreis, einzelne Gemeinden), beim Firmentarifvertrag den Betrieb oder das Unternehmen.

Der **zeitliche Geltungsbereich** hängt von den Bestimmungen im Tarifvertrag über dessen Beendigung ab. In Betracht kommen Befristungsregelungen, bei einem unbefristeten Tarifvertrag dessen Kündigung oder eine einvernehmliche Aufhebung durch beide Tarifvertragsparteien. Beachte: Nach § 4 V TVG wirken Tarifverträge nach ihrem Ende nach, bis sie durch Einzelvereinbarung, Dienstvereinbarung oder einem neuen Tarifvertrag ersetzt werden.[39] Im Nachwirkungszeitraum abgeschlossene Arbeitsverhältnisse werden von dem Tarifvertrag nicht erfasst.[40]

Der **betriebliche Geltungsbereich** beschränkt die Geltung des Tarifvertrags auf bestimmte Arten von Betrieben. Tarifverträge erfassen grds. vollständig die Betriebe eines ganzen Wirtschaftszweiges.

Der **fachliche Geltungsbereich** grenzt die Anwendbarkeit des Tarifvertrags nach der Art der Tätigkeit ab (zB § 1 II Buchst. n, o TVöD), der **persönliche Geltungsbereich** nach Merkmalen persönlicher Art (zB § 1 II Buchst. a, b TVöD).

2. **Tarifgebundenheit**

a) **Beiderseitige Tarifbindung**

Für Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen entfaltet ein Tarifvertrag seine Wirkung nur für tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber.[41] Tarifgebunden sind die **Mitglieder der tarifschließenden Partei**, beim Firmentarifvertrag auch der einzelne Arbeitgeber, vgl. § 4 I 1, 3 I TVG.

---

[38] Weber, in: Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 1 Rn. 93.
[39] Weber, in: Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 1 Rn. 98 mwN. Der nachwirkende Tarifvertrag verliert also seine zwingende Wirkung. Die Nachwirkung ist als solche abdingbar.
[40] BAG NZA 2003, 570.
[41] Weber, in: Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 1 Rn. 101.

Verbandsaustritt oder Verbandswechsel vor Ablauf des Tarifvertrags befreien den Arbeitgeber nicht von der Tarifwirkung, die Tarifgebundenheit bleibt nach § 3 III TVG bis zum Ablauf des Tarifvertrags bestehen (sog. **Nachbindung**).[42]

Eine etwa fehlende Tarifgebundenheit ist unschädlich, wenn sie durch eine **Allgemeinverbindlicherklärung** ersetzt wird. Nach § 5 TVG kann durch eine Allgemeinverbindlicherklärung die normative Wirkung eines Tarifvertrags unter bestimmten Voraussetzungen vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) auch auf bisher nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt werden. Im öffentlichen Dienst ist davon bisher kein Gebrauch gemacht worden.

b) **Einzelvertragliche Inbezugnahme**

Die Anwendung eines Tarifvertrags kann auch im Arbeitsvertrag vereinbart werden. Im öffentlichen Dienst ist eine solche Bezugnahme üblich, da nur wenige der Arbeitgeber und Arbeitnehmer Mitglieder der Verbände sind, die den TVöD abgeschlossen haben. Der TVöD kommt daher in den wenigsten Fällen über § 3 TVG zur Anwendung. Häufig wird er auf freiwilliger Basis über §§ 145 ff. BGB in den Arbeitsvertrag einbezogen. Auf diese Weise erstreckt sich der Inhalt eines Tarifvertrags auch auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer oder Arbeitgeber (sog. **einzelvertragliche Bezugnahme**). Da der Tarifvertrag aber nur kraft Vereinbarung gilt, wirkt er nicht normativ. Dementsprechend unterliegt eine Änderung der Inbezugnahme auch den üblichen Regeln für die Änderung von Arbeitsverträgen (Änderungskündigung, Änderungsvertrag).

Eine einzelvertragliche Inbezugnahme kann sich auf einen konkreten Tarifvertrag oder aber auf einen Tarifvertrag in seiner jeweils geltenden Fassung beziehen. Im zweiten Fall handelt es sich um eine **dynamische Inbezugnahme**. Die dynamische Wirkung einer (formulararbeitsvertraglichen) Inbezugnahmeklausel verliert nach der Rechtsprechung des BAG auch nach dem Verbandsaustritt des Arbeitgebers nicht ihre Wirkung, sofern sich aus der Klausel nicht eindeutig etwas anders ergibt.[43] Eine Dienstvereinbarung kann hingegen keine allgemeine Inbezugnahmeklausel enthalten. Tarifvorbehalt und Tarifvorrang (§ 63 I BPersVG) schließen dies aus.[44]

3. **Beginn und Ende der Tarifgebundenheit**

a) **Beginn der Tarifgebundenheit**

Die Tarifgebundenheit beginnt dann, wenn die hierfür erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Das bedeutet, dass gem. § 3 I TVG sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer – nach vereinsrechtlichen Gesichtspunkten – Mitglieder der tarifschließenden Verbände sein müssen.[45] Des Weiteren muss der jeweilige Tarifvertrag nach seinen eigenen Vorschriften abgeschlossen und in Kraft getreten sein. Deshalb beginnt die Tarifbindung auch dann, wenn ein gültiger Tarifvertrag vorliegt, der Arbeitgeber dann aus dem Arbeitgeberverband austritt und der Arbeitnehmer danach in die tarifschließende Gewerkschaft eintritt.[46] Soweit im Tarifvertrag zulässige rückwirkende Vorschriften vereinbart wurden, stellt sich die Frage, inwiefern diese Regelungen auch für neu eingetretene Mitglieder gelten. Die betreffenden Regelungen können nur für die Zeit ab Tarifbindung gelten, also ab der beiderseitigen Verbandsmitgliedschaft.[47]

b) **Ende der Tarifgebundenheit**

[42] Dazu Weber, in: Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 1 Rn. 102 mwN.
[43] BAG NZA 2006, 607, NZA 2007, 965.
[44] Weber, in: Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 1 Rn. 105; aA Müller/Preis, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Rn. 117, der die Inbezugnahme einzelner Klauseln des Tarifvertrags in Dienstvereinbarungen für zulässig erklärt.
[45] Giesen, in: BeckOK ArbR § 3 TVG Rn. 19.
[46] BAG 18.05.2011, AP TVG § 3 Nr. 15; Giesen, in: BeckOK ArbR § 3 TVG Rn. 19 und § 4 TVG Rn. 64.
[47] Giesen, in: BeckOK ArbR § 3 TVG Rn. 19.

Die Tarifgebundenheit endet nach der Regel des § 3 I TVG dann, wenn für die Beteiligten die hierfür erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen wegfallen (siehe zur erweiterten Tarifgebundenheit bei Fortgeltung gem. Abs. 3 unter VII. 3. Nachbindung) oder wenn die Geltung des Tarifvertrags endet (beachte hier die Nachwirkung gem. § 4 V TVG). Sobald also der Tarifvertrag nicht mehr gilt oder die Verbandsmitgliedschaft des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers beendet ist, endet auch die Tarifgebundenheit nach § 3 I TVG.[48] Entscheidend ist auch hier wieder das Vereinsrecht, so dass ggf. eine entsprechende Kündigungsfrist gewahrt sein muss.

VII. **Zur normativen Geltung von Tarifverträgen**

1. **Geltungsgrund beiderseitige Tarifgebundenheit**

Nach den Bestimmungen des TVG gelten tarifvertragliche Bestimmungen über den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen als (Inhalts-)Normen, also wie Gesetzesbefehle ohne Zustimmung oder auch nur Kenntnis der Unterworfenen im Einzelfall, wenn **Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden** sind (**§ 4 I TVG**).

Auf Arbeitnehmerseite bedarf es dafür der **Mitgliedschaft** in einer der am Tarifabschluss beteiligten **Gewerkschaften**. Auf Arbeitgeberseite kommt eine Tarifgebundenheit in Betracht aufgrund eigener **Beteiligung am Tarifabschluss** – so beim Bund und bei den an der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) beteiligten Bundesländern –, oder aufgrund der Mitgliedschaft in dem hieran beteiligten Arbeitgeberverband oder – im Bereich der kommunalen Arbeitgeber –aufgrund der Mitgliedschaft in einem Verband (zB KAV Bayern), der Mitglied einer Tarifvertragspartei ist (zB VKA) oder sie ermächtigt hat, für ihn den betreffenden Tarifvertrag zu verhandeln und abzuschließen.[49]

2. **Die normative Wirkung als Mindestarbeitsbedingungen**

Aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit geltende Tarifverträge **gestalten nicht die Arbeitsverträge** der Tarifunterworfenen im tariflichen Sinn inhaltlich um. Sie wirken vielmehr als Normen Verhalten steuernd auf die Arbeitsvertragsparteien ein. Sie begründen im Arbeitsverhältnis unabhängig vom Individualvertrag Rechte und Pflichten. Solchermaßen normativ geltende Tarifverträge wirken zu Gunsten der Arbeitnehmer **einseitig zwingend**. Für die Arbeitnehmer *ungünstigere* arbeitsvertragliche Bestimmungen sind für die Dauer der Tarifgeltung verdrängt (§ 4 III TVG).[50]

Die Frage, ob eine bestimmte Regelung für einen Arbeitnehmer **günstiger oder ungünstiger** ist, kann im Einzelfall schwierig zu beantworten sein. Die Rechtsprechung wählt hier als Ansatz den sog. **Sachgruppenvergleich**. Dabei werden nicht die einander gegenüberstehenden Regelwerke als Ganzes geprüft. Die Bestimmungen von Individualvertrag und zwingendem Tarifvertrag werden vielmehr nur innerhalb der Sachgruppe der Regelungen aus der Sicht der durch das Tarifvertragssystem geschützten Beschäftigten verglichen.[51] Es sind also zB nur die Entgeltbestimmungen, Urlaubsregelungen oder Arbeitszeitfestlegungen im Arbeitsvertrag mit den hierzu getroffenen Regelungen in dem normativ geltenden Tarifvertrag zu vergleichen.[52]

3. **Nachbindung nach Verbandsaustritt und Wechsel in den OT-Status**

a) **Nachbindung nach Verbandsaustritt**

[48] Giesen, in: BeckOK ArbR § 3 TVG Rn. 20.
[49] Bepler, in: BeckOK Anh. § 1 TVöD Rn. 1.
[50] BAG NZA 2008, 649.
[51] Bepler, in: BeckOK Anh. § 1 TVöD Rn. 2.
[52] BAG NZA 1999, 887; NZA 2010, 53; NJOZ 2014, 59; vgl. auch Däubler/Deinert TVG § 4 Rn. 653 ff.

Verbände können grundsätzlich nur für ihre Mitglieder Tarifverträge abschließen. Die Normwirkung von Tarifverträgen bedarf daher der Legitimation der Normunterworfenen durch deren Mitgliedschaft in einer der tarifschließenden Organisationen.[53] Der Austritt aus dem am Tarifabschluss beteiligten Verbandes beendet die durch Mitgliedschaft vermittelte Tarifgebundenheit des betreffenden Arbeitgebers oder Arbeitnehmers und der Tarifvertrag würde seine normative Wirkung verlieren.

Eine wichtige **Spezialregelung** zum beschriebenen Wegfall der Tarifgebundenheit durch Beendigung der Verbandsmitgliedschaft ist **§ 3 III TVG** mit seiner dort festgelegten **Nachbindung** geregelt. Die Bestimmung gilt für Arbeitnehmer wie für Arbeitgeber gleichermaßen.[54] Sie ändert zwar am Wegfall der die Tarifbindung vermittelnden Verbandsmitgliedschaft nichts. Die **Tarifgebundenheit** bleibt aber trotz Verbandsaustritts **kraft gesetzlicher Anordnung** – zu ergänzen ist: „nach Wirksamwerden des Verbandsaustritts an die Tarifverträge, die zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens bereits bestanden" – bestehen, bis der betreffende Tarifvertrag oder die betreffenden Tarifverträge enden.[55] Bis zu diesem Zeitpunkt behalten die betreffenden Tarifverträge ihre unmittelbare und zwingende Wirkung.

b) **Nachwirkung**

Nach § 4 V TVG gelten die Rechtsnormen eines Tarifvertrags (nicht sein schuldrechtlicher Teil) nach seinem Ablauf weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Der Sinn der Regelung liegt darin, nach dem Ende eines Tarifvertrags die von ihm geregelten Rechtsverhältnisse nicht „inhaltsleer" werden zu lassen, sondern sie einstweilen durch den alten Tarifvertrag zu regeln, bis eine neue Abmachung dieses Regelungsdefizit wieder auffüllt.[56] Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die theoretisch unendliche Dauer der Nachwirkung hat das BAG zutreffend mit der Begründung zurückgewiesen, dass sie stets durch anderweitige Abmachungen abgelöst werden kann.[57] Soweit der Tarifvertrag zuvor auf Grund einer entsprechenden Regelung des TVG gegolten hat, tritt die Nachwirkung mit dem Ende des Tarifvertrags ein. In vielen Fällen, in denen die Voraussetzungen für die Tarifvertragsanwendung enden, sind allerdings die diesbezüglichen Sonderregelungen zu beachten. Vorrangig vor der Regelung in § 4 V TVG gelten insbes. die Vorschriften über die Rechtsnachfolge auf Arbeitgeberseite nach § 613a BGB. Die Nachwirkung besteht nicht für nach Tarifende begonnene Arbeitsverhältnisse.[58] Eine Ausnahmen besteht bei Arbeitsvertragsschluss mit Beschäftigten, mit denen zuvor ein tarifgebundenes Ausbildungsverhältnis bestand[59] sowie für den Fall, dass arbeitsvertraglich auf ablaufende Tarifverträge eine vorbehaltlose umfassende Bezugnahme auf das gesamte Tarifwerk vorgenommen wird, ohne dass eigenständige Regelungen getroffen werden.[60] Abweichend von § 4 V TVG können bereits im Tarifvertrag selbst modifizierende Regelungen darüber getroffen werden, was nach seinem Ende gelten soll. So kann die Nachwirkung ausgeschlossen und sie kann befristet werden.[61]

c) **Wechsel in OT-Mitgliedschaft**

Dem Austritt aus dem Arbeitgeberverband mit der (unter 3. a) eben beschriebenen einschränkenden Wirkung steht der **Wechsel** des Arbeitgebers in den sog. **OT-Status**, in eine „Mitgliedschaft ohne Tarifbindung", gleich.[62] Mit satzungsgemäßem Wirksamwerden des Statuswechsels innerhalb des Arbeitgeberverbandes wird der betreffende Arbeitgeber tarifrechtlich wie

[53] Bepler, in: BeckOK Anh. § 1 TVöD Rn. 5.
[54] BAG NZA 2001, 1085.
[55] Bepler, in: BeckOK Anh. § 1 TVöD Rn. 6.
[56] Giesen, in: BeckOK ArbR § 4 TVG Rn. 60.
[57] BAG AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 41.
[58] BAG 26.10.1983, AP TVG § 3 Nr. 31.
[59] BAG NZA 2008, 886, 887.
[60] BAG NZA 2007, 1369; Giesen, in: BeckOK ArbR § 4 TVG Rn. 64.
[61] BAG AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 12; NZA 2013, 220 ff.; Giesen, in: BeckOK ArbR § 4 TVG Rn. 65.
[62] Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen für diese Mitgliedschaftsform vgl. BAG NZA 2006, 1225; 2008, 1366; NZA 2010, 105; NZA 2010, 102; Deinert, Schranken der Satzungsgestaltung beim Abstreifen der Verbandstarifbindung durch OT-Mitgliedschaften, RdA 2007, 83.

ein zum gleichen Zeitpunkt aus dem Verband ausgetretener Arbeitgeber behandelt.[63] Wechselt ein Vollmitglied während laufender Tarifverhandlungen zur „OT-Mitgliedschaft“ (sog. „Blitzwechsel“), so ist für die tarifrechtliche Wirksamkeit dieses Wechsels laut BAG erforderlich, dass die an den Verhandlungen beteiligte Gewerkschaft so rechtzeitig hierüber informiert wird, dass sie noch während der laufenden Tarifverhandlungen hierauf reagieren kann.[64] Erfolgt die Information zu spät oder gar nicht, ist das entsprechende Mitglied nach dieser Rechtsprechung trotz eines wirksamen Wechsels in die „OT-Mitgliedschaft“ gem. § 3 I TVG an den Tarifvertrag mit dem Inhalt gebunden, der den Verhandlungen zu Grunde lag.[65] Nach der Rechtsprechung des BAG kann ein Wechsel zur „OT-Mitgliedschaft“ auch dann noch erfolgen, wenn das Verhandlungsergebnis schriftlich festgehalten, aber der Tarifvertrag noch nicht unterschrieben wurde.[66]

VIII. **Das Tarifeinheitsgesetz**

1. **Regelungsinhalt**

Trotz heftiger Kritik[67] hat der Bundestag am 22.05.2015 das sog. „Tarifeinheitsgesetz“ verabschiedet, welches am 10.07.2015 in Kraft getreten ist. Ziel des Gesetzes für eine Tarifeinheit soll es sein, „die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern“. Nach der Begründung im Gesetzesentwurf werde diese gefährdet, wenn in einem Unternehmen mehrere Gewerkschaften für eine Berufsgruppe Tarifabschlüsse durchsetzen wollen. Dieses Phänomen wird als „Tarifkollision“ bezeichnet und birgt laut Begründung die Gefahr einer Beeinträchtigung der Tarifautonomie, und zwar dadurch, dass die Koalitionen der ihnen durch Art. 9 III GG übertragenen Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens nicht mehr gerecht werden können. Zur Sicherung der Schutzfunktion, Verteilungsfunktion, Befriedungsfunktion sowie Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrags sollen Tarifkollisionen im Betrieb daher vermieden (§ 4a I TVG). Das Gesetz sieht nun vor, die Tarifeinheit in einem Betrieb im Falle von Konflikten nach dem Mehrheitsprinzip zu ordnen. Können sich Gewerkschaften mit sich überschneidenden Tarifverträgen nicht einigen, soll künftig nur der Tarifvertrag der Gewerkschaft gelten, die im Betrieb die meisten Mitglieder hat (§ 4a II 2 TVG[68]).

Die Belange der Minderheitsgewerkschaften sollen durch „flankierende Verfahrensregeln“ berücksichtigt werden. Dazu gehören ein vorverlagertes Anhörungsrecht gegenüber der Arbeitgeberseite und ein nachgeordnetes Nachzeichnungsrecht (§ 4a IV TVG). Mit diesen soll Nachteilen entgegengewirkt werden, die einer Gewerkschaft durch die Verdrängung ihres bereits abgeschlossenen Tarifvertrages durch die gesetzliche Tarifeinheit entstehen. Bestehenden Tarifverträgen wird darüber hinaus bis zu einem Stichtag ein Bestandschutz gewährt.

Außerdem wurde durch das Gesetz das das Arbeitsgerichtsgesetz entsprechend den Regelungen zur Tarifeinheit angepasst. Die Gerichte sollen über den im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag auf Antrag einer Tarifpartei mit bindender Wirkung für Dritte entscheiden. Die Mehrheitsverhältnisse innerhalb eines Betriebs sollen durch das „Vorlegen öffentlicher Urkunden“ bewiesen werden (§§ 58 III, 99 ArbGG).

---

[63] Bepler, in: BeckOK Anh. § 1 TVöD Rn. 7.
[64] BAG NZA 2008, 1366.
[65] Gießen, in: BeckOK § 1 TVG Rn. 4a.
[66] BAG DB 2010, 171, 172.
[67] Vgl. bspw. Hölscher, Das Tarifeinheitsgesetz: Kritik und Alternativen, ArbRAktuell 2015, 7 ff.; Schliemann, Fragen zum Tarifeinheitsgesetz, NZA 2014, 1250 ff.
[68] § 4a II TVG lautet: Der Arbeitgeber kann nach § 3 an mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gebunden sein. Soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden (kollidierende Tarifverträge), sind im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat. Kollidieren die Tarifverträge erst zu einem späteren Zeitpunkt, ist dieser für die Mehrheitsfeststellung maßgeblich.

2. **Kritik**

Orientiert man sich zunächst einmal an den Aussagen des BAG im Urteil vom 07.07.2010[69], mit welcher das Gericht den Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben hatte, so dass für dieselbe Beschäftigungsgruppe verschiedene Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften gleichzeitig zur Anwendung gelangen können, spricht einiges für die Verfassungswidrigkeit des Tarifeinheitsgesetzes.[70] Denn der Schutz der Tarifautonomie kann nicht als legitime Rechtfertigung für den Eingriff in die Koalitionsfreiheit herhalten, wie etwa in der Gesetzesbegründung angeführt wird. § 4a TVG begegnet deutlichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Mit den Neuregelungen zum Tarifeinheitsgesetz wird letztlich die vom BAG anerkannte Tarifpluralität abgeschafft: es sollen nur noch die Tarifverträge gelten, die von der Gewerkschaft mit der größeren Mitgliederzahl im Betreib abgeschlossen wurden. Die Auswirkungen für die Praxis sind enorm. Spartengewerkschaften sind in ihrer Existenz bedroht. Viele Betriebsräte müssen sich fragen, welche Tarifverträge in Zukunft in ihrem Betrieb gelten. Wie stellt man fest, wer mehr Mitglieder hat? Wer bezahlt den Notar, der notfalls eine Art „Volkszählung“ im Betrieb veranstalten muss?[71]

Ferner hat die Neuregelung in § 4a TVG erhebliche Auswirkungen auf das Arbeitskampfrecht.[72] Denn ob sich Sinn und Zweck des § 4a TVG – wie von der Regierung behauptet – in der bloßen Vermeidung kollidierender Tarifverträge erschöpft, darf durchaus bezweifelt werden. Das Gesetz vermeidet zwar im Normtext eine Regelung zum Streik der Minderheitsgewerkschaft. In der Begründung kommt indessen das krasse Gegenteil zum Ausdruck.[73] Streik mit dem Ziel, einen Minderheitstarifvertrag herbeizuführen, stigmatisiert die Begründung als unverhältnismäßig. Nach der ständigen Rechtsprechung[74] gewährleitet Art. 9 III GG kein Grundrecht auf Streik, losgelöst von seiner funktionalen Bezugnahme auf die Tarifautonomie. Ein nicht auf die Durchsetzung tariflicher Regelung bezogener Arbeitskampf wird deshalb als rechtswidrig angesehen.[75] Die Anwendung dieser Rechtsprechungsgrundsätze auf § 4a TVG wird den Minderheitsgewerkschaften quasi das Streikrecht als Arbeitskampfmittel und die Möglichkeit Tarifverträge abzuschließen nehmen. Für die mitgliederschwachen Arbeitnehmervertretungen würde dies das Aus bedeuten, denn eine Spartengewerkschaft, die keine eigenen Tarifverhandlungen führen und ein Ergebnis per Streik erzwingen kann, wird für ihre Mitglieder unattraktiv. Deshalb stellt das Tarifeinheitsgesetz meines Erachtens einen Angriff auf die verfassungsrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit dar, welcher zu massiven Beeinträchtigung der Tarifautonomie führen wird.

Mit dem am 11.07.2017 verkündetem Urteil[76] hat der Erste Senat des BVerfG entschieden, dass die Regelungen des Tarifeinheitsgesetzes weitgehend mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Die Auslegung und Handhabung des Gesetzes muss allerdings der in Art. 9 IIIGG grundrechtlich geschützten Tarifautonomie Rechnung tragen; über im Einzelnen noch offene Fragen haben die Fachgerichte zu entscheiden. Unvereinbar ist das Gesetz mit der Verfassung nur insoweit, als Vorkehrungen dagegen

---

[69] BAG AP Nr. 143 zu Art. 9 GG Rn. 18 ff.: „Die Rechtsnormen eines Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, gelten nach § 3 Abs 1, § 4 Abs 1 TVG in den jeweiligen von seinem Geltungsbereich erfassten Arbeitsverhältnissen eines Betriebes unmittelbar und zwingend. Diese durch das Tarifvertragsgesetz vorgesehene, auf das einzelne Arbeitsverhältnis bezogene Bindung wird nicht dadurch verdrängt, dass für den Betrieb kraft Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach § 3 Abs 1 TVG mehr als ein Tarifvertrag für Arbeitsverhältnisse derselben Art gilt, für die jeweiligen Arbeitsverhältnisse im Falle einer Tarifgebundenheit eines oder mehrerer Arbeitnehmer allerdings jeweils nur ein Tarifvertrag. Eine solche aufgrund unmittelbarer Tarifgebundenheit nach § 3 Abs 1 TVG eingetretene Tarifpluralität kann für die genannten Rechtsnormen nicht nach dem Grundsatz der Tarifeinheit dahingehend aufgelöst werden, dass hinsichtlich dieser Normen nur ein Tarifvertrag "für den Betrieb" gilt. Ein solcher Rechtsgrundsatz besteht nicht (zur Begründung vergleiche ausführlich Aufgabebeschluss BAG 21.01.2010 – 4 AZR 537/08 (A) Rn. 22 ff.)

[70] Ebenso Hölscher, ArbRAktuell 2015, 7, 8; Schliemann, NZA 2014, 1250, 1252; Bauer, DB 2014, 2715.

[71] Dazu Däubler/Bepler, Das neue Tarifeinheitsgesetz – Hintergründe und Anwendungsprobleme, 2016.

[72] Dazu Fischinger/Monsch, Tarifeinheitsgesetz und Arbeitskampf, NJW 2015, 2209 ff.

[73] Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), S. 11 zu Absatz 2.

[74] BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11.

[75] BAG 10.12.2002 – 1 AZR/02; Löwisch, DB 2015, 1102.

[76] BVerfG 11.07.2017, NZA 2017, 1789.

fehlen, dass die Belange der Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen bei der Verdrängung bestehender Tarifverträge einseitig vernachlässigt werden. Der Gesetzgeber muss insofern Abhilfe schaffen. Bis zu einer Neuregelung darf ein Tarifvertrag im Fall einer Kollision im Betrieb nur verdrängt werden, wenn plausibel dargelegt ist, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Belange der Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft ernsthaft und wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigt hat. Das Gesetz bleibt mit dieser Maßgabe ansonsten weiterhin anwendbar. Die Neuregelung war bis zum 31.12.2018 zu treffen.

Kein Anspruch der GDL auf Anwendung ihrer Tarifverträge (ArbG Berlin-Brandenburg 21.09.2021 – 30 Ca 5638/21): Die GDL hat keinen Anspruch auf Anwendung ihrer Tarifverträge. Die Unternehmen der Bahn wenden in den Betrieben, in denen sie von einer mehrheitlichen Organisation der Beschäftigten der Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft (EVG) ausgehen, die Tarifverträge der GDL zu Recht nicht an. Die Regelung in § 4 a Tarifvertragsgesetz ist nicht verfassungswidrig, entsprechend stützen sich die Unternehmen der Bahn zutreffend auf diese Regelung.

B. Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst – Überblick

I. Allgemeines

Im öffentlichen Dienst wird der Inhalt der Beschäftigungsverhältnisse weitgehend durch Tarifverträge bestimmt, die entweder für die beiderseits tarifgebundenen normativ gelten oder aber üblicherweise in den Arbeitsvertrag in Bezug genommen werden,[77] letzteres aus haushaltsrechtlichen Erwägungen und aus Gründen der gleichmäßigen Behandlung aller Mitarbeiter. Nachdem für die Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst über Jahrzehnte der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) maßgeblich war, ist mit der Tarifreform im öffentlichen Dienst im Jahr 2005 ein neues Tarifwerk in Kraft getreten.

Für den Bereich des **Bundes** und der **kommunalen Arbeitgeber** (VKA) gilt seit dem **01.10.2005** der **Tarifvertag für den öffentlichen Dienst** (TVöD).[78] Der TVöD ersetzt das vorhergehende Tarifrecht des Bundesangestelltentarifvertrages (BAT-O) und der Bundesmanteltarifverträge für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G/-O) bzw. Arbeiter des Bundes und der Länder (MTArb/-O). Mit dem TVöD wurde die Vereinheitlichung des Tarifwerks für Arbeiter und Angestellte sowie die Abkehr von der dienst-, alters- und familienbezogenen Bezahlung hin zu einem erfahrungsorientierten Entgeltsystem mit einheitlicher Entgelttabelle vollzogen. Der TVöD wird ergänzt durch die Tarifverträge zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Bund)[79] und zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA). Diese Tarifverträge regeln die Überleitung der am 30.09.2005 vorhandenen Beschäftigten aus dem abgelösten Tarifrecht in den TVöD.[80] Die Verhandlungen zu einer **Entgeltordnung** (TV EntgO Bund) für die Tarifbeschäftigten des Bundes sind nach langjährigen Verhandlungen rückwirkend zum **01.01.2014** in Kraft getreten. Sie lösen sämtliche alten Eingruppierungsnormen des alten BAT und des MTArb ab.[81]

Der TVöD in der Bundesfassung gilt für rund 128.000 Tarifbeschäftigte in der **unmittelbaren Bundesverwaltung**. Hinzu kommen noch die Tarifbeschäftigten bei Zuwendungsempfängern wie den Großforschungseinrichtungen (zB Helmholtz-Gemeinschaft

---

[77] Weber, in: Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 1 Rn. 108.

[78] Zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag Nr. 18 vom 25. Oktober 2020.

[79] Der TVÜ-Bund enthält Regelungen zur Überleitung der Beschäftigten ua zu Bewährungs- und Fallgruppenaufstiege (§ 8 TVÜ-Bund); Vergütungsgruppenzulagen (§ 9 TVÜ-Bund); Fortführung höherwertiger Tätigkeiten (§10 TVÜ-Bund); kinderbezogene Entgeltbestandteile (§ 11 TVÜ-Bund); Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 13 TVÜ-Bund: abweichende Regelung zu § 22 II TVöD AT) und Beschäftigungszeit (§ 14 TVÜ-Bund: grds. Anerkennung nicht für Zeiten in der DDR für Unkündbarkeit).

[80] Stier, in: BeckOK TVöD, § 1 TVöD-AT Rn. 1.

[81] Einzelheiten unter Teil II. C. Eingruppierung.

oder Fraunhofer- und Max-Planck-Gesellschaft), die regelmäßig den TVöD anwenden. Für ca. 240.000 Tarifbeschäftigte in der mittelbaren Bundesverwaltung (bspw. Deutsche Rentenversicherung, Bundesagentur für Arbeit) gelten Tarifverträge, die weitgehend an den TVöD (Bund) angelehnt sind.

II. **Regelungskonzept des TVöD**

Der TVöD für den öffentlichen Dienst besteht aus einem Allgemeinen Teil (TVöD AT) und einem Besonderen Teil (TVöD-BT).

1. **Allgemeiner Teil**

Der TVöD – Allgemeiner Teil gilt für tarifgebundenen Beschäftigte, die in einem Arbeitsverhältnis zum Bund oder zu einem Arbeitgeber stehen, der Mitglied eines Mitgliedsverbandes der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist (vgl. § 1 Abs. 1 TVöD).

2. **Besonderer Teil**

Die Besonderen Teile des TVöD knüpfen unmittelbar an den Allgemeinen Teil an und führen ihn spartenspezifisch fort. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um die folgend genannten Teile:

- **Besonderer Teil Verwaltung — (BT-V)**; getrennt für Bund und VKA
- Besonderer Teil Pflege- und Betreuungseinrichtungen — (BT-B)
- Besonderer Teil Krankenhäuser — (BT-K)
- Besonderer Teil Entsorgung — (BT-E)
- Besonderer Teil Flughäfen — (BT-F)
- Besonderer Teil Sparkassen — (BT-S)

Sie beginnen anschließend an den § 39 des Allgemeinen Teils mit § 40 und schließen ab mit § 59. Hier sind zahlreiche Sonderregelungen für den Bereich des Bundes und den VKA-Bereich gesondert geregelt. Unterteilt ist dieser Besondere Teil des TVöD in drei Abschnitte, jeweils für Bund und VKA anschließend an den Abschnitt VI des Allgemeinen Teils, beginnend mit dem Abschnitt VII Allgemeine Vorschriften (Bund und VKA) VII Sonderregelungen Bund bzw. Sonderregelungen VKA IX Übergangs- und Schlussvorschriften VKA.

Der Allgemeine Teil bildet in Verbindung mit dem jeweils maßgebenden Besonderen Teil den Tarifvertrag für die jeweilige Sparte (vgl. § 40 I 2 TVöD BT-V). Folglich funktionieren beide Teile dieses Vertrages nur im Verbund miteinander, nicht aber nebeneinander. Ihr Verhältnis zueinander ist somit bezogen auf den jeweils in Frage kommenden Besonderen Teil korrelierend. Der TVöD BT-Verwaltung übernimmt dabei für die anderen Spartentarifverträge eine Auffangfunktion, indem seine Regelungen vorbehaltlich einer speziellen Bestimmung in einem anderen Spartentarifvertrag für alle in § 1 TVöD genannten Beschäftigten gelten, vgl. § 40 TVöD BT-V.

3. **Überblick über die Regelungen TVöD BT-V**

a) **Allgemeine Vorschriften**

Geltungsbereich: Der BT-V gilt gem. § 40 I 1 BT-V für alle Beschäftigten, die unter den § 1 TVöD-AT fallen, soweit sie nicht von anderen Besonderen Teilen des TVöD erfasst sind.

Allgemeine Pflichten: § 41 BT-V regelt allgemeine Pflichten. Nach Satz 1 haben Beschäftigte die im Rahmen des Arbeitsvertrages geschuldete Leistung gewissenhaft und ordnungsgemäß auszuführen. Satz 2 regelt speziell die sog. politische Treuepflicht, wonach Beschäftigte des Bundes und anderer Arbeitgeber, in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten

wahrgenommen werden, sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung iSd Grundgesetzes bekennen müssen.

Überstunden: § 43 I BT-V regelt, dass Überstunden grundsätzlich durch Freizeit (spätestens nach drei Monaten) auszugleichen sind. Wenn ein Freizeitausgleich nicht erfolgt, entsteht ein Anspruch des Beschäftigten auf Zahlung eines Überstundenentgelts. Nach § 43 II BT-V sind für Beschäftigte der Entgeltgruppe 15 bei obersten Bundesbehörden Mehrarbeit und Überstunden durch das Tabellenentgelt abgegolten, dies gilt auch für Leiter von Dienststellen und deren Vertreter, die in die Entgeltgruppe 14 und 15 eingruppiert sind. Beschäftigte der Entgeltgruppen 13 und 14 in obersten Bundesbehörden erhalten nur dann ein Überstundenentgelt, wenn die Leistung der Mehrarbeit oder der Überstunden für sämtliche Beschäftigte der Behörde angeordnet ist; liegt eine solche Anordnung nicht vor, ist die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit ebenfalls durch das Tabellenentgelt abgegolten.

Reise- Umzugskosten, Trennungsgeld: § 44 I BT-V verweist hinsichtlich Reise- und Umzugskosten sowie Trennungsgeld auf die entsprechende Anwendung der beamtenrechtlichen Bestimmungen. § 44 II BT-V enthält Regelungen zu Dienstreisen betreffend ihre Anrechnung auf die Arbeitszeit.

b) **Sonderregelungen (Bund)**

Die Sonderregelungen für den Bereich des Bundes sind Bestandteil des TVöD; soweit die Vorschriften des TVöD AT nicht ersetzt bzw. abgeändert werden, gilt der TVöD AT. Die Sonderregelungen sind im Besonderen Teil Verwaltung (Bund), und dort im VIII. Abschnitt. Dabei enthält:

- § 45 BT-V: Sonderregelungen für Beschäftigte, die zu Auslandsdienststellen des Bundes entsandt sind,
- § 46 BT-V: Sonderregelungen für Beschäftigte des Bundesministeriums der Verteidigung,
- § 47 BT-V: Sonderregelungen für Beschäftigte des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur,
- § 48 BT-V: Sonderregelungen für Beschäftigte im forstlichen Außendienst und
- § 49 BT-V: Sonderregelungen für Beschäftigte als Lehrkräfte.

An dieser Stelle sei beispielhaft und auszugsweise auf die Sonderregelungen in § 45 BT-V für Beschäftigte, die zu Auslandsdienststellen des Bundes entsandt sind hingewiesen:

- Nach § 45 TVöD BT-V Nr. 3 kann der Arbeitgeber für diese Beschäftigten über die allgemeine ärztliche Untersuchung nach § 3 IV TVöD AT auch Untersuchungen auf Tropentauglichkeit anordnen.
- Nach Nr. 6 wird abweichend von § 8 TVöD AT ein Ausgleich für Sonderformen der Arbeit (Überstundenentgelt, Zeitzuschläge und Zulage) nicht gezahlt.
- Nach Nr. 7 wird die persönliche Zulage bei Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit nach § 14 III TVöD AT auch dann nicht gezahlt, wenn die Beschäftigten andere Beschäftigte oder Beamte während deren Heimaturlaubs länger als 1 Monate vertreten.
- Nach Nr. 8 zu § 15 wird das Tabellenentgelt werden Beschäftigten mit dienstlichem und tatsächlichem Wohnsitz im Ausland zu dem Tabellenentgelt auch Auslandsbezüge in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Bundesbesoldungsgesetzes gezahlt.
- Nach Nr. 9 zu § 21 – Entgelt im Krankheitsfall – wird das Tabellenentgelt und die Auslandsbezüge ohne Rücksicht auf die Beschäftigungszeit bis zum Tag vor der Rückreise vom Auslandsdienstort in das Inland gezahlt.

III. **Arbeitnehmerbegriff des TVöD**

Der TVöD unterscheidet sich von dem vorher geltenden Tarifvertragswerk des BAT unter anderem dadurch, dass die arbeitsrechtliche Trennung zwischen Angestellten einerseits und Arbeitern andererseits aufgehoben wurde. Der TVöD gilt daher für beide Typen von Arbeitsverhältnissen gleichermaßen.[82]

An die Stelle der alten Bezeichnungen tritt nach **§ 1 I TVöD** der Begriff **Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer**, die im nachfolgenden Text des Tarifvertrages durchgehend als **Beschäftigte** bezeichnet werden. Der Begriff „Beschäftigte" iSd TVöD stellt demzufolge einen Sammelbegriff für alle Arbeitnehmer und demnach auch für die im abgelösten Tarifrecht verwendeten Bezeichnungen Angestellte und Arbeiter dar.[83]

Der Begriff der Beschäftigten im vorgenannten Kontext setzt voraus, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht einer selbstständigen (weisungsgebundenen) Tätigkeit nachgehen und für diese ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis (Arbeitsvertrag) besteht (vgl. §§ 611, 611a BGB). Beamte werden nicht von dem Begriff der Beschäftigten erfasst. Ihre (Arbeits-)Tätigkeit beruht auf einem öffentlich-rechtlichen Sonderrechtsverhältnis (vgl. dazu Art. 33 IV GG) und nicht auf einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag.[84]

IV. **Tarifvertragsparteien**

1. **Arbeitgeberseite**

Der TVöD wurde auf **Arbeitgeberseite** von der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das **Bundesministerium des Innern** (BMI), für die Beschäftigten der Bundesministerien und der nachgeordneten Bundesbehörden abgeschlossen.

2. **Arbeitnehmerseite**

Auf der **Gewerkschaftsseite** wurde der TVöD mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und der tarifunion des dbb beamtenbund (dbb tarifunion), vertreten durch den Vorstand, abgeschlossen.

V. **Tarifgebundenheit nach dem TVöD**

Nach § 1 I TVöD gilt der TVöD für alle Beschäftigte, die in einem Arbeitsverhältnis (nicht zB Ausbildungsverhältnis oder freie Mitarbeit) zum Bund stehen. Es werden jedoch vom Geltungsbereich nur diejenigen Arbeitsvertragsparteien (unmittelbar) erfasst, die beiderseits tarifgebunden sind.

Die Regelungen des TVöD über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen stellen zwar **Rechtsnormen iSd § 4 I TVG** dar. Im Gegensatz zu Gesetzen und Rechtsverordnungen tritt die **normative Wirkung** der tariflichen Regelungen aber nicht gegenüber jedermann ein, der unter ihren Geltungsbereich fällt. Die Rechtsnormen gelten nur zwischen Arbeitsvertragsparteien, die beiderseits tarifgebunden sind (§ 3 I TVG). Die Feststellung, dass ein Arbeitnehmer von § 1 I TVöD erfasst wird, reicht somit nicht aus, um die Anwendbarkeit dieses Tarifvertrags zu begründen.[85] Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen also Mitglieder der Koalitionen sein. Geltungsgrund des TVöD ist die beiderseitige Tarifgebundenheit.

Auf Seiten des Bundes ist nur der **unmittelbare Bundesbereich tarifgebunden.** Der TVöD gilt daher für den Bereich der Bundesregierung und der nachgeordneten Verwaltungen und Betriebe. Nicht erfasst werden bspw. die nur der Aufsicht des Bundes unterstehenden Einrichtungen, insbesondere Organe der Selbstverwaltung, voll rechtsfähige bzw. rechtlich selbständige

[82] Stier, in: BeckOK TVöD, § 1 TVöD-AT Rn. 2.
[83] Stier, in: BeckOK TVöD, § 1 TVöD-AT Rn. 3.
[84] Stier, in: BeckOK TVöD, § 1 TVöD-AT Rn. 4.
[85] Stier, in: BeckOK TVöD, § 1 TVöD-AT Rn. 8.

bundesmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, zB die Bundesagentur für Arbeit oder die Deutsche Rentenversicherung Bund.

Über den tarifgebundenen unmittelbaren Bundesbereich hinaus kann der TVöD nur dann Anwendung finden, wenn (nicht tarifgebundene) Arbeitgeber ihn zur Grundlage **arbeitsvertraglicher Vereinbarungen** durch Inbezugnahme bzw. Verweis machen. Dies geschieht auf Grundlage der § 145 ff. BGB durch einzelvertragliche Inbezugnahme. Damit wird seine Geltung für das Arbeitsverhältnis einzelarbeitsvertraglich vereinbart ist. Auf die beiderseitige Tarifgebundenheit (§ 3 I TVG) kommt es für die Geltung des TVöD in einem Arbeitsverhältnis dann nicht an. Im Falle der arbeitsvertraglichen Inbezugnahme gelten die Regelungen des TVöD ebenso, wie wenn beiderseitige Tarifbindung vorläge.

Beachte: Die Rechtsnormen des TVöD wirken dabei nicht zwingend, dh ein Abweichen – auch zu Ungunsten der Beschäftigten – ist bei arbeitsvertraglicher Vereinbarung möglich! Ein Beispiel ist die 6-monatige Ausschlussfrist des § 37 TVöD. Dies ist für tarifgebundene Beschäftige zwingend. Eine weitere zweistufige Ausschlussfrist für die gerichtliche Geltendmachung wäre hier unwirksam. Bei arbeitsvertraglicher Bezugnahme des TVöD wäre diese hingegen zulässig.

Hinweis: Im Bereich der Bundesverwaltung wird der TVöD einzelvertraglich in Bezug genommen. Damit unterliegen die Arbeitsverhältnisse mit dem Bund der Geltung des TVöD. **§ 2 Muster für Arbeitsverträge** mit Beschäftigten, für die der TVöD gilt und die auf unbestimmte Zeit eingestellt werden lautet:[86] „Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), den besonderen Regelungen für die Verwaltung (TVöD – Besonderer Teil Verwaltung), dem Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Bund) und den diese ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich des Bundes jeweils geltenden Fassung."

[86] Entsprechend aktualisierte Arbeitsvertragsmuster des Bundes sind dem Rundschreiben vom 02.04.2015 (D5-31001/29#1) als Anlagen 1 bis 10 beigefügt. Mit dem Rundschreiben werden die aktualisierten Arbeitsvertragsmuster des Bundes bekannt gegeben. Die Arbeitsvertragsmuster werden zeitnah im Word-Format auf der Homepage des BMI als Download zur Verfügung gestellt.

C. Aktuelle Entwicklung des Tarifrechts – Tarifeinigung 2020

I. Überblick

In der dritten Verhandlungsrunde haben sich die Tarifvertragsparteien auf einen Tarifabschluss 2020 geeinigt. Die Vereinbarung gilt für eine Mindestlaufzeit von 28 Monaten, vom 1. September 2020 bis zum 31. Dezember 2022.

Mit Rundschreiben vom 5. Februar 2021 werden die Tarifverträge nach der Tarifeinigung 2020 im Unterschriftsverfahren bekannt gegeben sowie die ab 1. April 2021 anzuwendenden Entgelttabellen mit Hinweisen zur Zahlbarmachung gegeben. Mit Rundschreiben vom 14. Juni 2021 erfolgt - im Anschluss an das Unterschriftsverfahren - die angekündigte Veröffentlichung der finalen Fassungen der Tarifverträge zur Umsetzung der Tarifeinigung vom 25. Oktober 2020.

Rundschreiben vom 5. Februar 2021 (Az. D5-31002/54#9): Neuregelung der Entgelte für die Tarifbeschäftigten, Auszubildenden, Studierenden und Praktikanten des Bundes ab 1. April 2021. Rundschreiben vom 14. Juni 2021 (Az. D5-31002/54#9): Bekanntgabe der Tarifverträge nach Abschluss des Unterschriftsverfahrens.

II. Einzelheiten

1. Entgelterhöhung

Wesentlicher Bestandteil des Tarifabschlusses ist eine Erhöhung der Tabellenentgelte. Diese erfolgt in zwei Stufen:

- ab dem 1. April 2021 um 1,4 Prozent, mindestens aber 50,- EUR
- ab dem 1. April 2022 um weitere 1,8 Prozent.

2. Auszubildende und Praktikanten

Die Ausbildungs- und Praktikantenentgelte werden

- ab dem 1. April 2021 um 25,- EUR und
- ab dem 1. April 2022 um weitere 25,- EUR erhöht.

3. Die Studienentgelte werden

- ab dem 1. April 2021 um 50,- EUR und
- ab dem 1. April 2022 um weitere 25,- EUR pro Monat erhöht.

4. Weitere Entgelterhöhung

Neben den Tabellenentgelten wurde die Erhöhung zahlreicher weiterer Entgeltbestandteile vereinbart, z.B.

- Ausgleich für Sonderformen der Arbeit (§ 8 TVöD)
- Persönliche Zulage bei vorübergehender Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit (§ 14 Abs. 3 TVöD)
- Erschwerniszuschläge (§ 19 V TVöD)
- Zulagen nach dem TV EntgO Bund (z.B. Zulage für Vorarbeiter, Ausbildungszulage, Entgeltgruppenzulage, Zulagen für Beschäftige im Pflegedienst)
- Sonstige Entgeltbestandteile nach dem TVöD-BT-V

5. **Verlängerung der Altersteilzeit und des FALTER-Arbeitszeitmodells**

Die bestehenden Regelungen zur Inanspruchnahme von Altersteilzeit (Altersteilzeitarbeitsverhältnisses gemäß § 6 TV FALTER) und des FALTER-Arbeitszeitmodells (Arbeitszeitmodell nach § 13 TV FALTER) nach den Tarifverträgen zur Regelung flexibler Arbeitszeiten für ältere Beschäftigte des Bundes werden um weitere zwei Jahre, also bis zum 31. Dezember 2022 verlängert. Altersteilzeit sowie das FALTER-Arbeitszeitmodell müssen vor dem 1. Januar 2023 beginnen.[87]

6. **Übernahme von Auszubildenden**

Die bis zum 31. Oktober 2020 geltenden Regelungen zur Übernahme von Auszubildenden nach § 16a TVAöD - AT - werden bis 31. Dezember 2022 verlängert.

7. **Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung**

§ 33 II 4 TVöD wird dahingehend angepasst, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Tages der Zustellung des Zustimmungsbescheids des Integrationsamtes (ebenfalls) frühestens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Mitteilung im Sinne von § 33 II 3 TVöD endet.

8. **Corona-Sonderzahlung und Sonderprämie**

Die Tarifeinigung umfasst auch eine einmalige Corona-Sonderzahlung. Diese ist aufgrund der Eilbedürftigkeit für die Auszahlung bis zum Ablauf des laufenden Kalenderjahres 2020 in einem gesonderten Tarifvertrag geregelt worden, der nicht der Erklärungsfrist unterfällt (TV Corona-Sonderzahlung 2020, Anlage). Dieser Tarifvertrag ist bereits unterzeichnet worden. Nach dem TV Corona-Sonderzahlung 2020 vom 25.10.2020 haben Tarifbeschäftigte des Bundes bereits jetzt einen Anspruch auf eine einmalige Corona-Sonderzahlung. Die Höhe der Corona-Sonderzahlung ist nach Entgeltgruppen gestaffelt. Der persönliche Geltungsbereich des Tarifvertrags erfasst Tarifbeschäftigte des Bundes, die unter den Geltungsbereich des TVöD fallen (§ 1TVöD), also auch Kraftfahrerinnen und Kraftfahrer nach dem KraftfahrerTV Bund.[88]

[87] Zu den Voraussetzungen und zur Durchführung von Altersteilzeit und des FALTER-Arbeitszeitmodells vgl. Rundschreiben vom 31.10.2010 – D5 – 220 232-1/5).

[88] Einzelheiten BMI-Rs. v. 25.10.2020 - D5-31002/54#9.

Teil II Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst – Allgemeiner Teil

Nach Lektüre dieses Abschnitts können die Seminarteilnehmer

die Regelungen des TVöD für den Bundesbereich sicher anwenden, insbes.

rechtliche Fragen der Arbeitsverhältnisse der Tarifbeschäftigten anhand der Vorschriften des TVöD sicher beurteilen,

Problem bei der Begründung, Veränderung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Dienst erläutern,

Rechte und Pflichten bieder Vertragsparteien aus dem Beschäftigungsverhältnis einordnen und

den Prozess der Entgeltfindung der Tarifbeschäftigung nachvollziehen.

A. Allgemeine Vorschriften

Nach Lektüre dieses Teilabschnitts können die Seminarteilnehmer

den zeitlichen, räumlichen, betrieblichen sowie persönlichen Geltungsbereich des TVöD bestimmen und die Ausnahmen vom Geltungsberiech des TVöD benennen,

das Zustandekommen von Arbeitsverträgen nach dem TVöD erläutern,

die Nebenpflichten der Beschäftigten – die für ein Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst besondere Bedeutung haben – benennen,

Versetzung, Abordnung und Zuweisung als Mittel einer flexiblen Personaleinsatzplanung definieren und sicher voneinander abgrenzen.

Die §§ 1 bis 5 TVöD treffen grundsätzliche Regelungen über das Arbeitsverhältnis. Neben der Bestimmung des Personenkreises, für den der TVöD gilt, ist die Gestaltung des Arbeitsvertrages und der wesentlichen Nebenpflichten der Beschäftigten geregelt. Der Rahmen des Direktionsrechts des Arbeitgebers bei Versetzung, Abordnung, Zuweisung, Personalgestellung wird ebenso festgelegt wie die Grundsätze der Qualifizierung. Diese Vorschriften sind Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

Beachte: Im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen hat das BMI mit Rundschreiben vom 22. Dezember 2005 (D II 2 – 220 210-2/0) einführende Hinweise zur Durchführung der Abschnitte I und II sowie IV, V und VI des TVöD bekannt gegeben.

I. **Geltungsbereich (§ 1 TVöD)**

Der TVöD gilt für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Beschäftigte), die in einem Arbeitsverhältnis zum Bund stehen. Nicht vom Geltungsbereich des Tarifvertrages werden Beschäftigte bzw. Beschäftigtengruppen erfasst, deren Arbeitsverhältnisse einzelvertraglich geregelt sind bzw. für die spezielle Tarifverträge gelten.

1. **Zeitlicher Geltungsbereich**

Nach **§ 39 I TVöD** ist der Tarifvertrag zum **01.10.2005 in Kraft** getreten. Ab diesem Zeitpunkt hat sein zeitlicher Geltungsbereich begonnen. Der TVöD gilt für die am 30.09.2005 bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer, die mittels

eines Überleitungstarifvertrages (TVÜ-Bund bzw. TVÜ-VKA) auf diesen übergeleitet wurden. Zudem erfasst der TVöD die ab dem 01.10.2005 neu begründeten Arbeitsverhältnisse bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber.[89]

Der TVöD gilt bis zu seiner **Kündigung** mit einer Drei-Monatsfrist zum Schluss eines Kalenderhalbjahres durch eine der Tarifvertragsparteien (vgl. § 39 II TVöD). Dem Grundsatz der Nachwirkung von Tarifverträgen aus § 4https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=100&g=TVG&p=4 V TVG folgend, gelten nach dem Zeitpunkt des außer Krafttretens eines Tarifvertrages dessen Tarifnormen nach einer Kündigung weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Auf die nach der Kündigung neu begründeten Arbeitsverhältnisse finden die nachwirkenden Tarifvertragsnormen daher keine Anwendung. Eine diesbezüglich ausdrücklich anderslautende Vereinbarung der Vertragsparteien ist aufgrund der freien Vertragsgestaltung von Arbeitsverhältnissen möglich.[90]

Beachte: Die Nachwirkung gilt nach § 39 IV Buchst. g) TVöD nicht für die Eingruppierung.

2. **Räumlicher Geltungsbereich**

Räumlicher Geltungsbereich ist die Bundesrepublik Deutschland. Dies ergibt sich aus der Aufzählung der Arbeitgeber in § 1 I TVöD. Der TVöD ist auch auf Arbeitnehmer anzuwenden, die zu Dienststellen im Ausland entsandt werden.[91]

Eine Differenzierung der Tarifgebiete Ost und West wie in früheren Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst findet grds. nicht mehr statt. Diese Unterscheidung ist nur noch in wenigen Regelungen zu finden; bspw. in

- im Bereich der VKA bezüglich der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit im Tarifgebiet Ost durchschnittlich 40 Stunden wöchentlich, (§ 6 I Buchst. b), Änderung durch Änderungstarifvertrag vom 25.2020: ab 2022: 39,5 Stunden und ab 2023: 39 Stunden regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit
- hinsichtlich des Entgelts (§§ 15 ff.); seit dem 1.4.2008 ist der Bemessungssatz für alle Beschäftigten des Bundes auf 100 v. H. festgesetzt für VKA seit dem 1.1.2010,
- § 20 TVöD für Sonderzahlungen (bis zum Jahr 2020),
- § 30 TVöD für befristete Arbeitsverträge,
- § 34 TVöD für Kündigung des Arbeitsverhältnisses und
- § 37a ATV für die Zusatzversorgung.

Hinsichtlich der Vorschriften, die noch zwischen den Tarifgebieten unterscheiden, enthält § 38 I TVöD eine Begriffsbestimmung. § 38 I TVöD regelt, wer als Beschäftigter des „Tarifgebiets Ost“ (das ist das Beitrittsgebiet gem. Art 3 des Einigungsvertrages) anzusehen ist. Die übrigen Beschäftigten sind solche des „Tarifgebiets West“.

Die Regelungen für das **Tarifgebiet Ost** geltend unter folgenden Voraussetzungen:

- Das Arbeitsverhältnis muss in dem in Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet – das ist das Gebiet der neuen Bundesländer sowie das ehemalige Ost-Berlin – begründet worden sein. Hier kommt es nicht darauf an, wo der Arbeitsvertrag (ggf. zufällig) abgeschlossen wurde. Maßgebend ist vielmehr, wo das Arbeitsverhältnis seinen Mittelpunkt hat.[92]

[89] Stier, in: BeckOK TVöD, § 1 TVöD-AT Rn. 20.
[90] Stier, in: BeckOK TVöD, § 1 TVöD-AT Rn. 21.
[91] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 1 TVöD Rn. 19.
[92] Zur Abgrenzung der Tarifgebiete BAG 6.11.2003 – 6 AZR 454/02 –, ZTR 2004, 409; zum Begründungsort des Arbeitsverhältnisses vgl. BAG 15.11.2011 – 3 AZR 869/09.

- Der Bezug zu diesem Gebiet muss noch bestehen. Nach Ansicht der Tarifvertragsparteien sei der fortdauernde Bezug zum jeweiligen Tarifgebiet bereits Merkmal der „Begründung“ des Arbeitsverhältnisses.[93] Maßgeblich ist die Lage des Arbeitsplatzes, wenn sich der Schwerpunkt der Tätigkeit dort befindet.
- Wird das im Tarifgebiet Ost begründete Arbeitsverhältnis im Tarifgebiet West fortgesetzt, gelten deshalb ab diesem Zeitpunkt die für das Tarifgebiet West maßgebenden Vorschriften. Nach Rückkehr auf einen Arbeitsplatz im Beitrittsgebiet unterfällt das Arbeitsverhältnis wieder dem Tarifgebiet Ost. Dies Auffassung hat das BAG zum BAT-O vertreten.[94] Da die Tarifvertragsparteien an die Rechtsprechung des BAG anknüpfen, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die eine andere Auslegung des § 38 TVöD nahelegen würden.[95]

Beachte: § 38 I TVöD ist eine Ausnahmeregelung. Nach der Rechtsprechung handelt es sich um Ausnahmefälle, in denen das für das Tarifgebiet-Ost geltende Tarifrecht zur Anwendung kommt.[96] Das BVerfG hält die unterschiedliche Differenzierung wegen der unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnisse in den beiden Tarifgebieten für mit höherrangigem Recht vereinbar.[97]

3. **Betrieblicher Geltungsbereich**

Der **betriebliche Geltungsbereich** des TVöD umfasst **alle Behörden, Dienststellen, Einrichtungen und Betriebe des Bundes** und der Kommunen. Betriebe des Bundes sind öffentliche Unternehmen (Staatsunternehmen), die öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sind und im mehrheitlichen (mehr als 50 Prozent) oder vollem Eigentum des Bundes stehen. Darunter fallen auch die bundesunmittelbaren Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts. Kommunale Unternehmen und Betriebe mit rechtlich selbstständiger öffentlicher Rechtsform (selbstständiges Kommunalunternehmen, Anstalt und Stiftung des öffentlichen Rechts) oder in privater Rechtsform (GmbH und Aktiengesellschaft) fallen unter den Geltungsbereich des TVöD, wenn sie ordentliches Mitglied eines der VKA angehörenden kommunalen Arbeitgeberverbandes sind und damit die Voraussetzungen nach § 1 I TVöD erfüllen.[98]

[93] Howald, § 38 Rn. 3.
[94] BAG 15.7.1999 – 6 AZR 699/97, ZTR 2000, 169.
[95] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, TVöD, § 38 Rn. 4a.
[96] BAG 21.4.2010 – 4 AZR 750/08.
[97] BVerfG 9.8.2000 – 1 BvR 514/00.
[98] BeckOK TVöD/Stier TVöD-AT § 1 Rn. 23-24

Auf Seiten des Bundes ist nur der unmittelbare Bundesbereich tarifgebunden**.** Der TVöD gilt daher für den Bereich der **obersten Bundesbehörden**[99] (14 Bundesministerien und andere Bundesbehörden[100]) und der nachgeordneten Verwaltungen (**Bundesoberbehörden**[101] sowie der **Bundesmittel- und Bundesunterbehörden**[*102*]).

Exkurs: Nach Art. 87 II GG werden als bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts diejenigen sozialen Versicherungsträger geführt, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt. Nach Art. 87 III GG können außerdem für Angelegenheiten, für die der Bund die Gesetzgebungskompetenz hat, selbstständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes durch Bundesgesetz errichtet werden.

Hiervon hat der Bund bspw.[103] mit dem Gesetz über die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (**BImAG**) Gebrauch gemacht. Im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen wurde zum 01.01.2005 eine **bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts** errichtet. Die Bundesanstalt nimmt die ihr vom Bund übertragenen liegenschaftsbezogenen sowie sonstigen Aufgaben eigenverantwortlich wahr. Nach **§ 12 I BImAG** sind auf die Arbeitnehmer und Auszubildenden der Bundesanstalt die für Arbeitnehmer und Auszubildende des Bundes jeweils geltenden Tarifverträge und sonstigen Bestimmungen anzuwenden. Hier kommt der TVöD-Bund kraft Gesetzes zur unmittelbaren Anwendung. Eine Abweichung von den TVöD-Regelungen zu Ungunsten des Beschäftigten ist damit nicht möglich.

Entsprechendes gilt für die Beschäftigten der **Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht** (BaFin). Die BaFin ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts des Bundes mit Sitz in Frankfurt am Main und Bonn. Sie untersteht der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen. § 10 FinDAG (Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) regelt die unmittelbare Anwendung des TVöD-Bund und sonstiger Bestimmungen kraft Gesetzes auf die Beschäftigten und Auszubildenden der Bundesanstalt.

---

[99] Die o**bersten Bundesbehörden** üben die Aufsicht über die Bundesoberbehörden sowie über 78 Körperschaften, 23 öffentlich-rechtliche Stiftungen und 35 Anstalten aus. Grundsätzlich umfasst die Aufsicht die Rechtsaufsicht und die Fachaufsicht; in einigen Fällen – vor allem bei Selbstverwaltungskörperschaften – ist sie auf die Rechtsaufsicht beschränkt. Die Zuständigkeit der obersten Bundesbehörden erstreckt sich auf das gesamte Bundesgebiet.

[100] Zu den obersten Bundesbehörden zählen: Bundespräsidialamt (BPrA); Präsident des Deutschen Bundestages, soweit er als Behörde tätig wird; Bundestagsverwaltung; Sekretariat des Bundesrats; Präsident des Bundesverfassungsgerichts, soweit er als Behörde tätig wird; Bundesrechnungshof (BRH); Bundeskanzleramt (BKAmt); Beauftragter der Bundesregierung für Kultur und Medien; Presse- und Informationsamt der Bundesregierung (BPA)

[101] Die rund 70 **Bundesoberbehörden** bzw. obere Bundesbehörden sind solche, die einem Bundesministerium unmittelbar nachgeordnet sind, selbst jedoch keine eigene Rechtsfähigkeit besitzen und keine nachgeordneten Behörden haben. Die Zuständigkeit der Bundesoberbehörden erstreckt sich auf das gesamte Bundesgebiet. Beispiele: Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR); Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK); Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV); Bundespolizeipräsidium (BPOLP); Bundeskriminalamt (BKA); Bundesnachrichtendienst (BND); Bundesnetzagentur (BNetzA); Bundesversicherungsamt (BVAmt); Bundesverwaltungsamt (BVA); Bundeszentralamt für Steuern (BZSt); Deutsches Patent- und Markenamt (DPMA); Umweltbundesamt (UBA); Bundesamt für Justiz (BfJ)

[102] Die 36 **Bundesmittelbehörden** stehen zwischen den Bundesministerien und der unteren Verwaltungsebene. Sie sind örtlich nur für Teile des Bundesgebiets zuständig. Die über 200 **Bundesunterbehörden** sind den Mittelbehörden nachgeordnet und nur für ein kleineres Gebiet zuständig, zB die Wasser- und Schifffahrtsämter, Bundeswehr-Dienstleistungszentren oder die Hauptzollämter.

[103] Eine entsprechende Regelung findet sich in § 10 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) für die Beschäftigten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin).

Auch die **Bundesanstalt für den Digitalfunk der Behörde und Organisation mit Sicherheitsaufgaben** (BDBOS)[104] wurde durch Bundesgesetz als bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt errichtet. Nach § 14 BDBOS-Gesetz sind auf die Arbeitnehmer und Auszubildenden die jeweils geltenden Tarifverträge des Bundes anzuwenden. Der TVöD kommt kraft Gesetzes zur Anwendung.

Nicht erfasst vom unmittelbaren Anwendungsbereich des TVöD werden bspw. die nur der Aufsicht des Bundes unterstehenden Einrichtungen, insbesondere Organe der Selbstverwaltung, voll rechtsfähige bzw. rechtlich selbständige bundesmittelbare[105] Körperschaften (zB die Bundesagentur für Arbeit oder die Deutsche Rentenversicherung Bund), Anstalten (zB die KfW oder die Rundfunkanstalten) oder Stiftungen (zB Stiftung Preußischer Kulturbesitz) des öffentlichen Rechts.

Über den tarifgebundenen unmittelbaren Bundesbereich hinaus kann der TVöD nur dann Anwendung finden, wenn (nicht tarifgebundene) Arbeitgeber ihn zur Grundlage arbeitsvertraglicher Vereinbarungen durch Inbezugnahme bzw. Verweis machen.

4. **Persönlicher Geltungsbereich**

a) **Tarifvertragsparteien**

Der **persönliche Geltungsbereich** des TVöD umfasst alle tarifgebundenen Beschäftigten eines Arbeitgebers, der seinerseits tarifgebunden ist. Die Tarifgebundenheit ergibt sich aus §§ 3, 4 TVG. Nach § 3 I TVG sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist, tarifgebunden.[106] Auf Gewerkschaftsseite sind die Mitglieder der Gewerkschaften ver.di und dbb tarifunion tarifgebunden. Auf Arbeitgeberseite ist tarifgebundener Arbeitgeber die Bundesrepublik Deutschland.

§ 4 I TVG folgend ist der TVöD auf alle Arbeitsverhältnisse anzuwenden, wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber tarifgebunden sind (normative Wirkung). Die tarifvertraglich getroffenen Regelungen sind unabdingbar und gelten zwingend zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses. Im Fall der Tarifgebundenheit sind zudem nach § 4 III TVG abweichende Abmachungen nur dann zulässig, soweit sie durch Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten (Günstigkeitsprinzip).

b) **Nicht tarifgebundene Arbeitgeber**

Nicht **tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien** können das Arbeitsverhältnis durch Vereinbarung im Arbeitsvertrag dem Tarifrecht unterstellen.[107] Durch diesen Verweis ist es möglich, auch für nicht tarifgebundene Beschäftigte den Tarifvertrag anzuwenden und eine Gleichstellung mit den gewerkschaftlich organisierten Beschäftigten zu erreichen. Zu beachten ist jedoch, dass für die nicht tarifgebundenen Beschäftigten die Tarifvertragsnormen nicht unmittelbar und zwingend wirken, sondern nur über den entsprechenden Verweis im Arbeitsvertrag. Eine Abweichung von den Tarifvertragsnormen zu Ungunsten der nicht

---

[104] Behörde im Geschäftsbereich des BMI. Sie hat auf Grundlage des BDBOS-Gesetzes die Aufgabe, das bundesweit einheitliche digitale Sprech- und Datenfunksystem für die Einsatzkräfte von Polizei, Feuerwehr, Rettungskräften sowie Katastrophen- und Zivilschutzbehörden im Bund und Ländern aufzubauen. BDBOS hat ihren Sitz in Berlin und ca. 550 Mitarbeiter.

[105] Von mittelbarer Bundesverwaltung spricht man hingegen, wenn die Verwaltungsaufgaben nicht durch eigene Behörden oder bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, sondern durch rechtlich selbständige Organisationen (Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des Bundes) wahrgenommen werden. – Vgl. Maurer, Allg. VerwR, § 21 Rn. 1 ff.

[106] Stier, in: BeckOK TVöD, § 1 TVöD-AT Rn. 25.

[107] BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

tarifgebundenen Beschäftigten ist daher mit deren Einverständnis im Gegensatz zu den direkt tarifgebundenen Beschäftigten möglich.[108]

5. **Ausnahmen vom Geltungsbereich (§ 1 II TVöD)**

Die Tarifvertragsparteien können bis zur Grenze der Willkür bestimmte Beschäftigtengruppen aus dem persönlichen Geltungsbereich des TVöD herausnehmen. Dies folgt aus dem insoweit gegenüber Art. 3 I GG vorrangigen Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art.9 III GG.

§ 1 II TVöD enthält die Ausnahmen vom Geltungsbereich (= sog. **negativer Geltungsbereich**). Die weit überwiegende Zahl der Ausnahmen sind für den Bereich des Bundes indes nicht relevant, daher sei an dieser Stelle nur auf die für den Bereich des Bundes interessierenden Ausnahmen kurz eingegangen.

a) **§ 1 II Buchstabe a TVöD**

Beschäftigte als **leitende Angestellte**, wenn ihre Arbeitsbedingungen einzelvertraglich besonders vereinbart wurden, sowie Chefärzte werden vom Geltungsbereich des TVöD ausgenommen. Wer zu den leitenden Angestellten gehört, wird im Arbeitsrecht nicht einheitlich beantwortet (zB §§ 14, 17 V Nr. 3 KSchG, § 22 II Nr. 2 ArbGG). Der TVöD nimmt die detaillierte Begriffsbestimmung in § 5 III BetrVG in Bezug. Danach handelt es sich um Beschäftigte, die rechtlich und tatsächlich typische Arbeitsausgaben mit einem eigenen erheblichen Entscheidungsspielraum wahrnehmen. Die leitenden Befugnisse müssen sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben (§ 5 III 2 BetrVG).[109]

Darüber hinaus bedarf es der *vertraglichen Regelung der Arbeitsbedingungen*. Das bedeutet aber nicht, dass die Bedingungen völlig vom TVöD abweichen müssen. Eine Bezugnahme auf Teile des Tarifvertrages ist möglich. Diese Einschränkung gilt nicht für Chefärzte. Nicht vom Geltungsbereich des TVöD ausgenommen sind dagegen die Stellvertreter der leitenden Angestellten.

b) **§ 1 II Buchstabe b TVöD**

Beschäftigte, die ein über das Tabellenentgelt der höchsten **Entgeltgruppe 15** (und der jeweiligen höchsten Stufe) hinausgehendes regelmäßiges Entgelt erhalten, fallen nicht in den Geltungsbereich des TVöD. Diese Beschäftigten zeichnen sich dadurch aus, dass sie kraft ihrer Entlohnung nicht mehr unter den persönlichen Geltungsbereich des TVöD fallen (außertarifliche Beschäftigte). Nach der Niederschriftserklärung zu § 1 II Buchst. b TVöD werden bei der Bestimmung des regelmäßigen Leistungsentgelts, Zulagen und Zuschläge nicht zu berücksichtigen. Sinkt das Entgelt während des Arbeitsverhältnisses unter den Grenzbetrag, gilt wieder der TVöD.

c) **§ 1 II Buchst. c TVöD**

Die Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich gilt für ortsansässige, also nicht entsandte, **Beschäftigte bei deutschen Dienststellen im Ausland** sowohl für Deutsche iSv Art. 116 GG (die werden allerdings idR entsandt sein und deshalb unter den TVöD fallen) wie für ausländische Staatsangehörige.[110]

---

[108] Zur Vereinbarung der Anwendung des TVöD im Arbeitsvertrag vgl. im Einzelnen Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 1 TVöD Rn. 44 ff.
[109] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 1 Rn. 13.
[110] Für nach dem 31.03.2000 eingestellte Arbeitnehmer gilt der TV Arbeitnehmer Ausland vom 30.11.2001.

d) **§ 1 II Buchstabe h TVöD**

Für **Auszubildende** gilt (neben dem BBiG) allein der TVAöD (Allgemeiner Teil)[111] und der TVAöD (Besonderer Teil BBiG)[112] vom 13.09.2005. Ein Praktikant wird im Rahmen einer Gesamtausbildung, ohne in einem Ausbildungsverhältnis zu stehen, zeitweilig betrieblich tätig, um praktische Kenntnisse und Erfahrungen zu sammeln. Es handelt sich um ein „anderes Vertragsverhältnis" iSd § 26 BBiG. Aus dem Geltungsbereich des TVöD ausgenommen sind insbesondere die Praktikanten, die dem TVPöD[113] unterfallen.

e) **§ 1 II Buchstabe i TVöD**

Beschäftigte, für die der **Eingliederungszuschuss** nach § 217 SGB III (jetzt § 81 SGB III) gezahlt wird. Nach § 88 SGB III können zur Eingliederung von Arbeitnehmer mit Vermittlungsschwierigkeiten Zuschüsse zum Arbeitsentgelt gezahlt werden, wenn deren Vermittlung wegen in ihrer Person liegender Umstände erschwert ist. Abreitnehmer, für die dem Arbeitgeber derartige Zuschüsse gezahlt werden, sind vom Geltungsbereich des TVöD ausgenommen. Entfällt der Zuschuss und wird das Arbeitsverhältnis fortgesetzt, gilt der TVöD, wenn die Geltung nicht aus einem anderen Grund ausgeschlossen ist.[114]

f) **§ 1 II Buchstabe l TVöD**

Leiharbeitnehmer von Personal-Service-Agenturen unterliegen nicht dem Geltungsbereich des TVöD, sofern deren Rechtsverhältnisse durch einen eigenen Tarifvertrag geregelt sind. In den Fällen, in denen zwischen den vorgenannten Beschäftigten und ihrem Arbeitgeber (Verleiher) ein Arbeitsvertrag unter Anwendung eines Tarifvertrages abgeschlossen wurde, sind die Regelungen des TVöD für diese Beschäftigtengruppe deshalb nicht anwendbar. Dies ist insbesondere dann kritisch zu beurteilen, wenn es sich bei dem Verleiher oder Entleiher um einen öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber handelt und die Regelungen des TVöD umgangen werden sollen.[115] Die Bedeutung der Vorschrift ist zweifelhaft, da zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.

g) **§ 1 II Buchstabe m TVöD**

Mit dem Buchstaben m) sind zur Erleichterung des personalwirtschaftlichen Aufwands für die Arbeitgeber die **geringfügig Beschäftigten** iSd § 8 I Nr. 2 SGB IV aus dem Geltungsbereich des TVöD herausausgenommen. Betroffen ist also nur der Teil der geringfügig Beschäftigten Arbeitnehmer, deren Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens 2 Monate oder 50 Arbeitstage (für die Zeit vom 01.01.2015 bis zum 31.12.2018: 3 Monate oder 70 Arbeitstage, vgl. § 115 SGB IV) nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt (zB Urlaubs- oder Krankheitsvertretungen, Saisonarbeiten, projektbezogene Beschäftigung) oder im Voraus vertraglich begrenzt ist. [116] Dies gilt nicht, wenn die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 450 € im Monat übersteigt. Als nicht berufsmäßig werden zB grundsätzlich Beschäftigungen zwischen Abitur und Studium angesehen.[117] Bei geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen nach § 8 I Nr. 1 SGB IV („450-Euro-Kräfte), bei denen das

[111] Tarifvertrag für Auszubildende des öffentlichen Dienstes (TVAöD) – Allgemeiner Teil – vom 13. September 2005, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag Nr. 7 vom 18. April 2018.
[112] Tarifvertrag für Auszubildende des öffentlichen Dienstes (TVAöD) – Besonderer Teil BBiG – vom 13. September 2005, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag Nr. 8 vom 18. April 2018.
[113] Tarifvertrag für Praktikanten des öffentlichen Dienstes vom 27. Oktober 2009, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag Nr. 7 vom 18. April 2018.
[114] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, TVöD, § 1 Rn. 29.
[115] Stier, in: BeckOK TVöD, § 1 TVöD-AT Rn. 35.
[116] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 1 Rn. 26.
[117] Rundschreiben vom 22.12.2005 sub. 2.

Arbeitsentgelt aus dieser Beschäftigung regelmäßig 450 € im Monat *nicht* übersteigt, findet der TVöD hingegen Anwendung. Anderenfalls läge ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 4 I TzBfG (vgl. § 2 II TzBfG) vor.[118]

h) **§ 1 II Buchstabe s TVöD**

Vom Geltungsbereich ausgenommen sind **Lehrbeauftragte** an Hochschulen, Akademien und wissenschaftlichen Forschungseinrichtungen sowie die künstlerischen Lehrkräfte. Die Herausnahme von angestellten **Professoren** aus dem Geltungsbereich des TVöD und der hiermit verbundene Ausschluss aus der Zusatzversorgung ist nach Ansicht des BAG mit Art. 3 I GG vereinbar, weil es sich um eine durch die Freiheit von Forschung und Lehre in besonderer Weise privilegierte Arbeitnehmergruppe handele, die mit den typischen Arbeitnehmern im Anwendungsbereich des TVöD nicht vergleichbar sei.[119] Nach der Tarifnorm sind **wissenschaftliche Hilfskräfte** vom Geltungsbereich des TVöD ausgeschlossen. Eine wissenschaftliche Hilfskraft nimmt solche wissenschaftlichen Hilfstätigkeiten wahr, für die ein abgeschlossenes Studium nicht erforderlich ist. Wissenschaftliche Dienstleistungen sind solche, mit denen bei Forschung und Lehre andere Hochschulangehöriger unterstützend zugearbeitet wird. Dazu gehört die Mitarbeit bei allen den Hochschullehren obliegenden Dienstaufgaben, so auch bei Prüfungen und bei der Unterstützung von Studenten im Studium.[120] Wissenschaftliche Hilfskräfte erbringen nebenberuflich mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit wissenschaftliche Dienstleistungen, auch wenn sie, nach Abschluss des Studiums, hauptberuflich iSd allgemeinen Arbeitsrechts im Rahmen eines (einzigen) Teilzeitverhältnisses tätig sind.

Ferner sind **studentische Hilfskräfte** vom Geltungsbereich des TVöD ausgenommen. Die TVP gehen davon aus, dass studentische Hilfskräfte Beschäftigte sind, zu deren Aufgaben es gehört, das hauptberufliche wissenschaftliche Personal in Forschung und Lehre sowie bei außeruniversitären Forschungseinrichtungen zu unterstützen. Ein als studentische Hilfskraft eingestellter Beschäftigter mit der Aufgabe, das Internetportal der Universitätsverwaltung zu überarbeiten, ist nicht als wissenschaftliche Hilfskraft tätig und damit nicht nach Buschstabe s) vom Geltungsbereich des TVöD ausgeschlossen. Nach Ansicht des BAG ist das Tatbestandsmerkmal der „wissenschaftlichen Hilfskraft“ nur dann erfüllt, wenn die ausgeübte Tätigkeit ihrer Art nach eine wissenschaftliche Dienstleistung ist.[121] Nicht mehr ausgenommen sind Verträgen mit Doktoranden; auch diese Beschäftigten werden nunmehr durchgehend als wissenschaftliche Mitarbeiter Tarifbeschäftigte

[118] BAG 25.04.2007, NZA 2007, 881; Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 1 Rn. 26.
[119] BAG 19.3.2002 – 3 AZR 121/01.
[120] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 1 Rn. 32.
[121] BAG 8.6.2005 – 4 AZR 396/04, ZTR 2006, 29.

II. **Arbeitsvertrag, Nebenabreden, Probezeit (§ 2 TVöD)**

Der TVöD enthält keine Regelungen über die Anbahnung und das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses. Die Regelungen in § 2 TVöD selbst betreffen nur die Form des Arbeitsvertrages und der Nebenabreden einschließlich deren gesonderter Kündbarkeit, die Dauer der Probezeit sowie die Zulässigkeit mehrerer Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber.

Absatz 1 des § 2 TVöD sieht vor, dass ein Arbeitsvertrag im Geltungsbereich des TVöD schriftlich abgeschlossen werden muss. Absatz 2 regelt die Begründung mehrerer Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber. Absatz 3 befasst sich mit Nebenabreden zum Arbeitsvertrag und regelt die Form der Nebenabrede (S. 1) sowie die Möglichkeit zur Kündigung (S. 2). Absatz 4 behandelt die Probezeit zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses.

1. **Begriff des Arbeitsvertrags (§ 2 I TVöD)**

Mit dem Arbeitsvertrag wird das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten begründet. Der Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande. Es handelt sich um einen schuldrechtlichen Vertrag, auf den die Regelungen des BGB Anwendung finden, hier ua die §§ 145 BGB ff.

Nach der **Rechtsprechung des BAG ist der Arbeitsvertrag** ein privatrechtlicher, personenrechtlicher gegenseitiger Austauschvertrag, durch den sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und der Arbeitgeber zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet.[122]

Beim Arbeitsvertrag handelt es sich um einen Sonderfall des Dienstvertrags nach § 611 BGB. Absatz 1 der Vorschrift regelt die Verpflichtungen der Vertragsparteien eines Dienstvertrags. Diese bestehen für den Dienstverpflichteten in der Leistung der versprochenen Dienste, für den Dienstberechtigten in der Gewährung der vereinbarten Vergütung. Kennzeichnend für den Dienstvertrag ist also die Leistung von Diensten gegen Entgelt. § 611 II BGB bestimmt, dass Gegenstand des Dienstvertrags jede Art von Diensten sein kann.

Die **Abgrenzung** des Dienstvertrags von anderen Verträgen hat Rechtsprechung und Lehre schon immer Probleme aufgegeben. Die Problematik ist im Laufe der Zeit eher noch größer geworden, da in einer Dienstleistungsgesellschaft ständig neue Formen von Dienstleistungen entstehen und angeboten werden, die sich auf Grund der Vielschichtigkeit des Leistungsinhalts einer einfachen Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp entziehen.[123]

Im Anwendungsbereich der §§ 611 ff. BGB ist zwischen zwei Grundformen des Dienstvertrags zu unterscheiden: dem Dienstvertrag des Selbständigen (sog. „freier Dienstvertrag“) und dem Arbeitsvertrag des abhängige Dienste leistenden Arbeitnehmers. Diese Unterscheidung findet sich im Text des BGB (etwa in den §§ 612a, 613a, 619a, 622, 623 BGB) wieder. Die Vorschriften zum Dienstvertrag nach §§ 611 ff. BGB sind grds. auf beide Vertragstypen anwendbar, soweit sie für Arbeitsverträge nicht durch spezielle Regelungen verdrängt werden. Die Abgrenzung zwischen Arbeitsverträgen und freien Dienstverträgen hat eine immense praktische Bedeutung, da auf erstere Verträge eine Vielzahl von speziellen Normen (zB Vorschriften im KSchG, im TzBfG, im BetrVG sowie im AGG) Anwendung finden und für Rechtsstreitigkeiten aus Arbeitsverträgen nicht die Zivilgerichte, sondern die Arbeitsgerichte zuständig sind (§ 2 I Nr. 3 ArbGG).

Als **Abgrenzungskriterium** sieht die h. M. die persönliche (nicht bloß wirtschaftliche) Abhängigkeit und die Weisungsgebundenheit des Dienstverpflichteten als maßgebliches Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft an.[124] Nach der Rechtsprechung des BAG unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines selbstständig Tätigen durch

[122] BAG AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 2.
[123] Fuchs, in: BeckOK § 611 BGB Rn. 10.
[124] Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 611 BGB Rn. 7.

den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete gegenüber dem zur Dienstleistung Berechtigten befindet. Einen normativen Anknüpfungspunkt enthält die Definition des § 84 I 2 Handelsgesetzbuch (HGB). Nach dieser Vorschrift ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Wer das nicht kann, ist Angestellter und damit Arbeitnehmer. Ein wichtiges Indiz für die persönliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten ist zudem die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Dienstberechtigten.

2. **Gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs**

Im Jahr 2016 wurde im BGB wurde in § 611a BGB eine Regelung zum „Arbeitsvertrag“ eingeführt:

„(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

(2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“

Die gesetzliche Definition in § 611a BGB schreibt lediglich die höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG fest und greift die bisherigen Abgrenzungskriterien auf. Ob damit die missbräuchliche Gestaltung des Fremdpersonaleinsatzes durch Beschäftigung in vermeintlich selbstständigen Dienst- und Werkverträgen verhindert werden kann, muss die praktische Anwendung dieser Vorschrift zeigen.

3. **Anbahnung und Abschluss des Arbeitsvertrags**

Da der Arbeitsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag ist, kommt der Vertrag zustande, wenn die Parteien geschäftsfähig bzw. rechtswirksam vertreten werden.

a) **Ausschreibung und Aufstellung eines Anforderungsprofils**

Vor Abschluss eines Arbeitsvertrages steht die Vertragsanbahnung, welche idR durch eine Stellenausschreibung eingeleitet wird. Hier gilt es folgende Fragen zu beantworten: Zum einen ist es umstritten, ob jede zu besetzende Stelle ausgeschrieben werden muss und ob es eine statusübergreifende Ausschreibungspflicht gibt. Sodann ist fraglich, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, den Bewerberkreis einzuschränken, etwa durch Bestimmung des Anforderungsprofils des zu besetzenden Arbeitsplatzes.[125]

aa) **Ausschreibung**

Mit Hilfe der Stellenausschreibung werden für offene Stellen die am besten geeigneten Bewerber gesucht. Grds. sind in § 6 II 2 BGleiG drei verschiedene Arten der Veröffentlichung einer Stelleausschreibung genannt. Die hausinterne Ausschreibung richtet sich nur an Angehörige derselben Dienststelle. Dienststellenübergreifende Stellenausschreibungen sind an Angehörige verschiedener Dienststellen gerichtet. Auf diese beiden Ausschreibungen können nur interne Bewerber, welche bereits

[125] Weiterführende Literatur: Hauck-Scholz, Neuigkeiten zur arbeitsrechtlichen Konkurrentenklage und Tipps für die Praxis, öAT 2016, 112 ff.; Vogel, Stellenausschreibung und Anforderungsprofile im öffentlichen Dienst, öAT 2016, 159 ff.; Salomon-Hengst, Fallstricke bei der Stellenbesetzung – Teil 1, öAT 2015, 184 und Teil 2, öAT 2015, 205; Günther, Das Einstellungsverfahren im öffentlichen Dienst, öAT 2017, 243.

Angehörige des öffentlichen Dienstes sind, bewerben. Demgegenüber richtet sich die öffentliche Ausschreibung an einen offenen (externen) Bewerberkreis.

(1) Besteht eine arbeitsrechtliche Ausschreibungspflicht?

(a) **Externe Ausschreibung**

Unter einer Ausschreibung ist die allgemeine Aufforderung an potentielle Bewerber, sich um eine freie Stelle zu bewerben, zu verstehen. Eine Ausschreibung freier Stellen ist weder gesetzlich noch tariflich ausdrücklich vorgesehen. Tarifliche Ausschreibungspflichten für Arbeitnehmer fehlen.[126] Für den Bereich des öffentlichen Dienstes wird, gestützt auf Art. 33 II GG, eine Ausschreibungspflicht für „öffentliche Ämter" – hierzu gehören auch die durch Arbeitnehmer zu besetzende Stellen im öffentlichen Dienst – gefordert.[127] Die Rechtsprechung lehnt diese Ansicht ab.[128] Es gibt damit weder eine tarifliche noch eine gesetzliche Pflicht, Stellen öffentlich auszuschreiben.

Hinweis: Nach der Rechtsprechung des LAG Hessen ist der öffentliche Arbeitgeber nicht verpflichtet, vor der befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers zur Elternzeitvertretung die Stelle auszuschreiben und ein Auswahlverfahren gemäß Art. 33 II GG durchzuführen.[129]

(b) **Interne Ausschreibung**

Von einer internen Ausschreibung spricht man, wenn der Arbeitgeber sämtliche bei ihm beschäftigte Arbeitnehmer oder eine bestimmte Gruppe hiervon schriftlich unter Bezeichnung des zu besetzenden Arbeitsplatzes und seiner Anforderungen zu Bewerbungen auffordert.[130] In Betrieben mit privater Rechtsform, die dem BetrVG unterfallen, kann der Betriebsrat eine solche Ausschreibung allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten verlangen (§ 93 BetrVG). Ein solches Verlangen hindert den Arbeitgeber nicht, die Stelle auch außerbetrieblich mit den gleichen Anforderungen auszuschreiben, etwa über Zeitungsannoncen.[131] Der unter Verstoß gegen eine nach § 93 BetrVG erforderlichen (internen) Ausschreibung erfolgten Einstellung kann der Betriebsrat seine Zustimmung verweigern.

Das BPersVG enthält keine dem § 93 BetrVG vergleichbare Vorschrift. Allerdings hat der Personalrat gem. § 75 III Nr. 14 BPersVG über das „Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten, die besetzt werden sollen", mitzubestimmen. Daraus kann der Personalrat aber keine interne Stellenausschreibung mittelbar über § 78 I Nr. 12 BPersVG herleiten.[132]

(c) **Stellenausschreibungspflicht**

Laut BVerwG – unter Verweis auf die Rechtsentwicklung – folgt die Stellenausschreibungspflicht jetzt für Beamte aus § 8 I BBG und für Beamte und Tarifbeschäftigte gleichermaßen aus § 6 II BGleiG (dazu sogleich unter c). Zur Ausschreibung verpflichtet ist der Dienststellenleiter vielfach auch aufgrund von Verwaltungsvorschriften oder aufgrund einer ständigen Übung der Dienststelle, nach der zu besetzende Arbeitsplätze regelmäßig ausgeschrieben werden.

---

[126] BVerwG 14.01.2010, PersR 2010, 322.
[127] Dafür Sächs. OVG 11.04.2001, ZBR 2001, 372 und 368
[128] BVerwG 13.10.1978, BVerwGE 56, 324, 327; nach der Rechtsprechung des BAG ist der öffentliche Arbeitgeber hingegen nicht verpflichtet, offene Stellen ausschließlich auf Grund von Ausschreibungen und Auswahlverfahren zu besetzen (BAG, NZA 2007, 1450). Dieses Ergebnis folgt auch aus einem Umkehrschluss aus § 6 II BGleiG. Wenn nämlich nur im Falle der Unterrepräsentanz eine Ausschreibung erfolgen soll, bedeutet dies, dass sonst eine Ausschreibung auch unterbleiben kann.
[129] LAG Hessen, 31.01.2017 – 13 Sa 573/16 – Leitsatz 2.
[130] BAG 23.02.1988, NZA 1988, 551; Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 2 Rn. 2.
[131] BAG 23.02.1988, NZA 1988, 551; Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 2 Rn. 2.
[132] So jetzt BVerwG 14.01.2010 – 6 P 10.09 unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung und bestätigt durch BVerwG 04.05.2012 – 6 PB 1.12; 24.06.2014 – 6 PB 36/13.

Beachte: Sieht die Dienststelle von einer an sich notwendigen Ausschreibung ab, ohne die Zustimmung des Personalrats eingeholt zu haben, so kann der Personalrat seine Zustimmung zur Einstellung verweigern (§ 78 I Nr. 1 BPersVG).[133]

Praxistipp[134]: Wenn nicht zwingende Gründe entgegenstehen, sollte sich der Arbeitgeber für eine Ausschreibung der Stelle entscheiden, weil andernfalls die Gefahr droht, dass die unterlassene Ausschreibung den Bewerbungsverfahrensanspruch nicht beteiligter potentieller Bewerber verletzt, sodass von ihnen das Verfahren mithilfe einer einstweiligen Verfügung zum Stillstand gebracht werden kann. Eine Ausschreibung hat den Vorteil, dass hierdurch der Bewerberkreis begrenzt und damit für den Arbeitgeber fassbar wird.

(2) Besteht eine statusübergreifende Ausschreibungspflicht?

Aufgrund des Funktionsvorbehalts des Art. 33 IV GG ist es rechtlich zulässig, bei hoheitlichen Aufgaben den Bewerberkreis auf Beamte zu beschränken. Ob eine Aufgabe als hoheitlich im vorgenannten Sinne zu qualifizieren ist, beurteilt sich nach dem zur Verfügung stehenden ordnungsbehördlichen Instrumentarium.[135] Zu berücksichtigen sind Inhalt und Umfang des ordnungsrechtlichen Instrumentariums, die Grundrechtsrelevanz des Verwaltungshandelns sowie die Prägung der Aufgabe von staatlichem Zwang sowie Unter- und Überordnung. Dies ist unstreitig in der sog. klassischen Eingriffsverwaltung, die mit der Vorbereitung und/oder Durchführung von Aufsichtsmaßnahmen betraut ist, gegeben.[136]

Gleichwohl ist es dem, öffentlichen Arbeitgeber unbenommen, Dienstposten, die dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG unterliegen, mit Arbeitnehmern zu besetzen.[137] Wird eine Stelle statusübergreifend ausgeschrieben, dürfen ohne sachlichen Grund keine Anforderungen gestellt werden, die nur von Beamten, nicht aber von Arbeitnehmern erfüllt werden können.[138]

(3) Bewerbungsfristen als Ausschlussfristen?

Ob ein Bewerber im Stellebesetzungsverfahren nach Ablauf der Bewerbungsfrist einzubeziehen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Das BAG[139] führt dazu ua aus: Bewerbungsfristen sind keine Ausschlussfristen; ihnen kommt ausschließlich eine Ordnungsfunktion zu. Der öffentliche Arbeitgeber ist deshalb berechtigt, nachträgliche Bewerbungen zurückzuweisen, wenn das Bewerbungsverfahren schon weit fortgeschritten ist oder die Auswahlentscheidung (intern) getroffen ist. Diese Grundsätze sind auch für die nachträgliche Offenlegung einer Schwerbehinderung anzuwenden.

---

[133] BVerwG 08.03.1988, ZTR 88, 469; Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 2 Rn. 3.

[134] Eine unterlassene, aber notwendige Ausschreibung hat zudem den weiteren Nachteil, dass der Arbeitgeber die aus Art. 33 II GG abgeleitete Benachrichtigungspflicht sowie Wartepflicht bis zum Vollzug der Personalmaßnahme nicht erfüllen wird, sodass – folgt man der Terminologie des BAG – der Bewerbungsverfahrensanspruch trotz zwischenzeitlicher Besetzung der Stelle mit dem ausgewählten Bewerber nicht „erschöpft“ ist, mit der fatalen Rechtsfolge, dass der unterlegene Bewerber nach wie vor eine Wiederholung des Auswahlverfahrens verlangen kann (Hauck-Scholz, öAT 2016, 112, 113).

[135] BAG NZA 2003, 798.

[136] Salomon-Hengst, öAT 2015, 184, 185 mwN.

[137] BVerfG, NVwZ 2012, 368.

[138] Salomon-Hengst, öAT 2015, 184, 185.

[139] BAG 18.11.2008, NZA 2009, 278 Rn. 52 ff.

bb) **Anforderungsprofil**

(1) Allgemeines zum Anforderungsprofil im öffentlichen Dienst

Grundsätzlich steht es nach der Rechtsprechung des BAG dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes im Rahmen seiner Organisationsgewalt frei, für zu besetzende Stellen ein Anforderungsprofil aufzustellen, dessen Erfüllung Voraussetzung für die Teilnahme am Bewerbungsverfahren ist.[140]

Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes hat vor der Besetzung jeder Stelle *zwingend* ein Anforderungsprofil festzulegen. Nur der am Besten geeignete Bewerber für die ausgeschriebene Stelle hat nach Art. 33 II GG einen Besetzungsanspruch. Eine leistungsbezogene Auswahl setzt im Verfahren voraus, dass zuvor für die zu besetzende Stelle ein konkretes Anforderungsprofil festgelegt wird. Dieses allein ermöglicht eine sachgerechte Prognose, wer von den Bewerbern die zukünftigen Aufgaben am besten erfüllen würde.[141] Durch die Bestimmung eines Anforderungsprofils für eine Stelle legt der öffentliche Arbeitgeber die Kriterien für die Auswahl der Bewerber im Voraus fest.[142] Das Anforderungsprofil stellt damit die Verbindung zwischen dem vom öffentlichen Arbeitgeber zu bestimmenden Charakter der Stelle und den von den Bewerbern zu erfüllenden Voraussetzungen her.[143] Die im Anforderungsprofil genannten leistungsbezogenen Auswahlkriterien müssen deshalb in einem engen inhaltlichen Zusammenhang mit den Anforderungen der zu besetzenden Stelle stehen. Durch das Anforderungsprofil sollen ungeeignete Bewerber aus dem Kreis der in das engere Auswahlverfahren einzubeziehenden Bewerber ausgeschlossen werden. Mit dem Anforderungsprofil wird somit die Zusammensetzung des Bewerberfelds gesteuert und eingeengt. Im Auswahlverfahren ist der Arbeitgeber (Dienstherr) an das von ihm entwickelte Anforderungsprofil gebunden, da er andernfalls in Widerspruch zu dem selbst gesteckten Ziel bestmöglicher Aufgabenwahrnehmung gerät.

Wird durch ein Anforderungsprofil eine geeignete Person von vornherein nicht berücksichtigt, stellt dies einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauslese dar.[144] Aus diesem Grund führen Fehler im Anforderungsprofil grundsätzlich zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, weil die Auswahlerwägungen dann auf sachfremden, nicht am Leistungsgrundsatz orientierten Gesichtspunkten beruhen.[145]

Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit des öffentlichen Arbeitgebers bei der Festlegung des Anforderungsprofils und der Eignungsmerkmale ergeben sich daraus, dass das Prinzip der „Bestenauslese“ für die zu besetzende Stelle gewährleistet werden soll. Die Festlegung des Anforderungsprofils muss deshalb im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle sachlich nachvollziehbar sein, dh es dürfen keine sachfremden Erwägungen zugrunde liegen. Insoweit unterliegt das Anforderungsprofil auch trotz eines dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes von Verfassungs wegen gewährten Beurteilungsspielraums einer gerichtlichen Kontrolle.[146]

Praxistipp[147]: Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen konstitutiven und deklaratorischen Merkmalen eines Anforderungsprofils. Konstitutive Merkmale sind solche, die im Hinblick auf die zu besetzende Stelle unverzichtbar sind und zum Ausschluss vom weiteren Auswahlverfahren berechtigen. Der konstitutive Teil des Anforderungsprofils ist ein objektiv

[140] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1280 Rn. 14.
[141] BAG 19.02.2008, NZA 2008, 1016 Rn. 32.
[142] Beachte: Auch die Arbeitsplatzausschreibungen müssen die Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes festlegen und im Hinblick auf mögliche künftige Funktionen der Bewerberinnen und Bewerber auch das vorausgesetzte Anforderungs- und Qualifikationsprofil der Laufbahn oder des Funktionsbereichs enthalten (§ 6 III BGleiG).
[143] BAG 19.02.2008, NZA 2008, 1016 Rn. 32; 10.02.2015, NZA 2015, 1280 Rn. 15.
[144] OVG Münster, Beschl. v. 16.12.2003, NVwZ-RR 2004, 236, 237.
[145] BAG 06.05.2014, BAGE 148, 123 Rn. 13 mwN; 10.02.2015, NZA 2015, 1280 Rn. 15; BVerfG, Beschl. v. 25.11.2011, NVwZ 2012, 368, 370.
[146] BAG 06.05.2014, BAGE 148, 123 Rn. 14.
[147] Hauck-Scholz, öAT 112, 114.

überprüfbarer Kriterienkatalog. Erfüllt ein Bewerber solche Anforderungen nicht, braucht er im weiteren Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Nicht jedes Merkmal eines Anforderungsprofils ist in diesem Sinne konstitutiv. Konstitutive Kriterien unterliegen der vollen gerichtlichen Kontrolle. Demgegenüber sind in dem deklaratorischen Teil Zusatzkriterien oder Qualifikationswünsche des Arbeitgebers (Dienstherrn) zu finden. Erfüllt ein Bewerber solch ein Kriterium nicht, stellt dies keinen Ausschlussgrund für das weitere Verfahren dar. Deklaratorische Kriterien unterliegen nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Hier kann lediglich auf die ordnungsgemäße Ermessensausübung abgestellt werden. Denkbar ist, dass fehlende Merkmale durch andere – im Anforderungsprofil nicht genannte – Merkmale kompensiert werden können und daher nicht zum Ausschluss führen dürfen. Der Arbeitgeber ist gut beraten, wenn er durch entsprechende Formulierungen im Anforderungsprofil klar zum Ausdruck bringt, welches der Merkmale Ausschlusscharakter haben soll, also konstitutiv ist. Bei diesen Merkmalen muss er sich gut überlegen, ob und wie er den Zusammenhang zu den Anforderungen der Stelle begründen kann.

Beispiel: Die Auswahl für eine Stelle, die für „Hochschulabsolventen“ ausgeschrieben ist, darf auf Bewerber mit den besten Examensnoten beschränkt werden.[148]

(2) Beispiele aus der Rechtsprechung[149]

(a) **Konkurrentenklage – Anforderungsprofil**

Das BAG[150] hat das Erfordernis eines abgeschlossenen wissenschaftlichen Studiums für einen Bewerber missbilligt, der über ein abgeschlossenes Fachhochschulstudium verfügte und sich um die Stelle eines stellvertretenden Sachgebietsleiters im Bereich der Objektwirtschaft bei der Arbeitgeberin beworben hatte. Die Stelle war als Stelle im höheren Dienst der Arbeitgeberin mit einer Vergütung nach Entgeltgruppe 13 TVöD (VKA) ausgewiesen. Hierauf berief sich die Arbeitgeberin zur Verteidigung der von ihr aufgestellten zwingenden Voraussetzung eines abgeschlossenen wissenschaftlichen Studiums für die zu besetzende Stelle. Dieses Argument wies das BAG mit der Erwägung zurück, allein aus der angestrebten Eingruppierung könne nicht der Schluss gezogen werden, dass für die Wahrnehmung der zu besetzenden Stelle tatsächlich ein wissenschaftlicher Hochschulabschluss erforderlich sei. Denn die Eingruppierung richte sich grundsätzlich nach der wahrzunehmenden Aufgabenstellung, nicht jedoch die wahrzunehmende Aufgabenstellung nach der Eingruppierung.[151] Die Arbeitgeberin habe im Hinblick auf ihre Darlegungslast nicht dargelegt, inwiefern die wahrzunehmenden Aufgaben inhaltlich wissenschaftliche Bezüge aufweisen. Außerdem habe die Arbeitgeberin nicht dargelegt, welche konkreten arbeitsplatzbezogenen Fähigkeiten und Kenntnisse die Stelle erfordere, die durch das Fachhochschulstudium des Bewerbers nicht vermittelt worden seien.

(b) **Anspruch auf Teilnahme an einem Stellenbesetzungsverfahren im öffentlichen Dienst**

In dem anderen in jüngster Zeit durch das BAG entschiedenen Fall[152] hatte sich eine Diplom-Ingenieurin in der Fachrichtung „Polygraphische Technik“, die in die Entgeltgruppe 9 TVöD eingruppiert war, um eine entsprechend dotierte Stelle ihrer Arbeitgeberin mit anderem Aufgabenzuschnitt beworben. In der Ausschreibung war zwingend die Laufbahnbefähigung für den gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienst oder der Nachweis gründlicher und umfassender Fachkenntnisse durch einen einschlägigen Fachhochschulabschluss bzw. eine erfolgreiche Teilnahme am Angestelltenlehrgang II gefordert worden. Da die Bewerberin über keine der genannten formalen Voraussetzungen verfügte, wurde sie vom weiteren Auswahlverfahren ausgeschlossen. Dies beanstandete das BAG, das die Darlegung der Arbeitgeberin vermisste, dass die zu besetzende Stelle

[148] BAG 17.08.2010, öAT 2010, 228.
[149] Nach Hauck-Scholz, öAT 112, 114.
[150] BAG 06.05.2014, NZA 2015, 446 mit Anm. von Roetteken, Voraussetzungen für Anforderungsprofil im öffentlichen Dienst, jurisPR-ArbR 46/2014 Anm. 1 (Erscheinungsdatum: 19.11.2014).
[151] BAG 06.05.2014, NZA 2015, 446 Rn. 16; 10.02.2015, NZA 2015, 1280 Rn. 18.
[152] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1280 mit Anm. Donner, Anspruch auf Teilnahme an einem Stellenbesetzungsverfahren im öffentlichen Dienst, jurisPR-ArbR 29/2015 Anm. 3 (Erscheinungsdatum: 22.07.2015).

Kenntnisse und Fertigkeiten erforderte, wie sie ein einschlägiger Fachhochschulabschluss oder der Angestelltenlehrgang II vermittelten, zumal die bisherigen Stelleninhaber über keine der geforderten Qualifikationen verfügt hatten und die Arbeitgeberin auch nicht dargelegt hatte, dass und mit welchen konkreten Auswirkungen sie den Zuschnitt des Aufgabengebiets vor der Aufstellung des Anforderungsprofils geändert habe.[153] Gegenüber dem Argument der Arbeitgeberin, sie habe generell entschieden, für die Besetzung von Stellen des gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienstes immer den Abschluss eines einschlägigen Fachhochschulstudiums oder des Angestelltenlehrgangs II zu fordern, wandte das BAG ein, Art. 33 II GG gewähre dem öffentlichen Arbeitgeber nicht das Recht, *ohne nachvollziehbare Gründe* Stellen mit überqualifizierten Bewerbern zu besetzen.[154]

(3) Auswirkungen auf die Praxis

Plant ein Arbeitgeber im öffentlichen Dienst, eine Stelle durch Ausschreibung zu besetzen, muss ein eingesetztes Anforderungsprofil denjenigen Aufgaben entsprechen, die im Rahmen der Stelle tatsächlich anfallen. Er sollte vor dem Hintergrund der vollständigen Überprüfbarkeit der Auswahlentscheidung festlegen, wo er den Bewerber einzusetzen gedenkt, und dementsprechend die Anforderungen an den Bewerber klar benennen. Es ist ihm davon abzuraten, Voraussetzungen zu verlangen, die in Anblick der tatsächlichen Aufgaben nicht erforderlich sind. Über die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung eines Anforderungsprofils, das Überqualifikationen verlangt, um Mitarbeiter flexibler einsetzen zu können, hat das BAG im vorliegenden Urteil zwar nicht entschieden. Strebt der Arbeitgeber eine solche Vorgehensweise an, sollte er jedenfalls die Notwendigkeit für eine solche Flexibilität darlegen bzw. warum die ausgeschriebene Stelle diese konkreten Qualifikationen erfordert.[155]

(4) Zusammenfassung

Im öffentlichen Dienst legt der Arbeitgeber durch die Bestimmung des Anforderungsprofils für einen Dienstposten die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest.[156] Das Anforderungsprofil muss die objektiven Anforderungen der Stelle abbilden. Die Ausschreibung dient der Absicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs potenzieller Bewerber. Für das Auswahlverfahren bleibt die Arbeitsplatzbeschreibung verbindlich. Das Anforderungsprofil des zu besetzenden Arbeitsplatzes bestimmt objektiv die Kriterien, die der Inhaber erfüllen muss. Das spielt insbesondere im Zusammenhang mit der Einladungsflicht des öffentlichen Arbeitgebers gemäß § 82 SGB IX eine wichtige Rolle, wenn sich dort die Frage stellt, ob dem Bewerber „die fachliche Eignung offensichtlich fehlt“. Bei der Erstellung des Anforderungsprofils ist daher besondere Sorgfalt geboten.

Merke: Der Festlegung einer formalen Ausbildungsqualifikation kommt die Aufgabe zu, die durch eine Prüfung nachgewiesene Befähigung zur Erledigung bestimmter Aufgaben abstrakt zu beschreiben. Durch die Auswahl nach den Kriterien des Art. 33 II GG sollen zwei Ziele erreicht werden: Die Sicherung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und die Klärung der Wettbewerbssituation unter den Bewerbern. Das Anforderungsprofil hat sich am Prinzip der Bestenauslese zu orientieren und

---

[153] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1280 Rn. 19.

[154] Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ist im Hinblick auf das Recht des Zugangs zu einem öffentlichen Amt gemäß Art. 33 II GG allerdings gehindert, aus subjektiven Erwägungen die Inhaber von gleichwertigen oder höherwertigen Qualifikationen auszuschließen. Das würde den Zugang zu einem öffentlichen Amt unter Verletzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 33 II GG einschränken, ohne dass dieses durch Gründe in der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gerechtfertigt wäre. Durch die Auswahl nach den Kriterien des Art. 33 II GG sollen zwei Ziele erreicht werden: Die Sicherung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und die Klärung der Wettbewerbssituation unter den Bewerbern. Das verbietet es, Inhaber von gleichwertigen oder höherwertigen Abschlüssen allein aus formalen Gründen ohne Überprüfung der tatsächlich erworbenen Qualifikationen von vornherein aus dem Auswahlverfahren auszuschließen (BAG 12.09.2006, NZA 2007, 507 Rn. 34).

[155] Donner, Anspruch auf Teilnehme an einem Stellebesetzungsverfahren im öffentlichen Dienst, jurisPR-aArbR 29/2015 Anm. 3 unter D.

[156] BAG 12.09.2007, 507 Rn. 34.

darf keine sachfremden Erwägungen beinhalten. Zwingende Vorgaben eines Anforderungsprofils müssen verbindlich, nachvollziehbar dokumentiert und für die Bewerber erkennbar festgelegt sein.

(5) Dokumentationspflicht des öffentlichen Arbeitgebers im Stellenbesetzungsverfahren

Wegen der vom Bundesverfassungsgericht betonten Verfahrensabhängigkeit des Bewerbungsverfahrensanspruchs und der daraus abgeleiteten Forderung nach effektiver Rechtsschutzgewährung aus Art. 33 II iVm Art. 19 IV GG spielt die Dokumentationspflicht in der Praxis eine große Rolle. Zu Art und Umfang der Dokumentationspflicht des öffentlichen Arbeitgebers bei seiner Auswahlentscheidung zur Besetzung einer Stelle im öffentlichen Dienst hat das BAG entschieden, dass Leistungsbewertungen und die wesentlichen Auswahlerwägungen vom Arbeitgeber schriftlich niederzulegen seien. Nur die Schriftform gewährleiste, dass der gerichtliche Rechtsschutz nicht vereitelt oder unzumutbar erschwert werde.[157]

Praxistipp[158]: Der Arbeitgeber sollte schon aus prozesstaktischen Gründen den Eindruck vermeiden, er habe etwas zu verbergen, weil wesentliche Vorgänge des Auswahlverfahrens nicht vorgelegt werden. Vielmehr sollte der Arbeitgeber mit der Erwiderung auf den gestellten Antrag von sich aus die Akte mit einer vollständigen Dokumentation des Bewerbungsverfahrens einschließlich der eingegangenen Bewerbungen und gegebenenfalls den verwerteten Personalakten der konkurrierenden Bewerber dem Gericht vorlegen. Andernfalls droht ihm, dass das Gericht schon aus prozessualen Gründen der beantragten einstweiligen Verfügung bzw. der Hauptsacheklage stattgibt. Denn kommt der Arbeitgeber trotz Aufforderung durch den Arbeitnehmer seiner Mitteilungspflicht nicht nach, so ist der Vortrag des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast gemäß § 138 III ZPO als unstreitig anzusehen.

cc) **Arbeitsrechtliche Konkurrentenklage**

(1) Bewerbungsverfahrensanspruch

Auch bei einer Stelle, die gleichermaßen für Beamte und Angestellte oder nur für Angestellte ausgeschrieben wurde, besteht die Möglichkeit, die Auswahlentscheidung umfassend gerichtlich überprüfen zu lassen. In diesen Fällen ist **Art. 33 II GG** unmittelbar anwendbar, dessen Ausformung in vorderster Linie durch das Bundesverfassungsgericht erfolgt ist.[159] Gemäß Art. 33 II GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistungen gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Davon sind auch Stellen erfasst, die von Arbeitnehmern besetzt werden können.[160] Maßgeblich für die Besetzung einer Stelle im öffentlichen Dienst sind somit das **Leistungsprinzip** und der **Grundsatz der Bestenauslese**.[161] Angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung folgt ein subjektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren. Dieser sog. **Bewerbungsverfahrensanspruch** gilt für Beamte und Angestellte gleichermaßen.[162] Öffentliche Arbeitgeber sind daher verpflichtet, Tarifbeschäftigte im Stellebesetzungsverfahren zu berücksichtigen. Auch nach der Rechtsprechung des BAG begründet Art. 33 II GG für jeden Bewerber auf öffentliche Ämter ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 II GG genannten Auswahlkriterien im Sinne der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Das gilt auch für Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können.[163]

---

[157] BAG, NJW 2010, 3595; LAG Rheinland-Pfalz, 20.08.2015 – 2 SaGa 5/15 mit Anm. Hauck.Scholz, öAT 2016, 83.
[158] Hauck-Scholz, öAT 112, 115.
[159] Dieses kommt immer wieder zum Zuge, wenn der Rechtsweg im gerichtlichen Eilverfahren erschöpft und damit die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde gemäß § 90 BVerfGG eröffnet ist.
[160] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 2 Rn. 24.
[161] Badura, in: Manuz/Düring, GG, Erg.Lfg. 2014., Art. 33 Rn. 26, 73.
[162] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1280 Rn. 12.
[163] BAG 12.10.2010, NZA-RR 2011, 216 Rn. 35.

Aufgrund der privatrechtlichen Rechtsnatur des angestrebten Beschäftigungsverhältnisses (Arbeitsvertrag) muss der Betroffene hier jedoch **vorläufigen Rechtsschutz** (einstweilige Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO)[164] bzw. Rechtsschutz in der Hauptsache in Form der arbeitsgerichtlichen Konkurrentenklage vor den Arbeitsgerichten suchen. Das BAG hat mit seinen Entscheidungen aus dem Jahr 1997[165] die **arbeitsrechtliche Konkurrentenklage** unter dieser Bezeichnung anerkannt. Die Konkurrentenklage ist darauf gerichtet, die eigene Einstellung bzw. Beförderung durch Höhergruppierung gegen den Arbeitgeber zu erzwingen, oder wenigstens zu erreichen, dass der Arbeitgeber die getroffene Auswahlentscheidung wegen ihrer Rechtswidrigkeit wiederholen muss. Beide Klageziele setzen voraus, dass die umstrittene Stelle noch nicht besetzt ist. Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage hat zum Ziel, dass die **Auswahlentscheidung unter Beachtung der Kriterien des Art. 33 II GG wiederholt** wird.[166] Aus diesem Grund spielt in der Praxis das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung eine überragende Rolle, mit dem die – vorzeitige – Besetzung der Stelle bis zur Entscheidung eines Hauptsacheverfahrens oder bis zum Abschluss eines neu durchzuführenden Auswahlverfahrens verhindert werden soll. Der übergangene Bewerber muss eine einstweilige Verfügung mit dem Ziel beantragen, dass das Gericht dem öffentlichen Arbeitgeber die Stellenbesetzung mit dem Konkurrenten vorläufig verbietet.

Beachte: Der öffentliche Arbeitgeber hat den abgelehnten Bewerbern die Auswahlentscheidung rechtzeitig mitzuteilen und ihnen vor der rechtswirksamen Übertragung bzw. der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle ausreichend Zeit zu geben (idR 14 Tage), um vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

Merke: Wenn ein unterlegener Bewerber, welcher sich auf eine für Beschäftigte ausgeschriebene Stelle im öffentlichen Dienst beworben hat, geltend macht, er sei unter Verletzung des Art. 33 II GG abgewiesen worden, kann er arbeitsrechtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen. Dies kann nur im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes mit Hilfe der einstweiligen Verfügung geschehen (sog. arbeitsrechtliche Konkurrentenklage).

(2) Auswahlverfahren und Anforderungsprofil

Ein Auswahlverfahren setzt voraus, dass eine freie Stelle vorhanden ist und für die zu besetzende Stelle ein konkretes Anforderungsprofil festgelegt wird.[167] Durch das Anforderungsprofil werden die Leistungskriterien für die Auswahl der Bewerberinnen und Bewerber näher konkretisiert. Das Anforderungsprofil muss den tatsächlichen Anforderungen der zu besetzenden Stelle entsprechen und sachlich nachvollziehbar sein. Ist das nicht der Fall, verstößt das Anforderungsprofil gegen Art. 33 II GG, mit der Folge, dass das auf das Anforderungsprofil gestützte Auswahlverfahren rechtswidrig ist.[168] Die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes sind verpflichtet, die Leistungsbewertungen und wesentlichen Auswahlerwägungen schriftlich niederzulegen. Das Dokumentationsgebot ist für die Transparenz der Auswahlentscheidung und für den gerichtlichen Rechtsschutz der abgelehnten Bewerberinnen und Bewerber unverzichtbar. Eine fehlende schriftliche Dokumentation stellt einen nicht heilbaren Verfahrensmangel dar.[169]

(3) Vereitlung des Rechtschutzes

Die öffentliche Verwaltung ist verpflichtet, die Besetzung eines öffentlichen Amtes bis zum Abschluss eines Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes zu unterlassen, das ein Mitbewerber gegen die Stellenbesetzung angestrengt hat.[170] Das gilt

[164] Das Arbeitsgerichtsgesetz enthält keine Regelungen zum einstweiligen (vorläufigen) Rechtsschutzverfahren. Der vorläufige Rechtsschutz vor den Arbeitsgerichten richtet sich nach den allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften, vgl. §§ 935 ZPO ff. Die Voraussetzungen dafür sind: (1) Bestehen eines Anspruchs, (2) Eilbedürftigkeit und (3) keine Vorwegnahme der Hauptsache.
[165] BAG, NZA 1998, 884; NZA 1998, 882.
[166] BAG 02.12.1997, NZA 1998, 884 – Leitsatz 2.
[167] BAG 19.02.2008, NZA 2008, 1016 Rn. 32.
[168] BAG 06.05.2014, NZA 2015, 446 Rn. 12 ff.
[169] BAG 17.08.2010, ZTR 2011, 46 Rn. 26.
[170] BAG 28.05.2001, NZA 2003, 324.

insbesondere dann, wenn im vorläufigen Rechtsschutzverfahren durch gerichtliche Entscheidung untersagt wird, die Stelle bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache anderweitig zu besetzen. Handelt der öffentliche Arbeitgeber dem zuwider und stellt eine Konkurrentin oder einen Konkurrenten endgültig ein oder nimmt eine rechtswirksame Beförderung vor, vereitelt er den vorläufigen Rechtsschutz. Die Betroffenen haben dann einen Anspruch auf Wiederherstellung. Sie können verlangen, so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Verfügung beachtet und das Bewerbungsverfahren noch nicht beendet worden.[171] Der Betroffene kann also verlangen, verfahrensrechtlich und materiell-rechtlich so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Verfügung beachtet und das Bewerbungsverfahren noch nicht beendet worden. Dem öffentlichen Arbeitgeber ist es im Fall der Vereitlung des effektiven Rechtsschutzes verwehrt, dem übergangen Bewerber die anderweitige Stellenbesetzung entgegenzuhalten.[172]

Nach der Rechtsprechung darf ein dem gerichtlichen Auswahlverfahren vorgeschaltetes Auswahlverfahren nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert. Das ist ua der Fall, wenn dem unterlegenen Bewerber erst nach der Stellenbesetzung der Ausgang des Stellenbesetzungsverfahrens mitgeteilt wird.[173] Wenn der unterlegene Bewerber erst nach der Stellenbesetzung eine Absage erhält, kann sich der Arbeitgeber im Einzelfall nach Treu und Glaube nicht auf die Besetzung der Stelle berufen.

(4) Schadensersatzanspruch

Der aus Art. 33 II GG folgende Bewerbungsverfahrensanspruch setzt dem Grundsatz nach voraus, dass die begehrte Stelle noch nicht besetzt ist. Für eine Neubescheidung ist kein Raum, wenn die Stelle dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden und damit nicht mehr verfügbar ist.[174] Liegt kein Fall der Vereitelung des Rechtsschutzes vor und hat der öffentliche Arbeitgeber die ausgeschriebene Stelle verbindlich und endgültig anderweitig besetzt, ist die Stelle nicht mehr verfügbar. Es erlischt der Bewerbungsverfahrensanspruch der nichtberücksichtigten Bewerber. Der subjektive Anspruch des Bewerbers aus Art. 33 II GG ist erschöpft. Der Eingriff in das Recht des unterlegenen Bewerbers auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt lässt sich nicht mehr korrigieren.[175] Ein öffentliches Amt (Stelle) wird dann besetzt, wenn dem ausgewählten Bewerber eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt wird, die der Ausgestaltung dieses Amtes/dieser Stelle entspricht.[176] Das LAG Berlin-Brandenburg sah in der durch Abordnung erreichten „befristeten“ Besetzung keine gesicherte Rechtsposition.[177] Verfahrensfehlerhaft zurückgewiesenen Bewerbern stehen allenfalls Schadensersatzansprüche nach § 280 I BGB und § 823 II BGB in Verbindung mit Art. 33 II GG zu, wenn ihnen die Stelle hätte übertragen werden müssen.[178] Beim bestehenden Arbeitsverhältnis kommt ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I, III, 283 BGB in Betracht.

Merke: Angesichts der insbesondere vom Bundesverfassungsgericht entwickelten strengen Anforderungen an eine rechtmäßige Auswahlentscheidung und dessen Gebot, bereits im Eilverfahren die Auswahlentscheidung mit derselben Intensität wie im Hauptsacheverfahren zu überprüfen, sind die Anforderungen an rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidungen hoch. Demgemäß sind sie von hoher Fehlerträchtigkeit und für die öffentliche Hand mit einem entsprechend hohen Prozessrisiko verbunden.[179]

---

[171] BAG 18.09.2007, BAGE 124, 80 Rn. 30.
[172] BAG 12.12.2017, NZA 2018, 515 Rn. 34.
[173] LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2017, 159 Rn. 56 m.w.N.
[174] BAG 12.12.2017, NZA 2018, 515 Rn. 34.
[175] Günther, Das Einstellungsverfahren im öffentlichen Dienst, öAT 2017, 243, 246.
[176] BAG 28.05.2002, NZA 2003, 324.
[177] LAG Berlin-Brandenburg 08.12.2016 – 18 Sa 1152/16.
[178] BAG 19.02.2008, BAGE 126, 26 Rn. 29; 21.03.2003, ZTR 2003, 463.
[179] Hauck-Scholz, öAT 2016, 112.

(5) Exkurs: Abbruch des Auswahlverfahrens

Bei Vorliegen eines sachlichen Grundes kann der Arbeitgeber das Auswahlverfahren in jedem Stadium abbrechen. Der Bewerbungsverfahrensanspruch kann auch dadurch erlöschen, dass das Stellenbesetzungsverfahren ohne Ergebnis, das heißt ohne Besetzung der Stelle, abgebrochen wird. Wie eine Übertragung der Stelle an einen Konkurrenten zieht auch ein Abbruch diese Rechtsfolge nur dann nach sich, wenn er rechtsbeständig ist.[180]

Der Abbruch kann aus der Art. 33 II GG vorgelagerten **Organisationsgewalt** des öffentlichen Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Danach hat der öffentliche Arbeitgeber darüber zu entscheiden, ob und wann er welche Statusämter zur Besetzung bereithält. Deshalb kann er das Verfahren abbrechen, weil er die Stelle, die dem erfolgreichen Bewerber übertragen werden sollte, nicht mehr besetzen will. Ebenso stellt es einen sachlichen, dem Organisationsermessen zugehörigen Grund für einen Abbruch dar, wenn der öffentliche Arbeitgeber sich entschlossen hat, die Stelle neu zuzuschneiden.[181]

Im Übrigen bedarf der Abbruch eines Auswahlverfahrens eines **sachlichen Grundes**, der den Vorgaben aus Art. 33 II GG genügt. Der öffentliche Arbeitgeber kann demnach das Auswahlverfahren bspw. abbrechen, wenn es fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann. Genügt die Abbruchentscheidung diesen Vorgaben nicht, ist sie unwirksam und das in Gang gesetzte Auswahlverfahren ist nach dessen Maßgaben fortzuführen. Eine Neuausschreibung darf dann nicht erfolgen.[182] In **formeller Hinsicht** müssen die Bewerber von dem Abbruch rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen. Der öffentliche Arbeitgeber muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er das Stellenbesetzungsverfahren ohne Stellenbesetzung endgültig beenden will. Der für den Abbruch maßgebliche Grund muss, sofern er sich nicht evident aus dem Vorgang selbst ergibt, schriftlich dokumentiert werden.[183] Ein **rechtswidriger Abbruch** des Auswahlverfahrens verletzt den grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 II GG. Die Bewerber können daher bereits den Abbruch des Auswahlverfahrens, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen.

Beachte: Verlangt der nicht berücksichtigte Bewerber Schadensersatz wegen Abbruchs des Auswahlverfahrens, muss er zuvor die Fortführung des abgebrochenen Auswahlverfahrens im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht haben, wenn ihm dies zumutbar und möglich war.[184]

Merke: Bricht ein öffentlicher Arbeitgeber ein Auswahlverfahren zur Besetzung einer Stelle aus sachlichen Gründen ab, gehen die Verfahrensrechte der Bewerber aus Art. 33 II GG unter.[185]

b) **Diskriminierungsfreie Ausschreibung und Formulierung des Anforderungsprofils**

Besondere Bedeutung kommt den Diskriminierungsverboten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes bereits bei der Formulierung der Stellenausschreibung zu. § 11 AGG soll gewährleisten, dass die Benachteiligungsverbote bereits im Vorfeld der Begründung von Arbeitsverhältnissen wirksam werden können. Die Vorschrift ist eigentlich eine öffentlich-rechtliche Schutzvorschrift. Sondervorschriften wie § 7 TzBfG sowie § 164 SGB IX gelten neben § 11 AGG. Öffentliche Arbeitgeber haben - neben den Vorgaben des § 11 AGG - bei der Stellenausschreibung auch die Anforderungen des § 6 BGleiG beachten.

aa) **Ausschreibung eines Arbeitsplatzes**

[180] BAG 12.12.2017, NZA 2018, 515 Rn. 34.
[181] BAG 12.12.2017, NZA 2018, 515 Rn. 35.
[182] BAG 12.12.2017, NZA 2018, 515 Rn. 36 mwN.
[183] BAG 12.12.2017, NZA 2018, 515 Rn. 37.
[184] BAG 12.12.2017, NZA 2018, 515 Rn. 41.
[185] BAG 17.08.2010, ZTR 2011, 46 Rn. 31.

Unter einer Ausschreibung im Sinne des § 11 AGG ist die an eine unbekannte Vielzahl von Personen gerichtete Aufforderung eines Arbeitgebers zu verstehen, sich auf die ausgeschriebene Stelle zu bewerben.[186] Diese Aufforderung kann innerbetrieblich oder öffentlich, insbesondere in Zeitungen, Anzeigeblatt (Stellenanzeige), Mitteilung am Schwarzen Brett, im Intra- oder Internet vorgenommen werden. Die Bekanntgabe kann darüber hinaus auch an die Bundesagentur für Arbeit oder eine Personalberatung erfolgen. Keine Ausschreibung liegt hingegen vor, wenn gezielt Personen zur Bewerbung aufgefordert werden.[187]

Die Verpflichtung zur merkmalsneutralen Ausschreibung bezieht auf sich ein Beschäftigungsverhältnis, das der Arbeitgeber mit einem Bewerber im Sinne von § 6 I 2 AGG zu begründen beabsichtigt, also über Arbeitsverhältnisse hinaus auch die berufliche Aus- und Weiterbildung.[188]

Normadressat des Benachteiligungsverbots ist der Arbeitgeber im Sinne des § 6 II AGG. Bedient er sich für seine Stellenausschreibung anderer, so gelten diese als Erfüllungsgehilfen, deren Verstoß dem Arbeitgeber gem. § 278 BGB zuzurechnen ist. Daher wird dem (öffentlichen) Arbeitgeber eine Pflichtverletzung zugerechnet, wenn er sich zur Stellenausschreibung eines Dritten (Personalberatungsunternehmen, Bundesagentur für Arbeit) bedient und dieser Dritte die Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung verletzt.[189]

bb) **Benachteiligungsfreien Ausschreibung**

Der (öffentliche) Arbeitgeber hat bei der Formulierung der Stellenausschreibung das **Gebot der benachteiligungsfreien Ausschreibung** im Sinne des § 11 AGG zu beachten. Nach dieser Vorschrift darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 I AGG ausgeschrieben werden. Das bedeutet, dass Beschäftigte in der Ausschreibung nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden dürfen. Der Arbeitgeber darf also in Stellenausschreibungen keine diskriminierenden Formulierungen verwenden. Dabei gilt für eine Stellenausschreibung in einem Online-Bewerbungsportal nichts anderes als für Stellenausschreibungen in Printmedien. Daraus ergibt sich u. a. die Pflicht zur geschlechtsneutralen Ausschreibung. Ferner dürfen Altersgrenzen (Höchst- oder Mindestalter) nicht genannt werden.

(1) Unmittelbare Benachteiligungen

Für den Begriff der Benachteiligung gelten die allgemeinen Grundsätze nach § 3 AGG. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn sich unmittelbar aus der Ausschreibung ergibt, dass der Bewerber aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmals eine weniger günstige Behandlung im Bewerbungsverfahren erfahren, als andere Personen in einer vergleichbaren Situation erfahren haben oder erfahren würden (§ 3 I AGG). Es muss auf eine möglichst neutrale Stellenausschreibung geachtet werden.

(a) **Alter**

Auf dieser Grundlage stellt eine Stellenanzeige, in der ein „junger Mitarbeiter“[190] gesucht wird, eine unzulässige altersbedingte Benachteiligung dar. Eine solche Ausschreibung knüpft unmittelbar an das Alter an und benachteiligt daher unmittelbar wegen des Alters.

Eine Stellenausschreibung, in der dem/der Bewerber/in eine Tätigkeit in einem professionellen Umfeld „mit einem jungen dynamischen Team“ geboten wird, bewirkt nach Auffassung des BAG eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters im Sinne von § 3 I AGG. Nach Ansicht des Gerichts wird mit dem Begriff „jung“ unmittelbar an das Lebensalter angeknüpft. Verstärkt wird diese Bezugnahme auf das Lebensalter durch die Verbindung mit dem Begriff „dynamisch“, der eine Eigenschaft beschreibt,

[186] BAG 26.1.2017, NZA-RR 2017, 342 Rn. 29.
[187] Palandt/Weidenkaff, § 11 AGG Rn. 2.
[188] ErfK/Schlachter, § 11 AGG Rn. 1.
[189] BAG 5.2.2004, NZA 2004, 540.
[190] BAG 19.8.2010, NZA 2010, 1412 Rn. 58.

die im Allgemeinen eher jüngeren als älteren Menschen zugeschrieben wird. Wird in einer Stellenausschreibung darauf hingewiesen, dass eine Tätigkeit mit einem „jungen dynamischen Team“ geboten wird, enthält dieser Hinweis regelmäßig nicht nur die Botschaft an potentielle Stellenbewerber/innen, dass die Mitglieder des Teams jung und deshalb dynamisch sind. Eine solche Angabe in einer Stellenanzeige kann aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers zudem regelmäßig nur so verstanden werden, dass damit nicht nur ein „Istzustand“ beschrieben werden soll, sondern dass der Arbeitgeber zum Ausdruck bringt, dass er einen Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin sucht, der/die in das Team passt, weil er/sie ebenso jung und dynamisch ist wie die Mitglieder des vorhandenen Teams. Andernfalls wäre die so formulierte Passage der Stellenausschreibung ohne Aussagegehalt und damit überflüssig.[191]

(b) **Rasse/ der ethnischen Herkunft**

Einer Stellenausschreibung fehlt die von § 11 AGG geforderte Neutralität in Bezug auf die Diskriminierungsmerkmale der Rasse sowie der ethnischen Herkunft, wenn sie ungerechtfertigt darauf hinweist, dass ein „besonderes Interesse an Bewerbungen von Menschen mit weißer Hautfarbe“ bestehe.[192] Auch die Formulierung „Kollegin mit Migrationshintergrund gesucht", stellt ohne Vorliegen einer Rechtfertigung einen Verstoß gegen § 11 AGG dar, da hierbei unmittelbar an das Merkmal der ethnischen Herkunft angeknüpft wird.[193]

(c) **Geschlecht/ sexuelle Identität**

Ist die Ausschreibung nur an Bewerber eines bestimmten Geschlechts gerichtet, benachteiligt sie unmittelbar wegen des Geschlechts. Ohne sachlichen Grund darf die Ausschreibung auch nicht ausschließlich hetero- oder homosexuelle Personen ansprechen. Auch die Aufforderung, bestimmte Merkmale des § 1 AGG mit der Bewerbung zu offenbaren, benachteiligt unmittelbar.[194]

Mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017[195] steht fest, dass das Verbot der Geschlechterdiskriminierung nicht mehr „nur” für Frauen und Männer gilt, sondern gleichzeitig auch für solche Personen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlen. Mit der Entscheidung bleibt vor allem die Frage offen, wie der Gesetzgeber die Neuregelung ausgestalten wird. Entscheidet sich der Gesetzgeber für die Schaffung eines dritten Geschlechts, so müssen Stellenausschreibungen künftig alle drei Geschlechter ansprechen. Dem Grundsatz der Geschlechtsneutralität wird es dann nicht mehr genügen, die Stellenausschreibung, wie bislang erfolgt, nur an Männer und Frauen zu richten. Weder der Klammerzusatz “m/w”, noch der Zusatz “in” tragen in diesem Fall zur Berücksichtigung des dritten Geschlechts bei. Keine Bedenken bestehen allerdings hinsichtlich der auch bisherigen Möglichkeit, sich bei der Positionsbezeichnung für eine Geschlechtsform zu entscheiden, diese jedoch, wie bislang auch, durch einen Klammerzusatz zu erweitern oder in der Stellenausschreibung insgesamt zum Ausdruck zu bringen, dass alle Geschlechter angesprochen sind.[196]

Ausgehend von der in der BVerfG geforderten Bezeichnung “inter/divers”, hilfsweise “divers”, besteht für die Verwendung eines Klammerzusatzes die Möglichkeit “m/w/i” oder “m/w/d” zu verwenden. Welches Kürzel letztlich für das dritte Geschlecht stehen wird, hängt dabei maßgeblich davon ab, welche Bezeichnung der Gesetzgeber dann für das dritte Geschlecht wählen wird. Insbesondere bietet sich auch künftig weiterhin die Verwendung geschlechtsneutraler Oberbegriffe an (zB Referatsleitung). Auch unter Einführung eines dritten Geschlechts wird es aufgrund des § 8 I AGG möglich sein, in besonderen Ausnahmefällen die Stellenbesetzung auf ein Geschlecht zu beschränken. Wird in der Stellenausschreibung eine Tätigkeit auf

[191] BAG 11.8.2016, NZA-RR 2017, 132 Rn. 35.
[192] ArbG Düsseldorf 10.6.2008 NZA-RR 2008, 511, 512.
[193] Y. Overkamp in: jurisPK-BGB, § 11 Rn. 17 mwN.
[194] Roloff in: BeckOK ArbR, § 11 AGG Rn. 3.
[195] BVerfG 10.10.2017, NJW 2017, 3643.
[196] Bettinghausen, BB 2018, 372, 375.

weibliche Bewerber beschränkt, so müssen für die Beschränkung nicht nur Rechtfertigungsgründe für den Ausschluss männlicher Bewerber vorliegen, sondern auch Rechtsfertigungsgründe für den Ausschluss von Personen, die dem dritten Geschlecht zugehörig sind.[197]

(d) **Religion/Weltanschauung**

Zusätze, die die Mitgliedschaft oder Zugehörigkeit in bzw. zu einer Kirche voraussetzen, stellen ebenfalls einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot des § 11 AGG dar.[198] Hier ist der besondere Rechtfertigungsgrund für kirchliche Arbeitgeber in § 9 AGG zu beachten.

(2) Mittelbare Benachteiligungen

Neben diesen unmittelbaren Benachteiligungsmerkmalen sind auch mittelbare Benachteiligungen in Stellenausschreibungen verboten. Eine mittelbar benachteiligende Ausschreibung liegt vor, wenn die Ausschreibung auf scheinbar neutrale Kriterien oder Verfahren abstellt, die aber Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes in besonderer Weise benachteiligen können (§ 3 II AGG).

(a) **Berufseinsteiger**

Noch nicht abschließend geklärt ist Frage, ob Formulierungen in Stellenausschreibungen für einen „Junior Consultant“ bzw. „Berufseinsteiger“ oder einen „Junior Personalreferent“, Personen wegen des in § 1 AGG genannten Grundes "Alter" gegenüber anderen Personen in besonderer Weise im Sinne von § 3 II AGG benachteiligen kann. Die Formulierung "Berufseinsteiger" als auch die Formulierung „bis zu 5 Jahre Berufserfahrung“ scheint auf den ersten Blick altersneutral zu sein. Es kommt aber mittelbare Verknüpfung im Sinne von § 3 II AGG mit dem in § 1 AGG genannten Grund „Alter“ in Betracht. Bei der Berufserfahrung handelt es sich um ein Kriterium, das dem Anschein nach neutral ist im Sinne von § 3 II AGG. Unmittelbar wird damit nicht auf ein bestimmtes Alter Bezug genommen. Jedoch ist das Kriterium der Berufserfahrung mittelbar mit dem in § 1 AGG genannten Grund „Alter“ verknüpft. Bewerber mit einer längeren Berufserfahrung weisen gegenüber Berufsanfängern und gegenüber Bewerbern mit erster oder kurzer Berufserfahrung typischerweise ein höheres Lebensalter auf.[199] Daran ändert es nichts, dass es gelegentlich - und eben nicht typischerweise - Quereinsteiger gibt.

(b) **Hochschulabsolventen/Young Professionals**

Die Vermutung für eine unzulässige altersbedingte Benachteiligung nimmt die Rechtsprechung bereits dann an, wenn der Arbeitgeber in einer Stellenausschreibung für ein Traineeprogramm „Hochschulabsolventen/Young Professionals“ suchen und die Ausschreibung ausdrücklich an Berufsanfänger richtet.[200]

Hinweis: In der Stellenausschreibung sollten Formulierungen wie „junges Team“ oder „langjährige Erfahrung“ ebenfalls vermieden werden.[201] Auch dies kann eine mittelbare Benachteiligung wegen des "Alters" begründen, da das Kriterium der Berufserfahrung mittelbar mit dem in § 1 AGG genannten Grund "Alter" verknüpft.

[197] Bettinghausen, BB 2018, 372, 375.
[198] BAG, EuGH-Vorlage 17.3.2016, BAGE 154, 285; Y. Overkamp in: jurisPK-BGB, § 11 Rn. 17.
[199] BAG 11.8.2016, NZA-RR 2017, 132 Rn. 36; BAG 11.8.2016 – 8 AZR 809/14 Rn. 82.
[200] BAG 24.1.2013, NZA 2013, 498 Rn. 41.
[201] LAG Hamburg 23.6.2010, NZA-RR 2010, 629.

(c) **Behinderung**

Einen Verstoß gegen § 11 AGG unter dem Gesichtspunkt der Behinderung stellt dagegen die Anforderung des Vorhandenseins eines Führerscheins dar. Eine solche indiziert eine mittelbare Benachteiligung von Menschen mit Behinderung, welche in der Regel weniger häufig Inhaber einer Fahrerlaubnis sind.[202]

(d) **Sprache**

Problematisch sind darüber hinaus die in der Praxis weit verbreiteten Anforderungen an Sprachkenntnisse. Die Forderung nach einer guten Beherrschung der deutschen Sprache kann eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft indizieren, da in der Regel Bewerber deutscher Abstammung eher über ein gutes Deutsch verfügen als ausländische Bewerber. Nichts anderes gilt bezüglich der Forderung „Muttersprache Deutsch“ und für jede andere Sprache. Ohne eine sich aus der vorgesehenen Tätigkeit ergebende sachliche Rechtfertigung verstößt eine solche Formulierung gegen § 11 AGG.[203]

cc) **Rechtfertigung für diskriminierende Ausschreibung**

Die Benachteiligung in der Ausschreibung muss unzulässig sein. Zwar verweist § 11 AGG nach seinem Wortlaut nur auf § 7 I AGG, allerdings muss die Bestimmung so ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 I AGG und damit ein Verstoß gegen § 11 AGG nicht vorliegt, wenn die Benachteiligung gerechtfertigt ist. Kann sich der Arbeitgeber für die benachteiligende Ausschreibung auf einen Rechtfertigungsgrund berufen, scheidet ein Verstoß gegen § 11 AGG aus.[204]

Unter dem Gesichtspunkt der positiven Maßnahmen nach § 5 AGG kann auch die in Stellenausschreibungen oft gebrauchte Formulierung „bei gleicher Eignung werden Schwerbehinderte bevorzugt“ im Hinblick auf eine Benachteiligung von „einfach-behinderten Personen“ (einen Schutz von nicht-behinderten Menschen kennt das AGG nicht) gerechtfertigt sein.[205]

Die unterschiedliche Behandlung kann auch zulässig sein, wenn der Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, § 8 I AGG. Für die Stellenausschreibungen kirchlicher oder weltanschaulicher Arbeitgeber gilt § 9 AGG. Bei Benachteiligungen wegen des Alters ist bei der Festlegung von Mindest- oder Höchstaltersgrenzen § 10 Satz 3 Nr. 2, 3 AGG zu beachten. Bei mittelbaren Benachteiligungen gilt § 3 II AGG.[206]

Weist der öffentliche Arbeitgeber in einer ansonsten geschlechtsneutral gehaltenen Ausschreibung darauf hin, dass ein besonderes Interesse an Bewerbungen von Frauen besteht, werden hierdurch männliche Stellenbewerber nicht unzulässig wegen des Geschlechts benachteiligt, wenn in der für die Stelle maßgeblichen Vergleichsgruppe Frauen nach den Anforderungen des Gleichstellungsrechts unterrepräsentiert sind.[207]

dd) **Rechtsfolgen**

Nach dem Wortlaut des § 11 AGG ergeben sich aus einem Verstoß zunächst keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Sie ergeben sich, da eine Ausschreibung den Anwendungsbereich "Einstellung" und "beruflichen Aufstieg" im Sinne von § 2 II AGG betrifft, aus den Regelungen in §§ 7 und 15 AGG. Ein Verstoß gegen das Gebot der benachteiligenden Ausschreibung ist nicht selbst schon die benachteiligende Maßnahme, die Entschädigungsansprüche nach § 15 II AGG auslöst. Der Verstoß gegen § 11 AGG begründet aber die **Vermutung für einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot** selbst, weil er als Tatsachen gewertet

[202] Y. Overkamp in: jurisPK-BGB, § 11 Rn. 16.
[203] Y. Overkamp in: jurisPK-BGB, § 11 Rn. 17 mwN.
[204] BAG 15.12.2016, NZA 2017, 715 Rn. 26.
[205] Y. Overkamp in: jurisPK-BGB, § 11 Rn. 16.
[206] Roloff in: BeckOK ArbR, § 11 AGG Rn. 5.
[207] Roloff in: BeckOK ArbR, § 11 AGG Rn. 5.

wird, die eine Benachteiligung vermuten lassen.[208] Enthält eine Stellenausschreibung Formulierungen, insbesondere Anforderungen, die „auf den ersten Blick" den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe den Arbeitsplatz unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben, kann dies die Vermutung nach § 22 AGG begründen, der erfolglose Bewerber sei im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt worden.[209]

ee) **Formulierung des Anforderungsprofils**

Die Vorgaben des AGG sind vom öffentlichen Arbeitgeber auch bei der Formulierung des Anforderungsprofils zu beachten. Grundsätzlich steht es im organisatorischen Ermessen des öffentlichen Arbeitgebers, wie er einen Arbeitsplatz (Dienstposten) zuschneidet und welche Anforderungen er zugrunde legt. Durch die Bestimmung eines Anforderungsprofils für eine Stelle legt der öffentliche Arbeitgeber die Kriterien für die Auswahl der Bewerber im Voraus fest. Das Anforderungsprofil stellt damit die Verbindung zwischen dem vom öffentlichen Arbeitgeber zu bestimmenden Charakter der Stelle und den von den Bewerbern zu erfüllenden Voraussetzungen her.[210] Die im Anforderungsprofil genannten leistungsbezogenen Auswahlkriterien müssen deshalb in einem engen inhaltlichen Zusammenhang mit den Anforderungen der zu besetzenden Stelle stehen. Im Auswahlverfahren ist der Arbeitgeber (Dienstherr) an das von ihm entwickelte Anforderungsprofil gebunden, da er andernfalls in Widerspruch zu dem selbst gesteckten Ziel bestmöglicher Aufgabenwahrnehmung gerät.

Für alle Arbeitgeber, also auch für den öffentlichen Arbeitgeber, ergibt sich aber aus § 8 AGG, dass nur „angemessene" berufliche Anforderungen aufgestellt werden dürfen. An der Frage der Angemessenheit sind auch weitere vom Arbeitgeber oder Dienstherrn aufgestellte „zwingende Zusatzanforderungen" zu messen.[211] Außerdem ist bei jeder solcher Zusatzanforderungen zu prüfen, ob es sich tatsächlich um eine zwingende handeln kann. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn sich der Arbeitgeber oder Dienstherr in der Vergangenheit, also bei bereits durchgeführten Auswahlverfahren, nicht an sie gehalten hat.

c) **Vorgabe des Bundesgleichstellungsgesetzes (BGleiG)**

Am 01.05.2015 ist die Neufassung des „Gesetzes für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Unternehmen und Gerichten des Bundes" Bundesgleichstellungsgesetz – BGleiG) vom 24.04.2015 in Kraft getreten. Das Gesetz zielt weiterhin darauf ab, innerhalb der Bundesverwaltung die Gleichstellung von Frauen und Männern zu verwirklichen. Hierzu sind die bisherigen Maßnahmen und Anforderungen ergänzt und präzisiert worden. Insbesondere Maßnahmen zur Gleichstellung von Männern sind nun wesentlich differenzierter geregelt.[212]

Vom **Geltungsbereich** erfasst sind die Dienststellen iSd § 3 Nr. 5 Buchst. a) bis c) BGleiG. Dienststellen sind Bundesgerichte, Behörden und Verwaltungsstellen der unmittelbaren Bundesverwaltung einschließlich solcher im Bereich der Streitkräfte sowie Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Bundes unterstehen. Für Unternehmen der mittelbaren Bundesverwaltung (zB Beliehene des Bundes) gilt das Gesetz nicht unmittelbar. Diese Unternehmen „sollen" auf die entsprechende Anwendung des Gesetzes hinwirken (§ 2 BGleiG). Im Geltungsbereich des BGleiG gelten folgende Anforderungen für die Stellenausschreibung.

aa) **Geschlechtsneutrale Ausschreibung, auch in Teilzeit**

Nach § 6 I BGleiG müssen Ausschreibungen von Arbeitsplätzen **geschlechtsneutral** erfolgen. Es ist insbesondere unzulässig, Arbeitsplätze nur für Männer oder nur für Frauen auszuschreiben. Der Ausschreibungstext muss so formuliert sein, dass er

[208] ErfK/Schlachter, § 11 AGG Rn. 3.
[209] BAG 19.5.2016, NZA 2016, 1394 Rn. 26.
[210] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1280 Rn. 15.
[211] Fabricius in: jurisPK-SGB IX, § 82 SGB IX Rn. 21.
[212] Dazu von Tilling, Stellenausschreibung und Bewerberauswahl nach dem neuen Bundesgleichstellungsgesetz, öAT 2015, 117 ff.

Angehörige beider Geschlechter in gleicher Weise anspricht und Angehörige des in dem jeweiligen Bereich unterrepräsentierten Geschlechts verstärkt zur Bewerbung auffordert. Dabei hat die Ausschreibung nach § 6 I 2 BGleiG nicht nur die richtige sprachliche Form zu wahren, sondern ist nach ihrem gesamten Inhalt so zu formulieren, dass sich nicht nur Männer oder nur Frauen angesprochen sehen.

Jede Ausschreibung hat nach § 6 I 3 BGleiG den Hinweis zu enthalten, dass der ausgeschriebene Arbeitsplatz in **Teilzeit** besetzt werden kann. Dies gilt jedoch nur, wenn nicht zwingende dienstliche Belange entgegenstehen[213], was im Einzelfall zu prüfen ist.[214]

bb) **Unterrepräsentanz**

Nach § 6 II 1 BGleiG sollen[215] Stellen mit dem Ziel der Erhöhung des Frauen- oder Männeranteils ausgeschrieben werden, wenn Frauen bzw. Männer in dem jeweiligen Bereich (§ 3 Nr. 2 BGleiG)[216] unterrepräsentiert[217] sind. Der Arbeitsplatz soll öffentlich ausgeschrieben werden, wenn dieses Ziel weder mit einer hausinternen noch mit einer dienststellenübergreifenden Ausschreibung erreicht werden kann. Ausnahmen nach § 8 I 3 BBG, wonach von der Ausschreibungspflicht durch Rechtsverordnung abgewichen werden kann,[218] bleiben unberührt (§ 6 II BGleiG).

Mit der Vorschrift soll die Zahl der Bewerberinnen und Bewerber erhöht werden. Sie will Frauen bessere Bewerbungs- und Einstellungschancen geben sowie Transparenz über die zur Besetzung anstehenden Stellen vermitteln. Freie Stellen sollen *mindestens hausintern* ausgeschrieben werden, wenn der Frauenanteil in den einzelnen Bereichen unter 50 Prozent liegt.[219] Unterrepräsentiert sind Frauen nach § 4 VI BGleiG, wenn der Frauenanteil an den Beamten bzw. Beschäftigten in den einzelnen Bereichen jeweils unter 50 % liegt. Dabei kommt es nicht auf die Zahl der Stellen, sondern allein auf die Zahl der Köpfe an.

Ist eine Ausschreibung innerhalb der Dienststelle, im gesamten Geschäftsbereich oder dienststellenübergreifend, zB im Gemeinsamen Ministerialblatt der Bundesministerien, zur Erhöhung des Frauenanteils nicht ausreichend, soll die Ausschreibung

---

[213] Bei dem Begriff „zwingende dienstliche Belange“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist. Die Gründe für die Unteilbarkeit der Stelle müssen objektiver Natur und unabhängig von der möglichen Stelleninhaberin oder dem möglichen Stelleninhaber sein. Zwingend sind sie, wenn die Funktionsfähigkeit der Verwaltung aufgrund der nur in Teilzeit wahrgenommen Aufgabe nachweislich konkret gefährdet wird, ohne dass durch anderweitige Maßnahmen hinreichend abgeholfen werden kann; es müssen mit großer Wahrscheinlichkeit schwerwiegende Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit drohen. Mit der Teilzeitbeschäftigung einhergehende notwendige organisatorische Veränderungen und finanzielle Nachteile reichen als zwingende dienstliche Belange nicht aus (zum Begriff der zwingenden dienstlichen Belange: BVerwG NVwZ-RR 2009).

[214] Vgl. Gesetzesbegründung zu § 6 BGleiG: BT-Drs. 14/5679, 20 f.

[215] Dieses Gebot ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass aus Art. 33 II GG keine generelle Verpflichtung zur Ausschreibung freier Arbeitsplätze folgt. Nach der Rechtsprechung des BAG ist der öffentliche Arbeitgeber nicht verpflichtet, offene Stellen ausschließlich auf Grund von Ausschreibungen und Auswahlverfahren zu besetzen (BAG, NZA 2007, 1450). Dieses Ergebnis folgt auch aus einem Umkehrschluss aus § 6 II BGleiG. Wenn nämlich nur im Falle der Unterrepräsentanz eine Ausschreibung erfolgen soll, bedeutet dies, dass sonst eine Ausschreibung auch unterbleiben kann.

[216] Bereiche: Besoldungs- und Entgeltgruppen oder Laufbahngruppen, Laufbahnen und Fachrichtungen, Berufsausbildungen einschließlich des Vorbereitungsdienstes sowie Ebenen mit Vorgesetzten- oder Leitungsaufgaben einschließlich der Stellen und Planstellen Vorsitzender Richterinnen und Vorsitzender Richter.

[217] Unterrepräsentiert: Status von Frauen oder Männern, wenn ihr jeweiliger Anteil an den Beschäftigten in einem einzelnen Bereich nach § 3 Nr. 2 BGleiG unter 50 Prozent liegt; bei einer ungeraden Anzahl an Beschäftigten sind Frauen oder Männer unterrepräsentiert, wenn das Ungleichgewicht zwischen beiden Geschlechtern mindestens zwei Personen des gleichen Geschlechts betrifft; maßgeblich für die Bestimmung einer Unterrepräsentanz ist die aktuelle Situation in demjenigen Bereich, auf den sich die angestrebte Maßnahme oder Entscheidung hauptsächlich bezieht.

[218] Dies ist durch die Regelungen in § 4 II und III BLV geschehen. Diese Regelungen sind abschließend. Davon erfasst sind bspw. Staatssekretäre, Abteilungsleiter, politische Beamte; persönliche Referenten der Leiter oberster Bundesbehörden, parlamentarische Staatssekretäre, Stellen für Beamte im unmittelbaren Anschluss an einen Vorbereitungsdienst.

[219] Vgl. Gesetzesbegründung zu § 6 BT-Drs. 14/5679, 21.

nach § 6 II 2 BGleiG *öffentlich* erfolgen. Hierunter ist die Bekanntgabe in der Tages- oder Wochenpresse, in Anzeigenblättern oder Amtsblättern zu verstehen, die sich an einen unbestimmten Personenkreis richtet, sowie die Veröffentlichung im Internet.[220] Für Stellen in Bundesministerien ab der Abteilungsleitung, die Leitungen nachgeordneter Behörden sowie der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts bleibt es nach § 6 II 3 BGleiG bei der Ausnahmeregelung in § 8 I 3 BBG (vgl. § 4 II BLV), wonach durch Rechtsverordnung von der Ausschreibungspflicht abgesehen werden kann.

cc) **Anforderungs- und Qualifikationsprofil**

Schließlich müssen nach § 6 III BGleiG Arbeitsplatzausschreibungen die Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes festlegen und im Hinblick auf mögliche künftige Funktionen der Bewerberinnen und Bewerber auch das vorausgesetzte Anforderungs- und Qualifikationsprofil der Laufbahn oder des Funktionsbereichs enthalten (siehe dazu die Ausführungen unter „Anforderungsprofil"). § 6 III BGleiG stellt sicher, dass freie Stellen nicht auf eine bestimmte Kandidatin oder einen bestimmten Kandidaten zugeschnitten werden, sondern die Stellenausschreibung allein nach dem Anforderungsprofil des zu besetzenden Dienstpostens abgefasst wird.

d) **Einladung schwerbehinderter Menschen und Meldepflicht**

Beachte: Die Bundesregierung hat das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung (Bundesteilhabegesetz) beschlossen. Das Bundesteilhabegesetz tritt stufenweise bis zum 1. Januar 2018 in Kraft. Die bisher in den §§ 80-82 SGB IX zu findenden Regelungen werden in der Neufassung in den §§ 163-165 SGB IX normiert.[221]

aa) **Beschäftigungspflicht**

Die Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen ist in § 154 SGB IX normiert. Private sowie öffentliche Arbeitgeber haben auf einem bestimmten Prozentsatz aller Arbeitsplätze schwerbehinderte oder ihnen gleichgestellte Menschen zu beschäftigen. Wird die gesetzliche Pflicht der Beschäftigungspflichtquote durch den Arbeitgeber nicht erfüllt, muss eine Ausgleichsabgabe nach § 160 SGB IX gezahlt werden. Die Ausgleichsabgabe hebt dabei die Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht auf. Die Höhe der Abgabe ist nach § 160 II SGB IX von dem Prozentsatz der mit schwerbehinderten Menschen besetzten Arbeitsplätze abhängig. Die Höhe der Ausgleichsabgabe pro unbesetzten Pflichtarbeitsplatz liegt zwischen 125 und 320 Euro monatlich. Seit dem 01.01.2018 können Arbeitgeber bei der Beschäftigung eines Schwerbehinderten gem. § 61 SGB IX bis zu 75% des regelmäßig zu zahlenden Entgelts als Lohnkostenzuschuss aus dem Budget für Arbeit erhalten.

bb) **Tatbestandsvoraussetzungen**

§ 165 IX nF (§ 82 SGB IX)[222] konkretisiert und verschärft die allgemeinen Pflichten des Arbeitgebers aus § § 164 SGB nF (81 SGB IX) für den Bereich des öffentlichen Dienstes. Sie gehört zum Bereich derjenigen gesetzlichen Regelungen, deren Missachtung durch den Arbeitgeber zu einem Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG führen kann.

---

[220] Vgl. Gesetzesbegründung zu § 6 BGleiG BT-Drs. 14/5679, 21.

[221] Zu den Änderungen durch das Bundesteilhabegesetz vgl. Lützeler/Wasser, Die besonderen Pflichten des Arbeitgebers bei der Einstellung von schwerbehinderten Arbeitnehmern, öAT 2017, 158.

[222] § 165 SGB IX nF (§ 82 SGB IX) Besondere Pflichten der öffentlichen Arbeitgeber lautet: „Die Dienststellen der öffentlichen Arbeitgeber melden den Agenturen für Arbeit frühzeitig nach einer erfolglosen Prüfung zur internen Besetzung des Arbeitsplatzes frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze (§ 156). Mit dieser Meldung gilt die Zustimmung zur Veröffentlichung der Stellenangebote als erteilt. Haben schwerbehinderte Menschen sich um einen solchen Arbeitsplatz beworben oder sind sie von der Bundesagentur für Arbeit oder einem von dieser beauftragten Integrationsfachdienst vorgeschlagen worden, werden sie zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Eine

(1) Öffentliche Arbeitgeber

Normadressat ist der öffentliche Arbeitgeber iSd § 154 II SGB IX nF (§ 71 III SGB IX), also auf Bundesbehörden, Landesbehörden, Gebietskörperschaften und Kommunen sowie alle Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Unternehmen der öffentlichen Hand, die privatrechtlich organisiert sind (zB in der Rechtsform der GmbH oder AG), sind private und nicht öffentliche Arbeitgeber im Sinne des § 71 III SGB IX).[223] Landtagsfraktionen sind keine öffentlichen Arbeitgeber. Zwar weisen Körperschaften des öffentlichen Rechts eine solche Eigenschaft auf. Einer Fraktion fehle es aber an einem entsprechenden staatlichen Hoheitsakts, so dass – obwohl diesen bestimmte Rechte wie die Teilnahem am Rechtsverkehr beschränkt eingeräumt sei – die notwendige taugliche Eigenschaft als öffentlicher Arbeitgeber fehlen.[224]

(2) Meldepflicht des öffentlichen Arbeitgebers

Der öffentliche Arbeitgeber ist § 165 Satz 1 SGB IX verpflichtet, nach einer erfolglosen Prüfung zur internen Besetzung des Arbeitsplatzes (1.) „frei werdende und neu zu besetzende“ sowie (2.) „neue Arbeitsplätze“ der Agentur für Arbeit frühzeitig melden. In der ersten Alternative müssen die Voraussetzungen „frei“ und „neu zu besetzen“ kumulativ vorliegen. Eine zwar frei werdende Stelle ist also nicht zu melden, wenn sie nicht wieder besetzt werden soll. Regelmäßig wird ein kw-Vermerk („künftig wegfallend“) der Meldepflicht entgegenstehen.[225]

Gleichfalls soll der Arbeitgeber frühzeitig Kontakt mit der Agentur für Arbeit aufnehmen. Dabei genügt die bloße Einstellung einer Stelle in die Online-Jobbörse der Agentur für Arbeit weder Zweck noch Anforderungen der Norm.[226] Der Arbeitgeber muss vielmehr den unmittelbaren Kontakt zur Agentur suchen. Weiter soll der Arbeitgeber den Kontakt nicht erst dann aufnehmen, wenn er eine Stelle zur Besetzung ausgeschrieben hat. Der Grund hierfür ist, dass die Kontaktaufnahme mit der Agentur für Arbeit einer Klärung der für den Arbeitsplatz erforderlichen Qualifikationen dient.[227]

Beachte: Bei bloß internen Stellenausschreibung gibt es nach Ansicht des LAG Köln keine Beteiligungspflichten. Der Arbeitgeber muss die Agentur für Arbeit nicht in das Bewerbungsverfahren einbeziehen.[228]

Die Verletzung der Meldepflicht durch den öffentlichen Arbeitgeber ist als Vermutungstatsache für einen Zusammenhang zwischen Benachteiligung und Behinderung geeignet.[229] Dies gilt nach der Rechtsprechung des BAG selbst dann, wenn der Arbeitgeber von der Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers nichts wusste. Das BAG führte dazu aus, dass der Arbeitgeber allein mit der unterlassenen Durchführung der Prüf- und Meldepflicht nach § 81 I 1 und 2 SGB IX aF (§ 164 I SGB IX nF) den Anschein erwecke, nicht nur an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein, sondern auch

---

Einladung ist entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Einer Inklusionsvereinbarung nach § 166 bedarf es nicht, wenn für die Dienststellen dem § 166 entsprechende Regelungen bereits bestehen und durchgeführt werden.“

[223] Außerhalb des Bereichs der hoheitlichen Verwaltung können die staatlichen oder kommunalen Rechtsträger grundsätzlich frei entscheiden, in welcher Rechtsform sie ihr Handeln organisieren. Diese grundsätzliche Organisationsentscheidung unterliegt keiner gerichtlichen Zweckmäßigkeitskontrolle. Ein in privatrechtlicher Rechtsform organisierter Arbeitgeber wird auch nicht dadurch zu einem öffentlichen Arbeitgeber, dass er den TVöD anwendet oder dass Körperschaften des öffentlichen Rechts Alleingesellschafter oder Mehrheitsgesellschafter sind (LArbG Köln v. 12.05.2011 - 6 Sa 19/11 - BGleiG E.II.2.6 SGB IX § 82 Nr. 3; Fabricius in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 2. Aufl. 2015, § 82 SGB IX Rn. 13).

[224] Fuhlrott/Hoppe, ArbRAktuell 2020, 4 m.w.N.

[225] Fabricius in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 2. Aufl. 2015, § 82 SGB IX Rn. 14.

[226] LAG Berlin-Brandenburg, EzTVöD 100 § 2 TVöD-AT Auswahlverfahren Nr. 33 Rn. 26.

[227] Lützeler/Wasser, öAT 2017, 158, 159.

[228] LAG Köln 08.02.2010, Behindertenrecht 2011, 114 Rn. 33.

[229] BAG 13.10. 2011, öAT 20112,109 Rn. 45.

möglichen Vermittlungsvorschlägen von arbeitssuchenden schwerbehinderten Menschen aus dem Weg gehen zu wollen.[230] Dies indiziert eine Benachteiligung iSv § 22 AGG.

Entschädigung nach § 15 II AGG – Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung: BAG 25.11.2021 – 8 AZR 313/20: https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/entschaedigung-nach-%C2%A7-15-abs-2-agg-vermutung-der-benachteiligung-wegen-der-schwerbehinderung/Der Verstoß des AG gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, begründet regelmäßig die Vermutung iSv § 22 AGG, dass der/die erfolglose schwerbehinderte Bewerber/in im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen der Schwerbehinderung nicht berücksichtigt und damit wegen der Schwerbehinderung benachteiligt wurde. Zu diesen Vorschriften gehört § 165 Satz 1 SGB IX, wonach die Dienststellen der öffentlichen Arbeitgeber den Agenturen für Arbeit frühzeitig frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze melden. Um dieser Bestimmung zu genügen, reicht allein die Veröffentlichung des Stellenangebots über die Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit nicht aus.

(3) Einladung zum Vorstellungsgespräch

(a) **Einladung**

Haben schwerbehinderte Menschen sich um einen Arbeitsplatz iSv § 165 Satz 1 SGB IX beworben oder sind sie von der Bundesagentur für Arbeit oder einem von dieser beauftragten Integrationsfachdienst vorgeschlagen worden, werden sie zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Der öffentliche Arbeitgeber hat den sich bewerbenden schwerbehinderten Menschen[231] und gleichgestellte Personen[232] nach § 165 Satz 3 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Die Pflicht zur Einladung nach § 165 Satz 3 SGB IX besteht nach der Rechtsprechung des BAG[233] bereits bei Information über das Vorliegen einer „Schwerbehinderung". Dabei ist es ist nicht zusätzlich erforderlich, den Grad der Behinderung (GdB) mitzuteilen.[234]

Den Bewerber trifft die Obliegenheit, seine Schwerbehinderung offen mitzuteilen. Die Information über die Behinderung hat regelmäßig im Bewerbungsschreiben zu erfolgen. Wird die Information im Lebenslauf gegeben, so hat dies an hervorgehobener Stelle und deutlich, etwa durch eine besondere Überschrift hervorgehoben, zu geschehen. „Eingestreute" oder unauffällige Informationen, indirekte Hinweise in beigefügten amtlichen Dokumenten, eine in den weiteren Bewerbungsunterlagen befindliche Kopie des Schwerbehindertenausweises etc. sind keine ordnungsgemäße Information des angestrebten Vertragspartners.[235]

---

[230] Conze/Karb/Wölk, Stichwort AGG Rn. 188.

[231] **§ 2 II SGB IX (schwerbehinderte Menschen)**: Menschen sind im Sinne des Teils 2 schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 73 SGB IX rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben. Das Vorliegen einer Behinderung und der Grad der Behinderung werden gem. § 152 I 1 SGB IX durch die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes zuständigen Behörden festgestellt. Bei Vorliegen einer Behinderung wird ein entsprechender Schwerbehindertenausweis ausgestellt.

[232] **§ 2 III SGB IX (Gleichstellung)**: Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 73 SGB IX nicht erlangen oder nicht behalten können (gleichgestellte behinderte Menschen). Für gleichgestellte Personen sind demensprechend dieselben Regelungen wie für schwerbehinderte Personen anwendbar.

[233] BAG 22.10.2015, NZA 2016, 625 Rn. 40 mit Anm. Laber, Kenntnis des Arbeitgebers von einer unmittelbaren Benachteiligung wegen einer Behinderung, öAT 2016, 99.

[234] BAG 22.10.2015, NZA 2016, 625 Rn. 40.

[235] BAG 22.10.2015, NZA 2016, 625. Zur Kenntnis des Arbeitgebers von der Behinderung und zur Offenlegung derselben durch den Bewerber vgl. Fabricius in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 2. Aufl. 2015, § 81 SGB IX Rn. 15.

Ein schwerbehinderter Bewerber soll bei einem öffentlichen Arbeitgeber also grundsätzlich die **Chance eines Vorstellungsgesprächs** bekommen um die Chancen eines schwerbehinderten Bewerbers im Auswahlverfahren zu erhöhen. Er soll die Möglichkeit eines Vorstellungsgesprächs bekommen, auch wenn seine fachliche Eignung zweifelhaft, aber nicht ausgeschlossen ist.[236] Wird ihm diese Möglichkeit genommen, liegt schon darin eine weniger günstige Behandlung, als sie das Gesetz zur Herstellung gleicher Bewerbungschancen gegenüber anderen Bewerbern für erforderlich hält. Der Ausschluss aus dem weiteren Bewerbungsverfahren ist eine Benachteiligung, die in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Behinderung steht.[237] Selbst wenn sich der öffentliche Arbeitgeber aufgrund der Bewerbungsunterlagen schon die Meinung gebildet hat, ein oder mehrere andere Bewerber seien so gut geeignet, dass der schwerbehinderte Bewerber nicht mehr in die nähere Auswahl komme, muss er den schwerbehinderten Bewerber nach dem Gesetzesziel einladen.[238] Der schwerbehinderte Bewerber soll den Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch von seiner Eignung überzeugen können.

Die Vorschrift gibt dem einzelnen schwerbehinderten Bewerber einen **Individualanspruch auf Einladung zum Vorstellungsgespräch**. Wird dieser Anspruch verletzt, stellt dies sowohl eine Benachteiligung im Verfahren dar als auch ein Indiz im Sinne des § 22 AGG und ist als solches nicht „heilbar" durch eine nachträglich Einladung zum Bewerbungsgespräch, wenn der schwerbehinderte Bewerber nach Ablehnung noch während des Bewerbungsverfahrens seinen Anspruch geltend gemacht hat.[239] Nach der Rechtsprechung ist die Vermutung, dass ein Bewerber wegen seiner Behinderung benachteiligt wurde, bereits dann begründet, wenn der öffentliche Arbeitgeber den Bewerber entgegen der in § 165 Satz 3 SGB IX nF (§ 82 Satz 2 SGB IX) geregelten Verpflichtung nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen hat.[240] Ein Indiz für eine Benachteiligung des schwerbehinderten Bewerbers wegen dessen Schwerbehinderung kann darin gesehen werden, dass der öffentliche Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen den in § 164 I 4 SGB IX, § 178 II SGB IX nF (§ 81 Abs. 1 Satz 4, § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX getroffenen Bestimmungen nicht über die Bewerbung des schwerbehinderten Bewerbers unterrichtet hat.[241]

§ 165 S. 3 SGB IX – Einladung zum Vorstellungsgespräch – BGA 01.07.2021 – 8 AZR 297/20: Der Umstand, dass eine schriftliche Einladung zu einem Vorstellungsgespräch der sich bewerbenden schwerbehinderten oder gleichgestellten Person nicht entsprechend § 130 BGB zugegangen ist, kann die Kausalitätsvermutung nach § 22 AGG nur dann begründen, wenn der Arbeitgeber nicht alles ihm Mögliche und Zumutbare unternommen hat, um einen ordnungsgemäßen und fristgerechten Zugang der Einladung zu bewirken.

(b) **Einladungspflicht eines externen schwerbehinderten Bewerbers bei einer internen Stellenausschreibung?**

Nach der Rechtsprechung[242] sollen schwerbehinderte Beschäftigte keinen Anspruch auf Einladung zum Vorstellungsgespräch nach § 165 Satz 3 SGB IX nF (§ 82 Satz 2 SGB IX) haben, wenn der öffentliche Arbeitgeber den Arbeitsplatz berechtigterweise nur intern zur Besetzung ausschreibe. Aufgrund der inhaltlichen Verknüpfung der Sätze 1 und 2 des § 82 SGB IX sei schwerbehinderten Bewerbern der gesetzliche Vorteil der Einladung zu einem Vorstellungsgespräch nur dann eingeräumt, wenn es um die Besetzung eines Arbeitsplatzes geht, der von der Meldepflicht (und dem damit korrespondierenden Informationsanspruch der Agentur für Arbeit) erfasst werde.[243] Diese Rechtsprechung hat in die Neufassung des § 165 Satz 1

[236] BAG 20.01.2016, NZA 2016, 681 Rn. 31.
[237] Fabricius in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 2. Aufl. 2015, § 82 SGB IX Rn. 17.
[238] BAG 16.02.2012, NZA 2012, 667 Rn. 48.
[239] BAG 22.08.2013, NZA 2014, 82 Rn. 51.
[240] BAG 20.01.2016, NZA 2016, 681 Rn. 31
[241] BAG 20.01.2016, NZA 2016, 681 Rn. 36.
[242] BVerwG 15.12.2011, NVwZ-RR 2012, 320 Rn. 26; LAG Köln 08.02.2010, Behindertenrecht 2011, 114 Rn. 33.
[243] Fabricius in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 2. Aufl. 2015, § 82 SGB IX Rn. 19.

gefunden. Danach ist der öffentlichen Arbeitgeber nur zur Meldung freier oder neu zu besetzender Arbeitsplatze verpflichtet, wenn die Prüfung zur internen Besetzung des Arbeitsplatzes erfolglos geblieben ist.

LAG Schleswig-Holstein führt in einem aktuellen Urteil vom 18.12.2018 dazu wie folgt aus:[244] Ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ist nicht in jedem Fall gemäß § 165 Satz 3SGB IX zur Einladung des externen schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch verpflichtet. So darf er eine Stelle gleichzeitig extern und intern ausschreiben. Dabei kann die externe Ausschreibung unter den Vorbehalt gestellt werden, dass externe Bewerber nur zum Zuge kommen sollen, wenn sich nicht genug interne Bewerber finden (**gestuftes Ausschreibungsverfahren**). Können die freien Stellen alle mit internen Bewerbern besetzt werden, muss der öffentliche Arbeitgeber einen schwerbehinderten Menschen als externen Bewerber nicht zum Vorstellungsgespräch einladen. Dies ist daher auch nicht als Indiz für dessen Diskriminierung durch den Arbeitgeber geeignet.

(c) **Offensichtliches Fehlen der Eignung**

Die Pflicht zur Einladung zum Vorstellungsgespräch schwerbehinderter Menschen besteht gemäß § 165 Satz 4 SGB IX nF (§ 82 Satz 3 SGB IX) nur dann nicht, wenn dem Bewerber die **fachliche Eignung offensichtlich** fehlt.

Beurteilung der fachlichen Eignung: Zur Beurteilung der fachlichen Eignung des Bewerbers ist auf das in der veröffentlichten Stellenausschreibung enthaltene Anforderungsprofil abzustellen. Mit dem veröffentlichten Anforderungsprofil bestimmt der öffentliche Arbeitgeber den Umfang seiner verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach § 165 Satz 3 Satz SGB IX.[245] Ob ein Bewerber offensichtlich nicht geeignet ist, beurteilt sich daher nach den im Anforderungsprofil geforderten Qualifikationsvoraussetzungen und den einzelnen Aufgabengebieten der ausgeschriebenen Stelle. Mit der Bestimmung eines Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Arbeitgeber die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest; an ihm werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber gemessen. Der öffentliche Arbeitgeber hat im Anforderungsprofil die formalen Voraussetzungen, fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie außerfachlichen Kompetenzen zu beschreiben, die ein Bewerber für eine erfolgreiche Bewältigung der künftigen Tätigkeit benötigt und die dementsprechend der leistungsbezogenen Auswahl zugrunde zu legen sind. Mit der Festlegung des Anforderungsprofils wird ein wesentlicher Teil der Auswahlentscheidung vorweggenommen. Zugleich bestimmt der öffentliche Arbeitgeber mit dem Anforderungsprofil den Umfang seiner – der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerten – verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach.[246]

„**Offensichtlich**" fachlich nicht geeignet ist, wer unzweifelhaft nicht dem Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht. Bloße Zweifel an der fachlichen Eignung rechtfertigen es nicht, von einer Einladung abzusehen, weil sich Zweifel im Vorstellungsgespräch ausräumen lassen können. Der schwerbehinderte Mensch soll die Chance haben, sich in einem Vorstellungsgespräch zu präsentieren und den öffentlichen Arbeitgeber von seiner Eignung zu überzeugen.[247]

Beispiel: Für die Position „Leitung des Rechtsamtes", die nach dem Anforderungsprofil ein 2. Juristisches Staatsexamen erfordert, ist nicht nur ein Kfz-Mechatroniker offensichtlich ungeeignet, sondern schon ein Absolvent der Fachhochschule für Rechtspflege. Umgekehrt fehlt einem Bewerber, der das 2. Staatsexamen bestanden hat, nicht schon deshalb offensichtlich die fachliche Eignung für eine Juristenstelle eines Landkreises, weil er in beiden Staatsexamina nur die Note „ausreichend" erreicht hat, selbst wenn im Anforderungsprofil als notwendige Kenntnisse und Fähigkeiten „Verwaltungsrecht: gut" gefordert wurden.[248] Fordert der Arbeitgeber in der Stellenausschreibung ein „abgeschlossenes Hochschulstudium der Informatik,

[244] LAG Schleswig-Holstein 18.12.2018 - 1 Sa 26 öD/18.
[245] BAG 16.02.2012, NZA 2012, 667 Rn. 49; 12.09.2006, NZA 2007, 507 Rn. 34. – Zum richtigen Umgang mit den Förderpflichten öffentlicher Arbeitgeber in §§ 81 I, 82 SGB IX bei Stellenbesetzungsverfahren vgl. Müller, öAT 2012, 126.
[246] BAG 11.8.2016, NZA 2017, NZA 2017, 43 Rn. 35.
[247] LAG Mecklenburg-Vorpommern, 30.7.2019 – 5 Sa 82/17 – Rn. 35.
[248] BAG 21.07.2009, NZA 2009, 1087 Rn. 24; Fabricius in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 2. Aufl. 2015, § 82 SGB IX Rn. 20.

„idealerweise“ Wirtschaftsinformatik“, ist ein „Wirtschaftswissenschaftler mit einschlägiger Erfahrung im IT-Bereich“ nicht offenkundig ungeeignet.[249]

Die fehlende fachliche Eignung kann grundsätzlich auf sämtliche Voraussetzungen des Arbeitgebers an die zu besetzende Stelle gestützt werden, allen voran natürlich auf den Ausbildungs- bzw. Studienabschluss. Den Maßstab hierfür bilden die in der Stellenausschreibung (Anforderungsprofil) geforderten Qualifikationsmerkmale. Darin sind die formalen Voraussetzungen, fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie die außerfachlichen Kompetenzen zu beschreiben, die ein Bewerber für eine erfolgreiche Bewältigung der künftigen Tätigkeit benötigt und die dementsprechend der leistungsbezogenen Auswahl zugrunde zu legen sind.[250] Daher ist darauf zu achten, dass alle Anforderungen an den gesuchten Arbeitnehmer in der Stellenausschreibung bereits genannt werden.[251] Aus diesem Grund müssen auch schwerbehinderte Bewerber mit schlechten Zeugnisnoten eingeladen werden, wenn in der Ausschreibung nicht eine bestimmte Note ausdrücklich als Mindestqualifikation gefordert worden ist.[252]

Keine Benachteiligung eines schwerbehinderten Bewerbers bei Nichteinladung aufgrund fehlender Mindestnote – BAG 29.04.2021 – 8 AZR 279/20: Geht dem öffentlichen Arbeitgeber die Bewerbung einer schwerbehinderten oder dieser gleichgestellten Person zu, muss er diese nach § 165 Satz 3 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Nach § 165 Satz 4 SGB IX ist eine Einladung entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Dies kann anzunehmen sein, wenn der/die Bewerber/in eine in einem nach Art. 33 II GG zulässigen Anforderungsprofil als zwingendes Auswahlkriterium bestimmte Mindestnote des geforderten Ausbildungsabschlusses nicht erreicht hat. Daran ändert der Umstand, dass § 165 Satz 4 SGB IX als Ausnahmevorschrift eng auszulegen ist, nichts. Dem Prinzip der Bestenauslese nach Art. 33 II GG sind auch die durch das Benachteiligungsverbot des § 7 I AGG geschützten Personengruppen unterworfen.

Ob der schwerbehinderte Mensch für die zu besetzende Stelle offensichtlich fachlich ungeeignet ist, ist anhand eines Vergleichs zwischen dem Anforderungsprofil und dem fachlichem Leistungsprofil des Bewerbers oder der Bewerberin zu ermitteln. Lassen bereits die Bewerbungsunterlagen zweifelsfrei erkennen, dass die durch das Anforderungsprofil zulässig vorgegebenen fachlichen Kriterien nicht erfüllt werden, besteht für den öffentlichen Arbeitgeber keine Verpflichtung, den schwerbehinderten Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen.[253] Die Verpflichtung, den schwerbehinderten Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, besteht für den öffentlichen Arbeitgeber regelmäßig auch dann nicht, wenn der schwerbehinderte Bewerber seiner Mitwirkungspflicht - entsprechende Angaben zu seinen fachlichen Leistungsprofil in der Bewerbung bzw. den beigefügten Bewerbungsunterlagen - mitzuteilen nicht nachkommt.[254]

Beachte: Nach Ansicht der Rechtsprechung liegt zudem eine fehlende Eignung nicht nur bei einer Unterqualifizierung, sondern auch bei einer Überqualifizierung des Bewerbers vor.[255] Die Überqualifizierung kann sich sowohl aus der geforderten Ausbildung als auch aus der bisherigen Berufserfahrung ergeben. Ziel jeden Arbeitgebers ist es schließlich, eine nachhaltige Personalplanung und Mitarbeiterzufriedenheit sowohl in Bezug auf die bereits beschäftigten Mitarbeiter als auch auf die neu eintretenden Bewerber zu gewährleisten. Die Einstellung von überqualifizierten Bewerbern bringt dagegen die Befürchtung mit sich, dass Frustrationen geschaffen und Rangordnungskämpfe ausgelöst werden.[256]

[249] LAG Thüringen 20.12.2016, AUA 2016, 413.
[250] LAG Thüringen 20.12.2016, AUA 2016, 413 Rn. 30.
[251] Stümper, öAT 2017, 114, 116.
[252] BVerwG 03.03.2011, NZA 2011, 977 Rn. 22.
[253] BAG 11.08.2016, NZA 206, 43 Rn. 37.
[254] BAG 11.08.2016, NZA 206, 43 Rn. 37.
[255] Stümper, öAT 2017, 114, 116.
[256] LAG Hessen v. 28.10.2008 – 13 Sa 810/08 Rn. 35.

Den öffentlichen Arbeitgeber trifft in einem Prozess die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der/die schwerbehinderte Bewerber/in offensichtlich fachlich ungeeignet im Sinne von § 165 Satz 3 SGB IX nF).[257]

Praxistipp: Zudem sollten weiche Formulierungen in Stellenausschreibungen (wie zB „wünschenswert", „gerne gesehen") vermieden werden. Denn hierauf kann eine offensichtlich fehlende Eignung nicht gestützt werden.[258] Zudem empfiehlt sich, die anhand objektiver Kriterien festgestellte offensichtlich fehlende fachliche Eignung eines schwerbehinderten Bewerbers schriftlich zu dokumentieren, um keine Tatsachen zu schaffen, die eine Benachteiligung des schwerbehinderten Menschen indizieren könnten.[259]

cc) **Praxistipp**

Zur Erhöhung seiner Chancen im Auswahlverfahren ist ein schwerbehinderter Bewerber nach § 165 Satz 3 SGB IX (§ 82 Satz 2 SGB IX aF) von einem öffentlichen Arbeitgeber regelmäßig zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Pflicht entfällt ausnahmsweise, wenn dem schwerbehinderten Bewerber offensichtlich die fachliche Eignung fehlt. Ob die fachliche Eignung offensichtlich fehlt, ist an dem vom öffentlichen Arbeitgeber mit der Stellenausschreibung bekannt gemachten Anforderungsprofil zu messen. Die Ausnahme in § 165 Satz 4 ist insgesamt eng auszulegen.[260] Regelmäßig sind behinderte Bewerber zu Vorstellungsgesprächen durch den öffentlichen Arbeitgeber einzuladen.

Selbst bei massenhaftem Auftreten von Bewerbungsschreiben mit umfangreichen Anlagen ist für den öffentlichen Arbeitgeber bei der Lektüre aller (!) Bewerbungsschreiben Aufmerksamkeit geboten. Im Entschädigungsprozess vor dem Arbeitsgericht hilft ihm der Einwand nicht weiter, er habe aus Versehen in der Masse der Bewerbungen einen schwerbehinderten Menschen übersehen.[261] Um Entschädigungsforderungen von nicht berücksichtigten Bewerbern zu vermeiden, sollte besser ein schwerbehinderter Mensch zu viel zum Bewerbungsgespräch eingeladen werden, als einer zu wenig.

4. **Beteiligung des Betriebs- oder Personalrats oder der Schwerbehindertenvertretung**

a) **Beteiligung des Betriebsrats**

Das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** vor Abschluss eines Arbeitsvertrages ergibt sich aus **§ 99 BetrVG**. Es handelt sich hierbei um eine Einstellung iSd § 99 BetrVG, die der vollen Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt. In personellen Angelegenheiten hat der Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht. Soll die Beschäftigung eines Arbeitnehmers im Betrieb auf Grund eines Arbeitsvertrages erfolgen, so ist der Betriebsrat *vor Abschluss des Arbeitsvertrags* über die geplante Beschäftigung zu unterrichten und die Zustimmung des Betriebsrates zu dieser auf der Grundlage des Arbeitsvertrages erfolgenden Beschäftigung im Betrieb einzuholen.[262]

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Stellenbewerber zu geben.[263] Als Einstellung ist auch die Verlängerung eines befristeten Vertrages anzusehen.[264] Verweigert der

[257] BAG 11.08.2016, NZA 206, 43 Rn. 38.
[258] Stümper, öAT 2017, 114, 116.
[259] Conze/Karb/Wölk, Stichwort AGG Rn. 188.
[260] LAG Thüringen 20.12.2016, AUA 2016, 413.
[261] Fabricius in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 2. Aufl. 2015, § 82 SGB IX Rn. 31.
[262] BAG 28.04.1992, NZA 1992, 1141.
[263] Schwill, in: BeckOK TVöD, § 2 TVöD-AT Rn. 11.
[264] BAG AP Nr. 82 zu § 99 BetrVG 1972.

Betriebsrat die Zustimmung aufgrund der Zustimmungsverweigerungsründe in § 99 II BetrVG[265], so hat er dies dem Arbeitgeber unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber diesem schriftlich mitzuteilen (§ 99 III 1 BetrVG). Teilt der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Verweigerung seiner Zustimmung nicht innerhalb der Frist schriftlich mit, so gilt die Zustimmung als erteilt (§ 99 III 2 BetrVG). Das BetrVG sieht bei der Einstellung im Falle der Ablehnung durch den Betriebsrat eine Zustimmungsersetzung durch das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers vor (§ 99 IV BetrVG).

Beachte: Zu beachten ist, dass der Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmers, dessen Einstellung der Betriebsrat nicht nach § 99 BetrVG zugestimmt hat, nicht wegen dieses Mangels unwirksam ist.[266] Der Betriebsrat kann vielmehr nur verlangen, dass der Arbeitnehmer nicht im Betrieb beschäftigt wird.[267]

b) **Beteiligung des Personalrats**

Gleiches gilt auch für den Bereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes. So sieht § 78 I Nr. 1 BPersVG vor, dass der Personalrat bei **Einstellungen** mitzubestimmen hat. Die Einstellung von Arbeitnehmern bedeutet die Eingliederung eines neuen Beschäftigten in die Dienststelle, die regelmäßig mit der Begründung eines Arbeitsverhältnisses verbunden ist und durch die tatsächliche Aufnahme der vorgesehenen Tätigkeit bewirkt wird. Nach § 70 I BPersVG kann eine Maßnahme (Einstellung) nur erfolgen, wenn der Personalrat seine Zustimmung erteilt hat. Nähere Bestimmungen hierzu finden sich in § 70 II BPersVG. Danach hat der Leiter der Dienststelle den Personalrat von der beabsichtigten Maßnahme zu unterrichten und dessen Zustimmung zu beantragen. Der Personalrat kann die Begründung der Maßnahme verlangen. Bei Einstellung als Personalangelegenheit kann der Personalrat nur eine mündliche Begründung verlangen (§ 70 II 2 BPersVG). Der Personalrat kann bei Vorliegen von Gründen die Einstellung des Bewerbers verhindern, indem er seine Zustimmung verweigert. Im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 I BPersVG sollte eine frühzeitige Information des Personalrats durch die Dienststelle erfolgen.

Nach § 78 V BPersVG kann der Personalrat kann in den Fällen des Absatzes 1 (hier: Einstellung nach Nr. 1) seine Z**ustimmung verweigern**, wenn

- die Maßnahme gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Bestimmung in einem Tarifvertrag, eine gerichtliche Entscheidung, den Gleichstellungsplan oder eine Verwaltungsanordnung oder gegen eine Richtlinie im Sinne des § 80 Absatz 1 Nummer 12 verstößt,
- die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass durch die Maßnahme der oder die betroffene Beschäftigte oder andere Beschäftigte benachteiligt werden, ohne dass dies aus dienstlichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist, oder

[265] Der Betriebsrat kann die Zustimmung zB verweigern, wenn die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz […] oder gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung oder eine gerichtliche Entscheidung oder behördliche Anordnung verstößt (Nr. 1) oder eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist (Nr. 5).

[266] Detail: Umstritten, aber von der Rspr. geklärt, ist die Frage, ob und wie sich die fehlende und die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zu einer personellen Maßnahme auf die individuelle Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten, meist einem Arbeitnehmer, auswirken. Rspr. und hM trennen die Schicksale dieser beiden Materien, was sich zugunsten des Dritten auswirkt (BAG 02.07.1980, AP BetrVG 1972 § 101 Nr. 5; 25.06.1987, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 14; Richardi BetrVG/Thüsing Rn. 293; ErfK/Kania Rn. 44 f). Für Einstellungen hat dies zur Folge, dass ein abgeschlossener Arbeitsvertrag wirksam ist, der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aber erst dann beschäftigen darf, wenn das Arbeitsgericht die Zustimmung erteilt hat (Richardi BetrVG/Thüsing Rn. 294). Bei rechtskräftiger Verweigerung des Betriebsrats kann der Arbeitgeber jedoch kündigen (krit. Richardi BetrVG/Thüsing Rn. 296). Ohne die Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens ist die Frage der Kündbarkeit oder von Schadensersatzansprüchen noch richterlich zu klären (BeckOK ArbR/Mauer BetrVG § 99 Rn. 29).

[267] Schwill, in: BeckOK TVöD, § 2 TVöD-AT Rn. 11; BAG AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 9.

- die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass die oder der Beschäftigte oder die Bewerberin oder der Bewerber den Frieden in der Dienststelle durch unsoziales oder gesetzwidriges Verhalten stören werde.

Kommt eine Einigung nicht zustande, so kann die Leiterin oder der Leiter der Dienststelle oder der Personalrat die Angelegenheit binnen fünf Arbeitstagen auf dem Dienstweg den übergeordneten Dienststellen, bei denen **Stufenvertretungen** bestehen, schriftlich oder elektronisch vorlegen (§ 71 I BPersVG). Die übergeordnete Dienststelle soll die Angelegenheit, sofern sie dem Anliegen des Personalrats nicht oder nicht in vollem Umfang entspricht, innerhalb von sechs Wochen der bei ihr gebildeten Stufenvertretung vorlegen (§ 71 II BPersVG). Ergibt sich zwischen der obersten Dienstbehörde und der bei ihr bestehenden zuständigen Personalvertretung keine Einigung, kann jede Seite die Einigungsstelle anrufen (**Einigungsstelle**, § 72 BPersVG). § 73 BPersVG regelt die **Bildung und Zusammensetzung der Einigungsstelle**: Die Einigungsstelle wird bei der obersten Dienstbehörde gebildet. Die Einigungsstelle besteht aus je drei Beisitzerinnen oder Beisitzern, die von der obersten Dienstbehörde und der bei ihr bestehenden zuständigen Personalvertretung bestellt werden, sowie einer oder einem unparteiischen Vorsitzenden, auf die oder den sich beide Seiten einigen. Das **Verfahren vor der Einigungsstelle** ist in § 74 BPersVG wie folgt geregelt: Die Einigungsstelle soll binnen zwei Monaten nach der Erklärung eines Beteiligten, die Entscheidung der Einigungsstelle herbeiführen zu wollen, entscheiden. Die Verhandlung ist nicht öffentlich. Der obersten Dienstbehörde und der zuständigen Personalvertretung ist Gelegenheit zur mündlichen Äußerung zu geben. Im Einvernehmen mit den Beteiligten kann die Äußerung schriftlich erfolgen. Die Einigungsstelle entscheidet durch Beschluss. Sie kann den Anträgen der Beteiligten auch teilweise entsprechen. In den Fällen des § 78 Absatz 5 stellt sie fest, ob ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung vorliegt. Der Beschluss wird mit Stimmenmehrheit. **Bindung an die Beschlüsse der Einigungsstelle**: Der Beschluss der Einigungsstelle bindet die Beteiligten mit Ausnahme (§ 75 BPersVG).

Beachte: Als Einstellung iSv § 78 I Nr. 1 BPersVG gilt auch die Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages wie auch die Umwandlung eines derartigen Arbeitsverhältnisses in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis und unterliegt damit der Mitbestimmung des Personalrats.[268] Ebenso unterliegt die Umwandlung eines Teilzeitbeschäftigungsverhältnisses in ein Vollzeitbeschäftigungsverhältnis der Mitbestimmung des Personalrats wie bei Einstellungen.[269]

c) **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung**

Nach § 177 I 1 SGB IX werden in Dienststellen, in denen wenigstens fünf schwerbehinderte Menschen nicht nur vorübergehend beschäftigt sind, eine Vertrauensperson und eine Stellvertretung zu wählen. Nach § 178 II SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren (also auch bei Einstellung eines anderen Bewerbers), unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören. Sie hat das Recht auf Einsicht in alle für ihre Entscheidung wichtigen Teile der Bewerbungsunterlagen. Sie hat auch das Recht auf Teilnahme am Vorstellungsgespräch. Eine ohne notwendige Anhörung der Schwerbehindertenvertretung vorgenommene Einstellung ist auszusetzen, bis die Anhörung durchgeführt wurde. Ihre Beteiligung ist innerhalb von sieben Tagen durchzuführen bzw. nachzuholen; sodann ist endgültig zu entscheiden.

Die **Unterrichtungspflicht** entsteht zwar sobald die Dienststellenleitung die Absicht hat, eine konkrete Maßnahme mit Auswirkungen für schwerbehinderte Menschen zu treffen. Das Unterbleiben der Beteiligung führt aber lediglich dazu, dass die Vollziehung der getroffenen Entscheidung auszusetzen und die Beteiligung innerhalb einer Frist von sieben Tagen nachzuholen ist. Denn erst in Kenntnis der Stellungnahme darf die Dienststellenleitung abschließend in der Angelegenheit entscheiden. Einer Zustimmung der Schwerbehindertenvertretung bedarf es jedoch nicht. Auch führt ein Verstoß gegen die Unterrichtungs- und Anhörungspflicht nicht zur Unwirksamkeit der Maßnahme. Sowohl eine Einstellung als auch eine ausgesprochene Kündigung

[268] BVerwG ZTR 1989, 323; Schwill, in: BeckOK § 2 TVöD-AT Rn. 12.
[269] BVerwGE 92, 295–304; Schwill, in: BeckOK § 2 TVöD-AT Rn. 12.

bleiben trotz fehlender vorheriger Anhörung der Schwerbehindertenvertretung wirksam.[270] Folglich geht das Aussetzungsverlangen dann ins Leere, wenn der Arbeitgeber die Maßnahme – wie beispielsweise die Personalauswahl - bereits vollzogen hat. Unterlässt der Arbeitgeber diese Unterrichtung, ist dies ein Indiz (§ 22 AGG) für eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung und kann Schadens- und Entschädigungsansprüche nach § 15 AGG auslösen.

d) **Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten**

Die Gleichstellungsbeauftragte ist das gesetzliche Kontroll- und Überwachungsorgan der Dienststelle mit Beratungs- und Unterstützungsaufgaben. Organisatorisch ist die Funktion der Gleichstellungsbeauftragten der Dienststellenleitung zugeteilt und ist mit einem eigen Vortagsrecht ausgestattet. Die Dienststelle hat gemäß § 27 I BGleiG die Gleichstellungsbeauftragten frühzeitig zu beteiligen, insbes. bei Einstellung sowie die Abordnung, Versetzung und Umsetzung von Beschäftigten für jeweils mehr als drei Monate (§ 27 I Nr. 1 Buchst. b). Nach § 27 II BGleiG liegt eine **frühzeitige Beteiligung** vor, wenn die Gleichstellungsbeauftragte mit Beginn des Entscheidungsprozesses auf Seiten der Dienststelle beteiligt wird und die jeweilige Entscheidung oder Maßnahme noch gestaltungsfähig ist. Die Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten geht einem Beteiligungsverfahren nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz und dem Neunten Buch Sozialgesetzbuch voraus; das Verfahren nach § 32 III BGleiG muss abgeschlossen sein. Erfolgt entgegen Satz 1 eine parallele Beteiligung von Personal- oder Schwerbehindertenvertretung, ist die Gleichstellungsbeauftragte über die Gründe zu informieren. Die Gleichstellungsbeauftragte ist organisationsrechtlich der Personalverwaltung und unmittelbar der Dienststellenleitung zugeordnet. Die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Gleichstellungsbeauftragten sind in § 25 BGleiG geregelt. Danach hat die Gleichstellungsbeauftragte die Aufgabe, den Vollzug des BGleiG und des AGG im Hinblick auf den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen wegen ihres Geschlechts, insbesondere bei Benachteiligungen von Frauen, zu fördern und zu überwachen.

Beachte: Die Gleichstellungsbeauftragte hat nach § 33 I Nr. 6 BGleiG ein Einspruchsrecht gegenüber der Dienststellenleitung, wenn sie geltend macht, die Dienststelle habe ua gegen weitere Vorschriften des BGleiG oder gegen andere Vorschriften über die Gleichstellung von Frauen und Männern verstoßen (zB AGG). Nach § 33 II ist der Einspruch innerhalb einer Woche ab Zugang der Begründung nach § 32 III BGleiG bei der Dienstellenleitung einzulegen. Er hat grds. aufschiebende Wirkung. Die Dienststellenleitung soll über den Einspruch innerhalb eines Monats nach Zugang des Einspruchs entscheiden (§ 33 III BGleiG). Bleibt der Einspruch erfolglos, kann die Gleichstellungsbeauftragte das Verwaltungsgericht anrufen. Zuvor hat die Gleichstellungsbeauftragte oder die Dienststelle einen nochmaligen Einigungsversuch zu unternehmen (§ 34 I BGleiG). Auch hier ist es nach § 30 BGleiG im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen der Dienststelle und der Gleichstellungsbeauftragten in der Praxis anzuraten, dass ein fachlicher Austausch und eine frühzeitige Information sichergestellt ist.

5. **Schriftform des Arbeitsvertrags**

a) **Anforderungen an die Schriftform**

Nach § 2 I TVöD wird der Arbeitsvertrag schriftlich abgeschlossen. Diese Form hat nur **deklaratorische Bedeutung**, dh klarstellende und nicht rechtsbegründende Wirkung. Das deklaratorische Schriftformerfordernis des Abs. 1 dient Beweiszwecken beider Vertragsparteien. Die Inhalte des schriftlichen Arbeitsvertrages haben die Vermutung der Vollständigkeit für sich, so dass jede Partei, die darüberhinausgehende Abreden geltend macht, im Arbeitsgerichtsprozess hierfür die Darlegungs- und Beweislast tragen.

Beispiel: Wird im schriftlichen Arbeitsvertrag vereinbart, dass der Beschäftigte als Bürosachbearbeiter eingestellt wird und die Eingruppierung in eine bestimmte Entgeltgruppe erfolgt, so spielt es regelmäßig keine Rolle, dass zuvor eine konkrete Stelle

[270] BAG 28.06.2007 – 6 AZR 750/06.

ausgeschrieben wurde und sich der Arbeitnehmer hierauf beworben hat. Vereinbart ist nicht die konkrete Tätigkeit, sondern der Einsatz als Bürosachbearbeiter mit allen Tätigkeiten, die der vereinbarten Entgeltgruppe entsprechen. Da nach dem schriftlichen Arbeitsvertrag erkennbar breite Einsatzmöglichkeiten vereinbart sind, konkretisiert sich das Arbeitsverhältnis in der Folgezeit auch nicht ohne weitere auf eine bestimmte Tätigkeit.[271]

Beachte: Für befristete Arbeitsverhältnisse gilt es das zwingende Schriftformerfordernis in § 14 IV TzBfG zu beachten.

b) **Nachweisgesetz**

aa) **Vorgaben des Nachweisgesetzes**

Zu beachten sind auch die **Vorgaben des Nachweisgesetzes** (NachwG)[272]. Vom Gesetz sind alle Arbeitnehmer erfasst, gleichgültig, ob sie im öffentlichen Dienst oder in der Privatwirtschaft tätig sind. Ausgenommen sind Personen, die nur zur vorübergehenden Aushilfe von höchstens einem Monat eingestellt werden. Durch dieses Gesetz wird der Arbeitgeber verpflichtet dem Arbeitnehmer bis spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses eine schriftliche, vom Arbeitgeber unterzeichnete Niederschrift über die wesentlichen Vertragsbedingungen (wie zB den Arbeitsplatz, die Dauer der Arbeitszeit, die Höhe des Arbeitsentgelts, die Dauer des Erholungsurlaubs etc.) auszuhändigen (vgl. § 2 I 2 NachwG).

Nach § 2 III NachwG können die wesentlichen Vertragsbedingungen nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 6 (Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgelts und Zulagen), Nr. 7 (die vereinbarte Arbeitszeit), Nr. 8 (die Dauer des Erholungsurlaubs) und Nr. 9 (die Kündigungsfristen) durch einen **Hinweis auf die einschlägigen Tarifverträge**, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und ähnlichen Regelungen die für das Arbeitsverhältnis gelten, ersetzt werden.

Praxistipp: Um das Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht zu stark einzuschränken, empfiehlt es sich, in der Praxis die Feststellung zum Arbeitsort (Nr. 4) oder zur Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit (Nr. 5) in eine gesonderte Niederschrift aufzunehmen. Diese wird allein vom Arbeitgeber unterzeichnet (§ 2 I 1 NachwG).

Beachte: Die Verpflichtung zu einer kurzen **Charakterisierung oder Beschreibung** der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit gem. § 2 I 2 Nr. 5 NachwG erfüllt der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes im Anwendungsbereich des TVöD regelmäßig durch eine Arbeitsplatz- oder Stellenbeschreibung. Dieser Nachweis kann auch in einer Stellenausschreibung enthalten sein.[273]

Die Verpflichtung zur Fertigung einer Niederschrift entfällt, soweit die geforderten Angaben bereits in dem ausgehändigten schriftlichen Arbeitsvertrag enthalten sind (§ 2 IV NachwG). Bei Änderungen der wesentlichen Vertragsbedingungen hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer erneut schriftlich zu unterrichten. Nach § 3 NachwG hat dies der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach deren Wirksamwerden in einer vom Arbeitgeber unterzeichneten Niederschrift mitzuteilen. Die Regelungen des Nachweisgesetzes gelten in vollem Umfang für den Bereich des TVöD.[274]

Hinweis: Mit Rundschreiben vom 28. August 1995 (D II 4 -220 085/16) werden Hinweise zur Durchführung des Nachweisgesetzes hat veröffentlicht, denen jeweils ein Muster der im Nachweisgesetz vorgeschriebenen Niederschrift beigefügt ist. In der Niederschrift werden (nur) Angaben zum Arbeitsort und zur Tätigkeit aufgenommen.

[271] Görg/Guth, TVöD-Kommentar, § 2 Rn. 3.
[272] Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz - NachwG) v. 20.07.1995 (BGBl. I S. 946), zuletzt geändert durch Gesetz v. 11.08.2014 (BGBl. I S. 1348).
[273] BAG 8.6.2005, NZA 2006, 53.
[274] Schwill, in: BeckOK TVöD, § 2 TVöD-AT Rn. 13.

bb) **Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Nachweisgesetz**

Wenn ein schriftlicher Arbeitsvertrag bzw. eine entsprechende Bescheinigung fehlt, ist das ein Verstoß gegen das Nachweisgesetz. Bei einem solchen Verstoß gelten im Gerichtsverfahren gewisse Erleichterungen für den Arbeitnehmer. Grundsätzlich müsste er zur vollen Überzeugung des Gerichtes beweisen, dass bspw. ein höherer als der gezahlte Lohn vereinbart war. Der Verstoß gegen das Nachweisgesetz führt zu einer Modifikation dieses Grundsatzes (**Beweiserleichterung**). Zwar muss nicht der Arbeitgeber beweisen, dass ein niedrigerer als der behauptete Lohn vereinbart war (das wäre eine Beweislastumkehr). Es kann aber ein schlüssiger Vortrag des Arbeitnehmers hinsichtlich des höheren Lohns genügen. Wenn also das Gericht am Ende der Beweisaufnahme die Vereinbarung eines höheren Lohns für gleich wahrscheinlich, wie die des gezahlten Lohnes hält, kann es trotzdem den höheren Lohn zusprechen (gäbe es die skizzierte Erleichterung nicht, müsste es die Klage auf den höheren Lohn zwingend abweisen).

Daneben kann es für den Arbeitgeber rechtlich nachteilig sein, keinen oder einen nur unvollständigen Arbeitsnachweis zu erteilen. Insbesondere dann, wenn in einem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag Ausschlussfristen enthalten sind, kann die Berufung des Arbeitgebers auf diese Ausschlussfristen daran scheitern, dass er es unterlassen hat, in einem schriftlichen Arbeitsnachweis auf die Geltung dieses Tarifvertrags hinzuweisen.[275]

6. **Mehrere Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber (§ 2 II TVöD)**

§ 2 II 1 TVöD stellt klar, unter welchen Voraussetzungen mehrere (rechtlich getrennte) Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber zulässig sind. Das ist der Fall, wenn die jeweils übertragenden Tätigkeiten nicht in einem unmittelbaren Sachzusammenhang stehen.[276] Ist ein unmittelbarer Sachzusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen gegeben, dann gelten sie als ein Arbeitsverhältnis (§ 2 II 2 TVöD). Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, Arbeitsverträge mit geringfügig Beschäftigten iSd § 8 SGB IV, die vom Anwendungsbereich des TVöD ausgenommen sind, zu beschränken.

Werden demnach formal mehrere Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber begründet, gelten sie als ein Arbeitsverhältnis, wenn sie in einem unmittelbaren Sachzusammenhang zueinanderstehen.

Beispiel: Eine Schreibkraft schließt zwei Teilzeitbeschäftigungen mit demselben Arbeitgeber, Bund, bei unterschiedlichen Dienststellen ab. Hier stehen die übertragenen Aufgaben in einem unmittelbaren Zusammenhang. Folglich liegt ein Arbeitsverhältnis vor. Zwei Arbeitsverhältnisse liegen hingegen dann vor, wenn beide Arbeitsverhältnisse unterschiedliche Inhalte im Verhältnis zueinander hätten. Das wäre der Fall, wenn eine der beiden Beschäftigungen Tätigkeiten einer Schreibkraft beinhalten, während die zweite Teilzeitbeschäftigung bspw. als Küchenhilfe ausgeführt würde. In diesem Fall lägen im Sinne des § 2 II TVöD voneinander unabhängige Arbeitsverhältnisse mit unterschiedlichen Inhalten vor. Folglich würde jedes Arbeitsverhältnis anspruchsrechtlich für sich behandelt.

Merke: Im Bereich des Bundes wird von getrennten Arbeitsverhältnissen auszugehen sein, wenn die Arbeitsverträge mit verschiedenen, zum Abschluss von Arbeitsverträgen befugten Dienststellen für unterschiedliche Arbeitsbereiche abgeschlossen werden.[277]

[275] BAG 17.4.2002, AZR 89/01.
[276] Bepler, in: BeckOK TVöD, § 37 TVöD-AT Rn. 39..
[277] Conze, Arbeit- und Tarifrecht im öffentlichen Dienst, S. 24.

7. **Nebenabreden (§ 2 III TVöD)**

Nebenabreden sind gem. § 2 III 1 TVöD nur wirksam, wenn sie **schriftlich vereinbart** werden. Im Gegensatz zum Abschluss des Arbeitsvertrags nach § 2 I TVöD selbst, handelt es sich bei der Nebenabrede um eine konstitutive Schriftform.[278] Dabei handelt es sich um eine gesetzliche vorgeschrieben Form. Wird diese vorgeschriebene Form nicht eingehalten, sind die Nebenabreden nach § 125 BGB nichtig. Die Kündigungsklausel in § 2 III 2 TVöD regelt, in welchen Fällen eine Nebenabrede gesondert, ohne Auswirkungen auf den sonstigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses, gekündigt werden kann.

Bei dieser tariflichen **konstitutiven Schriftform** handelt es sich um eine gesetzliche Form iSd § 125 Satz 1 BGB.[279] Zwar stellen Tarifverträge keine Gesetze im formellen Sinne dar. Unter einem „Gesetz" iSd BGB ist gemäß Art. 2 EGBGB jedoch jede Rechtsnorm zu verstehen. Tarifliche Vorschriften, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses regeln, sind, da sie normative Wirkung entfalten, derartige Rechtsnormen (vgl. §§ 1 I, 4 I TVöD).[280] Voraussetzung ist die Geltung des Tarifvertrages kraft beiderseitiger Tarifbindung. Wird die Anwendbarkeit des Tarifvertrages – etwa beim tarifungebundenen Beschäftigten – erst durch einzelvertragliche Bezugnahme erreicht, so liegt ein vertragliches Formerfordernis iSd § 125 Satz 2 BGB vor.[281] Denn Rechtsgrund für die Geltung der tariflichen Vorschrift ist hier nicht, über § 4 TVG, der Tarifvertrag selbst, sondern die vertragliche Vereinbarung.

Abgrenzung zur Hauptabrede: Nebenabreden sind die Vertragsbestandteile, die nicht zur „Hauptabrede" gehören. Nur diese bedürfen der Schriftform. Daher ist die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenabreden erforderlich. Hauptabreden betreffen die Hauptrechte und – pflichten aus dem Arbeitsvertrag (= das Wesentliche des Arbeitsvertrages). Es handelt sich um eine Vereinbarung, die die Arbeitsleistung und das Arbeitsentgelt zum Gegenstand haben, zB Abreden und deren Änderung, die die wöchentliche Arbeitszeit, die Tätigkeit und das Arbeitsentgelt betreffen.

Beispiele: Übertragung zusätzlicher Arbeiten, Vereinbarung von Bereitschaftsdienst und entsprechender Vergütung, Sicht- und Wechselschichtzulagen bei Schichtarbeit.

Die Abgrenzung der Hauptabrede zur Nebenabrede muss anhand des Regelungsziels des § 2 III TVöD erfolgen. Zweck der Regelung ist die Sicherstellung der Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst. Insbesondere sollen nicht tariflich geregelte Leistungen deshalb mittels Schriftformerfordernis offengelegt werden, um sie überprüfbar zu machen.

Beispiele: Gewährung außertariflicher Leistungen wie zB Essenszuschlag, zusätzliche Trennungsentschädigung, unentgeltliche Beförderung zu und vom Arbeitsplatz, Rückzahlung von Ausbildungskosten.

8. **Probezeit (§ 2 IV TVöD)**

a) **Allgemeines (Länge der Probezeit)**

Auch ohne gesonderte arbeitsvertragliche Vereinbarung gelten die ersten **6 Monate eines Arbeitsverhältnisses als Probezeit** (vgl. § 622 III BGB, § 2 IV TVöD), es sei denn, eine kürzere Zeit wurde (durch schriftliche Nebenabrede oder im Arbeitsvertrag) vereinbart. Dabei wird grds. von einem nicht nur auf die Probezeit beschränktem Arbeitsverhältnis ausgegangen. Es ist aber

[278] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Nebenabrede Rn. 2138.
[279] BAG 16.11.1989, ZTR 1990, 339. Richardi, Formzwang im Arbeitsverhältnis, NZA 2001. 57 f.; Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 2 Rn. 60; aA Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 2 TVöD Rn 18.
[280] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 2 Rn. 60
[281] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 2 Rn. 60.

auch zulässig nur ein auf die Probezeit beschränktes Arbeitsverhältnis zu vereinbaren, das dann nach erfolgreicher Beendigung der Probezeit in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis umgewandelt wird (§ 14 I 2 Nr. 5 TzBfG).

Nach § 2 IV TVöD gelten die ersten 6 Monate der Beschäftigung als Probezeit, soweit nicht eine kürzere Zeit vereinbart ist.

Bei befristeten Arbeitsverträgen für Beschäftigte, auf die die Regelungen des Tarifgebietes West Anwendung finden und deren Tätigkeit vor dem 1. Januar 2005 der Rentenversicherung der Angestellten unterlegen hätte, gelten

- bei einer Befristung ohne sachlichen Grund die ersten sechs Wochen
- bei einer Befristung mit sachlichem Grund die ersten 6 Monate

als Probezeit (§ 30 IV 1 TVöD).

b) **Zweck der Probezeit**

Mit der Vereinbarung einer Probezeit ist es dem Arbeitgeber möglich zu prüfen, ob der Beschäftigte sich für die ihm zugedachte Stelle eignet und die notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse mit sich bringt. Der Beschäftigte kann prüfen, ob ihm die Stelle zusagt und seinen Vorstellungen entspricht.[282] Für beide Vertragsparteien besteht die Möglichkeit, während der Probezeit das Arbeitsverhältnis einfacher zu lösen. So beträgt die Kündigungsfrist nach § 34 I TVöD bis zum Ende des sechsten Monats seit Beginn des Arbeitsverhältnisses zwei Wochen zum Monatsschluss. Betriebs- oder Personalrat sind an der Probezeitkündigung zu beteiligen.

Primärer Zweck der Probezeit ist dabei nicht die Erleichterung der Kündigung, sondern vielmehr die **Erprobung des Arbeitsverhältnisses** bzw. des Beschäftigten während ihrer Dauer. Beide Zwecksetzungen sind dabei in der Weise miteinander verknüpft, dass der Arbeitgeber sich während der Probezeit schneller von dem Arbeitnehmer lösen kann, wenn dieser den an ihn zu stellenden Anforderungen nicht genügt.[283]

Sofern sich der Beschäftigte innerhalb der Probezeit bewährt hat, wird das Arbeitsverhältnis fortgesetzt, ohne dass es hierfür einer besonderen Erklärung bedarf. Es bietet sich jedoch an, dass der Arbeitgeber dem Beschäftigten mitteilt, dass er seine Probezeit erfolgreich bestanden hat, um ihn so über seinen Leistungsstand zu informieren.

c) **Berechnung der Probezeit**

Die Probezeit beginnt mit dem Tag der Einstellung (Beginn des Arbeitsverhältnisses), auch wenn die Arbeit erst später aufgenommen wird.

Merke: Maßgeblich für den Fristbeginn der Probezeit ist der Vertragsbeginn, nicht die Tätigkeitsaufnahme.

Für die Fristberechnung gelten §§ 187 II, 188 II BGB.

Beispiel: Der Arbeitsvertrag wurde am 01.10. geschlossen. Die vertraglich vereinbarte Probezeit beträgt 3 Monate. Die Frist beginnt nach § 187 II BGB am 01.10. (Tag des Vertragsschlusses wird bei der Berechnung des Fristbeginns mitgerechnet). Nach § 188 II BGB endet die am 01.10. beginnende Frist mit Ablauf des 31.12. (Frist endet mit Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Benennung oder Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht).

[282] Schwill, in: BeckOK TVöD, § 2 TVöD-AT Rn. 32.
[283] BAG AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 1; Schwill, in: BeckOK TVöD, § 2 TVöD-AT Rn. 32a.

Die Probezeit läuft auch bei Urlaub, Erkrankung, Arbeitsbefreiung oder einer vom Arbeitnehmer zu vertretenden Arbeitsversäumnis. Ggf. kommt in diesen Fällen eine Verlängerung der Probezeit in Betracht.

d) **Geltungsbereich der Probezeit**

aa) **Neueinstellungen**

Bei Neueinstellungen gelten idR die ersten sechs Monate nach einer Einstellung als Probezeit. Dies gilt nicht nur bei einer Neueinstellung, sondern auch bei einer Wiedereinstellung bei demselben Arbeitgeber. Das BAG hat deutlich gemacht, dass auch im Falle einer Wiedereinstellung mit - hier allerdings erweiterten Aufgabengebiet - eine erneute Probezeit von sechs Monaten in Betracht kommen kann.[284]

bb) **Übernahme von Ausbildungskräften**

Nach § 2 IV 2 TVöD entfällt die Probezeit, wenn der Auszubildende in unmittelbaren Anschluss an sein Ausbildungsverhältnis in ein Arbeitsverhältnis übernommen wird. Die Vorschrift rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass der Arbeitgeber die Kenntnisse, Leistungen und Fähigkeiten eines Beschäftigten, den er vorher ausgebildet hat, bereits in der Ausbildungszeit kenngelernt und beurteilt hat.[285]

Die zwingende Probezeit entfällt nur, wenn die Übernahme in ein Arbeitsverhältnis im unmittelbaren Anschluss an das Ausbildungsverhältnis erfolgt. Um eine „**Übernahme**“ kann es sich nur handeln, wenn die Vertragsparteien des Ausbildungsverhältnisses und die des Arbeitsverhältnisses identisch sind.

Beispiel: Eine Übernahme liegt vor, wenn eine Ausbildungskraft die Ausbildung in der bundesunmittelbaren Behörde A absolviert hat und nach der Ausbildung als Beschäftigte in den bundesunmittelbaren Dienst übernommen wird, selbst dann, wenn die Beschäftigung bei der (bundesunmittelbaren) Behörde B erfolgt. Die Voraussetzung, dass die Einstellung bei derselben Dienststelle oder demselben Betrieb erfolgen muss ist nämlich in § 2 IV TVöD nicht mehr enthalten.[286] Es muss sich aber um denselben juristischen Arbeitgeber (Bundesrepublik Deutschland) handeln.

Gleichfalls weggefallen ist die Voraussetzung, nach der das der Übernahme vorausgegangene Ausbildungsverhältnis ein solches nach dem TVAöD sein musste. Die Bestimmung kann auf andere (geregelte) Ausbildungsverhältnisse (zB Ausbildung für eine Beamtenlaufbahn) angewendet werden.[287]

„**Unmittelbarer Anschluss**“ iSd § 2 IV 2 TVöD bedeutet, dass zwischen dem (rechtlichen) Ende des Ausbildungsverhältnisses und dem (rechtlichen) Beginn des Arbeitsverhältnisses keine auch nur kurze Unterbrechung liegen darf. Unschädlich sind allenfalls in der Dienststelle/in dem Betrieb allgemein arbeitsfreie Tage.[288]

e) **Verzicht auf Probezeit oder deren Kürzung**

Sofern auf die Probezeit verzichtet oder diese verkürzt werden soll, so ist hierzu eine Vereinbarung im Arbeitsvertrag notwendig. Es handelt sich dabei um eine Nebenabrede, die schriftlich im Arbeitsvertrag vereinbart werden muss, um wirksam zu sein.

[284] BAG AP LPVG Sachsen-Anhalt § 67 Nr. 2; Schwill, in: BeckOK TVöD, § 2 TVöD-AT Rn. 34.
[285] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 2 Rn. 69.
[286] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, TVöD, § 2 Rn. 38.
[287] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, TVöD, § 2 Rn. 39.
[288] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, TVöD, § 2 Rn. 42.

Ein Verzicht auf die Probezeit oder deren Verkürzung kommt idR dann in Betracht, wenn der Beschäftigte bereits schon früher einmal bei demselben Arbeitgeber beschäftigt gewesen ist, oder ein bereits unkündbarer Beschäftigter in einem neuen Arbeitsverhältnis seine Rechte nicht verlieren will. Eine Verkürzung der Probezeit kann auch erst nach Beginn des Arbeitsverhältnisses vorgenommen werden.[289] Auch eine Verkürzung der Probezeit „auf Null" ist nach dem Günstigkeitsprinzip zulässig.

Ein Anspruch des Beschäftigten auf Verkürzung der Probezeit oder auf gänzlichen Verzicht auf die Probezeit besteht hingegen nicht. Die Entscheidung darüber liegt allein im (pflichtgemäßen) Ermessen des Arbeitgebers.

f) **Verlängerung der Probezeit**

Die Verlängerung der Probezeit sieht § 2 IV TVöD nicht (mehr) vor. Dennoch dürfte die Verlängerung der Probezeit möglich sein.

Die Verlängerung einer zunächst den Rahmen von 6 Monaten nicht voll ausschöpfenden Probezeit ist relativ unproblematisch. Dies gilt selbst dann, wenn zum Zeitpunkt der Änderungsvereinbarung die ursprünglich vereinbarte Probezeit schon abgelaufen war. Voraussetzung ist allerdings, dass die Verlängerung auf einer Vereinbarung zwischen den Parteien beruht (Änderung des ursprünglichen Arbeitsvertrages in diesem Punkt) und der Sechsmonatsrahmen insgesamt nicht überschritten wird. Zu beachten ist allerdings, dass eine Verlängerung nicht durch einseitige Erklärung herbeigeführt werden kann.

Soll die Probezeit über den Rahmen von 6 Monaten hinaus ausgedehnt werden, so gilt vorrangig der Grundsatz, dass das Privileg der abgekürzten Kündigungsfrist (§ 34 I TVöD) nur für maximal 6 Monate in Anspruch genommen werden kann und auch der allgemeine Kündigungsschutz gemäß § 1 KSchG – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – unabhängig von der Probezeitvereinbarung nach Ablauf von 6 Monaten entsteht.

§ 2 IV TVöD schließt eine über die sechs Monate hinausgehende Probezeitverlängerung nicht aus.[290] Die in § 5 BAT enthaltende Begrenzung einer Verlängerung wurde nicht übernommen. Allerdings müssen hierfür sachliche Gründe vorliegen, die auch die Dauer der Überschreitung der 6-Monats-Regelfrist zu rechtfertigen geeignet sind (zB längere Krankheitsabwesenheit des Beschäftigten).

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass unvorhergesehene Arbeitsausfälle zum Anlass für eine Verlängerung der ursprünglich vereinbarten Probezeit genommen werden dürfen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die ausgefallene Zeit im Verhältnis zur Gesamtprobezeit nicht unerheblich erscheint.

Hier gilt es zu beachten, dass die vorgeschriebene Probezeit von höchstens sechs Monaten sich aber nicht automatisch um die Dauer einer Unterbrechung, gleich aus welchem Grunde diese eintritt, verlängert.[291] Für eine Verlängerung der Probezeit wäre eine entsprechende Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder während der Probezeit als Nebenabrede erforderlich, auch wenn dadurch die Sechsmonatsgrenze des § 2 IV TVöD überschritten wird.[292]

Im Arbeitsvertrag (entsprechendes gilt für den Ausbildungsvertrag) kann demgemäß vereinbart werden, dass sich die sechs- bzw. dreimonatige Probezeit bei einer Unterbrechung um mehr als einen Monat entsprechend verlängert.[293]

---

[289] Schwill, in: BeckOK TVöD, § 2 TVöD-AT Rn. 38.
[290] Howald, in: Burger, § 2 TVöD Rn. 71; Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, § 2 TVöD Rn. 32.
[291] BAG 15.1.1981, NJW 1982, 2628.
[292] BAG 15.1.1981, NJW 1982, 2628 für Probezeitverlängerung im Ausbildungsvertrag nach § 13 Satz 2 BBiG..
[293] BAG 15.1.1981, NJW 1982, 2628.

In den Arbeitsvertrag könnte ggf. im Anschluss an die Probezeitklausel zB die Formulierung aufgenommen werden: "Sollte der Arbeitnehmer während der Probezeit die Arbeitsleistung für mehr als 2 Monate tatsächlich (zB wegen Arbeitsunfähigkeit) nicht erbracht haben, so verlängert sich die Probezeit um den Zeitraum der Unterbrechung."

Der Zeitraum der Unterbrechung muss auf die Dauer der Probezeit abgestimmt werden. Dies ist eine Frage des Einzelfalles. Das BAG hat eine Verlängerung der Probezeit bei einer Unterbrechung von einem Drittel der ursprünglich vereinbarten Erprobungsdauer "in jedem Fall" für gerechtfertigt erachtet.[294]

Entsprechend dürfte es gerechtfertigt sein, die Probezeit einer Arbeitnehmerin zu verlängern, die während der Probezeit schwanger wird und zB nur einen Monat gearbeitet hat.

Merke: Bei einer Verlängerung der Probezeit ist jedoch zu beachten, dass dann nach Ablauf der sechs Monate das Kündigungsschutzgesetz gilt und längere Kündigungsfristen in Betracht kommen.

g) **Kündigung während der Probezeit**

aa) **Allgemeines**

Innerhalb der sechsmonatigen Probezeit kann nach § 34 I 1 TVöD das unbefristete Arbeitsverhältnis mit einer **Kündigungsfrist von zwei Wochen zum Monatsschluss** ordentlich gekündigt werden. Die Probezeitkündigung unterliegt in jedem Fall dem Schriftformerfordernis nach § 626 BGB.

Nicht erforderlich ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit. Zwar muss die Kündigung während der ersten sechs Monate ausgesprochen werden; diese kann jedoch auch noch nach Fristablauf enden.

Beispiel: Einstellung: 1.7.2019, Probezeit: + sechs Monate; Fristbeginn: § 187 II BGB: 1.7.2019, Fristablauf: 31.12.2019 = letzter Tag der Probezeit; Fristende: § 187 II BGB: 31.12.2019. Eine Kündigung während der ersten sechs Monate nach § 34 I 1 TVöD kann folglich noch bis zu diesem Tag ausgesprochen werden. Das Arbeitsverhältnis würde in diesem Fall nach § 34 I 2 TVöD mit dem 31.1.2020 beendet sein. Hätte das Arbeitsverhältnis dagegen zum 31.12.2019 beendet werden sollen, wäre der Zugang der Kündigung zwei Wochen vor Ablauf des Monats Dezember, bis zum 17.12.2019, erforderlich gewesen.

Beachte: Besonderheiten gelten bei befristeten Arbeitserträgen. Nach § 15 III TzBfG unterliegt ein befristetes Arbeitsverhältnis nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist. Von dieser Möglichkeit haben die Tarifvertragsparteien in § 30 IV und V TVöD Gebrauch gemacht. Im Tarifgebiet West können sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Vertragslaufzeit von weniger als 12 Monaten nur innerhalb der 6-wöchigen Probezeit gekündigt werden!

Vor dem Hintergrund, dass das KSchG nach § 1 I KSchG erst zur Anwendung kommt, wenn das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, muss die Kündigung während der Probezeit nicht sozial gerechtfertigt iSd KSchG sein. Ordentliche Kündigungen innerhalb der sechsmonatigen Probezeit werden somit nicht vom KSchG erfasst. Probezeitkündigung kann daher ohne Angabe von Gründen erfolgen. Vor Ausspruch der Kündigung in der Probezeit muss nicht zwingend eine Abmahnung ausgesprochen werden.[295] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die daraus abgeleitete Obliegenheit zur Abmahnung vor dem Ausspruch einer Kündigung hat nur im

[294] BAG 15.1.1981, NJW 1982, 2628.
[295] BAG NZA-RR 2004, 356 ff. – Ls. 1 und Gründe.

Rahmen des gesetzlichen Kündigungsschutzes Bedeutung. Nach Treu und Glauben kann der vorherige Ausspruch einer Abmahnung gegenüber einem nicht dem Schutz des Kündigungsschutzgesetzes unterliegenden Arbeitnehmer ausnahmsweise nur dann geboten sein, wenn sich der Arbeitgeber mit der Kündigung andernfalls in einen Widerspruch zu seinem vorherigen Verhalten setzen würde.[296] Aus dem Zweck der Probezeit ergibt sich aber auch, dass der Arbeitgeber den Beschäftigten innerhalb der Probezeit auf Leistungsmängel hinweisen muss, um dem Beschäftigten die Gelegenheit zu geben, sich zu verbessern.[297] Will der Arbeitgeber innerhalb einer sechsmonatigen Probezeit kündigen, so ist er lediglich an die Grundsätze des § 242 BGB (Treu und Glaube) gebunden.

Die Kündigung muss spätestens vor Ablauf der Probezeit (sechs Monate oder sechs Wochen) dem Arbeitnehmer zugegangen sein. Im Falle der Nichteignung empfiehlt es sich daher rechtzeitig vor Ablauf dieser Zeitgrenze die Kündigung gegenüber dem Beschäftigten auszusprechen. Allerdings ist dabei noch die Beteiligung des Personalrats bzw. des Betriebsrats und ggf. der Gleichstellungsbeauftragten zu beachten. Die Kündigung ist aber auch noch am letzten Tag der Probezeit möglich, selbst dann, wenn die Kündigungsfrist erst nach dem Ende der Probezeit abläuft.[298]

bb) **Besonderer Kündigungsschutz während der Probezeit**

Einen besonderen Kündigungsschutz genießen **Schwangere** schon während der Probezeit. Nach § 17 MuSchG ist eine Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt ist. **Schwerbehinderte Menschen** genießen nach §§ 168 bis 179 SGB IX besonderen Kündigungsschutz. Allerdings muss das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate betragen haben, damit der besondere Kündigungsschutz im Rahmen der Probezeit gilt. In diesem Fall greift der besondere Kündigungsschutz nach § 168 SGB IX.

Nach § 102 I BetrVG ist der **Betriebsrat** vor Ausspruch der Kündigung in der Probezeit anzuhören. Es handelt sich dabei um eine ordentliche Kündigung, bei der das normale Beteiligungsverfahren gilt. Für die Beteiligung des Personalrats im Anhörungsverfahren zu einer Kündigung gelten dieselben Grundsätze wie für die Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG.[299]

Bei ordentlichen Kündigungen hat der **Personalrat** im Bundesbereich mitzuwirken (§ 85 I BPersVG), vor fristlosen Entlassungen und außerordentlichen Kündigungen ist der Personalrat anzuhören (§ 86 Satz 1 BPersVG). Die Kündigung ist unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist (§ 85 III BPersVG).

cc) **Probezeitverlängerung bei Nichtbewährung**

Nach Ablauf der gesetzlichen Wartezeit des § 1 I KSchG bedarf die Kündigung – sofern es sich nicht um einen Kleinbetrieb gem. § 23 I KSchG handelt – der sozialen Rechtfertigung gem. § 1 II KSchG. Arbeitgeber sind daher gut beraten, vor dem Ablauf dieser Wartezeit bzw. „in der Probezeit“ eine Kündigung auszusprechen, wenn der Arbeitnehmer die an ihn gesetzten Anforderungen nicht erfüllt. Diese führt aufgrund der arbeitsvertraglich vereinbarten bzw. tarifvertraglich geltenden kürzeren Probezeitkündigungsfrist zu einer sehr zeitnahen Beendigung innerhalb von 2 Wochen zum Monatsschluss nach § 34 I TVöD.

[296] BAG AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 26.
[297] Schwill, in: BeckOK TVöD, § 2 TVöD-AT Rn. 43.
[298] BAG AP BAT § 53 Nr. 1.
[299] BAG NZA 2000, 1337.

Als Alternative zu einer solchen Beendigung billigt die Rechtsprechung Arbeitgebern allerdings auch die Möglichkeit zu, anstelle einer Kündigung mit kurzer Probezeitkündigungsfrist das Arbeitsverhältnis mit einer großzügig länger bemessenen Frist zu kündigen, um den Arbeitnehmer so weiter zu erproben und die Probezeit damit faktisch zu verlängern.[300]

Eine in der Rechtsprechung und Literatur anerkannte Fallgruppe, die eine Verlängerung der Vertragsdauer rechtfertigt, ist die **Probezeitkündigung mit längerer Frist** bzw. ein entsprechend vereinbarter Aufhebungsvertrag zur „Bewährung" bzw. weiteren „Erprobung" des Arbeitnehmers. Voraussetzung hierfür ist, dass der Arbeitgeber die Probezeit als nicht bestanden ansieht, dem Arbeitnehmer aber eine (weitere) Bewährungschance geben möchte und ihm für den Fall der Bewährung eine Wiedereinstellung zusagt bzw. jedenfalls in Aussicht stellt.

Höchstrichterliche Grundlage dieser Konstellation ist eine Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2002.[301]https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnza%2F2017%2Fcont%2Fnza.2017.1433.1.htm&anchor=Y-300-Z-NZA-B-2017-S-1433 - FN10 Dieser lag der Fall eines im öffentlichen Dienst beschäftigten städtischen Tarifangestellten im Dezernat „Finanzen und Liegenschaften" zugrunde, in dessen Probezeit es bereits mehrfach Gespräche über die Nicht-Erfüllung der an ihn gesetzten Erwartungen gab. Zum Ende der Probezeit gab es ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer, in dem diesen die Nicht-Bewährung und die Notwendigkeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitgeteilt wurde, gleichfalls aber angeboten wurde, einen Aufhebungsvertrag mit einer um vier Monate verlängerten Kündigungsfrist abzuschließen. Hiermit sollte dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden, seine Einarbeitung fertigzustellen und gleichzeitig darzulegen, dass er in der Lage zur Ausfüllung der Stelle ist. Nach der Rechtsprechung des BAG dürfe ein Arbeitgeber, der die Probezeit als nicht bestanden ansehe, regelmäßig anstelle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der kurzen Probezeitkündigungsfrist dem Arbeitnehmer dadurch eine Bewährungschance geben, *indem er mit einer überschaubaren, längeren Kündigungsfrist kündigt und dem Arbeitnehmer für den Fall seiner Bewährung die Wiedereinstellung zusagt.*[302] Die vorliegend gewählte Einräumung einer viermonatigen Kündigungsfrist sei unbedenklich, da sie dem Arbeitnehmer einerseits die Chance einer Bewährung gebe und ihm andererseits die Möglichkeit der Bewerbung aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis ermöglich.

Beachte: Tarifrechtlich nicht geregelt ist die Kündigung während der Probezeit mit zeitgleichem Neuabschluss eines Arbeitsvertrages mit gleicher oder verkürzter Probezeit bei Nichtbewährung in der Probezeit. Bei unveränderten Arbeitsbedingungen (Tätigkeiten), dürfte eine solches Vorgehen rechtsmissbräuchlich sein. Kommen hingegen im neuen Arbeitsvertrag neue Tätigkeitsbereiche hinzu, dürfte eine erneute Vereinbarung der Probezeit zulässig sein, da hier der Zweck der Erprobung im Vordergrund steht.

9. **Arbeitsvertragsmuster**

aa) **Arbeits- und Ausbildungsvertragsmuster**

Bereits bei Begriff des Arbeitsvertrages wurde auf die Arbeitsvertragsmuster hingewiesen. Die einheitlich kurzen Musterarbeitsverträge regeln die Art des Arbeitsverhältnisses (Voll- oder Teilzeit, befristet oder unbefristet), Bezugnahme auf Tarifverträge, Probezeit, Entgeltgruppe und Nebenabreden. Das BMI hat für den Bereich des Bundes **Arbeits- und Ausbildungsvertragsmuster** herausgegeben. Die Arbeits- und Ausbildungsvertragsmuster werden auf der Homepage des BMI im Word-Format zum Herunterladen zur Verfügung gestellt. Diese Muster sollen in der Bundesverwaltung einheitlich zur Anwendung gebracht werden.

---

[300] Dazu Fuhlrott, Probezeitverlängerung bei Nicht-Bewährung von Mitarbeitern, NZA 2017, 1433-1437.
[301] BAG NZA 2002, 1000.
[302] BAG NZA 2002, 1000 Rn. 26.

Hier finden Sie die aktuellen Arbeitsvertrags- und Ausbildungsmuster zu Herunterladen:
https://www.bmi.bund.de/DE/themen/oeffentlicher-dienst/tvoed/arbeitsvertragsmuster/arbeitsvertragsmuster-node.html

Dort finden Sie auch Erläuterungen zu den Arbeits- und Ausbildungsvertragsmuster und weitere Formulare (wie zB Niederschrift nach NachwG).

Hinweis: Das Rundschreiben vom 18. Januar 2019 enthält die aktualisierten Musterverträge sowie Hinweise zum Verfahren beim Abschluss von Arbeits- und Dienstverträgen mit einem außertariflichen Entgelt und ersetzt die vorausgegangenen Rundschreiben vom 18. November 2005 und vom 14. September 2009 - D II 2 - 220 234 sowie die vom 10. April 2015 und vom 8. März 2018 - D 5-31000/21#2 in der Sache.

Rundschreiben vom 18. Januar 2019 (D5-31000/21#2): Abschluss von Arbeits- und Dienstverträgen unter Vereinbarung eines außertariflichen Entgelts.

bb) **Abschluss von Arbeits- und Dienstverträgen unter Vereinbarung eines außertariflichen Entgelts**

Der Abschluss eines Vertrages mit einem über den TVöD hinausgehenden außertariflichen Entgelt bedarf der vorherigen Zustimmung des BMI und des (BMF). Das setzt den Antrag einer obersten Bundesbehörde voraus. Prüfungsgegenstand sind im Wesentlichen das Entgelt und die sonstigen Vertragsinhalt.

10. **Beamtenrechtlicher Exkurs**

Basiert das privatrechtlich angelegte Arbeitsverhältnis der Beschäftigten des Bundes nach § 2 I TVöD auf dem Arbeitsvertrag, ist im Gegensatz dazu das Beamtenverhältnis ein sog. *öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis*. Die Rechte und Pflichten ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz und können nicht individuell „ausgehandelt" werden.[303]

Da es sich beim Beamtenverhältnis nicht um ein Vertragsverhältnis, sondern um ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis handelt, das durch Ernennung begründet wird, kann es hier folglich auch keinen Arbeitsvertrag bzw. eine Arbeitsvertragsmuster geben.[304] Vielmehr unterliegt die Begründung des Beamtenverhältnisses durch Ernennung bestimmten gesetzlichen Vorgaben, speziell der Inhalt der Ernennungsurkunde. So müssen bei der Begründung des Beamtenverhältnisses in der Ernennungsurkunde die Wörter „unter Berufung in das Beamtenverhältnis" mit dem die Art des Beamtenverhältnisses bestimmenden Zusatz enthalten sein, zB „auf Probe" (vgl. § 8 II 2 Nr. 1 BeamtStG, § 10 II 2 Nr. 1 BBG).

Aus selbigen Erwägungen kann es im Beamtenrecht auch keine vertraglich fundierten Nebenabreden geben.[305] Soweit es etwa „Rückzahlungsklauseln" gibt, die zum Zuge kommen, wenn zB Beamtenanwärter nach der Ausbildung vorzeitig aus dem öffentlichen Dienst ausscheiden, beruhen diese Klauseln nicht auf Vertrag, sondern es handelt sich um Auflagen in Form von Verwaltungsvorschriften, die ihrerseits auf den Besoldungsgesetzen, zB § 59 V BBesG[306], basieren.

[303] Peters/Grunewald/Lösch, in: Das Dienstrecht des Bundes, § 4 BBG Rn. 34.
[304] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Arbeitsvertragsmuster Rn. 522.
[305] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Nebenabrede Rn. 2144.
[306] § 59 V BBG: „Für Anwärter, die im Rahmen ihres Vorbereitungsdienstes ein Studium ableisten, kann die Gewährung der Anwärterbezüge von der Erfüllung von Auflagen abhängig gemacht werden."

III. **Allgemeine Arbeitsbedingungen (§ 3 TVöD)**

§ 3 TVöD regelt bestimmte Nebenpflichten der Beschäftigten, die für ein Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst besondere Bedeutung haben. Dazu zählen (1) Verschwiegenheitspflicht, (2) Verbot der Annahme von Belohnungen und Geschenken, (3) Regelungen zu Nebentätigkeiten, (4) ärztliche Untersuchung und (5) Personalaktenrecht.

1. **Verschwiegenheitspflicht**

a) **Allgemeines**

Nach § 3 I TVöD haben die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes über Angelegenheiten, deren Geheimhaltung durch gesetzliche Vorschriften vorgesehen oder vom Arbeitgeber angeordnet ist, Verschwiegenheit zu wahren. Nach § 3 I Halbs. 2 TVöD wirkt die Schweigepflicht auch über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus. Diese Pflicht kann tariflich wirksam begrünet werden, weil es sich um eine Beendigungsnorm iSd § 1 Abs. 1 TVG handelt.[307]

Die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers ist eine klassische Nebenflicht, die sich aus der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht des § 241 II BGB ergibt. Sie gehört zum Inhalt eines jeden Arbeitsverhältnisses, hat aber im öffentlichen Dienst eine andere Gewichtung als in der Privatwirtschaft. In der Privatwirtschaft werden vor allem wettbewerbsrechtliche und volkswirtschaftliche Interessen berührt, im öffentlichen Dienst sind es in erster Linie die Belange des Staates, der Allgemeinheit, sowie der Bürger, die ein Interesse an der Geheimhaltung haben.

An die *Verschwiegenheitspflicht des Beschäftigten* des öffentlichen Dienstes sind höhere Maßstäbe als an die Verschwiegenheitspflicht des Beschäftigten der Privatwirtschaft anzulegen. Bürgerinnen und Bürger haben den Anspruch, dass die dem Staat zur Verfügung gestellten Daten und Erkenntnisse geschützt werden und nicht an die Öffentlichkeit gelangen. Die Schweigepflicht liegt somit vor allem im *öffentlichen Interesse* und dient damit den dienstlichen Belangen der Behörde; sie sichert aber auch das *Vertrauen der Bürger*.[308]

Darüber hinaus ist im öffentlichen Dienst das Vertrauen des Bürgers in die Verschwiegenheit der Verwaltung insbesondere durch § 30 VwVfG geschützt, wonach Angelegenheiten seines persönlichen Lebensbereiches von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden dürfen.

Im Gegensatz zu Beamten (zB § 67 BBG) erstreckt sich die Schweigepflicht des Beschäftigten nicht automatisch auf alle ihm in seiner dienstlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Angelegenheiten.

Merke: Für die Beschäftigten im öffentlichen Dienst gilt folglich als allgemeine Arbeitsbedingung eine *vertragliche und nachvertragliche Geheimhaltungspflicht* ggü. jedermann.[309]

b) **Gegenstand der Schweigepflicht**

Die Schweigepflicht des Beschäftigten beschränkt sich auf die Angelegenheiten der Verwaltung oder des Betriebes, deren Geheimhaltung entweder gesetzlich oder vom Arbeitgeber angeordnet ist. Es sollte dem Arbeitnehmer – anders als dem Beamten (vgl. zB § 39 I BRRG, § 61 BBG) erspart bleiben, entscheiden zu müssen, ob im Einzelfall die Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich ist.[310] Trotzdem fällt die Beantwortung der Frage, ob eine gesetzliche oder vertragliche Schweigepflicht

[307] ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 718.
[308] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 14.
[309] Stier, in: BeckOK TVöD, § 3 TVöD-AT Rn. 1.
[310] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 15.

besteht, nicht leicht. Dem Arbeitnehmer kann daher wie dem Beamten nur empfohlen werden, bei der Offenbarung von Angelegenheiten, die dienstlich bekannt geworden sind, weitestgehend Zurückhaltung zu üben.

Die Verschwiegenheitspflicht setzt zunächst voraus, dass es sich um eine **Angelegenheit der Verwaltung** oder des Betriebs handelt. Hierzu gehören grds. alle Interna der Verwaltungsorganisation und der Verwaltungsabläufe, alle Verwaltungsvorgänge und innerdienstlichen Vorgänge der eigenen Verwaltung, nicht dagegen private Angelegenheiten, die sich nur innerhalb der Dienststelle abspielen.[311]

Der Beschäftigte muss auf dienstlichem Weg Kenntnis von der Angelegenheit erlangt haben. **Dienstliche Kenntniserlangung** liegt immer dann vor, wenn der Beschäftigte ohne sein Arbeitsverhältnis von der Angelegenheit nichts erfahren hätte.

aa) **Gesetzliche Schweigepflicht**

Vor dem Hintergrund der Vielfalt der Betätigungen des öffentlichen Dienstes und der damit einhergehenden großen Anzahl von denkbaren *Berufsfeldern* ist die folgende Aufzählung der in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften, die eine Schweigepflicht vorsehen, nur exemplarisch.[312] Gesetzlich geregelte Vorschriften zur Geheimhaltung bestehen bspw. in der Abgabenordnung zur Wahrung des Steuergeheimnisses (§ 30 AO[313]), im Sozialgesetzbuch zur Wahrung von Sozialgeheimnissen (§ 35 SGB I[314]), im Strafgesetzbuch zur Wahrung der Schweigepflicht (§ 203 StGB[315]) oder zur Wahrung des Dienstgeheimnisses (§ 353b StGB[316]) und zur Wahrung des Datengeheimnisses (§ 5 BDSG[317]). Daneben sind Daten und Angelegenheiten, die unter die Schweigepflicht der Personalvertretungsgesetze (§ 11 BPersVG[318]) und des Betriebsverfassungsgesetzes fallen, von der Geheimhaltungspflicht erfasst. Personalratsmitglieder unterliegen ihrerseits der Schweigepflicht nach § 10 BPersVG. Daher können Dienstgeheimnisse nach § 3 I TVöD ihnen gegenüber grds. dann offenbart werden, wenn dies zur Wahrnehmung eigener Interessen des Beschäftigten erforderlich ist.

bb) **Weisungen des Arbeitgebers**

Der Arbeitnehmer hat neben der gesetzlichen Schweigepflicht und der sich aus besonderen tariflichen Regelungen (zB § 3 I 2 TVöD) ergebenden Schweigepflicht nur noch in den Angelegenheiten **Verschwiegenheit** zu bewahren, in denen der Arbeitgeber Geheimhaltung anordnet. Der Arbeitgeber seinerseits kann den Arbeitnehmer auch in gesetzlich oder tarifvertraglich nicht besonders geregelten Fällen zur Verschwiegenheit verpflichten, sofern sein Interesse an der Geheimhaltung durch die Belange

---

[311] Görg/Guth, TVöD-Kommentar, § 3 Rn. 2.

[312] Im Einzelnen dazu Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 16 ff.

[313] § 30 I und III Nr. 1 AO verpflichtet Amtsträger und die für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten, das Steuergeheimnis zu wahren.

[314] Nach § 35 I SGB I hat jeder einen Anspruch darauf, dass Einzelangaben über seine persönlichen und sachlichen Verhältnisse (Sozialdaten; § 67 I 1 SGB X), als Sozialgeheimnis sowie die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von den Leistungsträgern, ihren Verbänden, den sonstigen in diesem Gesetzbuch genannten öffentlich-rechtlichen Vereinigungen und den Aufsichtsbehörden gewahrt und nicht unbefugt offenbart werden.

[315] Der Arbeitnehmer darf nicht unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihm als Amtsträger, als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder als Person, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnimmt, anvertraut oder sonst bekannt geworden sind.

[316] Als Amtsträger, als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter oder als Person, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnimmt, darf der Arbeitnehmer Geheimnisse, die ihm anvertraut oder sonst bekannt geworden sind, nicht unbefugt offenbaren, wenn dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet werden.

[317] Nach § 32 BDSG ist es den bei der Datenverarbeitung beschäftigten Personen untersagt, personenbezogene Daten unbefugt zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen (sog. Datengeheimnis).

[318] Auch der Dienststellenleiter kann gegen das Gebot der Schweigepflicht (§ 10 BPersVG) verstoßen, wenn er bekannt gibt oder kenntlich macht, welche Stellungnahmen oder Äußerungen einzelne Mitglieder der Personalvertretung während der gemeinschaftlichen Besprechung abgegeben haben.

des Betriebes oder der Verwaltung gerechtfertigt ist.[319] Die diesbezügliche Weisung des Arbeitgebers hat sich in den Grenzen des § 315 I BGB zu bewegen und ist daher nach billigem Ermessen zu treffen. Jeder dienstliche Grund des Arbeitgebers genügt nicht, eine entsprechende Anordnung zu treffen. Die Anweisung, wonach sämtliche dienstliche Angelegenheiten der Geheimhaltungspflicht unterworfen sein sollen, ist jedoch wegen mangelnder hinreichender Bestimmtheit unwirksam, da es dem Beschäftigten überlassen bliebe, die Abgrenzung der wirklich genehmigungsbedürftigen Angelegenheiten selbst vorzunehmen.[320]

c) **Inhalt der Schweigepflicht**

Die Schweigepflicht verbietet dem Arbeitnehmer, geheim zu haltende Angelegenheiten unbefugt einem Dritten, der das Geheimnis noch nicht kennt, zu offenbaren.

Geheimhaltungsbedürftig ist eine Angelegenheit nur dann, wenn es sich um ein Geheimnis handelt. Geheim ist dasjenige, was nur einem begrenzten Personenkreis bekannt ist. Eine Tatsache, die ggf. geheimhaltungsbedürftig war, aber bereits in allgemein zugänglichen Quellen veröffentlicht wurde (zB in der Presse), ist kein Geheimnis mehr und die Angelegenheit ist nicht mehr geheimhaltungsbedürftig. Neben Tatsachen können auch Auffassungen einer Behörde zu bestimmten Vorgängen oder Rechtsfragen ein Geheimnis darstellen.

Die Schweigepflicht besteht gegenüber jedermann, also auch gegenüber Mitarbeitern der gleichen Dienststelle, sofern und soweit sie mit der Angelegenheit dienstlich nicht befasst sind. Die Schweigepflicht gilt sogar gegenüber Vorgesetzten und Kollegen, wenn dem Arbeitnehmer bei der Ausübung seiner Tätigkeit Geheimnisse bekannt werden, die für dienstliche Angelegenheiten ohne Belang sind.[321] Ein Dienstgeheimnis darf auch im engen Familien- oder Freundeskreis nicht offenbart werden.

Der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes darf Geheimnisse, zu deren Wahrung er verpflichtet ist, auch gegenüber der Presse grundsätzlich nicht offenbaren. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer glaubt, Amtshandlungen seiner Behörde, die unter Verstoß gegen die Verfassung begangen worden sind, der Öffentlichkeit unterbreiten zu müssen. Das Bundesverfassungsgericht h ausgeführt, dass auch dem Träger eines öffentlichen Amtes das Grundrecht der freien Meinungsäußerung nicht versagt werden darf. Es verstoße aber nicht gegen Art. 5 I GG, wenn dem Angestellten des öffentlichen Dienstes zur Pflicht gemacht wird, zunächst die ihm nach der Organisation des demokratischen Rechtsstaats zu Gebote stehenden Abhilfemöglichkeiten auszuschöpfen, bevor er ein Amtsgeheimnis der Öffentlichkeit preisgibt.[322] Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn ein schwerer Verstoß gegen den Kernbereich des Verfassungsrechts oder gegen oberste Recht- und Verfassungswerte vorliegt.[323]

Der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes unterliegt der Verpflichtung zur Verschwiegenheit auch vor Gericht, wenn er als Zeuge oder Sachverständiger aussagen soll.[324] Nach § 376 I ZPO gelten für die Vernehmung von Richtern, Beamten und anderen Personen des öffentlichen Dienstes als Zeugen über Umstände, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, und für die Genehmigung zur Aussage die besonderen beamtenrechtlichen Vorschriften. Die besonderen beamtenrechtlichen Vorschriften sind § 61 II, § 62 BBG und die vergleichbaren Vorschriften in den Beamtengesetzen der Länder (vgl. § 39 II bis IV

[319] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 40 mwN der Rspr.
[320] ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 714.
[321] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 43.
[322] BVerfGE 28, 191, 202, 203.
[323] BVerfG, AP Nr. 5 zu Art. 5 Abs. 1 GG.
[324] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 47.

BRRG). Nach hM[325] ist § 376 ZPO[326] nicht nur auf Beamte, sondern auch auf Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes anzuwenden. Demzufolge braucht der Arbeitnehmer für die Aussage vor Gericht eine Aussagegenehmigung. Die Genehmigung ist vom Prozessgericht einzuholen.

d) **Folgen eines Verstoßes**

Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitsverpflichtung während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses[327] kann **arbeitsrechtliche Konsequenzen** nach sich ziehen. Die Verletzung der Verschwiegenheitspflichtstellt stellt eine arbeitsvertragliche Nebenpflichtverletzung iSd § 241 II BGB dar, die in der Regel zur **Abmahnung** berechtigt. Bei einem schwerwiegenden Verstoß, der bereits als einmaliger Vorfall das für das Arbeitsverhältnis notwendige Vertrauensverhältnis zerstört, oder im Wiederholungsfall kommt auch eine verhaltensbedingte ordentliche oder gar eine außerordentliche **Kündigung** in Betracht.[328]

Zudem besteht bei einem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften die Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung. Da die Verschwiegenheitsverpflichtung des Beschäftigten über das bestehende Arbeitsverhältnis hinausgeht, besteht bei einer Verletzung der Verpflichtung für den Arbeitgeber die Möglichkeit einer Unterlassungsklage und gegebenenfalls die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.[329]

2. **Verbot der Annahme von Vergünstigungen**

a) **Allgemeines**

Beschäftigte dürfen von Dritten Belohnungen, Geschenke, Provisionen oder sonstige Vergünstigungen in Bezug auf ihre Tätigkeit nicht annehmen (§ 3 II TVöD). Ausnahmen sind nur mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich. Die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes haben dem Dienstherrn oder dem Arbeitgeber unverzüglich und unaufgefordert mitzuteilen, wenn ihnen Belohnungen oder Geschenke in Bezug auf ihre dienstliche Tätigkeit angeboten wurden. Die Annahme von Bargeld – gleich in welcher Summe – ist grundsätzlich nicht genehmigungsfähig und hat daher auf jeden Fall zu unterbleiben.

§ 3 II TVöD hat ebenso wie die beamtenrechtlichen Bestimmungen des § 43 BRRG und des § 70 BBG sowie die Strafvorschriften der §§ 331 ff. StGB zum Ziel, eine makellose, uneigennützige und unbestechliche Aufgabenerledigung der öffentlichen Verwaltung zu gewährleisten. Die Ehrenhaftigkeit und die Unbestechlichkeit der öffentlichen Verwaltung sind die Grundlage für das Vertrauen der Bevölkerung, dessen die Staatsverwaltung für eine gedeihliche Wirksamkeit bedarf.[330] Es sollen die Bürger einerseits nicht veranlasst werden, zusätzliche Leistungen für Dienste aufzubringen, auf die sie einen Rechtsanspruch haben. Andererseits sollen die Bürger, die solche zusätzlichen Leistungen nicht aufbringen können, keinen Grund zur Befürchtung haben, benachteiligt zu werden.[331] Deshalb dürfen Belohnungen oder Geschenke in Bezug auf das Amt oder die dienstliche Tätigkeit nicht angenommen werden.

---

[325] Zum Streitstand vgl. Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 48 ff.

[326] § 54 I StPO stimmt im Wortlaut mit § 376 I ZPO überein. Die Ausführungen zu § 376 I ZPO gelten daher auch für den Strafprozess entsprechend.

[327] Die Schweigepflicht beginnt mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages, nicht erst mit der Einstellung, wenn die Arbeit nach Vertragsschluss aufgenommen wird. Werden dem Angestellten Geheimnisse bereits vor Abschluss eines Arbeitsvertrages bekannt, kann er sich unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo bzw. gemäß § 280 I iVm § 241 II BGB schadenersatzpflichtig machen, auch wenn es nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages kommt.

[328] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 Rn. 13.

[329] Stier, in: BeckOK TVöD, § 3 TVöD-AT Rn. 6.

[330] BGHSt 15, 88, 96.

[331] Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 10 BAT; BAG AP Nr. 175 zu § 626 BGB.

Beachte: Weitere Erläuterungen sind dem Rundschreiben zum Verbot der Annahme von Belohnungen oder Geschenken in der Bundesverwaltung vom 08. November 2004 (D I 3 210 170/1) zu entnehmen.

b) **Belohnungen, Geschenke, Provisionen und sonstige Vergünstigungen**

aa) **Belohnung und Geschenke**

Belohnungen sind alle Zuwendungen, auf die Beschäftigte keinen Rechtsanspruch. Belohnungen sind alle Vorteile, die einen Vermögenswert haben. Daher fallen immaterielle Vorteile, zB die geschlechtliche Hingabe, nicht unter diesen Begriff, soweit diese nicht gewerbsmäßig erfolgt.[332] Hierzu zählen auch **Vorteile**, die Dritten (insbesondere Angehörigen, Bekannten, dem eigenen Sportverein etc.) zugewendet werden, wenn sie bei den Beschäftigten zu einer Ersparnis führen, oder wenn sie Beschäftigte in irgendeiner Weise tatsächlich besser stellen.[333] **Geschenke** sind unentgeltliche Zuwendungen, unabhängig davon, ob ein Rechtsanspruch begründet wird. Daher wird auch das mündliche Schenkungsversprechen, das formunwirksam ist, erfasst.

Neben Geldzahlungen und Sachwerten kommen dafür auch alle anderen Leistungen in Betracht. Das sind bspw.:[334]

- die Möglichkeit, Gegenstände zu gebrauchen oder zu verbrauchen (Kraftfahrzeuge, Baumaschinen, Benzin);
- Gutscheine, Frei- oder Eintrittskarten, Fahrscheine oder Flugtickets;
- Vergünstigungen bei Privatgeschäften, wie zinslose oder zinsgünstige Darlehen, Vermittlung von Einkaufsmöglichkeiten zu Vorzugspreisen, Beteiligung an Lieferungen für eine Behörde etc.;
- Vermittlung und/oder Gewährung von Nebentätigkeiten oder einer Tätigkeit nach dem Ausscheiden aus dem Dienst;
- Einladungen mit Bewirtungen;
- kostenlose oder -günstige Gewährung von Unterkunft;
- Einladung oder Mitnahme zu Informations-, Repräsentations- und Urlaubsreisen oder deren Bezahlung;
- erbrechtliche Begünstigungen (Vermächtnis oder Erbeinsetzung);
- Preisverleihungen etc., soweit sie nicht seitens des Dienstherrn bzw. des Arbeitgebers erfolgen.

bb) **Provision und sonstige Vergünstigungen**

Als **Provision** bezeichnet man in der Regel das Entgelt bzw. die Vergütung für eine vermittelnde Tätigkeit. **Sonstige Vergünstigungen** erfassen als Auffangtatbestand alle Formen von Begünstigungen im Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit, die nicht von den einzeln aufgeführten Begriffen Belohnung, Geschenk oder Provision umfasst werden.[335]

Beachte: Wertmäßig sind für alle der aufgeführten Vergünstigungen **weder eine Ober- noch eine Untergrenze** festgelegt.[336] Es fallen selbst so genannte Aufmerksamkeiten (zB Trinkgelder) oder verkehrsübliche Präsente (zB Taschenkalender) unter den Begriff „Belohnungen und Geschenke“. Im Regelfall kann zur Annahme solcher Geschenke aber die stillschweigende Zustimmung des Arbeitgebers unterstellt werden (dazu sogleich).[337]

[332] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 Rn. 15.
[333] Rundschreiben vom 08.11.2004 (D I 3 210 170/1) unter II.
[334] Beispiele sind dem Rundschreiben vom 08.11.2004 (D I 3 210 170/1) unter II. entnommen.
[335] Stier, in: BeckOK TVöD, § 3 TVöD-AT Rn. 10.
[336] Stier, in: BeckOK TVöD, § 3 TVöD-AT Rn. 10.
[337] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3TVöD Rn. 76.

c) **Bezug zur dienstlichen Tätigkeit**

Im Unterschied zu den Strafverfolgungsvorschriften der §§ 331, 332 StGB liegt ein **Bezug zur dienstlichen Tätigkeit** bereits vor, wenn der Beschäftigte die Zuwendung ohne seine dienstliche Stellung oder Aufgabe nicht erhalten hätte. Ein Kausalzusammenhang zu einer bestimmten dienstlichen Tätigkeit ist daher weder in sachlicher noch in zeitlicher Hinsicht erforderlich.[338] Der Bezug zur dienstlichen Tätigkeit ist immer dann gegeben, wenn der Geber sich davon leiten lässt, dass der Beschäftigte eine bestimmte Tätigkeit ausübt oder aufgrund seiner Aufgabenstellung bestimmte Handlungen vornimmt.[339] Der Bezug zur dienstlichen Tätigkeit wird stets zu bejahen sein, wenn nach den Umständen des Falles ein anderer Grund für die Belohnung oder das Geschenk nicht zu finden ist. In diesem Zusammenhang ist es belanglos, ob der Geber den Beschäftigten zu pflichtwidrigem oder pflichtgemäßem Handeln verleiten will.[340] Eine Annahme des Geschenkes oder der Belohnung liegt schon in jedem privaten oder dienstlichen Be- oder Ausnutzen. Dazu zählt auch, wenn der Vorteil unmittelbar an Dritte weiterverschenkt oder einer karitativen Einrichtung gespendet wird. Die Annahme muss nicht ausdrücklich erklärt werden. Es reicht auch schlüssiges Verhalten.

Keine Verbindung zur dienstlichen Tätigkeit besteht, wenn ein Vorteil ausschließlich in der privaten Sphäre des Beschäftigten begründet ist. Für die Annahme von Geschenken zB aus dem Kreis der Beschäftigten im üblichen Rahmen (aus Anlass des Geburtstages, eines Dienstjubiläums etc.) ist deshalb keine Zustimmung erforderlich.[341] Ein Zusammenhang ist selbst dann zu verneinen, wenn ein Beschäftigter als Privatperson Handlungen vornimmt, die ihm nur aufgrund des im Dienst erworbenen Fachwissens oder Ansehens möglich sind. Wird das Geschenk oder die Belohnung zwar im privaten Bereich, aber nicht ohne jeden Bezug zur dienstlichen Tätigkeit gewährt, darf der Arbeitnehmer diese Zuwendung nicht annehmen.[342]

Die **Abgrenzung** der dienstlichen Tätigkeit von einer Betätigung des Arbeitnehmers in der Privatsphäre kann im Einzelfall schwierig sein. Zu prüfen ist immer, ob die Belohnung oder das Geschenk in Bezug auf eine Betätigung des Arbeitnehmers gewährt wurde, die zur arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung gehört, oder ob eine Vergütung für eine genehmigte oder ggf. genehmigungsfreie Nebentätigkeit vorliegt.[343]

d) **Zustimmung des Arbeitgebers**

Jede, auch nur geringwertige Zuwendung bedarf der Zustimmung des Arbeitgebers. Diese kann vorab als **Einwilligung** oder auch nachträglich als **Genehmigung** erteilt werden (§182 ff. BGB). Verlässt sich der Beschäftigte jedoch auf die nachträgliche Zustimmung, geht er das Risiko ein, dass diese nicht erteilt wird und damit ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 3 II TVöD vorliegt.

aa) **Stillschweigend erteilte Zustimmung**

---

[338] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn 16.
[339] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 71.
[340] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 71.
[341] Rundschreiben vom 08.11.2004 (D I 3 210 170/1) unter II.
[342] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 74.
[343] Gehört es bspw. zu den dienstlichen Aufgaben eines Arbeitnehmers, die Belange seines Arbeitgebers auch öffentlichkeitswirksam zu vertreten, so ist eine im Zusammenhang damit erbrachte Vortragstätigkeit arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung. Eine im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit gewährte Zuwendung ist eine Belohnung oder ein Geschenk. An der Zuordnung einer Vortragstätigkeit zur arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung besteht insbesondere dann kein Zweifel, wenn die Vorbereitungsarbeiten (zB Fertigung eines Vortragsmanuskripts) während der Arbeitszeit geleistet und dafür auch dienstliche Einrichtungen in Anspruch genommen werden (Schreibdienst, Kopierer, Medien). – Demgegenüber kann eine solche Tätigkeit nur dann als Nebentätigkeit gewertet werden, wenn die genannten Arbeiten außerhalb der Arbeitszeit und ohne Inanspruchnahme dienstlicher Einrichtungen geleistet oder für die Inanspruchnahme solcher Einrichtungen das dafür vorgeschriebene Nutzungsentgelt entrichtet wird.

Die Zustimmung kann allgemein als stillschweigend erteilt angesehen werden bei Belohnungen und Geschenken von geringem Wert, die nach allgemeiner Verkehrssitte üblich sind und deshalb unbedenklich gegeben und entgegengenommen werden. Zu diesen **geringwertigen Aufmerksamkeiten** gehören Reklameartikel einfacher Art, wie zB Kalender, Kugelschreiber und Notizblocks, aber auch die üblichen Weihnachts- und Neujahrsgeschenke und Trinkgelder, zB an Postzusteller und Müllwerker. Ferner rechnen dazu Geschenke aus dem Kollegenkreis zum Geburtstag oder Dienstjubiläum, sofern dies den Gepflogenheiten der Dienststelle entspricht. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, dass zwar immer ein Bezug zur dienstlichen Tätigkeit besteht, eine besondere Gegenleistung des Beschenkten jedoch nicht erwartet wird oder gar nicht möglich ist (zB beim Trinkgeld an den Briefzusteller oder an den Zugbegleiter, der in Intercityzügen Fahrgästen Speisen und Getränke bringt).[344]

Merke: Die Zustimmung kann allgemein als stillschweigend erteilt angesehen werden bei Belohnungen und Geschenken von geringem Wert, die nach allgemeiner Verkehrssitte üblich sind und deshalb unbedenklich gegeben und entgegengenommen werden.

Ausnahmsweise kann in folgenden besonders gelagerten Fällen von einer stillschweigend erteilten Zustimmung ausgegangen werden:[345]

- bei der Annahme von geringfügigen Aufmerksamkeiten bis zu einem Wert von 25,- Euro (zB Reklameartikel einfacher Art wie Kugelschreiber, Schreibblocks, Kalender). Entscheidend ist der Verkehrswert in der Bundesrepublik Deutschland. In diesem Fall besteht jedoch gegenüber dem Dienstherrn oder Arbeitgeber eine Anzeigepflicht. Anzuzeigen ist der Gegenstand, der geschätzte Wert des Gegenstandes, der Anlass der Zuwendung und von wem der Gegenstand gewährt wurde.
- bei Bewirtungen durch Einrichtungen der öffentlichen Hand oder von Zuwendungsempfängern, die überwiegend von der öffentlichen Hand finanziert werden,
- bei der Teilnahme an Bewirtungen durch Private aus Anlass oder bei Gelegenheit dienstlicher Handlungen, Besprechungen, Besichtigungen oder dergleichen, wenn sie üblich und angemessen sind oder wenn sie ihren Grund in den Regeln des Verkehrs und der Höflichkeit haben, denen sich auch Angehörige des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung ihrer besonderen Verpflichtung zur objektiven Amtsführung nicht entziehen können, ohne gegen gesellschaftliche Formen zu verstoßen. Dies gilt nicht, wenn die Bewirtung nach Art und Umfang einen nicht unerheblichen Wert darstellt, wobei sich der Maßstab im Einzelfall auch an der amtlichen Funktion der Beschäftigten ausrichtet,
- bei Bewirtungen anlässlich allgemeiner Veranstaltungen, an denen Beschäftigte im dienstlichen Auftrag oder mit Rücksicht auf die durch die Wahrnehmung ihrer Aufgaben auferlegten gesellschaftlichen Verpflichtungen teilnehmen (zB Einführung und/oder Verabschiedung von Amtspersonen, offizielle Empfänge), wenn der Rahmen des allgemein Üblichen und Angemessenen nicht überschritten wird,
- bei geringfügigen Dienstleistungen, die die Durchführung eines Dienstgeschäftes erleichtern oder beschleunigen (zB Abholung mit einem Wagen vom Bahnhof).

Beachte: Die stillschweigende Zustimmung kann im Einzelfall durch die zuständige Stelle widerrufen werden, wenn durch die Annahme derartiger Vorteile der Eindruck der Bevorzugung Einzelner oder der Befangenheit entstehen könnte.

[344] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 79.
[345] Beispiel sind dem Rundschreiben vom 08.11.2004 (D I 3 210 170/1) unter IV. entnommen.

bb) **Ausdrücklich erteilte Zustimmung**

Kann die Zustimmung nicht als stillschweigend erteilt angesehen werden, darf der Beschäftigte die Belohnung oder das Geschenk nur mit **ausdrücklicher Zustimmung** des Arbeitgebers annehmen. Im Zweifelsfall ist die ausdrückliche Zustimmung zu beantragen.[346] Die Zustimmung muss vor der Annahme – Einwilligung (§ 183 BGB) – vorliegen. Die bloße Anzeige der Tatsachen oder die Antragstellung reichen nicht aus. Die Einwilligung muss abgewartet werden.[347]

cc) **Erteilung der Zustimmung**

Zustimmung wie Ablehnung sind rechtsgeschäftliche Erklärungen des Arbeitgebers, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses einseitig gestalten. Die Entscheidung darüber, ob die Zustimmung erteilt werden kann oder ob sie verweigert werden muss, muss daher billigem Ermessen entsprechen (§ 315 I BGB). Dies ist dann der Fall, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen berücksichtigt werden.[348] Die Zustimmung darf nur erteilt werden, wenn nach der Lage des Falles nicht zu befürchten ist, dass durch die Annahme der Belohnung oder des Geschenks die Aufgabenerledigung beeinträchtigt wird oder bei Dritten der Eindruck der Befangenheit entstehen könnte, falls sie von der Annahme der Zuwendung Kenntnis erlangen.[349]

Der Beschäftigte hat keinen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung des Arbeitgebers, auch wenn es sich um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt.

e) **Anzeigepflicht**

Nach § 3 II 3 TVöD habe Beschäftigte angebotene Vergünstigungen dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen. Die Anzeigepflicht gilt bei auch in Fällen der stillschweigenden Zustimmung. Dies gilt bereits im Zeitpunkt des Versprechens, nicht erst im Zeitpunkt der Gewährung der Leistung. Unverzüglich handelt der Beschäftigte nur dann, wenn er die Mitteilung nicht schuldhaft verzögert (§ 121 BGB).[350]

f) **Folgen eines Verstoßes**

Ein Verstoß gegen das Verbot der Annahme von Vergünstigungen wird idR als Verletzung der arbeitsvertraglichen Treupflicht (§§ 241 II, 242 BGB) zu qualifizieren sein und kann während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses arbeitsrechtliche Konsequenzen wie eine Abmahnung nach sich ziehen.[351] Bei wiederholten Verstößen oder bei Bestechung ist im Regelfall die außerordentliche Kündigung nach § 34 TVöD iVm § 626 BGB gerechtfertigt.[352] Ein Verstoß gegen das Verbot der Annahme von Vergünstigungen wird in der Regel eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung, möglicherweise sogar eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses begründen, ohne dass es der Abmahnung bedarf, insbesondere wenn zugleich eine strafbare Handlung nach §§ 331, 332 StGB vorliegt.[353] Entsprechendes gilt bei der unterlassenden Mittteilung. Wird die Mitteilung nur verzögert, wird in der Regel zunächst nur eine Abmahnung in Betracht kommen.[354]

---

[346] Vgl. Rundschreiben vom 8.11.2004 Vorbemerkung 6.1.1, Abschnitt III.
[347] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 82.
[348] BAG AP Nr. 1 zu § 10 BAT.
[349] Rundschreiben vom 08.11.2004 unter Vorbemerkung 6.1.1, Abschnitt III.
[350] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn 16.
[351] Stier, in: BeckOK TVöD, § 3 TVöD-AT Rn. 13.
[352] Das BAG hat mit Urteil vom 15.11.2001 – 2 AZR 605/00 – AP Nr. 175 zu § 626 BGB festgestellt, dass der mehrfache Verstoß eines Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst gegen das Verbot, ohne Zustimmung des Arbeitgebers Belohnungen oder Geschenke in Bezug auf seine dienstliche Tätigkeit anzunehmen (noch zu § 10 BAT), an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darzustellen.
[353] BAG, AP Nr. 65 zu § 626 BGB.
[354] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn. 20.

Hat ein Beschäftigter ein Geschenk nach § 3 II TVöD unberechtigterweise erhalten, so ist die Schenkung nicht unwirksam, da sich das Verbot des TVöD nur gegen den Beschäftigten richtet.

Alle Zuwendungen, die der Beschäftigte unrechtmäßig erhält, stehen dem Arbeitgeber zu. Der Arbeitgeber hat einen Anspruch auf Herausgabe der Vorteile. Nach der Rechtsprechung des BAG und des BGH sind „Schmiergelder" an den Geschäftsherrn nach den allgemeinen Vorschriften über den Auftrag gemäß § 687 II, § 681 Satz 2, § 667 BGB herauszugeben. Nach § 666 BGB ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.[355]

Entsteht dem Dienstherrn oder Arbeitgeber im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen die Regelungen des Verbots der Annahme von Belohnungen oder Geschenken ein wirtschaftlicher Nachteil, sind die betroffenen Beschäftigten zu Schadensersatz verpflichtet (vgl. § 75 BBG, § 3 VII TVöD). Eine mögliche strafrechtliche Verfolgung wegen Verstoßes gegen §§ 331, 332 StGB (Vorteilsannahme und Bestechlichkeit) bleibt von den arbeitsrechtlichen Konsequenzen unberührt.

Bei Beamten stellt der Verstoß gegen das Verbot der Annahme von Belohnungen oder Geschenken ein Dienstvergehen dar, so dass Beamten disziplinarische Maßnahmen bis zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis drohen.

3. **Regelung zu Nebentätigkeiten**

a) **Allgemeines**

Für Tarifbeschäftigte enthält § 3 III TVöD die tarifvertragliche Regelung zum Nebentätigkeitsrecht. Im TVöD wurde in Bezug auf die Ausübung von Nebentätigkeiten bewusst eine Abkehr vom beamtenrechtlichen Nebentätigkeitsrecht (§§ 97 ff. BBG) vollzogen. So sollen auch für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes – ebenso wie für alle übrigen Arbeitnehmer – grundsätzlich allgemeine arbeitsrechtliche Kriterien zum Tragen kommen. Die tarifvertragliche Regelung unterscheidet sich nunmehr wesentlich von den beamtenrechtlichen Vorgaben. Insbesondere fehlt es an einer Unterscheidung zwischen Anzeige- und Genehmigungsbedürftigkeit (§§ 99, 100 BBG).

Dass die Ausübung einer Nebentätigkeit nicht mehr unter Genehmigungsvorbehalt steht, ist ein wesentlicher Beitrag zur Verwaltungsvereinfachung. Nebentätigkeiten der Tarifbeschäftigten wurden in der Vergangenheit meistens genehmigt. Nunmehr ist ein Tätigwerden der Verwaltung nur noch für die Untersagung oder die Genehmigung mit Auflagenerteilung erforderlich.

Kurzcharakteristik: Lediglich bei Nebentätigkeiten gegen Entgelt ist der Beschäftigte verpflichtet, den Arbeitgeber rechtzeitig schriftlich zu informieren (§ 3 III 1 TVöD). Der Arbeitgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen (§ 3 III 2 TVöD). Voraussetzung hierfür ist aber die Beeinträchtigung der Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten der Beschäftigten oder berechtigte Interessen des Arbeitgebers. Nach § 3 III 3 TVöD kann der Arbeitgeber eine Ablieferungspflicht zur Auflage machen.

Eine Nebenbeschäftigung bei demselben öffentlichen Arbeitgeber ist grundsätzlich dem Hauptarbeitsverhältnis nach § 2 II TVöD zuzuordnen.

b) **Recht auf Nebentätigkeit**

Jeder Beschäftigte kann sich außerhalb der Arbeitszeit (wie andere Staatsbürger auch) innerhalb der gesetzlichen Schranken nach seinem Belieben frei betätigen; hierzu gehört auch das Recht auf entgeltliche Verwertung der eigenen Arbeitskraft (Art. 2

[355] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 104 mwN der Rspr.

I und 12 I GG). Ein generelles Verbot jeglicher Nebentätigkeiten ist daher unzulässig. Die Freiheit der Berufswahl aus Art. 12 I GG umfasst grundsätzlich auch das Recht, mehrere Berufe zu wählen und gleichzeitig nebeneinander auszuüben.

Eine tarifvertragliche Einschränkung ist daher lediglich dann möglich, wenn die Nebentätigkeit geeignet ist, die Pflicht des Beschäftigten zur Erfüllung der Dienstaufgaben oder sonstiger dienstlicher Interessen zu beeinträchtigen.[356]

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass Tarifbeschäftigte nur zur Übernahme von Tätigkeiten verpflichtet sind, die sie arbeitsvertraglich schulden. Wird eine Tätigkeit (Nebentätigkeit) dagegen arbeitsvertraglich nicht geschuldet, ist das Einverständnis des Beschäftigten erforderlich. Eine einseitige Übertragung solcher Tätigkeiten kraft Direktionsrecht ist in diesen Fällen ausgeschlossen, da das Arbeitsrecht den beamtenrechtlichen Begriff des „Nebenamtes" iSv § 98 BBG nicht kennt.[357] Bei Tarifbeschäftigten würde die angeordnete Nebentätigkeit eine unzulässig Zwangsarbeit darstellen, die nur im Rahmen einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig ist (Art. 12 III GG).

c) **Nebentätigkeit gegen Entgelt und Anzeige**

Da jede außerhalb des Hauptberufes wahrgenommene Tätigkeit faktische oder rechtliche Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben kann, ist der Begriff Nebentätigkeit weit auszulegen.

Unter Nebentätigkeit iSd § 3 III TVöD sind *berufliche Tätigkeiten* für einen anderen Arbeitgeber oder selbständige Tätigkeiten, die jeweils neben der hauptberuflichen Beschäftigung durch den Beschäftigten ausgeübt werden, zu verstehen. Anzeigen müssen Beschäftigte die Tätigkeit aber nur, wenn sie *gegen Entgelt* oder geldwerte Vorteile geleistet werden.

Entgeltlich ist die Tätigkeit nicht nur bei einer Geldleistung, sondern bei jeglicher Gewährung eines geldwerten Vorteils.[358] Unerheblich ist, ob die Nebentätigkeit in einem Werk-, Dienst- oder Arbeitsvertrag ausgeübt wird. Auch geringfügige Tätigkeiten gegen Entgelt sind entgeltlich und unterliegen der Anzeigepflicht. Eine Bagatellgrenze gibt es hier nicht.

Unentgeltliche Nebentätigkeiten werden von der Regelung hingegen nicht erfasst. Unentgeltliche Nebentätigkeiten sind daher anzeigefrei. Öffentliche Ehrenämter, für die eine Aufwandsentschädigung geleistet wird, sind grundsätzlich keine entgeltlichen Nebentätigkeiten.[359] Etwas anderes gilt, wenn die Gegenleistung über die bloße Kostenerstattung hinausgeht. Insoweit würde die Nebentätigkeit auch der Steuer und der Sozialversicherung unterliegen.

Handelt es sich um eine entgeltliche Nebentätigkeit, muss der Beschäftigte diese gegenüber dem Arbeitgeber so rechtzeitig anzeigen, dass genügend Zeit für Nachfragen, die Prüfung eventueller Auflagen oder auch für eine Untersagung bleibt.

Entgeltliche Nebentätigkeiten sind vor Aufnahme rechtzeitig anzuzeigen. Die Anzeige hat schriftlich zu erfolgen. Dabei gilt das gesetzliche Schriftformerfordernis für Willenserklärungen gemäß § 126 BGB im Zweifel nicht, da die Nebentätigkeitsanzeige nur eine geschäftsähnliche Handlung ist. Ausreichend ist die **Textform iSv § 126b BGB**, dh jede verkörperte Erklärung, die ihren Absender erkennen lässt. Insbesondere kann die Anzeige per E-Mail erfolgen.

Die **Anzeige hat rechtzeitig** vor der Aufnahme der Tätigkeit zu erfolgen. Eine Definition des Begriffs „rechtzeitig" haben die Tarifvertragsparteien nicht vorgenommen. Aus dem Regelungszusammenhang mit § 3 III 2 TVöD folgt, dass die Anzeige den Arbeitgeber in die Lage versetzen soll, über eine Untersagung oder Auflage zu entscheiden. Die Anzeige ist daher rechtzeitig,

[356] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Nebentätigkeit Rn. 2149.
[357] Rundschreiben vom 06.06.2018, Seite 2.
[358] Rundschreiben vom 22.12.2005, Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), unter 3.2 mit Beispielen.
[359] BAG, ZTR 2002, 492 f.

wenn der Arbeitgeber nach ihrem Zugang entsprechend § 130 I 1 BGB vor Aufnahme der Nebentätigkeit über ein Tätigwerden nach § 3 III 2 TVöD entscheiden und ggf. einschreiten kann.

Die Anzeige muss alle **Tatsachen enthalten**, die der Arbeitgeber benötigt, um zu beurteilen, ob die Nebentätigkeit geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten oder berechtigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen. Dazu gehören Auftraggeber, Art und Umfang der Nebentätigkeit. Die Entlohnungshöhe gehört nicht zum anzuzeigenden Inhalt, da die Entlohnung der Nebentätigkeit die Aufgabenerfüllung und die Arbeitgeberinteressen grundsätzlich unberührt.[360]

d) **Untersagung der Nebentätigkeit bzw. Versehen mit Auflagen**

Nebentätigkeitsbeschränkungen stellen ein Hindernis der Berufswahlfreiheit dar, die nur als zulässig angesehen werden, soweit dies zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erforderlich ist.[361] Der Arbeitgeber hat jedoch die Möglichkeit, in bestimmten Fällen die Ausübung der Nebentätigkeit zu untersagen.

Die entgeltliche Nebentätigkeit kann untersagt oder mit Auflagen versehen werden, wenn sie geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder (andere) berechtigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen (vgl. § 3 III 2 TVöD).[362]

Dabei braucht eine konkrete Beeinträchtigung noch nicht vorzuliegen. Es genügt vielmehr, wenn eine entsprechende Beeinträchtigung mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht auszuschließen ist. Der Arbeitgeber hat durch eine Prognose die Gefahr einer Beeinträchtigung zu bewerten. Die Nebentätigkeit muss ihrer Art nach die abstrakte Gefahr bedeuten, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechtigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen.

Bei der Ausübung der Nebentätigkeit darf der Beschäftigte daher keine berechtigten Interessen des Arbeitgebers tangieren (keine Beeinträchtigung der geschuldeten Arbeitsleitung, kein Verstoß gegen Wettbewerbsverbote etc.).

Eine Nebentätigkeit darf insbesondere nicht einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des Beschäftigten führen. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn der Beschäftigte die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung wegen Übermüdung nicht oder nicht mehr sachgerecht erbringen könnte. Hier steht dem Arbeitgeber neben dem Untersagungsrecht ggfs. auch das Recht zu, dem Beschäftigten gegenüber eine Abmahnung auszusprechen oder bei gravierenden Pflichtverletzungen Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

Von einer Beeinträchtigung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Beschäftigten ist besonders dann auszugehen, wenn die zeitliche Belastung durch die Nebentätigkeit zu einer Überbeanspruchung des Beschäftigten führt. Diese liegen bspw. bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen des **Arbeitszeitgesetzes**, dh beim Überschreiten der Grenze der täglichen Arbeitszeit nach § 3 ArbZG oder bei der Nichteinhaltung von gesetzlich vorgeschriebenen Ruhezeiten nach § 5 ArbZG, vor.

Merke: Die Summe der Arbeitszeit aus dem Haupt- und Nebenarbeitsverhältnis darf die Grenze der höchstzulässigen Arbeitszeit (einschließlich der darin vorgesehenen Pausen) nicht übersteigen (§§ 3 ff. ArbZG).

In diesem Fall hat der Arbeitgeber auch die Möglichkeit, die Nebentätigkeit mit einer Auflage dahingehend zu versehen, dass eine zeitliche Begrenzung zur Auflage gemacht werden kann.

[360] Dahlem, in Litschen/Herbert, KomTVöD, § 3 Rn. 25.
[361] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn. 21.
[362] Rundschreiben vom 22.12.2005, Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), unter 3.5.

Diese gesetzlich festgelegten Zeiten sind unabhängig von einer Voll- oder Teilzeitbeschäftigung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Bei Teilzeitbeschäftigten wird eine zeitliche Überbeanspruchung jedoch jedenfalls solange nicht anzunehmen sein, wie die zeitliche Dauer der Haupt- und Nebentätigkeit die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten nicht überschreitet.[363] Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern sind zusammenzurechnen (§ 2 I Halbsatz 2 ArbZG). Wird ein Beschäftigter von mehreren Arbeitgebern beschäftigt, so dürfen dessen Arbeitszeiten weder einzeln noch zusammen genommen die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit überschreiten.[364] Dabei müssen sowohl die Anordnung von Mehrarbeitsstunden als auch die Arbeitszeitgestaltung trotz der Nebentätigkeit ohne zeitliche Einschränkungen möglich sein.

Ferner darf die Nebentätigkeit nicht als Schwarzarbeit (Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung) und auch nicht während des **Erholungsurlaubs** (vgl. § 8 BUrlG) oder während einer Erkrankung ausgeübt werden. Mit dem Verbot, eine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit auszuüben, soll gewährleistet werden, dass sich der Arbeitnehmer nach Rückkehr aus dem Urlaub erholt und seine Arbeitskraft aufgefrischt hat.[365] Dies ergibt sich aus der Zweckbindung des Erholungsurlaubs. Ob eine dem Urlaubszweck zuwiderlaufende Tätigkeit ausgeführt wird, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Aber nicht jede Erwerbstätigkeit ist zugleich untersagt. Vielmehr muss sie dem Urlaubszweck zuwiderlaufen. Maßgeblich ist dabei der subjektive Begriff des Urlaubszwecks. Wenn eine Tätigkeit aber in erster Linie nur dem Erwerb dient, so ist in der Regel von einer dem Urlaubszweck zuwiderlaufenden Tätigkeit auszugehen.[366] Der Verstoß gegen § 8 BUrlG stellt eine Pflichtverletzung dar, die mit verschiedenen Personalmaßnahmen geahndet werden kann. Dies kann unter Umständen auch Schadensersatz sein. Auf die Gewährung des Urlaubs bzw. Zahlung des Urlaubsentgelts hat ein Verstoß aber keine Auswirkung.

Interessen- und Pflichtenkollision: Außerdem dürfen Beschäftigte durch Nebentätigkeiten nicht in Widerstreit mit dienstlichen Pflichten treten, was insbesondere dann der Fall ist, wenn Nebentätigkeiten in Angelegenheiten ausgeübt werden, in denen die Behörde, der der Beschäftigte angehört, tätig wird oder werden kann (Interessenkonflikt)[367] oder wenn die Nebentätigkeit im Wettbewerb zum Arbeitgeber steht. Kann der Eindruck entstehen, dass der Beschäftigte auf Grund seiner Nebentätigkeit Pflichten vernachlässigt oder private mit öffentlichen Pflichten vermengt, so darf die Nebentätigkeit untersagt werden. Wann eine solche Interessen- oder Pflichtenkollision in Betracht kommt, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

Beispiele:[368] So liegt bspw. eine Interessen- und Pflichtenkollision vor, wenn ein Finanzangestellter, der mit Steuerbescheiden befasst ist, gleichzeitig in einem Steuerberatungsbüro tätig wird. Im öffentlichen Dienst (nicht dagegen in der Privatwirtschaft) beschäftigten Juristen ist eine Nebentätigkeit als Rechtsanwalt zu untersagen. Ein Kraftfahrer, dessen wöchentliche Arbeitszeit 38,5 Stunden beträgt, kann keine Nebentätigkeitsgenehmigung für eine Fahrzeit von 15 Wochenstunden im Güterverkehr verlangen. Im Interesse der Sicherheit des Straßenverkehrs muss vor jeder Aufnahme einer mit dem Lenken eines Fahrzeugs verbundenen Nebentätigkeit sichergestellt sein, dass die besonderen Vorschriften über Ruhens-, Lenk- und Höchstarbeitszeiten eingehalten werden.

Die Gefahr der Interessen- und Pflichtenkollision erhöht sich mit der Bedeutung der Aufgabe des Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung.

[363] Stier, in: BeckOK TVöD, § 3 TVöD-AT Rn. 20.
[364] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Nebentätigkeit Rn. 2155.
[365] BeckOK ArbR/Lampe BUrlG § 8 Rn. 1.
[366] BeckOK ArbR/Lampe BUrlG § 8 Rn. 3.
[367] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Nebentätigkeit Rn. 2156.
[368] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn. 22.

Beachte: Für Nebentätigkeiten, die in diesem zuvor beschriebenen Rahmen erlaubt sind, bedarf es keiner Zustimmung des Arbeitgebers. In diesen Fällen besteht lediglich eine Anzeigepflicht.[369]

e) **Untersagung nach Aufnahme einer entgeltlichen Nebentätigkeit**

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, eine gleichwohl beantragte Genehmigung nach billigem Ermessen gemäß § 315 III BGB zu erteilen, damit für den Beschäftigten Rechtssicherheit besteht. Die der Untersagung der Nebentätigkeit zugrunde liegende Ermessensausübung ist gerichtlich überprüfbar.

Hat der Beschäftigte dem Arbeitgeber die beabsichtigte Nebentätigkeit vorab mitgeteilt, und ist eine Untersagung bzw. Auflagenerteilung bis zum angezeigten Aufnahmezeitpunkt trotz rechtzeitiger Anzeige (noch) nicht erfolgt, kann der Beschäftigte die Nebentätigkeit (zunächst) ausüben.[370] Ob eine Untersagung oder Auflagenerteilung nach Aufnahme der Nebentätigkeit noch erfolgen kann, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, ggf. ist ein ausreichend großer Zeitraum für die Beendigung der Nebentätigkeit einzuräumen.

f) **Ablieferungspflicht**

Für Nebentätigkeiten, die bei demselben Arbeitgeber oder im Übrigen öffentlichen Dienst iSv § 34 III 3 und 4 TVöD erbracht werden, ergeben sich Besonderheiten. Hier kann für Beschäftigte des Bundes eine **Ablieferungspflicht** zur Auflage gemacht werden (§ 3 III 3 TVöD). Solche Ablieferungspflichten sind für den Bund in § 6 III und IV BNV (Bundesnebentätigkeitsverordnung) enthalten. Die Verfassungskonformität der teilweisen Ablieferungspflicht hat das BVerfG bestätig.[371]

Hinweis: Mit Rundschrieben vom 6. Juli 2018 „Nebentätigkeiten von Beschäftigten im öffentlichen Dienst (§ 3 Abs. 3 TVöD) – (D5-31001/12#5)“ werden die Hinweise zur Auslegung und Anwendung der Tarifnorm TVöD aktualisiert.

Um qualifizierte Tarifbeschäftigte für Nebentätigkeiten, die im besonderen Interesse des Arbeitgebers liegen, zu gewinnen, kann nach dem o.g. Rundschreiben wie folgt verfahren werden kann:

Übernehmen Tarifbeschäftigte über ihre arbeitsvertraglich geschuldete Leistung hinaus auf Wunsch ihres Arbeitgebers eine Nebentätigkeit oder besteht ein dienstliches Interesse an der Ausübung der Nebentätigkeit (in Anlehnung an § 101 I 1 BBG), kann die Nebentätigkeit auf die Arbeitszeit angerechnet werden. Eine solche Nebentätigkeit kann auch eine Maßnahme im Bereich der internationalen Zusammenarbeit (zB Kurzzeitexperten bei bilateralen und multilateralen technischen Projekten) sein oder in einer Mitgliedschaft in Aufsichtsräten oder sonstigen Überwachungsorganen bestehen. In Fällen, in denen die **Nebentätigkeit auf die Arbeitszeit angerechnet** wird, ist eine Ablieferung der Nebentätigkeitsvergütung entsprechend den beamtenrechtlichen Vorschriften (insbesondere die §§ 6 bis 8 BNV) zu vereinbaren.[372]

---

[369] Auch § 100 BBG erklärt bestimmte Nebentätigkeiten für ausdrücklich genehmigungsfrei. Dazu zählen künstlerische, schriftstellerische oder wissenschaftliche Tätigkeiten. Danach ist auch die selbständige Gutachtertätigkeit von Hochschulangestellten nicht genehmigungsbedürftig.

[370] Rundschreiben vom 22.12.2005, Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), unter 3.6.

[371] BVerfG, ZTR 2007, 227.

[372] Zum Abschluss entsprechender Vereinbarungen über eine Nebentätigkeit und die Behandlung einer etwaigen Nebentätigkeitsvergütung nach §§ 6 bis 8 BNV ist dem Rundschreiben. als Anlage ein Muster beigefügt. Für die Anwendung des § 6 II BNV entsprechen die Entgeltgruppen 1 bis 8 den Besoldungsgruppen A 1 bis A 8, die Entgeltgruppen 9a bis 12 den Besoldungsgruppen A 9 bis A 12 und die Entgeltgruppen 13 bis 15Ü den Besoldungsgruppen A 13 bis A 16.

g) **Folgen eines Verstoßes gegen die Anzeigepflicht und Beteiligung des Personalrats**

Die Ausübung einer nicht angezeigten bzw. formal nicht genehmigten Nebentätigkeit stellt eine Arbeitsvertragsverletzung dar, die zum Ausspruch einer Abmahnung und in besonders schweren Fällen auch zur Kündigung berechtigt.[373] Kommt es trotz Abmahnung wiederholt zu Verstößen gegen die Nebentätigkeitsvorschrift des § 3 III TVöD kann eine ordentliche oder sogar außerordentliche Kündigung (zB nach Nebentätigkeit während ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit) gerechtfertigt sein.[374]

Nach § 78 I Nr. 10 BPersVG hat der Personalrat mitzubestimmen, wenn der Dienststellenleiter eine Nebentätigkeit nicht genehmigt oder eine bereits erteilte Genehmigung widerruft, hingegen nicht, wenn er die Genehmigung erteilt.

4. **Ärztliche Untersuchung**

Bestehen – bspw. aufgrund hoher krankheitsbedingter Ausfallzeiten – begründete Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Beschäftigten, hat der Arbeitgeber ein Interesse daran zu erfahren, ob nur eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit oder eine dauerhafte Dienstunfähigkeit vorliegt. Eine entsprechende ärztliche Untersuchung tangiert jedoch stets die grundrechtlich geschützte Intimsphäre des Beschäftigten. Unter welchen Umständen sie dennoch angeordnet werden kann und wann die Weigerung des Beschäftigten eine Kündigung rechtfertigen kann, soll im Folgenden dargestellt werden.[375] Hier muss zwischen zunächst zwischen Einstellungsuntersuchungen und Untersuchungen im bestehen Arbeitsverhältnis unterschieden werden.

a) **Einstellungsuntersuchung**

aa) **Allgemeines**

Sogenannte Einstellungsuntersuchungen sind im TVöD nicht ausdrücklich geregelt. § 3 IV 1 TVöD sieht die Möglichkeit der ärztlichen Untersuchung nur für „Beschäftigte“ vor; dh es muss bereits ein Arbeitsverhältnis zum Bund iSd § 1 I TVöD bestehen. Es ist aber zulässig und geboten, eine ärztliche Untersuchung zur Bedingung für den Abschluss eines Arbeitsvertrages zu machen, da der Nachweis der gesundheitlichen Eignung zu den Eignungsmerkmalen des Art. 33 II GG zählt. Vor Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags wird in der Praxis in der Regel eine ärztliche Untersuchung gefordert. Verweigert der Bewerber die Untersuchung, wird der Arbeitsvertrag nicht abgeschlossen. Soll sie erst später durchgeführt werden, kann der Vertrag unter die aufschiebende Bedingung der mangelnden gesundheitlichen Eignung gestellt werden (vgl. § 21 TzBfG iVm § 158 II BGB).

Gegenstand der ärztlichen Untersuchung ist die körperliche Eignung, der Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit.

Der ärztliche Untersuchungsgegenstand darf wegen der hiermit verbundenen Betroffenheit der Grundechte des Beschäftigten grundsätzlich nicht umfassender sein als das zulässige Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Gesundheitszustand eines Bewerbers. Nach der Rechtsprechung des BAG hat sich der Arbeitgeber darauf zu beschränken, nur diejenigen Fragen zu stellen, die für die zukünftig geschuldete Tätigkeit relevant sind:[376] Insbesondere sind folgende Fragestellungen zulässig:[377]

- „Liegt eine Krankheit bzw. eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes vor, durch die die Einigung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist?“
- „Liegen ansteckende Krankheiten vor, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, jedoch die zukünftigen Kollegen oder Kunden gefährden?“

[373] BAG NZA 2002, 288; BAG ZTR 1996, 505.
[374] Vgl. für den vergleichbaren Fall einer formal nicht genehmigten Nebentätigkeit BAG ZTR 2008, 110.
[375] Vgl. auch Pawlak/Groh, Die ärztliche Untersuchung nach § 3 IV bzw. § 3 V TV-L, öAT 2014, 203 ff.
[376] BAG, AP Nr. 15 und 17 zu § 123 BGB.
[377] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn. 27.

- „Ist zum Zeitpunkt des Dienstantritts bzw. in absehbarer Zeit mit einer Arbeitsunfähigkeit zu rechnen, zB durch eine geplante Operation, eine bewilligte Kur oder eine zurzeit bestehende akute Erkrankung?“

Hinweis: Auch der untersuchende Arzt muss sich auf diese Fragestellungen beschränken und hat nicht zu prüfen, ob der Beschäftigte in jeder Hinsicht gesund ist oder wegen irgendwelcher Erkrankungen in der Vergangenheit in ärztlicher Behandlung war. Körperliche Eingriffe im Zusammenhang mit der Untersuchung bedürfen der Zustimmung des Bewerbers.

In der Einwilligung des Bewerbers zur Einstellungsuntersuchung liegt keine, auch nur eingeschränkte Schweigepflichtentbindungserklärung iSd § 203 StGB gegenüber dem Arzt. Dieser darf dem Arbeitgeber grds. nur das positive oder negative Ergebnis der Eignung mitteilen.

bb) **Folgen der Nichtvornahme der Untersuchung**

Weigert sich der Bewerber, eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen oder den vom Arbeitgeber benannten Arzt in Anspruch zu nehmen, so wird der Arbeitgeber von der Einstellung absehen. Das Gleiche gilt, wenn sich der Bewerber weigert, den untersuchenden Arzt von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden. Eine solche einschränkende Willensbekundung müsste ausdrücklich erfolgen, da der Bewerber mit dem Aufsuchen des vom Arbeitgeber benannten Arztes und seiner Mitwirkung an der Untersuchung den Arzt von der Schweigepflicht entbindet.[378]

b) **Untersuchungen nach Einstellung**

Von dieser Einstellungsuntersuchung grundlegend zu unterscheiden ist der Anspruch des Arbeitgebers auf Untersuchungen nach der Einstellung.

aa) **Allgemeines**

Die Veranlassung einer ärztlichen Untersuchung durch den Arbeitgeber bedeutet einen Eingriff in ein von der Verfassung geschütztes Rechtsgut, nämlich die Unverletzlichkeit der Persönlichkeit (Art. 2 I GG). Der Arbeitgeber hat deshalb im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob die Aufforderung zu einer ärztlichen Untersuchung sachlich gerechtfertigt ist.[379]

Rechtsgrundlage für eine ärztliche Untersuchung kann sich ergeben aus Vorschriften in Gesetzen oder Rechtsverordnungen[380], Regelungen in Tarifverträgen oder Dienstvereinbarungen oder aus dem Arbeitsvertrag. Aufgrund des § 16 des Arbeitssicherheitsgesetzes (ASiG) hat der Bund eine „Richtlinie für den betriebsärztlichen und sicherheitstechnischen Dienst in den Verwaltungen und Betrieben des Bundes“ erlassen.

Rechtsgrundlage für Corona-Beschäftigtentestpflicht ergibt sich aus § 28 Infektionsschutzgesetz in Verbindung mit den jeweiligen Regelungen auf durch die Bundesländer (dazu sogleich).

[378] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 186.
[379] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 147.
[380] Vgl. zB Jungendarbeitsschutzgesetz, Infektionsschutzverordnung, Strahlen –und Röntgenverordnung. Für den öffentlichen Dienst von Bedeutung ist die Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit an Bildschirmgeräten (Bildschirmarbeitsverordnung – BildscharbV vom 04.12.1996 (BGBl. I S. 1841), der zuletzt geändert durch Art. 7 der VO zur Vereinfachung und Stärkung der arbeitsmedizinischen Vorsorge vom 18.12.2008 (BGBl. I S. 2768). Nach § 6 BildscharbV hat der Arbeitgeber die Untersuchung der Augen und des Sehvermögens nach der VO vom 18.12.2008 anzubieten.

bb) **Voraussetzungen**

Nach **§ 3 IV TVöD** kann der Arbeitgeber bei **begründetem Anlass** den Beschäftigten verpflichten, durch ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, ob er zur Leistung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit in der Lage ist.[381] Danach kann jeder Beschäftigte bei gegebener Veranlassung durch einen Arzt auf seine Dienstfähigkeit untersucht werden, um die aktuelle oder künftige Arbeitsfähigkeit festzustellen.

Eine begründete Veranlassung besteht, wenn ein sachlicher Grund für die Anordnung der Untersuchung sowohl in der Fürsorgepflicht für die Beschäftigten[382] selbst und für die mit ihnen arbeitenden Beschäftigten, als auch im sonstigen Pflichtenkreis der Verwaltung liegt.[383] Das Recht des Arbeitgebers, bei begründeter Veranlassung eine Untersuchung auf Arbeitsfähigkeit anzuordnen, ist dann an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft.[384]

Der Arbeitgeber muss dem Beschäftigten den Untersuchungszweck mitteilen und im Einzelnen begründen, warum er eine Untersuchung für erforderlich hält. Die Begründung muss sich im Rahmen der in Absatz 4 genannten Gründe bewegen.

Die Pflicht des Beschäftigten, beim Vorliegen eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers eine ärztliche Untersuchung seines Gesundheitszustandes zu dulden, ist im Übrigen auch ohne zB tarifliche Regelung anzunehmen und resultiert aus der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers. Bestehen etwa begründete Zweifel an der Tauglichkeit des Arbeitnehmers, den Anforderungen seines Arbeitsplatzes aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer gerecht zu werden, so kann die dem Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer obliegende Fürsorgepflicht einen hinreichenden sachlichen Grund darstellen, ein amtsärztliches Gutachten über die Dienstfähigkeit des Arbeitnehmers einzuholen. Ein Arbeitnehmer, der die notwendige ärztliche Begutachtung über Gebühr erschwert oder unmöglich macht, verstößt gegen seine Treuepflicht.[385]

Beispiele[386]: Der Beschäftigte lässt in seiner Arbeitsleistung nach; aufgrund von Beobachtungen ist nicht auszuschließen, dass hierfür der Gesundheitszustand ursächlich ist. Der Beschäftigte bleibt wegen Arbeitsunfähigkeit dem Dienst fern. Dem Arbeitgeber werden jedoch Tatsachen bekannt, die zu Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit Anlass geben. In solchen Fällen kann eine ärztliche Untersuchung durch den Arbeitgeber auch dann zulässig sein, wenn der Beschäftigte eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des behandelnden Arztes vorgelegt hat. Der Beschäftigte hat wegen der gesundheitlichen Folgen eines Verkehrsunfalls einen Verwaltungslehrgang abbrechen müssen. Er beantragt kurz darauf seine erneute Teilnahme. Es bestehen Zweifel, ob der Beschäftigte den gesundheitlichen Anforderungen gewachsen ist.

cc) **Untersuchungsgegenstand**

Nachzuweisen hat der Bewerber, dass er zur Leistung der arbeitsvertraglichen geschuldeten Tätigkeit in der Lage ist. Diese Begriffe sind sehr allgemein und umfassend. Nach dem Sinn und Zweck einer Einstellungsuntersuchung werden die ärztlichen Feststellungen insbesondere Grundlage für eine Stellungnahme zu der Frage sein, ob der Bewerber von seinem Gesundheitszustand her gesehen die vorgeschriebene Tätigkeit verrichten kann, ob kein Risiko für die Gesundheit anderer

[381] Auszubildende und Praktikanten: Auszubildende müssen auf Verlangen des Ausbildenden vor ihrer Einstellung ihre gesundheitliche Eignung nachweisen (§ 4 I TVAöD – Allgemeiner Teil). Auszubildende (§ 4 II TVAöD – Allgemeiner Teil) und Praktikantinnen und Praktikanten (§ 4 Abs. III TVPöD) können verpflichtet werden nachzuweisen, die nach dem Ausbildungsvertrag übernommenen Verpflichtungen bzw. die erforderliche praktische Tätigkeit ausüben zu können.
[382] BAG 23.02.1997, AP Nr. 1 zu § 7 BAT Rn. 11.
[383] Im Einzelnen dazu Vgl. Pawlak/Groh, Die ärztliche Untersuchung nach § 3 IV TVöD bzw. § 3 V TV-L, öAT 2014, 203, 204 ff.
[384] LAG Hamm, 09.06.2016 – 15 Sa 131/16.
[385] Vgl. Notz, Zulässigkeit und Grenzen ärztlicher Untersuchungen von Arbeitnehmern, S. 58 ff.
[386] Aus Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 194.

Mitarbeiter besteht, und ob der Beschäftigte durch die zu verrichtende Tätigkeit auf längere Sicht nicht selbst mit einer Verschlechterung seines Gesundheitszustandes rechnen muss.[387]

Die Untersuchung hat unter arbeitsplatzbezogenen Kriterien zu erfolgen. Daher ist ein Beschäftigter zur Verweigerung einer nach Absatz 4 angeordneten amtsärztlichen Untersuchung berechtigt, wenn der Arbeitgeber in seinem Schreiben an den amtsärztlichen Dienst überschießende Angabe zu Problemen des Beschäftigten bei der Arbeit gemacht und Fragen gestellt hat, die über eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit hinausgehen.[388]

Ein Beschäftigter ist daher regelmäßig *nicht* verpflichtet, im laufenden Arbeitsverhältnis routinemäßigen Blutuntersuchungen zur Klärung, ob er alkohol- oder drogenabhängig ist, zuzustimmen.[389]

dd) **Beauftragter Arzt**

Die Untersuchung kann zB vom Betriebsarzt oder einem anderen Arzt, auf den sich die Betriebsparteien geeinigt haben, durchgeführt werden (§ 3 IV 2 TVöD). Nicht ausreichend ist eine ärztliche Bescheinigung des Hausarztes.[390] Führt ein Betriebsarzt auf Veranlassung des Arbeitgebers eine Untersuchung durch, so entsteht zwischen dem Bewerber und dem Betriebsarzt kein Vertrags- oder vertragsähnliches Rechtsverhältnis. Etwaige Schadenersatzansprüche richten sich deshalb nicht gegen den Betriebsarzt, sondern gegen den Arbeitgeber.[391]

Die Bestellung von Betriebs-/Vertrauensärzten unterliegt nach § 78 I Nr. 14 BPersVG der Mitbestimmung durch die Personalvertretung. Dies gilt auch für andere iSv § 3 IV TVöD „beauftragte" Ärzte, da diese insoweit Aufgaben von Betriebsärzten wahrnehmen.

Der untersuchende Arzt unterliegt der ärztlichen Schweigepflicht. Mit der Wahrnehmung des Untersuchungstermins entbindet der Beschäftigte den Arzt hiervon gegenüber dem Arbeitgeber nicht der Schweigepflicht, auch nicht stillschweigend.[392] Ob und in welchem Umfang das Untersuchungsergebnis an den Arbeitgeber weitergeleitet wird, entscheidet allein der Arbeitnehmer. Er ist zunächst vom Arzt über das Ergebnis der Untersuchung im Einzelnen zu informieren.[393] Soweit der Arzt die Frage nach der Dienstfähigkeit uneingeschränkt positiv oder diejenige nach ansteckenden Krankheiten negativ beantworten kann, unterliegt er keiner Schweigepflicht.

Beachte: Durch Rundschreiben vom 19. Juli 2018 wird der Kreis der Ärztinnen und Ärzte, die beauftragt werden können, ein entsprechendes Zeugnis auszustellen, um den entsprechenden Nachweis erbringen zu können, mit Wirkung zum 1. März 2018 erweitert und vereinheitlicht. Nunmehr können sämtliche in TVöD, TVAöD – Allgemeiner Teil – und TVPöD vorgesehenen Untersuchungen von Amts-, Betriebs- oder Personalärzten durchgeführt werden, soweit sich die Betriebsparteien nicht auf eine andere Ärztin/einen anderen Arzt geeinigt haben.

Die Kosten der Untersuchung sind vom Arbeitgeber zu tragen (§ 3 IV 3 TVöD). Hierunter fallen sowohl die unmittelbaren Kosten als auch die mittelbaren Kosten wie Verdienstausfall sowie Wege- und Reisekosten.

[387] Zur umstrittenen Frage der Zulässigkeit eines HIV-Antikörpertestes vgl. Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 178.
[388] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn. 36.
[389] BAG 12.08.1999, NZA 1999, 1209 Rn. 18 f.
[390] Rundschreiben vom 22.12.2005, Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), unter 4.
[391] LG Paderborn MDR 2001, 1304.
[392] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn. 36; aA Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 185.
[393] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn. 29.

ee) **Folgen der Nichtvorlage eine ärztliche Bescheinigung**

Im bestehenden Arbeitsverhältnis stellt die Nichtvornahme der erforderlichen ärztlichen Untersuchung bei begründeter Veranlassung eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht (§§ 241 II, 242 BGB) dar, die im Einzelfall arbeitsrechtliche Konsequenzen (Abmahnung od. Kündigung) rechtfertigen kann. Ein Verstoß gegen die tarifliche Mitwirkungspflicht nach § 3 IV TVöD des Arbeitnehmers ist je nach den Umständen geeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen.[394]

c) **Beschäftigtentestung nach IfSG**

Nach § 28b IfSG Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) dürfen Arbeitgeber und Beschäftigte Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten [. . .], wenn sie geimpfte Personen, genesene Personen oder getestete Personen sind und einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben. Sofern die dem Testnachweis zugrunde liegende Testung mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist, darf diese maximal 48 Stunden zurückliegen. Abweichend von Satz 1 ist Arbeitgebern und Beschäftigten ein Betreten der Arbeitsstätte erlaubt, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers zur Erlangung eines Nachweises wahrzunehmen oder ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen.

5. **Personalakten**

Personalakten bilden den beruflichen Werdegang und alle für den betroffenen Mitarbeiter wichtigen Maßnahmen ab. Ihr Inhalt dient daher häufig als Grundlage für personelle Entscheidungen. § 3 V TVöD enthält im Rahmen der Allgemeinen Arbeitsbedingungen die Regelungen zum Recht der Beschäftigten auf Einsicht in ihre vollständigen Personalakten. Die folgenden Ausführungen erläutern die Anforderungen an die Personalaktenführung des öffentlichen Dienstes sowie die Rechte und Pflichten der Beschäftigten und des Arbeitgebers in Bezug auf die Personalakten.[395]

a) **Allgemeines**

Die Vorschrift des **§ 3 V TVöD** enthält keine Bestimmung darüber, ob und in welcher Form und in welchem Umfang durch den öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber Personalakten für die Beschäftigten geführt werden; dies liegt im **Organisationsermessen des Arbeitgebers**.[396] Dennoch setzt die notwendige Personalverwaltung und -bewirtschaftung im öffentlichen Dienst das Führen von Personalakten durch den Arbeitgeber voraus. Die konkrete Ausgestaltung dieses Vorganges bleibt dem Arbeitgeber überlassen.[397] In der Praxis ist diese Rechtsmaterie meist durch interne Verwaltungsvorschriften in Form von Personalaktenrichtlinien geregelt.[398]

Dienst- und Betriebsvereinbarung über die Personalaktenführung sind im Rahmen des Bundespersonalvertretungsgesetzes zulässig. Es handelt sich um Fragen der „Ordnung“ der Dienststelle oder des Betriebes (§ 78 I Nr. 18 BPersVG). Dementsprechend besteht regelmäßig ein Mitbestimmungsrecht des Personal- oder Betriebsrats.[399]

In der Praxis ist das Recht der Personalaktenführung in der Regel durch interne Vorschriften geregelt in Form von **Personalaktenrichtlinien**.

---

[394] Dazu LAG Hamm, 09.06.2016 – 15 Sa 131/16.
[395] Vgl. auch Müller, Die Personalakte im öffentlichen Dienst, öAT 2014, 200 ff.
[396] BAG 07.05.1980, AuR 1981, 124 Rn. 13; BAG 16.10.2007, ZTR 2008, 312 Rn. 24 ff.
[397] Stier, in: BeckOK TVöD, § 3 TVöD-AT Rn. 34.
[398] Dazu Conze/Karb/Wölk, Stichwort Personalakte Rn. 2172 f.
[399] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn 45.

Die für die Beamten getroffenen gesetzlichen Regelungen in den §§ 106-115 BBG gelten grundsätzlich nicht für die Tarifbeschäftigten. Soweit die **beamtenrechtlichen Bestimmungen** mit den tariflichen Vorschriften oder allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen inhaltsgleich sind, können bei der Auslegung des § 3 V TVöD die im Beamtenrecht entwickelten Grundsätze aber sinngemäß herangezogen werden, zumal Personalakten üblicherweise für Beamte und Tarifbeschäftigte einheitlich geführt werden. Dies gilt insbesondere für folgende Bereiche: Vertraulichkeitsprinzip, Zweckbestimmung der Personalakten, Inhalt der Personalakten, formeller und materieller Personalaktenbegriff, Ort und Zeit der Einsichtnahme, Fertigung von Abschriften, Ablichtungen und Aufzeichnungen aus den Personalakten. Ferner ist die im BBG normierte zweijährige Tilgungsfrist Orientierung, wenn es um die Entfernung zutreffender Vorgänge aus der Personalakte geht. Eine Abkoppelung vom Beamtenrecht ist hier nach wie vor nicht geboten, weil es für beide Statusgruppen im Kern um ein- und dieselben Grundsätze des Personalaktenrechts geht.[400]

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist auch bei der Datenverarbeitung aufgrund eines Arbeitsverhältnisses zu beachten. Es schützt den Mitarbeiter nicht nur bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn sie in Dateien gespeichert sind oder wenn Datenverarbeitungsanlagen eingesetzt werden, es schützt ihn auch bei der Erhebung dieser Daten. Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine öffentliche Stelle ist zulässig, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit des Verantwortlichen liegenden Aufgabe oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, erforderlich ist (§ 3 BDSG). Personenbezogene Daten im Sinne dieses Gesetzes sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person.

Für Beschäftigungsverhältnisse – und damit auch für Arbeitsverhältnisse enthält § 26 BDSG[401] spezielle Regelungen zur Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung. Die Norm enthält eine allgemeine Regelung zum Schutz personenbezogener Daten von Beschäftigten, die die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze des Datenschutzes im Beschäftigungsverhältnis nicht ändern, sondern lediglich zusammenfassen und ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz weder entbehrlich machen noch inhaltlich präjudizieren soll.

b) **Begriff der Personalakte**

Nach dem vom BVerwG entwickelten und vom BAG übernommenen Personalaktenbegriff sind Personalakten eine chronologische Sammlung von Urkunden, Schriftstücken und Vorgängen, die die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse des Bediensteten betreffen und in einem inneren Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen. Sie sollen ein möglichst vollständiges, wahrheitsgemäßes und sorgfältiges Bild über die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse des Bediensteten geben.[402]

---

[400] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Personalakte Rn. 2172. Nach **anderer Ansicht** von Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 213; Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn 41. sollen die beamtenrechtlichen Regelungen zur Vollständigkeit von Personalakten und zum Anspruch auf Entfernung von Vorgängen aus den Personalakten nicht für den Tarifbereich übernommen werden. Dies hindere den öffentlichen Arbeitgeber aber nicht, die Modalitäten der Personalaktenführung in den zulässigen Grenzen einheitliche für Beschäftigte und Beamte zu regeln.

[401] **§ 26 I 1 BDSG** Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses: Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist

[402] Vgl. BAG AP Nr. 83 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; BAG ZTR 2008, 312; Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 238 mwN.

Der Inhalt der Personalakten wird maßgebend durch den Grundsatz der Vollständigkeit und damit auch durch den Grundsatz der Kontinuität bestimmt. Die Personalakte soll nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum möglichst vollständig und lückenlos über die Person des Beschäftigten und seine dienstliche Laufbahn Aufschluss geben.[403]

In Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerwG zum Beamtenrecht hat auch das BAG die Auffassung vertreten, dass vom materiellen Personalaktenbegriff der formelle Personalaktenbegriff zu unterscheiden sei.[404]

aa) **Personalakte im formellen Sinne**

Danach sind unter **formellen Personalakten** diejenigen Schriftstücke und Unterlagen zu verstehen, die der Arbeitgeber als Personalakten führt oder diesen als Bei-, Neben- oder Sonderakten zuordnet. Formelle Personalakten sind also die ausdrücklich als Personalakten gekennzeichneten Ordner, Hefter oder Blattsammlungen, die der Arbeitgeber über die Beschäftigten führt.[405] Der formelle Personalaktenbegriff knüpft nicht an den Inhalt des jeweiligen Vorgangs, sondern an die Art der Registrierung und an die Aufbewahrung von Vorgängen an.[406]

Die formellen Personalakten unterliegen in vollem Umfang dem Einsichtsrecht des Arbeitnehmers, auch hinsichtlich der Vorgänge, die ihrem Inhalt nach, also materiell-rechtlich, nicht zu den Personalakten gehören. Darin liegt der eigentliche Grund, warum zwischen formellen und materiellen Personalakten unterschieden wird. [407] Denn auch die formellen Personalakten sollen ein möglichst vollständiges, wahrheitsgemäßes und sorgfältiges Bild über die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse geben und der Arbeitnehmer soll die Gelegenheit haben, dies zu überprüfen.

bb) **Personalakte im materiellen Sinne**

Der Arbeitgeber führt die formellen Akten und bestimmt damit weitgehend, welche Unterlagen zu den formellen Personalakten genommen werden. Die Zugehörigkeit zu den **materiellen Personalakten** richtet sich jedoch nach dem Inhalt der Unterlagen und ist damit dem Einfluss des Arbeitgebers entzogen. Es ist somit auch nicht in das Belieben des Arbeitgebers gestellt, Vorgänge den Personalakten oder Sachakten zuzuordnen.[408]

Der Begriff der Personalakten ist weder gesetzlich noch tariflich definiert. Die Begriffsbestimmung der Personalakte muss entsprechend dem Schutzzweck der tariflichen Bestimmung erfolgen. Diesem Schutzzweck entsprechend, insbesondere im Hinblick auf das Einsichts- und Anhörungsrecht des Beamten bzw. Arbeitnehmer, wurde von der Rechtsprechung der materielle Personalaktenbegriff entwickelt. Der materielle Personalaktenbegriff ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Es ist somit keine Frage des Ermessens, ob und welche Unterlagen Bestandteil der materiellen Personalakten sind. Die Zugehörigkeit von Schriftstücken zu den Personalakten ist daher von den Gerichten voll nachprüfbar.[409]

Der materielle Personalaktenbegriff umfasst alle Vorgänge, die auf Grund ihrer Eigenheit zu den Personalunterlagen zu nehmen sind. Hierzu gehören grds. alle Schriftstücke, die den Beschäftigten in seinem Arbeitsverhältnis betreffen, so dass möglichst ein vollständiges, wahrheitsgemäßes und sorgfältiges Bild über die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse des Beschäftigten gezeigt wird.[410]

---

[403] BVerwGE 15, 3, 12; Steinherr/Wollensak, in: Sponer/Steinherr, TVöD/VKA, § 3 TVöD Rn. 239.
[404] BAG AuR 1981, 124, 126.
[405] Vgl. BVerwGE 36, 134, 138
[406] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 243.
[407] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 235.
[408] Steinherr/Wollensak, in: Sponer/Steinherr, TVöD/VKA, § 3 TVöD Rn. 236.
[409] Steinherr/Wollensak, in: Sponer/Steinherr, TVöD/VKA, § 3 TVöD Rn. 236.
[410] BAG AP Nr. 82 zu § 611 Fürsorgepflicht; Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn. 41.

c) **Inhalt der Personalakte**

Der Inhalt der Personalakte kann nicht abschließend positiv umschrieben werden. Ein gewisser Mindestinhalt ist durch arbeits- und tarifrechtliche Erfordernisse vorgegeben. Es sind nur solche Vorgänge in die Personalakte aufzunehmen, die für das Arbeitsverhältnis bedeutsam und gewichtig sind.

Danach sind Bestandteil der Personalakte:

- alle Bewerbungsunterlagen, die im Zusammenhang mit der Bewerbung um Einstellung anfallen (Bewerbungsschreiben, Lebenslauf, Qualifikationsnachweis, Arbeitsvertrag),
- Unterlagen über die bisherige Tätigkeit des Arbeitnehmers,
- Ergebnis der Einstellungsuntersuchung,
- Feststellung zur Beschäftigungszeit,
- Feststellung über die Einstufung nach § 16 TVöD,
- spätere interne Bewerbungen des Beschäftigten[411],
- dienstliche Beurteilungen (Zwischenzeugnisse),
- ärztliche Gutachten,
- Vorgänge über Beschwerden, Abmahnungen und Pflichtverletzungen und Mitteilungen in Strafsachen (bei Bezug zum Arbeitsverhältnis).

Zu den Personalakten gehören auch die Mitteilungen über die erstmalige **Übertragung einer Tätigkeit** und über die vorläufige, vorübergehende, vertretungsweise oder dauernde **Übertragung von anderen Tätigkeiten**, Vorgänge über Abordnungen und Versetzungen. Arbeitsplatzbeschreibung und -bewertung sind, sofern sie vom jeweiligen Inhaber des Arbeitsplatzes abhängig sind, ebenfalls Teil der Personalakten. Besteht eine vom jeweiligen Stelleninhaber unabhängige Bewertung des Arbeitsplatzes, ist die Bewertung ein der Organisation zugehöriger, behördeninterner Vorgang, für den ein Einsichtsrecht des Arbeitnehmers nicht besteht.[412]

Enthält die Personalakte Unterlagen über den **Gesundheitszustand** des Beschäftigten, die über die reine Eignungsfeststellung hinausgehen, sind derartige Unterlagen in einem verschlossenen Umschlag in der Akte aufzubewahren. Entsprechendes gilt hinsichtlich anderer sensibler Daten, zB Ergebnisse einer Sicherheitsüberprüfung und Unterlagen nach dem Stasi-Unterlagengesetz. Die Vertraulichkeit dieser Unterlagen kann auch dadurch gesichert werden, dass sie in gesonderten und besonders verschlossenen Akten enthalten sind, auf die die Personalakte jedoch verweisen werden.[413]

Nicht zu den Personalakten gehören Angaben über religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugungen, da sie in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.[414] Auch Prüfungsakten gehören nicht zu den Personalakten (vgl. § 106 I 4 BBG). Das Prüfungszeugnis oder ein sonstiger Nachweis über das Ergebnis der Prüfung ist zu jedoch den Personalkaten zu nehmen. Auch Stellenbesetzungsvorgänge, einschließlich der Besetzungsvorschläge und Stellungnahmen, in denen die Eignung von Beschäftigten für die zu besetzende Stelle erörtert wird, sind nach Auffassung des BVerwG[415] nicht Bestandteil der

[411] Aber nur im Falle einer erfolgreichen Bewerbung.
[412] Steinherr/Wollensak in: Sponer/Steinherr, TVöD Gesamtausgabe, 196. AL 2/2019, § 3 TVöD Rn. 251.
[413] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn. 43.
[414] Von diesem Grundsatz gibt es aber Ausnahmen. So lässt sich nicht vermeiden, dass der Arbeitgeber durch den Eintrag bestimmter kirchensteuererhebender Kirchen und Religionsgemeinschaften auf der Lohnsteuerkarte für Zwecke der *Kirchensteuer* Kenntnis von der Religionszugehörigkeit des Arbeitnehmers erhält, wenn der Angestellte einer dieser Kirchen oder Religionsgemeinschaften angehört. Der Eintrag auf der Lohnsteuerkarte rechtfertigt aber nur die Übernahme dieser Daten in die Lohnunterlagen (Lohnkonto, Gehaltsstreifen usw.), nicht jedoch die Aufnahme der Religionszugehörigkeit in den Personalbogen oder sonstige Vorgänge der formellen Personalakten.
[415] BVerwGE 62, 300, 302.

Personalakten. Sie berühren zwar das konkrete Dienst- bzw. Arbeitsverhältnis einer jeden für die Besetzung in Frage kommenden Person. Prägender Zweck des Stellenbesetzungsvorgangs ist es aber, die Entscheidung über die bestmögliche Besetzung der freien Stelle unmittelbar vorzubereiten. Mit entsprechender Begründung lehnt das BVerwG auch die Aufnahme von Sicherheitsakten in die Personalakte ab.[416]

d) **Führung von Personalakten**

aa) **Grundsatz der Vertraulichkeit**

Personalakten genießen sowohl im dienstlichen Interesse als auch im schutzwürdigen persönlich-privaten Interesse der Beschäftigten einen besonderen Vertrauensschutz. Sie dürfen deshalb ohne Einwilligung des Arbeitnehmers nur von einem eng begrenzten Personenkreis mit besonderer dienstlicher Verantwortung eingesehen werden.[417]

Um die Personalakte zu nutzen, ist es erforderlich, dass Beschäftigte des Arbeitgebers Einsicht in die Personalakten nehmen, wenn sie den Akteninhalt zur Bearbeitung von Personalangelegenheiten kennen müssen. Mit der sachgerechten Bearbeitung von Personalangelegenheiten ist zwangsläufig verbunden, dass diese Beschäftigten von den in den Personalakten enthaltenen Angaben über persönliche Lebenssachverhalte und von dem daraus ersichtlichen dienstbezogenen Persönlichkeitsbild des Arbeitnehmers Kenntnis erhalten. Dieser Kreis ist aber so klein wie möglich zu halten. Die vertrauliche Behandlung ist auch in diesen Fällen durch die Verpflichtung zur Verschwiegenheit nach § 3 I TVöD gewährleistet.[418]

bb) **Kontinuitäts- und Vollständigkeitsgrundsatz**

Der **Kontinuitätsgrundsatz** dient zunächst den Belangen des Arbeitgebers, in zweiter Linie aber auch denen des Arbeitnehmers. Denn eine unvollständige und lückenhafte Wiedergabe von Vorgängen in der Personalakte kann ohne weiteres zu Schlüssen führen, die für den Arbeitnehmer nachteilig sind. Der **Vollständigkeitsgrundsatz** dient vorrangig den Interessen des Arbeitnehmers, weil er gewährleistet, dass der Arbeitnehmer in alle ihn betreffenden Vorgänge Einblick nehmen kann.[419]

Nach dem Vollständigkeitsgrundsatz sind Vorgänge grds. auf Dauer in die Personalakte aufzunehmen. Hierdurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass Schriftstücke ausnahmsweise nur vorübergehend Bestandteil der Personalakte sind. Dies ist insbesondere dann geboten, wenn sie mit dem Zeitablauf ihre Bedeutung verlieren. Häufigster Fall ist die vorübergehende Aufnahme von Abmahnungsschreiben oder gegen den Beschäftigten vorgebrachter Beschwerden. Teilweise haben die öffentlichen Arbeitgeber Richtlinien entwickelt, innerhalb welcher Tilgungsfrist derartige Vorgänge aus den Personalakten zu entfernen sind.[420]

Mit dem Vollständigkeitsgrundsatz unvereinbar ist die doppelte oder mehrfache Personalaktenführung.

Nach der Rechtsprechung des BAG[421] hat der Beschäftigte keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber die zu den Personalakten genommenen Unterlagen nummeriert. Entschließt sich der öffentliche Arbeitgeber die bei ihm geführten Personalakten Durchzunummerieren sind bei späterer zulässiger Entfernung von Schriftstücken aus der Personalakte, die Akte

[416] BVerwG 55, 186, 190. Für den Bereich des Bundes ergibt sich dies aus § 18 III Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG).
[417] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 288 mwN.
[418] Besonders sensible Daten enthalten Beihilfevorgänge. Nach § 56a BRRG, § 90a BBG, die aufgrund der Protokollerklärung auch bei der Bearbeitung von Beihilfeangelegenheiten von Arbeitnehmern anzuwenden sind, sind Unterlagen über Beihilfen stets in einer Teilakte zu führen und getrennt von den übrigen Personalakten aufzubewahren. Die Beihilfeakte soll ferner in einer von der übrigen Personalverwaltung getrennten Organisationseinheit bearbeitet werden.
[419] Steinherr/Wollensak, in: Sponer/Steinherr, TVöD/VKA, § 3 TVöD Rn. 239.
[420] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn 43.
[421] BAG NZA 2008, 367.

neu durchzuzählen.[422] Die Anlage von Fehlblättern sollte hingegen auf Ausnahmefällen beschränkt bleiben, etwa wenn lediglich ein Blatt zu entfernen ist.

cc) **Führung und Aufbewahrung**

Es liegt im Organisationsermessen des Arbeitgebers, ob und in welcher Form er Personalakten führt. Er kann die Personalakten oder Teile davon zentral oder dezentral führen. Um das Recht der Beschäftigten auf Einsicht in seine vollständigen Personalakten zu gewährleisten, sollte es in der Hauptakte vermerkt werden, wenn und wo Teilakten, Beiakten, Nebenakten oder Sonderakten geführt werden. Dieser Vermerk ist entbehrlich, wenn dem Arbeitnehmer aufgrund von Richtlinien und dergleichen zur Führung von Personalakten oder aufgrund der Organisationsstruktur des Arbeitgebers bekannt ist, wo weitere Teile der Personalakten geführt werden.[423]

Der Arbeitgeber hat ferner die Personalakten so aufzubewahren, dass Vertraulichkeit gewahrt ist und Unbefugte nicht Kenntnis vom Inhalt der Personalakten oder von besonders sensiblen Daten erhalten.

dd) **Aufbewahrungsdauer und Vernichtung**

Für die Personalakten von Arbeitnehmern insgesamt bestehen keine gesetzlichen Verwahrungsfristen. Für Teile von Personalakten gilt aber aufgrund von steuer-, sozialversicherungs- und ggf. handelsrechtlichen Vorschriften eine besondere Aufbewahrungspflicht.

Der Arbeitgeber kommt nicht umhin, die Personalakten oder Teile von ihnen so lange aufzubewahren, wie er noch mit Ansprüchen der Beschäftigten rechnen muss. Grundsätzlich könnten die Personalakten nach Ablauf der für das Arbeitsverhältnis geltenden tariflichen Verfallfristen (vgl. § 37 TVöD), also im Regelfall nach Ablauf von sechs Monaten vernichtet werden. Von einer Vernichtung ausgenommen sind die Unterlagen, die Eigentum des Arbeitnehmers geblieben sind, zB Schul-, Prüfungs- und Dienstleistungszeugnisse, Geburts- und Heiratsurkunden, und dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wieder zurückgegeben werden müssen. In den Bundesbehörden orientiert man sich hingegen an der beamtenrechtlichen Aufbewahrungsfrist von 5 Jahren.

e) **Einsichtnahme in die Personalakte**

aa) **Einsichtsrecht der Beschäftigten**

§ 3 V 1 TVöD gewährt den Beschäftigten ein uneingeschränktes Recht auf Einsicht in seine Personalakten. Dieses Recht ist nicht von der Darlegung oder dem Nachweis eines schutzwürdigen Interesses der Beschäftigten abhängig. Die Tarifvorschrift sieht dieses Interesse schlechthin als vorgegeben an. Der Antrag der Beschäftigten auf Akteneinsicht bedarf keiner Form und jederzeit gestellt werden.

Nach § 3 V 2 TVöD können die Beschäftigten ihr Einsichtsrecht auch durch einen Bevollmächtigten ausüben lassen. Die schriftliche Vollmacht (§§ 164 ff. BGB) muss sich auf die Einsicht in die Personalakten beziehen und darf nicht generell, sondern nur für den konkreten Einzelfall erteilt werden. Das Einsichtsrecht für bevollmächtigte Rechtsanwälte ergibt sich unmittelbar aus § 3 BRAO. Gewerkschaftsbeauftragten stehen den Rechtsanwälten entsprechend § 11 I ArbGG gleich. Eine Zurückweisung dieser gesetzlich Bevollmächtigten ist unzulässig.

[422] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 3 TVöD Rn 43.
[423] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 293.

Das Einsichtsrecht schließt das an sich selbstverständliche Recht mit ein, Auszüge oder Kopien aus der Personalakte zu erhalten (§ 3 V 3 TVöD).

Die Häufigkeit des Einsichtsrechts ist nur durch die Grenze des Rechtsmissbrauchs beschränkt. Die Tatsache der Einsichtnahme darf in die Akte genommen werden.

Auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht weiterhin ein jederzeitiges Recht auf Einsicht in die Personalakten als Ausfluss der Fürsorgepflicht.[424]

bb) **Einsichtsrecht Dritter und Auskunft**

Das Recht auf Einsicht in die Personalakten ist ein höchstpersönliches Recht der Beschäftigten zur Wahrung seiner Belange. **Personal- und Betriebsrat** haben **kein eigenes Einsichtsrecht**. Begehrt der Personal- oder Betriebsrat aufgrund seiner personalvertretungsrechtlichen bzw. betriebsverfassungsrechtlichen Stellung die Personalakten einzusehen, bedarf er hierzu der Zustimmung des Beschäftigten (§ 68 II 3 BPersVG).[425] Der Beschäftigte hat das Recht, bei der Einsicht in die über ihn geführte Personalakte ein Mitglied des Personal- bzw. Betriebsrats oder der Schwerbehindertenvertretung hinzuzuziehen. Ohne ausreichenden Grund dürfen die Personalakten auch im Bereich desselben Verwaltungszweiges und Arbeitgebers von der aktenführenden Dienststelle nicht abgegeben werden. Der nächsthöheren und damit weisungsbefugten Behörden sind auf deren Verlangen hin Personalakten vorzulegen. Ferner sind Personalakten anderen Behörden desselben Verwaltungszweiges und Arbeitgebers zu überlassen, wenn dies im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung einer dienstlichen Maßnahme erforderlich ist, zB bei Bewerbungen, Abordnungen und Versetzungen. Die Zustimmung des Arbeitnehmers ist nicht erforderlich.[426]

f) **Sonstige Rechte aus der Führung von Personalakten**

aa) **Anhörung**

Die Tarifvertragsparteien haben vereinbart, dass auch ohne ausdrückliche Tarifierung Beschäftigte vor Aufnahme nachteiliger oder ungünstiger Tatsachen in die Personalakte (zB Abmahnung), gehört werden müssen. Über die Anhörung sollte eine Niederschrift gefertigt werden, diese sollte ebenfalls zur Personalakte genommen werden.[427]

bb) **Recht auf Gegendarstellung**

Neben dem zusätzlichen Anhörungsrecht haben die Beschäftigten das Recht ihre Personalakte Erklärungen beizufügen, um sie so zu vervollständigen, dass die Personalakte ein möglichst umfassendes und objektives Bild ergibt. Die Beschäftigten können Stellungnahmen zu Vorgängen abgeben, die der Arbeitgeber in die Personalakte eingebracht hat. Insbesondere haben sie ein Recht auf Gegendarstellung, das als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu den anerkannten Rechten aus der Führung von Personalakten gehört.[428]

[424] BAG ZTR 2011, 311; Conze/Karb/Wölk, Stichwort Personalakte Rn. 2166.
[425] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 321.
[426] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 334.
[427] § 3 VI TV-L enthält ein Recht auf Anhörung vor Aufnahme von Vorgängen mit negativem Inhalt.
[428] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Personalakte Rn. 2170.

cc) **Recht auf Entfernung**

Zu den anerkannten Rechten aus der Führung von Personalakten zählt ferner das Recht der Beschäftigten auf Entfernung von unrichtigen oder unzulässig aufgenommenen Aktenvorgängen.[429]

So können Beschäftigte bspw. in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten **Abmahnung aus ihrer Personalakte** verlangen.[430] Der Entfernungsanspruch besteht, wenn die Abmahnung entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr besteht.[431]

Ebenso sind zutreffende Abmahnungen, die durch (langen) Zeitablauf (etwa nach 2 Jahren)[432] unwirksam geworden sind zu entfernen. Dies richtet sich aber zusätzlich nach den Umständen des Einzelfalls. So kann eine Abmahnung für zukünftige Personalentscheidungen noch Bedeutung haben, zB für die spätere Entscheidung über einen leistungsbezogenen Stufenaufstieg.

Besteht eine Entfernungsanspruch, beinhaltet dieser regelmäßig auch den Anspruch auf Vernichtung der Schriftstücke, wenn eine Aufbewahrung in bestimmten Schränken nicht aus zwingenden Gründen erforderlich sein sollte.

Der Anspruch auf Entfernung der Abmahnung unterliegt n**icht der 6-monatigen Ausschlussfrist** des § 37 TVöD. Denn er entsteht immer neu, so lange sich die Abmahnung in den Personalakten befindet.[433] Der Entfernungs- und Vernichtungsanspruch verjährt in drei Jahren nach § 195 BGB.

g) **Die elektronische Personalakte**

Viele Unternehmen und auch öffentliche Dienststellen führen ihre Personalakten längst nicht mehr in Papierform, sondern nur noch elektronisch. In der öffentlichen Verwaltung hat Straßen NRW als erste Dienststelle in Deutschland im Jahr 2009 begonnen, ihre gesamten Personalakten zu digitalisieren.[434]

Der öffentliche Arbeitgeber ist darin frei zu entscheiden, in welcher Form – konventionell als Papierakte oder elektronisch – er die Personalakte führt. Die Einführung einer elektronischen Personalakte ist grundsätzlich mitbestimmungspflichtig. Für den Bereich des Bundes ergibt sich dies aus § 78 I Nr. 21 BPersVG. Danach hat der Personalrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, gegebenenfalls durch Abschluss von Dienstvereinbarungen mitzubestimmen über Einführung und

[429] LAG Düsseldorf NZA-RR 2010, 52; Conze/Karb/Wölk, Stichwort Personalakte Rn. 2171.

[430] Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist Ausfluss des in § 242 BGB niedergelegten Gedankens von Treu und Glauben, der den Inhalt der Schuldverhältnisse und damit auch den der Arbeitsverhältnisse bestimmt. Bei der Frage, was Treu und Glauben gebieten, ist die in den Grundrechten des Grundgesetzes zum Ausdruck kommende Wertentscheidung der Verfassung zu berücksichtigen. Damit gewinnt der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz für das Arbeitsverhältnis und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten Bedeutung. Der Arbeitgeber hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Bezug auf Ansehen, soziale Geltung und berufliches Fortkommen zu beachten. Bei einem objektiv rechtswidrigen Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht hat der Arbeitnehmer folglich in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 BGB Anspruch auf Widerruf bzw. Beseitigung der Beeinträchtigung (vgl. Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 3 TVöD Rn. 377 mwN der Rspr.).

[431] BAG NZA 2009, 842 Rn. 13 ff.; BGA NZA-RR 2011, 162 Rn. 10.

[432] Dies entspricht der Tilgungsfrist des § 112 I 1 Nr. 2 BBG. Danach können für Beamte ungünstige oder für ihn nachteilige Unterlagen über Beschwerden, Behauptungen und Bewertungen, auf die § 16 III und IV 1 des Bundesdisziplinargesetzes nicht anzuwenden ist, auf Antrag nach zwei Jahren entfernt und vernichtet werden.

[433] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Abmahnung Rn. 21.

[434] Dazu Hitzelberger-Kijima, Die elektronische Personalakte, öAT 2016, 87.

Anwendung technischer Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen.

Die Art der Aktenführung hat auf die Rechte der Beschäftigten keine Auswirkungen. Aufgrund der Gefahren, die von einer automatisierten Verarbeitung ausgehen können, ergeben sich jedoch weitere Rechte und Pflichten aus dem BDSG bzw. den länderspezifischen Datenschutzgesetzen. Die elektronische Personalakte bietet eine Vielzahl von Vorteilen gegenüber der Papierakte. So kann eine elektronische Personalakte von verschiedenen Personen gleichzeitig genutzt werden. Auch ist ein schneller Zugriff unabhängig vom Bearbeitungsort, ohne Herumtragen von Akten möglich. Zudem lassen sich sensible Daten in der elektronischen Personalakte besser vor dem Zugriff unbefugter Personen schützen, indem ein striktes und transparentes Berechtigungskonzept eingeführt wird. Als Nachteil sind die vielfältigen Verknüpfungsmöglichkeiten zu sehen. Es ist daher auch vor dem Hintergrund der Akzeptanz bei der Belegschaft wichtig, mit dem Personalrat eine Dienstvereinbarung abzuschließen, die klare und transparente Regelungen im Umgang mit der elektronischen Personalakte aufstellt.

6. **Schadenshaftung der Beschäftigten**

Für die Schadenshaftung der Beschäftigten des Bundes finden nach § 3 VII TVöD die Bestimmungen[435], die für die Beamten des Bundes gelten, entsprechende Anwendung. Die Vorschrift wurde durch den 2. Änderungstarifvertrag vom 31.03.2008 zum 01.07.2008[436] eingefügt und bestimmt, ob und in welchem Umfang die Beschäftigten des Bundes im Schadensfall haften. Danach haften Tarifbeschäftigten in entsprechender Anwendung des § 75 BBG bei der Verletzung von Dienstpflichten nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Entsteht durch schuldhafte Pflichtverletzung ein Schaden, so haften Tarifbeschäftigte wie folgt:

- Dritten gegenüber nach bürgerlichem Recht, soweit nicht nach Art. 34 GG der Arbeitgeber einstehen muss,
- im Innenverhältnis dem Arbeitgeber gegenüber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Dies bedeutet im Einzelnen:[437]

Leistet der Arbeitgeber einem Dritten (= Bürger) Ersatz für einen entstandenen Schaden (Fremdschaden), dann kann der Arbeitgeber sich am Beschäftigten schadlos halten, d.h. gegen die Dienstkraft Rückgriff nehmen (Regress), sofern beim Tarifbeschäftigten Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zu bejahen sind.

Wegen der Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten gem. Art. 34 GG ist zwischen hoheitlicher Tätigkeit und fiskalischer Tätigkeit zu unterscheiden. Im Innenverhältnis wird zwischen Eigenschäden (Arbeitgeber wurde unmittelbar geschädigt) und Fremdschäden (Arbeitgeber leistet einem Dritten Ersatz) unterschieden.

Für Eigenschäden und Fremdschäden haftet der Tarifbeschäftigte nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.[438]

---

[435] Die Vorschrift spricht von „Bestimmungen“ und nicht von „Vorschriften“. Bestimmungen sind nach der Rechtsprechung des BAG die für die Beamten geltenden Gesetze, Rechtsverordnungen und Durchführungserlasse. Änderungen der Bestimmungen gelten jeweils unmittelbar für die Arbeitnehmer.

[436] Bis dahin galten auch für die Beschäftigten des Bundes im Innenverhältnis zu ihrem Arbeitgeber Bund die allgemeinen Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung (einschließlich etwaiger Haftungsbeschränkung für im Rahmen betrieblicher Tätigkeit eingetretener Schäden).

[437] Vgl. Conze/Karb/Wölk, Stichwort Haftung Rn. 1651 f.

[438] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Haftung Rn. 1653.

Beachte: Mit Gemeinsamen Rundschreiben vom 19. Dezember 2017 (2017-BMI-D 2-30101/1#13 / BMF-Z B 1 - P 1070/17/10002:001) wurden die Regelungen zur Schadenshaftung der Beamten neu gefasst. Dieses Gemeinsame Rundschreiben des BMI und des BMF findet auch für die Tarifbeschäftigten Anwendung.

Ferner wurde die Schadenshaftung der bei den Bundesbehörden beschäftigten Kraftfahrerinnen und Kraftfahrer geregelt. Mit dem Rundschreiben wird über die Regelungen zur Schadenshaftung der bei den Bundesbehörden beschäftigten Kraftfahrer und der Beschäftigten, die zumindest zeitweilig mit der Führung eines Kraftwagens beauftragt sind, im Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber sowie das Gemeinsame Rundschreiben vom 19. Dezember 2017- BMI informiert.

Beachte: Rundschreiben vom 11. Juli 2019 (D5-310112/1#2): Anwendbarkeit der Richtlinie für die Erstattung von Sachschäden, die im Dienst entstanden sind, auf die Tarifbeschäftigten des Bundes

Mit dem Rundschreiben wird die Anwendbarkeit der „Richtlinie für die Erstattung von Sachschäden, die im Dienst entstanden sind (Sachschadenserstattungsrichtlinie - SachschERL)“ für den Bereich der Tarifbeschäftigten des Bundes eröffnet.

IV. **Versetzung, Abordnung, Zuweisung, Personalgestellung (§ 4 TVöD)**

§ 4 TVöD regelt die Versetzung und Abordnung (Abs. 1), Zuweisung (Abs. 2) und Personalgestellung (Abs. 3) von Beschäftigten.

1. **Allgemeines**

Versetzung und Abordnung dienen der Sicherung der Funktions- und Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes. Sie sind unverzichtbare Mittel für einen flexiblen Personaleinsatz, um die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung oder eines anderen Betriebes sachgerecht, zweckmäßig und wirtschaftlich durchzuführen sowie um den wechselnden Anforderungen rasch und reibungslos gerecht zu werden. Dies wird durch die vom TVöD zur Verfügung gestellten Instrumente der Personalgestaltung in § 4 TVöD sichergestellt.[439]

Die Aufgaben des öffentlichen Dienstes sind vielfältig und die damit verbundenen Anforderungen werden von den politischen und wirtschaftlichen Entwicklungen geprägt. Um angemessen und zeitnah auf die ständig wechselnden Herausforderungen reagieren zu können und um die **zweckmäßige Aufgabenwahrnehmung** im öffentlichen Dienst sicherzustellen, werden flexible Personalmaßnahmen genutzt.[440]

Beispiel: Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge hat zur Bewältigung des Anstiegs von Asylbewerberzahlen im Jahr 2015 und 2016 als vorübergehende personelle Maßnahme das Instrument der Abordnungen genutzt. Unter anderem wurden dafür aus verschiedenen Bereichen der Bundesverwaltung Tarifbeschäftigte vorübergehend gemäß § 4 I TVöD zum Abbau anhängiger Asylverfahren und zur personellen Ausstattung neuer Entscheidungszentren abgeordnet.[441]

Beispiel: Zur personellen Unterstützung des öffentlichen Gesundheitsdienstes bei der Kontaktnachverfolgung können zur Bekämpfung der andauernden SARS-CoV-2-Pandemie Tarifbeschäftigte eingesetzt werden. Für Tarifbeschäftigte kann neben der Abordnungen nach § 4 I TVöD auch eine Zuweisung nach § 4 II TVöD in Betracht kommen.

Beispiel: Tarifbeschäftigte können zu Unterstützungsleistungen in den vom Hochwasser betroffenen Landkreisen und Kommunen im Wege der Abordnungen/Zuweisungen zum Einsatz kommen.

Direktionsrecht und Einschränkungen: § 4 I TVöD ermächtigt den Arbeitgeber, aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen den Beschäftigten an einen anderen Dienstort, zu einer anderen Dienststelle oder einem anderen Betrieb abzuordnen oder zu versetzen. Insofern wird das Direktionsrecht des Arbeitgebers erweitert, sofern es nicht durch den Arbeitsvertrag ausdrücklich eingeschränkt wird. Andererseits schränkt die Tarifvorschrift zum Schutz des Beschäftigten das Versetzungs- und Abordnungsrecht des Arbeitgebers ein, indem sie die Versetzungs- und Abordnungsbefugnis von bestimmten Voraussetzungen (dienstlichen oder betrieblichen Gründen) abhängig macht und dem Beschäftigten in einigen Fällen ein Anhörungsrecht einräumt.[442] Die Zuweisung kann hingegen nur mit Zustimmung des Beschäftigten erfolgen.

Die **Musterstandardarbeitsverträge** des Bundesinnenministeriums nehmen Bezug auf den TVöD und weisen im Übrigen keinen oder einen allenfalls ganz abstrakt umschriebenen Aufgabenbereich aus („als Beschäftigter des Bundes“), der nur durch die Nennung der Entgeltgruppe eingegrenzt wird. Arbeitgeber, die diese Formulararbeitsverträge verwenden, verfügen über ein rechtssicher ausgestaltetes „weites Direktionsrecht“: Dies bedeutet, dass dem Beschäftigten alle Tätigkeiten, die die Merkmale seiner Entgeltgruppe erfüllen, übertragen werden können.[443]

---

[439] Vgl. auch Salomon-Hengst, Versetzung, Abordnung und Zuweisung gem. § 4 TVöD/TV-L, öAT 2016, 178.
[440] Ruge/Krömer/*Geißler*, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, S. 485; Sponer/Steinherr*/Reuff*, § 4 TVöD Rn. 1.
[441] Rundschreiben vom 10.11.2015, Internetquelle S. 1, 4.
[442] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 4 TVöD Rn. 2 mwN der Rspr.
[443] BAG 27.05.2004 – 6 AZR 192/03 Rn. 10.

Selbst bei der **Angabe des Einsatzortes** im Arbeitsvertrag (Musterarbeitsvertrag) kann der Beschäftigte nicht davon ausgehen, dass der Arbeitgeber damit seines weitreichenden tariflichen Direktionsrechts nach § 4 TVöD einschränken wolle. Solche Formulierungen werden regelmäßig als Angabe des sog. „Ersteinsatzes" qualifiziert, aus denen nicht automatisch geschlussfolgert werden kann, dass der öffentliche Arbeitgeber auf sein weites Direktionsrecht verzichten will.[444] Das BAG ist der Ansicht, dass ein Bewerber um eine Stelle des öffentlichen Dienstes regelmäßig wissen muss, dass Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes grundsätzlich verpflichtet sind, jede ihnen zugewiesene Tätigkeit zu verrichten, die den Merkmalen ihrer Entgeltgruppe entspricht, soweit ihnen diese Tätigkeit billigerweise zugemutet werden kann. Einen eingeschränkten Umfang habe das Direktionsrecht des öffentlichen Arbeitgebers nur dann, wenn abweichend von den im öffentlichen Dienst üblichen Musterverträgen der Arbeitnehmer nicht für einen allgemein umschriebenen Aufgabenbereich eingestellt und lediglich die Entgeltgruppe festgelegt wird, sondern seine Tätigkeit sowohl der Art als auch der Arbeitsstelle/Dienststelle nach genau bezeichnet wird. [445]

§ 4 TVöD ist eine **Konkretisierung des arbeitgeberseitigen Direktionsrecht**. Rechtsgrundlage des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts ist § 106 GewO. Das Direktionsrecht ist einerseits Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers und bedarf daher auch keiner weiteren Zustimmung durch den Arbeitnehmer. Das Direktionsrecht wird daher auch als das „Königsrecht" des Arbeitgebers bezeichnet. Dabei bestimmt aber nicht das Weisungsrecht des Arbeitgebers den Umfang der Arbeitspflicht, sondern der Umfang des Weisungsrechts bestimmt sich nach dem Vertragsinhalt.[446]

Eine Weisung muss der Billigkeit entsprechen. „Billiges Ermessen" iSv § 106 GewO erfordert eine Abwägung der Interessen der Vertragsparteien. Billiges Ermessen ist dann gewahrt, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden.

Gerichtliche Überprüfung: Möchte der Beschäftigte die Rechtmäßigkeit der arbeitgeberseitigen Direktionsrechtsausübung (zB Versetzung) gerichtlich überprüfen lassen, dann muss er Klage vor dem Arbeitsgericht auf Feststellung der Unwirksamkeit der Versetzung etc. erheben. Die Klageerhebungsfrist von 3 Wochen nach § 4 KSchG gilt hier nicht. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Maßnahme kann der Beschäftigte keine weitere Beschäftigung in der bisherigen Dienststelle bzw. am bisherigen Arbeitsort verlangen. Das dienstliche Interesse des Arbeitgebers an der Versetzung überwiegt das persönliche Interesse des Beschäftigten.

2. **Instrumente der Personalgestaltung im Einzelnen**

a) **Abordnung und Versetzung**

Als **Abordnung** ist gem. der Protokollerklärung Nr. 1 zu Abs. 1 die *Zuweisung* einer *vorübergehenden Beschäftigung* bei einer anderen Dienststelle oder einem anderen Betrieb desselben oder eines anderen Arbeitgebers unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses zu verstehen. **Versetzung** ist hingegen die *Zuweisung einer auf Dauer bestimmten Beschäftigung* bei einer anderen Dienststelle oder einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses (Protokollerklärung Nr. 2 zu Abs. 1).

Bei der Versetzung scheidet der Arbeitnehmer aus der bisherigen Dienststelle aus und wird einer anderen, organisatorisch eigenständigen Dienststelle zugeordnet, die öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnimmt. Ein Arbeitgeberwechsel darf mit der

[444] Salomon-Hengst, öAT 2016, 178, 179 mwN.
[445] BAG Beschluss v. 26.6.2002 – 6 AZR 50/50 n.v.
[446] BAG 20.7.2004 – 9 AZR 570/03.

Versetzung nicht einhergehen, da es dazu einer formalen Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses (zB durch Kündigung) und Begründung eines neuen Vertragsverhältnisses mit dem neuen Arbeitgeber bedürfte.

Eine Versetzung ist – im Gegensatz zur Abordnung und im Übrigen zum Beamtenrecht (§§ 27, 28 BBG) – begrifflich nur möglich innerhalb der Einrichtungen **desselben Arbeitgebers,** der auch weiterhin das Direktionsrecht ausübt. „Derselbe Arbeitgeber" ist wie in § 34 III TVöD die juristische Person, die als Arbeitgeber den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Das ist weder das Organ oder die Behörde, die den Arbeitgeber beim Arbeitsvertragsabschluss vertreten hat, noch die Dienststelle, bei der der Arbeitnehmer beschäftigt ist. Entscheidend ist die „juristische Person" und deren rechtliche Identität.[447] Dies ist zB die Bundesrepublik Deutschland, eine Gebietskörperschaft, eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt (zB BaFin oder BImA) oder eine Gemeinde.

Exkurs: Im Individualarbeitsrecht ist der **Arbeitgeber** diejenige Person, die kraft des Arbeitsvertrags von dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung fordern kann und Inhaber des Weisungsrechts iSd § 106 GewO ist. Im Betriebsverfassungsrecht ist der Arbeitgeber der Inhaber des **Betriebs**. Der Betrieb wird als eine organisatorische Einheit verstanden, mit der ein Unternehmen mit sachlichen und materiellen Mitteln unter Einsatz menschlicher Arbeitskraft einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck verfolgt.[448] Parallel dazu ist im Personalvertretungsrecht die **Dienststelle** die grundlegende organisatorische Einheit. Der Begriff der Dienststelle ist organisations-rechtlich zu verstehen.[449] Nach der Definition des BVerwG ist die Dienstelle die kleinste organisatorisch abgrenzbare Einheit, der ein örtlich und sachlich bestimmtes Aufgabengebiet zugewiesen ist und deren Leiter relevante Entscheidungsbefugnisse in den wichtigsten beteiligungspflichtigen Angelegenheiten hat.[450] In Verwaltungen mit einer Dienststelle (zB Kommunalverwaltungen) kann keine Versetzung, sondern nur eine Umsetzung erfolgen.

Beiden Zuweisungsalternativen des § 4 I TVöD ist zunächst gemeinsam, dass sie idR den **Wechsel des Arbeitsortes** (Leistungsortes) unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses bedeuten. Der **Wechsel der Dienststelle/des Betriebs** muss nicht zwingend mit einem Ortswechsel verbunden sein (zB 2 Dienststellen in demselben Gebäude). Umgekehrt geht mit einer bloßen örtlichen Verlagerung einer Dienststelle/eines Betriebs noch keine Versetzung einher. Der Arbeitsplatz des Beschäftigten bleibt in diesem Fall in seiner Beziehung zum Arbeitsumfeld unverändert. Die Verlegung einer Dienststelle ist keine Versetzung.[451]

Im Übrigen bestehen sämtliche Bestimmungen des Arbeitsvertrages fort. In der Niederschriftserklärung zu § 4 I TVöD ist zudem der Begriff **Arbeitsort** definiert. Arbeitsort ist demnach ein generalisierter Oberbegriff; die Bedeutung unterscheidet sich nicht von dem bisherigen Begriff „Dienstort". Nach der Rechtsprechung ist „Arbeitsort" die Gemeinde in der der Arbeitsplatz gelegen ist, einschließlich ihres Einzugsgebiets im umzugsrechtlichen Sinne.[452]

Während die Versetzung jedoch zeitlich unbefristet und eine auf Dauer angelegte Zuweisung einer neuen Tätigkeit ist, ist die Abordnung zeitlich befristet und grundsätzlich eine lediglich vorübergehende Zuweisung einer neuen Tätigkeit. In beiden Alternativen wird dem Beschäftigten eine Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle oder in einem anderen Betrieb zugewiesen. Bei der Versetzung muss es sich um eine Dienststelle oder einen Betrieb desselben Arbeitgebers handeln; eine

[447] BAG 08.05.2003, NZA 2004, 858, 859.
[448] Junker Rn. 125.
[449] BAG 22.01.2004, ZTR 2004, 268. Demgegenüber wird der Begriff der Dienststelle in § 6 BPersVG als Oberbegriff verstanden.
[450] BVerwG 24.01.1991, BVerwG 87, 310.
[451] LAG Köln, ZTR 1995, 280.
[452] BAG 22.01.2004 – 1 AZR 495/01.

Abordnung ist hingegen zu einer anderen Dienststelle oder einem anderen Betrieb desselben oder eines anderen Arbeitgebers möglich.[453]

Das **wesentliche Abgrenzungsmerkmal** der Abordnung gegenüber der Versetzung ist der vorübergehende Charakter der Maßnahme. Im Gegensatz zur Versetzung ist die Abordnung nur eine temporäre Maßnahme. Allerdings gibt es keine festgelegte zeitliche Grenze oder bestimmte Vorgabe für die Dauer der Abordnung. Sie kann sogar in einer Teilabordnung tageweise oder für eine bestimmte Anzahl von Stunden pro Woche bzw. pro Tag erfolgen.[454] Die häufigste Art der Abordnung ist der vorübergehende Einsatz des Arbeitnehmers bei einer anderen Dienststelle desselben Arbeitgebers.

Das Verhältnis zur Stammdienststelle endet bei der Abordnung aber – anders als bei der Versetzung – nicht, sondern besteht fort. Die Abordnung ist auch zu einem anderen Arbeitgeber, der den TVöD anwendet, möglich. Zwar ist dem Wortlaut der Protokollerklärung zu § 4 I TVöD (Abordnung) nicht ausdrücklich zu entnehmen, dass der andere Arbeitgeber dem **Geltungsbereich des TVöD bzw. dem TV der Länder** unterfallen muss.[455] Eine dahingehende eingeschränkte Auslegung kann jedoch im Hinblick auf die Abgrenzung zur Personalmaßnahme der Zuweisung nach § 4 II TVöD vorgenommen werden.

Die Abordnung zu einem anderen Arbeitgeber ist unter dem Blickwinkle des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) problematisch. Danach ist die gewerbliche Überlassung genehmigungspflichtig. Unschädlich ist die Kostenerstattung und die pauschale Erstattung von 5% des Aufwands.[456]

Festgelegt ist, dass eine Versetzung oder eine Abordnung nur aus **dienstlichen oder betrieblichen Gründen** erfolgen kann. Dies stellt eine Einschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers dar[457] und bestimmt, dass Versetzung oder Abordnung grds. nur dann gerechtfertigt sind, wenn das Interesse des Arbeitgebers an der ordnungsgemäßen Erfüllung öffentlicher Aufgaben die Interessen des Beschäftigten wie das Interesse an der Beibehaltung des Arbeitsplatzes in der jeweiligen Dienststelle oder im Betrieb überwiegt. Nur unter diesen Voraussetzungen hält die jeweils konkrete Maßnahme einer gerichtlichen Überprüfung nach § 315 III BGB („**billiges Ermessen**“) stand.[458] Vor einer Versetzung gegen den Willen des Beschäftigten sind die dienstlichen Vorteile für den Arbeitgeber gegen die persönlichen Belange des Beschäftigten und seiner Familie abzuwägen.[459]

Merke: Versetzung oder Abordnung kann nur aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen erfolgen.

---

[453] Stier, in: BeckOK § TVöD, 4 TVöD-AT Rn. 11.
[454] BAG 11.06.1992, ZTR 1993, 201 Rn. 25.
[455] Str., wie hier Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 10.
[456] BAG 20.04.2005 – 7 ABR 20/04.
[457] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Versetzung Rn. 3155.
[458] Stier, in: BeckOK TVöD, § 4 TVöD-AT Rn. 12.
[459] **Exkurs zum Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen**: Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB) verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 I BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb dieses Spielraums können dem Bestimmungsberechtigten mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dem Gericht obliegt nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 III 1 BGB die Prüfung, ob der Arbeitgeber als Gläubiger die Grenzen seines Bestimmungsrechts beachtet hat. Bei dieser Prüfung kommt es nicht auf die vom Bestimmungsberechtigten angestellten Erwägungen an, sondern darauf, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung dieser Grenzen hat der Bestimmungsberechtigte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hatte (BAG 24.10.2018, ZTR 2019, 1 juris Rn. 26).

Dienstliche Gründe sind etwa gegeben, wenn die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung den Einsatz des Beschäftigten bei einer anderen Dienststelle verlangt.[460] Damit sind zunächst Gründe aufgrund organisatorischer Notwendigkeiten, wie bspw. Aufgabenverlagerungen zu einer anderen Dienststelle, die unabhängig von der Person des Arbeitnehmers entstehen, gemeint. Dienstliche oder betriebliche Gründe können aber auch entstehen, wenn aufgrund in der Person des jeweiligen Arbeitnehmers liegende Gründe die Weiterbeschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz nicht ohne weiteres mehr möglich ist. Denkbar ist, dass gesundheitsbedingte Leistungseinschränkungen den Einsatz am bisherigen Arbeitsplatz so erschweren, dass dies die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes rechtfertigt. Nicht zulässig ist in jedem Fall die Abordnung oder Versetzung als rein disziplinarische oder Sanktionsmaßnahme.[461]

Merke: Der dienstliche Grund kann den Arbeitgeber betreffen (Personalbedarf) oder aber den Arbeitnehmer (Qualifikation, Förderung der Verwendungsbreite, gesundheitliche Gründe, persönliches Verhalten).

Derartige Gründe bedarf es nur dann nicht, wenn der Beschäftigte in eine Versetzungs- oder Abordnungsabsicht – soweit man hierin gleichzeitig ein Vertragsänderungsangebot des Arbeitgebers sehen könnte – einwilligt.[462]

Besonderen Schutz vor Versetzung genießen besondere Personengruppen wie Mitglieder des Personalrats (§ 55 II BPersVG) oder Mitglieder des Betriebsrats (§ 103 BetrVG).

Beispiele für dienstliche Gründe: Als dienstliche bzw. betriebliche Gründe kommen zB personalplanerische Erwägungen in Betracht (etwa bei Abschichtung von Aufgaben in der jetzigen und bei Aufgabenzuwachs in der künftigen Dienststelle). Solche Gründe können aber auch in der Person des Beschäftigten (zB bei Ausübung einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit nach negativer Sicherheitsüberprüfung[463], oder im dienstlichen bzw. außerdienstlichen Verhalten des Arbeitnehmers liegen, wobei nach der Rechtsprechung des BAG bei Leistungs- und Verhaltensmängeln je nach den Umständen des Einzelfalls zunächst der Ausspruch einer Abmahnung erforderlich ist.[464]

Beispiel Versetzung: Eine Aufgabe, für die bislang das BVA zuständig war, wird wegen der Vielzahl der Fälle und der politischen Bedeutung der Aufgabe auf eine neu gegründete Behörde übertragen. Das BVA versetzt deshalb drei Tarifbeschäftigte zu der neuen Behörde.

Beispiel Versetzung wegen zwischenmenschlicher Konflikte: In einer Dienstelle wirken sich seit längerer Zeit Konflikte zwischen sechs Beschäftigten negativ auf Arbeitsatmosphäre und -ergebnisse aus, so dass Handlungsbedarf besteht. Zwei Mitarbeiter werden daher zur Deeskalation des Konflikts und Wiederherstellung des Betriebsfriedens an andere Dienststellen versetzt. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, bestehende Konflikte zu lösen bzw. sich anbahnende Konflikte zu vermeiden, um so einen möglichst reibungslosen Produktionsablauf und den Betriebsfrieden sicherzustellen. Es ist Sache des Arbeitgebers zu entscheiden, wie er auf Konfliktlagen reagieren will, und zwar unbeschadet des Streits um ihre Ursachen.[465] Der Arbeitgeber muss nicht zunächst die Ursachen und Verantwortlichkeiten für die entstandenen Konflikte im Einzelnen aufklären.[466] Liegt in Gestalt einer Konfliktlage ein hinreichender Anlass vor und ist eine vom Direktionsrecht umfasste Maßnahme geeignet, der Konfliktlage abzuhelfen, ist grundsätzlich ein anerkennenswertes Interesse gegeben, diese Maßnahme zu ergreifen.

[460] BAG 30.10.1985 – 7 AZR 216/83.
[461] Stier, in: BeckOK TVöD, § 4 TVöD-AT Rn. 13.
[462] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 12.
[463] LAG Köln v. 08.07. 2010 – 13 Sa 152/10; Conze/Karb/Wölk, Stichwort Versetzung Rn. 3157.
[464] BAG NZA 1986, 713.
[465] BAG 24.10.2018, ZTR 2019, 107 – juris Rn. 30.
[466] LAG Mecklenburg-Vorpommern, 30.07.2019 – 5 Sa 233/18 – juris Rn. 39.

Beispiel Abordnung: Eine in der Praxis häufige Form der Abordnung ist die Abordnung mit dem Ziel der Versetzung. Denn häufig will die neue Dienststelle den Mitarbeiter während des Abordnungszeitraums einer ersten Bewährungsprobe unterziehen und sich erst danach dauerhaft für ihn entscheiden.

Grds. gilt es in den Fällen einer zulässigen Abordnung oder Versetzung zu beachten, dass die **weiteren Arbeitsbedingungen** – insbes. die Vergütung des Beschäftigten oder der Inhalt bzw. der Umfang der Tätigkeit – **nicht verändert** werden dürfen. Eine Versetzung ist daher unwirksam, wenn der neue Arbeitsplatz eine tariflich geringere Entlohnung vorsieht. Dem Arbeitgeber ist es damit verwehrt, eine Reduzierung des Entgelts des Arbeitnehmers durch Versetzung in eine niedriger einzustufende Tätigkeit zu erreichen. Dies ist nur im Rahmen einer einvernehmlichen Änderung des Arbeitsvertrages zwischen den Vertragsparteien oder einer Änderungskündigung möglich.[467]

Niederwertige Tätigkeiten sollen dem Beschäftigten grds. nicht zugewiesen werden, auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber die höhere Vergütung weiterbezahlt. Der Arbeitgeber kann sich aber vorbehalten, den Beschäftigten bei betrieblichen Notwendigkeiten bzw. dienstlichen Gründen iSv § 4 TVöD, im Rahmen der Billigkeit vorübergehend geringwertige Tätigkeiten zuzuweisen.

Eine Abordnung in eine niedrigere Entgeltgruppe ist daher grds. zulässig, da die Zuweisung der Tätigkeit nicht dauerhaft (wie bei der Versetzung), sondern nur vorübergehend erfolgt und das Entgelt nach der bisherigen Eingruppierung auch im Fall der Abordnung weitergezahlt wird.

§ 4 I 2 TVöD regelt die **Anhörungspflicht**: Das Anhörungsrecht folgt aus dem durch gegenseitiges Vertrauen geprägten allgemeinen Grundsatz, dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Äußerung zu geben, bevor der Arbeitgeber eine Maßnahme trifft, die für den Arbeitnehmer ungünstige Auswirkungen haben kann. Die Tarifvertragsparteien haben in der Tarifvorschrift diesem Grundsatz Rechnung getragen und gleichzeitig festgelegt, wann dieses Anhörungsrecht greift. In den Fällen, in denen der Beschäftigte an eine Dienststelle oder einen Betrieb außerhalb seines bisherigen Arbeitsortes[468] versetzt oder voraussichtlich länger als drei Monate abgeordnet werden soll, ist dieser vor der Maßnahme zu hören. Dem Beschäftigten ist Gelegenheit zu geben, sich zu äußern. Nur so können die persönlichen Interessen des Beschäftigten im Rahmen der Interessenabwägung ausreichend berücksichtigt werden. Der Arbeitgeber muss dem Beschäftigten die geplante Maßnahme sowie seine Gründe mitteilen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme geben.[469] Die zeitlich nach der *Anhörung des Beschäftigten* durchzuführende *Interessenabwägung*muss ergeben, dass ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers besteht, dem Beschäftigten einen neuen Arbeitsplatz bzw. eine neue Tätigkeit zuzuweisen, um eine Versetzung oder Abordnung zu rechtfertigen.[470]

Eine etwaige **Unterlassung der Anhörung** führt jedoch nicht zur Nichtigkeit der Versetzung bzw. Abordnung, sondern stellt lediglich eine Verletzung der tariflichen Verpflichtung dar. Der Arbeitgeber verletzt jedoch eine tarifliche Pflicht. Handelt er schuldhaft, haftet er für den dadurch eingetretenen Schaden.[471]

Merke: Ist mit der Versetzung oder Abordnung ein Wechsel des Arbeitsortes verbunden, ist der Beschäftigte vorher anzuhören. Bei Abordnung gilt das Anhörungserfordernis nur, wenn diese länger als 3 Monate.[472]

[467] Stier, in: BeckOK TVöD, § 4 TVöD-AT Rn. 15.
[468] Der bisherige Arbeitsort wird anhand der Vorgaben des Umzugskostenrechts bestimmt. Danach gehört das Einzugsgebiet (30 km) im Sinne des Umzugskostenrechts zum Dienst- bzw. Arbeitsort.
[469] BAG 30.10.1985 – 7 AZR 210/83.
[470] Stier, in: BeckOK TVöD, § 4 TVöD-AT Rn. 14.
[471] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Versetzung Rn. 3159.
[472] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, § 4 TVöD Rn. 18.

Das BAG führt dazu wie folgt aus: Die Verletzung der in § 4 I 2 TVöD geregelten Pflicht des Dienstgebers, den Mitarbeiter vor einer Versetzung zu hören, führt nicht zur Unwirksamkeit der Versetzung. Der Zweck dieser Anhörungspflicht erfordert es nicht, im Falle einer Verletzung die Versetzung als unwirksam zu behandeln.[473] Letztlich trägt der Arbeitgeber das Risiko, wenn er die - ihm mangels Anhörung nicht bekannten - Interessen des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat und die Versetzung deshalb nicht billigem Ermessen entspricht.[474] Ist die Anhörung unterblieben, sind die Anhörung und die Interessenabwägung unverzüglich nachzuholen.

Beachte: Die Geltendmachung der unterlassenen Anhörung ist von dem Beschäftigten zeitnah (aber nicht zwingend innerhalb der Fristen des 2, 4 KSchG [3 Wochen] oder der Ausschlussfrist [6 Monate] vorzunehmen. Anderenfalls droht die Verwirkung der Einrede.

Beachte: War die Abordnung zunächst nur auf kurze Zeit vorgesehen und soll sie über den Zeitraum von drei Monaten verlängert werden, ist der Beschäftigte **vor der Verlängerung** des Abordnungszeitraums zu hören. Dieser Arbeitnehmer kann schließlich nicht schlechter gestellt werden als der Arbeitnehmer, bei dem von Anfang an feststand, dass die Abordnung länger als drei Monate dauert. Die Fürsorgepflicht gebietet es, auch bei diesem Arbeitnehmer die persönlichen Gründe, die einer längeren Abordnung ggf. entgegenstehen, bei der Abordnungsentscheidung angemessen zu berücksichtigen.[475]

Beachte: Die Beteiligungsrechte des Personalrats nach § 78 I Nr. 5 (Versetzung) und Nr. 7 (Abordnung) BPersVG sind aber zu beachten. Dieser hat nach § 78 V II Nr. 1 BPersVG im Fall des Verstoßes gegen Vorschriften des TVöD (hier: Anhörungserfordernis nach § 4 I 2 TVöD) ein Zustimmungsverweigerungsrecht.

b) **Zuweisung**

Unter Zuweisung ist gemäß der Protokollerklärung zu § 4 II TVöD die – unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses – vorübergehende Beschäftigung bei einem Dritten im In- und Ausland, bei dem der Allgemeine Teil des TVöD nicht zur Anwendung kommt, zu verstehen.

Kurzcharakteristik: Die Zuweisung ist wegen ihres vorübergehenden Charakters von der Grundkonzeption her der Abordnung ähnlich. Auch hier endet das Verhältnis des Beschäftigten zu seiner Stammdienststelle nicht. Das Arbeitsverhältnis besteht fort, der Beschäftigte erhält sein Entgelt von seinem bisherigen Arbeitgeber und hat einen Anspruch auf gleichwertige Beschäftigung bei dem aufnehmenden „Dritten“. Bezüge aus der Verwendung beim zugewiesenen Dritten werden auch das Entgelt angerechnet. Während der Zuweisung bleibt die Rechtsstellung des Beschäftigten, dh die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, unberührt. Mit der Zuweisung wird der Arbeitnehmer dem Weisungs- und Direktionsrecht aber der aufnehmenden Einrichtung unterstellt. Das Direktionsrecht geht also auf den Dritten über.

Die Besonderheit der Zuweisung liegt gerade in diesem in- oder ausländischen „Dritten“, dem er zugewiesen wird. Bei diesem darf der Allgemeine Teil des TVöD nicht zur Anwendung kommen. Hierzu zählen insbesondere zwischenstaatliche Institutionen, wie das Europäische Marken- und Patentamt oder die EU-Kommission.[476] Während jedoch § 12 II 1 BAT früher nur eine Zuweisung zu öffentlich-rechtlichen Einrichtungen zuließ, ist nach dem aktuellen Tarifrecht auch die Zuweisung zu einem inländischen Arbeitgeber außerhalb des öffentlichen Dienstes, folglich zu einer natürlichen oder juristischen Person des

[473] BAG 24.05.2018, ZTR 2018, 518 – juris Rn. 37.
[474] LAG Mecklenburg-Vorpommern, 30.07.2019 – 5 Sa 233/18 – juris Rn. 39: zur inhaltsgleichen Norm in § 7 Abs. 1 Satz 2 AVR-DD Arbeitsvertragsrichtlinien der Diakonie in Deutschland (AVR-DD)
[475] Benrath in: Sponer/Steinherr, TVöD/TV-L Gesamtausgabe, 228. AL November 2021, 5. Anhörung des Arbeitnehmers.
[476] Groeger/*Laber*, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 3 D Rn. 47.

Privatrechts, möglich.[477] Als Dritte kommen daher sowohl juristische Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaft, Anstalt, Stiftung) und des Privatrechts (GmbH, AG) sowie Personengesellschaften (GbR, OHG, KG) in Betracht.

Gründe für Zuweisung: Wegen der notwendigen Umstrukturierung von Betrieben bzw. Dienststellen im öffentlichen Dienst muss es möglich sein, Beschäftigte flexibler einzusetzen. So soll der Personalaustausch mit der Privatwirtschaft erleichtert werden. Bisher war dieser nur durch eine Beurlaubung mit einer starken Suspendierung des Rechts- und Pflichtenkreises des Beschäftigten möglich.

Beispiel: Beschäftigte aus einem Organisationsreferat werden vorübergehend an private Dritte, Dienstleister bzw. Beraterfirmen zugewiesen, um Arbeitsabläufe in der Privatwirtschaft zu erlernen.

Die Zuweisung ist nicht nur aus dienstlichen und betrieblichen Gründen (s. o. bei Versetzung und Abordnung), sondern auch im „**öffentlichen Interesse**“ zulässig (§ 4 II TVöD). Damit ist gemeint, dass der Arbeitsplatzwechsel des Beschäftigten im Interesse der Allgemeinheit liegt. Die unterschiedlichen Wortwahl gegenüber Absatz 1 („Gründe“) deutet darauf hin, dass die Tarifvertragsparteien dem Arbeitgeber einen weniger eng gefassten Beurteilungsspielraum zukommen lassen wollten.[478] Auch das öffentliche „Interesse“ muss jedoch aus objektiven Faktoren (nachweislich dienstlicher Nutzen) bestehen, die sodann an dienstliche „Gründe“ heranreichen (zB organisatorische Gründe).

Da die Zuweisung weit über den Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses hinausgeht, ist sie gegenüber der Abordnung an strengeren Voraussetzungen gebunden: Nach § 4 II 1 TVöD bedarf die **Zuweisung der Zustimmung** (zum Begriff der Zustimmung (vgl. §§ 183, 184 BGB) des Beschäftigten. Die Zuweisung ist insoweit ein vertragsändernder Akt, die erforderliche Zustimmung des Beschäftigten die rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung des Angebots der Zuweisung.[479] Mit der Zustimmung ist die Zuweisung eine befristete Vertragsänderung. Das (deklaratorische) Schriftformerfordernis nach § 2 I TVöD ist zu beachten. Nach Ablauf der Zuweisung kann der bisherige Arbeitgeber sein Direktionsrecht wieder einseitig ausüben.

Allerdings kann die Zustimmung nur aus **wichtigem Grund** verweigert werden (§ 4 II 2 TVöD). Der unbestimmte Rechtsbegriff des „wichtigen Grundes“ wird im Zivil- und Arbeitsrecht als Voraussetzung der fristlosen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses verwendet (vgl. zB § 314 I, 626 I BGB). Auf die Zuweisung übertragen bedeutet dies folgendes: der Beschäftigte könnte nur dann die Zustimmung verweigern, wenn Gründe vorlägen, die zur Unzumutbarkeit der Tätigkeit bei dem „Dritten“ führten. Die Gründe des Beschäftigten müssen, um berechtigt die Zuweisung ablehnen zu können, die Interessen des Arbeitgebers an der Zuweisung überwiegen.[480] Objektiv gewichtige Gründe sind dabei ausreichend.

Beispiel: Zuweisung zu einem Arbeitgeber (= Dritter, der den TVöD nicht anwendet) außerhalb des bisherigen Arbeitsortes, wenn dadurch die Personensorge für ein Kind oder einen behinderten Menschen nicht mehr gewährleistet ist. Ein wichtiger Grund zur Zustimmungsverweigerung kann sich auch aus der sozialen Situation des Beschäftigten oder aus persönlichen Gegebenheiten beim Beschäftigten ergeben.

Verweigern Beschäftigte ihre Zustimmung ohne wichtigen Grund, darf die Zuweisung nicht erfolgen. Es fehlt an der notwendigen Annahmeerklärung. Allerdings kann die Zustimmungsverweigerung eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung sein, die arbeitsrechtliche Konsequenzen (Abmahnung, Kündigung) nach sich ziehen kann. Alternativ kann der Streit über das Vorliegen

[477] Conze/Karb/Wölk, Personalbuch TVöD, Rn. 3596.
[478] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 19.
[479] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 20.
[480] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 21.

eines wichtigen Grundes auch im Rahmen einer Klage des Arbeitgebers auf Abgabe der „Zustimmung“ (der Annahmeerklärung, vgl., § 894 ZPO) vor dem Arbeitsgericht geklärt werden.[481]

Die **Rechtstellung der Beschäftigten** bleibt von der Zuweisung unberührt (§ 4 II 3 TVöD). Da die Rechtsstellung des Arbeitnehmers durch die Zuweisung unberührt bleibt, erhält der Arbeitnehmer während der Zeit der anderweitigen Verwendung seine Bezüge vom bisherigen Arbeitgeber weiter.

Beachte: Zugewiesen werden darf aber nur eine mindestens gleich vergütete Tätigkeit. Maßgeblich sind die bisherigen Entgeltbestandteile. Streitig ist, ob dem Zugewiesenen geringerwertige Tätigkeiten bei gleicher Vergütung übertragen werden können.

Anrechnung von Bezügen: Sofern der Arbeitnehmer von der aufnehmenden Einrichtung ebenfalls Bezüge erhält, werden sie gemäß § 4 II 4 TVöD auf die Bezüge angerechnet, die der Arbeitgeber zahlt. Dienstaufwandsentschädigungen fallen nicht darunter. Der Beschäftigte ist verpflichtet, unaufgefordert Auskunft über derartige Bezüge zu erteilen. Von der Anrechnung kann mit Zustimmung der für das Tarifrecht zuständigen Stelle des Arbeitgebers ganz oder teilweise abgesehen werden. Die für das Tarifrecht zuständige Dienststelle wird dabei auf eine einheitliche Handhabung durch die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes und eine Gleichbehandlung der Arbeitnehmer und Beamten bedacht sein müssen. Außertariflich hat der Bundesminister des Inneren bei Bezügen aus Tätigkeiten bei der EU sein Einverständnis damit erklärt, dass unter bestimmten Voraussetzungen von einer Anrechnung der Bezüge abgesehen wird.[482]

Beispiel: Ein wichtiger Anwendungsfall der Zuweisung in der Praxis ist die Überlassung von Beschäftigten der Kommunen an eine Gemeinsame Einrichtung (bis 2010: Arbeitsgemeinschaft ARGE) nach § 44 b SGB II. Dies gilt vor allem für die Zuweisung an die Jobcenter, welche größtenteils als ARGE der Kommunen und der Bundesagentur für Arbeit geführt werden. Wird ein Arbeitnehmer der Kommune an die ARGE überlassen, besteht sein Arbeitsverhältnis weiterhin zur Kommune. Während der Überlassung wird er jedoch ausschließlich für die ARGE tätig und ist in deren Betrieb eingegliedert. Die ARGE erteilt die Arbeitsanweisungen und übt somit das Weisungsrecht aus.

c) **Personalgestellung**

Nach § 4 III TVöD ist unter Personalgestellung die auf Verlangen des Arbeitgebers auf Dauer angelegte Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung bei einem Dritten unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses zu verstehen, die zum Anlass hat, dass die Aufgaben des Beschäftigten zu diesem Dritten verlagert worden sind. Kurz: Personalgestellung ist – unter Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses – die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten (Protokollerklärung zu § 4 III TVöD). Im Unterschied zur Zuweisung erfolgt die Personalgestellung dauerhaft.

Gründe für Personalgestellung: Die Ursache für Personalgestellungsverträge liegt darin, dass Arbeitnehmer aus Gründen der sozialen Sicherheit Beschäftigte des Staates bleiben wollen. Deshalb sollen die Personalgestellungsverträge sicherstellen, dass die Arbeitsverhältnisse beim bisherigen öffentlichen Arbeitgeber fortbestehen. Der öffentliche Arbeitgeber zahlt auch weiterhin die Vergütung an den Arbeitnehmer, dieser erbringt aber seine Arbeitsleistung beim (privaten) Arbeitgeber. Das Direktionsrecht geht auf den „neuen Arbeitgeber“ über und wird von diesem ausgeübt. Der Quasi-Arbeitgeber ist außerdem berechtigt, von dem öffentlichen Arbeitgeber die Abberufung von dessen gestellten Arbeitnehmer zu verlangen, wenn ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt.

[481] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 22.
[482] Rundschreiben vom 11.10.2006 (D II 2 – 220 215/12).

Die Personalgestellung setzt eine **Verlagerung von Aufgaben** des Beschäftigten zu einem Dritten mittels einer Organisationsentscheidung des Arbeitgebers voraus.[483] Die Aufgaben müssen unmittelbar oder mittelbar dem Verwaltungsauftrag oder dem Betriebsziel dienen. Dabei können jedoch die Aufgaben im Hinblick auf den Betriebszweck des Dritten erweitert sein. Mit dem Instrument der Personalgestellung ist es deshalb *nicht* zu vereinbaren, wenn der Beschäftigte auch originäre Aufgaben des Dritten übernehmen soll.[484] Möglich ist jedoch die Personalgestellung für einen Teil der Aufgaben des Beschäftigten; den restlichen Teil verrichtet der Beschäftigte weiterhin beim bisherigen Arbeitgeber.

In der Regel handelt es sich um die Privatisierung ehemaliger Staatsbetriebe. Die bisher beim Arbeitgeber zu verrichtenden Aufgaben müssen sich mit den zu dem Dritten verlagerten und nunmehr dort zu verrichtenden Aufgaben im Wesentlichen entsprechen.[485] Die Aufgabenübertragung kann einen Betriebsübergang gem. § 613a BGB zur Folge haben, zwingende Voraussetzung ist dies nicht.[486] Dies kommt in der Praxis insbesondere bei der Privatisierung von Arbeitsgebieten oder der Ausgründung in eine GmbH vor.

Beispiele: Ein typisches Beispiel ist die Auslagerung bestimmter Aufgaben auf einen privaten oder anderen öffentlichen Dienstleister (Zentrale Immobilienverwaltung für alle Bundesbehörden durch die BImA). Bei der Ausgliederung von Aufgaben durch Betriebsübergang auf eine GmbH kann der Arbeitgeber verlangen, dass die Arbeitsleistung bei der GmbH erbracht wird.

Das Mittel der Personalgestellung wird durch eine direktionsrechtliche Anweisung des Arbeitgebers zur Ausübung der (bisherigen) Arbeitsleistung bei dem Dritten („auf Verlangen“) ausgeübt. Der TVöD erweitert und konzentriert das Weisungsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 GewO, bezogen auf die laut Arbeitsvertrag geschuldete Arbeitsleitung. Es liegt der zulässige Fall der einseitigen Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers vor. Eine Zustimmung oder auch nur eine Beteiligung des Beschäftigten ist daher nicht notwendig.[487] Hier zeigt sich die durch Absatz 3 ermöglichte besondere Flexibilisierung des Personaleinsatzes. Die Vorschrift unterliegt nämlich keiner Inhaltskontrolle (vgl. § 310 IV 1 BGB); lediglich die konkrete Anwendung kann gem. § 106 GewO dahin überprüft werden, ob sie billigem Ermessen entspricht. Der Dritte kann ein Arbeitgeber sein, bei dem der Allgemeine Teil des TVöD nicht zu Anwendung kommt. Im Unterschied zur Zuweisung kann der Dritte bei der Personalgestellung aber auch an Tarifverträge gebunden sein.

Zusammenfassung: Die Personalgestellung ist zulässig, wenn der Arbeitgeber sie deswegen verlangt, weil die Aufgaben des Beschäftigten auf Dauer zu einem Dritten verlagert werden. Dadurch muss das Bedürfnis des Arbeitgebers an der Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung bei ihm selbst weggefallen sein. Sie soll zukünftig bei dem Dritten erbracht werden. Die Personalgestellung unterliegt, vorbehaltlich der Ausübungskontrolle gem. §§ 315 BGB, 106 GewO, auch keiner räumlichen Beschränkung.[488]

Schließlich muss die Beschäftigung im Rahmen der Personalgestellung bei dem Dritten „**auf Dauer angelegt**“ sein (vgl. Protokollerklärung). Dieses Merkmal ist erfüllt, wenn der Beschäftigte bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses, auch wenn dieses nur befristet ist, bei dem Dritten eingesetzt werden soll, eine Rückkehr zum Arbeitgeber also weder absehbar noch beabsichtigt ist. Lediglich der Gestellungsvertrag muss unbefristet sein; eine dort vereinbarte Kündigungsmöglichkeit ist unschädlich.[489] Das bedeutet, dass eine Personalgestellung auch bei einem befristeten Arbeitsvertrag durchgeführt werden kann, solange der Arbeitnehmer bis zum Auslaufen seines Arbeitsverhältnisses bei dem Dritten beschäftigt wird. Maßgebend ist

[483] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 26.
[484] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 26; Preis/Geimer, ZTR 2006, 290, 292.
[485] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 26.
[486] Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2014, Teil 3 D Rn. 49.
[487] Str., wie hier Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 29; aA Jordan, Personalgestellung nach § 4 III TVöD/TV-L, PersR 2007, 380.
[488] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 28.
[489] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 31 mwN.

folglich, dass eine Rückkehr zum Arbeitgeber nicht geplant ist.[490] Ist dagegen nur ein *vorübergehender Personaleinsatz* bei dem Dritten beabsichtigt, ist der Arbeitgeber auf die Möglichkeit der Abordnung und Zuweisung verwiesen.

Merke: Die Dauer kann bestehen im gesamten Zeitraum eines befristeten oder in der Zeit eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses. Eine Rückkehr zum alten Arbeitgeber darf nicht beabsichtigt sein.

§ 4 III 2 TVöD stellt klar, dass die Vorschrift zum **Betriebsübergang** nach § 613a BGB sowie die **gesetzlichen Kündigungsrechte** von der Tarifvorschrift unberührt bleiben. Dabei handelt es sich um zwingendes, nicht tarifdispositives Recht. Die Aufgabenübertragung darf kein Betriebsübergang iSv § 613a BGB sein. Ein solcher liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die übergehende wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Eine Personalgestellt kommt ferner nicht in Betracht, wenn ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes übergeht. Die Kündigungsmöglichkeiten werden nicht eingeschränkt. Insbesondere soll die Personalgestellung kein Kündigungshindernis als „milderes Mittel" sein. Das Mittel zur Personalgestellung könnte als „milderes Mittel" im Rahmen des ultima-ratio-Grundsatzes auf die Kündigungsbefugnis des Arbeitgebers auswirken. So könnte der Arbeitgeber bei einer Aufgabenverlagerung auf einen Dritten und damit verbundenem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit gerade auf das Mittel der Personalgestellung verwiesen sein.[491]

Die Protokollerklärung zu § 4 III TVöD legt fest, dass die **Modalitäten der Personalgestellung** zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten vertraglich geregelt werden. Als vertragliche Verhältnisse im Sinne des BGB kommen unter anderem Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsverträge in Betracht.[492]

Der Vertrag zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und dem Dritten wird als Personalgestellungsvertrag bezeichnet. In den vertraglichen Vereinbarungen legen der Arbeitgeber und der Dritte beispielsweise die für die Überlassung zu zahlende Vergütung sowie die Optionen zur eventuellen Beendigung des Personalgestellungsvertrags fest. Während beispielsweise Abmahnungen und Kündigungen weiterhin durch den bisherigen Arbeitgeber vorgenommen werden können, geht das Direktionsrecht hinsichtlich Ort und Zeit der Arbeitsleistung auf den Dritten über.[493] Da das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber bestehen bleibt, gehören die Beschäftigten weiterhin auch personalvertretungs- und betriebsverfassungsrechtlich zu ihrer bisherigen Dienststelle bzw. ihrem bisherigen Betrieb.[494]

Exkurs: Personalgestellung als Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit):

Eine Personalgestellung nach § 4 III TVöD könnte jedenfalls begrifflich unter den Art. 1 der Leiharbeitsrichtlinie (EWG RL 2008104) fallen, da das Arbeitsverhältnis der Beschäftigten weiterhin mit dem ursprünglichen Arbeitgeber besteht und die Beschäftigten zugleich in den Betrieb eines Dritten eingegliedert und weisungsgebunden sind.

Das BAG ersucht mit einem Vorlagebeschluss vom 16.6.2021[495] den EuGH um Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV, ob die Personalgestellung nach § 4 III TVöD in den Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie fällt. Bejahendenfalls soll durch die Anfrage beim EuGH geklärt werden, ob die Leiharbeitsrichtlinie eine Bereichsausnahme wie die in § 1 III Nr. 2 b Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) geregelte zulässt. Durch das Einfügen von § 1 III Nr. 2b AÜG hat der Gesetzgeber geregelt, dass das AÜG auf die in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Personalgestellungen (zB § 4 III TVöD) in weiten Teilen nicht anwendbar ist. Die Bereichsausnahme gilt für Arbeitnehmerüberlassungen zwischen Arbeitgebern, wenn

[490] Preis/Greiner, ZTR 2006, 290, 292.
[491] Kritisch dazu Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 30.
[492] Sponer/Steinherr, § 4 TVöD Rn. 142.
[493] Stier, in: BeckOK TVöD, § 4 TVöD-AT Rn. 30.
[494] Sponer/Steinherr, § 4 TVöD Rn. 143.
[495] BAG, Vorlagebeschluss vom 16.6.2021 – 6 AZR 390/20 (LAG Baden-Württemberg 13.7.2020 – 7 Sa 19/20).

Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber verlagert werden und auf Grund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird. Die Regelung beseitigt bestehende Rechtsunsicherheiten, ob und inwieweit das AÜG auf die in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Personalgestellungen Anwendung findet. Die Vorschrift trägt auch dem Umstand Rechnung, dass die Personalgestellung funktional als eine besondere Form der Aufgabenverlagerung anzusehen ist und im Bestandsschutzinteresse der von der Aufgabenverlagerung betroffenen Beschäftigten erfolgt.[496] Die verfassungs- und unionsrechtliche Vereinbarkeit der Öffnungsklausel für die Personalgestellung in § 1 III Nr. 2b AÜG ist durchaus umstritten.[497]

Selbst wenn die Personalgestellung in den Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie fallen sollte, sieht das BAG die Bereichsausnahme in § 1 III Nr. 2 b AÜG als europarechtskonform an. Die Personalgestellung mit ihren strengen Tatbestandvoraussetzungen wirke der Gefahr von prekären Arbeitsverhältnissen entgegen und decke sich daher mit dem Schutzbereich der Leiharbeitsrichtlinie. Auch die Interessenlage der Beschäftigten bei der Personalgestellung sei deutlich anders zu beurteilen als bei der Leiharbeit. Ein Arbeitsverhältnis mit dem Dritten, als Folge einer rechtswidrigen Arbeitnehmerüberlassung, sei bei einem Widerspruch gegen den Betriebsübergang gerade nicht gewünscht.

Praxishinweis: In der Sache spricht viel dafür, den Sonderfall der Personalgestellung nicht mit der klassischen Arbeitnehmerüberlassung zu vergleichen. Die Vorlagefrage ist für die Praxis aber nicht nur wegen der Personalgestellung, sondern auch wegen der anderen Möglichkeiten der Personalüberlassung, namentlich der Abordnung und Zuweisung nach § 4 I und II TVöD, brisant. Beide Formen der Überlassung sind vorübergehend. Zudem erfolgt im Rahmen der Zuweisung eine temporäre Zuordnung zu Dritten, ohne dass der allgemeine Teil des TVöD zur Anwendung kommt. Die Argumente des BAG gegen die Anwendbarkeit der Leiharbeitsrichtlinie greifen hier nicht ohne Weiteres.[498]

Unabhängig von § 1 III Nr. 2b AÜG findet das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz keine Anwendung, wenn die Personalgestellungen gesetzlich vorgesehen sind und Arbeitnehmer aufgrund dieser spezialgesetzlichen Regelungen von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts einer anderen juristischen Person zur Verfügung gestellt bzw. zugewiesen werden, zB gem. § 5 IV AsylG[499], § 44 SGB II, § 26 BAPostG, § 1 BAFlugsÜbernG.[500]

d) **Umsetzung**

Unter Umsetzung ist die „Zuweisung“ eines anderen Arbeitsplatzes an einen Beschäftigten innerhalb derselben Dienststelle oder desselben Betriebs desselben Arbeitgebers zu verstehen.[501] Die „Umsetzung“ ist tariflich nicht geregelt, aber grundsätzlich problemlos im Rahmen des allgemeinen (gesetzlich geregelten) Direktionsrechts zulässig (§ 106 GewO). Durch eine Umsetzung werden dem Beschäftigten andere Tätigkeiten zugewiesen, ohne dass dadurch ein Wechsel der Dienststelle/Behörde verbunden ist. Der Arbeitnehmer erhält also vorübergehend oder dauerhaft in seiner Dienststelle einen anderen Dienstposten (Arbeitsplatz).[502] Die Umsetzung ist nur zulässig, soweit die neuen Aufgaben von der Entgeltgruppe, in die der Beschäftigte

[496] Vgl. dazu Rundschreiben vom 30. August 2017 (D5-31001/4#2) Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der Bundesverwaltung.
[497] Vgl. Heup, Fremdpersonal im öffentlichen Dienst, 2016.
[498] Hoffmann, Vorlagebeschluss an EuGH – Personalgestellung als Leiharbeit, öAT 2021, 187.
[499] § 5 AsylG lautet: „Der Leiter des Bundesamtes kann mit den Ländern vereinbaren, ihm sachliche und personelle Mittel zur notwendigen Erfüllung seiner Aufgaben in den Außenstellen zur Verfügung zu stellen. Die ihm zur Verfügung gestellten Bediensteten unterliegen im gleichen Umfang seinen fachlichen Weisungen wie die Bediensteten des Bundesamtes. Die näheren Einzelheiten sind in einer Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Bund und dem Land zu regeln.“
[500] BT-Drs. 18/9232, 22.
[501] BAG 22.01.2004 – 1 AZR 495/01.
[502] Kuner, in: BeckOK TV-L, § 4 TV-L § 4 Rn. 19.

eingruppiert ist, gedeckt sind.[503] Neben dem Wechsel des Arbeitsortes innerhalb der Dienststelle kann auch die Übertragung eines anderen Aufgabenbereichs, der mit gewissen inhaltlichen Änderungen (aber innerhalb der Entgeltgruppe) verbunden ist, von einer Umsetzung erfasst sein.

Beispiel[504]: Der Arbeitgeber will in seinem Betrieb aus betriebsbedingten Gründen eine ordentliche Kündigung aussprechen. Eine solche Kündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, bedingt ist (§ 1 I 2 KSchG). Vor Ausspruch der Kündigung muss der Arbeitgeber hierzu ua prüfen, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, dh anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit besteht. Ist eine Umsetzung auf einen freien, gleichwertigen und geeigneten Arbeitsplatz möglich, dh eine Umsetzungsmöglichkeit gegeben, so besteht damit auch eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit. In diesem Fall kommt es also zu einer „Umsetzung", die der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts einseitig anordnet. Der Arbeitnehmer erhält einen neuen Arbeitsplatz im Betrieb, eine Kündigung wäre sozial nicht gerechtfertigt.

3. **Abgrenzung der Instrumente**

Zur Verdeutlichung der Unterschiede lassen sich Abordnung, Versetzung, Zuweisung und Personalgestellung folgendermaßen abgrenzen: Eine Versetzung kann im Unterschied zu Abordnung und Zuweisung nur innerhalb des Geschäftsbereichs desselben Arbeitgebers/Dienstherrn erfolgen. Die Versetzung zu einem anderen Arbeitgeber ist daher ausgeschlossen.[505] Während Abordnung und Zuweisung auf einen vorübergehenden Zeitraum angelegt sind, gilt die Versetzung dauerhaft. Die Zuweisung kann nur an einen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber erfolgen, während die Abordnung stets eine Anwendung des TVöD durch den neuen Arbeitgeber vorsieht. Bei der Personalgestellung ist im Unterschied zur Zuweisung die Beschäftigung bei dem Dritten aber auf Dauer angelegt. Von der Umsetzung unterscheiden sich die Instrumente durch die Zuweisung zu einer(m) anderen, organisatorisch eigenständigen Dienststelle (Betrieb) bzw. zu einem anderen Arbeitgeber (Dritten).

4. **Aktuelle Anwendungsfälle**

a) **Rundschreiben vom 17. Dezember 2020**

Mit diesem Rundschreiben werden Maßnahmen zur Umsetzung der personellen Unterstützung des öffentlichen Gesundheitsdienstes bei der Kontaktnachverfolgung zur Bekämpfung der andauernden SARS-CoV-2-Pandemie konkretisiert. Es wird klagestellt, dass für Tarifbeschäftigte neben der Abordnungen nach § 4 I TVöD auch eine Zuweisung nach § 4 II TVöD in Betracht kommt. Von Bedeutung ist dies z.B., wenn der Öffentliche Gesundheitsdienst oder ein Impfzentrum Teil der Landesverwaltung ist, sodass dort anstatt des TVöD der TV-L Anwendung findet.

Ergänzend wird geklärt, dass für die Dauer des Einsatzes die Möglichkeit zur Weiterzahlung von Zulagen besteht sowie Regelungen zum Erhalt bestehender Eingruppierungen geschaffen.

Sofern die/der Tarifbeschäftigte in der abordnenden/zuweisenden Dienststelle eine Zulage nach § 14 TVöD wegen vorübergehender Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit erhält, wird auch diese Zulage für die Dauer der Abordnung/Zuweisung bzw. bis zum Ende des Bewilligungszeitraums weitergezahlt. Steht der/dem Tarifbeschäftigten auch in der neuen Tätigkeit eine Zulage nach § 14 TVöD zu, wird nur die höhere der beiden gezahlt.

Sofern die von der/dem Tarifbeschäftigten während der Zeit der Abordnung/Zuweisung vorübergehend auszuübenden Tätigkeiten den Tätigkeitsmerkmalen einer niedrigeren Entgeltgruppe zugeordnet sind, als dies in der

[503] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, § 4 TVöD Rn. 11.
[504] Kuner, in: BeckOK TV-L, § 4 TV-L § 4 Rn. 19.1.
[505] LAG Niedersachsen v. 17.12.2010 – 16 Sa 701/10.

abordnenden/zuweisenden Dienststelle zuletzt der Fall war, bleibt sie/er für die Zeit dieser Abordnung/Zuweisung in der bisherigen Entgeltgruppe eingruppiert. Die Stufenlaufzeiten bleiben von der Abordnung/Zuweisung unberührt. Im Falle der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit während der Abordnung/Zuweisung richtet sich der Anspruch auf eine persönliche Zulage nach § 14 TVöD.

Rundschreiben BMI vom 17. Dezember 2020 (Az. D5-31002/70#1): Personelle Unterstützung durch den Bund bei der Bekämpfung der andauernden SARS-CoV-2-Pandemie.

b) **Rundschreiben vom 15. September 2021**

Mit diesem Rundeschreiben werden für Tarifbeschäftigte bei Abordnungen/Zuweisungen, die im Rahmen dieser Unterstützungsleistungen in den vom Hochwasser betroffenen Landkreisen und Kommunen erfolgen, für die Dauer der Abordnung/Zuweisung die Möglichkeit zur Weiterzahlung von Zulagen geklärt sowie Regelungen zum Erhalt bestehender Eingruppierungen geschaffen.

Rundschreiben vom 15. September 2021: Regelungen für die personelle Unterstützung der von der Hochwasser-Katastrophe 2021 betroffenen Landkreise und Kommunen.

5. **Beteiligung der Mitarbeitervertretungen**

a) **Personalrat**

Der Personalrat der abgebenden Dienststelle hat vor der Durchführung ein Mitbestimmungsrecht in Personalangelegenheiten nach § 78 I BPersVG in folgenden Fällen:

- Versetzung zu einer anderen Dienststelle (Nr. 5),
- Umsetzung innerhalb der Dienstelle für mehr als drei Monate, wenn die Umsetzung mit einem Wechsel des Dienstortes verbunden ist und der neue Dienstort sich außerhalb des Einzugsgebietes im Sinne des Umzugskostenrechts[506] befindet (Nr. 6) und bei
- Abordnung, Zuweisung oder Personalgestellung für mehr als drei Monate (Nr. 7).

Maßgeblich für das Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts ist der Dienststellenwechsel, der sich nach dem organisationsrechtlichen Dienststellenbegriff richtet.[507] Wird eine zunächst für einen kürzeren Zeitraum vorgesehene Abordnung oder Zuweisung über die Grenze von drei Monaten hinaus verlängert, ist der Personalrat ebenfalls zu beteiligen, da ansonsten eine (unzulässige) Umgehung der Bestimmungen des BPersVG ohne weiteres möglich wäre.

Der Schutzzweck der Mitbestimmung in Personalangelegenheiten besteht darin, sowohl die individualen Interessen des Beschäftigten als auch die kollektiven Interessen der abgebenden und aufnehmenden Dienststellen zu wahren. Da das Mitbestimmungsrecht damit nicht nur dem Schutz des Betroffenen dient, besteht es auch dann, wenn dieser mit der personellen Maßnahme einverstanden ist oder diese beantragt hat.[508]

Der bei der aufnehmenden Dienststelle bestehende Personalrat ist ebenfalls zu beteiligen. Die Versetzung, Abordnung oder Zuweisung wirkt in der aufnehmenden Dienststelle wie eine Einstellung im Sinne des § 75 I Nr. 1 BPersVG. Nach anderer Ansicht

[506] Nach der Vorschrift gehört das Einzugsgebiet (30 km) im Sinne des Umzugskostenrechts zum Dienstort.
[507] BVerwG v. 11.11.2009 – 6 PB 25/09; Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort Versetzung/Abordnung/Zuweisung unter II. 1.
[508] Baden, Altvater u.a., § 75 BPersVG Rn. 37.

ist der Personalrat der aufnehmenden Dienststelle nur bei der Versetzung zu beteiligen, wenn diese selbst einen bestimmten Einfluss auf die Versetzung ausgeübt hat oder hätte ausüben können.[509]

Das Instrument der Personalgestellung war bisher vom Wortlaut des § 75 BPersVG aF nicht erfasst. Da dieses Instrument in seinen Folgen für den Beschäftigten über die bisher geregelten Fälle der Abordnung und Zuweisung hinausgeht, unterfiel es nach überwiegender Ansicht ebenfalls der Mitbestimmung des Personalrat.[510] In der Neufassung ist die Personalgestellung für mehr als drei Monate nun der Mitbestimmung in Personalangelegenheiten in § 78 I Nr. 7 BPersVG geregelt.

Beachte: Das Verfahren der Mitbestimmung richtet sich nach § 69 BPersVG. Wird der Personalrat nicht ordnungsgemäß beteiligt, darf der Arbeitgeber die personelle Maßnahme nicht durchführen. Eine ohne Zustimmung des Personalrats vorgenommene Versetzung, Abordnung, oder Zuweisung oder Personalgestellung ist unwirksam.[511] Lehnt der Personalrat die Maßnahme ab, so kann der Streit letztlich bis zur Einigungsstelle getragen werden (§ 74 BPersVG). Allerdings darf der Personalrat seine Zustimmung nur aus den in § 78 V BPersVG genannten Gründen verweigern. Es kommen drei Fallgestaltungen in Betracht: (1) die Maßnahme ist rechtswidrig, (2) die Maßnahme benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen (Güterabwägung unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) oder (3) es besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer den Betriebsfrieden in der neuen Dienststelle stört.

b) **Betriebsrat**

In Betrieben, die unter den Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes fallen, richtet sich die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzungen nach § 99 BetrVG, soweit eine Versetzung iSd § 95 III BetrVG vorliegt. Der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsbegriff ist erheblich weiter gefasst als der in Versetzungsbegriff in § 4 TVöD. Nach der Legaldefinition in § 95 III BetrVG ist Versetzung danach die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet, oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist.

Damit sind ohne weitere Versetzung und Personalgestellung iSd § 4 TVöD als mitbestimmungspflichtig anzusehen. Aber auch Abordnungen und Zuweisungen können den Versetzungsbegriff des § 95 III BetrVG erfüllen, wenn sie, wie häufig, mit einer Änderung des Arbeitsbereichs iSd § 81 II BetrVG und erheblichen Änderungen der Umstände verbunden sind, unter denen die Arbeit zu leisten ist.[512]

Vor dem Hintergrund, dass eine solche Versetzung – im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn – für den aufnehmenden Betrieb eine Einstellung bedeutet, ist gem. § 99 BetrVG auch der Betriebsrat der aufnehmenden Dienststelle im Wege der Mitbestimmung zu beteiligen.[513]

Beachte: Versetzungen und Einstellungen iSd § 99 BetrVG ohne oder mit unzureichender Unterrichtung der Betriebsrats sind unwirksam. Der Betriebsrat kann die Zustimmung nur aus den in § 99 II BetrVG genannten Gründen verweigern. Eine Verweigerung, die offensichtlich auf keinen dieser Verweigerungsgründe Bezug nimmt, ist unbeachtlich. Die Zustimmung gilt dann als erteilt. Will der Arbeitgeber trotz Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats an der Versetzung festhalten, ist er verpflichtet, die Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht zu beantragen (§ 99 IV BetrVG).

---

[509] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 33.
[510] Str., wie hier Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 34 mwN; Kaiser, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, Rn. 117a.
[511] Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort Versetzung/Abordnung/Zuweisung unter II. 1.
[512] Howald, in: Burger, TVöD/TV-L, § 4 Rn. 36.
[513] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Versetzung Rn. 3162.

c) **Sonstige Mitarbeitervertretungen**

Wie beim Abschluss des Arbeitsvertrags sind in öffentlichen Verwaltungen *vor* der Versetzung oder Abordnung die Gleichstellungsbeauftragte (§§ 27, 32 BGleiG) und bei Schwerbehinderten die Schwerbehindertenvertretung gem. § 95 II SGB IX (§ 178 SGB IX nF) zu beteiligen.

6. Beamtenrechtlicher Exkurs

Von der Versetzung iSd § 4 I TVöD ist die Versetzung im beamtenrechtlichen Sinne zu unterscheiden. Nach der in § 28 I BBG enthaltenen Legaldefinition liegt eine Versetzung im beamtenrechtlichen Sinne vor, wenn dem Beamten dauerhaft ein anderes Amt bei einer anderen Dienststelle bei demselben Dienstherrn oder einem anderen Dienstherrn übertragen wird. Die Versetzung kann auf Antrag des Beamten oder auch ohne seine Zustimmung aus „dienstlichen Gründen“ erfolgen. Dienstliche Gründe, die eine Versetzung bedingen können, liegen insbesondere vor, wenn die bisherige Dienstbehörde aufgelöst, in ihrem Aufbau oder ihren Aufgaben wesentlich geändert oder verschmolzen wird. Aber auch nicht überzeugende Leistungen oder ein persönliches Verhalten des Beamten in der bisherigen Dienststelle können die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung innerhalb der Verwaltung stören und mithin einen dienstlichen Grund für eine Versetzung darstellen.[514]

V. Qualifizierung (§ 5 TVöD)

1. Allgemeines

Der TVöD führt in § 5 Regelungen über die Qualifizierung, also die berufliche Fort- und Weiterentwicklung im weiteren Sinne, ein. Die Beschäftigte haben einen Anspruch auf ein regelmäßiges Gespräch mit ihrer Führungskraft (§ 5 IV TVöD). Ziel ist es, festzustellen, ob und welcher Qualifizierungsbedarf besteht. Der so ermittelte Bedarf wird je nach örtlichen Gegebenheiten den Fortbildungsstellen in den einzelnen Verwaltungen gemeldet.

Absatz 2 S. 1 stellt ausdrücklich fest, dass aus § 5 TVöD *kein individueller Anspruch* des Beschäftigten auf die Vereinbarung und Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen abgeleitet werden kann. Die Berücksichtigung haushaltsrechtlicher Vorgaben hat eine entsprechende Regelung verhindert.[515]

Qualifizierungsmaßnahmen können dem Erhalt und der Fortentwicklung der fachlichen, methodischen und sozialen Kompetenzen für die jeweils übertragene Tätigkeit, dem Erwerb zusätzlicher Kompetenzen und dem Wiedereinstieg nach längerer Abwesenheit dienen (§ 5 III TVöD).

Veranlasst der Arbeitgeber die Qualifizierungsmaßnahme, sind die Kosten – einschließlich der Reisekosten – von ihm zu tragen, falls nicht Dritte hierfür aufkommen (§ 5 V TVöD). Von diesem Grundsatz kann – wenn die Qualifikationsmaßnahmen auch privaten Zwecken von Beschäftigten dient – abgewichen werden. § 5 VI TVöD stellt klar, dass Zeiten von Qualifizierungsmaßnahmen als Arbeitszeit zu werten sind.

[514] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Versetzung Rn. 3168.
[515] Berends, in: BeckOK TVöD, § 5 TVöD-AT Rn. 4.

2. **Duale Studiengänge und Masterstudiengänge**

Neben Studiengängen der HS Bund[516] werden entsprechend dem jeweiligen fachlichen Bedarf auch Studienangebote externer Hochschulen genutzt. Die dafür zwischen Behörde und Hochschule getroffenen Vereinbarungen dienen vorrangig der Gewinnung von Fachkräftenachwuchs. Mit attraktiven Ausbildungs- und Studienangeboten werden im Wettbewerb um die besten Köpfe externe Bewerberinnen und Bewerber für eine Ausbildung oder ein Studium und eine spätere Tätigkeit in der Bundesverwaltung gewonnen.

Mit Rundschreiben vom 9. Oktober 2019 wird nunmehr auch Möglichkeiten eröffnet, die vorhandenen Potentiale der Bestandsbeschäftigten zur Deckung des Fachkräftebedarfs zu nutzen. Das kann mit gezielter Personalentwicklung durch die Teilnahme interner Bewerbe-rinnen und Bewerber an dualen Studiengängen und Masterstudiengängen gemäß § 5 III TVöD erfolgen.

Falls dies zur Deckung des Personalbedarfs erforderlich ist, besteht die Möglichkeit, dass Tarifbeschäftigten nach § 5 III TVöD für die Teilnahme an dualen Studiengängen und Masterstudiengängen übertariflich Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts (§ 21 TVöD) gewährt werden kann, sofern die Eignung, ggf. im Rahmen von Auswahlverfahren, nachgewiesen wurde und die Zulassung zum vorgesehenen Studiengang vorliegt.

Die Behörde schließt mit der Beschäftigten/dem Beschäftigten eine Qualifizierungsvereinbarung (Muster als Anlage im Rundschreiben) mit folgenden Angaben:

- maßgebliche Studien- und Prüfungsordnung der Partnerhochschule in der jeweils geltenden Fassung,
- Beginn, Dauer und Verteilung der Ausbildungs- und Studienzeiten und Festlegung zur Teilnahmepflicht anhand des Studienplans,
- Probezeit für die Qualifizierungsvereinbarung,
- Umfang der Entgeltfortzahlung und Zahlung der Studiengebühren durch den Arbeitgeber,
- Inanspruchnahme des Urlaubs,
- Rückzahlungsbedingungen

Rundschreiben BMI vom 9. Oktober 2019: Qualifizierung nach § 5 Tarifvertrag für den öffentlichen Diensthier: Duale Studiengänge und Masterstudiengänge. In der Anlage zum Rundschreiben sind Musterarbeitsverträge aufgeführt.

3. **Qualifizierung nach dem Digitalisierungstarifvertrag (DigiTV)**

In den Tarifverhandlungen zu einem Digitalisierungstarifvertrag des Bundes mit den Gewerkschaften ver.di und dbb beamtenbund und tarifunion haben sich die Tarifvertragsparteien am 10. Juni 2021 auf den Abschluss eines Digitalisierungsvertrages verständigt. Neben dem Digitalisierungstarifvertrag ist auch eine Einigung über Rahmenbedingungen für mobile Arbeitsformen erzielt worden. Mit dem Rundschreiben werden Hinweise zur Anwendung und Durchführung des Digitalisierungstarifvertrages sowie zur Tarifeinigung über mobile Arbeitsformen gegeben. Der Tarifvertrag tritt mit Wirkung 1. Januar 2021 in Kraft.

In § 4 DigiTV wird abweichend von § 5 TVöD der Anspruch auf eine geeignete Qualifizierungs-maßnahme zum erforderlichen Kompetenzerwerb festgeschrieben, sofern die persönlichen Voraussetzungen der Beschäftigten das zulassen. Mit dem DigiTV

[516] Masterstudiengang „Master of Public Administration“ (Rundschreiben D5-220 231-2/6 vom 11.10.2011), Studium der Verwaltungsinformatik (Rundschreiben D5-220 231-2/6 vom 29.04.2013), Fernstudiengang Verwaltungsmanagement (Rundschreiben D5-31003/5#7 vom 25.10.2017.

wird damit ein Anspruch geschaffen, der über den Anspruch auf ein regelmäßiges Qualifizierungsgespräch in § 5 TVöD hinausgeht. Folgende Voraussetzungen müssen für einen Anspruch auf Qualifizierungsmaßnahmen vorliegen:

- Digitalisierungsmaßnahme nach § 1 DigiTV,
- Betroffenheit des Arbeitsplatzes des Beschäftigten,
- Erforderlichkeit der Qualifikation für
    - die Durchführung einer Maßnahme zur Arbeitsplatzsicherung nach § 2 DigiTV oder
    - die Einarbeitung in eine wesentlich geänderte Tätigkeit.

Dafür sind die Regelungen aus § 4 Abs. 2 bis 10 DigiTV durch Dienstvereinbarung auszugestalten. Um den spezifischen Bedürfnissen vor Ort und den unterschiedlichen Auswirkungen der Digitalisierung Rechnung tragen zu können, sind hier Dienstvereinbarungen notwendig.

Die betroffenen Beschäftigten haben einen Anspruch auf Durchführung eines Gesprächs zur Feststellung des jeweils konkreten individuellen Qualifizierungsbedarfs (Qualifizierungsgespräch). Ob ein Qualifizierungsbedarf besteht, wird durch die Dienststelle ermittelt und festgestellt. So-fern konkreter individueller Qualifizierungsbedarf ermittelt wurde, wird der/dem Beschäftigten eine geeignete Qualifizierungsmaßnahme angeboten. In der zu schließenden Qualifizierungsvereinbarung sind die Einzelheiten zu einem Eigenbetrag und ggf. auch die Rückzahlung von Qualifizierungskosten zu vereinbaren.

Rundschreiben vom 31. August 2021 (D5-31000/19#7): Abschluss der Tarifverhandlungen zu einem Digitalisierungstarifvertrag.

B. Arbeitszeit

Nach Lektüre dieses Teilabschnitts können die Seminarteilnehmer die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Tarifbeschäftigten anhand der Tarifnorm bestimmen und von Überstunden als Sonderform der Arbeit abgrenzen sowie die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Anspruchs auf Teilzeitbeschäftigung erläutern.

Eines der **Kernthemen** bei Verhandlung des TVöD waren die **Arbeitszeitregelungen** und insbes. die Forderung nach einer Flexibilisierung der Arbeitszeiten, Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit auf bis zu 42 Stunden bzw. Vereinheitlichung der Arbeitsdauer in Ost und West sowie Verbilligung der Arbeitskosten, insbes. der zuschlagspflichtigen Tätigkeiten und schließlich die Schaffung sowohl bedarfsgerechter Arbeitszeiten wie Erhöhung der Zeitsouveränität der Beschäftigten. Im TVöD sind die arbeitszeitrechtlichen Vorschriften in den §§ 6 bis 11 geregelt sowie in den §§ 42, 43 TVöD-BT-V; außerdem ist auf die Sonderregelungen §§ 45 ff. im TVöD-BT-V zu verweisen.[517]

I. **Regelmäßige Arbeitszeit (§ 6 TVöD)**

1. **Allgemeines**

Anders als die bisherigen Regelungen (§ 15 BAT) besteht das System der regelmäßigen Arbeitszeit nicht mehr in der Festlegung einer starren Arbeitszeit mit Ausnahmeregelungen, sondern in zahlreichen **Flexibilisierungs-Regeln**, die eine an die jeweiligen Arbeitsbedarfe angepasste Wochen- und Jahresarbeitszeit ermöglichen, insbesondere:

- die mögliche Verteilung auf 6, statt auf 5 Tage (Abs. 1 S. 3)
- die Festlegung eines Durchschnittszeitraumes für das Erreichen der regelmäßigen Arbeitszeit von einem Jahr, bei Wechsel- und Schichtarbeit auch länger (Abs. 2)
- das Zulassen von Abweichungen nach §§ 7 I und 2, 12 ArbZG aus dringenden betrieblichen und dienstlichen Gründen (Abs. 4)
- die optionale Schaffung eines wöchentlichen Arbeitszeitkorridors von bis zu 45 Stunden (Abs. 6)
- die optionale Einrichtung einer täglichen Rahmenzeit von bis zu 12 Stunden (Abs. 7).[518]

Die Arbeitsverpflichtung ist die Hauptpflicht eines Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis. Die Vorschriften über die Arbeitszeit umschreiben, für welche Dauer ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zur Verfügung stellen bzw. erbringen muss.

Die gegenseitigen Rechte und Pflichten eines Arbeitsverhältnisses verlangen seitens des Arbeitgebers die **Festlegung jener Zeiten***,* in denen der Arbeitnehmer seine **arbeitsvertragliche geschuldete Arbeitsleistung** zu erbringen hat. Das ergibt sich aus dem Einzelarbeitsvertrag, in dem beim Bund die Anwendung des TVöD vereinbart wird.

2. **Öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften**

Die regelmäßige (wöchentliche) Arbeitszeit ist zwar im TVöD in § 6 I 1 tarifrechtlich geregelt, es sind daneben jedoch auch noch **öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften** zu beachten. Die wichtigsten sind das Arbeitszeitgesetz (ArbZG), das Mutterschutzgesetz (MuSchG), das Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG) und das Sozialgesetzbuch IX (SGB IX).

[517] Conze/Karb/Wölk, Stichwort (Regelmäßige) Arbeitszeit Rn. 572.
[518] Welkoborsky, in: BeckOK TVöD, Vorbm. § 6 TVöD-AT.

Diese Schutzgesetze begrenzen die tägliche oder wöchentliche Höchstarbeitszeit (gem. ArbZG, JArbSchG, SGB IX), zwingen zur Einführung von Pausen (gem. ArbZG) und regeln auch gänzliche Arbeitsverbote (gem. MuSchG). Sie enthalten auch Aussagen zu Überstunden.[519] Diese spezielleren Vorschriften gehen den allgemeinen Regelungen zur Arbeitszeit in § 6 TVöD bzw. § 3 ArbZG vor.

Sie sind Teil des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes. Vereinbarungen sowie Anordnungen, die gegen diese Normen verstoßen sind rechtsunwirksam. Dies gilt gleichermaßen für kollektive wie individuelle Vereinbarungen.

3. **Umfang der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit**

a) **Arbeitszeitgesetz**

Die **wöchentliche werktägliche Höchstarbeitszeit** ist gesetzlich beschränkt. Arbeitszeitrechtlich sind Werktage die Tage von Montag bis Samstag. Nach § 3 Satz 1 ArbZG darf die werktägliche Arbeitszeit acht Stunden nicht überschreiten. Die wöchentliche werktägliche Höchstarbeitszeit beträgt demnach in der 6-Tage-Woche nach dem Arbeitszeitgesetz 48 Stunden oder 60 Stunden, wenn innerhalb eines Ausgleichszeitraums von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden.

In der Gesamtbetrachtung kommt es bei der Formel: 6 x 8 = 48 Stunden pro Woche. Mehr lässt das Arbeitszeitgesetz nicht zu. Bei 52 Wochen pro Jahr ergibt sich eine Jahresarbeitszeit in Höhe von 48 x 52 = 2496 Stunden. Bei der üblichen 5-Tage-Woche beträgt die wöchentliche werktägliche Höchstarbeitszeit nach den Vorgaben des ArbZG **40 Stunden**. Die **Jahreshöchstzeit** beträgt nach den Vorgaben des ArbZG in der 5-Tage-Woche **2080 Stunden**.

Unter Beachtung dieser Höchstgrenze kann der Arbeitgeber auch Arbeitstage oder Arbeitswochen anweisen, in denen jeweils zehn Stunden pro Tag gearbeitet wird. Das ArbZG sieht zur Anpassung der Arbeitszeit an die betrieblichen Belange in § 7 I und II ArbZG einige Ausnahmen vor.

Beispiel: Die Arbeitszeit beginnt um 08:00 Uhr. Der Werktag des Arbeitnehmers endet 24 Stunden später um 08:00 Uhr des Folgetages. Innerhalb dieses Zeitraums darf die höchst zulässige Arbeitszeit nach den Vorgaben des ArbZG 10 Stunden nicht überschreiten.

b) **Tarifrechtliche Vorgaben**

Die strukturelle Gestaltung der Arbeitszeitobliegt im Wesentlichen den Tarifvertragsparteien. Durch § 7 ArbZG – Tariföffnungsklausel – haben sie in dieser Hinsicht weitgehende Handlungsfreiheit zur Vereinbarung kollektiver Normen erhalten. So kann gemäß § 7 I Nr. 1 b ArbZG der durch § 3 ArbZG festgelegte Ausgleichzeitraum verlängert werden. Nach § 7 VIII ArbZG wird diese Verlängerungsoption jedoch auf 12 Kalendermonate begrenzt. Unberührt bleibt die gesetzliche Regelung zur Arbeitszeit in § 3 Satz 2 ArbZG, wonach die tägliche Arbeitszeit 10 Stunden nicht überschreiten darf.

Für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes beim Bund beträgt nach **§ 6 I 1 Buchst. a) TVöD** die **regelmäßige Arbeitszeit** ausschließlich der Pausen durchschnittlich **39 Stunden**.[520] Durch die Worte „regelmäßig“ und „durchschnittlich“ in § 6 I TVöD wird deutlich, dass es um eine Durchschnittsbetrachtung geht – Abweichungen oder Schwankungen von einer 39/40-Stunden-Woche sind also möglich. Im Vergleich zum Beamtenrecht bedeutet dies in der konkreten Arbeitssituation, dass zwei Kollegen,

[519] Conze/Karb/Wölk, Stichwort (Regelmäßige) Arbeitszeit Rn. 574.

[520] 39 Stunden im Tarifgebiet des VKA-West und ab 1. Januar 2022 39,5 Stunden und ab 1. Januar 2023 39 Stunden im Bereich des Tarifgebietes VKA-Ost. Damit sind die Ost/West-Unterschiede nur im Bereich des Bundes beseitigt, bei Ländern und Kommunen bestehen sie bis 2023 fort.

die in einer Organisationseinheit die gleiche Arbeit verrichten, unterschiedliche Arbeitszeiten haben, wenn es sich bei dem einen um einen Beamten und beim anderen um einen Tarifbeschäftigten handelt.

Die monatliche Arbeitszeit im Tarifbereich Bund berechnet sich wie folgt: 39 Stunden durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit x 4,348 als Wertfaktor (vgl. § 24 III 3 TVöD) = 169, 57 monatliche Arbeitszeit.

Die Vollzeitarbeit im TVöD beträgt regelmäßig wöchentlich 39 Stunden durchschnittlich. Bei 52 Wochen im Jahr hat der TVöD-Beschäftigte 2028 Stunden im Jahr zu arbeiten. Bei einem vom ArbZG zugelassenen Maximalrahmen in Höhe von 2080 Stunden im Jahr in der 5-Tage-Woche verbleibt eine Differenz von 52 Stunden pro Jahr. Dieser Wert stellt die Schwankungsbreite nach oben dar.

Der **Ausgleichszeitraum** für die Berechnung des Durschnitts der regelmäßigen Wochenarbeitszeit ist ein Zeitraum von **bis zu einem Jahr** zugrunde zu legen (§ 6 II TVöD). Hier haben die Tarifvertragsparteien von der Verlängerungsmöglichkeit nach § 7 I Nr. 1 b ArbZG Gebrauch gemacht. Der Ausgleichszeitraum ist nicht auf das Kalenderjahr festgelegt, sondern kann frei gewählt werden. Die Wochenarbeitszeit muss also nicht in jeder einzelnen Woche 39 Stunden betragen, sondern kann unregelmäßig erbracht werden, solange die Arbeitszeit – auf diesen Berechnungszeitraum verteilt – durchschnittlich 39 Stunden beträgt. Wird die wöchentliche Arbeitszeit von 39 Stunden über- oder unterschritten, ist dies zulässig, soweit innerhalb eines Jahres ein Ausgleich auf durchschnittlich 39 Stunden stattfindet. Dabei ist zu beachten, dass die tägliche Arbeitszeit höchstens 10 Stunden betragen darf.

Im Vergleich zum alten Recht wurde damit der Ausgleichszeitraum von bisher 26 Wochen auf ein Jahr verdoppelt. Dadurch entsteht ein erheblicher Flexibilitätsgewinn. Saisonale Schwankungen können beim Arbeitsanfall bei der regelmäßigen Arbeitszeit berücksichtigt werden, ohne dass die Anordnung von Überstunden erforderlich wäre. Bei ständiger Wechselschicht- oder Schichtarbeit ist ein längerer Ausgleichszeitraum zulässig (§ 6 II 2 TVöD).

Beispiel zur Wochenstruktur der Arbeitszeit:

1. Woche	2. Woche	3. Woche	4. Woche
38 Std.	37 Std.	40 Std.	41 Std.

Bei gleicher Verteilung über ein Jahr führt die Berechnung des Durschnitts der regelmäßigen Wochenarbeitszeit zu 39 Stunden. Die Wochenstruktur der Arbeitszeit bestimmt der Arbeitgeber über das Direktionsrecht, eine Beteiligung des Personalrates ist hier nicht erforderlich.

Praxistipp: Der Ausgleichszeitraum des § 6 II TVöD muss nicht deckungsgleich mit dem Kalenderjahr liegen. Es kann das für den Betrieb günstigste Zeitfenster gewählt werden. Dabei sind die Mitbestimmungsrechte des Personalrats/Betriebsrats zu beachten.

Kommt es nun zu Schwankungen im Arbeitspensum, ist zu unterscheiden zwischen Überstunden (siehe unter II. Sonderformen der Arbeit) und einfach nur „mehr“ Arbeit.

Exkurs: Überstunden sind gemäß § 8 I 2 a TVöD zuschlagspflichtig (30 bzw. 15 % abgeleitet vom Stundenentgelt der Stufe 3), für die Stunde an sich wird nach der Protokollerklärung zu Absatz 1 Satz 1 des § 8 TVöD das Stundenentgelt der jeweiligen Entgeltgruppe und der individuellen Stufe gewährt, höchstens jedoch nach der Stufe 4.

Übersicht:

- Arbeitsstunde: 100 % je nach Eingruppierung und Stufe, vgl. § 8 II TVöD
- Überstundenentgelt: 100 % je nach Eingruppierung und Stufe (maximal Stufe 4); vgl. Protokollerklärung zu § 8 I 1 TVöD
- Überstundenzeitzuschlag: 30/15 % je nach Eingruppierung und Stufe (maximal Stufe 3); vgl. § 8 I 2 Buchst. a) TVöD

c) **Beamtenrechtliche Regelung**

Hinzuweisen ist noch auf § 19 ArbZG, wonach bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben (soweit zu bestimmten Punkten keine tarifliche Regelung besteht, etwa zur Höchstdauer der täglichen Arbeitszeit) durch die einzelne Dienststelle die für Beamte geltenden Arbeitszeitregelung auf die tarifbeschäftigten übertragen werden können; insoweit finden die §§ 3 bis 13 ArbZG keine Anwendung. Dabei handelt es sich um Regelungen in den jeweiligen Arbeitszeitverordnungen der einzelnen Dienstherren, zB § 4 AZV für Bundesbeamte, wonach die regelmäßige Arbeitszeit von 13 Stunden nicht überschritten werden darf.

4. **Verteilung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit (Arbeitstagestruktur)**

Nach § 6 I 3 TVöD ist die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit grundsätzlich auf **fünf Tage** zu verteilen, Tarifziel ist, zwei freie Tage pro Woche zu gewährleisten (sog. **Arbeitstagestruktur**).

Beachte: Eine Festlegung auf Arbeits- oder Werktage gibt es nicht, so dass die individuelle Fünftagewoche – unter Wahrung der Vorgaben der §§ 9 ff. ArbZG – auch den Zeitraum von Dienstag bis Samstag oder Donnerstag bis Dienstag abdecken kann.

Bei notwendigen dienstlichen Gründen kann die Arbeitszeit auch auf sechs Tage in der Woche verteilt werden (§ 6 I 3 TVöD). „Notwendig“ können nur solche Gründe sein, die sich aus dem Dienst- und Arbeitsablauf unabweisbar ergeben oder ausnahmsweise geboten sind.[521] Die Notwendigkeit ist aber nicht mit dem Begriff des „dringenden dienstlichen Grundes“ gleichzusetzen. Die Anforderungen sind geringer und bereits bei einer sachdienlichen Arbeitszeitgestaltung, die nicht willkürlich ist und die Beschäftigteninteressen angemessen berücksichtigt, erfüllt. Beispielhaft sind Einrichtungen des öffentlichen Interesses (zB Museen, Schwimmbäder) genannt.

Exkurs: Abgrenzung zur dienstplanmäßigen Arbeitszeit

Von der regelmäßigen Wochenarbeitszeit ist die **dienstplanmäßige Arbeitszeit** zu unterscheiden. Hierunter versteht man die Arbeitszeit, die im Rahmen der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit arbeits*täglich* zu leisten ist. Es handelt sich um eine vereinbartes statistisches Arbeitsmaß. Die dienstplanmäßige Arbeitszeit ist ua relevant im Gleitzeitsystem und für die Bestimmung der Arbeitszeit bei Urlaub oder Krankheit. Sie unterliegt der Mitbestimmung durch den Personalrat nach § 80 I Nr. 1 BPersVG (Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage).

5. **Verteilung der Pausen**

Pausen gehören nach § 6 I 1 TVöD **nicht zur Arbeitszeit**. Hierunter ist eine Unterbrechung der Arbeit zu verstehen, in der der Beschäftigte weder Arbeit zu leisten noch mit der Aufnahme der Arbeit zu rechnen braucht. Er muss über diese Zeit, auch in örtlicher Hinsicht, frei verfügen können.[522]

Zur Bestimmung der Pausenzeiten ist auf die Vorgaben des ArbZG abzustellen. Nach § 4 Satz 1 ArbZG muss die Pause bei einer **Arbeitszeit von mehr als sechs bis zu neun Stunden** in der Regel **mindestens 30 Minuten** betragen. Bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden beträgt die Pausenzeit mindestens 45 Minuten. Die Ruhepausen können in Zeitabschnitte von jeweils

[521] Welkoborsky, in: BeckOK TVöD, § 6 TVöD-AT Rn. 5.
[522] BAG 28.07.1992 – 6 AZR 478/90.

15 Minuten aufgeteilt werden (§ 4 Satz 2 ArbZG). § 4 Satz 3 ArbZG schreibt vor, dass Arbeitnehmer länger als sechs Stunden hintereinander nicht ohne Pausen beschäftigt werden dürfen.

Pausen müssen vom Arbeitgeber grundsätzlich nach der Uhrzeit festgelegt werden, sofern die genaue Festlegung nicht zulässigerweise der Absprache zwischen den beteiligten Beschäftigten überlassen ist.

Weiterhin hat der Arbeitgeber den Dienstbetrieb so zu organisieren, dass eine Pause genommen werden kann.[523] Erfüllt der Arbeitgeber den Pausenanspruch des Beschäftigten nicht, so hat er in dieser Zeit die Vergütung fortzuzahlen. Da es sich um Überstunden handelt, fallen auch die entsprechenden Zeitzuschläge an,[524] sofern kein rechtzeitiger Freizeitausgleich erfolgt.

Bei der Wechselschicht zählen Pausen hingegen zur Arbeitszeit, § 6 I 2 TVöD. Das bedeutet, dass Pausen in die regelmäßige Wochenarbeitszeit von 39 Stunden eingerechnet werden; das Entgelt verändert sich hierdurch nicht.

Beispiel: Bei einer 5-Tage-Woche müssen mindestens 2,5 Stunden Pause in die regelmäßige Wochenarbeitszeit eingerechnet werden (§ 4 ArbZG schreibt 30 Minuten Ruhepause bei einer Arbeitszeit von mehr als sechs bis zu neun Stunden vor).

Zeitlich unterhalb von 15 Minuten liegende kurze Unterbrechungen der Arbeitsleistung gelten als Arbeitszeit. Teilweise sind solche Unterbrechungen durch einschlägige Regelungen vorgegeben. Vgl. zB Richtlinie über die Arbeitsbedingungen von Beschäftigten an Bildschirmgeräten:[525] 50 Minuten Arbeit am Bildschirmgerät mit 10 Minuten Pause werde als 60 Minuten Arbeitszeit gerechnet. Die Bildschirmarbeitsverordnung definiert einen Bildschirm als Gerät „zur Darstellung alphanumerischer Zeichen oder zur Grafikdarstellung“. Wie die Darstellung erfolgt, spielt dabei keine Rolle. Ob LCD-, Plasma- oder OLED-Monitor, sie alle fallen unter die Bestimmungen der BildscharbV.

Pausenzeit als Arbeitszeit - EuGH 09.09.2021 - Rs. C-107/19 (XR / Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost): Art. 2 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist dahin auszulegen, dass die einem Arbeitnehmer während seiner täglichen Arbeitszeit gewährte Ruhepause, in der er, wenn nötig, binnen zwei Minuten einsatzbereit sein muss, als „Arbeitszeit“ im Sinne dieser Bestimmung einzustufen ist, wenn sich aus einer Gesamtwürdigung der relevanten Umstände ergibt, dass die dem Arbeitnehmer während dieser Ruhepause auferlegten Einschränkungen von solcher Art sind, dass sie objektiv gesehen ganz erheblich seine Möglichkeit beschränken, die Zeit, in der seine beruflichen Leistungen nicht in Anspruch genommen werden, frei zu gestalten und sie seinen eigenen Interessen zu widmen.

Höchstarbeitszeit bei mehreren Arbeitsverträgen - EuGH, Urteil vom 17.3.2021 – Rs. C-585/19, PM 41/21: Hat ein Arbeitnehmer mit demselben Arbeitgeber mehrere Arbeitsverträge geschlossen, gilt die tägliche Mindestruhezeit für die Verträge zusammengenommen und nicht für jeden Vertrag für sich genommen. Die Arbeitszeitrichtlinie definiert den Begriff „Arbeitszeit“ als jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit „jedem Arbeitnehmer“ pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird. Die Anforderung der Arbeitszeitrichtlinie, dass jedem Arbeitnehmer täglich mindestens elf zusammenhängende Ruhestunden

[523] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 6 TVöD Rn 3a.
[524] BAG 28.07.1992 – 6 AZR 478/90.
[525] Im Dezember 2016 hat das Bundesarbeitsministerium (BMAS) die Novellierung der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) durchgesetzt. Daraus folgt, dass die bis dahin bestehende Bildschirmarbeitsverordnung als alleinige Verordnung außer Kraft tritt und in die ArbStättV eingefügt wird.

gewährt werden, kann jedoch nicht erfüllt werden, wenn diese Ruhezeiten für jeden Vertrag zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber getrennt geprüft werden.

6. **Arbeitszeit an Vorfesttagen**

Nach 6 III 1 TVöD sollen die Beschäftigten am 24. und am 31. Dezember, soweit es die dienstlichen Verhältnisse zulassen, von der Arbeit freigestellt werden. Das Entgelt wird für die Dauer der Freistellung nach § 21 TVöD fortgezahlt. Ist eine Freistellung nicht möglich, muss ein entsprechender Freizeitausgleich binnen drei Monaten – Fristbeginn ist jeweils der 24. und der 31. Dezember – gewährt werden (§ 6 III 2 TVöD).

7. **Feiertagsregelung bei dienstplanmäßiger Arbeit**

§ 6 III 3 TVöD enthält eine Feiertagsregelung bei dienstplanmäßiger Arbeit. In Verbindung mit der Protokollerklärung soll die Tarifnorm sicherstellen, dass bei Arbeit nach einem Dienstplan nicht die Beschäftigten nacharbeiten müssen, die an einem gesetzlichen Feiertag, der auf einen Werktag fällt, dienstplanmäßig frei haben.

Beispiel: Die Arbeit ist dienstplanmäßig organisiert. Ein gesetzlicher Feiertag fällt auf einen Werktag (zB Pfingstmontag) und die Arbeit ruht. Beschäftigte, die an diesem Pfingstmontag dienstplanmäßig zur Arbeit eingeteilt sind, erhalten Entgeltfortzahlung nach § 2 EFZG, die dienstplanmäßigen Stunden werden gutgeschrieben. Für Beschäftigte, die an diesem Pfingstmontag dienstplanmäßig frei haben, würde ohne die Tarifregelung keine Zeitgutschrift erfolgen, sie müssten „nacharbeiten".

8. **Beginn und Ende der Arbeitszeit**

a) **Allgemeines**

Anders als die Regelung in § 15 BAT definiert der Tarifvertrag nicht mehr die „Arbeitsstelle" als Ort, an dem die Arbeitszeit beginnt und endet. Auf den Unterschied zwischen Arbeitsplatz und Arbeitsstelle kommt es daher künftig nicht mehr an. Die Beschäftigten haben also ihre Arbeit am Arbeitsplatz aufzunehmen, worunter das Gebäude, die Abteilung, die Werkstatt oder der Schreibtisch bzw. das Büro zu verstehen ist, in der sich der Arbeitsplatz befindet.[526] Deshalb ist von dem allgemeinen arbeitszeitrechtlichen Grundsatz auszugehen: Beginn und Ende der Arbeitszeit richten sich nach der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit. Im Regelfall **beginnt daher die Arbeitszeit** an sich mit der Aufnahme der Tätigkeit am **Arbeitsplatz**.

In der Praxis wird die Arbeitszeit in der Regel vorverlegt sein, speziell auf das **Betätigen von Zeiterfassungsgeräten**, die sich vielfach im Eingangsbereich der Dienststellen befinden. Diese Vorverlagerung erfolgt dann wohl auf Grundlage einer *betrieblichen Übung* bzw. angepasster Dienst- bzw. Betriebsvereinbarungen.[527]

Der **Zeitpunkt der Beendigung** richtet sich dann nach den gleichen Kriterien, die für den Beginn der Arbeitszeit relevant sind: Entweder tritt jener Zeitpunkt ein mit Einstellung der Tätigkeit am Arbeitsplatz oder erst mit Betätigung der Zeiterfassungsgeräte, wo immer diese platziert sind.[528]

Problematisch war schon immer, wie arbeitszeitrechtlich mit vor- und nachbereitenden Tätigkeiten, Wege- und Reisezeiten und Zeiten verminderter Arbeitsleistung umzugehen ist.

Hinweis: § 44 II TVöD BT-Verwaltung enthält eine **Regelung zu Reisezeiten**. Danach gilt bei Dienstreisen nur die Zeit der dienstlichen Inanspruchnahme am auswertigen Geschäftsort als Arbeitszeit (Satz 1). Für jeden Tag einschließlich der Reisetage

[526] Welkoborsky, in: BeckOK TVöD, § 6 TVöD-AT Rn. 50.
[527] Conze/Karb/Wölk, Stichwort (Regelmäßige) Arbeitszeit Rn. 592.
[528] Conze/Karb/Wölk, Stichwort (Regelmäßige) Arbeitszeit Rn. 593.

wird jedoch mindestens die auf ihn entfallende regelmäßige, durchschnittliche oder dienstplanmäßige Arbeitszeit berücksichtig, wenn diese bei Nichtberücksichtigung der Reisezeit nicht erreicht würde (Satz 2).

Mit Rundschreiben vom 19. Februar 2021 wird die verbesserte Anrechnung von Dienstreisezeiten, die über die regelmäßige tägliche Arbeitszeit hinausgehen, entsprechend der neu gefassten Regelung in § 11 III AZV übertariflich auch für Tarifbeschäftigte ermöglicht.

§ 11 III AZV wird mit Wirkung vom 1. März 2021 neu gefasst und regelt zukünftig, inwieweit bei Dienstreisen, die über die regelmäßige tägliche Arbeitszeit hinausgehen, die nach § 11 I 4 AZV nicht berücksichtigungsfähigen Reisezeiten als Zeitguthaben angerechnet werden. Bei Dienstreisen, die über die regelmäßige tägliche Arbeitszeit hinausgehen, ist künftig ein Freizeitausgleich in Höhe von einem Drittel der nicht anrechenbaren Reisezeiten zu gewähren. Dies gilt auch für Reisezeiten an Sonnabenden, Sonntagen oder gesetzlichen Feiertagen. Bei Gleitzeit wird ein Drittel dieser nicht anrechenbaren Reisezeit dem Gleitzeitkonto gutgeschrieben. Wird die Dienstreise von der Wohnung angetreten oder an der Wohnung beendet, darf höchstens die Reisezeit berücksichtigt werden, die bei einer Abreise von oder der Ankunft an der Dienststätte angefallen wäre. Reisezeiten können nicht als Mehrarbeit angerechnet werden. Zudem entfällt das Erfordernis, einen Antrag auf Anrechnung der Reisezeiten nach § 11 III AZV als Zeitguthaben zu stellen. Die Beamtinnen und Beamten müssen die Reisezeiten jedoch anzeigen, zum Beispiel indem sie diese in ein Zeiterfassungssystem eintragen, damit diese erfasst werden können.

Nach dem Rundschreiben kann ab dem 1. März 2021 bei Dienstreisen, die über die regelmäßige tägliche Arbeitszeit hinausgehen, über die in der Tarifnorm des § 44 II TVöD-BT-V vorgesehene Anrechnung von Reisezeiten hinaus entsprechend § 11 III AZV verfahren werden.

Rundschreiben vom 19. Februar 2021 (Az. D5-31006/8#1): Anrechnung von Reisezeiten bei Dienstreisen.

b) **Beteiligung der Beschäftigtenvertretung und sonstiger Vertretungen**

Der Betriebs- bzw. Personalrat hat über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen (vgl. § 87 I Nr. 2 BetrVG, § 80 I Nr. 1 BPersVG). Dies gilt jedoch nur im Rahmen der gesetzlichen oder tariflichen Regelungen. Die Mitbestimmung über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit erfasst auch die Dauer der täglichen Arbeitszeit. Nicht mitzubestimmen hat der Personalrat über die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. Diese ist gesetzlich in § 3 ArbZG bzw. tarifvertraglich in § 6 TVöD vorgegeben.

Die Gleichstellungsbeauftragte ist vor geplanten Arbeitszeitregelungen rechtzeitig zu informieren ebenso wie die Schwerbehindertenvertretung.

9. **Verpflichtung zur Sonderform der Arbeit**

Eine Verpflichtung zur Leistung von Sonderformen der Arbeit (zu den Definitionen vgl. § 7 TVöD) enthält § 6 V TVöD.

a) **Vollzeitbeschäftigte**

Vollzeitbeschäftigte sind verpflichtet, im Rahmen begründeter betrieblicher/dienstlicher Notwendigkeiten Sonn- und Feiertags-, Nacht-, Wechselschicht- und Schichtarbeit sowie Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft und **Überstunden** zu leisten. Die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers ist auf begründete dienstliche Notwendigkeiten beschränkt. Diese werden bereits dann vorliegen, wenn die Organisation der Dienststelle Sonderformen der Arbeit erfordert.

Beispiel: Wochenendrufbereitschaft im Pressereferat.

b) **Teilzeitbeschäftigte**

Teilzeitbeschäftigte sind im Rahmen begründeter betrieblicher/dienstlicher Notwendigkeiten zur Leistung von Sonn- und Feiertags-, Nacht-, Wechselschicht- und Schichtarbeit verpflichtet. Eine Verpflichtung zur Leistung von Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft und **Mehrarbeit** besteht nur bei arbeitsvertraglicher Vereinbarung oder individueller Zustimmung. Bei jeder Anordnung von Sonderformen der Arbeit sind bei Teilzeitbeschäftigten mit Familienpflichten – unabhängig von einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung oder Zustimmung – die Bestimmungen des Bundesgleichstellungsgesetzes zur Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu beachten.

10. **Öffnungsklausel des ArbZG**

§ 6 IV TVöD eröffnet die Möglichkeit, durch Betriebs-/Dienstvereinbarung von den Öffnungsklauseln des Arbeitszeitgesetzes Gebrauch zu machen. Das ArbZG regelt ua die Höchstgrenzen der Arbeitszeit, Mindestdauer der Pausen und Ruhezeiten sowie die Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen. In den § 7 und § 12 ArbZG sind Abweichungen von den Grundregelungen zugelassen.

Voraussetzung für eine Betriebs-/Dienstvereinbarung nach § 6 IV TVöD sind „dringende dienstliche Gründe“. Diese können sowohl unvorhergesehene Ereignisse sein, die einen besonderen Arbeitsaufwand erfordern, ohne die Dringlichkeit des § 14 ArbZG zu erreichen (§ 14 ArbZG: außergewöhnliche Fälle), als auch unabweisbare organisatorische Notwendigkeiten, die einer sinnvollen Arbeitszeitgestaltung ohne Inanspruchnahme der Öffnungsklausel entgegenstehen.[529]

11. **Arbeitszeitkorridor und Rahmenzeit**

Arbeitszeitkorridor und Rahmenzeit sind neue Arbeitszeitinstrumente des TVöD, die ein zusätzliches Arbeitszeitvolumen ohne Zeitzuschläge für Überstunden eröffnen. Voraussetzung ist der Abschluss entsprechender Betriebs-/Dienstvereinbarungen. Wird durch eine Betriebs-/Dienstvereinbarung eine Rahmenzeit oder ein Arbeitszeitkorridor eingeführt, muss auch ein Arbeitszeitkonto gemäß § 10 I 3 TVöD eingerichtet werden.

Hinweis: Die Rahmenzeit im Sinne des TVöD ist nicht mit einem Gleitzeitrahmen als Bestandteil eines Arbeitszeitmodells über gleitende Arbeitszeiten gleichzusetzen.[530]

a) **Arbeitszeitkorridor**

Nach **§ 6 VI TVöD** kann ein wöchentlicher Arbeitszeitkorridor von bis zu 45 Stunden eingerichtet werden.

Durch Einrichtung eines Arbeitszeitkorridors wird die Wochenarbeitszeit vorübergehend verlängert und an den Arbeitsaufwand angepasst. Somit erhöht sich hierdurch die im vorgesehenen Zeitraum zu leistende Arbeitszeit. Grundsätzlich beschränkt sich die Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit im Rahmen der Korridorbildung auf ein Jahr (nicht Kalenderjahr).

Ein Zeitzuschlag für Überstunden kann nur für außerhalb des vereinbarten Arbeitszeitkorridors angeordnete Arbeitsstunden entstehen (vgl. § 7 VIII Buchst. a) TVöD). Abhängig von der Festlegung in der Dienstvereinbarung bleiben bis zu 45 Wochenstunden – und damit bis zu sechs zusätzlichen Arbeitsstunden wöchentlich – zuschlagsfrei. Innerhalb des Arbeitszeitkorridors steht dem Arbeitgeber das volle Direktionsrecht zu. Im Vergleich zur Gleitzeit ist es dem Beschäftigten nicht überlassen, wann er innerhalb des Arbeitszeitkorridors die Arbeit erbringt. Die innerhalb des Arbeitszeitkorridors angeordneten zusätzlichen Arbeitsstunden können innerhalb des allgemeinen Ausgleichzeitraums (§ 6 II 1 TVöD [bis zu einem Jahr]), durch Freizeit ausgeglichen werden. Zuschlagspflichtige Überstunden können also nur entstehen, wenn der die festgelegten Grenzen überschritten werden (vgl. § 7 VIII Buchst. a) TVöD).

[529] Rundschreiben vom 22.12.2005 Anmerkung zu § 6 – Regelmäßige Arbeitszeit unter Ziffer 6.
[530] Rundschreiben vom 22.12.2005 Anmerkung zu § 6 – Regelmäßige Arbeitszeit unter Ziffer 7.

Innerhalb des Zeitraums (1 Jahr) könnte demnach die regelmäßige Arbeitszeit so strukturiert werden, dass der Beschäftigte in Zeiten erhöhten Arbeitsbedarfs – im Bereich des Bundes länger als 39 Stunden – kostenneutral arbeiten würde, um danach über entsprechende Freistellung von der Arbeitsleistung im Laufe dieses Jahres wieder auf das durchschnittliche Arbeitszeitmaß von 39 Stunden zu kommen.

Beispiel: In den Arbeitswochen der Monate November bis April muss bei bestimmten Arbeitgebern wöchentlich regelmäßig 45 Stunden gearbeitet werden. Folglich müsste in den verbleibenden 6 Monaten – Mai bis Oktober – des mit dem 1. November beginnenden „Korridorjahres" wöchentlich lediglich 33 Stunden im Rahmen der wöchentlichen Arbeitszeit gearbeitet werden. Während der Mehrleistung entsteht kein zusätzlicher, während der Minderleistung kein abgesenkter Entgeltanspruch.

Finanzieller Ausgleich: Für Arbeitsstunden, die keine Überstunden sind und die aus betrieblichen/dienstlichen Gründen nicht innerhalb des nach § 6 II 1 oder 2 TVöD festgelegten Zeitraums mit Freizeit ausgeglichen werden, erhält die/der Beschäftigte je Stunde 100 v. H. des auf eine Stunde entfallenden Anteils des Tabellenentgelts der jeweiligen Entgeltgruppe und Stufe (§ 8 II TVöD).

b) **Rahmenzeit**

Nach **§ 6 VII TVöD** kann in der Zeit von 6 bis 20 Uhr eine tägliche Rahmenzeit von bis zu zwölf Stunden eingeführt werden. Mit der Rahmenzeit können spontane Anpassungen von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit an die Notwendigkeit der Arbeitsabläufe vorgenommen werden. Im Vergleich zum Arbeitszeitkorridor wird nicht ein wöchentlicher, sondern ein täglicher Rahmen festgelegt. Innerhalb der Rahmenzeit geleistete Arbeitsstunden sind keine Überstunden. Diese Zeiten gelten als Zeitguthaben, die innerhalb des festgelegte Ausgleichzeitraums auszugleichen sind.

Innerhalb dieser Zeitspanne bleibt die Anordnung zusätzlicher Arbeitsstunden (über die regelmäßige Wochenarbeitszeit hinaus) zuschlagsfrei. Zuschlagspflichtige Überstunden können also nur entstehen, wenn die festgelegten Grenzen überschritten werden (vgl. § 7 VIII Buchst. b) TVöD). Die zusätzlichen Arbeitsstunden innerhalb der Rahmenzeit können innerhalb des allgemeinen Ausgleichzeitraums (§ 6 II 1 TVöD [bis zu einem Jahr]) durch Freizeit ausgeglichen werden (§ 8 II TVöD). Zuschlagspflichtige Überstunden können nur auf Anordnung des Arbeitgebers und außerhalb der Rahmenzeit entstehen. Dies gilt auch für Arbeitsstunden, die über die Wochenarbeitszeit von 39 Stunden hinausgehen.

Können die Arbeitsstunden, nicht innerhalb festgelegten Zeitraums mit Freizeit (§ 6 II TVöD) ausgeglichen werden, erhält die/der Beschäftigte ebenfalls je Stunde 100 v. H. des auf eine Stunde entfallenden Anteils des Tabellenentgelts der jeweiligen Entgeltgruppe und Stufe (§ 8 II TVöD).

Beachte: Da der genannte Zeitraum zwischen 6-20 Uhr 14 Stunden beträgt, die Rahmenzeit nach dem Wortlaut der Norm auf 12 Stunden begrenzt ist, kann nicht die gesamte Zeitspanne zwischen 6-20 Uhr durchgehend genutzt werden. Die Rahmenzeit kann danach frühestens um 6 Uhr beginnen und muss spätestens um 18 Uhr beendet sein. Soll Arbeitsleistung bis 20 Uhr abgerufen werden, die Arbeitszeit entsprechend später beginnen.

Beispiel: Die vereinbarte Rahmenzeit eines oder mehrerer Beschäftigter soll innerhalb der Eckzeiten 6-20 Uhr (Montag bis Donnerstag) und 7-17 Uhr (Freitag) täglich 10 Stunden innerhalb der 5 Tage Woche betragen. Es ergibt sich somit für die Woche insgesamt ein Zeitumfang von 50 x 10 Stunden = 50 Arbeitsstunden. Bis zu dem zeitlichen Gesamtumfang von 50 Stunden entstehen in der Rahmenzeit keine Überstunden. Arbeitstäglich darf die arbeitsbezogene Inanspruchnahme entsprechend § 3 ArbZG 10 Stunden nicht überschreiten.

Hinweis: Die regelmäßige Wochenarbeitszeit von durchschnittlich 39 Stunden wird durch Rahmenzeit / Arbeitszeitkorridor nicht verlängert. Werden zusätzliche Arbeitsstunden außerhalb von Rahmenzeit / Arbeitszeitkorridor angeordnet, so werden sie nach

den allgemeinen Regelungen (Ausgleichszeitraum 2 Kalenderwochen) zuschlagspflichtig. Innerhalb einer Dienststelle können beide Modelle eingerichtet werden, auf das einzelne Arbeitsverhältnis kann jedoch nur jeweils ein Modell zur Anwendung kommen. Bei Schicht- und Wechselschichtarbeit ist die Vereinbarung eines Arbeitszeitkorridors bzw. einer Rahmenzeit nicht zulässig.[531]

Beachte: Bei der Vereinbarung von Rahmenzeit und Arbeitszeitkorridor sind in den Dienstvereinbarungen die erforderlichen Vorschriften zur Errichtung von Arbeitszeitkonten nach § 10 TVöD zu vereinbaren.

12. **Gleitzeit**

Auch wenn TVöD/TV-L neue Arbeitszeitinstrumente wie Rahmenzeit und Arbeitszeitkorridor eingeführt haben, macht die Protokollerklärung zu § 6 TVöD/TV-L deutlich, dass Gleitzeitregelungen unabhängig davon weiterhin zulässig sind. In fast allen Verwaltungen existieren heute – auf Grundlage von Betriebs-/Dienstvereinbarungen – Gleitzeitregelungen.

Beispiel: Dienstvereinbarung zur Gestaltung der gleitenden Arbeitszeit an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl (Zentralbereich und FB AIV) vom 1. August 2011.

Unter einer gleitenden Arbeitszeit wird die Einteilung der regulären Wochenarbeitszeit in eine Kernzeit (Pflichtzeit)[532] und eine Gleitzeit (variabler/s Arbeitsbeginn/-ende) verstanden. Während der Kernzeit, die sich jede Organisationseinheit grundsätzlich bedarfsgerecht zuschneiden kann, besteht für alle Beschäftigten Arbeits- und Präsenzpflicht. Gleitzeit ist der Zeitraum, in dem die Beschäftigten den individuellen Arbeitsbeginn und das Ende unter Beachtung des Dienstbetriebs frei wählen können.

Definition: Gleitzeit ist die Arbeitszeit, bei der Beschäftigte Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit in gewissen Grenzen selbst bestimmen können (vgl. § 2 Nr. 5 AZV).

Es wird ein **Gleitzeitkonto** geführt, auf dem die Plus- und Minusstunden dokumentiert sind. Innerhalb der Gleitzeit können Zeitgutschriften (auch Defizite) angehäuft werden, die in den nächsten Berechnungszeiträumen (zB ein Monat) übertagen werden und gegebenenfalls auszugleichen sind. Es besteht zudem die Möglichkeit, Zeitguthaben auch auf Zeitkonten zu übertragen (§ 10 TVöD).[533]

Bei Arbeitsunterbrechungen durch Urlaub, Krankheit usw. ist zur Arbeitszeitanrechnung die für die jeweiligen Tage geltende Regelarbeitszeit (dienstplanmäßige Arbeitszeit) zugrunde zu legen.

Wie folgend beispielhaft dargestellt, ist die Gleitzeit allgemein nach Gleit- und Kernzeit strukturiert und unterliegt allgemein der elektronischen Erfassung zum Zwecke des Nachweises ihrer Erfüllung.

---

[531] Rundschreiben vom 22.12.2005 Anmerkung zu § 6 – Regelmäßige Arbeitszeit unter Ziffer 7.2.

[532] Definition: Kernzeit ist der Teil der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit, in dem grundsätzlich alle Beschäftigten in der Dienststelle anwesend sind (§ 2 Nr. 6 AZV).

[533] § 6 Gleitzeitkonto DV gleitende Arbeitszeit HS Bund:
Absatz 1: Abrechnungszeitraum ist das Kalenderjahr.
Absatz 2: Das maximale Zeitguthaben darf bei Vollzeitbeschäftigten 80 Stunden zum Monatsende betragen. Der Fehlbetrag darf 40 Stunden zum Ende des Monats bei Vollzeitbeschäftigten nicht überschreiten. Bei Teilzeitbeschäftigten sind anteilige Werte zu berechnen.
Absatz 3: Guthaben oder Fehlbeträge der regelmäßigen Arbeitszeit dürfen von Vollzeitbeschäftigten bis zu 40 Stunden – von Teilzeitbeschäftigten anteilig – in das folgende Kalenderjahr übernommen werden. Darüber hinaus angesammelte Plusstunden verfallen ersatzlos.
Absatz 4: Angesammelte Stunden können nach vorheriger Absprache mit der Leitung der Organisationseinheit durch Inanspruchnahme von Gleittagen abgebaut werden. Innerhalb eines Abrechnungszeitraumes können 24 Gleittage in Anspruch genommen werden.

Beispiel: Gleitende Arbeitszeit	
Wochenarbeitszeit	
von 07:00 - 18:00 Uhr	Montag - Donnerstag
07:00 - 16:00 Uhr	Freitag
Gleitzeit	
von 07:00 - 09:00 Uhr; von 15:00 - 18:00 Uhr	Montag - Donnerstag
07:00 - 09:00 Uhr; von 14:00 - 16:00 Uhr	Freitag
Kernzeit	
von 09:00 -15:00 Uhr	Montag - Donnerstag
09:00 - 14:00 Uhr	Freitag
Dienstplanmäßige Arbeitszeit	
8 1/2 Std.	Montag - Donnerstag
5 Std.	Freitag

Hat der Beschäftigte beispielsweise von Montag bis Freitag Urlaub, werden ihm für die Tage von Montag - Donnerstag jeweils 8 1/2 Std. und freitags 5 Std. als Arbeitszeit angerechnet. Damit wären die vorgesehenen Arbeitsstunden im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit - 39 Std. -erfüllt; im Tarifbereich Ost für Länder und VKA umfasst diese 40 Stunden, diese könnten dadurch erreicht werden, dass freitags 6 Std. als dienstplanmäßige Arbeitszeit eingesetzt würden. Ohne die Festlegung der dienstplanmäßigen Arbeitszeit wäre eine zeitliche Erfassung dieser Ausfallwoche bzw. lediglich einzelner Ausfalltage nicht möglich.

Zunehmend setzten sich auch Regelungen durch, bei denen es unter Verzicht auf die Kernzeit sog. **Funktions- und Servicezeiten** gibt. Funktionszeit ist der Teil der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit, in dem der Dienstbetrieb durch Absprache der Beschäftigten sichergestellt wird (vgl. § 2 Nr. 7 AZV). Speziell solche Regelungen sind besonders geeignet, das Entstehen von Überstunden und damit die Auszahlung von Überstundenzeitzuschlägen zu vermeiden.

II. **Sonderformen der Arbeit (§ 7 TVöD)**

1. **Allgemeines**

§ 7 TVöD regelt die Sonderformen der Arbeit und damit alles, was außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit nach § 6 I TVöD geleistet wird bzw. zu leisten ist. Dazu gehören Wechselschicht- und Schichtarbeit, Rufbereitschaftsdienst, Bereitschaftsdienst, Nachtarbeit, **Mehrarbeit** (der Teilzeitbeschäftigten) und **Überstunden** (der Vollzeitbeschäftigten). Die Definitionen gelten für alle Bereiche des TVöD. Für Büroarbeitsplätze wird idR eine gleitende Arbeitszeit eingerichtet, so dass jeder Beschäftigte mit seinem Vollzeit- oder Teilzeitkontingent haushalten kann. An Feiertagen besteht für diese Beschäftigten keine Arbeitspflicht, so

dass weder Überstunden noch Feiertagsarbeit zu Vergütungsfragen führen. Die Mehrzahl der problematischen Praxisfälle stammt deshalb aus dem Bereich der Schicht- und Wechselschichtarbeit.[534]

2. **Bereitschaftsdienst**

Nach § 6 V TVöD sind Beschäftigte zur Leistung von Bereitschaftsdienst verpflichtet. Für Teilzeitbeschäftigte kann sich diese Verpflichtung *nur* aus ihrem Arbeitsvertrag oder auf Grund ihrer Zustimmung ergeben. Der Arbeitgeber kann Bereitschaftsdienste auf Grund seines Direktionsrechts anordnen.[535] Einen Anspruch von einzelnen Beschäftigten auf Leistung von Bereitschaftsdienst besteht nicht. Das Entgelt für Bereitschaftsdienst wird nach § 8 IV TVöD für den Bund in einem gesonderten Tarifvertrag geregelt.

Bereitschaftsdienst liegt vor, wenn sich der Beschäftigte außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufhält, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen.

Dies ist der Hauptunterschied zu Bereitschaftszeiten gem. § 9 TVöD. Bereitschaftszeiten nach § 9 TVöD liegen immer innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit. Außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit bedeutet bei Teilzeitbeschäftigten außerhalb der individuell vereinbarten Arbeitszeit. Dem Beschäftigten wird damit eine Aufenthaltsbeschränkung während der Ableistung von Bereitschaftsdienst auferlegt. Im Regelfall muss sich der Beschäftigte innerhalb der Räumlichkeiten des Arbeitgebers aufhalten.[536] Nach dem Arbeitszeitgesetz zählt Bereitschaftsdienst im arbeitsschutzrechtlichen Sinne dennoch voll zur Arbeitszeit und ist keine Ruhezeit. Es wird auch keine Unterscheidung in aktive und inaktive Zeit während des Bereitschaftsdienstes vorgenommen.[537] Beginn und Ende des Bereitschaftsdienstes bestimmen sich nach dem Zeitpunkt, an dem die Verpflichtung des Beschäftigten beginnt, sich an einer bestimmten Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen und nach dem Zeitpunkt, an dem diese Verpflichtung entfällt. Arbeitet ein Beschäftigter über diesen Zeitpunkt hinaus, bedeutet dies keine Verlängerung des Bereitschaftsdienstes. Es kann sich jedoch um angeordnete Mehrarbeit handeln, die zu einer Überstunde führen kann.[538]

3. **Rufbereitschaft**

Nach § 6 V TVöD sind Beschäftigte zur Leistung von Rufbereitschaftsdienst verpflichtet. Für Teilzeitbeschäftigte kann sich diese Verpflichtung *nur* aus ihrem Arbeitsvertrag oder auf Grund ihrer Zustimmung ergeben. Der Arbeitgeber kann Rufbereitschaftsdienste auf Grund seines Direktionsrechts anordnen. Die Bezahlung der Rufbereitschaft regelt § 8 III TVöD. Neben Rufbereitschaftsdienstpauschalen werden die tatsächlichen Arbeitseinsätze wie bei einer Überstunde vergütet. Die Arbeitsleistung während der Rufbereitschaft wird dadurch jedoch nicht selbst zu einer Überstunde. Rufbereitschaft wird vom Beschäftigten geleistet, wenn er sich außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer dem Arbeitgeber anzuzeigenden Stelle aufhält, um auf Abruf die Arbeit aufzunehmen. Außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit bedeutet bei Teilzeitbeschäftigten außerhalb der individuell vereinbarten Arbeitszeit. Der Arbeitgeber kann und darf somit den Aufenthaltsort des Beschäftigten *nicht* bestimmen. Der Beschäftigte hat diesen dem Arbeitgeber lediglich anzuzeigen. Dies ist der Hauptunterschied zum Bereitschaftsdienst. Gleichzeitig muss der Beschäftigte jedoch auch körperlich und geistig in der Lage bleiben, die auf Abruf verlangte Arbeitsleistung erbringen zu können. Die lediglich Erreichbarkeit ist somit nicht ausreichend. Rufbereitschaft zählt zur Ruhezeit. Sie ist keine Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne. Lediglich die Arbeit, die während der Rufbereitschaft auf Abruf erledigt wird, ist Arbeitszeit.[539] Der Rufbereitschaftsdienst beginnt zu dem Zeitpunkt an dem der Beschäftigte verpflichtet

[534] Dazu Günther, öAT 2015, 133, 134 ff.
[535] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 12.
[536] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 13.
[537] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 14 mwN der Rspr. des EuGH.
[538] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 17.
[539] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 19.

ist, auf Abruf die Arbeit aufzunehmen und endet, wenn diese Verpflichtung entfällt. Damit ist zugleich die Zahl der Rufbereitschaften festgestellt.

Rufbereitschaft als Arbeitszeit – EuGH, Urteil vom 9.3.2021 – Rs. C-344/19 und C-580/19, PM 35/21: Eine Bereitschaftszeit in Form von Rufbereitschaft stellt nur dann in vollem Umfang Arbeitszeit dar, wenn die dem Arbeitnehmer auferlegten Einschränkungen seine Möglichkeit, während dieser Zeit seine Freizeit zu gestalten, ganz erheblich beeinträchtigen. Organisatorische Schwierigkeiten, die eine Bereitschaftszeit infolge natürlicher Gegebenheiten oder der freien Entscheidung des Arbeitnehmers für ihn mit sich bringen kann, sind unerheblich.

4. **Bereitschaftszeit**

a) **Allgemeines zur Bereitschaftszeit**

Die Bereitschaftszeiten gem. § 9 TVöD knüpfen in Anlehnung an die bereits aus dem BAT/-O bekannten Regelungen zur Arbeitsbereitschaft an, um einen kostenneutralen Übergang zum TVöD zu gewährleisten.

Nach **§ 9 I 1 TVöD** sind Bereitschaftszeiten die Zeiten, in denen sich der Beschäftigte am Arbeitsplatz oder einer anderen vom Arbeitgeber bestimmten Stelle zur Verfügung halten muss, um im Bedarfsfall die Arbeit selbständig, ggf. auch auf Anordnung, aufzunehmen und in denen die Zeiten ohne Arbeitsleistung überwiegen. Im Bereich des Bundes gilt § 9 I TVöD für Beschäftigte, in deren Tätigkeit regelmäßig und in nicht unerheblichem Umfang Bereitschaftszeiten fallen, wenn betrieblich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit unter Einschluss der Bereitschaftszeiten für diese Beschäftigtengruppen festgelegt wurde (§ 9 III TVöD).

In systematischer Sicht ist zunächst eine Trennung zwischen der *regelmäßigen Arbeitszeit* und der *nicht regelmäßigen Arbeitszeit* durchzuführen. Die **Bereitschaftszeit** konkretisiert die **regelmäßige Arbeitszeit** gem. § 6 I 1 TVöD und betrifft damit vorrangig die Arbeits- bzw. Leistungserbringung durch den Beschäftigten in zeitlicher Sicht. Da während der Bereitschaftszeit der Beschäftigte zeitlich überwiegend *keine Arbeitsleistung* erbringt, wird folglich auch nur die **Hälfte der Bereitschaftszeiten** auf die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit angerechnet, dh faktorisiert (§ 9 I 2 Buchst. a) TVöD). Daher muss der Beschäftigte, ohne dass er hierfür mehr arbeiten muss, dem Arbeitgeber unter Beibehaltung des vereinbarten monatlichen Entgelts mehr Arbeits- bzw. Anwesenheitszeit zur Verfügung stellen.[540]

Von der Faktorisierung abzugrenzen ist die Frage nach den im Arbeitszeitgesetz bestimmten **arbeitsschutzrechtlichen Höchstarbeitszeitgrenzen**, insbesondere die Einhaltung der unionsrechtlich vorgegebenen durchschnittlichen 48-Stunden-Woche, welche auch für die Bereitschaftszeiten in § 9 TVöD als tarifliche Höchstgrenze normiert sind. So darf nach § 9 I 2 Buchst. c) TVöD die Summe der faktorisierten Arbeitszeit und der Vollarbeitszeit die Arbeitszeit nach § 6 I TVöD nicht überschreiten. Daher sind Bereitschaftszeiten im arbeitsschutzrechtlichen Sinne als Arbeitszeit anzusehen.[541]

Die Bereitschaftszeiten sind von anderen Sonderformen der Arbeit gem. § 7 TVöD abzugrenzen, insbes. dem Bereitschaftsdienst und der Rufbereitschaft, welche *außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit* liegen und gesondert bezahlt werden. Die Bereitschaftszeiten werden hingen innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit erbracht.

Bedeutung des Begriffs „Arbeitszeit" für Bereitschaftszeit in Form von Rufbereitschaft – EuGH 11.11.2021 – Rs. C-214/20: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=249067&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1Art. 2 Nr. 1 der RL 2003/88/EG ist dahin auszulegen, dass Bereitschaftszeit, die ein Reserve-Feuerwehrmann in Form von Rufbereitschaft leistet und während deren dieser Arbeitnehmer mit Genehmigung seines Arbeitgebers eine

[540] Sickert, in: BeckOK TVöD, § 8 TVöD-AT Einl.
[541] Sickert, in: BeckOK TVöD, § 8 TVöD-AT Einl.

selbständige berufliche Tätigkeit ausübt, aber im Fall eines Notrufs innerhalb einer maximalen Frist von zehn Minuten seine Dienstwache erreichen muss, keine „Arbeitszeit“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt, wenn eine Gesamtbeurteilung aller Umstände des Einzelfalls – insbesondere des Umfangs und der Modalitäten dieser Möglichkeit, eine andere berufliche Tätigkeit auszuüben, sowie des Umstands, dass er nicht verpflichtet ist, an allen von seiner Dienstwache aus durchgeführten Einsätzen teilzunehmen – ergibt, dass die dem Arbeitnehmer während der Bereitschaftszeit auferlegten Einschränkungen nicht von solcher Art sind, dass sie seine Möglichkeit, während der Bereitschaftszeit die Zeit, in der seine beruflichen Leistungen als Feuerwehrmann nicht in Anspruch genommen werden, frei zu gestalten, objektiv ganz erheblich beeinträchtigen.

b) **Rechtsfolgen der Bereitschaftszeit**

aa) **Tarifliche Höchstarbeitszeit**

Die Höchstgrenze der Bereitschaftszeiten bestimmt sich aus den zwei normierten Grenzwerten, bestehend aus

- der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit § 6 I TVöD (Bund: 39 Stunden) und
- der arbeitsschutzrechtlichen Grenze von durchschnittlich 48 Wochenstunden.

Bei dem Anfall von Bereitschaftszeiten kann die Festlegung und Verteilung der verlängerten Arbeitszeit nach dem Wortlaut von § 9 I 2 Buchst. c) und d) TVöD nur so zu erfolgen, dass jeweils die Summe aus den faktorisierten Bereitschaftszeiten und der Vollarbeitszeit die durchschnittliche wöchentliche Regelarbeitszeit nach § 6 I TVöD sowie die Summe aus Vollarbeits- und Bereitschaftszeiten durchschnittlich 48 Stunden wöchentlich nicht überschritten wird. [542]

Beispiele Bund:

- 30 Stunden Vollarbeit + 18 Std. Bereitschaftszeit = 48 Stunden (verl. Arbeitszeit § 9 TVöD; ArbZG)
- 30 Stunden Vollarbeit + 9 Std. fakt. Bereitschaftszeit = 39 Stunden (regelmäßige Arbeitszeit § 6 TVöD)

Da es sich bei diesen Höchstgrenzen um tarifliche durchschnittliche Zeitgrenzen handelt, können diese bei Bedarf und entsprechendem Ausgleich auch über- bzw. unterschritten werden. Voraussetzung ist, dass die Grenzwerte, bezogen auf den Ausgleichszeitraum gem. § 6 II TVöD, eingehalten werden und das ArbZG beachtet wird.[543]

bb) **Entgelt und Zeitzuschläge**

Ein gesondertes Entgelt wird für die Bereitschaftszeiten nicht gezahlt.[544] Die Bereitschaftszeiten sind daher mit dem Tabellenentgelt nach Entgeltgruppe und Stufe gem. § 15 TVöD abgegolten.

Unberührt hiervon bleibt die Zahlung von ggf. anfallenden Zeitzuschlägen für die durch Bereitschaftszeit verlängerte Arbeitszeit nach § 8 I 2 TVöD, die diese neben dem Entgelt nach § 15 TVöD für die tatsächliche Arbeitsleistung erbracht werden. Außen vor bleiben Überstundenzuschläge nach § 8 I 2 Buchst. a) TVöD, da diese gem. § 7 VII TVöD nur außerhalb der Regelarbeitszeit anfallen können, die Bereitschaftszeiten betreffen aber die Regelarbeitszeit selbst.[545]

[542] Sickert, in: BeckOK TVöD, § 8 TVöD-AT Rn. 51 mit Bsp.
[543] Sickert, in: BeckOK TVöD, § 8 TVöD-AT Rn. 53.
[544] BAG 26.03.1998, AP BAT § 15 Nr. 39; Sickert, in: BeckOK TVöD, § 8 TVöD-AT Rn. 54.
[545] Sickert, in: BeckOK TVöD, § 8 TVöD-AT Rn. 54.

5. **Überstunden**

Im Folgenden soll auf die Praxis besonders relevante Formen der Überstundenregelung eingegangen werden. Die Verpflichtung des Beschäftigten zur Leistung von Überstunden bzw. Mehrarbeit ergibt sich aus § 6 V TVöD.

a) **Allgemeines**

Für Überstunden hat sich in der betrieblichen Praxis keine besondere Trennschärfe eingebürgert. Umgangssprachlich werden alle Plusstunden auf dem Arbeitszeitkonto häufig als „Überstunden“ bezeichnet. Dabei definiert der TVöD in § 7 VII und VIII TVöD genau, was Überstunden sind.

Der Begriff der Überstunde ist in **§ 7 VII TVöD** definiert. Danach sind Überstunden die auf **Anordnung des Arbeitgebers** geleisteten Arbeitsstunden, die über den Rahmen der **regelmäßigen Arbeitszeit** von Vollzeitbeschäftigten (§ 6 I 1 TVöD) für die Woche dienstplanmäßig oder betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen. Sie werden jedoch erst dann zu Überstunden, wenn sie **nicht** bis zum **Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen** sind.

Überstunden im tariflichen Sinne entstehen also nur, wenn der Beschäftigte auf Anforderung des Arbeitgebers Arbeitsstunden leistet, die über den Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit hinausgehen und wurden diese zusätzlichen Arbeitsstunden nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche durch Arbeitsreduzierung ausgeglichen, sind Überstunden im tariflichen Sinne entstanden. Für diese Überstunden wird zum einen ein Überstundenzeitzuschlag fällig (§ 8 I Buchst. a TVöD) und sie sind dann grundsätzlich durch entsprechende Freizeit auszugleichen (§ 43 I 1 TVöD BT-V); für durch Freizeit bereits ausgeglichene Überstunden bleibt indes der Anspruch auf den Überstundenzeitzuschlag bestehen (§ 43 I 3 TVöD BT-V).

b) **Überstunden in Gleitzeit**

Weil aus Sicht von § 7 VII TVöD Überstunden nur solche Stunden sind, die außerhalb der für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden liegen, sind grds. alle geleisteten Arbeitsstunden innerhalb des Gleitzeitrahmens keine Überstunden; denn der Gleitzeitrahmen ist als dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich anzusehen. Demzufolge kommen Überstunden überhaupt nur in Betracht, wenn auf Anordnung des Arbeitgebers die Arbeit außerhalb des Gleitzeitrahmens zu verrichten ist oder auch innerhalb des Gleitzeitrahmens (nach entsprechender Anordnung durch den Vorgesetzten/Arbeitgeber), sofern jeweils die Arbeitsstunden über die regelmäßige Wochenarbeitszeit hinausgehen und kein Ausgleich bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche erfolgt. All dies belegt einmal mehr, dass sich auch bei Gleitzeitregelungen Überstunden vielfach vermeiden lassen.

Merke: Überstunden können deshalb in Gleitzeitsystemen eigentlich nicht entstehen, da der Beschäftigte den Beginn und das Ender seiner Arbeitszeit selbst wählt. Es fehlt jedenfalls eine Anordnung des Arbeitgebers. Gleichwohl sollten in den entsprechenden Betriebsvereinbarungen bzw. Dienstvereinbarungen Regelungen für Sonderfälle vorgesehen werden, um Klarheit für die Entstehung von Überstunden zu schaffen (zB durch eine Abweichungsmöglichkeit des Arbeitgebers von der Gleitzeit – also durch Rückerlangung des Direktionsrechts betreffend der Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeit).

c) **Überschreitung der festgesetzten Arbeitszeiten**

Die Arbeitsstunden müssen die dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden überschreiten. Hier wird auf die regelmäßige *wöchentliche Arbeitszeit* eines Vollzeitbeschäftigten gemäß § 6 I 1 TVöD abgestellt. Wird die dienstplanmäßige oder betriebsübliche *tägliche Arbeitszeit* überschritten, führt dies nicht zu einer Überstunde. Es ist vielmehr auf die Wochenarbeitszeit von 39 (Bund) Stunden abzustellen.

Da die Entstehung von Überstunden gemäß § 7 VII TVöD eine Überschreitung der dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden voraussetzt, ist die Verteilung der Arbeitszeit in der Dienststelle zu berücksichtigen.

Ist die regelmäßige Wochenarbeitszeit gleichbleibend festgelegt, so führt darüberhinausgehende angeordnete Arbeitszeit zu Überstunden, sofern kein Zeitausgleich innerhalb der folgenden Kalenderwoche stattfindet.

In Fällen, in denen pro Woche unterschiedliche Arbeitszeiten festgelegt sind, ohne dass ein Schicht- oder Wechselschichtsystem vorliegt, muss eine Betrachtung für jede einzelne Woche vorgenommen werden.

Beispiel[546]: Der Dienstplan eines Beschäftigten des Bundes sieht in einer Woche eine Tätigkeit von 43 Stunden und in der nächsten Woche eine Tätigkeit von 35 Stunden vor, im Schnitt also 39 Stunden. In der ersten Woche kann aufgrund der Dienstplanung erst die 44. Stunde als Überstunde anfallen, in der zweiten Woche bereits die 36. Stunde.

d) **Anordnung durch den Arbeitgeber**

Das Recht, Überstunden anzuordnen, ist Ausfluss des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts nach § 106 GewO. Der Arbeitgeber kann entscheiden, ob und in welchem Umfang über die betriebsübliche oder dienstplanmäßige Arbeitszeit hinaus gearbeitet werden soll.

Nur die auf Anordnung des Arbeitgebers geleisteten Arbeitsstunden können zu Überstunden werden. Damit ist klargestellt, dass der Arbeitgeber grundsätzlich das Recht hat, Überstunden anzuordnen. Die Verpflichtung Überstunden zu leisten, ergibt sich zudem aus § 6 V TVöD. Die **Anordnung** kann **schriftlich, mündlich oder** auch aus den Umständen heraus (**konkludent**) erfolgen. Der Arbeitgeber muss sich bei der Anordnung vom billigen Ermessen nach § 315 BGB leiten lassen. Es besteht also ein Willkürverbot und bedarf einer sachlichen Rechtfertigung. Besondere persönliche Umstände des Beschäftigten sind zu berücksichtigen.[547] Als wichtige Faktoren sind zu nennen: die beruflichen Fähigkeiten, die persönlichen Leistungsgrenzen, die Zumutbarkeit dieser Art der Zusatzarbeit, die Abwägung dienstlicher Belange gegenüber persönlicher Gründe.

Da der Arbeitgeber Überstunden gesondert anordnen muss, stellen die freiwillig geleisteten – zB im Rahmen von Gleitzeitmodellen – Arbeitsstunden, die über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinausgehen, keine Überstunden dar.[548] Kenntnis und Duldung der nicht im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit erfüllbaren Tätigkeiten durch den Arbeitgeber kann einer ausdrücklichen Regelung aber gleichstehen. Keinesfalls entscheidet der Arbeitnehmer in eigener Zuständigkeit über Notwendigkeit und Umfang zusätzlicher Arbeitsstunden. Arbeitsleistungen, die aus freien Stücken erbracht werden, lösen keinen tarifvertraglichen Anspruch aus. Kommt der Beschäftigte auf Grund seiner unmittelbaren Nähe zum konkreten Arbeitsobjekt zunächst selbst zu der Erkenntnis, nur mit Hilfe zusätzlicher Arbeitsstunden die übertragenen Aufgaben erledigen zu können, bedarf es seiner Vorsprache bei dem für eine solche Anordnung zuständigen Vorgesetzten, um von vornherein nachweisbare Voraussetzungen für eine anspruchsgerechte Regulierung dieser zusätzlichen Arbeitszeit zu schaffen. Ausnahmsweise können, wenn die Umstände des Einzelfalles keine vorherige Klärung zulassen, die aus eigener Erkenntnis für zwingend notwendig erachteten zusätzlichen Arbeitsstunden noch nachträglich genehmigt werden, um hieraus die tarifvertraglich vorgesehenen Ansprüche ableiten zu können.

e) **Verhinderung zuschlagspflichtiger Überstunden durch Arbeitszeitverkürzung**

Allerdings kann der Arbeitgeber trotz Anordnung zusätzlicher Arbeit oberhalb der planmäßig oder üblich betrieblich festgesetzten Arbeitszeit die Entstehung von **zuschlagspflichtigen Überstunden** verhindern, indem er einen Ausgleich durch Arbeitszeitverkürzung bis **zum Ende der folgenden Kalenderwoche** vornimmt (§ 7 VII TVöD).

[546] Aus Koop, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort Arbeitszeit unter 7.
[547] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 32.
[548] Koop, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort Arbeitszeit unter 7.

Unabhängig vom Zeitpunkt der Erbringung der Überstunde, ist der Ausgleichszeitraum bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche festgelegt worden. Wird zB die Arbeitszeit auf Anordnung an einem Dienstag um zwei Stunden verlängert, muss diese durch eine entsprechende Arbeitszeitverkürzung bis zum Sonntag der Folgewoche ausgeglichen werden. Ansonsten entsteht eine zuschlagspflichtige Überstunde.[549]

Beachte: Über die betriebsübliche Arbeitszeit hinaus geleisteten (angeordnete) Arbeit lässt also keine Überstunden (und damit keine Überstundenzeitzuschläge) entstehen, wenn diese Arbeit bis zum Ablauf der nächsten Kalenderwoche ausgeglichen wird.[550]

Beispiel: Im Personalreferat des BMEL wird in der jeder Woche nach einem im Vorfeld festgelegten Muster gearbeitet, idR von 9:00 bis 17:00 Uhr. Wegen einer Softwareumstellung soll der Beschäftigte A an einem Freitag auf Anweisung des Referatsleiters bis 20:00 Uhr arbeiten. In der Folgewoche endet sein Arbeitstag am Freitag um 14:00 Uhr. Zunächst muss A drei Stunden auf Anordnung des Arbeitgebers länger als betriebsüblich festgelegt arbeiten. Die drei Stunden sind grundsätzlich überstundenfähig. Jedoch kommt es durch den um drei Stunden verkürzten Freitag in der Folgewoche zum Ausgleich. Insgesamt sind keine Überstunden entstanden.

---

f) **Freizeitausgleich und Überstundenzeitzuschlag**

aa) **Allgemeines**

Sind tarifliche Überstunden entstanden, dann sind diese nach § 43 I TVöD-BT-V (der TVöD-AT enthält keine ausdrückliche Bestimmung) bis zum Ende des nächsten Kalendermonats, spätestens aber bis zum Ende des dritten Kalendermonats nach ihrer Entstehung **durch Freizeit auszugleichen** (= **Überstundenausgleich**). Eine eigenmächtige Inanspruchnahme der Arbeitsbefreiung durch Freizeit durch den Beschäftigten ist ausgeschlossen. Der TVöD enthält aber ebenso wenig eine Regelung, nach der der Beschäftigte verpflichtet ist, sich selbst um Freizeitausgleich innerhalb des Ausgleichszeitraums zu bemühen. Der Arbeitgeber ist vielmehr im Rahmen seines Direktionsrechts nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) verpflichtet, den Freizeitausgleich unter Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist festzulegen.[551]

Für die in Freizeit ausgeglichenen Überstunden wird – neben dem Freizeitausglich – nach Ablauf des Ausgleichszeitraumes der **Überstundenzeitzuschlag** nach Maßgabe von § 8 I 2 Buchst. a) TVöD gezahlt. Seine Höhe ist im § 8 Abs. 1 Buchst a) TVöD/TV-L bestimmt und bemisst sich nach der Entgeltgruppe, in der der Beschäftigte eingereiht ist. Danach beträgt der Zuschlag in den Entgeltgruppen

1 bis 9c = 30%

10 bis 15 = 15 %

des auf eine Stunde entfallenden Anteils des Tabellenentgelts der Stufe 3 der jeweiligen Entgeltgruppe. Demnach sind die Zuschläge in den jeweiligen Entgeltgruppen gleich hoch. Für Beschäftigte der ersten beiden Stufen ergibt sich diesbezüglich ein Vorteil, während der Zuschlag für Beschäftigte der Stufen 4 und aufwärts gedeckelt ist.

---

[549] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 41.

[550] Obige Definition entspricht im Grundsatz dem bisherigen Tarifrecht. Der Ausgleichszeitraum wurde mit Blick auf Einsparungen bei den Überstundenzeitzuschlägen aber verlängert. Früher musste der Ausgleich innerhalb derselben Woche erfolgen, um keinen Anspruch auf Überstundenzeitzuschläge entstehen zu lassen.

[551] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Überstunden Rn. 2956.

bb) **Zeitgutschrift bei Arbeitsunfähigkeit**

Erkrankt der Arbeitnehmer an dem Tag, an dem Freizeitausgleich für Überstunden festgelegt war, gilt der Freizeitausgleich als gewährt.[552] Der Beschäftigte kann in diesem Fall **keine Nachgewährung des Freizeitausgleichs** verlangen. In der Vergangenheit wurde in einigen Dienststellen des Bundes eine Wiedergutschrift des Arbeitszeitausgleichs bei krankheitsbedingter Dienst-/Arbeitsunfähigkeit geleistet. Dieses Vorgehen verstößt nach dem Ergebnis von Prüfungen des Bundesrechnungshofes gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in § 7 Bundeshaushaltsordnung (BHO). Danach dürfen nur Personalausgaben geleistet werden, zu denen eine rechtliche Verpflichtung besteht.

Mit **Rundschreiben vom 23. Juli 2018** wird um eine entsprechende Anwendung gebeten und ausgeführt:[553] Bei einem Freizeitausgleich handelt es sich um einen Ausgleich von Zeitguthaben durch Minderarbeit. Das bedeutet, dass eine (zuvor) erbrachte Mehrleistung durch Minderleistung wieder ausgeglichen wird. Dieser Ausgleich ist auch dann verbraucht, wenn der Beschäftigte während dieser Zeit erkrankt. Bei Tarifbeschäftigten führt eine **nachträglich eintretende Arbeitsunfähigkeit** nach bereits genehmigtem Zeitausgleich **im Rahmen von Gleitzeitkonten** grundsätzlich zu einer **Minderung des Zeitguthabens**. Sobald der Arbeitgeber eine Freistellung zum Zwecke des Arbeitszeitausgleichs genehmigt bzw. gewährt hat, ist der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zeitausgleich erfüllt. Dies gilt auch für den Freizeitausgleich zum Abbau von Überstundenguthaben. Denn bei Freistellungszeiten, die sich aus angesparten Zeitkontingenten ergeben, trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer das Risiko der Erkrankung. Es liegt in der Risikosphäre des Arbeitnehmers, die durch Arbeitsbefreiung als Arbeitszeitausgleich gewonnene Freizeit auch tatsächlich nach eigenen Vorstellungen nutzen zu können. Der Arbeitgeber erfüllt den Anspruch auf Arbeitszeitausgleich bereits, indem er den Beschäftigten von der Erbringung der nach dem Arbeitsvertrag geschuldeten Arbeitsleistung bezahlt freistellt.[554]

Die in § 9 I BUrlG enthaltene Ausnahme von dem vorgenannten Grundsatz, nach dem die Nutzungsmöglichkeit arbeitsfreier Zeiten in die Risikosphäre der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers fällt, gilt nur für den Erholungsurlaub. Eine analoge Anwendung dieser Regelung scheidet aus.

Die tarifvertraglich vorgesehene Ausnahmeregelung nach § 10 IV TVöD hingegen gilt ausschließlich für die besonderen Arbeitszeitkonten im Sinne des § 10 I bis V TVöD, die im Wesentlichen der Umwandlung der dort in Absatz 3 genannten Zahlungsansprüche in Zeit dienen. **Gleitzeitregelungen sind mit diesen Arbeitszeitkonten grundsätzlich nicht gleichzusetzen**. Auf diese finden die in § 10 TVöD vereinbarten besonderen Regelungen zum Arbeitszeitkonto grundsätzlich keine Anwendung.[555]

g) **Umwandlung des Freizeitausgleichs in einen Geldanspruch (= Überstundenentgelt)**

Mit Ablauf der dreimonatigen Ausgleichsfrist geht grds. das Anordnungsrecht des Arbeitgebers auf Arbeitsbefreiung unter, so dass die geleisteten Überstunden in Geld (= **Überstundenentgelt**) auszugleichen sind.[556]

Nach Ablauf des Ausgleichszeitraums wandelt sich also der *nicht erfüllte Freizeitanspruch* automatisch in einen **Geldanspruch** um, wobei für jede nicht ausgeglichene Überstunde das **Überstundenentgelt** fällig wird. Das ist das Stundenentgelt der

[552] BAG 11.09.2003, NZA 2004; Conze/Karb/Wölk, Stichwort Überstunden Rn. 2959. Beachte bei Einrichtung eines Arbeitszeitkontos die Regelung in § 10 IV TVöD.

[553] Rundschreiben vom 23.07.2018 „Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten sowie der Tarifbeschäftigten des Bundes – hier: Wiedergutschrift des Arbeitszeitausgleichs bei krankheitsbedingter Dienst-/Arbeitsunfähigkeit (D2-30105/9#2; D5-3100171#7), Seite 2 f. unter 2.

[554] BAG vom 11.02.2009 - 5 AZR 341/08; Rundschreiben vom 23.07.2018, Seite 3 unter 2.

[555] Rundschreiben vom 22.12.2005 (D II 2 – 220 210-2), unter Vorbemerkung zu Abschnitt II.

[556] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Überstunden Rn. 2957.

jeweiligen Entgeltgruppe und der individuellen Stufe, höchstens jedoch der Stufe 4 (vgl. Protokollerklärung zu § 8 II 1 TVöD), *zuzüglich* des entsprechenden Überstundenzeitzuschlages nach Maßgabe von § 8 I 2 Buchst. a) TVöD.[557]

Sofern ein Freizeitausgleich innerhalb der zuvor genannten Zeiträume nach Erbringung der Überstunden nicht gewährt wird, erfolgt deren Bezahlung. Die Höhe der Bezahlung beträgt je Stunde 100 % des auf eine Stunde entfallenden Tabellenentgelts der Eingruppierungsentgeltgruppe des Beschäftigten und Stufe, höchstens jedoch aus Stufe 4. Bis zum Erreichen der Stufe 4 seiner Entgeltgruppe erhält der Beschäftigte demnach das stundenanteilige Tabellenentgelt aus der von ihm jeweils erreichten Stufe. Für Beschäftigte von der Stufe 5 an aufwärts ist dessen Berechnung auf Stufe 4 gedeckelt, so dass der zu errechnende Stundenanteil für Überstunden im Verhältnis zum zustehenden monatlichen Tabellenentgelt geringer ist.

Neben diesem stundenanteiligen Entgelt steht dem Beschäftigten, wie im Falle der Freizeitgewährung als Überstundenausgleich, ebenfalls der Zeitzuschlag nach § 8 Abs. 1 Buchst a) TVöD/TV-L entsprechend der dort nach Entgeltgruppen vorgesehenen prozentualen Staffelung zu. Anders als das anteilige Stundenentgelt, das wie geschildert maximal aus Stufe 4 errechnet wird, bestimmt sich der Zeitzuschlag wiederum höchstens nach Stufe 3.

h) **Mitbestimmung**

Nach dem Betriebsverfassungsgesetz (§ 87 I 1 Nr. 3 BetrVG) zählt die Anordnung von Überstunden zu den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats und ist daher mitbestimmungspflichtig.[558] Es besteht schon, wenn der Arbeitgeber für einen einzelnen Mitarbeiter Überstunden anordnen will.

In vielen Personalvertretungsgesetzen ist eine Mitbestimmung des Personalrats ausdrücklich bei der Anordnung von Überstunden vorgesehen. Im BPersVG fehlte bis 2021 eine entsprechende Regelung. Nach der bisherigen Rechtsprechung hatte der Personalrat nur bei der Verteilung von Überstunden auf die Wochentage – nicht aber bei der Anordnung der Überstunden selbst oder bei der Bemessung der Stundenmenge – ein Mitbestimmungsrecht. Der Beschluss des BVerwG vom 20.06.2001[559], bestätigt mit Urteil des BVerwG vom 20.06.2005[560], hat zu einer Ausweitung der Beteiligung von Personalvertretungen in Arbeitszeitfragen geführt: Danach erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht des Personalrats nach § 75 III Nr. 1 BPersVG auch auf die Entscheidung, ob und in welchem Umfang Überstunden angeordnet werden.

Nach der Novelle des BPersVG hat der Personalrat gemäß § 80 I Nr. 2 BPersVG mitzubestimmen über die Anordnung von Dienstbereitschaft, Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft, Mehrarbeit und Überstunden.

i) **Überstundenzeitzuschlag und Überstundenentgelt**

In § 8 I TVöD ist der finanzielle Ausgleich für Sonderformen der Arbeit geregelt. Auch der Zuschlag für Überstunden wird als Zeitzuschlag bezeichnet. Der finanzielle Ausgleich für Überstunden erfolgt in Form des **Überstundenentgelts**, das sich aus dem Stundenentgelt und dem Zeitzuschlag zusammensetzt. Der Anspruch entsteht jedoch nur bei tatsächlich geleisteten Überstunden.[561]

Die **Bemessungssätze der Überstundenzeitzuschläge** sind nach Entgeltgruppen gestaffelt: Die Zeitzuschläge betragen je Überstunde in den Entgeltgruppen 1 bis 9 30 % und in den Entgeltgruppen 10 bis 15 15 % des Stundenentgelts der jeweiligen Stufe 3 des individuellen Tabellenentgelts.

---

[557] Vgl. dazu Conze/Karb/Wölk, Stichwort Überstundenzeitzuschlag Rn. 2970.
[558] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 50.
[559] BVerwG 03.01.2011, PersR 2002, 163 ff.
[560] BVerwG ZTR 2005, 545.
[561] Zum Folgenden Conze/Karb/Wölk, Stichwort Überstundenzeitzuschlag Rn. 2970 ff.

Die **Bezahlung der Überstunde** selbst = Überstundenentgelt ergibt sich aus der Protokollerklärung zu § 8 I 2 TVöD: Danach richtet sich bei Überstunden das Entgelt für die tatsächliche Arbeitsleistung nach der jeweiligen Entgeltgruppe und der individuellen Stufe, höchstens jedoch nach der Stufe 4.

Stunden, die keine Überstunden sind und doch nach der Abrechnung des Ausgleichszeitraums (§ 6 II TVöD) über dem durchschnittlichen Arbeitspensum von 39 Stunden pro Woche liegen, werden gemäß § 8 II TVöD mit 100 % des jeweiligen Stundenentgelts vergütet und damit „glattgestellt". Der Ausgleichszeitraum des § 6 II TVöD ist damit wieder auf null gesetzt.

Zur Berechnung des stundenanteiligen Tabellenentgelts ist von den Arbeitsstunden auszugehen, die den Tabellenentgelten zu Grunde liegen. Hierbei kommt es auf die für die einzelnen Arbeitgeber jeweils maßgebliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit an. Während z.B. im Tarifbereich — TVöD/Bund — 39 Stunden gelten, gilt im östlichen Tarifbereich/VKA die 40-Stunden-Woche. Bei den westlichen Ländern differieren diese Zeiten wie eingangs dargestellt. Zum Zwecke der Errechnung der jeweiligen sich aus der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ergebenden Monatsarbeitszeit ist diese mit der Anzahl der Wochen eines Kalendermonats zu multiplizieren. Wenn auch im TVöD wie TV-L nicht ausdrücklich vereinbart, sind sich die Tarifvertragsparteien einig, auch weiterhin von 4,348 Wochen je Kalendermonat auszugehen. Diese Zahl ist im Vierjahreszeitraum errechnet, um zum Zwecke der Genauigkeit auch das Schaltjahr in die Durchschnittsberechnung mit einzubeziehen. In den vormaligen Tarifverträgen war dieser Wochenanteil expressis verbis vereinbart.

Unter Berücksichtigung dieser Wochenzahl ergeben sich beispielsweise im Tarifgebiet/Tarifbereich

Ost/Länder wie VKA 40 Std. x 4,348 = 174 Std./mtl.

Bund 39 Std. x 4,348 = 169,5 Std./mtl.

Im Bereich der westlichen Bundesländer ergibt sich wegen der im Verhältnis zueinander unterschiedlichen regelmäßigen Wochenarbeitszeiten jeweils eine andere Monatsarbeitszeit, die sich entsprechend errechnet. Ausgehend von der zuvor dargestellten Berechnung der dem Tabellenentgelt zu Grunde liegenden Monatsarbeitszeit errechnet sich das anteilige Stundenentgelt:

Tabellenentgelt (höchstens Stufe 4)

= anteiliges Stundenentgelt zuzüglich

regelmäßige Arbeitszeit x 4,348

Anteiliges Stundenentgelt Stufe 3 x 30 % (EGr 1 bis 9) = Zeitzuschlag

x 15 % (EGr 10 bis 15)

Die Summe aus anteiligem Stundenentgelt zuzüglich Zeitzuschlag ergibt das Überstundenentgelt.

Im Falle des Freizeitausgleichs wird lediglich der Zeitzuschlag gezahlt, da dem Beschäftigten während des Freizeitausgleichs das Tabellenentgelt weitergezahlt wird.

6. **Mehrarbeit**

a) **Allgemeines**

Mehrarbeit ist in **§ 7 VI TVöD** definiert. Unter Mehrarbeit sind solche Arbeitsstunden zu verstehen, die Teilzeitbeschäftigte über die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit hinaus bis zur regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten (§ 6 I 1 TVöD) leisten.

Die Verpflichtung zur Ableistung von Mehrarbeit besteht für Teilzeitbeschäftigte nur, wenn sie sich dazu arbeitsvertraglich verpflichtet oder im Einzelfall zugestimmt haben, § 6 V TVöD. Die Regelung dient dem Schutz der Teilzeitbeschäftigten: Das arbeitsvertragliche Recht auf reduzierte Arbeitszeit würde faktisch entwertet werden, wenn der Arbeitgeber ohne Einverständnis des Teilzeitbeschäftigten Überstunden oder Mehrarbeit anordnen und somit die Teilzeitvereinbarung wieder zu Nichte machen könnte.[562] Gem. § 124 SGB IX (Mehrarbeit) werden schwerbehinderte Beschäftigte auf ihr Verlangen von Mehrarbeit frei gestellt.

Etwaige über die arbeitsvertraglich vereinbarte Teilzeitarbeit geleistete Mehrarbeit bis zur regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines Vollbeschäftigten bis zu 39 Stunden wird mit dem entsprechenden Stundenentgelt der jeweiligen Entgeltgruppe und Stufe **ohne Zeitzuschlag** vergütet. Ein finanzieller Ausgleich erfolgt jedoch nur, wenn und soweit gem. § 8 II TVöD die Mehrstunden aus betrieblichen/dienstlichen Gründen nicht innerhalb eines Jahres mit Freizeit ausgeglichen werden konnten.[563]

Merke: Vergütung der Mehrarbeit richtet sich nach § 8 II TVöD.

Beispiel: Bei Teilzeitbeschäftigten können Überstunden nur entstehen, wenn die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 39 Stunden (§ 6 I 1 Buchst. a TVöD) überschritten wird. Hat ein Teilzeitbeschäftigter zB mit dem Bund einen Arbeitsvertrag, der ihn zur Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten verpflichtet, so muss er 19,5 Stunden pro Woche arbeiten. Mehrarbeit ist die Zeit ab 19,5–39 Wochenstunden (regelmäßige Wochenarbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten des Bundes). Arbeitet der Teilzeitbeschäftigte zB in einer Woche 25 Stunden, sind die überschießenden 5,5 Stunden Mehrarbeitsstunden, jedoch (noch) keine Überstunden! Überstunden können erst nach der 39. Stunde entstehen, wenn auch die weiteren Voraussetzungen für Überstunden vorliegen.[564]

Beispiel: Individuelle vertragliche Arbeitszeit 30 Stunden, tatsächliche Arbeitszeit 40 Stunden: Auf der Grundlage der Regelarbeitszeit für Arbeitnehmer des Bundes (39 Stunden) sind 9 Stunden mit der anteiligen Vergütung und eine Stunde mit der Überstundenvergütung zu entlohnen.

Bei Teilzeitkräften fällt also bis zum Stundenvolumen einer Vollzeitkraft gemäß § 7 VI TVöD „nur“ Mehrarbeit an; keine Überstunden. Erst beim Überschreiten der Regelarbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten entstehen auch bei teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern Überstunden.

Auf arbeitsgerichtlicher Ebene stehen zurzeit Klagen an, wonach die Absätze 7 und 8 des § 7 TVöD den Absatz 6 des § 7 TVöD als „lex specialis“ komplett überlagern sollen. Wäre dies so, könnten auch für Teilzeitbeschäftigte bereits unterhalb des Vollzeitstundenvolumens Überstunden entstehen. Insgesamt erscheint dies jedoch nicht sehr sinnvoll und nicht im Sinne der Tarifvertragsparteien. § 7 VI TVöD ist keine reine Nebenvorschrift, sondern zentral vor den Überstundenregelungen der Absätze 7 und 8 bewusst platziert worden. Die Vorschrift in Absatz 6 sollte nach Ansicht der Tarifvertragsparteien eine allgemeine

[562] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Überstunden Rn. 2951.
[563] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Überstunden Rn. 2952.
[564] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 28.

Wirkung erzielen, und nicht nur für bestimmte Teilzeitbeschäftigte gelten. Außerdem soll durch Absatz 8 nur von Absatz 7 abgewichen werden. Es spricht vieles dafür, dass die Teilzeitkräfte schlichtweg – jedenfalls bis zum Erreichen des Vollzeitstundenvolumens – von den Überstundenregelungen und damit von der Zuschlagsberechtigung nach § 8 I lit. b) TVöD ausgenommen wurden.[565]

Die Regelung der Mehrarbeitssunden, die im Gegensatz zu Überstunden nicht zuschlagspflichtig sind, stellt nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG keine unmittelbare Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten (vgl. § 4 I TzBfG) und/oder einer mittelbaren geschlechtsbezogenen Diskriminierung von Frauen (vgl. § 3 II AGG) dar.[566] Eine Ungleichbehandlung mit Vollbeschäftigten liege deshalb nicht vor, weil Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte für die gleiche Anzahl von Arbeitssunden die gleiche Gesamtvergütung erhalten.[567]

b) **Überstundenzeitzuschläge für Mehrarbeit?**

Mit Urteil vom 19.12.2018 hat das BAG nunmehr entschieden, dass eine Regelung in einem Tarifvertrag im Einklang mit § 4 I TzBfG dahin auszulegen sein kann, dass Mehrarbeitszuschläge bei Teilzeitbeschäftigten für die Arbeitszeit geschuldet sind, die über die Teilzeitquote hinausgeht, die Arbeitszeit einer Vollzeittätigkeit jedoch nicht überschreitet.[568]

Sachverhalt: Die Klägerin ist bei der Beklagten als stellvertretende Filialleiterin in Teilzeit tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag für die Systemgastronomie Anwendung. Er regelt u.a. Mehrarbeitszuschläge und erlaubt es, wie im Fall der Klägerin eine Jahresarbeitszeit festzulegen. Für den nach Ablauf des Zwölfmonatszeitraums bestehenden Zeitsaldo hat die Beklagte die Grundvergütung geleistet. Sie hat dagegen keine Mehrarbeitszuschläge gewährt, weil die Arbeitszeit der Klägerin nicht die einer Vollzeittätigkeit überschritt. Die Klägerin verlangt Mehrarbeitszuschläge für die Arbeitszeit, die über die vereinbarte Arbeitszeit hinausging. Die Vorinstanzen hatten der Klage überwiegend stattgegeben.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass sie wegen ihrer Teilzeittätigkeit ungleich iSd § 4 I TzBfG behandelt werde, wenn sie nach der tariflichen Regelung für die erste Stunde der Überschreitung ihrer Teilzeitquote keine Zuschläge erhalte, während Vollzeitbeschäftigte für die erste Stunde der Überschreitung ihrer maßgeblichen Arbeitszeit Zuschläge erhielten. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts sei diese Ungleichbehandlung nicht sachlich gerechtfertigt. Tariflicher Regelungszweck der Ungleichbehandlung sei nicht die Vergütung bei Überschreiten einer Belastungsgrenze, sondern die Belohnung des Verzichts auf Freizeit.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem BAG mit Blick auf die Mehrarbeitszuschläge keinen Erfolg.

Nach Auffassung des BAG ergibt die Auslegung des Tarifvertrags, dass Teilzeitbeschäftigte mit vereinbarter Jahresarbeitszeit einen Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge für die Arbeitszeit haben, die über ihre individuell festgelegte Arbeitszeit hinausgeht. Diese Auslegung entspreche höherrangigem Recht. Sie sei mit § 4 I TzBfG vereinbar. Zu vergleichen seien die einzelnen Entgeltbestandteile, nicht die Gesamtvergütung. Teilzeitbeschäftigte würden benachteiligt, wenn die Zahl der Arbeitsstunden, von der an ein Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung entstehe, nicht proportional zu ihrer vereinbarten Arbeitszeit vermindert würde. Der Zehnte Senat gibt seine gegenläufige Ansicht auf.[569] Er schließt sich der Auffassung des Sechsten Senats an.[570]

---

[565] Günther, öAT 2015, 133, 135.
[566] BAG 21.11.1991 – 6 AZR 138/94, ZTR 1997, 84; 26.4.2017 – 10 AZR 5898/15.
[567] EuGH 15.12.1994- C-399/92.
[568] BAG 19.12.2018 – 10 AZR 231/18; vgl. auch BAG 23.03.2017 – 6 AZR 161/16.
[569] BAG 26.04.2017 - 10 AZR 589/15.
[570] BAG 23.03.2017 - 6 AZR 161/16 - BAGE 158, 360.

Merke: In der Praxis herrschte lange Zeit Unklarheit darüber, wann bei Teilzeitbeschäftigten sog. Mehrarbeit zu vergüten ist. Die Unklarheit betraf die Frage, ob die Mehrarbeit bereits bei Überschreitung der vertraglichen Arbeitszeit des teilzeitbeschäftigten, oder der Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten zu vergüten war. Das BAG entschied sich für ersteren Weg.[571] Danach ist auch Teilzeitkräften bei Überschreitung der Teilzeitquote – ohne dabei über die Vollzeitquote zu kommen - ein Zeitzuschlag zu gewähren.

Beachte: Mit Urteil vom 13.06.2019 hat das LAG Nürnberg[572] dieser Auslegung des BAG widersprochen. Nach Ansicht des LAG Nürnberg können Überstundenzuschlag für Teilzeitbeschäftigte nur bei Überschreitung der Arbeitszeit eines Vollbeschäftigten entstehen. Die Überschreitung der Wochenarbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten sei unverzichtbares Tatbestandsmerkmal der tariflichen Überstundendefinition iSd § 7 VII TVöD-K (inhaltsgleich mit der Regelung im TVöD-Bund). Teilzeitbeschäftigte erhalten Überstundenzuschläge nach § 8 Ia TVöD-K nur dann, wenn sie gemäß § 7 VII TVöD-K die Arbeitszeit für einen Vollbeschäftigten überschreiten. Eine Auslegung, wonach Teilzeitbeschäftigte Überstundenzuschläge für Mehrarbeit im Sinne des § 7 VI TVöD-K erhalten, ist mit dem Wortlaut, der Regelungssystematik und dem darin zum Ausdruck gekommenen Willen der Tarifvertragsparteien nicht vereinbar. Die Überstundenzuschläge im Sinne des § 8 I 2 a TVöD-K verfolgen den Zweck, eine grundsätzlich zu vermeidende besondere Arbeitsbelastung durch ein zusätzliches Entgelt auszugleichen und nicht, durch Verteuerung der über die individuell geschuldete Arbeitsleistung hinausgehenden Arbeitszeiten den individuellen Freizeitbereich zu schützen. Dieser Zweck rechtfertigt eine etwaige Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten, so dass kein Verstoß gegen § 4 I TzBfG vorliegt (entgegen BAG vom 23.03.2017, Az.: 6 AZR 161/16).

Gegen das Urteil das LAG Nürnberg wurde Revision beim BAG eingelegt unter 6 AZR 254/19. Es ist davon auszugehen, dass der sechste Senat des BAG seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und Teilzeitbeschäftigten auch für Mehrarbeit einen Zeitzuschlag gewährt. Zu dieser Rechtsfrage ist derzeit ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH anhängig.

Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten beim Entgelt? – BAG, Vorlagebeschluss 20.10.2021 – 8 AZR 370/20: https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/diskriminierung-von-teilzeitbeschaeftigten-beim-entgelt/Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts ersucht den Gerichtshof der Europäischen Union die folgenden Fragen nach der Auslegung von Unionsrecht zu beantworten: Sind Art. 157 AEUV sowie Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b und Art. 4 Satz 1 der RL 2006/54/EG so auszulegen, dass eine nationale tarifvertragliche Regelung, nach der die Zahlung von Überstundenzuschlägen nur für Arbeitsstunden vorgesehen ist, die über die regelmäßige Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers hinaus gearbeitet werden, eine Ungleichbehandlung von Vollzeitbeschäftigten und Teilzeitbeschäftigten enthält? Ist § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der RL 97/81/EG so auszulegen, dass eine nationale tarifvertragliche Regelung, nach der die Zahlung von Überstundenzuschlägen nur für Arbeitsstunden vorgesehen ist, die über die regelmäßige Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer hinaus gearbeitet werden, eine Ungleichbehandlung von Vollzeitbeschäftigten und Teilzeitbeschäftigten enthält?

7. **Abweichende Überstundenregelungen**

a) **Allgemeines**

§ 7 VIII TVöD regelt abweichende Überstundenregeln zur Generalregelung in § 7 VII TVöD für bestimmte Fallkonstellationen. In diesem Bereich gilt damit auch nicht die Regelung, dass Überstunden erst entstehen können, wenn sie nicht innerhalb der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen sind. Bei der Festlegung eines Arbeitszeitkorridors oder der Festlegung einer

[571] Vgl. dazu Bissels/Falter, Änderung der Rechtsprechung bei Mehrarbeitszuschlägen für Teilzeitbeschäftigte: Auswirkungen auf die Zeitarbeitsbranche, DB 2019, 787-789.
[572] LAG Nürnberg 13.06.2019 – 3 Sa 348/18.

Rahmenarbeitszeit entstehen Überstunden bereits mit dem angeordneten Überschreiten der dort festgelegten zeitlichen Grenze.[573]

b) **Arbeitszeitkorridor**

Gemäß § 6 VI TVöD kann durch Betriebs-/Dienstvereinbarung ein wöchentlicher **Arbeitszeitkorridor** von bis zu **45 Stunden** eingerichtet werden.

Angeordnete Arbeitszeit, die *innerhalb* des Arbeitszeitkorridors liegt, ist keine Überstunde, es fallen also keine Überstundenzuschläge an. Wird zB bei einem vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeitkorridor von 42 Stunden vom Arbeitgeber angeordnet, dass insgesamt 44 Stunden gearbeitet werden müssen, so entstehen zwei Überstunden. Die geringere Wochenarbeitszeit nach § 6 I TVöD von 39 Stunden spielt insofern keine Rolle, da diese grundsätzlich innerhalb des Korridors zu erbringen ist. Ein eventueller Ausgleich in der Folgewoche durch Reduzierung der Arbeitszeit ist unerheblich.[574]

Die innerhalb des Arbeitszeitkorridors geleisteten zusätzlichen Arbeitsstunden sind im Rahmen des § 6 II 1 TVöD festgelegten Zeitraums, also innerhalb eines Jahres mit Freizeit, auszugleichen. Es handelt sich um Stunden, die zum Guthaben auf dem Arbeitszeitkonto nach § 10 TVöD addiert werden. Können die zusätzlichen Arbeitsstunden, die keine Überstunden sind und die aus betrieblichen/dienstlichen Gründen nicht innerhalb des Jahreszeitraums mit Freizeit ausgeglichen wurden, erhält der Beschäftigte je Stunde 100 v. H. des auf eine Stunde entfallenen Anteils des Tabellenentgelts der jeweiligen Entgeltgruppe und Stufe (§ 8 II TVöD).

c) **Rahmenzeit**

Gemäß § 6 VII TVöD kann durch Betriebs-/Dienstvereinbarung in der Zeit von 6 bis 20 Uhr eine tägliche **Rahmenzeit** von bis zu **12 Stunden** eingeführt werden.

Soweit *innerhalb* dieses Rahmens – über die regelmäßige Wochenarbeitszeit hinaus – Arbeit geleistet wird, liegen keine Überstunden vor, es fallen also keine Überstundenzuschläge an. Ist eine tägliche Rahmenarbeitszeit vereinbart, so entsteht eine Überstunde erst, wenn Arbeit durch den Arbeitgeber *außerhalb* dieser Rahmenzeit angeordnet wird. Wird zB eine tägliche Rahmenarbeitszeit von elf Stunden in der Zeit von 7–18 Uhr festgelegt, so entsteht eine Überstunde, wenn der Arbeitgeber Arbeitszeit außerhalb der Zeit von 7–18 Uhr anordnet. Arbeitet der Beschäftigte dadurch angeordnet zB vier Stunden außerhalb der Rahmenzeit, so entstehen vier Überstunden.[575]

Die innerhalb der Rahmenzeit geleisteten zusätzlichen Arbeitsstunden sind im Rahmen des § 6 II 1 TVöD festgelegten Zeitraums, also innerhalb eines Jahres mit Freizeit, auszugleichen. Auch hier handelt es sich um Stunden, die zum Guthaben auf dem Arbeitszeitkonto nach § 10 TVöD addiert werden. Auch hier ist die Regelung in § 8 II TVöD zu beachten.

8. **Arbeitszeitkonten**

Durch Dienstvereinbarung kann ein Arbeitszeitkonto nach **§ 10 TVöD** für die gesamte Dienststelle oder für organisatorische Teileinheiten eingeführt werden. Bei der Einführung von Rahmenzeit / Arbeitszeitkorridor oder wenn von der Möglichkeit der Faktorisierung Gebrauch gemacht werden soll (vgl. Ziffer 3 zu § 8 TVöD) muss zwingend ein Arbeitszeitkonto nach § 10 eingerichtet werden (§ 10 I 3 TVöD). Im Gegenzug zur Arbeitszeitflexibilisierung, die Rahmenzeit und Arbeitszeitkorridor dem Arbeitgeber bieten, stärken die Regelungen des § 10 TVöD zum Arbeitszeitkonto die Arbeitszeitsouveränität der Beschäftigten, die im Rahmen der dienstlichen Interessen über das Arbeitszeitvolumen auf dem Arbeitszeitkonto verfügen können. Die auf das

[573] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 42.
[574] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn. 42.
[575] Goodson, in: BeckOK TVöD, § 7 TVöD-AT Rn.

Konto buchbaren Zeiten sowie die zwingend vorgesehenen Verfügungsmöglichkeiten der Beschäftigten über das Zeitguthaben sind in § 10 III bis V TVöD aufgeführt. Arbeitszeitkonten iSv § 10 TVöD sind von den „mechanischen" Arbeitszeitkonten zur Erfassung für die im Rahmen der gleitenden Arbeitszeit nachzuweisenden Arbeitszeiten zu unterscheiden.

Hinzuweisen ist auf § 10 IV TVöD: Danach tritt im Krankheitsfall **keine Minderung** des Zeitguthabens ein, wenn die Arbeitsunfähigkeit unverzüglich angezeigt und durch ein ärztliches Attest nachgewiesen wird. Diese tarifliche Ausnahmeregelung nach § 10 IV TVöD gilt ausschließlich für die besonderen Arbeitszeitkonten iSv § 10 I bis V TVöD, die im Wesentlichen der Umwandlung der in § 10 III TVöD genannten Zahlungsansprüche in Zeit dienen.

9. **Besondere Regelungen für die Sparte Verwaltung**

Für die Angestellten in der Verwaltung gilt nach § 44 II TVöD BT-V[576] eine besondere Regelung für die Anrechnung von Dienstreisen auf die regelmäßige Arbeitszeit. Hiernach gilt *nur die Zeit* der **dienstlichen Inanspruchnahme am auswärtigen Geschäftsort** als Arbeitszeit. Es wird jedoch mindestens die auf den Reisetag entfallende regelmäßige, durchschnittliche oder dienstplanmäßige Arbeitszeit berücksichtigt, so dass durch die Dienstreise kein Minus im Hinblick auf die an den jeweiligen Tagen vorgesehene Arbeitszeit entstehen kann.[577]

10. **Beamtenrechtlicher Exkurs[578]**

Nach § 88 BBG sind Bundesbeamte verpflichtet, ohne Vergütung über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinaus Dienst zu tun, wenn dies aus zwingenden dienstlichen Gründen erforderlich ist und sich die Mehrarbeit auf Ausnahmefälle beschränkt. Mehrarbeit liegt vor, wenn der Beamte aufgrund dienstlicher Anordnung oder Genehmigung über die regelmäßige Arbeitszeit von 41 Wochenstunden hinaus Dienst leistet, § 88 Satz 1 BBG iVm § 3 I 1 AZV. Leistet der Beamte im Monat mehr als fünf Stunden Mehrarbeit, ist ihm gem. § 88 Satz 2 BBG grds. Dienstbefreiung durch Freizeit zu gewähren. Konnte eine Dienstbefreiung aus zwingenden dienstlichen Gründen innerhalb eines Jahres nicht erfolgen, darf die Mehrarbeit gem. § 48 BBesG nach Maßgabe der Bundesmehrarbeitsvergütungsordnung entlohnt werden. Zu beachten ist jedoch, dass die Vergütung für Mehrarbeit die Ausnahme ist, vorrangig muss Freizeitausgleich gewährt werden.

---

[576] Weitergehende Spezialregelungen über die regelmäßige Arbeitszeit finden sich in den §§ 45-48 TVöD BT-V, etwa für die Beschäftigten im Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung.
[577] BAG 14.12.2010, ZTR 2011, 375.
[578] Zum Folgenden Conze/Karb/Wölk, Stichwort Überstunden Rn. 2968.

III. **Teilzeitbeschäftigung**

1. **Vorbemerkung**

Ein Teilzeitarbeitsverhältnis liegt vor, wenn die regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als diejenige vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer (§ 2 I TzBfG).

2. **Rechtsgrundlagen der Teilzeitarbeit**

Das Recht der Teilzeitarbeit ist im allgemeinen Teilzeitanspruch in § 8 TzBfG und ergänzend als tarifrechtlicher Teilzeitanspruch in § 11 TVöD geregelt.

Nach **§ 8 I TzBfG** kann ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird. Dem Verlangen des Arbeitnehmers (= Anspruch) nach Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit ist zu entsprechen, soweit betriebliche Gründe (zB Kosten, Raum, Organisation, Arbeitsablauf) nicht entgegenstehen (§ 8 IV 1 TzBfG). Diese Regelung wird im öffentlichen Dienst durch die Vorschrift des **§ 11 TVöD** ergänzt, der einen weitergehenden tariflichen Rechtsanspruch auf Teilzeitarbeit zur Kindesbetreuung bzw. zur Pflege von Angehörigen regelt. § 11 TVöD wird dabei nicht durch § 8 TzBfG verdrängt.[579]

Der tarifrechtliche Teilzeitanspruch nach § 11 TVöD ist allerdings weitgehend durch gesetzliche Vorschriften zum Teilzeitanspruch überlagert, speziell durch den allgemeinen Teilzeitanspruch nach § 8 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) und den spezifischen Teilzeitanspruch nach § 15 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG). Zudem gibt es einen besonderen gesetzlichen Teilzeitanspruch für schwerbehinderte Beschäftigte nach § 164 V SGB IX Weiterhin normiert § 3 PflegZG einen Anspruch auf befristete Verringerung der Arbeitszeit zur Pflege naher Angehöriger.

Dabei bleibt es grundsätzlich dem Arbeitnehmer überlassen, auf welche Rechtsgrundlage er ein Teilzeitbegehren stützen will. Der Arbeitgeber ist aber nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer so zu beraten, dass er die günstigste Regelung wählt.

3. **Allgemeiner Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG**

a) **Kurzcharakteristika**

Nach § 8 TzBfG kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber eine Herabsetzung seiner Arbeitszeit und eine Neuverteilung der verbleibenden Arbeitszeit entsprechend seiner Vorstellungen verlangen, wenn die persönlichen und betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind und der Arbeitnehmer in den zwei vorangegangenen Jahren nicht bereits ein entsprechendes Verlangen an den Arbeitgeber gerichtet hat, dem der Arbeitgeber entsprochen oder das er berechtigterweise abgelehnt hatte. Der Teilzeitanspruch setzt einen entsprechenden Antrag des Arbeitnehmers auf Änderung des Arbeitsvertrags voraus. Der Arbeitgeber kann ein entsprechendes Verringerungsverlangen nur ablehnen, wenn dem Arbeitszeitwunsch betriebliche Gründe entgegenstehen.

b) **Persönliche und betriebliche Voraussetzungen**

aa) **Wartezeit**

Anspruch auf Verringerung bzw. Neuverteilung seiner Arbeitszeit hat ein Arbeitnehmer, der seit mindestens 6 Monaten ununterbrochen bei demselben Arbeitgeber beschäftigt ist (§ 8 I TzBfG).

---

[579] BAG 16.12.2014, NZA 2015, 825 Rn. 17.

Die Wartezeit ist entsprechend derjenigen bei § 1 I KSchG zu berechnen:[580] Abzustellen ist auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses, nicht auf die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung. Bei Vorbeschäftigungszeiten in einem anderen Status, zB als Beamter oder als freier Mitarbeiter sind diese Zeiten ebenfalls nicht bei der Wartezeit zu berücksichtigen.[581]

Ohne Einfluss hierauf ist, ob der Arbeitnehmer in Vollzeit oder bereits in Teilzeit, geringfügig oder befristet beschäftigt ist. Auch der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer kann über § 8 TzBfG eine (weitere) Reduzierung seiner Arbeitszeit anstreben. Grds. keinen Anspruch auf eine Verringerung ihrer Arbeitszeit haben Auszubildende, weil ein solcher Anspruch nicht mit dem Sinn und Zweck der Berufsausbildung zu vereinbaren wäre.[582]

bb) **Beschäftigtenzahl**

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Veränderung seiner Arbeitszeit setzt nach § 8 VII TzBfG zudem voraus, dass der Arbeitgeber idR mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Regelung ist unternehmens- und nicht betriebsbezogen ausgestaltet (anders als etwa in § 23 KSchG spricht sie von „Arbeitgeber“ und nicht vom „Betrieb“). Maßgeblich ist jeweils die regelmäßige Beschäftigtenzahl. Zu den Beschäftigten zählen alle Arbeitnehmer des Unternehmens und nicht etwa nur diejenigen, die sich untereinander vertreten können.[583] Teilzeitbeschäftigte finden, anders als iRd kündigungsschutzrechtlichen Kleinbetriebsklausel, nicht nur eine anteilige Berücksichtigung, sondern sind nach Köpfen voll mitzuzählen. Nicht mitzurechnen sind indes die zu ihrer Berufsausbildung beschäftigten Personen, also Auszubildende nach § 3 BBiG, Volontäre, Praktikanten sowie die zu ihrer Fortbildung, Weiterbildung und Umschulung Beschäftigten. Ebenfalls außer Ansatz bleiben Aushilfskräfte, solange ihre Beschäftigung nur kurzfristig andauert.[584]

c) **Verfahrensvoraussetzungen**

aa) **Ankündigungsfrist**

Der Antragsteller *muss* die Verringerung der Arbeitszeit und *soll* deren Verteilung spätestens **drei Monate** vor der Inanspruchnahme geltend machen. Die Abgabe eines Verteilungswunsches ist aber nicht zwingend und daher keine Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Arbeitszeitantrags. Der Arbeitnehmer kann sich vielmehr dafür entscheiden, ausschließlich die Verringerung seiner Arbeitszeit zu beantragen und es dem Arbeitgeber überlassen, die verbleibende Arbeitszeit zu verteilen.[585]

Beachtet der Arbeitnehmer diese 3-Monatsfrist nicht, ist der Antrag so auszulegen, dass er sich auf den nächstmöglichen Zeitpunkt richtet. Auch ein solcher Antrag würde also die sog. Verhandlungsobliegenheit des Arbeitgebers gem. § 8 III TzBfG auslösen.

bb) **Verhandlungsobliegenheit**

Nach § 8 III TzBfG soll eine Lösung im Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer herbeigeführt werden, und zwar sowohl hinsichtlich der Reduzierung der Arbeitszeit als auch hinsichtlich deren Verteilung.

---

[580] BT-Drs. 14/3553, 22.
[581] Schrader, in: in: BeckOK ArbR, § 630 BGB Rn. 52.
[582] Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 2.
[583] BAG 27.04.2004, NZA 2004, 1225, 1225.
[584] Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 8.
[585] BAG 23.11.2004, NZA 2005, 769, 770; 27.04.2004, NZA 2004, 1226, 1227.

cc) **Anspruchsgegenstand und Inhalt des Arbeitszeitantrags**

Das Teilzeitbegehren des Arbeitnehmers richtet sich auf Abgabe einer Willenserklärung durch den Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer fordert die Zustimmung zur **Änderung des Arbeitsvertrages** mit dem Inhalt einer Neuvereinbarung der Arbeitszeit. Dogmatisch gesehen unterwirft das TzBfG den Arbeitgeber also einem gesetzlichen Kontrahierungszwang.[586]

Der Arbeitnehmer hat sowohl einen Anspruch auf *Verringerung seiner Arbeitszeit* als auch auf *Verteilung der danach verbleibenden Arbeitszeit* entsprechend seiner Wünsche. Der Antrag auf eine Neuverteilung der Arbeitszeit setzt dabei aber stets einen solchen auf Verringerung der Arbeitszeit voraus. Der Arbeitnehmer kann sich also nicht darauf beschränken, bloß eine andere Lage der Arbeitszeit zu verlangen.[587] In der Regel besteht aus Sicht des antragstellenden Arbeitnehmers eine Verknüpfung zwischen Reduzierung der Arbeitszeit und deren Verteilung, so dass der Arbeitgeber den Antrag nur insgesamt annehmen oder ablehnen kann.

Rechtsmissbräuchliches Teilzeitbegehren: Im Einzelfall kann das Verringerungsverlangen rechtsmissbräuchlich sein und zur Ablehnung des Teilzeitbegehrens führen. Das BAG führt dazu aus: Liegen im Einzelfall besondere Umstände vor, die darauf schließen lassen, der Arbeitnehmer wolle die ihm gem. § 8 TzBfG zustehenden Rechte zweckwidrig dazu nutzen, unter Inkaufnahme einer nur unwesentlichen Verringerung der Arbeitszeit und der Arbeitsvergütung eine bestimmte Verteilung seiner Arbeitszeit zu erreichen, auf die er ohne die Arbeitszeitreduzierung keinen Anspruch hätte, kann dies die Annahme eines nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlichen Verringerungsverlangens rechtfertigen.[588]

Der Anspruch auf Herabsetzung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit besteht unabhängig von der Rechtsgrundlage, aus der sich die bisherige Arbeitszeit ergibt. Er greift folglich auch dann, wenn die Regelarbeitszeit auf Tarifvertrag beruht.

Der Antrag muss inhaltlich ausreichend bestimmt sein, so dass der Arbeitgeber ihn nur mit „ja“ oder „nein“ zu beantworten braucht.[589] Es reicht also nicht, wenn der Arbeitnehmer eine Teilzeitbeschäftigung „mit einem Umfang von 30–40% der bisherigen Vollzeittätigkeit“ beantragt.

Der Antrag muss ein kalendermäßig bestimmtes oder bestimmbares **Datum für den Beginn der Verringerung** enthalten. Ein befristetes Herabsetzungsverlangen war hingegen bislang unzulässig.[590] Auf einen solchen Antrag brauchte der Arbeitgeber nicht zu reagieren, weil er von vornherein nicht durchsetzbar ist.

Hinweis: Am 1.1.2019 trat das Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts in Kraft und zur Einführung einer Brückenteilzeit. Im Mittelpunkt des Gesetzes steht die Einführung eines Anspruchs auf zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit (sog. Brückenteilzeit) durch den neuen § 9a TzBfG (vgl. dazu unter 5. Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts).

dd) **Ablehnung und gesetzliche Fiktion**

Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der neuen Arbeitszeit schriftlich entweder seine Zustimmung oder seine Ablehnung mitteilen (§ 8 V 3 TzBfG). Nach dem Gesetzeswortlaut muss der Arbeitgeber

---

[586] Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 9.
[587] Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 10.
[588] BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11; Hess. LAG, 21.9.2017 – 11 Sa 1495/16. Vorliegend beantragte der Kläger eine Absenkung der bereits auf 75% reduzierten Arbeitszeit um weitere 0,21%. Vorrangig ging es dem Kläger um eine andere Verteilung und nicht um eine nennenswerte Verringerung der Arbeitszeit. Die beantragte Absenkung war so gering, dass von einem ernsthaften Interesse an der Reduzierung der Arbeitszeit nicht ausgegangen werden konnte.
[589] BAG 15.04.2008, NZA 2008, 998 (zu § 15 BEEG); 16.10.2007, NZA 2008, 289; 18.05.2004, NZA 2005, 108, 111.
[590] BAG 12.09.2006, NZA 2007, 253; 19.08.2003, AP TzBfG § 8 Nr. 4; Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 14.

dem Arbeitnehmer sowohl seine Entscheidung über den Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit als auch die über den Antrag auf deren Neuverteilung mitteilen. Lehnt der Arbeitgeber allerdings bereits die Verringerung ab, so erstreckt sich die Ablehnung zwangsläufig auch auf den Verteilungswunsch, und zwar schon deshalb, weil das Gesetz dem Arbeitnehmer keinen eigenständigen Anspruch auf eine Neuverteilung der Arbeitszeit einräumt. Stimmt der Arbeitgeber aber der Verringerung der Arbeitszeit zu, muss er, will er dem Verteilungswunsch nicht entsprechen, diesen ausdrücklich ablehnen. Andernfalls greift für letzteren die gesetzliche Fiktion ein.[591]

Erklärt sich der Arbeitgeber mit dem Verringerungsverlangen einverstanden, lehnt er aber die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit ab, so erfolgt damit eine teilweise Änderung des Arbeitsvertrags, obgleich beide Anträge regelmäßig eine inhaltliche Einheit bilden. Es erschiene nämlich zweckwidrig, müsste der Arbeitnehmer sowohl die Verringerung als auch die Verteilung der Arbeitszeit gerichtlich geltend machen, obgleich der Arbeitgeber sich mit dem ersten Verlangen bereits einverstanden erklärt hat. Vielmehr muss der Arbeitnehmer in diesem Fall nur noch die angestrebte Neuverteilung der Arbeitszeit einklagen.[592] Tut er dies nicht, kann der Arbeitgeber die verbleibende Arbeitszeit im Rahmen seines Direktionsrechts (§ 106 GewO) festlegen.

Beachte: Erfolgt innerhalb der gesetzlichen Frist (spätestens ein Monat vor dem gewünschten Beginn) keine Einigung oder Ablehnung bezüglich des Arbeitszeitwunsches und deren Verteilung, wird die Zustimmung des Arbeitgebers zu dem Antrag des Arbeitnehmers fingiert. Voraussetzung ist aber stets, dass die Grundvoraussetzungen des § 8 TzBfG erfüllt sind (also: Wartezeit, Mindestunternehmensgröße, kein Eingreifen der Sperrfrist nach Abs. 6).

ee) **Gerichtliche Geltendmachung**

Lehnt der Arbeitgeber den Antrag frist- und formgerecht ab, kann der Arbeitnehmer seinen Teilzeitanspruch gerichtlich geltend machen mit dem Ziel der Verurteilung des Arbeitgebers zur Zustimmung. Sofern aus Sicht des Gerichts keine betrieblichen Gründe vorliegen, obsiegt der Arbeitnehmer. In diesem Fall gilt die Zustimmung des Arbeitgebers dann als erteilt (vgl. § 894 ZPO).

ff) **Entgegenstehende betriebliche Gründe?**

Liegen die Voraussetzungen des § 8 TzBfG vor, muss der Arbeitgeber dem Verringerungswunsch des Arbeitnehmers zustimmen. Er darf ihn nur ablehnen, wenn dem Arbeitszeitverlangen *betriebliche Gründe* entgegenstehen (vgl. § 8 IV 1 TzBfG). Das Ablehnungsrecht des Arbeitgebers bezieht sich dabei sowohl auf die Verringerung als auch auf die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit. Es ist daher durchaus möglich, dass dem Verringerungswunsch keine Einwendungen entgegenstehen, dem Verteilungswunsch hingegen schon.

Gemäß **§ 8 IV 2 TzBfG** liegt ein betrieblicher Grund insbesondere vor, wenn die Verringerung bzw. Verteilung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigen oder unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Nach dem Gesetzeswortlaut müssen die Gründe, die dem Teilzeitwunsch des Arbeitnehmers entgegenstehen, also nicht „dringend“ sein. Es genügen vielmehr rationale und nachvollziehbare Gründe des Arbeitgebers.[593] Danach wären an die Ablehnungsgründe eigentlich weniger strenge Anforderungen zu stellen, als dies § 1 I KSchG für eine betriebsbedingte Kündigung oder § 15 BEEG bzw. einige tarifliche Regelungen für die Ablehnung eines Teilzeitwunsches vorsehen (§ 11 TVöD) vorsehen.

Das BAG hat die **Anforderungen an den Ablehnungsgrund** indes deutlich erhöht. Formal respektiert es zwar die gesetzgeberische Entscheidung. Es verschiebt die Gewichte aber, indem es verlangt, dass die vom Arbeitgeber vorgetragenen

[591] Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 63.
[592] Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 64.
[593] Vgl. Gesetzesbegründung: BT-Drs. 14/4374, 14.

betrieblichen Gründe so erheblich sein müssen, dass die Erfüllung des Teilzeitwunsches zu einer „wesentlichen" Beeinträchtigung der Arbeitsorganisation, des Arbeitsablaufs oder zu einer unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Belastung des Betriebs führt.[594] Zuweilen spricht das BAG auch davon, dass die Ablehnungsgründe „hinreichend gewichtig" sein müssten.[595] Folglich richtet das BAG auch strenge Voraussetzungen an den notwendigen Arbeitgebervortrag.

gg) **Einzelheiten zum betrieblichen Grund**

Zur näheren Konkretisierung des Ablehnungsgrundes hat das BAG eine **Drei-Stufen-Prüfung** etabliert, deren Grundsätze sowohl für den Wunsch auf Verringerung der Arbeitszeit als auch für die Verteilung der Arbeitszeit gelten.[596]

Festzustellen ist auf der *ersten Stufe*, ob der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehen Arbeitszeitregelung überhaupt ein betriebliches Organisationskonzept zugrunde liegt und – wenn es zutrifft – um welches Konzept es sich handelt.

Liegt ein solches Konzept vor, ist in der *zweiten Stufe* zu untersuchen, inwieweit die Arbeitszeitreduzierung der Arbeitszeitregelung des betrieblichen Organisationskonzepts tatsächlich entgegensteht. Dabei ist auch zu prüfen, ob eine durch den Arbeitgeber zumutbare Änderung von betrieblichen Abläufen oder des Personaleinsatzes die betrieblich erforderliche Arbeitszeitregelung unter Wahrung des Organisationskonzepts mit dem individuellen Arbeitswunsch des Arbeitnehmers zur Deckung gebracht werden kann.

Ergibt sich, dass das Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers nicht mit dem organisatorischen Konzept und der daraus folgenden Arbeitszeitregelung in Übereinstimmung gebracht werden kann, ist in einer *dritten Stufe* das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe zu prüfen. Zu fragen ist, ob durch die vom Arbeitnehmer gewünschte Abweichung die betrieblichen Belange oder das betriebliche Organisationskonzept und die ihm zugrunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung wesentlich beeinträchtigt werden.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen entgegenstehender Gründe liegt dabei beim Arbeitgeber.[597]

Beispiele: Der Arbeitgeber kann berechtigt sein, den Verringerungs- und Verteilungsantrag des Arbeitnehmers abzulehnen, wenn berufsspezifische Anforderungen des Arbeitsplatzes die Präsenz des Arbeitnehmers über einen gewissen Zeitraum bedingen. Dies ist bspw. der Fall, wenn ein Kindergarten ein pädagogisches Konzept verfolgt, das eine durchgängige Betreuung der Kinder durch einen Erzieher vorsieht.[598]

Eine wesentliche Beeinträchtigung der Organisation oder des Arbeitsablaufs kann durch den Teilzeitwunsch eintreten, wenn das Verkaufskonzept des Arbeitgebers es erfordert, dass Kunden jeweils nur durch einen bestimmten Verkäufer betreut werden.[599]

Grds. kann einem Teilzeitverlangen entgegenstehen, dass der Arbeitgeber sein Arbeitszeitorganisationskonzept an bestimmte, von ihm für sinnvoll erachtete Maschinenlaufzeiten oder an ein bestimmtes Schichtsystem koppelt.[600] Überdies steht einem Teilzeitverlangen entgegen, wenn auf Grund der tariflich vorgeschriebenen Arbeitszeitverteilung der Arbeitnehmer, der den

[594] BAG 20.07.2004, NZA 2004, 1090, 1093; 27.04.2004, NZA 2004, 1225, 1228; Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 29.
[595] BAG 18.02.2003, NZA 2003, 1392, 1394.
[596] BAG 15.08.2006, NZA 2007, 259; Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 32.
[597] BAG 08.05.2007, NJW 2007, 3661.
[598] BAG 18.03.2003, NZA 2004, 1064.
[599] BAG 30.9.2003, NZA 2004, 382, 384.
[600] Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 42.

Teilzeitwunsch äußert bzw. andere mittelbar betroffene Arbeitnehmer im Betrieb nicht mehr mit ihrer gesamten Arbeitszeit eingesetzt werden könnten, so dass der Arbeitgeber in Annahmeverzug geraten würde.[601]

d) **Verlängerung der Arbeitszeit, § 9 TzBfG**

Nach § 9 TzBfG hat der Arbeitgeber einem teilzeitbeschäftigter 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. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit erhöhter Arbeitszeit zu unterbreiten.[602]

Ein entsprechend **freier Arbeitsplatz** ist gegeben, wenn auf dem zu besetzenden freien Arbeitsplatz die gleiche oder zumindest vergleichbare Tätigkeit auszuüben ist wie sie der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer schuldet, der den Wunsch nach der Verlängerung der Arbeitszeit angezeigt hat. Der Anspruch setzt aber voraus, dass eine „entsprechender freier Arbeitsplatz" zu besetzen ist. Ein freier Arbeitsplatz gemäß § 9 TzBfG besteht, wenn der Arbeitsplatz rechtlich frei ist, entweder, weil er neu geschaffen worden ist oder weil ein bereits vorhandener Arbeitsplatz durch Ausscheiden eines Arbeitnehmers oder Umstrukturierung frei wird.

Zu der Frage, ob ein **vertretungsweise befristet zu besetzender Arbeitsplatz** ein freier Arbeitsplatz iSv § 9 TzBfG ist, hat das LAG Hessen mit Urteil vom 31.01.2017[603] wie folgt ausgeführt: In Fällen einer nur befristeten Besetzung, zur Vertretung eines zeitweise abwesenden Arbeitnehmers, liegt hingegen kein freier Arbeitsplatz vor. Eine Erweiterung des Berücksichtigungsgebots des § 9 TzBfG auf diese Fälle entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Norm, die gerade einen Anspruch auf dauerhafte Verlängerung der vertraglichen Arbeitszeit zum Ziel hat.[604]

Der Arbeitnehmer hat **keinen Anspruch auf Schaffung eines Arbeitsplatzes** nach den Arbeitszeitwünschen oder die ihm für einen anderen (Teilzeit-)Arbeitsplatz nach vorgesehene Arbeitszeit ganz oder teilweise zuteilt.[605] Hinsichtlich Eignung und Qualifikation muss der Teilzeitbeschäftigte den objektiven Anforderungen dieses Arbeitsplatzes genügen. Der Arbeitgeber kann den Berücksichtigungsanspruch nicht dadurch umgehen, dass er die gleiche Tätigkeit auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz anders vergüten will. Dem Besetzungswunsch dürfen nach § 9 TzBfG hinsichtlich der Auswahlentscheidung keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.

e) **Verhältnis des § 8 TzBfG zu anderen Teilzeitansprüchen**

Neben § 8 TzBfG bestehen spezialgesetzliche Regelungen, die dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Herabsenkung seiner bisherigen Arbeitszeit einräumen.

aa) **Elternteilzeit**

Grds. lässt das TzBfG spezialgesetzliche Ansprüche auf Teilzeit unberührt (§ 23 TzBfG). Zwischen diesen und § 8 TzBfG besteht eine Anspruchskonkurrenz.[606] So kann etwa der sich in Elternzeit befindliche Arbeitnehmer – sind die jeweiligen

[601] BAG 13.11.2007, NZA 2008, 314.
[602] BAG NZA 2007, 255.
[603] LAG Hessen, 31.1.2017, öAT 2018, 39.
[604] LAG Hessen, 31.1.2017 – 13 Sa 573/16 m. Anm. Pawlak, Eine vertretungsweise befristet zu besetzender Arbeitsplatz ist kein freier Arbeitsplatz iSv § 9 TzBfG, öAT 2018, 39. Da die Frage, wie § 9 TzBfG auf befristete Besetzungen von Arbeitsplätzen zu verstehen ist, bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden ist, hat das LAG die Revision zugelassen. Das Verfahren ist beim BAG unter dem Aktenzeichen 9 AZR 167/17 anhängig.
[605] BAG NZA 2016, 881.
[606] BAG 22.10.2008, NZA 2009, 962; 15.04.2008, NZA 2008, 998.

Anspruchsvoraussetzungen gegeben - sowohl eine Reduzierung seiner Arbeitszeit nach § 15 BEEG anstreben, als auch eine Verringerung seiner Arbeitszeit nach § 8 TzBfG verlangen. Dabei ist aber jeweils nach dem Anspruchsziel genau zu differenzieren. Während es bei § 15 BEEG (ebenso § 3 IV PflegeZG und § 2 FPfZG) nur um eine Verringerung der Arbeitszeit während der Eltern-(Pflege-)zeit geht, zielt eine Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG auf eine dauerhafte Reduzierung der Arbeitszeit ab.[607]

bb) **Tarifliche Teilzeitregelung**

Der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit ist zudem ein Regelungsgegenstand in zahlreichen Tarifverträgen. Die bekanntesten und in der Arbeitsrechtspraxis wichtigsten unter ihnen sind die Regelungen des § 11 TVöD. Nach der Rechtsprechung des BAG wird die tarifliche Teilzeitregelung in § 11 TVöD grds. nicht durch § 8 TzBfG verdrängt.[608] § 11 TVöD ist gegenüber der gesetzlichen Regelung in § 8 IV TzBfG günstiger und deshalb wirksam: Abweichend von § 8 II TzBfG ermöglichst die Tarifvorschrift dem Beschäftigten, die Arbeitszeit befristet herabzusetzen.[609] Umgekehrt besteht der gesetzliche Teilzeitanspruch neben den jeweils einschlägigen tariflichen Regelungen. Das folgt schon aus § 22 TzBfG, wonach auch die Tarifparteien den gesetzlichen Teilzeitanspruch nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers verändern dürfen. Meist privilegieren die einschlägigen Tarifregelungen den Arbeitnehmer aber, weil sie das notwendige Gewicht der betrieblichen Gründe erhöhen, die einem Teilzeitwunsch entgegenstehen können, so dass es für den Arbeitnehmer an sich wenig Sinn machen würde, statt auf einen tariflichen Anspruch auf § 8 TzBfG zurückzugreifen. Nachdem das BAG die Anforderungen an die dem Teilzeitwunsch entgegenstehenden betrieblichen Gründe mittlerweile so erhöht hat, dass nur noch gewichtige betriebliche Gründe einen Teilzeitwunsch ausschließen können, sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 TzBfG und der tariflichen Regelungen letztlich aber ohnehin mehr oder weniger die gleichen.

4. **Tarifliche (familienbedingte) Teilzeitbeschäftigung nach § 11 TVöD**

In § 11 TVöD geht es um den Wechsel von Tarifbeschäftigten in Teilzeitbeschäftigung bzw. um die spätere Rückkehr in Vollzeitbeschäftigung. Die Vorschrift steht in engem Zusammenhang mit der verstärkten Förderung von Teilzeitarbeit, speziell mit der Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie.

§ 11 TVöD statuiert nur für die Beschäftigten im Geltungsbereich des TVöD Ansprüche auf Teilzeitbeschäftigung aus familiären Gründen zur Kinderbetreuung bzw. zur Pflege eines Angehörigen (Abs. 1)[610] sowie einen Erörterungsanspruch bzgl. einer Teilzeitbeschäftigung bei anderen Gründen (Abs. 2). § 11 III TVöD enthält eine Regelung zur bevorzugten Berücksichtigung früher Vollbeschäftigter bei der Besetzung von Vollzeitstellen.

Praxistipp: Im Geltungsbereich des BGleiG haben die Dienststellen Anträgen von Beschäftigten mit Familien- oder Pflegeaufgaben auf familien- oder pflegebedingte Teilzeitbeschäftigung [oder Beurlaubung] zu entsprechen, soweit zwingende dienstliche Belange nicht entgegenstehen (§ 16 I BGleiG). § 16 BGleiG ist insoweit eine besondere gesetzliche Ausprägung dieser familienbedingten Förderung von Teilzeitarbeit.

[607] BAG 19.04.2005, NZA 2005, 1354, 1357; Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 79.
[608] BAG 18.05.2004, NZA 2005, 108, 113; BAG 18.03.2003, AP TzBfG § 8 Nr. 3 für die Vorgängerregelung des § 15b BAT; Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 3.
[609] BAG 16.12.2014, NZA 2015, 825 Rn. 17.
[610] Ein familienbedingter Teilzeitanspruch folgt für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes auch aus § 16 BGleiG.

a) **Herabsetzung der Arbeitszeit nach § 11 I TVöD**

aa) **Voraussetzungen des Teilzeitanspruchs**

Nach § 11 I 1 TVöD ist der Arbeitgeber verpflichtet, auf Antrag mit dem Beschäftigten eine geringere als die vertraglich festgelegte Arbeitszeit zu vereinbaren, wenn sie mindestens ein Kind unter 18 Jahren (Buchst. a) oder einen nach ärztlichen Gutachten pflegebedürftigen sonstigen Angehörigen tatsächlich betreuen oder pflegen (Buchst. b).

Die Vorschrift regelt damit nur die Arbeitszeitverringerung auf *Initiative (Antrag) des Beschäftigten*. Ein Recht des Arbeitgebers zur Einführung von Teilzeit innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses bzw. zu einer entsprechenden Änderungskündigung ist damit nicht verbunden. Unberührt bleibt ferner die einvernehmliche Vereinbarung befristeter oder unbefristeter Teilzeit auch außerhalb dieser Vorschrift.[611]

Antragserfordernis: Zur Reduzierung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit bedarf es eines Antrags des Beschäftigten, der als Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages zu verstehen ist.[612] Der Antrag ist die Geltendmachung des Verringerungsbegehrens. Der Antrag nach § 11 I TVöD ist formfrei, aus Beweissicherungsgründen ist jedoch Textform zu empfehlen. § 2 I TVöD setzt zwar die schriftliche Abfassung der Teilzeitvereinbarung vor. In Abgrenzung der Nebenabrede besteht hier aber keine Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung, da die Teilzeitvereinbarung Teil der Hauptabrede ist.

Er unterliegt aber dem **Bestimmtheitsgebot**. Zum Inhalt der Geltendmachung gehört deshalb das konkrete Datum, ab dem die Arbeitszeit verringert werden soll und der tarifvertraglich vorgesehene Grund für die Arbeitszeitverringerung, da ansonsten nicht erkennbar ist, ob der Beschäftigte einen Antrag nach § 11 I TVöD stellt oder eine Erörterung nach § 11 II TVöD begehrt. In dem Antrag muss der Beschäftigte auch die gewünschte prozentuale Reduzierung der Arbeitszeit angeben. Bei befristeter Reduzierung der Arbeitszeit ist zudem der kalendermäßige Zeitpunkt der Beendigung mit anzugeben. Ferne sollte der Antrag klarstellen, nach welcher Anspruchsgrundlage eine Verringerung der Arbeitszeit begehrt wird.[613]

Hinsichtlich der *Lage der verringerten Arbeitszeit* formuliert die Vorschrift weder einen besonderen Anspruch, noch eine besondere Antragsbefugnis, sondern lediglich die Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 11 I 4 TVöD, der besonderen persönlichen Situation des Beschäftigten im Rahmen der dienstlichen bzw. betrieblichen Möglichkeiten Rechnung zu tragen. Wie nach § 8 II TzBfG kann der Beschäftigte aber den Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit mit einem vertraglichen Angebot hinsichtlich ihrer Verteilung verbinden und letztere auch als Bedingung formulieren.[614]

Kinder sind die in den § 32 EStG und § 63 EStG Genannten, das sind im ersten Grad mit dem Steuerpflichtigen verwandte Kinder, Pflegekinder[615], vom Berechtigten in seinen Haushalt aufgenommene Kinder seines Ehegatten, vom Berechtigten in seinen Haushalt aufgenommene Enkel. ***Tatsächliche Betreuung*** erfordert nicht, dass der Beschäftigte das oder die Kinder in der arbeitsfreien Zeit ununterbrochen betreut bzw. dass der Umfang der Arbeitszeitreduzierung mit dem für die Betreuung erforderlichen Zeitaufwand deckungsgleich sein muss; das oder die zu betreuenden Kinder werden aber regelmäßig in den Haushalt des Anspruchsberechtigten aufgenommen sein müssen.[616]

---

[611] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 5.
[612] BAG 20.7.2004, NZA 2004, 1090; 18.5.2004, NZA 2005, 108.
[613] Nollert-Borasio, in: Burger, TVöD/TV-L, § 11 Rn. 17.
[614] BAG 18.2.2003, AP TzBfG § 8 Nr. 2; Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 7.
[615] § 32 I Nr. 2 EStG: Pflegekinder sind Personen, mit denen der Steuerpflichtige durch ein familienähnliches, auf längere Dauer berechnetes Band verbunden ist, sofern er sie nicht zu Erwerbszwecken in seinem Haushalt aufgenommen hat und das Obhuts- und Pflegeverhältnis zu den Eltern nicht mehr besteht.
[616] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 9.

Bei einem Kind, das in dem gemeinsamen Haushalt der Eltern lebt, können diese wählen, wer von beiden das Kind betreuen soll. Der Anspruch nach § 11 TVöD besteht auch dann, wenn eine anderweitige Betreuung oder Pflege möglich ist, der Beschäftigte aber tatsächlich die Betreuung oder Pflege übernehmen möchte.[617] Unter **Haushaltsaufnahme** ist das örtlich gebundene Zusammenleben von Kind und Berechtigtem in einer gemeinsamen Familienwohnung zu verstehen. Das Kind muss in diesem Haushalt seine persönliche Versorgung und Betreuung finden und sich grundsätzlich hier nicht nur zeitweise, sondern durchgängig aufhalten. Eine Haushaltsaufnahme ist dann gegeben, wenn das Kind in die Familiengemeinschaft mit einem dort begründeten Betreuungs- und Erziehungsverhältnis aufgenommen worden ist. Neben dem örtlich gebundenen Zusammenleben müssen Voraussetzungen materieller (Versorgung, Unterhaltsgewährung) und immaterieller Art (Fürsorge, Betreuung) erfüllt sein.[618]

Pflegebedürftig ist der Angehörige, wenn er infolge seiner körperlichen, seelischen oder geistigen Behinderung nicht in der Lage ist, die Angelegenheiten des täglichen Lebens selbst und ohne fremde Hilfe zu erledigen (vgl. §§ 14, 15 SGB IX). Angehörige iSd § 11 TVöD sind zunächst Kinder, die älter als 18 Jahre alt sind sowie die in § 20 V 1 VwVfG als Angehörige definierten Personen. Die Feststellung der Pflegebedürftigkeit erfolgt nach § 18 SGB XI durch Begutachtung des medizinischen Dienstes der Krankenversicherungen. Auf Verlangen des Arbeitgebers ist die durch den medizinischen Dienst der Krankenversicherung festgestellte Pflegebedürftigkeit nachzuweisen. Hierzu genügt ein einfaches ärztliches Attest, die Vorlage des Gutachtens ist nicht erforderlich. Die **tatsächliche Betreuung oder Pflege** des Angehörigen ist weitere Voraussetzung. Ausreichend ist die bloße Absicht, sich nach der Arbeitszeitverringerung um den pflegebedürftigen Angehörigen kümmern zu wollen.[619]

bb) **Entgegenstehende dringende dienstliche bzw. betriebliche Belange**

Sowohl für den Anspruch nach § 11 I 1 Buchst. a) als auch nach S. 1 b) ist Voraussetzung, dass der Verringerung der Arbeitszeit *dringende dienstliche bzw. betriebliche Belange nicht entgegenstehen*. Schon für die Anerkennung der „betrieblichen Gründe“ iSd § 8 IV 1 TzBfG setzt die Rechtsprechung voraus, dass der Arbeitszeitwunsch die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit des Betriebs wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht.[620] Mit dem Begriff „*dringend*", der § 15 VII Nr. 4 BEEG entspricht, wird ausgedrückt, dass eine Angelegenheit notwendig, erforderlich oder auch sehr wichtig ist.[621] Dass in § 11 TVöD von *dringenden* dienstlichen oder betrieblichen Belangen die Rede ist, unterstreicht den Vorrang, den die Tarifvertragsparteien den Interessen der Beschäftigten eingeräumt haben. Die entgegenstehenden dienstlichen bzw. betrieblichen Interessen müssen von erheblichem Gewicht sein und sich gleichsam als zwingendes Hindernis für die beantragte Reduzierung der Arbeitszeit und deren Verteilung erweisen.[622]

Das OVG Nordrhein-Westfalen definiert dringende dienstliche Belange wie folgt: alle organisatorischen und personalwirtschaftlichen Aspekte, die das dienstliche Interesse an der sachgemäßen und reibungslosen Erfüllung der der Verwaltung übertragenen Aufgaben betreffen.[623] Ein Versagen der Teilzeitbeschäftigung kann somit durch bloßen Hinweis auf einen durch die Arbeitszeitverringerung entstehenden Personalmangel nicht begründet werden.

Dringende Belange für die Versagung eines Teilzeitwunsches sind insbesondere dann anzunehmen, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, für das Arbeitszeitvolumen, um das sich die Arbeitszeit des Arbeitnehmers verringern soll, eine geeignete

[617] Nollert-Borasio, in: Burger, TVöD/TV-L, § 11 Rn. 12.
[618] Bundeszentralamt für Steuern (Hrsg.), Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommenssteuergesetz unter A 9 mwN (Stand: 2018).
[619] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 14.
[620] BAG 18.2.2003, AP TzBfG § 8 Nr. 2.
[621] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 11.
[622] BAG 16.10.2007, ZTR 2008, 166.
[623] OVG Nordrhein-Westfalen 19.4.2010 – 6 A 2596/07.

Ersatzkraft zu finden oder wenn die konkrete Aufgabe ausnahmsweise die Besetzung mit einer Vollzeitkraft verlangt oder der Beschäftigte für eine begrenzte Übergangszeit unverzichtbar ist.[624]

Dagegen sind dem Arbeitgeber Kosten für Personalsuche, Ausschreibung und Einarbeitung angesichts der auch arbeitsmarktpolitischen Zielsetzung grundsätzlich zuzumuten. Kein entgegenstehender dringender betrieblicher Belang ist schließlich allein die unternehmerische Entscheidung für ein bestimmtes Arbeitszeitsystem bzw. die Entscheidung des Arbeitgebers, einen bestimmten Personalbedarf grundsätzlich nur mit Vollzeit zu decken.[625] Der Arbeitgeber hat vorrangig zu prüfen, inwieweit innerhalb der bestehenden Betriebsorganisation Umsetzungen und andere Aufgabenverteilungen möglich sind, wobei anzuerkennen ist, dass es regelmäßig schwer sein wird, für ein relativ geringes zeitliches Volumen eine qualifizierte Fachkraft zu finden.[626]

Da der Anspruch grds. die Arbeitszeitdauer, nicht ihre Lage zum Gegenstand hat, sind Einwendungen, die sich nur gegen eine angestrebte Arbeitszeitlage richten, grundsätzlich unbeachtlich.[627] Etwas anderes gilt nur, wenn der Arbeitnehmer seinen Antrag auf Arbeitszeitverringerung ausdrücklich mit einer im Antrag bestimmten Arbeitszeitgestaltung verknüpft, so dass das eine nicht ohne das andere eintreten soll.

cc) **Verteilung der reduzierten Arbeitszeit**

Anders als § 8 TzBfG regelt die Vorschrift weder einen konkreten Anspruch auf eine konkrete Arbeitszeitverteilung noch ein besonderes Verfahren einschließlich einer Zustimmungsfiktion für den Fall, dass der Arbeitgeber nicht rechtzeitig widerspricht. § 11 I TVöD gewährt den Beschäftigten unter den dort genannten Voraussetzungen nur einen Anspruch auf Verringerung der vertraglich festgelegten Arbeitszeit. Nach einer Entscheidung des BAG vom 16.12.2014 begründet die Vorschrift, anders als bei § 8 IV TzBfG, keine Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitsvertrag hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit zu ändern.[628] Die Arbeitszeitgestaltung unterliegt weiterhin allein dem Direktionsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO), wonach ua die Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmt werden kann. Hiernach ist der Arbeitgeber gerade nicht verpflichtet, die Verteilung der Arbeitszeit vertraglich festzulegen.

Merke: 11 I TVöD gewährt Beschäftigten unter den dort genannten Voraussetzungen nur einen Anspruch auf Verringerung der vertraglich festgelegten Arbeitszeit. Die Vorschrift begründet jedoch keine Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitsvertrag hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit zu ändern.

Aus § 11 I 4 TVöD ergibt sich allerdings die Verpflichtung des Arbeitgebers, bei der Gestaltung der Arbeitszeit der besonderen persönlichen Situation des Beschäftigten im Rahmen der dienstlichen bzw. betrieblichen Möglichkeiten Rechnung zu tragen. Generell darf ein Arbeitgeber an einen Arbeitnehmer keine betrieblich nicht zwingenden Ansprüche stellen, die die *Vereinbarkeit von Familie und Beruf* verhindern.[629]

Praxistipp: Die Entscheidung des BAG überzeugt in jeder Hinsicht. Der Arbeitgeber ist für die Verteilung des Arbeitszeitvolumens verantwortlich; dies ist Kern seines Direktionsrechts. Bei der Direktionsrechtsausübung ist allerdings den besonderen persönlichen Belangen der Arbeitnehmer – hier der Kinderbetreuung – Rechnung zu tragen. Dies führt letztlich dazu, dass der Arbeitnehmer – je nach Betriebsgröße – faktisch einen Anspruch darauf hat, dergestalt bei der Dienstplanerstellung

[624] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 11.
[625] BAG, 18.2.2003, AP TzBfG § 8 Nr. 2.
[626] ArbG Celle, 11.02.2004, LAGE § 15 BErzGG Nr. 6.
[627] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 11.
[628] BAG 16.12.2014 - 9 AZR 915/13, NZA 2015, 825 Rn. 18.
[629] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 16.

berücksichtigt zu werden, dass die Kinderbetreuung gewährleistet ist. Hierauf wird auch der Personal- bzw. Betriebsrat im Rahmen seines Beteiligungsrechts gem. § 75 III Nr. 1 BPersVG, § 80 I Nr. 1 achten.[630]

Beachte: Im Geltungsbereich des **BGleiG** ist nach § 1 I Nr. 3 BGleiG, die Familienfreundlichkeit sowie die Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Berufstätigkeit für Frauen und Männer zu verbessern. Dieses erklärte Ziel des BGleiG wird auch bei der Verteilung der reduzierten Arbeitszeit zu beachten sein. Ferner haben die Dienststellen darauf zu achten, dass Beschäftigte, deren Antrag auf Teilzeitbeschäftigung, [familien- oder pflegefreundliche Arbeitszeitmodelle oder Beurlaubung zur Wahrnehmung von Familien- oder Pflegeaufgaben] positiv entschieden wurde, eine ihrer ermäßigten Arbeitszeit entsprechende Entlastung von ihren dienstlichen Aufgaben erhalten (§ 16 V Nr. 1 BGleiG). Ferner haben die Dienststellen darauf zu achten, dass sich aus der ermäßigten Arbeitszeit keine dienstlichen Mehrbelastungen für andere Beschäftigte der Dienststelle ergeben (§ 16 V Nr. 2 BGleiG).

dd) **Umfang und Dauer der nach § 11 I TVöD beantragten Teilzeittätigkeit**

Eine Mindestbegrenzung bzgl. des Umfangs der Teilzeittätigkeit sieht § 11 I TVöD nicht vor. Es kann damit grds. eine beliebige Teilzeittätigkeit beantragt werden, zB auch künftig nur noch weniger als die Hälfte der regelmäßigen Wochenarbeitszeit nach § 6 I TVöD arbeiten zu wollen, etwa nur noch 15 Stunden. Die untere Grenze der Teilzeittätigkeit wird der Arbeitgeber nach billigem Ermessen gem. § 315 III BGB jedoch dort ziehen können, wo eine sachgerechte Beschäftigung aus seiner Sicht nicht mehr möglich ist.[631]

b) **Erörterungsanspruch**

Liegen die Voraussetzungen des § 11 I TVöD nicht vor, hat der Beschäftigte kein Recht auf Reduzierung der Arbeitszeit, sondern lediglich einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Erörterung seines Teilzeitwunsches (§ 11 II TVöD). Der Beschäftigte kann versuchen mit dem Arbeitgeber eine Teilzeittätigkeit zu vereinbaren. Ein unmittelbarer Anspruch auf Teilzeittätigkeit folgt aus § 11 II TVöD aber nicht. Letztlich bleibt der Arbeitgeber in seiner Entscheidung frei, dem vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer einen Teilzeitarbeitsplatz anzubieten.[632]

Merke: Nach § 11 II TVöD besteht kein Anspruch auf Befristung einer Teilzeitvereinbarung. Ein solcher Anspruch besteht nur nach § 11 I TVöD. Eine Befristung kann nach entsprechender Erörterung vereinbart werden. Hier ist aber Zurückhaltung geboten. Verfährt man zu großzügig, wird hier gleichsam „ein Fass ohne Boden“, speziell dann, wenn es um Stundenreduzierung in geringem Umfang geht, etwa auf 80% der regelmäßigen Arbeitszeit. Eine solche Befristung kommt primär bei Vorliegen wichtiger Gründe in Betracht.

c) **Bevorzugte Berücksichtigung bei späterer Besetzung eines Vollzeitarbeitsplatzes**

Beschäftigte, deren Arbeitszeit aus familiären oder anderen Gründen unbefristet verringert wurden, sollen bei gleicher Eignung bei der Besetzung eines geeigneten Vollzeitarbeitsplatzes bevorzugt berücksichtigt werden (§ 11 III TVöD).

d) **Rechtsfolgen der Teilzeitbeschäftigung**

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 11 I TVöD vor, hat der Beschäftigte Anspruch auf die Vereinbarung einer geringeren Arbeitszeit. Dem Arbeitgeber ist insoweit kein Ermessen eingeräumt. Seine Interessen an der Beibehaltung der bisherigen Arbeitszeit und die Interessen des Angestellten an deren Veränderung sind nicht abzuwägen. Das wirkt sich

[630] Vgl. dazu Seel, BAG: Reduzierte Arbeitszeit gem. § 11 TVöD-B – Kein Anspruch auf vertragliche Regelung der Verteilung, öAT 2015, 121 ff.; Rheinhardt, Teilzeitarbeit – Verteilung der reduzierten Arbeitszeit, ZTR 2015, 329.
[631] Weizenegger, in: Bredemeier/Neffe, § 11 TVöD Rn. 16-
[632] Weizenegger, in: Bredemeier/Neffe, § 11 TVöD Rn. 22.

andererseits auch auf die Rechtsstellung des Beschäftigten aus. Gibt es dringende entgegenstehende Belange iSv § 11 I 1 TVöD, kann er keine tarifliche Verringerung seiner Arbeitszeit beanspruchen, so nachvollziehbar und wichtig seine Gründe sein mögen. Dieses „Alles oder Nichts" bedingt zugleich, dass nur wirklich objektiv gewichtige Gründe des Arbeitgebers die Ablehnung des Antrags rechtfertigen können.[633]

aa) **Arbeitszeitverringerung**

Nach § 11 I 2 TVöD hat der Arbeitgeber bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Verringerung der Arbeitszeit nach Abs. 1 einer **zeitlichen Befristung der Teilzeitbeschäftigung**, sofern der Arbeitnehmer einen entsprechenden Antrag stellt, zuzustimmen.[634] Die Dauer der Teilzeittätigkeit ist auf Antrag des Beschäftigten nach § 11 I 2 TVöD auf bis zu 5 Jahren zu befristen. Die Frist kann verlängert werden; der Antrag ist spätestens sechs Monate vor Ablauf der vereinbarten Teilzeittätigkeit zu stellen.

Ist die Arbeitszeitverringerung auf Antrag des Beschäftigten befristet, lebt die ursprünglich vereinbarte vertragliche Arbeitszeit nach Fristablauf wieder auf. Fallen während der wirksam befristeten Arbeitszeitverringerung die Voraussetzungen nach Absatz 1 Buchst. a) oder b) weg, weil das Kind den Haushalt verlassen hat oder der pflegebedürftige Angehörige verstoben ist, so hat dies keine Auswirkungen auf die verringerte Arbeitszeit und die Befristungsdauer, insbesondere erfüllt der Wegfall der Voraussetzungen des Abs. 1 nicht den Tatbestand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.[635] Dies gilt auch, wenn es sich um eine zeitlich befristete Verkürzung der wöchentlichen Arbeitszeit gehandelt hat (zB für die Dauer von fünf Jahren). Die Voraussetzungen müssen lediglich zum Zeitpunkt der Vereinbarung nach Absatz 1 vorgelegen haben. Auf Wunsch der Beschäftigten sollten in solchen Fällen geprüft werden, ob im Rahmen der jeweiligen dienstlichen oder betrieblichen Möglichkeiten eine Änderung der Vereinbarung erfolgen kann.

Nach § 11 I 3 kann die **befristet vereinbarte Verringerung** der Arbeitszeit auf Antrag des Arbeitnehmers **verlängert** werden. Der Antrag ist spätestens 6 Monate vor Ablauf der vereinbarten Teilzeitbeschäftigung zu stellen. Da es sich um eine „Kann-Vorschrift“ handelt, hat der Arbeitgeber einen Ermessensspielraum. Der Antrag nach § 11 I TVöD kann aber auch nach dem Ende einer nach Abs. 1 befristeten Verringerung der Arbeitszeit und der Rückkehr zur ursprünglich festgelegten Arbeitszeit erneut gestellt werden. Der Wortlaut des § 11 I TVöD bietet keine Anhaltspunkte etwa dafür, der Mitarbeiter könne den Anspruch für jedes Kind nur einmal geltend machen. Ein solcher „Verbrauch“ des Verringerungsanspruchs ist auch mit dem ersichtlich verfolgten Zweck der Regelung unvereinbar. In Familienaufgaben eingebundene Mitarbeiter sollen ein Mehr an Freiraum gewinnen, um sich ihrem minderjährigen Kind widmen zu können. Der Betreuungsaufwand ist von vielen Faktoren abhängig und kann nicht sicher eingeschätzt werden. Dem trägt die tarifliche Regelung mit der Möglichkeit Rechnung, die Teilzeitbeschäftigung zu befristen sowie eine befristete Teilzeitbeschäftigung zu verlängern. Ziel ist eine flexible, auf die jeweiligen Bedürfnisse von Kind/Eltern abgestimmte Arbeitszeit.[636] Die Verlängerung ist vom Zeitrahmen beliebig, sie unterliegt – anders als die erstmalige Befristung – keinen zeitlichen Begrenzungen, solange die Anspruchsvoraussetzungen (zB an das Höchstalter des betreuten Kindes) noch vorliegen.

Auch eine unbefristete Teilzeittätigkeit ist möglich. Hat der Beschäftigte keinen Antrag auf Befristung der Teilzeitarbeit gestellt, so wird die Arbeitszeit dauerhaft reduziert. In diesem Fall hat er keinen Anspruch auf Wiederaufleben seines ursprünglichen Arbeitsvertrages.[637]

---

[633] BAG, 18.03.2003 AP TzBfG § 8 Nr. 3 zur Auslegung des insoweit gleich lautenden § 15b BAT.
[634] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 11.
[635] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 11.
[636] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 15.
[637] Ruge, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg.), Stichwort Teilzeit unter V. 3.

Ob sich aus § 11 I 2 TVöD der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht eine Hinweispflicht des Arbeitgebers auf die Befristungsmöglichkeit der Teilzeitbeschäftigung ergibt, hat das BAG bisher offengelassen,[638] im Einzelfall aber verneint. Allerdings kann je nach Fallkonstellation auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung die Rechtspflicht des Arbeitgebers bestehen, den Arbeitnehmer unaufgefordert über Tatsachen und rechtliche Zusammenhänge aufzuklären, die für seine Rechtsstellung von Bedeutung sind. Solche Aufklärungs- und Belehrungspflichten kommen insbesondere bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund eines vom Arbeitgeber veranlassten Aufhebungsvertrags in Betracht, soweit ein besonderer, dem Arbeitgeber erkennbarer Aufklärungsbedarf des Arbeitnehmers besteht.[639] Sie sind auch bei lediglich inhaltlichen Änderungen des Arbeitsvertrags nicht ausgeschlossen. Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft eine ihn danach treffende Hinweis- und Aufklärungspflicht, hat er den dadurch verursachten Schaden wegen positiver Verletzung des ursprünglichen Arbeitsvertrags nach Maßgabe der §§ 249 BGB ff. auszugleichen. Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Arbeitnehmer so zu stellen ist, als habe er einen Antrag auf Befristung gestellt.[640]

Praxistipp: In der Bundesverwaltung wird daher darauf hingewirkt, dass die Teilzeitbeschäftigung von den Beschäftigten befristet beantragt wird. Diese **Hinweispflicht** folgt aus **§ 16 II BGleiG**. Danach müssen Dienststellen Beschäftigte, die einen Antrag auf Teilzeitbeschäftigung, familien- oder pflegefreundliche Arbeitszeitmodelle oder Beurlaubung zur Wahrnehmung von Familien- oder Pflegeaufgaben stellen (Nr. 1), frühzeitig in Textform auf die Folgen einer Bewilligung, insbesondere in beamten-, arbeits-, versorgungs- und rentenrechtlicher Hinsicht sowie auf Möglichkeit einer Befristung mit Verlängerungsoption und deren Folge hinweisen (Nr. 2).

Hinweis: Ein Arbeitnehmer, der in Teilzeit arbeiten möchte, sollte die Teilzeit stets befristen. Damit ist sichergestellt, dass er nach Fristablauf wieder einen Anspruch auf ein unbefristetes Arbeitsverhältnis hat.

Ist eine **unbefristete Verringerung** der vertraglich festgelegten Arbeitszeit nach § 11 I TVöD wirksam vereinbart, so wird dadurch die ursprüngliche Arbeitszeit dauerhaft reduziert. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall lediglich den Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei späterer Besetzung eines Vollzeitarbeitsplatzes bei gleicher Eignung nach § 11 III bzw. § 9 TzBfG.[641]

bb) **Auswirkung der Verringerung der Arbeitszeit**

(1) Entgelt

§ 24 II TVöD bestimmt, dass Teilzeitbeschäftigte das Tabellenentgelt (§ 15 TVöD) und alle sonstigen Entgeltbestandteile in dem Umfang, der dem Anteil ihrer individuell vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit an der regelmäßigen Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter entspricht, erhalten, soweit tarifvertraglich nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist. Damit setzen die Tarifvertragsparteien das sich aus § 4 TzBfG ergebende Prinzip der Gleichbehandlung bei Teilzeit (Pro-rata-temporis-Gleichbehandlung) um.[642] In Fällen, in denen die Dauer der Arbeitszeit Bemessungsgrundlage für die Vergütung ist, kann diese gekürzt werden. Das sind die in **§ 21 I TVöD** genannten Fälle sowie die Zahlung der vermögenswirksamen Leistung.

- Fortzahlung des Entgelts bei Freistellung am 24. /31. 12., § 6 III 1 TVöD
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 22 I 1 TVöD
- Urlaubsentgelt bei Erholungsurlaub/Zusatzurlaub, §§ 26 I 1, 27 TVöD
- Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts, § 29 I TVöD

[638] BAG 13.11.2001 AP BAT § 15b Nr. 1.
[639] BAG 25.01.2000 AP AFG § 128 Nr. 3.
[640] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 12.
[641] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 14.
[642] BAG 16.04.2003 AP BeschFG 1985 § 2 Nr. 85; Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 19.

- Vermögenswirksame Leistungen, § 23 I 2 TVöD.

Ist die Dauer der Arbeitszeit für Leistungen des Arbeitgebers ohne Bedeutung, ist eine Kürzung dieser Leistungen wegen der Teilzeitbeschäftigung unzulässig.[643] Hierzu gehört insbesondere das Jubiläumsgeld, § https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=100&g=TVoeD_AT&p=2323 II 2 TVöD.

(2) Überstunden/Mehrarbeit

Teilzeitbeschäftigte erhalten nach Maßgabe der tariflichen Bestimmungen einen Ausgleich für Überstunden. Überstunden sind die auf Anordnung eines Arbeitgebers geleisteten Arbeitsstunden, die über die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten hinausgehen. Teilzeitbeschäftigte sind zur Leistung von Überstunden, Mehrarbeit, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft nur verpflichtet, wenn hierfür eine arbeitsvertragliche Vereinbarung getroffen wurde. Zur Frage, ob eine nationale tarifvertragliche Regelung, nach der die Zahlung von Überstundenzuschlägen nur für Arbeitsstunden vorgesehen ist, die über die regelmäßige Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers hinaus gearbeitet werden, eine Ungleichbehandlung von Vollzeitbeschäftigten und Teilzeitbeschäftigten enthält, vgl. unter Arbeitszeit/Sonderformen/Mehrarbeit.

(3) Erholungsurlaub

Hinsichtlich der Urlaubsdauer haben nach § 11 TVöD teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer den gleichen Anspruch wie Vollbeschäftigte, wenn die wöchentliche Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche verteilt ist, § 26 I 1 TVöD. Bei gleichmäßiger Verkürzung der Arbeitszeit entspricht die Urlaubsdauer des Teilzeitbeschäftigten der des vollbeschäftigten Arbeitnehmers.[644] Lediglich das für die Urlaubstage zu zahlende Entgelt ist geringer als das der Vollbeschäftigten.[645] Ist die durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit auf regelmäßig weniger als fünf Arbeitstage in der Woche verteilt, verringern sich die Urlaubstage entsprechend (§ 26 I 3 TVöD).

Beispiel: Der Teilzeitbeschäftigte, dem 30 Arbeitstage in der 5 Tage-Woche zustehen, arbeitet regelmäßig nur an 4 Tagen, so dass er Anspruch auf 4/5 der Vollurlaubsdauer, also auf insgesamt 24 Urlaubstage hat (30 : 5 x 4 = 24,0).

Wechselt ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer während des laufenden Urlaubsjahres in eine Teilzeitbeschäftigung, bleiben nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen „**Tirol**“[646] und „**Brandes“**[647] die während der Vollzeitbeschäftigung erworbenen Urlaubstage auch dann in vollem Umfang erhalten, wenn die Teilzeitbeschäftigung an weniger Tagen als bisher in der Woche auszuüben ist. Aus der Vollzeit bestehende Urlaubsansprüche bleiben also in vollem Umfang erhalten.

Die Verringerung des Beschäftigungsumfangs dürfe nach Ansicht des EuGH nicht dazu führen, dass der von einem Arbeitnehmer vor der Verringerung erworbene und nach der Verringerung angetretene Jahresurlaub mit einem reduzierten Urlaubsentgelt vergütet wird.[648]

(4) Betriebliche Altersvorsorge

[643] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 19.
[644] BAG 14.02.1991 AP BUrlG § 3 Teilzeit Nr. 1.
[645] Buschmann/Guth, in: BeckOK TVöD, § 11 TVöD-AT Rn. 20.
[646] EuGH 22.04.2010 – C-486/08, NZA 2010, 557 „Tirol“ Rn. 30 ff.
[647] EuGH 13.06.2013 – C-415/12, NZA 2013, 775 „Brandes“ Rn. 31 ff.
[648] EuGH 22.04. 2010 – C-486/08; NZA 2010, 557 Rn. 35.

Höhe einer betrieblichen Altersversorgung – Auswirkung von Teilzeitbeschäftigung – BAG, Urteil vom 23.3.2021 – 3 AZR 24/20: Eine Versorgungsregelung kann wirksam vorsehen, dass bei der Ermittlung der anrechnungsfähigen Dienstzeiten im Rahmen der Berechnung des Altersruhegelds die Zeiten einer Teilzeitbeschäftigung lediglich anteilig berücksichtigt werden. Ebenso kann eine Versorgungsregelung vorsehen, dass eine Höchstgrenze eines Altersruhegelds bei in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmern entsprechend dem Teilzeitgrad während des Arbeitsverhältnisses gekürzt wird. Diese Regelungen stellen keine unzulässige Diskriminierung wegen der Teilzeitarbeit iSv § 4 I TzBfG dar.

cc) **Beschäftigungszeit**

Die Zeiten einer Teilzeitbeschäftigung werden auf die Beschäftigungszeiten voll angerechnet. Nachteile gegenüber einer Vollzeitbeschäftigung entstehen nicht.

dd) **Kündigungsschutz**

Die kündigungsrechtlichen Bestimmungen machen keinen Unterschied zwischen Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigung. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz normiert darüber hinaus besondere Kündigungsverbote. Das Arbeitsverhältnis darf nicht gekündigt werden, weil sich zum Beispiel der Tarifbeschäftigte weigert, von einem Vollzeit- in ein Teilzeitarbeitsverhältnis oder umgekehrt zu wechseln. Teilen sich zwei Tarifbeschäftigte einen Arbeitsplatz und scheidet einer aus, darf dem anderen aus diesem Grund nicht gekündigt werden (vgl. § 11 TzBfG). Insoweit kommt nur eine Änderungskündigung in Betracht.

5. **Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrecht**

Es ist ein wichtiges arbeits- und familienpolitisches Anliegen, dass Arbeitnehmer freiwillig in Teilzeit arbeiten können, aber nicht unfreiwillig in Teilzeit verbleiben müssen. Für diejenigen, die ihre Arbeitszeit zeitlich begrenzt verringern möchten, wird im TzBfG sichergestellt, dass sie nach Ablauf der zeitlichen Begrenzung der Teilzeitarbeit wieder zu ihrer ursprünglich vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zurückkehren.[649]

a) **Einführung einer Brückenteilzeit**

Im TzBfG wurde neben dem bestehenden Anspruch auf zeitlich nicht begrenzte Teilzeitarbeit ein allgemeiner gesetzlicher Anspruch auf zeitlich begrenzte Teilzeitarbeit (Brückenarbeit) in § 9a TzBfG neu ab dem 1. Januar 2019 eingeführt. Beschäftigt ein Arbeitgeber mehr als 45 Arbeitnehmer, können diese, sofern ihr Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, verlangen, dass ihre vertraglich vereinbarte Arbeitszeit (Vollzeit- oder Teilzeitarbeit) für einen im Voraus zu bestimmenden Zeitraum von einem Jahr bis zu fünf Jahren verringert wird. Der neue Anspruch ist – ebenso wie der Anspruch auf zeitlich nicht begrenzte Teilzeitarbeit – nicht an das Vorliegen bestimmter Gründe gebunden (zB Kindererziehung oder Pflege von Angehörigen). Nach Ablauf der Brückenteilzeit kehrt der Arbeitnehmer zur ursprünglichen Arbeitszeit zurück. Für Arbeitgeber, die 46 bis 200 Arbeitnehmer beschäftigen, wird eine Zumutbarkeitsgrenze eingeführt.[650]

Die Anspruchsvoraussetzungen und das Verfahren der Antragsstellung entsprechen überwiegend den Regelungen für den Anspruch auf zeitlich nicht begrenzte Teilzeitarbeit. Es gelten insbesondere folgende Regelungen:[651]

- Der Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit einschließlich des Zeitraums der Verringerung sowie des Wunsches der Verteilung der Arbeitszeit ist mindestens drei Monate vor der gewünschten Verringerung der Arbeitszeit zu stellen.
- Der Arbeitgeber hat den Teilzeitwunsch mit dem Arbeitnehmer mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen.

[649] Dazu Löwisch, Neues Teilzeitrecht, BB 2018, 3061-3068.
[650] Begründung Referentenentwurf TzBfG, S. 8.
[651] Begründung Referentenentwurf TzBfG, S. 8.

- Der Arbeitgeber kann die Verringerung der Arbeitszeit aus betrieblichen Gründen ablehnen.
- Spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Teilzeitarbeit hat der Arbeitgeber die Entscheidung schriftlich mitzuteilen.
- Wenn der Arbeitgeber nicht bis spätestens einen Monat vor Beginn eine Entscheidung mitteilt, gilt die Brückenzeit als nach den Wünschen des Arbeitnehmers festgelegt.

Um dem Arbeitgeber Sicherheit bei der Personalplanung zu gewährleisten, besteht während der zeitlich begrenzten Verringerung der Arbeitszeit nach dem TzBfG kein Anspruch auf Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit oder vorzeitigen Rückkehr zur früheren Arbeitszeit. Ferner besteht kein Anspruch, dass die Beschäftigung mit der veränderten Arbeitszeit auf dem gleichen Arbeitsplatz erfolgt. Der Arbeitgeber kann im Rahmen seines arbeitsvertraglichen Direktionsrechts eine gleichwertige Arbeit zuweisen.[652] Ist der Arbeitnehmer zur ursprünglichen Arbeitszeit zurückgekehrt, kann er eine erneute Verringerung der Arbeitszeit frühestens ein Jahr nach dieser Rückkehr verlangen.

„Brückenteilzeit" – Nichteinhaltung der Ankündigungsfrist- BAG 07.09.2021 – 9 AZR 595/29: Ein unter Verletzung der dreimonatigen Mindestankündigungsfrist gestellter Antrag auf zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit nach § 9a TzBfG kann nicht ohne weiteres als ein zum frühestmöglichen Zeitpunkt wirkendes Angebot verstanden werden. Eine solche Auslegung ist nur möglich, wenn der Arbeitgeber aufgrund greifbarer Anhaltspunkte erkennen kann, ob der Arbeitnehmer die „Brückenteilzeit" verkürzen oder verschieben möchte.

b) **Verteilung der Beweislast**

Daneben ist es erforderlich, auch Arbeitnehmern, die sich in einem zeitlich nicht begrenzten Teilzeitarbeitsverhältnis befinden, eine Verlängerung der Arbeitszeit zu erleichtern. Wenn diese Teilzeitbeschäftigten ihrem Arbeitgeber den Wunsch nach Verlängerung der Arbeitszeit mitteilen, sind sie nach § 9 TzBfG bei der Besetzung freier Arbeitsplätze bevorzugt zu berücksichtigen, wenn kein dringenden betrieblichen Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen. Nach geltendem Recht haben Teilzeitbeschäftigte zu beweisen, dass ein entsprechender Arbeitsplatz zur Verfügung steht und sie für diesen gleich geeignete sind wie andere Bewerber. Hier findet eine Beweislastverlagerung auf den Arbeitgeber statt. Künftig hat er neben der bereits bestehenden Darlegungs- und Beweislast für entgegenstehende (dringende) betriebliche Gründe und für die Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitbeschäftigter auch die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes sowie für die geringere Eignung des Teilzeitbeschäftigten.[653]

Nach der Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf den Arbeitgeber verbleibt für den Arbeitnehmer neben der Darlegung der Teilzeitbeschäftigung lediglich der Nachweis, dass der Antrag auf Veränderung der Arbeitszeit gestellt wurde. Dieser Nachweis wird dadurch erleichtert, dass der Antrag künftig der Textform bedarf. Die Textform wird auch für Anträge auf Teilzeit eingeführt.

6. **Elternteilzeitanspruch, nach § 15 BEEG**

Am 01.01.2015 ist das „Gesetz zur Einführung des Elterngeld Plus mit Partnerschaftsbonus und einer flexibleren Elternzeit" in Kraft getreten. Hierdurch haben sich nicht nur bedeutsame Änderungen beim Elterngeld ergeben. Vielmehr wurde auch das Recht der Elternzeit an vielen Stellen geändert. Aufgrund der zahlreichen Änderungen wurde das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) mit der Neufassung vom 27.01.2015 insgesamt neu bekannt gemacht. Die Neuregelungen gelten für die ab dem 01.07.2015 geborenen oder angenommenen Kinder. Durch die Änderungen soll die Elternzeit für die

[652] Begründung Referentenentwurf TzBfG, S. 8.
[653] Begründung Referentenentwurf TzBfG, S. 9.

Elternzeitberechtigten flexibler gestaltet werden. Im Folgenden soll lediglich auf die Regelung der Elternteilzeit nach § 15 BEEG näher eingegangen werden.[654]

Zum 1. September 2021 sind Änderungen des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes[655] in Kraft getreten, dies es Beschäftigten ermöglichen, den Teilzeitumfang während der Elternzeit ab dem 1. September 2021 von bislang 30 auf künftig 32 Wochenstunden zu erhöhen.

a) **Verknüpfung von Elternzeit und Elternteilzeit**

Während die Inanspruchnahme der Elternzeit von keiner Zustimmung des Arbeitgebers abhängig ist, sondern dem Arbeitnehmer ein einseitiges Gestaltungsrecht einräumt, handelt es sich bei dem Recht auf Elternteilzeit um einen Anspruch auf Vertragsänderung, mithin um ein anderes Recht iSv § 194 BGB. Elternzeit und Elternteilzeit beruhen demnach auf voneinander zu unterscheidenden Rechtsgrundlagen und bilden gerade keinen einheitlichen, nur durch den Umfang des Verringerungswunsches modifizierten Elternzeitanspruch.[656]

Im Hinblick auf den Verringerungsantrag nach § 15 VI BEEG ist zu beachten, dass dieser auch dann zulässig ist, wenn der Arbeitnehmer sich bereits in Elternzeit befindet und insoweit zunächst mit der Arbeit vollständig ausgesetzt hat.[657] Ein Antrag auf Elternteilzeit kann also auch noch *nach der Inanspruchnahme von Elternzeit* unter zunächst völliger Freistellung gestellt werden.[658] Diesem Antrag stehen regelmäßig dringende betriebliche Gründe iSd § 15 VII 1 Nr. 4 BEEG entgegen, wenn der Arbeitgeber eine Elternzeitvertretung eingestellt hat. Eine generelle Pflicht, andere mit dem Arbeitnehmer in Elternzeit vergleichbare Beschäftigte nach einer Bereitschaft zur vorübergehenden Reduzierung ihrer Arbeitszeit zu befragen, besteht nicht.[659] Im Falle der nachträglichen Begründung einer Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit handelt es sich betriebsverfassungsrechtlich um eine Einstellung iSd § 99 BetrVG.

b) **Anspruchsvoraussetzungen für die Verringerung der Arbeitszeit**

Der Anspruch auf Elternteilzeit besteht unter folgenden Voraussetzungen:

- Der Arbeitgeber beschäftigt, unabhängig von Zahl der Auszubildenden, in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer,
- das Arbeitsverhältnis besteht länger als sechs Monate,
- die bisherige Arbeitszeit soll für mindestens zwei Monate auf einen Umfang zwischen 15 und 30 Wochenstunden verringert werden,
- dem Anspruch stehen keine dringenden betrieblichen Gründe entgegen und
- der Anspruch auf Elternteilzeit wurde dem Arbeitgeber innerhalb einer bestimmten Frist vor Beginn der beanspruchten Teilzeittätigkeit schriftlich mitgeteilt.

[654] Zu den weiteren Neuregelungen vgl. Kalenbach, Neuregelungen bei der Elternzeit, öAT 2015, 144 ff.; zum Teilzeitanspruch während der Elternzeit nach § 15 BEEG vgl. Schrader, in: BeckOK-ArbR, § 15 BEEG Rn. Rn. 50-57.
[655] Zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung des BEEG vom 15. Februar 2021 (BGBl. I S. 239). Zu den Auswirkungen der Erhöhung des Beschäftigungsumfangs auf über 30 Wochenstunden auf den Elterngeldanspruch von Beamtinnen und Beamten vgl. Rundschreiben vom 13. August 2021 (Az. D2-30103/1#3).
[656] BAG 15.04.2008, AP BErzGG § 15 Nr. 50; Schrader, in: in: BeckOK ArbR, § 630 BGB Rn. 48.
[657] BAG 19.04.2005, NZA 2005, 1354, 1355; Bayreuther, in: BeckOK TVöD, § 8 TzBfG Rn. 79.
[658] BAG 9.05.2006, AP BErzGG § 15 Nr. 47; Schrader, in: in: BeckOK ArbR, § 630 BGB Rn. 49.
[659] BAG 15.04.2008, AP BErzGG § 15 Nr. 50.

aa) **Beschäftigtenzahl**

Nur wenn der Arbeitgeber in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, kommt ein Teilzeitanspruch in Frage. Diese Voraussetzung knüpft nicht an den Betrieb, sondern an das Unternehmen an. Die Arbeitnehmer zählen nach Köpfen, nicht etwa zeitanteilig nach ihrem Beschäftigungsumfang.

bb) **Wartezeit**

Der Arbeitnehmer kann den Teilzeitanspruch nach einer Mindestbeschäftigungsdauer von sechs Monaten geltend machen. Die Wartezeit ist entsprechend derjenigen bei § 8 I TzBfG und § 1 I KSchG zu berechnen:[660] Demnach ist auch hier auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses abzustellen.

cc) **Dauer und Umfang der Verringerung**

Die vertraglich vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit soll für mindestens zwei Monate auf einem Umfang von nicht weniger als 15 und nicht mehr als 32 Wochenstunden im Durchschnitt des Monats verringert werden (§ 15 VII Nr. 4 BEEG). Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu § 11 TVöD. Danach ist eine Arbeitszeitverringerung auf weniger als 15 Stunden möglich.

dd) **Entgegenstehende dringende betriebliche Gründe?**

§ 8 TzBfG stellt für die Ablehnung eines Teilzeitanspruchs außerhalb der Elternzeit allein auf die betriebliche Situation, nicht auf die Lebenssituation des Arbeitnehmers ab.[661] Demgegenüber trifft § 15 VII 1 Nr. 4 BEEG eine andere gesetzgeberische Wertung, indem er das besondere Interesse der Eltern an einer Verringerung der Arbeitszeit berücksichtigt und verlangt, dass der Arbeitgeber *dringende betriebliche Gründe* für seine Ablehnung der Elternteilzeit aufweisen kann. Die Anforderungen an eine begründete Ablehnung sind sehr hoch anzulegen; erforderlich sind Gründe, die zwingend oder unabweisbar sind.[662] Der Arbeitgeber ist hinsichtlich der Tatsachen, aus denen sich die negative Anspruchsvoraussetzung der entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründe ergibt, darlegungs- und beweispflichtig, will er dem Teilzeitverlangen erfolgreich entgegentreten.[663]

Macht der Arbeitgeber geltend, der Arbeitsplatz sei unteilbar oder die gewünschte Teilzeitarbeit sei unvereinbar mit den betrieblichen Arbeitszeitmodellen, sind die dringenden betrieblichen Gegengründe anhand des Dreistufenschemas zu überprüfen, das der 9. Senat für die betrieblichen Ablehnungsgründe iSv § 8 TzBfG entwickelt hat.

ee) **Ankündigungsfrist**

Nach der alten Rechtslage, die für alle vor dem 01.07.2015 geborenen Kinder weiter gilt, beträgt die Ankündigungsfrist einheitlich sieben Wochen.

Nach der neuen Rechtslage, die für alle ab dem 01.07.2015 geborenen Kinder gilt, kommt es darauf an, für welchen Zeitraum Elternteilzeit beansprucht wird. Wird Elternteilzeit für die Zeit *vor dem dritten Geburtstag* des Kindes beansprucht, gilt weiterhin eine **Ankündigungsfrist von sieben Wochen**. Beansprucht der Arbeitnehmer dagegen Elternteilzeit für die Zeit *zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes*, muss er eine **Ankündigungsfrist von 13 Wochen** einhalten (§ 15 VII 1 Nr. 5 BEEG nF).

---

[660] BT-Drs. 14/3553, 22.
[661] BAG 16.10.2007, AP TzBfG § 8 Nr. 23.
[662] BAG 15.12.2009, NZA 2010, 447; Schrader, in: in: BeckOK ArbR, § 630 BGB Rn. 54.
[663] BAG 09.05.2006, AP BErzGG § 15 Nr. 47 Rn. 33.

Das Angebot des Arbeitnehmers, während der Elternzeit die Arbeitszeit zu verringern, muss den Bestimmtheitsanforderungen entsprechen, wie sie allgemein an Vertragsanträge iSd § 145 BGB gestellt werden.[664] Es muss so formuliert und so konkret gefasst sein, dass der Arbeitgeber es mit einem schlichten „Ja" annehmen kann. Nach § 15 VII 2 BEEG sind der Beginn der Teilzeitarbeit und der Umfang der Tätigkeit zwingend anzugeben. Ferner soll die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit im Antrag angegeben werden (§ 15 VII 3 BEEG).

ff) **Reaktion des Arbeitgebers**

Der Arbeitgeber kann auf den Antrag des Arbeitnehmers eingehen und diesen sowie gestellt oder auch unter Abänderungen annehmen.

Falls der Arbeitgeber die beanspruchte Elternteilzeit ablehnen will, muss er dies innerhalb von vier bzw. acht Wochen mit schriftlicher Begründung tun (§ 15 VII 4 BEEG).

Nach der *bisherigen Rechtslage*, die für alle vor dem 01.07.2015 geborenen Kinder unverändert weiter gilt, musste der Arbeitnehmer den Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht auf Erteilung der Zustimmung verklagen, wenn der Arbeitgeber der Arbeitszeitverringerung nicht oder nicht rechtszeitig zugestimmt hatte (§ 15 VII 5 BEEG aF). Anders als bei dem allgemeinen Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG hatte der Gesetzgeber bei der Elternteilzeit bisher keine Zustimmungsfiktion vorgesehen.

In der Neufassung des BEEG, die auf alle seit dem 01.07.2015 geborenen Kinder Anwendung findet, ist eine *Zustimmungsfiktion* für den Fall der nicht frist- oder formgerechten Ablehnung des Teilzeitverlangens vorgesehen.

Diese erfasst sowohl die vom Arbeitnehmer begehrte Verringerung der Arbeitszeit als auch die vom Arbeitnehmer begehrte Verteilung der Arbeitszeit. Hat ein Arbeitgeber die Verringerung der Arbeitszeit

- in einer Elternzeit zwischen der Geburt und dem vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes nicht spätestens vier Wochen nach Zugang des Antrags oder
- in einer Elternzeit zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes nicht spätestens acht Wochen nach Zugang des Antrags

schriftlich abgelehnt, gilt die Zustimmung als erteilt und die Verringerung der Arbeitszeit entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt (§ 15 VII 5 BEEG nF).[665] Auch die Verteilung der Arbeitszeit gilt entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt, wenn hierüber kein Einvernehmen erzielt wurde und der Arbeitgeber die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit nicht innerhalb der vorgenannten Fristen schriftlich abgelehnt hat (§ 15 VII 6 BEEG nF).

Hat der Arbeitgeber die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit form- und fristgemäß abgelehnt, kann er die Zeit der Arbeitsleistung in Wahrnehmung seines Weisungsrechts nach billigem Ermessen festlegen (§ 106 GewO iVm § 315 III BGB). Der der Arbeitnehmer kann dagegen Klage vor dem Arbeitsgericht erheben (§ 15 VII 7 BEEG nF).

Umstritten und vom Bundesarbeitsgericht bislang nicht entschieden ist die Frage, ob der Arbeitgeber mit den dem Teilzeitanspruch entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründen im Prozess ausgeschlossen ist, wenn er diese nicht bereits im Ablehnungsschreiben angegeben hat.[666]

---

[664] BAG 16.04.2013, AP Nr. 5 zu § 15 BEEG.
[665] Kalenbach, öAT 2015, 114, 115; Schrader, in: BeckOK ArbR, § 630 BGB Rn. 58.
[666] Für eine solche Präklusion LAG Hessen v. 20.12.2012 – 20 Sa 418/12; dagegen LAG Baden-Württemberg v. 23.11.2006 – 7 Sa 95/06.

Praxistipp: Bis zu einer Klärung dieser Frage durch das Bundesarbeitsgericht ist es dem Arbeitgeber anzuraten, die dringenden betrieblichen Gründe, die dem Teilzeitbegehren des Arbeitnehmers entgegen stehen, bereits im Ablehnungsschreiben konkret zu benennen, um nicht Gefahr zu laufen, damit im Prozess ausgeschlossen zu sein.[667]

c) **Großelternteilzeit**

Die Neufassung des § 15 Ia BEEG hat eine Erweiterung der Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Elternzeit für Großeltern gebracht. Danach haben Großeltern einen Anspruch auf Großelternzeit, wenn sie mit ihrem Enkelkind in einem Haushalt leben und dieses Kind selbst betreuen und erziehen und

- ein Elternteil des Kindes minderjährig ist oder
- ein Elternteil des Kindes sich in einer Ausbildung befindet, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres begonnen wurde und die Arbeitskraft des Elternteils im Allgemeinen voll in Anspruch nimmt.

Nach der bisherigen Rechtslage setzte der Anspruch nach § 15 Ia Nr. 2 BEEG voraus, dass sich der Elternteil im letzten oder vorletzten Jahr einer Ausbildung befindet. Durch die Neuregelung können nun auch Eltern, die vor dem 18. Lebensjahr ein Kind bekommen haben und sich noch im ersten Ausbildungsjahr befinden, von den Großeltern durch die Inanspruchnahme von Großelternzeit und die Betreuung und Erziehung des Enkelkindes unterstützt werden, um eine Ausbildung abzuschließen.[668]

d) **Verhältnis zu anderen Teilzeitansprüchen**

Neben § 15 VI und VII BEEG kann der Arbeitnehmer für einen Teilzeitanspruch auch auf § 164 V SGB IX, § 8 TzBfG oder entsprechende tarifliche Vorschriften (zB § 11 TVöD) zurückgreifen. Insbesondere im Verhältnis zur unbefristeten Reduzierung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG ist aber zu beachten, dass der befristete Teilzeitanspruch nach § 15 BEEG für den Arbeitnehmer wesentlich günstiger ausgestaltet ist. Denn für die Ablehnung eines Teilzeitverlangens nach § 8 TzBfG reichen bereits betriebliche Gründe aus. Die besondere Regelung der Elternzeit unter Einschluss der Elternteilzeit sprechen für einen Vorrang des § 15 BBEG gegenüber § 11 TVöD. Für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes kann sich eine Berufung auf die tarifvertragliche Reduzierungsnorm des § 11 TVöD empfehlen, wenn der Wunsch besteht, zunächst eine Teilzeitarbeit mit weniger als 15 Stunden aufzunehmen.

7. **Teilzeitbeschäftigung als Familienpflegzeit**

Zum 01.01.2015 ist das Gesetz zur Vereinbarkeit von Pflege und Beruf, das sogenannte Familienpflegezeitgesetz (FPfZG) neu gefasst worden. Es soll das Pflegezeitgesetz ergänzen und die Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege weiter verbessern. Die wesentlichen Neuerungen des FPfZG bestehen darin, dass pflegende Familienangehörige unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Familienpflegezeit und einen Anspruch auf Förderung der Familienpflegezeit durch ein zinsloses Darlehen haben.

Nach § 2 I FPfZG sind Beschäftigte von der Arbeitsleistung für längstens 24 Monate (Höchstdauer) teilweise freizustellen, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen (Familienpflegezeit). Während der Familienpflegezeit muss die verringerte Arbeitszeit wöchentlich mindestens 15 Stunden betragen. Bei unterschiedlichen wöchentlichen Arbeitszeiten oder einer unterschiedlichen Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit darf die wöchentliche Arbeitszeit im Durchschnitt eines Zeitraums von bis zu einem Jahr 15 Stunden nicht unterschreiten (Mindestarbeitszeit). Der

[667] Kalenbach, öAT 2015, 114, 115.
[668] Kalenbach, öAT 2015, 114, 115.

Anspruch nach Satz 1 besteht nicht gegenüber Arbeitgebern mit in der Regel 25 oder weniger Beschäftigten ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten.

§ 2 II FPfZG stellt klar, dass Pflegezeit und Familienpflegezeit gemeinsam 24 Monate je pflegebedürftigem nahen Angehörigen nicht überschreiten dürfen (Gesamtdauer). Der Beschäftigte muss dem Arbeitgeber spätestens acht Wochen vor dem gewünschten Beginn schriftlich ankündigen, dass er Familienpflegezeit in Anspruch nehmen will. Zugleich muss er erklären, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang innerhalb der zweijährigen Höchstdauer des § 2 II FPfZG er die Freistellung von der Arbeitsleitung in Anspruch nehmen will. Dabei ist auch die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit anzugeben (§ 2a I 1 und 2 FPfZG).

8. **Beamtenrechtlicher Exkurs**

Für Beamte des Bundes normiert § 91 BBG die voraussetzungslose Teilzeitbeschäftigung, wonach jedem Bundesbeamten mit Anspruch auf Besoldung auf Antrag Teilzeit maximal bis zur Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit gewährt werden kann, wenn dienstliche Belange nicht entgegenstehen. Für die familienbedingte Teilzeit gemäß § 92 BBG reicht es aus, dass mindestens ein Kind unter 18 Jahren oder ein pflegebedürftiger Angehöriger tatsächlich betreut werden muss und keine zwingenden dienstlichen Belange entgegenstehen.[669] Während der Elternzeit ist Beamten auf Antrag eine Teilzeitbeschäftigung im Umfang von bis zu 30 Stunden wöchentlich zu bewilligen, wenn zwingende dienstliche Gründe nicht entgegenstehen (§ 7 Mutterschutz- und Elternzeitverordnung).

Beschäftigte, die einen Antrag auf Teilzeitbeschäftigung stellen, sind gemäß § 16 II BGleiG insbesondere auf die beamten-, arbeits-, versorgungs- und rentenrechtlichen Folgen sowie auf die Möglichkeit einer Befristung mit Verlängerung und deren Folgen hinzuweisen. Die Dienstbezüge, das heißt das Grundgehalt, der Familienzuschlag, Zulagen, Vergütungen und Auslandsdienstbezüge werden grundsätzlich im gleichen Verhältnis wie die Arbeitszeit gekürzt (§ 6 I BBesG). Dasselbe gilt für die Anwärterbezüge.

Mit dem Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf für Beamtinnen und Beamte des Bundes und Soldatinnen und Soldaten sowie zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 19. Oktober wurde in §§ 92, 92a, 92b BBGEs ein Rechtsanspruch auf Familienpflegezeit und Pflegezeit eingeführt. Beamtinnen, Beamte, Soldatinnen und Soldaten, die Familienpflegezeit oder Pflegezeit in Anspruch nehmen, erhalten einen Vorschuss zur besseren Bewältigung des Lebensunterhalts während der (teilweisen) Freistellung, die mit einer Gehaltsreduzierung verbunden ist. Damit wird das für die Privatwirtschaft und für Tarifbeschäftigte seit dem 1. Januar 2015 geltende Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf im Wesentlichen wirkungsgleich im Beamten- und Soldatenbereich nachvollzogen.

[669] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Teilzeitbeschäftigung Rn. 2732.

C. Eingruppierung

Von hoher praktischer Relevanz im Tarifrecht des öffentlichen Dienstes ist die Eingruppierung des Beschäftigten in die Entgeltgruppe. Unter Eingruppierung ist die Zuordnung einer Tätigkeit zu einem Tätigkeitsmerkmal der Entgeltordnung zu verstehen. Nachfolgend soll lediglich ein Überblick über die Eingruppierung gegeben werden.[670]

I. Einführung

1. Neues Eingruppierungsrecht

Nach langjährigen Verhandlungen haben der Bund und die Gewerkschaften das Eingruppierungsrecht des Bundes novelliert und die im TVöD bisher nicht belegten §§ 12 und 13 sowie den Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund[671]) vereinbart. Das angesichts veränderter Berufsbilder und Anforderungsprofile im öffentlichen Dienst zum Teil stark veraltete Eingruppierungsrecht der Tarifbeschäftigten ist umfassend modernisiert worden. Die neuen Tarifnormen sind mit rückwirkender Wirkung zum 01.01.2014 in Kraft getreten. Das alte Eingruppierungsrecht (§§ 22, 23 BAT und die Vergütungsordnung Bund) sind damit grundsätzlich mit Ablauf des 31.12.2013 außer Kraft getreten. Mit dem neuen Eingruppierungsrecht entfällt zudem die Vorläufigkeit der Eingruppierung. Für neu begründete Arbeitsverhältnisse ab dem 01.01.2014 und für Änderungsverträge bestehender Arbeitsverhältnisse entfallen in den Arbeitsverträgen daher die bisherigen Hinweise zur Vorläufigkeit der Eingruppierung.[672]

Mit einem Einführungsrundschreiben vom 24. März 2014 werden Durchführungshinweise zu den neuen Eingruppierungsvorschriften gegeben, die ständig aktualisiert und erweitert werden.

Mit dem Einführungsrundschreiben werden der am 1. Januar 2014 in Kraft getretene Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund) erläutert und Hinweise zur Auslegung und Anwendung erteilt. In der ersten Ergänzung dieses Rundschreibens in der Fassung vom 30. Juni 2014 sind u. a. die Erläuterungen zu den Tätigkeitsmerkmalen für besondere Beschäftigtengruppen (Teil III der Entgeltordnung) hinzugefügt worden. In der zweiten Ergänzung dieses Rundschreibens in der Fassung vom 12. August 2014 sind u. a. Erläuterungen zu Auswirkungen auf persönliche Zulagen (Teil B, Ziffer 3.2) erweitert und Erläuterungen zu Vorzimmerkräften (Teil E, Ziffer 1.4.8) neu aufgenommen worden. In der dritten Ergänzung dieses Rundschreibens in der Fassung vom 21. November 2014 sind insbesondere Erläuterungen aufgenommen worden, die sich durch den Änderungstarifvertrag Nr. 9 zum TVÜ-Bund vom 17. Oktober 2014 ergeben haben. In der vierten Ergänzung dieses Rundschreibens in der Fassung vom 31. März 2015 wurden Hinweise zum Vorgehen bei Arbeitsplatzbewertungen gegeben sowie die dafür zugrunde zu legenden Vordrucke nebst Ausfüllhinweisen veröffentlicht. Außerdem wurden die Erläuterungen zu den Tätigkeitsmerkmalen für besondere Beschäftigtengruppen (Teil III der Entgeltordnung) ergänzt. Die Anlage 2 enthält die Mustervordrucke für Tätigkeitsdarstellungen und Tätigkeitsbewertungen nebst dazugehörigen Ausfüllhinweisen. In der fünften Ergänzung dieses Rundschreibens in der Fassung vom 16. Juni 2016 erfolgten Änderungen/Ergänzungen insbesondere hinsichtlich der Ausführungen zum Begriff der „entsprechenden Tätigkeit“ in den Entgeltgruppen 5 Fallgruppe 1, 9b Fallgruppe 2 und 13 des Teils I sowie zu den Abschnitten 23 und 24 des Teils III. Daneben wurden erläuternde Hinweise zur Besitzstandszulage für Angestellte im Schreibund Fernschreibdienst gegeben. In der sechsten Ergänzung dieses Rundschreibens in der Fassung vom 27. Januar 2017 sind im Wesentlichen die Änderungen des TV EntgO Bund. Im Vordergrund steht dabei die Neuregelung in § 16 Abs. 1 Satz 2 TV EntgO Bund zur Ausbildungszulage in Vertretungsfällen. In der siebten Ergänzung dieses

[670] Einzelheiten Jansen/Kawik/Block, Kapitel B. Eingruppierung und Stufenzuordnung, Rn. 152 ff.
[671] Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund) vom 5. September 2013, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag Nr. 8 vom 25. Oktober 2020.
[672] Entsprechend aktualisierte Arbeitsvertragsmuster Bund sind dem Rundschreiben vom 24.03.2014 (Az.: D5-31003/2#4) in der Fassung der dritten Ergänzung vom 21.11.2014 als Anlage 2 beigefügt.

Rundschreibens in der Fassung vom 9. Juli 2019 wurden insbesondere Ausführungen zur neu geschaffenen Entgeltgruppe 9c TVöD sowie den damit einhergehenden Überleitungsregelungen und Auswirkungen aufgenommen. Außerdem wurden die Erläuterungen zu Abschnitt I (Voraussetzungen in der Person zum sog. „Sonstigen“) überarbeitet und bestehende Unklarheiten in der Praxis beseitigt. In der achten Ergänzung wird über das geänderte Verfahren von Gutachtenanfragen zur Bewertung der Vergleichbarkeit ausländischer Hochschulabschlüsse mit den entsprechenden deutschen Hochschulabschlüssen bei der Zentralstelle für ausländische Bildungsabschlüsse (ZAB) informiert.

Rundschreiben vom 24. März 2014 – Tarifverhandlungen über die Entgeltordnung zum TVöD; hier: Durchführungshinweise zu den neuen Eingruppierungsvorschriften in der Fassung der achten Ergänzung vom 9. September 2021 (D5-31003/2#4).

Hinweis: Auf den Seiten des BVA finden sich erläuternde Hinweise und Formulierungshilfen zur Eingruppierung, insbesondere zur Arbeitsplatzbeschreibung, Tätigkeitsdarstellungen und Tätigkeitsbewertungen.[673]

Beachte: BMI Rundschreiben und Arbeitshilfe des BVA zur Eingruppierung sind nicht mit den Tarifvertragsparteien abgestimmt. Sie sind nicht Bestandteil der vereinbarten Tarifverträge und bilden daher keine Rechtsgrundlage für die Eingruppierung dar. Sie stellen vielmehr Arbeitsanweisungen für die eingruppierende Stelle der Behörden dar.

2. **Überblick und Gliederung**

Die zentralen Eingruppierungsgrundsätze sind nunmehr in §§ 12, 13 TVöD geregelt. Die weiteren Regelungen zur Eingruppierung sind im Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund) enthalten. Darin finden sich die für die Anwendung der Entgeltordnung maßgeblichen Regelungen.

II. **Grundlagen der Eingruppierung**

1. **Allgemeines**

In § 12 TVöD werden für den Bund die zentralen Eingruppierungsgrundsätze geregelt. Die Vorschrift lautet wie folgt:

„§ 12 (Bund)Eingruppierung

(1) Die Eingruppierung der/des Beschäftigten richtet sich nach dem Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund). Die/Der Beschäftigte erhält Entgelt nach der Entgeltgruppe, in der sie/er eingruppiert ist.

(2) Die/Der Beschäftigte ist in der Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmalen die gesamte von ihr/ihm nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit entspricht. Die 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. Kann die Erfüllung einer Anforderung in der Regel erst bei der Betrachtung mehrerer Arbeitsvorgänge festgestellt werden (zB vielseitige Fachkenntnisse), sind diese Arbeitsvorgänge für die Feststellung, ob diese Anforderung erfüllt ist, insoweit zusammen zu beurteilen. Werden in einem Tätigkeitsmerkmal mehrere Anforderungen gestellt, gilt das in Satz 2 bestimmte Maß, ebenfalls bezogen auf die gesamte auszuübende Tätigkeit, für jede Anforderung. 5Ist in einem Tätigkeitsmerkmal ein von Satz 2 oder 4 abweichendes zeitliches Maß bestimmt, gilt dieses. 6Ist in einem Tätigkeitsmerkmal als Anforderung eine Voraussetzung in der Person der/des Beschäftigten bestimmt, muss auch diese Anforderung erfüllt sein.

Protokollerklärungen zu Absatz 2:

Arbeitsvorgänge sind Arbeitsleistungen (einschließlich Zusammenhangs-arbeiten), die, bezogen auf den Aufgabenkreis der/des Beschäftigten, zu einem bei natürlicher Betrachtung abgrenzbaren Arbeitsergebnis führen (zB unterschriftsreife Bearbeitung eines Aktenvorgangs, eines Wider-spruchs oder eines Antrags, Betreuung bzw. Pflege einer Person oder Personengruppe, Fertigung einer Bauzeichnung, Erstellung eines EKG, Durchführung einer Unterhaltungs-bzw. Instandsetzungsarbeit).

Jeder einzelne Arbeitsvorgang ist als solcher zu bewerten und darf dabei hin-sichtlich der Anforderungen zeitlich nicht aufgespalten werden.2. Eine Anforderung im Sinne der Sätze 2 und 3 ist auch das in einem Tätigkeitsmerkmal geforderte Herausheben der Tätigkeit aus einer niedrigeren Entgeltgruppe.

(3) Die Entgeltgruppe der/des Beschäftigten ist im Arbeitsvertrag anzugeben."

2. **Eingruppierungsgrundsätze im TVöD**

Für die Eingruppierung maßgeblich ist nach § 12 II TVöD weiterhin der Grundsatz der Tarifautomatik, ebenso wie der „Hälfte-Grundsatz" und das Aufspaltungsverbot. Ferner kommt es für die Eingruppierung weiterhin auf die Bildung von Arbeitsvorgängen an. Die Eingruppierungsgrundsätze erstrecken sich nun auch auf ehemalige Arbeitertätigkeiten.

Definition: Eingruppierung ist die Zuordnung einer Tätigkeit zu einem Tätigkeitsmerkmal der Entgeltordnung.

a) **Grundsatz der Tarifautomatik**

Der Grundsatz der Tarifautomatik gilt auch unter der neuen Entgeltordnung Bund unverändert fort. Die Eingruppierung ergibt sich also - ohne dass ein weiterer Akt des Arbeitgebers erforderlich wäre - weiterhin unmittelbar aus der nicht nur vorübergehend auszuübenden, dh der vom Arbeitgeber übertragenen Tätigkeit (§ 12 II 1 TVöD).

Der Begriff der **Tarifautomatik** wird im Zusammenhang mit der Eingruppierung der Beschäftigten verwendet.[674] Aus dieser Eingruppierung ergeben sich dann die arbeitsrechtlichen Ansprüche des Beschäftigten, dem die entsprechenden Aufgaben übertragen wurden. Vorrangig wird damit das Entgelt nach der Entgelttabelle bestimmt. Wenn also von der Eingruppierung gesprochen wird, meint man verkürzt die Bewertung der dem Beschäftigten dauerhaft übertragenen Aufgaben anhand der tarifvertraglich festgelegten Tätigkeitsmerkmale.[675]

Merke: Als Eingruppierung ist die Zuordnung der Tätigkeit zu einem Tätigkeitsmerkmal einer Entgeltgruppe zu verstehen. Aus der Erfüllung der tariflichen Tätigkeitsmerkmale folgt unmittelbar ein entsprechender tariflicher Vergütungsanspruch, ohne dass es einer weiteren Maßnahme des Arbeitgebers bedarf.[676]

Beispiel: Ein Beschäftigter wird nach EG 6 bezahlt. Er behauptet gegenüber seinem Arbeitgeber, seine Tätigkeiten erfüllen die Tätigkeitsmerkmale der EG 8. Die Reaktion des Arbeitgebers besteht darin, dass er dem Beschäftigten die ursprünglich auf Dauer übertragene Tätigkeit entzieht, die diesen Anspruch begründen könnten. Würde jedoch in einem Eingruppierungsstreit rechtskräftig festgestellt, dass die ursprünglich übertragenen Tätigkeiten tatsächlich den Anforderungen der EG 8 entsprachen, war der Beschäftigte nach dem Grundsatz der Tarifautomatik (§ 12 II 1 TVöD) in dieser höheren Entgeltgruppe eingruppiert. Ein Entzug der qualifizierenden Tätigkeiten wäre vergütungsmäßig wirkungslos. Der Beschäftigte hat - trotz Entziehung - einen Anspruch auf Entgelt nach der EG 8. Zwar darf der Arbeitgeber Tätigkeiten entziehen und/oder andere übertragen. Dies aber

[674] BAG 11.08.2016 – 8 AZR 375/15; Litschen, öAT 2017, 155.
[675] Litschen, öAT 2017, 155.
[676] BAG 27.01.2016, NZA 2016, 903 Rn. 22.

grds. *nur innerhalb der Entgeltgruppe* (oder einer höheren). Die Übertragung von Tätigkeiten, die die Eingruppierung „nach unten“ verändern, ist nur im Wege einer Änderungskündigung möglich.

Aufgrund dieser Regelung spricht man auch vom **Grundsatz der Tarifautomatik**. Der Beschäftigte „wird“ nicht, sondern er „ist“ in diejenige Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmale seine Tätigkeit entspricht. Es erfolgt somit kein „Eingruppierungsakt“, sondern eine „automatische“ Eingruppierung. Die Eingruppierung ist dabei keine nach außen wirkende konstitutive Maßnahme, sondern ein gedanklicher Vorgang. Nach der Rechtsprechung des BAG handelt es sich beim Grundsatz der Tarifautomatik um einen **Akt der Rechtsanwendung**, mit dem die Äußerung einer Rechtsansicht durch den Arbeitgeber verbunden ist.[677] Es geht also um die Kundgabe des bei der Rechtsanwendung gefundenen Ergebnisses, welchen Tätigkeitsmerkmalen die vom Arbeitgeber zu verrichtenden Tätigkeit entspricht.[678]

Für die Tarifautomatik *unbeachtlich* ist u.a. das Vorhandensein einer entsprechenden Stelle im Stellenplan, die Vergütung vergleichbarer Beschäftigter oder eines Vorgängers und die (nur deklaratorische) Angabe der Eingruppierung im Arbeitsvertrag oder in der Stellenausschreibung ist ohne Belang für die tatsächliche Eingruppierung und begründete insbesondere keinen individuellen Anspruch auf eine bestimmte Tätigkeit.[679] Ist im **Arbeitsvertrag eine Entgeltgruppe** genannt, kann dies unter Berücksichtigung der Angaben im Arbeitsvertrag in der Regel dann nicht als sogenannte „konstitutive Entgeltvereinbarung“ ausgelegt werden, wenn sich nach dem Arbeitsvertragsinhalt mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, dass allein die tariflichen Eingruppierungsbestimmungen für die Ermittlung der zutreffenden Entgelthöhe maßgebend sein sollen.[680] Nach ständiger Rechtsprechung wird mit der Angabe nur wiedergegeben, welche Entgeltgruppe der öffentliche Arbeitgeber bei Anwendung der maßgeblichen Eingruppierungsvorschriften als zutreffend ansieht.[681]

Beispiele für deklaratorische Entgeltvereinbarungen: Vereinbarung zwischen den Parteien „Die Beschäftigte wird entsprechend der neuen Entgeltordnung (TV EntgO Bund) mit Wirkung vom . . . in die EG 8 eingruppiert“. Oder die Formulierungen unter § 4 der Musterarbeitsverträge Bund: „Die Beschäftigte ist in die Entgeltgruppe ## TVöD eingruppiert. Der Arbeitgeber ist berechtigt, der Beschäftigten aus dienstlichen Gründen eine andere Tätigkeit im Rahmen der Entgeltgruppe zuzuweisen.“

Wie vorstehendes Beispiel zeigt, kann der Grundsatz der Tarifautomatik unter Umständen dazu führen, dass der bzw. dem Beschäftigten ein höheres als das bisher gezahlte Entgelt zusteht. In diesem Fall kann die Wirkung dieses Eingruppierungsgrundsatzes nicht durchbrochen werden, wenn im Haushaltsplan keine entsprechende Stelle zur Verfügung steht. Es gilt der **Grundsatz, dass Tarifrecht Haushaltsrecht bricht**.[682] Der Inhalt des Stellenplans entfaltet in dieser Hinsicht keine Bedeutung.[683] Der Arbeitgeber ist demnach dazu verpflichtet ein höheres Entgelt auch dann zu zahlen, wenn keine zugehörige Stelle im Haushaltsplan ausgebracht ist. Trotzdem wird sich die Dienststelle aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs der Vergütung der Tarifbeschäftigen und der zur Verfügung stehenden Stellen bzw. Mittel bei der Planung der Aufgabenverteilung an dem Haushaltsplan orientieren. Würde hingegen der Grundsatz der Tarifautomatik zu einem niedrigeren Entgelt führen, greift zunächst die arbeitsvertraglich vereinbarte Entgeltgruppe. Der bzw. die Beschäftigte kann den Anspruch auf die Zahlung des vertraglich vereinbarten Entgelts geltend machen.[684]

[677] BAG 27.07.1993, AP Nr. 110 zu § 99 BetrVG 1972.
[678] Litschen, öAT 2018, 1, 2.
[679] Wurm, ZfPR 2014, 57, 59.
[680] BAG 23.08.1995 – 4 AZR 352/94 Rn. 23; 21.08.2013, NZA 2014, 561 Rn. 13 f.
[681] BAG 11.08.2018, NZA 2014, 561.
[682] Kaufung, Tätigkeitsbewertung, S. 13.
[683] BAG, Urteil vom 27. August 2008 – 4 AZR 484/07, juris Rn. 26.
[684] Kaufung, Tätigkeitsbewertung, S. 13.

Bei der Angabe der Eingruppierung im Arbeitsvertrag handelt sich also idR lediglich um eine rechtliche Beurteilung, und damit um eine rein „deklaratorische“ Festlegung. Ob die Parteien eine „konstitutive Entgeltvereinbarung“ getroffen haben, muss im Einzelfall geprüft werden. Dies zeigt, dass die Zuordnung der Entgeltgruppe den Arbeitsvertragsparteien im öffentlichen Dienst weitgehend entzogen ist.[685]

Hinweis: Enthält das Tätigkeitsmerkmal neben den aufgabenbezogenen Merkmalen auch personenbezogene (zB Ausbildung oder Studium), muss der Beschäftigte auch diese subjektiven Voraussetzungen für eine tarifgerechte Eingruppierung erfüllen.

b) **Bildung von Arbeitsvorgängen**

Das Prinzip der Tarifautomatik im oben beschriebenen Sinn greift nur dann ein, wenn die in § 12 II TVöD geforderten Voraussetzungen vorliegen. Nur eine Bewertung nach diesen Grundsätzen ist tarifgerecht. Bewertungen nach anderen (zB summarischen oder analytischen) Bewertungsmodellen sind rechtlich bedeutungslos.

Die tarifgerechte Eingruppierung eines Beschäftigten erfolgt über die Bewertung von Arbeitsvorgängen, die aus den Tätigkeiten gebildet werden, die der Beschäftigte auf seinem Arbeitsplatz auszuüben hat. Der Begriff „**Arbeitsvorgang**“ ist ein Schlüsselbegriff des Eingruppierungsrechts.[686]

Der Arbeitsvorgang ist die kleinste Bewertungseinheit bei der Eingruppierung eines Beschäftigten. Dieser wird aus den Einzeltätigkeiten, die zu einem Arbeitsergebnis führen, gebildet. Es handelt sich dabei um aneinandergereihte Arbeitsschritte, welche der Erreichung eines Arbeitsergebnisses dienen.[687]

Nach der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 12 II TVöD sind Arbeitsvorgänge in wie folgt definiert: „Arbeitsvorgänge sind Arbeitsleistungen (einschließlich Zusammenhangsarbeiten), die, bezogen auf den Aufgabenkreis des Angestellten, zu einem bei natürlicher Betrachtung abgrenzbaren Arbeitsergebnis führen (zB unterschriftsreife Bearbeitung eines Aktenvorgangs, eines Widerspruchs oder eines Antrags, Betreuung bzw. Pflege einer Person oder Personengruppe, Fertigung einer Bauzeichnung, Erstellen eines EKG, Durchführung einer Unterhaltungs- bzw. Instandsetzungsarbeit). Jeder einzelne Arbeitsvorgang ist als solcher zu bewerten und darf dabei hinsichtlich der Anforderungen zeitlich nicht aufgespalten werden.“

Beispiele für Arbeitsvorgänge: Bearbeitung von Personalangelegenheiten der Beamten und Tarifbeschäftigten; Bearbeitung von personalrechtlichen Nebengebieten (u.a. Nebentätigkeitsrecht, Personalvertretungsrecht; Fertigung von Tätigkeitsbeschreibungen; Betreuung von Verfahren zur Personalgewinnung; Behördenweite Beschaffungen.

Die **Rechtsprechung des BAG** definiert den Begriff „Arbeitsvorgang“ wie folgt: „Unter Hinzurechnung von Zusammenhangtätigkeiten und bei Berücksichtigung einer vernünftigen, sinnvollen praktischen Verwaltungsübung ist der Arbeitsvorgang eine nach tatsächlichen Gesichtspunkten abgrenzbare und tarifrechtlich selbständig bewertbare Arbeitseinheit der zu einem bestimmten Arbeitsergebnis führenden Tätigkeit eines Angestellten“.[688] Diese Definition ist ergebnisorientiert und beruht auf der Annahme, dass jede Arbeitsleitung eines Beschäftigten zu einem Arbeitserfolg führt.

Demnach werden Arbeitsvorgänge gebildet nach einem konkreten Arbeitsergebnis, welches sich aus der zugewiesenen Tätigkeit des Beschäftigten ergeben soll.[689] Dabei kann die gesamte vertraglich geschuldete Tätigkeit einen einzigen Arbeitsvorgang

[685] Litschen, öAT 2017, 155, 156.
[686] Ausführlich dazu Zimmermann, öAT 2017, 180; Litschen, öAT 2018, 1.
[687] Gamisch/Mohr/Richter, Eingruppierung im öD, S. 8.
[688] BAG 19.05.2010, ZTR 2010, 577 Rn. 27 und Rn. 35.
[689] BAG 22.02.2017 – 4 AZR 514/16.

ausmachen, wenn der Aufgabenkreis nicht weiter aufteilbar und einer rechtlichen Bewertung zugänglich ist.[690] Maßgeblich ist auch hierbei immer das Arbeitsergebnis. Nur wenn es tatsächlich möglich ist, Tätigkeiten von unterschiedlicher Wertung abzutrennen, werden diese nicht zu einem einzigen Arbeitsvorgang zusammengefasst.[691] Tatsächlich trennbare Tätigkeiten mit unterschiedlicher Wertigkeit können damit nicht zu einem Arbeitsvorgang zusammengefasst werden.

Beachte: Das Rundschreiben vom 17. Juli 2020 enthält eine Darstellung und Bewertung des Stands der Rechtsprechung zur Bildung von Arbeitsvorgängen im Zusammenhang mit den Eingruppierungsvorschriften des § 12 TVöD. Mit Urteil v. 28.02.2018 hat das BAG für den Bereich einer Geschäftsstellenverwalterin bei der Bildung von Arbeitsvorgängen tatsächlich trennbare Tätigkeiten zu einem großen Arbeitsvorgang zusammengefasst. Nach der Bewertung des BMI steht die Bildung derart großer Arbeitsvorgänge im Widerspruch zum Wortlaut des TVöD und dem Willen der Tarifvertragsparteien.

Rundschreiben BMI vom 17. Juli 2020 (Az. D5-31003/2#4): Eingruppierung von Tarifbeschäftigten nach § 12 (Bund) TVöD – Bildung von Arbeitsvorgängen.

c) **Aufspaltungsverbot**

Alle auf dem Weg zu einem Arbeitsergebnis anfallenden Einzeltätigkeiten zusammen den bilden Arbeitsvorgang. Dieser wird sodann bewertet, also daraufhin untersucht, ob durch ihn die Merkmale einer bestimmten Entgeltgruppe erfüllt sind. Dabei gilt das **Aufspaltungsverbot**, dh der Arbeitsvorgang darf zum Zweck der Bewertung nicht in seine Bestandteile zerlegt werden, gleichsam „atomisiert“ werden (vgl. Protokollnotiz zu § 12 II TVöD letzter Satz). Wenn in einem Arbeitsvorgang in rechtlich erheblichem Ausmaß Einzeltätigkeiten enthalten sind, die ein Merkmal erfüllen, dann erfüllt der gesamte Arbeitsvorgang mit seinem Zeitanteil das Merkmal.[692] Ein Arbeitsvorgang ist also als solcher entweder „schwierig“, „bedeutungsvoll“ oder „verantwortungsvoll“ oder er ist es nicht.[693] Fallen innerhalb eines Arbeitsvorgangs nur zum Teil „schwierige“ Tätigkeiten an, ändert dies nichts daran, dass der Arbeitsvorgang mit seinem kompletten Zeitanteil insgesamt als „schwierig“ in die Bewertung eingeht. Dazu führt das BAG aus, „dass es zur Erfüllung der tariflichen Anforderungen ausreichend ist, wenn selbstständige Leistungen innerhalb eines Arbeitsvorgangs in rechtlich erheblichem Ausmaß vorliegen. Nicht erforderlich ist, dass innerhalb eines Arbeitsvorgangs selbständige Leistungen ihrerseits zu mindestens einem Drittel anfallen“.[694]

Praxistipp: Die Erfassung eines Arbeitsplatzes im Sinne einer Tätigkeitsdarstellung nach den jeweils wahrzunehmenden Arbeitsvorgängen zu einem Arbeitsergebnis stellt sich in der Praxis oft als aufwendig und arbeitsintensiv dar. Dabei gilt es zwei wesentliche Fehler zu vermeiden:

„Atomisierung“ bei der Bildung von Arbeitsvorgängen, dh ein zu kleinteiliges Zusammenfassen von Arbeitsschritten zu einem Arbeitsergebnis, was zu einer niedrigen Eingruppierung führt.

Zusammenfassung von an sich mehreren Arbeitsergebnissen zu einem Arbeitsvorgang im Sinne einer einheitlichen Aufgabenstellung, was zu einer nicht gerechtfertigten hohen Eingruppierung führt.

---

[690] BAG 27.09.2018, öAT 2018, 34.
[691] BAG 27.09.2018, öAT 2018, 34.
[692] Wurm, ZfPR 2014, 57, 59.
[693] Neumann, Änderung der Rechtsprechung zum Arbeitsvorgang, ZTR 1987, 41, 42.
[694] BAG 19.03.1986, BAGE 51, 282: „Verlangen die Tätigkeitsmerkmale die Erfüllung tariflicher Anforderungen (hier Schwierigkeit und Bedeutung der Tätigkeit in Vergütungsgruppe IVa BAT Fallgruppe 1b) in einem bestimmten zeitlichen Ausmaß (zB zu einem Drittel), so ist nicht darauf abzustellen, ob die Hälfte der Gesamtarbeitszeit ausmachende Arbeitsvorgänge ihrerseits jeweils das tariflich geforderte Ausmaß der Qualifizierung erfüllen. Vielmehr ist zu prüfen, ob in dem geforderten Ausmaß (zB von einem Drittel der Gesamtarbeitszeit) Arbeitsvorgänge anfallen, die ihrerseits die tariflichen Anforderungen erfüllen. Diese Grundsätze gelten auch für die tarifliche Anforderung der "selbständigen Leistungen".

d) **Hälfte-Grundsatz (Zeitlicher Anteil)**

Die bei der Arbeitsplatzanalyse erstellten Arbeitsvorgänge sind anschließend zeitlich in Bezug zB auf eine Arbeitswoche zu ordnen und anhand der Tarifmerkmale zu bewerten. Wesentliche Bedeutung erlangt dabei der jeweilige Zeitansatz, denn Eingruppierung setzt voraus, dass zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrere Tätigkeitsmerkmale einer Entgeltgruppe erfüllen.

Gemäß § 12 II TVöD sind Beschäftigte in der Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmale die gesamte von ihnen nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit entspricht. Die gesamte auszuübende Tätigkeit ist einer Entgeltgruppe zugeordnet, wenn zeitlich **mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge** anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Entgeltgruppe erfüllen. Soweit nur ein Arbeitsvorgang existiert, ergibt sich aus der Bewertung dieses Vorgangs zwanglos auch die Eingruppierung.[695] Zeitliche Anteile für Arbeitsvorgänge, die derselben Entgeltgruppe zuzuordnen sind, sind wie bisher - zusammenzurechnen.[696]

Wenn zeitlich dann mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die die Merkmale einer Entgeltgruppe erfüllen, dann ist der Beschäftigte automatisch (!) in der entsprechenden Entgeltgruppe eingruppiert. Nur wenn in einem Tätigkeitsmerkmal ausdrücklich ein geringeres Maß verlangt wird, gilt dieses geringere Maß.

Beispiel[697]: Angestellte im Bürodienst sind dann EG 8 eingruppiert, wenn ihre Tätigkeit „gründliche und vielseitige Fachkenntnisse“ und „mindestens zu einem Drittel selbstständige Leistungen“ erfordert.

Mangels eines anderen Maßstabs müssen zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge vorliegen, die gründliche und vielseitige Fachkenntnisse erfordern (§ 12 II 2 und 4 TVöD). Selbstständige Leistungen brauchen wegen der ausdrücklichen Vorschrift in der Eingruppierungsnorm indes zeitlich nur zu einem Drittel der Arbeitsvorgänge (bezogen auf die Gesamttätigkeit) vorliegen (§ 12 II 5 TVöD). Dabei muss es sich um selbstständige Leistungen **in rechtserheblichem Ausmaß** handeln.[698]

Bei Arbeitsplätzen mit mehreren Arbeitsvorgängen ist der zeitliche Anteil in einem Prozentsatz zur Gesamtarbeitszeit anzugeben. Beträgt der zeitliche Anteil eines Arbeitsvorgangs, der die Tätigkeitsmerkmale einer Entgeltgruppe erfüllt mindestens 50%, erfolgt eine entsprechende Eingruppierung nach diesem Arbeitsvorgang. Sofern keiner der Arbeitsvorgänge mindestens der Hälfte der Gesamtarbeitszeit entsprechen, erfolgt die Entgeltgruppenbestimmung durch Addition der einzelnen Zeitanteile der Arbeitsvorgänge. Beginnend mit dem Arbeitsvorgang, welcher den Tätigkeitsmerkmalen der höchsten Entgeltgruppe entspricht, werden die Zeitanteile der nächst niedrigeren Entgeltgruppe hinzugerechnet, solange bis das geforderte zeitliche Maß von 50% der Gesamtarbeitszeit erfüllt ist.[699]

e) **Auszuübende Tätigkeit**

aa) **Dauerhaft zugewiesene Tätigkeit**

Für die Bewertung der Arbeit und die Ermittlung der Eingruppierung ist gemäß § 12 II TVöD allein die „auszuübende“ Tätigkeit maßgeblich, die mindestens 50 Prozent der Gesamtzeit umfasst. Dabei kommt es nicht auf die „ausgeübte“ Tätigkeit an! Auszuübende Tätigkeit ist die vom Arbeitgeber übertragene Tätigkeit. Die auszuübende Tätigkeit ergibt sich damit regelmäßig

[695] Litschen, öAT 2018, 1, 2.
[696] Rundschreiben vom 24.03.2014 (D5-31003/2#4) in der Fassung vom 21.11.2014 unter Teil B. Ziffer 1.1.1.
[697] Nach Conze/Karb/Wölk, Stichwort Stufen der Arbeitsvorgang Rn. 564.
[698] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Arbeitsvorgang Rn. 566.
[699] Rundschreiben BMI vom 14.03.2014 unter 18.12 ff.

aus dem Arbeitsvertrag. Für die Eingruppierung sind damit allein die Tätigkeiten maßgeblich, die der Arbeitgeber auf der Basis des Arbeitsvertrages übertragen und im Rahmen seines Direktionsrechts ggf. weiter konkretisiert hat.[700]

Beachte: Andere Tätigkeiten bleiben bei der Eingruppierung unberücksichtigt, auch wenn der Beschäftigte sie tatsächlich wahrnimmt.[701]

Diese Arbeitgeberfunktion hat in der Regel die Personal- bzw. Organisationseinheit als **personalbewirtschaftende Stelle** inne. Überträgt ein nicht befugter Vorgesetzter einem Beschäftigten höherwertige Tätigkeiten, führt dies idR nicht zu einem tariflichen Anspruch auf höhere Vergütung, da die höherwertige Tätigkeit aufgrund der unsachgemäßen Übertragung nicht zur auszuübenden Tätigkeit geworden ist.[702] Die mit den im Arbeitsumfeld tätigen Kollegen und gegebenenfalls auch mit dem unmittelbaren Fachvorgesetzten abgestimmte Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit durch den Angestellten ohne – auch nur stillschweigende – diesbezügliche Zustimmung der für Personalangelegenheiten zuständigen Stelle des öffentlichen Arbeitgebers vermag einen Anspruch des Angestellten auf Höhergruppierung nicht zu begründen.[703] Der automatische Anspruch auf eine tarifkonforme Vergütung setzt somit erst dann ein, wenn die entsprechenden Tätigkeiten durch das sachlich zuständige Organ der Dienststelle oder zumindest stillschweigend geduldet wurde.[704]

Durch das BMI wurde geregelt, dass jene Tätigkeiten, „die durch nicht dazu befugte Stellen oder Kolleginnen und Kollegen übertragen wurden“, in der Arbeitsplatzbeschreibung nicht aufzuführen und bei der Bewertung nicht zu berücksichtigen sind.[705]

bb) **Änderung der Arbeitsinhalte**

Da der Inhalt des Arbeitsverhältnisses nicht für die gesamte Dauer durch gesetzliche, tarifliche oder vertragliche Bestimmungen festgelegt werden kann, muss dem Arbeitgeber ermöglicht werden, die vertraglich geschuldete Leistung insbesondere nach Zeit, Ort und Inhalt näher zu bestimmen. Der Gesetzgeber hat diesen allgemeinen Grundsatz in § 106 S. 1 GewO kodifiziert. Nach § 106 S. 2 GewO kann sich das **Weisungsrecht** des Arbeitgebers einerseits auf die Art der Tätigkeit, den Arbeitsort und die Arbeitszeit als auch auf das arbeitsbegleitende Verhalten erstrecken.[706]

Das Weisungsrecht ist jedoch nicht grenzenlos und wird insbesondere durch gesetzliche und tarifliche Vorgaben eingeschränkt. Ferner unterliegt es einer allgemeinen Billigkeitskontrolle nach § 315 III BGB. Grundlage der **Billigkeitskontrolle** ist die Verpflichtung, bei der Entscheidung auch die Interessen der Beschäftigten zu berücksichtigen. Die Billigkeit wird jedenfalls dann gewahrt, wenn Tätigkeiten übertragen werden, die den Merkmalen der jeweiligen Entgeltgruppe und den Kräften und Fähigkeiten des Beschäftigten entsprechen, sofern ihm die Tätigkeit auch im Übrigen billigerweise zugemutet werden kann.[707] Aus diesem Grund kann der Arbeitgeber *grundsätzlich jede Beschäftigung im Rahmen der Entgeltgruppe zuweisen*. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers erstreckt sich dabei auf alle Tätigkeitmerkmale einer Entgeltgruppe.[708]

Die Zuweisung *unterwertiger oder höherwertiger Tätigkeiten* ist ausschließlich im Rahmen des Weisungsrechtes nicht möglich, selbst dann, wenn sie den Kräften und Fähigkeiten des Beschäftigten entsprechen. Für die wirksame Zuweisung qualitativ

[700] BAG 26.03.1997, AP Nr. 223 zu § 22, 23 BAT 1975 Rn. 35; Richter/Gamisch, Grundlagen der Eingruppierung, S. 23.
[701] BAG 31.10.1990, AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 152.
[702] Richter/Gamisch, Grundlagen der Eingruppierung, S. 23.
[703] LAG Köln 06.08.2014 – 5 Sa 877/13 Rn. 36.
[704] BAG 26.03.1997, AP Nr. 223 zu §§ 22, 23 BAT 1975; 05.05.199, AP Nr. 268 zu §§ 22, 23 BAT 1975; LAG Köln 08.08.2000 – 5 SA 567/00).
[705] Rundschreiben D5 – 31003/2#4 des BMI vom 24. März in der Fassung vom 9. September 2021, S 252.
[706] Vgl. dazu Preis, Individualarbeitsrecht, § 18 VI 2 u. 3.
[707] St. Rspr. 12.04.1973 – 2 AZR 291/72.
[708] Zum Weisungsrecht bei zusammengefassten Vergütungsgruppen vgl. Litschen, öAT 2017, 155, 157 f.

anderer, eingruppierungsrelevanter Arbeitsinhalte ist daher jeweils eine Vertragsänderung erforderlich.[709] Im Zusammenhang mit der Zuweisung von neuen Tätigkeiten und/oder Arbeitsplätzen kommt es möglicherweise zu einer anderen eingruppierungsrechtlichen Bewertung, wenn die zugewiesenen Arbeitsvorgänge entweder einen anderen Zeitanteil einnehmen oder andere Arbeitsvorgänge zugewiesen werden. Würde etwa im vorgenannten Beispiel (Fluggastkontrolleur) der Arbeitsvorgang „Untersuchung von Frachtgut" wegfallen und der Beschäftigte stattdessen stärker bei der „Untersuchung technischer Geräte" eingesetzt werden, würde sich die Wertigkeit insgesamt auf die Entgeltgruppe 5 konkretisieren (> 50 % Zeitanteil = 14 % EG 6 + 37 % EG 5).

f) **Abschließende Gesamtbewertung (Mischtätigkeiten)**

Die Eingruppierung gestaltet sich regelmäßig schwierig bei sogenannten Mischtätigkeiten, also wenn auf der Stelle verschiedene Arbeitsvorgänge mit unterschiedlichen tariflichen Anforderungen anfallen. Hierzu regelt § 12 II 3 TVöD:

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

Die Tarifnorm will sicherstellen, dass einem Beschäftigten auch diejenige Qualifizierung seiner Tätigkeit zugutekommt, die sich daraus ergibt, dass er nebeneinander mehrere Tätigkeiten ausübt, aus deren Summierung sich erst die Erfüllung bestimmter Merkmale (zB „besondere Bedeutung der Tätigkeit" oder „gründliche und vielseitige Fachkenntnisse") ergibt. § 12 II 3 TVöD ist damit eine Ausnahme vom Grundsatz der Tarifautomatik.[710] Diese ergänzende Form der Bewertung sichert Arbeitnehmern eine höhere Eingruppierung, vor allem wenn sie nebeneinander Aufgaben unterschiedlicher Art ausüben und dafür jeweils andersartige Kenntnisse und Erfahrungen einsetzen müssen. Eine zusammenfassende Beurteilung kommt insbesondere bei Anforderungen, die auf qualitative oder quantitative Aspekte, wie die Kenntnis von Gesetzen, Verwaltungsvorschriften und Tarifbestimmunen, abzielen zur Anwendung.

3. **Eingruppierung in besonderen Fällen § 13 TVöD**

a) **Allgemeines**

Überträgt der Arbeitgeber keine andere Tätigkeit, aber verändert sie sich aus anderen Gründen derart, dass sie nach § 12 II 2 TVöD den Tätigkeitsmerkmalen einer höheren Entgeltgruppe entspricht, ist § 13 TVöD anzuwenden.

Im Gegensatz zu § 12 TVöD regelt § 13 TVöD die Eingruppierung für den Sonderfall, dass sich die auszuübende Tätigkeit im Rahmen der an sich beibehaltenen Aufgaben ändert, ohne dass ihm der Arbeitgeber eine andere Tätigkeit übertragen hat. Im Kern unterscheiden sich § 12 und § 13 TVöD nur dadurch, dass die (höhere) Eingruppierung Kraft Tarifvertrag nicht bereits mit der Übertragung der Tätigkeit, sondern erst dann eintritt, wenn die Tätigkeit mehr als sechs Monate ununterbrochen ausgeübt wurde. Bis zum Ablauf der Sechsmonatsfrist können dem Beschäftigten andere, seiner (bisherigen) Entgeltgruppe entsprechende Aufgaben übertragen werden. In diesem Fall ist dann aber § 13 III TVöD zu beachten: Wird dem Beschäftigten vor Ablauf der sechs Monate wieder Tätigkeiten zugewiesen, die den Tätigkeitsmerkmalen seiner bisherigen Entgeltgruppe entspricht, gilt § 14 TVöD sinngemäß. Der Beschäftigte erhält für die Dauer der Ausübung der höher wertigen Tätigkeit eine persönliche Zulage rückwirkend ab dem ersten Tage der „Übertragung".

b) **Voraussetzungen**

[709] Litschen. öAT 2017, 155, 156.
[710] BAG 25.11.1981 – 4 AZR 305/79 Rn. 38.

Die Eingruppierung in die höhere Entgeltgruppe nach § 13 Satz 1 TVöD setzt nach der Rechtsprechung des BAG[711] voraus, dass sich die übertragene Tätigkeit derart ändert, dass die Tätigkeit den Tätigkeitsmerkmalen einer höheren Entgeltgruppe entspricht, ohne dass der Arbeitgeber dem Beschäftigten die höherwertige Tätigkeit übertragen hat, sich die Tätigkeit nicht nur vorübergehend geändert hat und der Beschäftigte die Tätigkeit nach dem Zeitpunkt der Änderung der tariflichen Bewertung ununterbrochen sechs Monate ausgeübt hat.

Beispiel: durch Gesetzesänderung werden einem Bearbeiter eines Aufgabengebiets künftig Ermessens- und Entscheidungsspielräume eröffnet, sodass das Merkmal der selbstständigen Leistungen nun gegeben ist.

In diesen Fällen ist der Beschäftigte erst nach Ablauf einer sechsmonatigen ununterbrochen wahrgenommenen höherwertigen Tätigkeit, also mit Beginn des 7. Monats, höhergruppiert. Man spricht deshalb von einer versetzten Tarifautomatik. Auch hier entspricht die Regelung dem früheren Eingruppierungsrecht (§ 23 BAT), sodass sich keine materiellen Änderungen ergeben.

Neben den hohen Anforderungen bzgl. der Schlüssigkeit der Eingruppierungsklage muss ist die tarifliche **Ausschlussfrist des § 37 TVöD** beachtet werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wahrung der Ausschlussfrist ist der Zugang der schriftlichen Geltendmachung gegenüber dem Arbeitgeber. An die Geltendmachung zur Wahrung der Ausschlussfrist sind keine hohe Anforderungen zu stellen; es genügt der ernstliche Hinweis auf einen bestehenden Anspruch sowie die Forderung auf Erfüllung des Anspruchs (vgl. dazu unter I. Übergangs- und Schlussbestimmungen I. Ausschlussfrist).

4. **Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit**

a) **Allgemeines**

Nach § 14 I TVöD kann einem Beschäftigten vorübergehend eine andere Tätigkeit übertragen werden, die den Tätigkeitsmerkmalen einer höheren als der eigenen Eingruppierung entspricht. Die Zuweisung der höherwertigen Tätigkeiten erfolgt durch die Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts. Damit stellt die vorübergehende Aufgabenübertragung eine zeitlich befristete Übertragung von höherwertigen Tätigkeiten dar, die – bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Ausnahmeregelung – nicht zu einem Anspruch des Beschäftigten auf dauerhafte Übertragung dieser höherwertigen Tätigkeiten und auf Höhergruppierung führt. Der Beschäftige hat lediglich für die Dauer der Übertragung einen Anspruch auf Zahlung einer Zulage nach § 14 III TVöD. Liegen die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung aber nicht vor, hat dies für den Arbeitgeber zur Folge, dass er den Beschäftigten höhergruppieren und dauerhaft entsprechend beschäftigen und vergüten muss.

Die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit im Sinne von § 14 TVöD ist nur dann wirksam, wenn sowohl die Übertragung der höher bewerteten Tätigkeit an sich als auch die nur vorübergehende Übertragung billigem Ermessen entsprechen. Fehlt ein hinreichender Grund für die lediglich vorübergehende Übertragung, entspricht die vorübergehende Übertragung nicht billigem Ermessen. Dies wiederum führt dazu, dass die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 14 I TVöD nicht vorliegen und es beim Grundsatz der Tarifautomatik verbleibt. Folglich hat der Beschäftigte einen Anspruch auf die dauerhafte Übertragung der höherwertigen Tätigkeit und eine dementsprechende Eingruppierung und Vergütung.

b) **Anwendungsfälle**

Als Beispiele für eine vertretungsweisen Übertragung höherwertiger Tätigkeiten kommen in Betracht: Mutterschutz, Elternzeit, längeren Erkrankungen, aber auch bei Sonderurlaub nach § 28 TVöD oder bei vorübergehendem Freiwerden einer Stelle, z.B. ein Beamter wird nicht versetzt, sondern nur abgeordnet, vorliegen. Ein personenbezogener Einzelfall kann zudem die Erprobung sein, so dass die vorübergehende Übertragung hier ein „Probelauf“ vor der Entscheidung über die dauerhafte

[711] Zu den Voraussetzungen BAG 17.02.2002, NZA 2003, 159 Rn. 37 ff.

Übertragung sein soll. Auch die Übertragung von Führungsposition auf Probe (§§ 31, 32 TVöD) oder die vorübergehende Übertragung zur Überbrückung bis zur Einführung einer Organisations- oder Verfahrensänderung oder in Vertretungsfällen kommen als Anwendungsfälle in Betracht.

5. **Mitbestimmung**

Nach § 78 I BPersVG bestimmt der Personalrat mit in Personalangelegenheiten bei Übertragung einer höher oder niedriger zu bewertenden Tätigkeit (Nr. 4) und der bei Eingruppierung, Höher- oder Rückgruppierung von Beschäftigten (Nr. 5).

III. **Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund)**

Im TV EntgO Bund sind die für die Anwendung der Tätigkeitsmerkmale maßgeblichen Regelungen zentral zusammengefasst worden.

1. **Überblick**

Der **TV EntgO Bund** gliedert sich wie folgt:

Abschnitt 1 Allgemeines

Abschnitt 2 Voraussetzungen in der Person

Abschnitt 3 Zulagen

Abschnitt 4 Schlussvorschriften

Anlage 1 Entgeltordnung

Anlage 2 Richtlinien verwaltungseigene Prüfungen

Die **Entgeltordnung** mit den Tätigkeitsmerkmalen ist Anlage 1 des TV EntgO Bund. Sie enthält die Tätigkeitsmerkmale, nach denen sich die Eingruppierung richtet, und gliedert sich in sechs Teile:

Teil I Allgemeine Tätigkeitsmerkmale für den Verwaltungsdienst

Teil II Allgemeine Tätigkeitsmerkmale für körperlich/handwerklich geprägte Tätigkeiten

Teil III Tätigkeitsmerkmale für besondere Beschäftigtengruppen

Teil IV Besondere Tätigkeitsmerkmale im Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung (BMVg)

Teil V Besondere Tätigkeitsmerkmale im Bereich des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI)

Teil VI Besondere Tätigkeitsmerkmale im Bereich des Bundesministeriums des Innern (BMI)

Geltung der einzelnen Teile der Entgeltordnung: § 3 TV EntgO Bund regelt die Geltung der einzelnen Teile der Entgeltordnung. Es geht dabei darum, den geltenden allgemeinen Grundsatz der Spezialität für die Entgeltordnung zu konkretisieren. Nach dem **Grundsatz der Spezialität** scheidet eine Eingruppierung nach allgemeinen Tätigkeitsmerkmalen aus, wenn es für die betreffende Tätigkeit spezielle tarifliche Tätigkeitsmerkmale gibt.[712] Die Regelungen in § 3 TV EntgO Bund sind so aufgebaut, dass sie der üblichen Prüfungsreihenfolge und damit dem Grundsatz „von den speziellen zu den allgemeinen Teilen“ folgen. In der

[712] BAG 05.07.2006, ZTR 2007, 19 Rn. 31..

ausführlichen Niederschriftserklärung Nr. 1 zu § 3 TV EntgO Bund (als Anhang zu Anlage 2 TV EntgO Bund) wird zudem der Regelungsgehalt dieses Paragrafen an Hand von verschiedenen Beispielsfällen verdeutlicht.

Die speziellsten Teile sind die Teile für die Bereiche des BMVg (Teil IV), des BMVI (Teil V) und des BMI (nur Bundespolizei, Teil VI). Die Tätigkeitsmerkmale dieser einzelnen Teile gelten jeweils nur für Tätigkeiten in den dort genannten Bereichen. Erfüllt die Tätigkeit eines Beschäftigten ein Tätigkeitsmerkmal der Teile IV, V oder VI, gilt dieses Tätigkeitsmerkmal. Erfüllt ein Beschäftigter ein dort geregeltes Tätigkeitsmerkmal nicht, ist zu prüfen, ob womöglich ein Tätigkeitsmerkmal des Teil III erfüllt ist. Die Tätigkeitsmerkmale des Teil III gelten, wenn die Tätigkeit eines Beschäftigten kein Tätigkeitsmerkmal der Teile IV, V oder VI, aber eines der in Teil III aufgeführten Tätigkeitsmerkmale erfüllt. Dieses Tätigkeitsmerkmal des Teil III gilt dann für die Eingruppierung des Beschäftigten. Die Tätigkeitsmerkmale des Teils I gelten nur, wenn die Tätigkeit einer oder eines Beschäftigten keines der Tätigkeitsmerkmale der Teile III, IV, V oder VI erfüllt und es sich auch nicht um eine körperlich/handwerklich geprägte Tätigkeit handelt (§ 3 IV 1 TV EntgO Bund). Für Beschäftigte, deren Tätigkeit nicht in den anderen Teilen aufgeführt ist. Damit besitzt Teil I eine Auffangfunktion.[713]

2. **Allgemeine Tätigkeitsmerkmale für den Verwaltungsdienst (TV EntgO Bund Anlage A, Teil I)**

Die Allgemeinen Tätigkeitsmerkmale für den Verwaltungsdienst gehen auf die früheren ersten Fallgruppen aus dem Allgemeinen Teil I der Vergütungsordnung zurück. Die Tarifvertragsparteien haben in der Niederschriftserklärung Nr. 2 zu § 3 IV TV EntgO Bund noch einmal ausdrücklich erklärt, dass die vorgenannten Tätigkeitsmerkmale eine Auffangfunktion in dem gleichen Umfang besitzen wie die bisherigen ersten Fallgruppen des Allgemeinen Teils der Vergütungsordnung.

Die Entgeltgruppen sind nach Schwierigkeitsgrad gestaffelt:

a) **Aufbau der Eingruppierungsmerkmale des Teils I**

Der Aufbau der Eingruppierungsmerkmale des Teils I (Allgemeine Tätigkeitsmerkmale für den Verwaltungsdienst)[714] sieht wie folgt aus:

EG	Fallgr.	Merkmal
15	1	Beschäftigte der Entgeltgruppe 14 Fallgruppe 1, deren Tätigkeit sich durch das **Maß der damit verbundenen Verantwortung** erheblich aus der EG 14, Fallgr. 1 heraushebt.
	2	Beschäftigte der Entgeltgruppe 13, denen **mindestens 5 Beschäftigte** mindestens der EG 13 durch ausdrückliche Anordnung ständig **unterstellt** sind. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 1)
14	1	Beschäftigte der Entgeltgruppe 13, deren Tätigkeit durch **besondere Schwierigkeit und Bedeutung** aus der Entgeltgruppe 13 heraushebt.
	2	Beschäftigte der Entgeltgruppe 13, deren Tätigkeit sich **mindestens zu ⅓ durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung** aus der EG 13 heraushebt.
	3	Beschäftigte der Entgeltgruppe 13, deren Tätigkeit sich dadurch aus der EG 13 heraushebt, dass sie **mindestens zu ⅓ hochwertige Leistungen bei besonders schwierigen Aufgaben** erfordert.
	4	Beschäftigte der Entgeltgruppe 13, denen **mindestens 3 Beschäftigte** mindestens der EG 13 durch ausdrückliche Anordnung ständig **unterstellt** sind. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 1)

[713] In den Entgeltgruppen 2 bis 12 gilt dies aber nur, wenn die Tätigkeit einen unmittelbaren Bezug zu den eigentlichen Aufgaben der betreffenden Verwaltungsdienststellen, -behörden oder -institutionen hat (§ 3 IV 2 TV EntgO Bund).
[714] Anlage 1. Entgeltordnung TV EntgO Bund.

13		Beschäftigte mit **abgeschlossener wissenschaftlicher Hochschulbildung und entsprechender Tätigkeit** sowie sonstige Beschäftigte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrung entsprechende Tätigkeiten ausüben.
12		Beschäftigte der EG 11, deren Tätigkeit sich durch das **Maß der damit verbundenen Verantwortung** erheblich aus der EG 11 heraushebt.
11		Beschäftigte der EG 9c, deren Tätigkeit sich durch **besondere Schwierigkeit und Bedeutung** aus der EG 9c heraushebt.
10		Beschäftigte der EG 9c, deren Tätigkeit sich **mindestens zu ⅓ durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung** aus der EG 9c heraushebt.
9c		Beschäftigte der Entgeltgruppe 9b Fallgr: 1 oder 2, deren Tätigkeit sich dadurch aus der Entgeltgruppe 9b heraushebt, dass sie **besonders verantwortungsvoll** ist.
9b	1	Beschäftigte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und im Außendienst mit **abgeschlossener Hochschulbildung und entsprechender Tätigkeit** sowie **sonstige Beschäftigte**, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrung entsprechende Tätigkeiten ausüben. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 2)
	2	Beschäftigte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und im Außendienst, deren Tätigkeit **gründliche, umfassende Fachkenntnisse und selbständige Leistungen** erfordert. (Hierzu Protokollerklärung Nrn. 2, 3 und 4)
9a		Beschäftigte der EG 6, deren Tätigkeit **selbstständige Leistungen** erfordert. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 4)
8		Beschäftigte der EG 6, deren Tätigkeit **mindestens zu 1/3 selbstständige Leistungen** erfordert. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 4)
7		Beschäftigte der EG 6, deren Tätigkeit **mindestens zu 1/5 selbstständige Leistungen** erfordert. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 4)
6		Beschäftigte der EG 5 Fallgr. 1 oder 2, deren Tätigkeit **vielseitige Fachkenntnisse** erfordert. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 5)
5	1	Beschäftigte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und im Außendienst mit **abgeschlossener Berufsausbildung und entsprechender Tätigkeit**. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 2)
	2	Beschäftigte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und im Außendienst, deren Tätigkeit **gründliche Fachkenntnisse** erfordert. (Hierzu Protokollerklärung Nrn. 2 und 6)
4	1	Beschäftigte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und im Außendienst mit **schwierigen Tätigkeiten**. (Hierzu Protokollerklärung Nrn. 2 und 7)
	2	Beschäftigte der EG 3, deren Tätigkeit **mindestens zu 1/4 gründliche Fachkenntnisse** erfordert. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 6)
3		Beschäftigte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und im Außendienst mit Tätigkeiten, für die eine **eingehende Einarbeitung** bzw. eine **fachliche Anlernung** erforderlich ist, die über eine Einarbeitung im Sinne der EG 2 hinausgeht. (Hierzu Protokollerklärung Nr. 2)

2		Beschäftigte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und im Außendienst mit **einfachen Tätigkeiten**. (Hierzu Protokollerklärung Nrn. 2 und 8)
1		Beschäftigte mit **einfachsten Tätigkeiten** (Hierzu Protokollerklärung Nr. 9)

b) **Baukastenprinzip und Heraushebungsmerkmale**

Der TV EntgO Bund folgt generell dem sog. **Baukastenprinzip**: die Tätigkeitsmerkmale des TV EntgO Bund bauen grundsätzlich aufeinander auf. Je höher die Entgeltgruppe, umso höher die Anforderungen. Dabei steigen die Anforderungen an die Fach- und Entscheidungskompetenz mit jeder Entgeltgruppe an. Die Anforderungen bauen ausgehend von der Ausgangsentgeltgruppe aufeinander auf:

EG 8: Beschäftigte der EG 6, deren Tätigkeit selbständige Leistungen zu mind. 1/3 erfordern

EG 7: Beschäftigte der EG 6, deren Tätigkeit selbständige Leistungen zu mind. 1/5 erfordern

EG 6: Beschäftigte der EG 5 Fallgr. 1 oder 2, deren Tätigkeit vielseitige Fachkenntnisse erfordert

EG 5 Fallgr. 2: gründliche Fachkenntnisse

Dazu stellt **§ 2 II 1 TV EntgO Bund** entsprechend klar: Werden in einem Tätigkeitsmerkmal Beschäftigte einer anderen Entgeltgruppe in Bezug genommen, handelt es sich um Beschäftigte einer Entgeltgruppe derselben jeweils kleinsten Gliederungseinheit (Unterabschnitt, Abschnitt bzw. Teil) der Entgeltordnung, wenn im Tätigkeitsmerkmal nichts anderes geregelt ist.

An verschiedenen Stellen erfolgt darüber hinaus eine Differenzierung durch sogenannte **Heraushebungsmerkmale**. Diese erfordern ein zusätzliches qualifizierendes Tätigkeitsmerkmal. Dementsprechend sind sie nur zu prüfen, wenn die zugrunde liegenden Anforderungen erfüllt sind.[715] Für die Begründung der Erfüllung von Heraushebungsmerkmalen dürfen demnach keine Umstände der auszuübenden Tätigkeit herangezogen werden, die bereits für die Begründung der niedrigeren Entgeltgruppe herangezogen wurden. Diese Umstände sind durch Heranziehung zur Begründung der niedrigeren Entgeltgruppe bereits „verbraucht".[716] Demnach dürfen Umstände, die bereits zur Begründung von Ausgangs- oder niedrigeren Entgeltgruppen verwendet worden sind, nicht mehr bei der Prüfung der höheren Entgeltgruppe herangezogen werden.[717]

EG 12: Erhebliche **Heraushebung** aus der EG 11 durch: Maß der Verantwortung

EG 10 (1/3) bzw. **EG 11 (1/2)**: **Heraushebung** aus der EG 9b Fallgr. 1 durch: besondere Schwierigkeit und Bedeutung

EG 9c: **Heraushebung** aus der EG 9b Fallgr. 1 oder 2 durch: besonders verantwortungsvolle Tätigkeiten

EG 9b Fallgr. 2: gründliche, umfassende Fachkenntnisse und selbständige Leistungen

Die dem Heraushebungsmerkmal zugrunde liegende Anforderungen werden häufig auch als Grundmerkmal bezeichnet.

[715] BAG 12.05.2004, AP Nr. 301 zu §§ 22, 23 BAT 1975.
[716] Richter/Gamisch, Eingruppierung TVöD-Bund in der Praxis, S. 37.
[717] BAG 19.02.2009 – 4 AZR 265/02 Rn. 76 f.

D. Entgelt und sonstige Leistungen

Nach Lektüre dieses Teilabschnitts können die Seminarteilnehmer

die Zusammensetzung und Höhe des Tabellenentgelts bestimmen,

die Grundlagen des Einstufungsrechts erklären,

den leistungsbezogenen Stufenaufstieg, die Anrechnung von Zeiten auf den Stufenaufstieg sowie die Stufenzuordnung bei Höher- und Herabgruppierungen erläutern und

das System der leistungsbezogenen Bezahlung (LOB) des TVöD näher beschreiben.

I. Tabellenentgelt (§ 15 TVöD)

Die Beschäftigten erhalten ein monatliches Tabellenentgelt. Die Höhe bestimmt sich nach der Entgeltgruppe, in der die Beschäftigten eingruppiert sind, und nach der für den jeweiligen Beschäftigten geltenden Stufe.

1. Allgemeines

§ 15 I TVöD bestimmt, dass Beschäftigte auf Grund des Arbeitsvertragsverhältnisses einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Zahlung eines Entgelts gemäß der jeweils geltenden Entgelttabelle haben. Mit der Bezahlung nach dem TVöD wurden vorherige tarifliche Bewertungskriterien wie Senioritätsprinzip, Familienstand und Anzahl der Kinder durch eine den Anforderungen der modernen Arbeitswelt gerechteren Tarifstruktur ersetzt.[718] Die **Höhe der Bezahlung** wird jedoch weiterhin von einem **reinen Zeitablauf** maßgeblich mitbestimmt. Die Entwicklungsstufen sichern den Beschäftigten, die ihre auszuübende Tätigkeit wenigstens durchschnittlich erfüllen, den vorgesehenen stufenweisen Aufstieg bis in die höchste Stufe der Entgeltgruppe. Veränderungen im Entgelt und in Stufenverläufen sind durch die leistungsbezogenen Elemente der § 17 II TVöD und § 18 TVöD möglich.

Wie hoch der Entgeltanspruch der Beschäftigten ist, bestimmt sich nach der jeweiligen Einordnung in die Entgelttabelle des TVöD, also nach der Eingruppierung in eine der Entgeltgruppen und der Stufenzugehörigkeit. Die Stufenzuordnung ergibt sich aus § 16 sowie aus § 17 TVöD.

2. Höhe des Tabellenentgelts

Die Höhe des konkreten Tabellenentgelts bestimmt sich nach der Entgeltgruppe, in die die Beschäftigten eingruppiert sind, und nach der für sie geltenden Stufe. Die Beschäftigten des Bundes erhalten Entgelt nach Anlage A (Bund) zum TVöD (vgl. § 15 II 1 TVöD). Auf Basis der Tarifeinigung 2020 ergeben sich folgende Tabellenentgelte:

[718] Budrus/Wiese, in: BeckOK TVöD, § 15 TVöD-AT Rn. 1.

Tabelle TVöD Bund
gültig vom 1. April 2021 bis 31. März 2022
(monatlich in Euro)

Entgelt-gruppe	Grundentgelt		Entwicklungsstufen			
	Stufe 1	Stufe 2	Stufe 3	Stufe 4	Stufe 5	Stufe 6
15	4.928,35	5.263,48	5.637,30	6.147,62	6.672,58	7.017,95
14	4.462,65	4.766,11	5.162,41	5.602,17	6.092,39	6.444,31
13	4.113,41	4.445,99	4.824,60	5.235,66	5.719,35	5.981,85
12	3.686,55	4.069,25	4.516,49	5.012,74	5.595,03	5.871,32
11	3.558,11	3.910,10	4.240,84	4.599,68	5.090,78	5.367,08
10	3.430,51	3.706,30	4.019,82	4.359,85	4.738,50	4.862,83
9c	3.044,70	3.540,82	3.839,03	4.163,95	4.516,23	4.629,31
9b	3.044,70	3.282,46	3.555,82	3.855,78	4.185,91	4.462,19
9a	3.044,70	3.248,34	3.304,35	3.493,66	3.840,53	3.977,78
8	2.858,91	3.049,92	3.182,23	3.314,31	3.455,98	3.524,11
7	2.685,53	2.905,60	3.036,70	3.169,00	3.293,78	3.360,79
6	2.636,00	2.817,11	2.944,11	3.069,78	3.193,22	3.256,10
5	2.530,74	2.706,42	2.825,08	2.950,74	3.067,50	3.127,85
4	2.413,07	2.590,85	2.740,02	2.832,88	2.925,73	2.980,10
3	2.375,89	2.567,08	2.613,61	2.719,96	2.799,76	2.872,87
2	2.202,51	2.396,00	2.442,92	2.509,87	2.657,03	2.810,98
1		1.979,88	2.012,63	2.053,59	2.091,77	2.190,05

In die Entgeltgruppen 1 bis 4 werden ungelernte und angelernte Beschäftigte eingruppiert, in die Gruppen 5 bis 8 Beschäftigte mit einer mindestens dreijährigen Ausbildung und entsprechender Tätigkeit, in die Gruppen 9a bis 12 Beschäftigte mit einem abgeschlossenen Hochschulstudium und entsprechender Tätigkeit und in die Entgeltgruppen 13 bis 15 Beschäftigte mit einem abgeschlossenen wissenschaftlichen Hochschulstudium und entsprechender Tätigkeit. Die Stufenzuordnung innerhalb der Entgeltgruppe bestimmt sich nach § 16 TVöD.

3. **Neuregelung der Entgelte durch Tarifeinigung 2020**

In der dritten Tarifverhandlungsrunde für die rund 2,3 Millionen Beschäftigten im öffentlichen Dienst haben die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) und ihr Verhandlungspartner, der Bund, gemeinsam mit den Gewerkschaften ver.di und dbb beamtenbund und tarifunion einen am 25.10.2020 Abschluss erzielt. Zum 1.4.2021 werden die Tabellenentgelte um 1,4 Prozent, mindestens aber um 50 Euro, erhöht und ab dem 1.4.2022 um weitere 1,8 Prozent. Der Tarifvertrag hat eine Laufzeit von 28 Monaten und gilt rückwirkend vom 1.9.2020 bis zum 31.12.2022. Die Beschäftigten in den Krankenhäusern und den

Pflege- und Betreuungseinrichtungen profitieren darüber hinaus von bis zu drei Zulagen. Auch Auszubildende und Praktikanten sollen ab dem 1.3.2021 25 Euro und ab dem 1.3.2022 weitere 25 Euro pro Monat mehr erhalten. Die Studienentgelte steigen am 1.3.2021 sogar um 50 Euro und ab 1.3.2022 um weitere 25 Euro pro Monat.

Rundschreiben vom 5. Februar 2021 (Az. D5-31002/54#9): Neuregelung der Entgelte für die Tarifbeschäftigten, Auszubildenden, Studierenden und Praktikanten des Bundes ab 1. April 2021. Rundschreiben vom 14. Juni 2021 (Az. D5-31002/54#9): Bekanntgabe der Tarifverträge nach Abschluss des Unterschriftsverfahrens.

4. **Regelungen zum Entgelt bei Freistellung/Arbeitsbefreiung im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie**

Für die Tarifbeschäftigten des Bundes besteht im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie (COVID-19) in Bezug auf einzelne Entgeltfragen weiterhin Klarstellungsbedarf. In Rundschreiben vom 8. Juni 2021 werden dazu folgende Regelungen getroffen:

- Sofern sich Arbeitgeber entscheiden, Beschäftigte wegen der Bewältigung der Corona-Pandemie einseitig freizustellen (zB aus Vorsorgegründen), erfolgt für die Dauer der Freistellung die Zahlung des Entgelts in entsprechender Anwendung des § 21 TVöD (§ 615 BGB Vergütung bei Annahmeverzug).
- Sofern die Voraussetzungen des § 56 Absatz 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG) erfüllt sind, erhalten Tarifbeschäftigte eine Entschädigung in Geld. Dies kommt bei einem Verdienstaus-fall in Folge einer behördlich angeordneten Quarantäne (Absonderung) bzw. einem Tätigkeitsverbot nachdem Infektionsschutzgesetz (§§ 30 ff. IfSG) in Betracht. Der Anspruch besteht grundsätzlich gegenüber der zuständigen Behörde.
- Freistellungen oder Arbeitsbefreiungen, die im Zusammenhang mit COVID19 gewährt werden, werden hinsichtlich der Stufenlaufzeit wie Zeiten nach § 17 III 1 Buchst. b) TVöD behandelt.

Die vorstehenden Regelungen sind befristet bis einschließlich 31. Dezember 2021.

Rundschreiben vom 8. Juni 2021 (Az. D5-31002/17#10): Regelungen zur Entgeltberechnung bei Freistellung/Arbeitsbefreiung von Tarifbeschäftigten im Zusammenhang mit dem Corona-Virus (COVID 19).

II. **Stufen der Entgelttabelle (§ 16 TVöD)**

§ 16 TVöD regelt in Absatz 1 für die Entgeltgruppen 2 bis 15 die Anzahl der Stufen im Geltungsbereich des Bundes. Beschrieben wird die Einstufung bei Einstellungen unter Berücksichtigung vorheriger Tätigkeiten beim Bund bzw. bei Vorliegen einschlägiger Berufserfahrungen bei anderen Arbeitgebern. Die Basis und die Zeiten für die einzelnen Stufen sind im Absatz 4 festgelegt. Für die Entgeltgruppe 1 sind die Anzahl der Stufen sowie die Stufenlaufzeiten in Absatz 5 geregelt.

1. **Neuregelung des Einstufungsrechts**

a) **Strukturelle Änderungen des Einstufungsrechts**

Zur Erhöhung der Attraktivität des Bundes im Wettbewerb mit anderen Arbeitgebern und zur besseren Gewinnung und Bindung von qualifizierten Fachkräften sind Änderungstarifvertrag Nr. 11 zum TVöD vom 29.04.2016 mehrere Neuerungen eingeführt worden. Im Vordergrund steht die Einführung der Stufe 6 (Endstufe) in der Entgelttabelle auch für die Tarifbeschäftigten in den Entgeltgruppen 9a bis 15 sowie eine umfassende Änderung der Regelungen des § 16 TVöD zur Stufenzuordnung bei Einstellung.

Wesentliche Elemente der Neufassung des § 16 TVöD und der nachfolgenden Ausführungen sind:

- die Vereinheitlichung der bisher nach Entgeltgruppen differenzierten Regelungen zur Anrechenbarkeit vorheriger beruflicher Erfahrung,

- die grundsätzliche Möglichkeit, auch in den oberen Entgeltgruppen außerhalb des Bundes erworbene einschlägige Berufserfahrung anzuerkennen,
- die Möglichkeit, auch in den oberen Entgeltgruppen im Ermessenswege förderliche Zeiten ganz oder teilweise anzurechnen, sofern dies zur Deckung des Personalbedarfs notwendig ist,
- die Tarifierung der vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Rechtsprechung zur Stufenzuordnung bei horizontaler Wiedereinstellung im unmittelbaren Anschluss an ein vorheriges Arbeitsverhältnis zum Bund (betrifft insbesondere Fälle der Wiedereinstellung im Anschluss an ein vorheriges befristetes Arbeitsverhältnis zum Bund),
- die Möglichkeit, im Ermessenswege eine zeitlich befristete Zulage zur Deckung des Personalbedarfs oder zur Bindung von qualifizierten Fachkräften zu gewähren.

Merke: Das Stufenrecht ist nunmehr einfacher und transparenter geworden. Mit der Tarifänderung wird gleichzeitig der veränderten Rechtsprechung in den Rechtsgebieten „befristete Arbeitsverträge beim selben Arbeitgeber“ und „Anerkennung von einschlägigen Berufserfahrungen bei anderen Arbeitgebern“ Rechnung getragen.

b) **Stufenprüfung und –zuordnung bei Neueinstellungen (2019)**

Mit Rundschreiben vom 7. Mai 2019 (D5-31002/55#7) – Neufassung der Durchführungshinweise zur Stufenprüfung und –zuordnung bei Neueinstellungen nach § 16 TVöD (Bund) hat das BMI die Durchführungshinweise zur Stufenprüfung und –zuordnung neu gefasst.

Die Änderungen betreffen insbesondere

- erweiterte Hinweise zur Erfüllung der Anforderung „zur Deckung des Personalbedarfs“ bei der Anerkennung förderlicher Zeiten - § 16 II 3 TVöD,
- eine Regelung zu unschädlichen Unterbrechungszeiten und zum Bundesbegriff bei der horizontalen Wiedereinstellung - § 16 II 4 TVöD,
- eine Regelung zu unschädlichen Unterbrechungszeiten und zum Bundesbegriff bei der Einstellung im Anschluss an ein vorheriges Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst - § 16 III TVöD und
- erweiterte Hinweise zur Erfüllung der Anforderung „zur Deckung des Personalbedarfs“, die Möglichkeit einer übertariflichen Zulage bei Beschäftigten der Stufe 5 und der Kombination unterschiedlicher Zulagen bei der Zulage zur Personalgewinnung und -bindung - § 16 VI TVöD.

Beachte: Mit dem Rundschreiben „Erweiterung der Durchführungshinweise zu § 16 (Bund) TVöD“ vom 14.10.2021 (D5-31002/55#12) werden Hinweise zur Anwendung des § 16 (Bund) TVöD neu gefasst und um die Hinweise zur Stufenzuordnung im Anwendungsbereich des Unionsrecht erweitert. Das Rundschreiben vom 7. Mai 2019 wird durch dieses Rundschreiben wird aufgehoben.

2. **Anzahl der Stufen in den Entgeltgruppen (Abs. 1)**

Mit der Neuregelung vom April 2016 wird die in die Entgelttabelle auch für die Tarifbeschäftigten der **Entgeltgruppen 9a bis 15** eine **sechste Stufe als Endstufe** eingeführt. Wie bereits für die Tarifbeschäftigten in den Entgeltgruppen 1 bis 8 bildet nun auch für die Tarifbeschäftigten in den Entgeltgruppen 9a bis 15 nicht mehr die Stufe 5 die höchste Stufe (Endstufe) in der Entgelttabelle sondern die Stufe 6. Tarifbeschäftigte erreichen dadurch in ihrer Endstufe ein deutlich höheres Entgelt. Mit der

Einführung der Stufe 6 honoriert der Arbeitgeber die wachsende berufliche Erfahrung dieser Tarifbeschäftigten in deutlich stärkerem Maße als bisher.[719]

Für die **Entgeltgruppe 1** sind in Absatz 5 spezielle Regelungen zu den Stufen und zu den Stufenlaufzeiten normiert worden: Es entfällt die Stufe 1, so dass die Entgeltgruppe 1 lediglich fünf Stufen umfasst; Einstellungen erfolgen zwingend in der Eingangsstufe 2.

3. **Stufenzuordnung bei Einstellungen (Abs. 2 und 3)**

a) **Grundlagen des Stufenrechts**

Maßgeblich für die Stufenzuordnung eines Beschäftigten sind im Tarifrecht des TVöD die **erworbenen Berufserfahrungen** und die **Dauer eines Beschäftigungsverhältnisses zu einem Arbeitgeber**. Mit der Tarifreform waren neben der Abschaffung des diskriminierenden Sachverhalts der Vergütung nach Alter auch die Ziele verbunden, durch die Anerkennung von Berufserfahrung, die Mobilität und Flexibilität der Beschäftigten zu erhöhen, die Gewinnung von qualifiziertem Personal zu erleichtern, ein einheitliches Entgeltrecht zu schaffen (Aufhebung der unterschiedlichen Vergütungssysteme für Arbeiter und Angestellte) sowie die Beschäftigungschancen älterer Beschäftigter zu verbessern. Insgesamt sollte die Attraktivität der Beschäftigung im öffentlichen Dienst in Konkurrenz zu der Privatwirtschaft auch durch eine neue Entgeltgestaltung verbessert werden.[720]

aa) **Berufserfahrung**

Da im neuen Tarifrecht auf **Berufserfahrung** abgestellt wird, kann es sich nur um die in einem Beruf gesammelte Erfahrung handeln. Berücksichtigt wird dabei jedoch nur die Berufserfahrung, die dem Beschäftigten und damit seinem Arbeitgeber auch in der Tätigkeit, für die er neu eingestellt worden ist, zugutekommt.[721]

Die Berufserfahrungen werden in dem neuen Entgeltrecht in zweifacher Weise bei der Einstufung wirksam:[722]

- Bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitgeber durch die erstmalige Stufenzuordnung bei der Einstellung. Die Berufserfahrungen werden nicht bei einer Höhergruppierung im bestehenden Arbeitsvertragsverhältnis berücksichtigt.
- Durch den weiteren Stufenaufstieg entsprechend der vereinbarten Stufenlaufzeiten während eines Beschäftigungsverhältnisses.

Darüber hinaus regelt der TVöD eine zusätzliche Komponente des Stufenaufstiegs: Bei Leistungen, die erheblich über oder unter dem Durchschnitt liegen, kann die Stufenlaufzeit ab der Stufe 3 verkürzt oder verlängert werden (vgl. § 17 II TVöD).

Die Ansammlung von Berufserfahrungen beschränkt sich nicht nur auf Kenntnisse und Fertigkeiten, die in einem Arbeitsverhältnis erworben wurden.

bb) **Beschäftigungszeit**

[719] Rundschreiben vom 11.07.2016, S. 16 unter C. 1.
[720] Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 32.
[721] Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 9.
[722] Dazu Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 35.

Das zweite Kriterium im neuen Entgeltrecht des TVöD ist die „**Beschäftigungszeit**“ eines Beschäftigten. Im TVöD ist als Grundsatz für die Einstufungen aller Beschäftigten die ununterbrochene Beschäftigungszeit beim selben Arbeitgeber und in derselben Entgeltgruppe vereinbart worden.

Allerdings wird im Tarifvertrag der Begriff „Beschäftigungszeit“ unterschiedlich gebraucht und kann unterschiedlich ausgelegt werden. Während in § 34 III 1 TVöD im Zusammenhang mit den Vorschriften zu den Kündigungsfristen die Regelung getroffen wurde, dass die für die Kündigungsfristen maßgebliche Beschäftigungszeit die bei demselben Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis zurückgelegte Zeit ist, wird der Begriff „Beschäftigungszeit“ im Stufenrecht des Entgeltsystems des TVöD in einem anderen Verständnis verwandt. Vom Wortsinn kann „Beschäftigungszeit“ so verstanden werden, dass die vom Beschäftigten in einem Arbeitsverhältnis zurückgelegte Zeit und damit die Dauer des Arbeitsverhältnisses maßgebend ist. Insbesondere im Zusammenhang mit Tarifvorschriften, die die Eingruppierung in eine bestimmte Entgeltgruppe oder die Zuordnung zu einer bestimmten Entwicklungsstufe einer Entgeltgruppe regeln, ist aber auch das Verständnis des Wortes „Beschäftigungszeit“ möglich, dass es auf die Dauer der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit ankommt.[723]

b) **Stufenzuordnung bei Einstellung in die EG 2-15 (Absatz 2)**

Absatz 2 in der bis zum 29.02.2016 geltenden Fassung ist mit der Neuregelung des § 16 TVöD neu gefasst worden.

aa) **Einstellung**

In § 16 II und III TVöD wird der Begriff „**Einstellung**“ verwendet. Die Tarifvertragsparteien haben mit dem Begriff „Einstellung“ im TVöD nicht zwischen *Neueinstellungen* und *Wiedereinstellungen* differenziert.[724] Vom Wortsinn her liegt eine Einstellung nicht nur bei der erstmaligen Begründung eines Arbeitsverhältnisses vor, sondern auch dann, wenn ein neues Arbeitsverhältnis im (unmittelbaren) Anschluss an ein vorheriges Arbeitsverhältnis begründet wird.[725] Nach der aktuellen Rechtsprechung des BAG verletzt die Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten aus früheren (befristeten Arbeitsverhältnissen) aufgrund der Rechtsprechung des EuGH das Verbot der Benachteiligung befristeter Beschäftigter nach § 4 II 1 TzBfG.[726] Insbesondere für den Fall, dass sich nach dem Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses ein weiteres Arbeitsverhältnis bei demselben Arbeitgeber anschließt, ist damit die Stufenzuordnung nach § 16 II TVöD zu beachten.

Merke: Eine Einstellung im Sinne des Absatz 2 Satz 1 des Tarifnorm liegt nicht nur bei der erstmaligen Begründung eines Arbeitsverhältnisses vor, sondern auch bei einer Wiedereinstellung beim selben Arbeitgeber im unmittelbaren Anschluss an ein beendetes Arbeitsverhältnis. Die Stufenzuordnung erfolgt in diesen Fällen nach § 16 II 1 und 2 TVöD und für den Bund nach § 16 II 4 TVöD.

bb) **Zuordnung zur Stufe 1 (Satz 1)**

Nach § 16 II 1 TVöD sind eingestellte Tarifbeschäftigte grundsätzlich der Stufe 1 zugeordnet, sofern sie nicht nach den nachfolgend dargestellten Regelungen einer höheren Stufe zugeordnet werden können. Abweichendes gilt nach Absatz 5 Satz 2 für die Entgeltgruppe 1; dort bildet die Stufe 2 die Eingangsstufe.

---

[723] BAG 07.11.2011, NZA 2011, 1361; Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 40.
[724] BAG 17.12.2015, ZTR 2016, 193 Rn. 17.
[725] BAG 27.01.2011, ZTR 2011, 214 Rn. 17; LAG Rheinland-Pfalz 09.10.2014, ZTR 2015, 265 Rn. 23 ff.; RdSchr. BMI 07.05.2019 (D5-31002/55#7), Seite 4.
[726] BAG 24.10.2013, NZA-RR 2014, 98.

cc) **Zuordnung zur Stufe 2 und Stufe 3 (Satz 2)**

Verfügen Tarifbeschäftigte über eine „einschlägige Berufserfahrung“ von mindestens einem Jahr und weniger als drei Jahren, erfolgt die Einstellung in die Stufe 2. Verfügen Tarifbeschäftigte über eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens drei Jahren, erfolgt in der Regel eine Zuordnung zur Stufe 3.

(1) Anspruchsvoraussetzung – Einschlägige Berufserfahrung

Die „einschlägige Berufserfahrung“ ist nicht nur das zentrale Tatbestandsmerkmal für eine Stufenzuordnung gemäß Absatz 2 Satz 2, sondern auch für die Stufenzuordnung gemäß Absatz 2 Satz 4 und Absatz 3 von erheblicher Relevanz. Sie ist in der **Protokollerklärung Nr. 1 zu Absatz 2** definiert:

„Einschlägige Berufserfahrung ist eine berufliche Erfahrung in der übertragenen oder einer auf die Aufgabe bezogen entsprechenden Tätigkeit.“

Für die Prüfung, ob eine „einschlägige Berufserfahrung“ im Sinne von § 16 TVöD vorliegt, sind folgende Aspekte zu berücksichtigen:

(a) **Gleichartigkeit der beiden Tätigkeiten**

Die frühere Tätigkeit muss im Wesentlichen unverändert fortgesetzt werden oder muss zumindest nach **Aufgabenzuschnitt und Niveau gleichartig** sein. Das für die frühere Tätigkeit nötige Wissen und Können und die dort erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen müssen typischerweise konkret auch für die neue Tätigkeit erforderlich sein und diese prägen; beide Tätigkeiten müssen zumindest gleichartig sein. Die in früheren Tätigkeiten erworbene berufliche Erfahrung muss den Tarifbeschäftigten in die Lage versetzen, aus dem Stand heraus die Tätigkeit im neuen Arbeitsverhältnis voll auszufüllen. Davon ist auszugehen, wenn die Vorbeschäftigung qualitativ im Wesentlichen die gesamte inhaltliche Breite der aktuellen Beschäftigung abdeckt.[727]

Nach der Vorstellung der Tarifvertragsparteien versetzt die in früheren Arbeitsverhältnissen erworbene Berufserfahrung den Arbeitnehmer dann in die Lage, ohne nennenswerte Einarbeitungszeit die Tätigkeit beim neuen Arbeitgeber auszuüben, wenn die Vorbeschäftigung qualitativ im Wesentlichen die gesamte inhaltliche Breite der aktuellen Beschäftigung abdeckte und deshalb einschlägig ist.

Merke: Für Gleichartigkeit muss die Vorbeschäftigung qualitativ im Wesentlichen die gesamte inhaltliche Breite der aktuellen Beschäftigung abdecken. Zur Feststellung der Gleichartigkeit bietet sich ein Vergleich der Arbeitsvorgänge nach Vorlage des letzten Arbeitszeugnisses an.

(b) **Eingruppierungsrechtliche Gleichwertigkeit der vorherigen Tätigkeit**

Vorherige berufliche Erfahrung ist einschlägig, wenn die Gleichartigkeit der beiden Tätigkeiten im vorstehenden Sinn vorliegt **und** sie dieselbe eingruppierungsrechtliche Wertigkeit wie die neu übertragene Tätigkeit hat. Dies ist dann der Fall, wenn die Tätigkeiten derselben Entgeltgruppe zuzuordnen sind. Maßstab bilden hierbei die Eingruppierungsvorschriften des TV EntgO Bund mit der Entgeltordnung. Eine gleiche Eingruppierung indiziert die Gleichwertigkeit der Tätigkeiten.[728] Im Einzelfall kann es erforderlich sein, die eingruppierungsrechtliche Wertigkeit der vorherigen beruflichen Tätigkeiten anhand der Eingruppierungsvorschriften des TV EntgO Bund zu prüfen, um feststellen zu können, ob einschlägige Berufserfahrung vorliegt.

Vorherige berufliche Erfahrung aus einer höherwertigen Tätigkeit (höhere Entgeltgruppe) kann berücksichtigt werden, sofern sie im Übrigen die unter (a) genannten Voraussetzungen erfüllt. Vorherige berufliche Erfahrung aus einer niedriger bewerteten

[727] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 5.
[728] Rundschreiben vom 07.05.2019, Seite 5.

Tätigkeit (niedrigeren Entgeltgruppe) kann nicht berücksichtigt werden, in diesem Fall kommt die Prüfung zur Berücksichtigung förderlicher Zeiten in Betracht.

Es ist nicht gefordert, dass die vorherige einschlägige berufliche Tätigkeit die einzige Tätigkeit der/des Beschäftigten am vorherigen Arbeitsplatz bildete; die nachfolgenden Grundsätze zur Vollzeit/Teilzeit und mehreren vorherigen beruflichen Tätigkeiten gelten entsprechend.

Nach der Rechtsprechung des BAG handelt es sich nach dem hinter dem Stufensystem stehenden Leistungsgedanken um einschlägige und deshalb dem Beschäftigten bei seiner aktuellen Tätigkeit nützliche Berufserfahrung, wenn die frühere Tätigkeit im Wesentlichen unverändert fortgesetzt wird oder zumindest gleichartig war. Das setzt grundsätzlich voraus, dass der Beschäftigte die Berufserfahrung in einer Tätigkeit erlangt hat, die in ihrer eingruppierungsrechtlichen Wertigkeit der Tätigkeit entspricht, die er nach seiner Einstellung auszuüben hat. Dabei kommt es nicht auf die formale Bewertung der Tätigkeit durch den Arbeitgeber, sondern auf die entgeltrechtlich zutreffende Bewertung an.[729]

Merke: Um eine berufliche Erfahrung anzunehmen müssen danach in der Vorbeschäftigung eingruppierungsrechtlich gleichwertige Tätigkeiten ausgeübt worden seien.

(c) **Vorhergehende berufliche Tätigkeit**

Die einschlägige Erfahrung muss in einer „beruflich" ausgeübten Tätigkeit, regelmäßig also in einem Arbeitsverhältnis, erworben worden sein. Dazu muss die Tätigkeit nachhaltig zum Verdienst und tatsächlich ausgeübt werden. Das setzt die tatsächliche Ausübung des Berufs voraus.

Hinweis: In den EG 2–15 werden seit der Tarifeinigung vom 29.04.2016 einschlägige Berufserfahrungen bei **jedem Arbeitgeber** (Bund, anderer Arbeitgeber im öffentlichen Dienst oder außerhalb des öffentlichen Dienstes) berücksichtigt. Die Anerkennung einschlägiger Berufserfahrung gilt nunmehr auch für die bei privaten Arbeitgebern erworbene Berufserfahrung.

Diese Berufserfahrung kann in einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen beim selben Arbeitgeber oder bei mehreren anderen Arbeitgebern erworben worden sein.

Der Erwerb einschlägiger Berufserfahrungszeiten als Beamter, als Soldat auf Zeit, als Berufssoldat oder als Richter ist möglich.[730] Ebenfalls möglich soll nach Ansicht des BMI die die Anerkennung von Zeiten von mindestens vier Monaten und insgesamt höchstens zwei Jahren, in denen Wehrdienst, soweit er nicht als Soldat auf Zeit oder Berufssoldat geleistet wurde, Zivildienst, Bundesfreiwilligendienst, Entwicklungsdienst oder ein freiwilliges soziales oder ökologisches Jahr geleistet wurde. Das BAG hat diese Anerkennung abgelehnt.[731]

Nicht von vornherein ausgeschlossen soll auch die Berücksichtigung von einschlägigen Berufserfahrungszeiten aus Werk-, freien Dienst- oder vergleichbaren Verträgen oder aus selbständiger Tätigkeit. Hier wird es jedoch maßgeblich darauf ankommen, ob Beschäftigte für eine Überprüfung der tatsächlichen Gegebenheiten mit unabhängigen Nachweisen über Art und Umfang die Einschlägigkeit der bisherigen Berufserfahrung belegen können.

[729] BAG 17.01.2019 – 6 AZR 585/17, ZTR 2019, 283 Rn. 11.
[730] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 6.
[731] BAG 17.01.2019, ZTR 2019, 283.

Schließlich können zB Zeiten der vorübergehenden Übertragung einer **höherwertigen Tätigkeit** oder auf Grund einer Abordnung, Zuweisung oder Gestellung bei einem Dritten anzurechnen sein, wenn die in dieser Phase ausgeübte Tätigkeit ihrerseits einschlägige Berufserfahrung im oben dargestellten Sinne vermittelt.

Allein das Bestehen eines Arbeitsvertrags genügt nicht; Tarifbeschäftigte haben hierbei eine Nachweispflicht. Für eine Überprüfung der tatsächlichen Gegebenheiten eignet sich insbesondere die Vorlage von Arbeitszeugnissen und Tätigkeitsbeschreibungen. Die Dienststelle hat nach Vorlage von eingereichten Beweismitteln über den Umfang der Anerkennung bisheriger Berufserfahrung zu entscheiden.[732]

Ein **Berufspraktikum** nach dem Tarifvertrag für Praktikantinnen/Praktikanten des öffentlichen Dienstes vom 27.10.2009 (TVPöD; s. Protokollerklärung Nr. 2 zu § 16 II TVöD ist als Erwerb einschlägiger Berufserfahrung anerkannt, wenn das Praktikum zu dem konkreten Aufgabenbereich der neuen Tätigkeit in Beziehung steht. Nach § 1 TVPöD wird der Geltungsbereich des TVPöD für Praktikanten für den Beruf Sozialarbeiter, Sozialpädagogin und Heilpädagogin während der praktischen Tätigkeit, die nach Abschluss des Fachhochschulstudium der staatlichen Anerkennung vorauszugehen hat, der pharmazeutisch-technischen Assistenten, der Erzieherin und der Kinderpflegerin während der praktischen Tätigkeit, die nach den Ausbildungsordnungen der staatlich anerkannten Anerkennung als Erzieherin oder Kinderpflegerin vorauszugehen hat, der Masseurin und des medizinischen Bademeisters und der Rettungsassistentin während ihrer jeweiligen praktischen Tätigkeiten.

Erfahrungen aus einem **Ausbildungsverhältnis** – auch beim selben Arbeitgeber Bund – werden hingegen nicht berücksichtigt. Die Tätigkeit des Auszubildenden erschöpft sich nicht in der Leistung fremdbestimmter Arbeit. Vielmehr hat die Berufsausbildung gem. § 1 III BBiG die für die Ausübung einer qualifizierten beruflichen Tätigkeit in einer sich wandelnden Arbeitswelt notwendigen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten zu vermitteln. Ebenfalls werden Erfahrungen aus einem Referendariat oder Vorbereitungsdienst – auch beim selben Arbeitgeber Bund –nicht berücksichtigt; ebenso auch keine Erfahrungen als Volontärin/Volontär.[733]

Die während eines dualen Studiums zurückgelegten Zeiten des berufspraktischen Studienteils vermitteln keine einschlägige Berufserfahrung. Ausbildungszeiten und damit auch die Zeiten des berufspraktischen Studienteils können das Erfordernis der „einschlägigen Berufserfahrung“ nicht erfüllen.[734] Das duale Studium dient erst zum Erwerb derjenigen Fertigkeiten und Kenntnisse, die erforderlich sind, um das Studienziel und damit den angestrebten Berufsabschluss zu erreichen, und vermittelt deshalb keine Berufserfahrung. Dies zeigt auch ein systematischer Vergleich mit der Protokollerklärung Nr. 2 zu § 16 II TVöD, in der ausdrücklich angeordnet ist, dass ein Berufspraktikum nach dem Tarifvertrag für Praktikantinnen/Praktikanten des öffentlichen Dienstes grundsätzlich als Erwerb einschlägiger Berufserfahrung gilt. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Tarifvertragsparteien davon ausgehen, dass im Regelfall einschlägige Berufserfahrung nicht im Rahmen von Praktika erworben werden kann. Andernfalls hätte es der Protokollerklärung nicht bedurft.[735]

Wehrdienstzeiten: Nach der Rechtsprechung des BAG[736] werden über die Ergänzungsnorm des § 8 SVG weder Wehrdienstzeiten des Beschäftigten oder Zeiten einer nach § 5 SVG geförderten Maßnahme als einschlägige Berufserfahrung iSd. § 16 II 2 TV-TgDRV (Tarifvertrag der Trägergemeinschaft der Deutschen Rentenversicherung) noch als ununterbrochene Tätigkeit innerhalb

[732] Rundschreiben vom 24.10.2016, S. 6.
[733] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 6.
[734] BAG 17.01.2019, ZTR 2019, 283 Rn. 13 mwN.
[735] BAG 17.01.2019, ZTR 2019, 283 Rn. 13 mwN.
[736] BAG 17.01.2019, ZTR 2019, 283 Rn. 10 und 28.

derselben Entgeltgruppe bei seinem Arbeitgeber iSd. § 16 IV TV-TgDRV fingiert. § 8 SVG (Soldatenversorgungsgesetz)[737] stellt auf einen reinen Zeitablauf ab. Setzt eine Anspruchsnorm hingegen darüber hinaus anderweitige Qualifikationsmerkmale, wie beispielsweise eine tatsächliche Tätigkeit in der durch die Merkmale einer bestimmten Entgeltgruppe näher definierten qualifizierten Art und Weise, voraus, geht seine Anwendung insoweit ins Leere.[738]

(d) **Vollzeit/Teilzeit, mehrere berufliche Tätigkeiten**

Für den Erwerb einschlägiger Berufserfahrung kommt es nicht darauf an, ob die Vorbeschäftigung in Teilzeit oder Vollzeit ausgeübt wurde. Es ist unerheblich, ob die vorherige einschlägige Berufserfahrung in einer oder in mehreren beruflichen Tätigkeiten erworben worden ist. Berücksichtigungsfähig ist grundsätzlich auch eine einschlägige Berufserfahrung, die in beruflichen Tätigkeiten erworben worden ist, die kürzer als ein Jahr gedauert haben.[739]

Beachte: Bei einer Teilzeitbeschäftigung mit einem sehr geringen Beschäftigungsumfang kann fraglich sein, ob Berufserfahrung erworben wurde, die der geforderten einschlägigen Berufserfahrung entspricht.[740] Auch kann in sehr kurzen beruflichen Tätigkeiten, die nur wenige Tage oder Wochen bestanden haben, die Tätigkeit so zugeschnitten sein, dass die Vorbeschäftigung nicht die gesamte Breite der aktuellen Beschäftigung abdeckt. In solchen Fällen kann keine einschlägige Berufserfahrung erworben werden.

(e) **Berücksichtigung einschlägiger Berufserfahrung im Anwendungsbereich des Unionsrechts nach Art. 45 AEUV**

Nach der Rechtsprechung des BAG mit Urteil vom 29. April 2021[741] zu § 16 TVöD TV-L verstößt die auf Stufe drei begrenzte Anrechnung einschlägiger Berufserfahrungszeiten gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art 45 AEUV und ist unanwendbar, soweit die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer diese Erfahrung in einem vorherigen Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedsstatt und damit im Anwendungsbereich des Unionsrechts erworben hat. Solche Berufserfahrungszeiten sind uneingeschränkt zu berücksichtigen.

Das BMI hat mit Rundschreiben vom 14.10.2021 (D5-31002/55#12) auf diese Rechtsprechung reagiert und entsprechende Hinweise zur Anwendung des § 16 II 2 TVöD neu gefasst und um die Hinweise zur Stufenzuordnung im Anwendungsbereich des Unionsrechts (Wanderarbeiterinnen/Wanderarbeiter) erweitert. Danach wird in einem anderen Mitgliedstatt erworbene einschlägige Berufserfahrung vollumfänglich berücksichtigt. Die Maßstäbe einschlägiger Berufserfahrung der vorstehenden Ausführungen sind auch hier zu beachten. Beschäftigte mit in der Bundesrepublik Deutschland erworbener einschlägiger Berufserfahrung können sich auf die Unwirksamkeit der Begrenzung nicht berufen. Das BAG hat klargestellt, dass mangels Unionsbezug bei diesem Personenkreis kein Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegt. Für Beschäftigte mit einschlägiger Berufserfahrungszeiten aus einem vorherigen Arbeitsverhältnis zu einem anderen inländischen Arbeitgeber verbleibt es daher bei der begrenzten Berücksichtigung einschlägiger Berufserfahrung nach § 16 II 2 TVöD. Der differenzierten Behandlung stehen weder Unionsrecht noch nationales Recht entgegen.[742]

Die Ausführungen zur Berücksichtigung von einschlägiger Berufserfahrung aus einem anderen EU-Mitgliedsstatt sind ab dem 14. Oktober 2021 zu berücksichtigen.

---

[737] § 8 SVG lautet: „Die Zeit einer nach § 5 geförderten Maßnahme der beruflichen Bildung wird auf die Berufszugehörigkeit angerechnet, wenn der ehemalige Soldat im Anschluss daran in dem erlernten oder einem vergleichbaren Beruf sechs Monate tätig ist. Eine vorübergehende berufsfremde Beschäftigung bleibt außer Betracht."
[738] BAG 17.01.2019, ZTR 2019, 283 Rn. 21.
[739] BAG 03.07.2014, NZA 2014, 1159.
[740] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 7.
[741] BAG v.29.04.2021 – 6 AZR 232/17; vorgehende EuGH, Urt. v. 23.04.2020, Az. C-710/18 (WN ./. Land Niedersachsen).
[742] RdSchr. BMI v. 14.10.2021 (D5-31002/55#12), S. 8.

(f) **Zusammenfassung einschlägige Berufserfahrung**

„Einschlägige Berufserfahrung“ ist eine berufliche Erfahrung in der übertragenen oder einer auf die Aufgabe bezogenen entsprechenden Tätigkeit. „Einschlägige Berufserfahrung“ liegt danach vor, wenn die frühere Tätigkeit im Wesentlichen unverändert fortgesetzt wird oder zumindest gleichartig war (Gleichartigkeit). Das setzt grundsätzlich voraus, dass der Beschäftigte die Berufserfahrung in einer Tätigkeit erlangt hat, die in ihrer eingruppierungsrechtlichen Wertigkeit der Tätigkeit entspricht, auf die die Bewerbung erfolgt.

Unerheblich ist, bei welchem Arbeitgeber die vorherige berufliche Tätigkeit ausgeübt wurde. Es ist ferner unerheblich, ob die vorherige einschlägige Berufserfahrung in Vollzeit/Teilzeit oder in mehreren beruflichen Tätigkeiten erworben wurde.

Hinweis: Die Beurteilung der Einschlägigkeit der Berufserfahrung liegt im billigem Ermessen (§ 315 I BGB) des Arbeitgebers. Allerdings kann ein Beschäftigter, sofern ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist, eine (nachträgliche) Überprüfung, ob die vorhandenen einschlägigen Berufserfahrungen tatsächlich bei der Stufenzuordnung vollständig berücksichtigt wurden, geltend machen. Die Feststellung der Einschlägigkeit unterliegt damit der vollen gerichtlichen Kontrolle.[743] Bejaht die Dienststelle das Vorliegen einschlägiger Berufserfahrung, muss diese bei der Stufenzuordnung berücksichtigt werden.[744]

(2) Keine schädliche Unterbrechung

Die Regelung enthält keine Höchstgrenzen für die Zeit, die zwischen dem Erwerb der einschlägigen Berufserfahrung und der neuen Tätigkeit liegen darf. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Zeitspanne zwischen Erwerb der vorherigen beruflichen Erfahrung und der Einstellung beim Bund grundsätzlich ohne Relevanz ist und deshalb keine schädlichen Unterbrechungszeiten entstehen können.[745]

Nach der Rechtsprechung ist von einer Unschädlichkeit jedenfalls immer dann auszugehen, wenn es zu keiner längeren Unterbrechung als einer sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist.[746]

Ansonsten kommt es für die Frage, bis zu welcher Dauer rechtliche Unterbrechungen noch keinen Verlust von Erfahrungswissen begründen, auf den Einzelfall an: Sind für die Tätigkeit Kenntnisse erforderlich, welche sich aufgrund der Weiterentwicklung bereits nach wenigen Jahren „abgenutzt“ haben, dürfte es nicht zu einer Berücksichtigung dieser Zeiten kommen. Hingegen dürfte es bei einfacheren Tätigkeiten möglich sein, auch nach mehreren Jahren noch einschlägige Berufserfahrung zu berücksichtigen. Es obliegt dem Arbeitgeber, in jedem Einzelfall festzustellen, ob eine Berufserfahrung vorliegt und ob diese aufgrund der verstrichenen Zeit noch als einschlägig betrachtet werden kann.

(3) Rechtsfolge

Verfügen eingestellte Tarifbeschäftigte über mehr als ein und weniger als drei Jahre vorherige einschlägige berufliche Erfahrung, sind sie gem. § 16 II 2 TVöD der Stufe 2 ihrer Entgeltgruppe zuzuordnen. Verfügen eingestellte Tarifbeschäftigte über eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens drei Jahren, erfolgt nach Satz 2 in der Regel eine Zuordnung zur Stufe 3 ihrer Entgeltgruppe. Die Formulierung „in der Regel“ bedeutet, dass auch andere, insbes. höhere Stufenzuordnungen möglich sind. Die Stufe 3 ist demnach keine Maximalstufe. Die Tarifvertragsparteien geben aber keinen Hinweis darauf, wann von der

[743] Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 75.
[744] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 7.
[745] Rundschreiben vom 24.10.2016, S. 7.
[746] BAG 6.9.2018 – 6 AZR 836/16 Rn. 25.

Regelzuordnung zur Stufe 3 abgewichen werden kann/soll. Daher wird eine Interpretation der Norm dahingehend vorzunehmen sein, dass es sich um außergewöhnliche und gewichtige Gründe handeln muss, die der Arbeitgeber darzulegen hat.[747]

Achtung: Bei den in § 16 II 1 TVöD geregelten Fall der Stufenzuordnung handelt es sich um reine Rechtsanwendung durch den Arbeitgeber. Dem Arbeitgeber ist ein rechtsgestaltendes Handeln (Ermessensausübung) - anders als die Regelungen in § 16 II 3 und III TVöD - nicht eingeräumt. Die Stufenzuordnung nach § 16 II 2 TVöD richtet sich ausschließlich nach dem Subsumtionsergebnis. Erweist sich die Stufenzuordnung nach dieser Vorschrift als fehlerhaft, weil der Subsumtion unzutreffende Tatsachen und/oder objektiv unzutreffende rechtliche Bewertungen zugrunde lagen, kann der Arbeitgeber diese - nach den Grundsätzen der korrigierenden Rückgruppierung - durch einseitige Rückstufung korrigieren.[748]

Mit der Zuordnung beginnt in beiden Fällen die jeweilige Stufenlaufzeit zum Erreichen der jeweils nächsthöheren regulären Stufe von Neuem zu laufen. „Stufenrestlaufzeiten“ einschlägiger Berufserfahrung aus früheren Arbeitsverhältnissen werden nicht angerechnet.

dd) **Stufenzuordnung bei Anerkennung förderlicher Zeiten (§ 16 II 3 TVöD)**

Unabhängig von der Berücksichtigung vorheriger einschlägiger Berufserfahrung bei der Stufenzuordnung kann der Arbeitgeber nach § 16 II 3 TVöD auch bei Neueinstellungen weitere Zeiten einer vorherigen beruflichen Tätigkeit ganz oder teilweise für die Stufenzuordnung berücksichtigen, wenn diese Tätigkeit für die vorgesehene Tätigkeit förderlich ist. Auf diese Weise können solche Bewerber auch der Stufe 3 oder einer höheren Stufe zugeordnet werden.[749]

Es handelt sich bei der Berücksichtigung förderlicher Zeiten um eine Kann-Vorschrift. Es liegt also im Ermessen der Dienststelle, ob und in welchem Umfang sie förderliche Zeiten anerkennt. Zur Personalgewinnung und -bindung können die tarifrechtlichen Möglichkeiten von Absatz 2 und 6 kumulativ ausgeschöpft werden können.

Im Gegensatz zu § 16 II 1, 2 TVöD, der von „Einstellung“ spricht, muss es sich nach dem klaren Wortlaut des Satzes 3 um eine „Neueinstellung“ handeln.

(1) Voraussetzungen

Die Berücksichtigung von vorherigen beruflichen Tätigkeiten bei der Stufenzuordnung im Sinne von Absatz 2 Satz 3 setzt voraus, dass diese Tätigkeit für die vorgesehene Tätigkeit förderlich ist, und dass die höhere Stufenzuordnung zur Deckung des Personalbedarfs erforderlich ist.

Anerkennung förderlicher Tätigkeitszeiten – BAG 15.10.2021 – 6 AZR 254/20: https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/6-azr-254-20/Die Anerkennung von Zeiten förderlicher Tätigkeit nach § 16 Abs. 2 Satz 4 TV-L setzt nicht als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal voraus, dass der Bewerber bei seiner Einstellung eine Berücksichtigung solcher Zeiten verlangt.

Anerkennung förderlicher Tätigkeitszeiten – BAG 15.10.2021 – 6 AZR 254/20: https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/6-azr-254-20/Die Anerkennung von Zeiten förderlicher Tätigkeit nach § 16 Abs. 2 Satz 4 TV-L setzt nicht als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal voraus, dass der Bewerber bei seiner Einstellung eine Berücksichtigung solcher Zeiten verlangt.

[747] Pielok, in: Bredemeier/Neffke, § 16 TVöD Rn. 6.
[748] BAG v. 5.6.2014 - 6 AZR 1008/12 - Rz 15.
[749] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Stufen der Entgelttabelle Rn. 2558

Anerkennung förderlicher Tätigkeitszeiten – BAG 15.10.2021 – 6 AZR 254/20: https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/6-azr-254-20/Die Anerkennung von Zeiten förderlicher Tätigkeit nach § 16 II 4 TV-L setzt nicht als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal voraus, dass der Bewerber bei seiner Einstellung eine Berücksichtigung solcher Zeiten verlangt. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Vorschriften, gilt diese Auslegung auch für die Regelung in § 16 II 3 TVöD Bund.

(a) **Förderliche Zeiten**

Eine Definition der „förderlichen Zeiten" haben die Tarifvertragsparteien nicht vorgenommen. Nach der Rechtsprechung des BAG dient § 16 Abs. 2 S. 2 TVöD dazu, Berufserfahrung zu berücksichtigen, die dem Arbeitnehmer und damit auch seinem Arbeitgeber in der Tätigkeit, für die er neu eingestellt wurde, zugutekommt[750]. Inhaltlich kommen als förderliche Zeiten in erster Linie gleichartige und gleichwertige Tätigkeiten, die der Arbeitnehmer bei einem anderen öffentlichen oder privaten Arbeitgeber ausgeübt hat, in Betracht. Sie können insbesondere vorliegen, wenn die frühere berufliche Tätigkeit mit der auszuübenden Tätigkeit in sachlichem Zusammenhang steht und die dabei erworbenen Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen für die Erfüllung der auszuübenden Tätigkeit offenkundig von Nutzen sind.[751] Vorherige berufliche Tätigkeiten sind förderlich, wenn sie für die übertragene Tätigkeit nützlich sind, indem sie die Qualität oder die Quantität der auszuübenden Tätigkeit zu steigern versprechen und dem Arbeitgeber in irgendeiner Weise zugutekommt. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn die bei den übertragenen Tätigkeiten gewonnenen Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen eine produktivere Arbeit erwarten lassen.

Definition: Förderliche Zeiten sind gleichartige und gleichwertige Tätigkeiten, die der Beschäftigte bei einem anderen öffentlichen oder privaten Arbeitgeber ausgeübt hat.

Hinweis: An „förderliche Zeiten einer vorherigen beruflichen Tätigkeit" sind geringere Anforderungen zu stellen als an „einschlägige Berufserfahrung". Es muss sich jedenfalls um Kenntnisse und Erfahrungen handeln, die eine Einarbeitung zumindest erleichtern oder verkürzen und die für die auszuübende Tätigkeit von Nutzen sind.[752]

Eine identische bzw. gleichartige vorherige Tätigkeit ist nicht erforderlich. Sonst würde es sich bereits um „einschlägige Berufserfahrung" handeln. Jedoch müssen die Kenntnisse wohl zumindest einem artverwandten Beruf entstammen, anderenfalls dürften sie kaum förderlich sein.[753]

Auch auf die eingruppierungsrechtliche Gleichwertigkeit der beruflichen Tätigkeiten kommt es für die Nützlichkeit nicht an. Auch eine geringer oder anders qualifizierte Tätigkeit kann in diesem Sinne nützlich sein.[754] Dass bedeutet, dass auch Tätigkeiten aus einer niedrigeren Entgeltgruppe als förderliche Zeiten ganz oder teilweise berücksichtigt werden können.

Erforderlich ist, dass die vorherigen Tätigkeiten im Rahmen eines Berufs erworben wurde („vorherige berufliche Tätigkeiten"). Dabei ist unerheblich, bei welchem Arbeitgeber die förderlichen Zeiten erbracht wurden und ob die Vorbeschäftigung in Teilzeit oder in Vollzeit ausgeübt wurde. Auch ist unerheblich, ob die förderlichen Zeiten in einem oder in mehreren Arbeitsverhältnissen erworben worden sind. Die vorherige förderliche Tätigkeit muss nicht aber unmittelbar vor der Einstellung verrichtet worden sein. Selbstständige Tätigkeiten können nur in Ausnahmefällen als förderliche berufliche Tätigkeit anerkannt werden.[755]

[750] *BAG* v. 19.12.2013 - 6 AZR 94/12 - Rz 58 zu § 16 Abs. 2 TV-L.
[751] BAG v. 5.6.2014 - 6 AZR 1008/12 - Rz 30.
[752] *Spengler/Dick* in Burger, TVöD/TV-L Komm. Rz 11 zu § 16.
[753] *Spengler/Dick* in Burger, TVöD/TV-L Komm. Rz 11 zu § 16.
[754] *BAG* v. 5.6.2014 - 6 AZR 1008/12 - Rz 30.
[755] BMI.-Rs. v. 7.5.2019- D5-31002/55#7, S. 9; a.A. *BAG* v. 5.6.2014 - 6 AZR 1008/12 - Rz 30: Danach kann auch eine selbständige Tätigkeit eine förderliche berufliche Tätigkeit sein.

Daher sind auch Ausbildungszeiten für einen berufsqualifizierenden Abschluss keine förderlichen Zeiten, die zu einer höheren Stufenzuordnung führen können. Zeiten eines Berufspraktikums im Sinne des TVPöD können hingegen berücksichtigt werden.

Die Regelung enthält keine Vorgaben zu der Zeit, die zwischen dem Erwerb der vorherigen beruflichen Tätigkeiten und der neuen Tätigkeit liegen darf. Sie muss weder im unmittelbaren Anschluss erfolgen, noch sind zeitliche Vorgaben gegeben, wann Erfahrung aus den vorherigen Tätigkeiten verfällt. Die bisherige Tätigkeit darf jedoch nicht zeitlich so weit zurückliegen, dass schwerlich von einem Nutzen für die übertragene Tätigkeit ausgegangen werden kann; sie muss in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der übertragenen Tätigkeit stehen.

(b) **Deckung des Personalbedarfs**

Zu beachten ist ferner, dass die Einstellung zwingend zur Deckung des Personalbedarfs erfolgen muss. Diese Tatbestandsvoraussetzung wäre aber in der Regel bei jeder Einstellung gegeben, denn aus welchen anderen Gründen sollten Einstellungen sonst wohl erfolgen. Offensichtlich wollten die Tarifvertragsparteien zum Ausdruck bringen, dass förderliche Zeiten ausnahmsweise nur dann Berücksichtigung finden sollen, wenn Schwierigkeiten bei der Personalbeschaffung auftreten, also etwa aufgrund Bewerbermangels.[756] Es muss also ein konkreter – vom Arbeitgeber nachzuweisenden – Bewerbermangel in qualitativer und/oder quantitativer Hinsicht vorliegen. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn in bestimmten regionalen oder fachlichen Bereichen Bewerbermangel herrscht und der Arbeitgeber bei „normalen“ finanziellen Bedingungen kein ausreichend qualifiziertes Personal gewinnen kann.[757]

Das Vorliegen der Anforderung „zur Deckung des Personalbedarfs“ ist für jedes Bewerbungsverfahren individuell zu prüfen, festzustellen und aktenkundig zu machen. **Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Personalbedarfs** im Sinne der Vorschrift können sein:

- Es handelt sich um besonders gesuchte Berufsgruppen. Das ist insbesondere anzunehmen bei Berufen im MINT-Bereich (Mathematik, Informatik, Naturwissenschaft und Technik), sonstigen Spezialisten („tätigkeitsbezogene Mängel“) sowie Ärztinnen und Ärzten;
- bei dem zu besetzenden Arbeitsplatz liegt ein ortsbezogener Bewerbermangel vor;
- es liegen nur wenige Bewerbungen von geeigneten Bewerbern vor.

(2) Rechtsfolge

Es handelt sich bei der Berücksichtigung förderlicher Zeiten um eine „Kann-Vorschrift“. Es liegt also im **Ermessen des Arbeitgebers**, ob und in welchem Umfang er förderliche Zeiten anrechnet. Absatz 2 Satz 3 soll lediglich dem Arbeitgeber bei Verhandlungen mit Bewerbern einen größeren Spielraum gewähren, nicht aber einen eigenen tariflichen Rechtsanspruch trotz vorbehaltsloser Unterzeichnung des Arbeitsvertrages begründen. Ein Rechtsanspruch auf Anerkennung der förderlichen Zeiten besteht daher nicht.[758] Der Arbeitgeber kann also frei entscheiden, ob und in welchem Umfang er die förderlichen Zeiten bei der Stufenzuordnung berücksichtigt.[759]

[756] BAG 21.11.2013, ZTR 2011, 23; Spengler/Dick, in: Burger, TVöD/TV-L, § 16 Rn. 10 mwN.
[757] Pielok, in: Bredemeier/Neffke, TVöD/TV-L, § 16 Rn. 11.
[758] Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 25f.
[759] Pielok, in: Bredemeier/Neffke, TVöD/TV-L, § 16 Rn. 121.

Die tarifliche Regelung nach § 16 II 3 TVöD räumt dem Arbeitgeber bei der Stufenzuordnung auf der Rechtsfolgenseite ein rechtsgestaltendes Handeln ein, die der Arbeitgeber nicht durch eine Rückstufung einseitig verändern kann. [760] Beruht die Stufenzuordnung auf einer zulässigen Ermessensausübung, kann insoweit keine „korrigierende" Rückstufung erfolgen.

Wie die Berücksichtigung förderlicher Zeiten erfolgt, liegt im Ermessen der Dienststelle; diese kann zB auch nur einen Teil der förderlichen Zeiten bei der Stufenzuordnung berücksichtigen.

Beachte: Bei Berücksichtigung förderlicher Zeiten, werden Beschäftigte einer höheren Stufe ihrer Entgeltgruppe zugeordnet. Es ist also auch eine über Stufe 3 hinausgehende Zuordnung bis hin zur Endstufe im Rahmen der Vorgaben zu den Stufenlaufzeiten gemäß Absatz 4 möglich.[761]

Bei Zuerkennung einer höheren Stufe ist zu entscheiden, ob eine Verlängerung der Stufenlaufzeit in Betracht kommt. Die Laufzeit der zuerkannten Stufe kann ganz oder teilweise um die Laufzeit der übersprungenen Stufen verlängert werden. Derartige Zeiten können auch im Falle einer Höhergruppierung hinzugerechnet werden. Sollte von dieser Möglichkeit der Verlängerung der Stufenlaufzeit Gebrauch gemacht werden, ist dies in einer arbeitsvertraglichen Nebenabrede zu vereinbaren.

Mit dem Zeitpunkt der Einstellung und Zuordnung zu einer Stufe beginnt für die Beschäftigten die Stufenlaufzeit zum Erreichen der jeweils nächsthöheren regulären Stufe. Eine weitergehende Berücksichtigung von „Stufenrestlaufzeiten" beruflicher Tätigkeit aus einem früheren Arbeitsverhältnis ist tariflich nicht vorgesehen. Insbesondere führen solche „Stufenrestlaufzeiten" nicht zu einer Verkürzung der Stufenlaufzeit zum Erreichen der nächsthöheren Stufe.

Beispiel (zur Anforderung besonders gesuchte Berufsgruppen - Nr. 1):

Eine Dienststelle schreibt einen Ingenieursdienstposten aus. Es liegen mehrere Bewerbungen vor. Zwei Bewerber erweisen sich als geeignet. Beide Bewerber sind nicht bereit, zu dem angebotenen Tabellenentgelt einen Arbeitsvertrag abzuschließen. Die Dienststelle stellt fest, dass es sich bei Ingenieuren um eine besonders gesuchte Berufsgruppe handelt und insoweit die Anforderung „zur Deckung des Personalbedarfs" im Sinne des § 16 II 3 TVöD erfüllt ist. Dem steht nicht entgegen, dass in dem Bewerbungsverfahren mehrere Bewerbungen vorliegen. Den beiden geeigneten Bewerbern kann daher im Bewerbungsgespräch die Berücksichtigung vorheriger förderlicher Tätigkeiten bei der Stufenzuordnung angeboten werden.[762]

In der Rechtsfolge der Stufenzuordnung sind folgende Varianten zu unterscheiden:[763]

- Der Bewerber ist Berufsanfänger oder ohne vorherige berücksichtigungsfähige Zeiten: Die Berücksichtigung förderlicher Zeiten scheidet aus.
- Der Bewerber verfügt über Zeiten einschlägiger Berufserfahrung, zB von acht Jahren: Ihm werden drei Jahre einschlägiger Berufserfahrung anerkannt, und er ist bei Einstellung der Stufe 3 zugeordnet. „Unabhängig davon" können die überschießenden fünf Jahre des Beispielfalls 1 auch als förderliche Zeiten bei der Stufenzuordnung berücksichtigt werden. Die Dienstelle entscheidet, wieviel Jahre sie bei der Stufenzuordnung berücksichtigen will.
- Der Bewerber verfügt über förderliche Zeiten von zB zehn Jahren, aber über keine Zeiten einschlägiger Berufserfahrung. Gemäß Absatz 2 Satz 1 ist er der Stufe 1 zugeordnet. Die zehn Jahre förderliche Zeiten können bei der Stufenzuordnung berücksichtigt werden. Also maximal wie folgt: Ein Jahr für die Zuordnung zur Stufe 2, zwei Jahre für die Zuordnung zur

[760] BAG 05.06.2014 - 6 AZR 1008/12 - Rz 21
[761] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 9.
[762] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 10.
[763] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 10.

Stufe 3, drei Jahre für die Zuordnung zur Stufe 4 und vier Jahre für die Zuordnung zur Stufe 5. Die Dienstelle entscheidet, wieviel Jahre sie bei der Stufenzuordnung berücksichtigen will.

Zur Deckung des Personalbedarfs kann Bewerbern die Berücksichtigung förderlicher Zeiten im Bewerbungsgespräch zugesagt werden, wenn die Bewerber sich dazu noch nicht geäußert haben.

Beispiel (zur Anforderung ortsbezogener Mangel - Nr. 2):

Eine Dienststelle schreibt eine Stelle für einen Arbeitsplatz für einen Beschäftigten im IT-Bereich in Entgeltgruppe 11 aus. Für die Region, in der die Stelle zu besetzen ist, herrscht ein Mangel an IT-Beschäftigten, welche die Anforderungen für den Arbeitsplatz erfüllen. Insoweit ist die Anforderung „zur Deckung des Personalbedarfs“ im Sinne des § 16 II 3 TVöD erfüllt. Bewerberinnen und Bewerbern kann im Bewerbungsgespräch die Berücksichtigung vorheriger förderlicher Tätigkeiten bei der Stufenzuordnung angeboten werden.

Beispiel (nur wenige Bewerbungen von geeigneten Bewerberinnen/Bewerbern - Nr. 3):

Unabhängig von den Fällen der Beispiele 1 bis 3 liegen für die Besetzung einer Stelle nur wenige Bewerbungen von geeigneten Bewerberinnen/Bewerbern vor. Zur Deckung des Personalbedarfs kann im Bewerbungsgespräch die Berücksichtigung vorheriger förderlicher Tätigkeiten bei der Stufenzuordnung angeboten werden.

Werden Tätigkeiten aus einer niedrigeren Entgeltgruppe als förderliche Zeiten berücksichtigt, soll in Folge davon höchstens die Stufe zugeordnet werden, die sich bei entsprechender Anwendung aufgrund einer stufengleichen Höhergruppierung nach § 17 Absatz 5 Satz 1 TVöD ergeben würde, so dass der Beschäftigte maximal stufengleich zugeordnet werden kann.

(3) Zusammenfassung „Anrechnung förderlicher Zeiten“

Die Anrechnung „förderlicher Zeiten“ iSv § 16 II 3 TVöD wurde erleichtert. Es reicht aus, dass es sich bspw. um eine besonders gesuchte Berufsgruppe (MINT-Bereich [Mathematik, Informatik, Naturwissenschaften, Technik]) handelt, es kann ein ortsbezogener Bewerbermangel begründet werden oder angeführt werden, dass nur wenige Bewerbungen geeigneter Bewerber/innen eingegangen sind, um den Personalbedarf zu begründen und förderliche Zeiten anzurechnen.

4. **Stufenzuordnung bei befristeten Arbeitsverhältnissen**

a) **Stufenzuordnung bei horizontaler Wiedereinstellung**

Bei der Fortsetzung befristeter Arbeitsverträge (Auslaufen und Wiedereinstellen) sind die spezifischen tariflichen Regelungen der Stufenzuordnung und Stufenmitnahme des TVöD und die ergangene Rechtsprechung des EuGH und die des BAG[764] zu beachten. Die Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten aus früheren Arbeitsverhältnissen verletzt aufgrund der neueren Rechtsprechung das Verbot der Benachteiligung befristet Beschäftigter nach § 4 II 1 TzBfG. Danach spielt es für die Beurteilung, ob eine *einschlägige Berufserfahrung* vorliegt, die dem Arbeitgeber auch im aktuellen Arbeitsverhältnis zugutekommt, keine Rolle (mehr), ob die Erfahrung in einem oder mehreren vorherigen, sei es auch befristeten, Arbeitsverhältnissen erworben

[764] Das BAG ist in seinem Urteil vom 21.02.2013 (BAG NZA 2013, 625) zu § 16 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) von seiner bisherigen Linie abgewichen; mit Blick auf das Diskriminierungsverbot nach § 4 II 3 TzBfG und die entsprechende EuGH-Rspr. stellt es bei der Berücksichtigung von Berufserfahrung aus vorherigen befristeten Arbeitsverhältnissen zum selben Arbeitgeber erstmals auf eine gebotene Gleichbehandlung befristet Beschäftigter mit Dauerbeschäftigten anstatt mit Neueingestellten ab. Das Urteil erging zwar zu § 16 TV-L, wegen der ähnlichen Systematik und der grundlegenden, nicht nur auf den TV-L bezogenen Veränderung des Vergleichsmaßstabs sind auch für den Bund generelle Konsequenzen aus dem Urteil zu ziehen.

wurde.[765] Damit richtet sich die Stufenzuordnung nach § 16 TVöD. Da der Stufenaufstieg im Entgeltsystem des TVöD die gewonnene Berufserfahrung honorieren soll, ist ausgehend von diesem Zweck kein sachlicher Grund ersichtlich, die Berufserfahrung, die in befristeten Arbeitsverhältnissen erworben worden ist, bei der Stufenlaufzeit geringer zu bewerten und zu vergüten als die Berufserfahrung von Dauerbeschäftigten.[766] Damit gibt es für eine nur limitierte Berücksichtigung der erworbenen Berufserfahrung bei zuvor befristet beschäftigten Arbeitnehmern keinen sachlichen Grund.[767] Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Rechtsbeziehung mit dem Arbeitgeber in einem Fall befristet, in anderen Fall auf Dauer angelegt ist.

Der geänderten Rechtsprechung wird mit dem Änderungstarifvertrag vom 29.04.2016 in § 16 II 4 TVöD Rechnung getragen. Die neue tarifliche Vorschrift regelt nun eindeutig, dass Beschäftigte bei Einstellung im unmittelbaren Anschluss an ein Arbeitsverhältnis zum Bund bei Vorliegen einschlägiger Berufserfahrung der im vorhergehenden Arbeitsverhältnis erworbenen Stufe zugeordnet werden. Die im vorhergehenden Arbeitsverhältnis erreichte Stufenzeit wird fortgeführt.

aa) **Anspruchsvoraussetzungen**

Die Wiedereinstellung zum Bund (also vorheriges und neues Arbeitsverhältnis zum Bund) muss im unmittelbaren Anschluss an ein vorhergehendes Arbeitsverhältnis zum Bund erfolgen, zB an ein vorheriges befristetes Arbeitsverhältnis.

(1) Unmittelbarer Anschluss

Die Wiedereinstellung muss im unmittelbaren Anschluss an das vorhergehende Arbeitsverhältnis erfolgen. Zwischen den Arbeitsverhältnissen zum Bund darf also keine Unterbrechung liegen. Übertariflich wird im Rundschreiben vom 7. Mai 2019 dazu wie folgt ausgeführt:[768]

- Allgemein arbeitsfreie Tage an Wochenenden und gesetzliche Feiertage, die zwischen dem Ablauf des vorherigen Arbeitsverhältnisses und dem Beginn des neuen Arbeitsverhältnisses liegen, sind unschädlich.
- Bei Einstellung im Anschluss an ein Arbeitsverhältnis zum Bund werden Beschäftigte mit einschlägiger Berufserfahrung der im vorhergehenden Arbeitsverhältnis erworbenen Stufe zugeordnet, und die im vorhergehenden Arbeitsverhältnis erreichte Stufenlaufzeit wird fortgeführt, wenn es zu **keiner längeren als sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung** zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist.[769]

Merke: Die unschädliche Unterbrechungszeit (Begriffsdefinition „unmittelbarer Anschluss“), die zwischen Beendigung des vorherigen und Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses mit dem Bund liegen darf, wurde auf maximal ein halbes Jahr ausgeweitet (§ 16 II 4 TVöD; § 16 III TVöD).

(2) Arbeitsverhältnis zum Bund

Ein Arbeitsverhältnis zum Bund liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis mit der Bundesrepublik Deutschland geschlossen ist.

---

[765] BAG NZA 2013, 625 Rn. 15.

[766] Darüber hinaus ist nur mit einer Berücksichtigung auch mehrerer vorheriger Arbeitsverhältnisse, bei denen jeweils keine schädliche Unterbrechung vorliegt, sichergestellt, dass bei wiederholten Befristungen, wie sie im öffentlichen Dienst verbreitet üblich sind, dieser Personenkreis überhaupt die Chance zur Berücksichtigung der in diesen Arbeitsverhältnissen gewonnenen Berufserfahrung und damit zum Stufenaufstieg erhält.

[767] BAG 6.9.2018 – 6 AZR 836/16 Rn. 21.

[768] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 12.

[769] BGA 06.09.2018 – 6 AZR 836/16 zu § 16 VKA.

Weiter Bundesbegriff: Erfasst werden übertariflich hinaus insbesondere auch Arbeitsverhältnisse in der mittelbaten Bundesverwaltung (zB Bundeagentur für Arbeit, Rentenversicherung Bund, Bundesanstalt für Immobilienaufgaben)[770], den Fraktionen des Deutschen Bundestages oder institutionell geförderten Zuwendungsempfängern des Bundes (Voraussetzung: Anwendung TVöD und mind. 50% der Förderung durch den Bund) vereinbart war. Dieser Bundesbegriff wurde im Rahmen der Durchführungshinweise zu § 1 TVÜ-Bund[771] als übertariflich auch zu § 16 III übernommen.[772]

Beachte: Ein vorheriges Arbeitsverhältnis bei einem anderen öffentlichen Arbeitgeber erfüllt nicht die Voraussetzung von Absatz 2 Satz 4. Hier kommt eine Anrechnung von Stufenlaufzeiten bei einem anderen öffentlichen Arbeitgeber nach der „Kann-Regelung" des § 16 III TVöD in Betracht (dazu sogleich.).

(3) Einschlägige Berufserfahrung (Gleichwertigkeit)

Die Tarifbeschäftigten müssen aus dem unmittelbar vorherigen Arbeitsverhältnis über **einschlägige Berufserfahrung** für die neue Tätigkeit verfügen. Es gelten dieselben Anforderungen an die „einschlägige Berufserfahrung" wie zu § 16 II 2 TVöD.

bb) **Rechtsfolge**

Ziel der Regelung ist es, für die betroffenen Tarifbeschäftigten eine entsprechende Stufenzuordnung wie bei vergleichbaren unbefristet eingestellten Tarifbeschäftigten zu erhalten. Sind die Voraussetzungen des Satzes 4 erfüllt, sind eingestellte Tarifbeschäftigte derjenigen Stufe zuzuordnen, der sie im unmittelbar vorherigen Arbeitsverhältnis zugeordnet waren. Im vorherigen Arbeitsverhältnis angefangene Stufenlaufzeiten werden auf die Stufenlaufzeit zum Erreichen der nächsten Stufe in der neuen Tätigkeit angerechnet. Im Ergebnis wird also bei Einstellung unmittelbar nach Beendigung eines befristeten Vorarbeitsverhältnisses zum Bund die zuvor erworbene Stufe und die Stufenlaufzeit fortzuführen.[773]

Beispiel: Einstellung eines Tarifbeschäftigten am 01.06.2019 als Tarifbeschäftigter mit abgeschlossener wissenschaftlicher Hochschulbildung und entsprechender Tätigkeit mit Eingruppierung in Entgeltgruppe 13. Der Tarifbeschäftigte übte die gleiche Tätigkeit in derselben Dienststelle bereits befristet in der Zeit vom 01.07.2017 bis 30.06.2017 (somit 2 Jahre) aus. Am 01.07.2017 wurde er der Stufe 1 zugeordnet und erreichte am 01.07.2018 die Stufe 2. Durch die Wiedereinstellung beim Bund im unmittelbaren Anschluss an das vorherige Arbeitsverhältnis zum Bund mit unveränderter Tätigkeit werden die Voraussetzungen des § 16 II 4 TVöD erfüllt. Wegen des Vorrangs der Stufenzuordnung nach Absatz 2 Satz 4 kommt eine Stufenzuordnung nach Absatz 2 Satz 2 nicht in Betracht. Der Tarifbeschäftigte ist daher zum Zeitpunkt seiner Einstellung am 01.07.2019 weiterhin der Stufe 2 zugeordnet. Die Stufenrestlaufzeit von einem Jahr in der Stufe 2 wird ihm angerechnet, so dass der Tarifbeschäftigte bereits nach Vollendung von einem weiteren Jahr Stufenlaufzeit am 01.07.2019 die nächsthöhere Stufe 3 seiner Entgeltgruppe erreicht.[774]

Beachte: Die Stufenzuordnung nach § 16 II IV TVöD beruht auf einer reinen Rechtsanwendung durch den Arbeitsgeber. Die Stufenzuordnung richtet sich ausschließlich nach dem Subsumtionsergebnis. Insoweit kann hier - wie bei der Stufenzuordnung nach § 16 II 1 und 2 - der Arbeitgeber diese durch einseitige Rückstufung korrigieren.[775]

[770] Von mittelbarer Bundesverwaltung spricht man, wenn die Verwaltungsaufgaben nicht durch eigene Behörden, sondern durch rechtlich selbständige Organisationen (Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des Bundes) wahrgenommen werden. – Vgl. Maurer, Allg. VerwR, § 21 Rn. 1 ff. und Art. 87 GG.
[771] Rundschreiben vom 21.09.2007 (D II 2 – 220 210-1/1), GMBl. S. 965.
[772] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 12.
[773] Zu den Rechtsfolgen Rundschreiben vom 24.10.2016, S. 10.
[774] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 13.
[775] *BAG* v. 5.6.2014 - 6 AZR 1008/12 - Rz 15.

b) **Stufenzuordnung bei vertikaler Wiedereinstellung**

Wird ein zuvor befristet eingestellter Tarifbeschäftigter im unmittelbaren Anschluss an ein vorheriges Arbeitsverhältnis zum Bund auf einem **niedriger oder höher bewerteten Arbeitsplatz** beim Bund eingestellt, ist diese „vertikale" Wiedereinstellung nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht vom Diskriminierungsverbot aus § 4 TzBfG erfasst. Das Gleichbehandlungsgebot des § 4 II 3 TzBfG wirkt sich nur bei wiederholter Einstellung für dieselbe oder eine zumindest gleichwertige Tätigkeit aus (sog. „horizontale" Wiedereinstellung).[776] Die Stufenzuordnung richtet sich bei einer vertikalen Wiedereinstellung *nicht* nach der speziellen Regelung des § 16 II 4 TVöD, sondern nach den beschriebenen Regelungen zu Einstellungen gemäß Absatz 2 Satz 2 und 3. Diese Fälle der „vertikalen" Wiedereinstellungen richtet sich auch nicht nach den Regelungen zur Stufenzuordnung bei Höher- oder Herabgruppierungen gemäß § 17 V TVöD.[777]

5. **Anrechnung von Stufenlaufzeiten bei einem anderen Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes (§ 16 III TVöD)**

§ 16 III TVöD entspricht ohne Änderungen dem bis zum 29.01.2016 geltenden Absatz 3a; es haben sich keine Änderungen ergeben. Bei Absatz 3 handelt sich hauptsächlich um ein Instrument zur Verbesserung der Mobilität zwischen Arbeitgebern im öffentlichen Dienst, insbesondere zur Förderung des Personalaustauschs und zur Personalgewinnung. Es dient aber auch der Verbesserung der Mobilität zwischen Arbeitgebern im öffentlichen Dienst und Arbeitgebern, die einen vergleichbaren Tarifvertrag anwenden.

Danach kann bei Einstellungen von Beschäftigten im **unmittelbaren Anschluss** an ein Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst oder zu einem Arbeitgeber, der einen dem TVöD vergleichbaren Tarifvertrag anwendet, die in den vorhergehenden Arbeitsverhältnis erworbene Stufe bei der Stufenfestsetzung ganz oder teilweise berücksichtigt werden.

a) **Anspruchsvoraussetzungen**

aa) **Im unmittelbaren Anschluss**

Eine Einstellung im „unmittelbaren Anschluss" liegt nur dann vor, wenn zwischen der Beendigung des vorhergehenden Arbeitsverhältnisses und der Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses zum Bund keine zeitliche Unterbrechung liegt. Ähnlich wie zu Absatz 2 Satz 4 werden übertariflich folgende Regelungen getroffen:[778]

- Allgemein arbeitsfreie Tage am Wochenende oder gesetzliche Feiertage zwischen dem Beschäftigungswechsel sind dabei unschädlich.[779]
- Ebenso sind Unterbrechungen unschädlich, wenn es zu keiner längeren als sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist.

bb) **Vorheriger Arbeitgeber**

Das unmittelbar vorhergehende Arbeitsverhältnis muss im öffentlichen Dienst im Sinne des § 34 III 3 und 4 TVöD oder zu einem Arbeitgeber bestanden haben, der einen dem TVöD vergleichbaren Tarifvertrag anwendet. Erfasst sind zunächst Arbeitgeber im Geltungsbereich des TVöD (§ 34 III 3 TVöD). Dies sind der Bund sowie Arbeitgeber im Bereich der VKA. Weiterhin sind andere öffentlich-rechtliche Arbeitgeber nach § 34 III 4 TVöD erfasst; das sind insbesondere die Bundesländer sowie sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts.

[776] BAG 17.12.2015, ZTR 2016, 193 Rn. 25.
[777] Rundschreiben vom 24.10.2016, S. 11.
[778] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 14.
[779] Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 28b.

Schließlich sind Arbeitgeber einbezogen, die einen dem TVöD vergleichbaren Tarifvertrag anwenden. Ein mit dem TVöD vergleichbarer Tarifvertrag liegt vor, wenn er im Wesentlichen gleiche Inhalte wie der TVöD hat. Dazu müssen insbesondere die Entgeltregelungen (Tabellenstruktur, Stufenlaufzeit) und die Eingruppierung im Wesentlichen gleich geregelt sein. Der ehemalige BAT stellt daher keinen dem TVöD vergleichbaren Tarifvertrag dar. Auch in einem Beamtenverhältnis erworbene Stufen entstammen nicht einem dem TVöD vergleichbaren Tarifvertrag und können daher nicht nach Absatz 3 fortgeführt werden. Arbeitgeber im Sinne der Vorschrift sind auch private Arbeitgeber, die den TVöD anwenden, ohne Teil des öffentlichen Dienstes zu sein. Nicht ausreichend ist, wenn der Arbeitgeber zwar einen dem TVöD vergleichbarer Tarifvertrag anwendet, dieser aber nicht auf das konkrete Arbeitsverhältnis im vorhergehenden Beschäftigungsverhältnis Anwendung gefunden hat.[780]

cc) **Gleichwertigkeit**

Nach dem Regelungskontext des § 16 TVöD setzt die Berücksichtigung von Zeiten und Stufen aus einem vorherigen Arbeitsverhältnis die Gleichwertigkeit der vorherigen und der neu übertragenen Tätigkeiten voraus. Dazu müssen die vorherigen Tätigkeiten aufgrund der Eingruppierungsvorschriften des § 12 TVöD in Verbindung mit dem TV EntgO Bund der gleichen Entgeltgruppe wie die neue Tätigkeit zuzuordnen sein.[781]

Vorherige berufliche Erfahrung aus einer höherwertigen Tätigkeit (höhere Entgeltgruppe) kann berücksichtigt werden. Vorherige berufliche Erfahrung aus einer niedriger bewerteten Tätigkeit (niedrigeren Entgeltgruppe) kann nicht berücksichtigt werden. In diesem Fall kommt die Prüfung zur Berücksichtigung förderlicher Zeiten nach Absatz 2 Satz 3 in Betracht. Die auszuübende Tätigkeit in dem unmittelbar vorhergehenden Arbeitsverhältnis muss nicht mit der im neuen Arbeitsverhältnis vorgesehenen Tätigkeit identisch sein.[782]

b) **Rechtsfolge**

Die erworbene Stufe bei einem vorherigen Arbeitgeber *kann* bei der Stufenzuordnung ganz oder teilweise berücksichtigt werden. Auch die Stufenlaufzeit kann übernommen werden.[783] Ob eine Anrechnung von bisherigen Beschäftigungszeiten vorgenommen werden soll, hängt von der **Ermessensentscheidung** des Arbeitgebers ab. Einen einklagbaren Rechtsanspruch auf Anerkennung der Vorbeschäftigungszeiten hat der Beschäftigte nicht. Diese Kann-Bestimmung darf aber nicht dazu führen, dass bei der Einstellung von Beschäftigten mit anzurechnenden Vorbeschäftigungszeiten unterschiedlich entschieden wird, ob und wie diese Zeit angerechnet wird.[784] Die Umsetzung der Bestimmung muss den Grundsätzen der Gleichbehandlung entsprechen und den Maßstäben des pflichtgemäßen Ermessens genügen.[785] Ein gerichtlicher Überprüfungsanspruch ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht ausgeschlossen.[786]

Beachte: Die Stufenzuordnung nach § 16 III TVöD beruht auf einer Ermessensentscheidung des Arbeitgebers. Eine einseitige korrigierende Rückstufung kann insoweit nicht erfolgen.

Eine Stufe ist „erworben“, wenn die/der Beschäftigte der entsprechenden Stufe zugeordnet war. So können zB auch sogenannte Leistungsstufen, die nach § 17 II TVöD erreicht wurden, berücksichtigt werden. Zwischen den Tarifvertragsparteien besteht nach der Niederschriftserklärung zu Absatz 3 Einvernehmen, dass eine erworbene Stufe auch eine individuelle Endstufe oder individuelle Zwischenstufe aus dem vorhergehenden Arbeitsverhältnis sein kann. Übertariflich kann neben der in dem

[780] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 14.
[781] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 14.
[782] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 15.
[783] Pielok, in: Bredemeier/Neffke, TVöD/TV-L, § 16 TV-L Rn. 15.
[784] Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 28k.
[785] Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 28k; Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 16 TVöD Rn. 6.
[786] Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 37.

vorhergehenden Arbeitsverhältnis erworbenen Stufe auch die in dieser Stufe erworbene Stufenlaufzeit bei der Stufenzuordnung ganz oder teilweise berücksichtigt werden.[787]

Beispiel:[788] Im unmittelbaren Anschluss an ein Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) wird ein Beschäftigter beim Bund eingestellt. Er ist weiterhin in Entgeltgruppe 8 eingruppiert. Zuletzt war er der Stufe 5 zugeordnet und hat dort bereits eine Stufenlaufzeit zum Erreichen der Stufe 6 von drei Jahren absolviert.

Da die Voraussetzungen des Absatzes 3 erfüllt sind, kann die Dienststelle entscheiden, ihn bei seiner Einstellung beim Bund ebenfalls der Stufe 5 zuzuordnen, und die erworbene Stufenlaufzeit von drei Jahren fortzuführen.

Fallvariante 1: Die Einstellung erfolgt nicht im unmittelbaren Anschluss, sondern nach einer Unterbrechung von neun Monaten.

Bei einer längeren als sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung liegt eine schädliche Unterbrechung vor, so dass eine Stufenzuordnung nach Absatz 3 nicht eröffnet ist. Die Stufenzuordnung richtet sich nach Absatz 2. Liegt einschlägige Berufserfahrung im Sinne des Absatzes 2 Satz 2 vor, ist der Beschäftigte der Stufe 3 zugeordnet. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 2 Satz 3 (Deckung des Personalbedarfs) können förderliche Zeiten berücksichtigt werden. Je nach Umfang der berücksichtigungsfähigen förderlichen Zeiten ist dadurch auch eine Zuordnung zur zuletzt erreichten Stufe 5 möglich. Die Stufenlaufzeit beginnt mit der Stufenzuordnung sodann von Neuem.

c) **Wechsel innerhalb des Bundes**

Aus Gründen der Klarstellung sowie zur Verbesserung der Mobilität innerhalb des Bundesbereichs wurde durch das Rundschreiben vom 7. Mai 2019 übertariflich geregelt, dass beim Wechsel innerhalb des Bundes § 16 III TVöD angewendet werden darf.[789]

Erfasst sind Wechsel innerhalb der unmittelbaren Bundesverwaltung und Wechsel von einem anderen Arbeitgeber im Bundesbereich zu einer Behörde der unmittelbaren Bundesverwaltung. Im Regelfall wird der Wechsel ohne zeitliche Unterbrechung erfolgen (im unmittelbaren Anschluss) erfolgen.

Sollte es im Ausnahmefall bei dem Wechsel zu einer Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses kommen, sind nur zum Zweck der Stufenzuordnung und Stufenlaufzeit Unterbrechungen unschädlich, wenn es zu keiner längeren als sechsmonatigen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen kommt. Die konkrete personalwirtschaftliche Art und Weise des Wechsels ist dabei nicht entscheidend.

Bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und Übertragung von Tätigkeiten derselben Entgeltgruppe kommt § 16 III TVöD zur Anwendung. Durch den Wechsel ändert sich an der Stufenzuordnung und der Stufenlaufzeit nichts. Das heißt, dass Beschäftigte des Bundes, bei denen die Stufenmitnahme/ Stufenlaufzeitmitnahme über die Regelung aus § 16 II 4 TVöD aus Ermangelung einer einschlägigen Berufserfahrung nicht erfolgen kann, über § 16 III TVöD entsprechend eingestuft werden.

Bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und Übertragung von Tätigkeiten einer höheren Entgeltgruppe gilt folgendes: Für Stufenzuordnung findet § 17 V 1 TVöD entsprechende Anwendung. Der Wechsel erfolgt Stufengleich. Die Stufenlaufzeit beginnt ab dem Zeitpunkt der Übertragung der höheren Tätigkeit von Neuem.

[787] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 15.
[788] Beispiel aus dem Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 15.
[789] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 16 mit Beispielen.

Bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und Übertragung von Tätigkeiten einer niedrigeren Entgeltgruppe gilt folgendes: Für Stufenzuordnung findet § 17 V 3 TVöD entsprechende Anwendung. Der Wechsel erfolgt also Stufengleich. Die Stufenlaufzeit die in der bisherigen Stufe wird auf Stufenlaufzeit in der niedrigeren Entgeltgruppe angerechnet.

Durch die Anwendung des § 16 III TVöD auf Wechsel innerhalb des Bundesbereichs werden befristet Beschäftigte behandelt wie dauerhaft Beschäftigte, die lediglich die Funktion wechseln.

6. **Stufenlaufzeiten**

§ 16 IV TVöD regelt die Grundlage für Einstufungen in die Entgeltgruppen sowie die entsprechenden Zeiten.[790]

a) **Allgemeines**

Tarifbeschäftigte der Entgeltgruppen 2 bis 15 erreichen die jeweils nächsthöhere Stufe nach den in Absatz 4 geregelten Stufenlaufzeiten. Diese Regelung entspricht im Wesentlichen der bis zum 29.02.2016 geltenden Fassung. Es hat sich lediglich eine Änderung für das Erreichen der Stufe 6 ergeben, so dass ab 01.03.2016 auch Tarifbeschäftigte der Entgeltgruppen 9a bis 15 die Stufe 6 erreichen können.

Die Stufenlaufzeiten sind unverändert geblieben. Stufenlaufzeit sind „Zeiten einer ununterbrochenen Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe bei demselben Arbeitgeber“. Nicht maßgeblich ist die Beschäftigungszeit nach § 34 III TVöD. Das Aufsteigen in den Stufen der Entgelttabelle des TVöD erfolgt nach Berufserfahrung. Der Arbeitgeber honoriert dadurch verbesserte Arbeitsqualität und -quantität sowie eine Produktivitätssteigerung durch den Erwerb von Erfahrung. Mit der zunehmenden Dauer der Erbringung der Arbeitsleistung ist grundsätzlich sichergestellt, dass die Befähigung, die Arbeitsleistung zu erbringen, größer wird.[791]

aa) **Ununterbrochene Beschäftigung**

Die in § 16 IV 1 TVöD geregelte Stufenlaufzeit soll nach dem Willen der Tarifvertragsparteien nur bei einem rechtlich nicht unterbrochenen Bestand des Arbeitsverhältnisses maßgebend sein.[792] Unter einer ununterbrochenen Beschäftigungszeit wird eine Beschäftigungszeit verstanden, in der das Arbeitsverhältnis kontinuierlich – also ohne Unterbrechungen – andauert. Dieser Sachverhalt ergibt sich auch aus der in § 17 III TVöD getroffenen Regelung. In § 17 III TVöD sind *besondere Zeiten* aufgeführt, die einer ununterbrochenen Beschäftigungszeit gleichgestellt sind. Dieser Katalog ist im TVöD abschließend geregelt.

bb) **Derselbe Arbeitgeber**

Derselbe Arbeitgeber ist die juristische Person, die als Arbeitgeber den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Arbeitgeber ist somit nicht das Organ oder die Behörde, die den Arbeitgeber beim Vertragsabschluss vertreten hat oder die Dienststelle, bei der der Beschäftigte eingesetzt und tätig ist. Bei Arbeitsverhältnissen zum Bund ist Arbeitgeber also die Bundesrepublik Deutschland und nicht das Organ (die Behörde, zB die HS Bund), das den Arbeitgeber bei Vertragsschluss vertreten hat.

cc) **Dieselbe Entgeltgruppe**

---

[790] Waren im bisherigen Entgeltrecht unterschiedliche Kriterien für die Einstufungen in die Lohn- bzw. Vergütungstabelle (Beschäftigungsjahre bei Arbeitern, Lebensalter bei Angestellten) vereinbart, so ist im TVöD die Grundlage für die Einstufungen aller Beschäftigten die ununterbrochene Beschäftigungszeit bei demselben Arbeitgeber und in derselben Entgeltgruppe maßgeblich. Ebenfalls entfallen ist der Bewährungs- oder Tätigkeitsaufstieg zwischen den Entgeltgruppen. Ein Aufstieg von einer Entgeltgruppe zur nächsthöheren kommt nur noch in Betracht, wenn sich die Tätigkeit in der Weise ändert, dass die Merkmale der höheren Entgeltgruppe erfüllt sind.

[791] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 19.

[792] BAG 27.01.2011, NZA-RR 2011, 83; Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 42a.

Dieselbe Entgeltgruppe meint die Entgeltgruppe, in die der Beschäftigte fortdauernd eingruppiert ist.

b) **Stufenlaufzeiten im Einzelnen**

Die Beschäftigten erreichen die jeweils nächste Stufe – von Stufe 3 in Abhängigkeit von ihrer Leistung gem. § 17 II TVöD – nach folgenden Zeiten einer ununterbrochenen Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe bei ihrem Arbeitgeber (Stufenlaufzeit):

- Stufe 2 nach einem Jahr in Stufe 1,
- Stufe 3 nach zwei Jahren in Stufe 2,
- Stufe 4 nach drei Jahren in Stufe 3,
- Stufe 5 nach vier Jahren in Stufe 4 und
- Stufe 6 nach fünf Jahren in Stufe 5.

Maßgeblich für das Aufrücken in die nächste Stufe ist die Zeit in der jeweiligen Stufe einer Entgeltgruppe. Für das Aufrücken nach der regulären Stufenlaufzeit wird eine als durchschnittlich zu wertende Leistung vorausgesetzt.

So wird bspw. ein Beschäftigter nach zwei Jahren in Stufe 2 in derselben Entgeltgruppe und bei demselben Arbeitgeber in die Stufe 3 höhergestuft. Danach sind drei Jahre Beschäftigungszeit in derselben Entgeltgruppe erforderlich, um idR die Stufe 4 zu erreichen. Ändert sich innerhalb der drei Jahre die Entgeltgruppe durch Höher- oder Abgruppierung, so führt dies nach Inkrafttreten der EntgO Bundes zu der gleichen Stufenzuordnung in der neuen Entgeltgruppe (vgl. § 17 V TVöD). Mit Wirksamwerden der neuen Eingruppierung und Stufenzuordnung beginnt bei Höhergruppierungen die Stufenlaufzeit erneut mit der maßgeblichen Stufenlaufzeit der entsprechenden Stufe (§ 17 V 2 TVöD).

Abweichend von den bisher beschriebenen Stufenlaufzeiten können ab der Stufe 3 die Zeiten verkürzt werden, wenn die Leistungen erheblich über dem Durchschnitt liegen oder die Zeiten verlängert werden, wenn die Leistungen erheblich unter dem Durchschnitt liegen (vgl. § 17 II TVöD).

7. **Besonderheit der Stufenzuordnung in der Entgeltgruppe 1 (§ 16 V TVöD)**

Die Entgeltgruppe 1 umfasst gem. § 16 V 1 TVöD fünf (statt sechs) Stufen. Einstellungen erfolgen zwingend in der Stufe 2 (= Eingangsstufe; vgl. § 16 V 2 TVöD). Die jeweils nächste Stufe wird gem. § 16 V 3 TVöD nach 4 Jahren in der vorangegangenen Stufe erreicht, mit der Möglichkeit eines leistungsabhängigen Stufenaufstiegs gem. § 17 II TVöD. Die Entgeltgruppe 1 gilt für Beschäftigte mit einfachsten Tätigkeiten.

8. **Zulage zur Gewinnung und Bindung von Fachkräften zur Deckung des Personalbedarfs**

a) **Tarifliche Maßnahmen**

Gemäß **§ 16 VI TVöD** ist nunmehr auch die Zahlung einer tariflichen Zulage zur Deckung des Personalbedarfs oder zur Bindung von qualifizierten Fachkräften möglich. Abweichend von der tarifvertraglichen Einstufung kann Beschäftigten ein bis zu zwei Stufen höheres Entgelt vorweg ganz oder teilweise gewährt werden. Hierbei handelt es sich aber ausschließlich um eine **Zulagenregelung** und nicht um eine Vorweggewährung von Stufen. Wird Tarifbeschäftigten eine solche Zulage gewährt, verbleiben sie in der ihnen zugeordneten Stufe ihrer Entgeltgruppe.[793]

Die Vorschrift dient insbesondere der Deckung des Personalbedarfs von besonders gesuchten Fachkräften, die ansonsten nicht gewonnen werden könnten. Dabei kann die Ursache dafür insbesondere in der Qualifikation (Berufe im MINT-Bereich) sowie in

[793] Rundschreiben vom 07.05.2019, S. 19.

der einzelnen Person (Leistungsträger = sonstige Spezialisten) liegen. Weitere Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Mangelberufs können sich aus einem ortsgebundenen Bewerbermangel oder dem Vorliegen von nur wenigen geeigneten Bewerbern ergeben.

Bei der Zulagengewährung zur Bindung von qualifizierten Fachkräften wird es sich um Ausnahmefälle handeln, bei denen besonders benötigte qualifizierte Fachkräfte nachweislich ihr Arbeitsverhältnis zum Bund beenden wollen, und nur die Gewährung der Zulage die Fachkraft zu binden vermag. Die Zulage kann befristet werden und ist auch als befristete Zulage widerruflich.

Rundschreiben vom 14. Oktober 2021 (D5-31002/55#12): § 16 (Bund) TVöD, hier: Erweiterung der Durchführungshinweise.

Im Rundschreiben wird auf folgende Punkte hingewiesen:

- die tarifrechtlichen Möglichkeiten von Absatz 2 und 6 zum Zweck der Personalgewinnung und -bindung kumulativ ausgeschöpft werden können,
- es ausgeschlossen ist, einer/einem Beschäftigten mehrere höhere Entgelte (Zulagen) nach Absatz 6 zeitgleich vorweg zu gewähren,
- die kombinierte Gewährung einer Zulage nach Absatz 6 mit der IT-Fachkräftezulage (siehe hierzu Rundschreiben vom 13. Dezember 2018) in das Ermessen der Dienststellen gestellt wird,
- für Tarifbeschäftigte, deren Leistungen erheblich über dem Durchschnitt liegen, außerdem die zusätzliche Möglichkeit besteht, gemäß § 17 II 1 TVöD, die Stufenlaufzeit zu verkürzen,
- für den Fall, dass die tariflichen Möglichkeiten, zur Personalgewinnung oder -bindung nicht ausreichen sollten, die obersten Bundesbehörden bei Vorliegen eines zwingenden dienstlichen Bedürfnisses beim BMI eine übertarifliche Zulage beantragen können. Erforderlich ist, dass neben einer Stelle entsprechende Haushaltsmittel vorhanden sind. Das BMI entscheidet im Einvernehmen mit dem BMF über die Gewährung einer solchen übertariflichen Zulage.

aa) **Voraussetzung – Deckung des Personalbedarfs**

Voraussetzung für die Vorweggewährung eines höheren Entgelts (Zulage) nach Absatz 6 ist, dass sie zur Deckung des Personalbedarfs oder zur Bindung von qualifizierten Fachkräften erforderlich ist. Zur Anforderung „Deckung des Personalbedarfs“ gelten die Hinweise und Maßgaben zu der gleichlautenden Anforderung in § 16 II 3 TVöD „förderliche Zeiten“. Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Personalbedarfs im Sinne der Vorschrift können demnach sein:

- Es handelt sich um besonders gesuchte Berufsgruppen. Das ist insbesondere anzunehmen bei Berufen im MINT-Bereich (Mathematik, Informatik, Naturwissenschaft und Technik), sonstigen Spezialisten („tätigkeitsbezogene Mangel“) sowie bei Ärztinnen und Ärzten
- bei dem zu besetzenden Arbeitsplatz liegt ein ortsbezogener Bewerbermangel vor
- es liegen nur wenige Bewerbungen von geeigneten Bewerberinnen/Bewerbern vor.

Die Möglichkeit der Vorweggewährung eines höheren Entgelts (Zulage) ist nicht auf bestimmte Entgeltgruppen beschränkt. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass in der Praxis ein Interesse zur Gewinnung von besonders gesuchten Fachkräften insbesondere in den Entgeltgruppen gegeben ist, bei denen ein Hochschulabschluss gefordert wird. Es liegt in der Verantwortung der Dienststellen, die Erforderlichkeit der Vorweggewährung zu prüfen und zu dokumentieren.

bb) **Rechtsfolge – Ermessen und Befristung**

Bei Absatz 6 handelt es sich um eine **Ermessensentscheidung** des Arbeitsgebers im Einzelfall, und zwar in zweierlei Hinsicht: Der Arbeitgeber entscheidet sowohl, ob er überhaupt von der Vorschrift Gebrauch macht, und in einem zweiten Schritt über die Höhe der Zulage. Beschäftigte haben weder Anspruch auf die Vorweggewährung eines höheren Entgelts (Zulage) als solches noch auf eine bestimmte. Die Entscheidung über die Gewährung der Zulage soll grundsätzlich einzelfallbezogen erfolgen. Die Vorweggewährung nach einem generalisierenden Prinzip ist nicht vorgesehen.

Auch die Ausgestaltung der Vorweggewährung eines höheren Entgelts (Zulage) liegt im Ermessen der Dienststelle. Diese hat sowohl über die Höhe der Zulage als auch über die näheren Modalitäten, wie Befristung und Widerrufsmöglichkeit, zu entscheiden.[794]

Die Vorweggewährung eines höheren Entgelts (Zulage) sollte befristet werden, und zwar sowohl in Fällen der Gewinnung als auch in Fällen der Bindung. Sie ist auch als befristete Maßnahme widerruflich.

Beispiel: Im Falle der Zuordnung der/des Beschäftigten zB zur Stufe 3 sollte die Vorweggewährung also auf maximal drei Jahre befristet werden oder bei Zuordnung zB zur Stufe 5 auf maximal fünf Jahre.

Die Befristung entspricht dem Zweck der Vorschrift, wonach aus Gründen der Gewinnung das Entgelt einer höheren Stufe vorweg gewährt werden soll. Mit Erreichen dieser höheren Stufe entfällt sodann aber die Grundlage für die Maßnahme.

Bei Zuordnung zur Stufe 6 oder zu einer individuellen Endstufe sollte die Zulage ebenfalls nicht länger als fünf Jahre gewährt werden. Auch im Falle der Vorweggewährung eines höheren Entgelts (Zulage) im Unterschiedsbetrag bis zur übernächsten Stufe sollte für die Dauer der Befristung in der Regel die individuelle Stufenlaufzeit gemäß Absatz 4 herangezogen werden, die die/der Beschäftigte zum Zeitpunkt der Zulagengewährung benötigt, um die übernächste Stufe ihrer/seiner Entgeltgruppe zu erreichen.

Beispiel: Zuordnung der/des Beschäftigten zB zur Stufe 3. Die Vorweggewährung eines höheren Entgelts (Zulage) zu dem Entgelt in Stufe 5 sollte die Zulage also auf maximal sieben Jahre befristet werden (drei Jahre zum Erreichen der Stufe 4 und vier Jahre zum Erreichen der Stufe 5).

Einzelheiten zur Höhe des vorweg gewährten Entgelts (Zulage) für Beschäftigte mit Zuordnung zu einer der Stufen 1 bis 4 vgl. Rundschreiben vom 14.10.2021, Seite 20 ff.

b) **Übertarifliche Maßnahmen zur Gewinnung von Fachkräften auf dem Gebiet der Informationstechnik**

Zur Gewinnung von Tarifbeschäftigten mit informationstechnisch geprägten Tätigkeiten, insbesondere Beschäftigte in der Informationstechnik, die gemäß Teil III Ziffer 24 TV Entgeltordnung Bund eingruppiert sind, können in zeitlich befristet bis zum 31.12.2022 die nachfolgenden Maßnahmen Anwendung finden, wenn dies zur Deckung des Personalbedarfes oder zur Bindung von Personal erforderlich ist. Im Rundschrieben wird ua klargestellt, dass übertariflichen Maßnahmen nicht ausschließlich auf eingruppierte Beschäftigte in der Informationstechnik gem. Teil III Nr. 24 TV EntgO Bund begrenzt sind. Da die Gewährung der IT-Fachkräftezulage mit der Zulage nach § 16 VI TVöD und einer höheren Stufenzuordnung in den EG 10-15 kombiniert werden kann, soll an dieser Stelle darauf eingegangen werden:[795]

Hinweis: Mit Rundschreiben vom 18. Dezember 2020 (D5-31002/4#25) werden die Maßnahmen zur Gewinnung und Bindung von Fachkräften neu gefasst und das Bezugsrundschreiben vom 13.12.2018 (D5-31002/4#21) mit Wirkung zum 31.12.2020 aufgehoben. Insbesondere ist der Geltungsbereich ausgeweitet worden und betrifft nicht mehr nur Beschäftigte im IT-Bereich. Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass Maßnahmen nach diesem Rundschreiben bei einem Wechsel von Fachkräften

[794] Einzelheiten zur Befristung Rundschreiben vom 14.10.2021 (D5-31002/55#12), S. 20.
[795] Nachfolgende Ausführungen und Beispiele sind dem Rundschreiben vom 13.12.2018, Seite 2 ff. entnommen.

innerhalb der Bundesverwaltung nicht gewährt werden dürfen. Zudem wird das Meldeverfahren effektiver gestaltet. Die Neufassung tritt am 1.1.2021 in Kraft. Maßnahmen, die bis zum 31.12.2020 auf Grundlage des Bezugsrundschreibens gewährt worden sind, werden von der Neufassung nicht berührt. Nach der Neufassung des Rundschreibens können in der Zeit vom 1.1.2021 bis zum 31.12.2022 Fachkräftezulagen und Vorweggewährung von Stufen Anwendung finden, wenn dies zur Deckung des Personalbedarfs von Fachkräften erforderlich ist.

aa) **Übertarifliche IT-Fachkräftezulage**

Den in den Entgeltgruppen 10 bis 15 beim Bund beschäftigten Tarifbeschäftigten mit informationstechnisch geprägten Tätigkeiten kann neben ihrem Tabellenentgelt für den Zeitraum von längstens fünf Jahren eine IT-Fachkräftezulage von bis zu 1.000 Euro monatlich gezahlt werden. Beispielsweise könnte bei einer Neueinstellung am 1. Dezember 2019 die Zulage bis längstens November 2024 gezahlt werden. Teilzeitbeschäftigte erhalten die IT-Fachkräftezulage gemäß § 24 II TVöD zeitratierlich. Die Zulage fließt in die Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung gemäß § 21 TVöD sowie für die Jahressonderzahlung gemäß § 20 TVöD ein. Entgelterhöhungen werden unabhängig von Höhe und Grund der Erhöhung grundsätzlich nicht angerechnet.

Die in § 16 II 3 TVöD eröffnete generelle Möglichkeit, bei Neueinstellungen neben Zeiten einschlägiger Berufserfahrung auch Zeiten einer vorherigen beruflichen Tätigkeit ganz oder teilweise für die Stufenzuordnung bis hin zur Stufe 6 zu berücksichtigen, wenn diese Tätigkeiten für die in der Bundesverwaltung vorgesehene Tätigkeit förderlich sind, wird durch die Gewährung der IT-Fachkräftezulage nicht berührt und kann zusätzlich angewendet werden.

Beispiel: Zum 1. April 2019 wird eine Stelle in der Entgeltgruppe 11 extern ausgeschrieben. Die Tätigkeiten am Arbeitsplatz können nur durch Bewerberinnen/Bewerber mit mehrjähriger Berufspraxis auf dem Gebiet der Informationstechnik und in diesem Zusammenhang gewonnener einschlägiger oder förderlicher Kenntnisse und Erfahrungen ausgeübt werden. Aus dem Bewerberkreis erweist sich ein Bewerber als bestgeeignet, der für die in der Bundesverwaltung vorgesehene Tätigkeit über eine fünfjährige förderliche Berufserfahrung bei einem privaten Arbeitgeber verfügt; sein Arbeitsverhältnis dauert ungekündigt an. Der Bewerber erklärt, dass er das Arbeitsverhältnis zum Bund aufgrund seiner beruflichen Ausgangslage nur bei einem monatlichen Entgelt von 4.500 Euro eingehen würde.

Weil die Anrechnung der mehrjährigen außerhalb der Bundesverwaltung erworbenen förderlichen Berufserfahrung zur Deckung des Personalbedarfs erforderlich ist, kann der Bewerber bei fünfjähriger Vorerfahrung nach Ermessen des Arbeitgebers gemäß § 16 (Bund) Absatz 2 Satz 3 TVöD der Stufe 3 seiner Entgeltgruppe zugeordnet werden (Tabellenentgelt in Stufe 3 = 4.119,43 Euro anstatt 3.457,10 Euro in Stufe 1; Stand 1. April 2019). Die dreijährige Stufenlaufzeit zum Erreichen der Stufe 4 beginnt am Tag seiner Einstellung.

Zusätzlich zu der Zuordnung zur Stufe 3 kann dem Bewerber eine IT-Fachkräftezulage für die maximale Dauer von fünf Jahren – also bei einer Einstellung im April 2019 bis längstens März 2024 – gewährt werden. In diesem Fall würde eine monatliche IT-Fachkräftezulage in Höhe von 380,57 Euro zu dem von dem Bewerber geforderten monatlichen Entgelt von 4.500 Euro führen (anstatt des Tabellenentgelts in Stufe 3 = 4.119,43 Euro – siehe oben). Durchschnittliche Leistungen vorausgesetzt erreicht der Tarifbeschäftigte am 1. April 2022 die Stufe 4. Diese Stufensteigerung als auch zwischenzeitliche allg. Entgelterhöhungen werden auf die IT-Fachkräftezulage nicht angerechnet.

Um einer bevorstehenden Abwanderung von Tarifbeschäftigten mit informationstechnisch geprägten Tätigkeiten entgegenzuwirken, kann die IT-Fachkräftezulage entsprechend erneut für längstens jeweils weitere fünf Jahre gewährt werden, wenn der Gewährungszeitraum einer früher gewährten IT-Fachkräftezulage/n bereits abgelaufen ist. Die Zulage ist bei jeder

(wiederholten) Gewährung auf maximal fünf Jahre zu befristen. Die Befristung der IT-Fachkräftezulage auf maximal 15 Jahre wird aufgehoben.

Voraussetzung für die erneute Gewährung der IT-Fachkräftezulage ist, dass die Maßnahme von der Dauer wie auch vom Umfang her erforderlich ist, um benötigtes vorhandenes IT-Fachpersonal zu halten. Es liegt in der Verantwortung der Dienststellen, die Erforderlichkeit zB anhand von Belegen, Nachweisen oder anderen glaubhaften Darlegungen über eine bevorstehende Abwanderung zu prüfen und zu dokumentieren.[796]

Hinweis: Die IT-Fachkräftezulage kann, soweit erforderlich, mit einer Zulage gemäß § 16 VI TVöD kombiniert werden.

bb) **Übertarifliche Vorweggewährung von Stufen**

Abweichend von § 16 II TVöD können in den Entgeltgruppen 10 bis 15 beim Bund neu eingestellte Beschäftigten mit informationstechnisch geprägten Tätigkeiten ohne (oder ohne ausreichende) vorherige einschlägige oder förderliche Berufserfahrung der Stufe 2 oder 3 zugeordnet werden, soweit dies für die Gewinnung oder Bindung der/des Tarifbeschäftigten erforderlich ist. In diesem Fall erreichen die Tarifbeschäftigten abweichend von § 16 IV TVöD die jeweils nächste Stufe erst nach einer Zeit einer ununterbrochenen Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe, die auch die Stufenlaufzeit der Stufe/n nach § 16 IV TVöD umfasst, die der Stufe, in der die Einstellung erfolgt, vorangehen.

Hinweis: Zudem kann zu der vorweggewährten Stufe eine übertarifliche IT-Fachkräftezulage nach vorstehenden Grundsätzen *oder* eine Zulage zur Gewinnung oder Bindung von Fachkräften nach Maßgabe des § 16 VI TVöD gewährt werden.

Beispiel: Zum 1. April 2019 wird eine Stelle in der Entgeltgruppe 13 extern ausgeschrieben. Die einzig geeignete Bewerberin mit einschlägigem Hochschulabschluss, jedoch ohne Berufserfahrung, erklärt, dass sie das Arbeitsverhältnis zum Bund nur bei einem monatlichen Entgelt von 5.000 Euro eingehen würde. Abweichend von § 16 (Bund) Absatz 2 TVöD könnte der Bewerberin übertariflich die Stufe 3 mit einem Tabellenentgelt von 4.685,32 Euro (Stand 1. April 2019) vorweggewährt werden; dadurch erhält sie im Vergleich zur Zuordnung in Stufe 1 ein um 688,60 Euro höheres monatliches Entgelt. Zusätzlich kann der Bewerberin eine IT-Fachkräftezulage für die Dauer von maximal fünf Jahren gewährt werden. In diesem Fall würde eine monatliche IT-Fachkräftezulage in Höhe von 314,68 Euro zu dem von der Bewerberin geforderten monatlichen Entgelt von insgesamt 5.000 Euro führen. Durch die Kombination der Stufenvorweggewährung und der Zahlung der IT-Fachkräftezulage erhält sie ein um 1.003,28 Euro höheres monatliches Entgelt als im Vergleich zur Zuordnung in Stufe 1.

cc) **Weitere Maßnahme**

Für eine erfolgreiche Ausgestaltung des Personalgewinnungsprozesses der benötigten IT-Fachkräfte können die Behörden erwägen, die Bewerber bereits im Rahmen der Stellenausschreibung über die übertariflichen Möglichkeiten zur IT-Fachkräftegewinnung zu informieren.[797] Die Vorweggewährung von Stufen und die IT-Fachkräftezulage können sowohl arbeitsvertraglich ausdrücklich vereinbart als auch durch einseitige Arbeitgeberzusage gewährt werden.

9. **Inkrafttreten und Stufenzuordnung**

Die Erweiterung der Durchführungshinweise zu § 16 (Bund) TVöD, die mit dem Rundschreiben vom 7. Mai 2019, D5-31002/55#7, eingeführt wurde, gilt weiterhin ausschließlich für Einstellungen ab Veröffentlichung des damaligen Rundschreibens (7. Mai

[796] Beispiele finden sich im Rundschreiben vom 13.12.2018, Seite 3.

[797] Formulierungsbeispiel: „In Abhängigkeit von der Bewerberlage kann ggf. eine zusätzliche befristete IT-Fachkräftezulage in Höhe von bis zu 1.000 Euro monatlich in Betracht kommen. Weitere Formulierungsbeispiele in einer Stellenausschreibung finden sich im Rundschreiben vom 13.12.2018, Seite 5 unter 3.

2019). Für Beschäftigte, die bis einschließlich 6. Mai 2019 einer Stufe ihrer Entgeltgruppe zugeordnet worden sind, wirkt sich die Neufassung dieses Rundschreibens nicht aus; vielmehr verbleibt es bei ihrer Stufenzuordnung.[798]

10. **Korrektur fehlerhafter Stufenzuordnung**

Bei der Korrektur fehlerhafter Stufenzuordnung muss zwischen Fehlern bei der bloßen Rechtsanwendung tariflicher Vorgaben sowie Fehlern bei der Ermessensausübung unterschieden werden.

a) **Fehler bei der Rechtsanwendung tariflicher Vorgaben**

Handelt es sich bei der Stufenzuordnung um reine Rechtsanwendung, richtet sie sich ausschließlich nach einem Subsumtionsergebnis.[799] In diesem Fall kann der Arbeitgeber durch einseitige Rückstufung die Stufenzuordnung korrigieren. Voraussetzung ist, dass die Stufenzuordnung fehlerhaft ist. Eine fehlerhafte Stufenzuordnung liegt vor, wenn der Subsumtion unzutreffende Tatsachen und/oder eine objektiv unzutreffende rechtliche Bewertung zugrunde lagen. Der Arbeitgeber trägt allerdings die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es an einer der tariflichen Voraussetzungen für die von ihm vorgenommene Stufenzuordnung fehlte.

Beispiele für Stufenzuordnung durch reine Rechtsanwendung: Stufenzuordnungen nach § 16 1 und 2 TVöD (Berücksichtigung einschlägiger Berufserfahrung) oder nach § 16 II 4 TVöD (horizontale Wiedereinstellung im unmittelbaren Anschluss an ein vorheriges Arbeitsverhältnis zum Bund).

b) **Fehler bei der Ermessensausübung**

Wird dem Arbeitgeber bei der Stufenzuordnung auf der Rechtsfolgenseite der Vorschrift Ermessen eingeräumt („kann der Arbeitgeber“), handelt es sich um Rechtsgestaltung, die der Arbeitgeber nicht durch eine Rückstufung einseitig verändern kann.[800]

Eine einseitige korrigierende Rückstufung ist bei der Ermessensausübung unzulässig.

Beispiele für Stufenzuordnungen durch Ermessensausübung: Stufenzuordnung nach § 16 3 TVöD (Berücksichtigung förderlicher Zeiten) oder § 16 III TVöD (Einstellung im unmittelbaren Anschluss an ein vorheriges Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst).

Beachte: Erweist sich die Stufenzuordnung als fehlerhaft, weil der Arbeitgeber das Vorliegen einer der Tatbestandsvoraussetzungen fehlerhaft bejaht hat, kann er die Stufenzuordnung durch Rückstufung korrigieren. Die Stufenzuordnung muss objektiv fehlerhaft sein. Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Fehlerhaftigkeit.

11. **Beteiligung der Betriebs- und Personalräte**

Die Frage, ob Betriebs- bzw. Personalräte Beteiligungsrechte bei der Stufenzuordnung innerhalb der Entgeltgruppen haben, war lange Zeit umstritten.[801]

Mit Beschluss vom 27.08.2008 hat das BVerwG rechtskräftig entschieden, „dass die Zuordnung neu einzustellender Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu den Stufen der Entgelttabelle nach § 16 II des Tarifvertrages für den öffentlichen

[798] Rundschreiben vom 14.10.2021, S. 23.
[799] Rundschreiben vom 14.10.2021, S. 24.
[800] Rundschreiben vom 14.10.2021, S. 24.
[801] Einzelheiten bei Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 66 ff; eine Übersicht der Rspr. des BVerwG hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte des Personalrats findet sich bei Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 16 TVöD Rn.12.

Dienst der Länder (TV-L) der Mitbestimmung nach § 65 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 NdsPersVG unterliegt".[802] Mit seinem Beschluss vom 07.03.2011[803] hat das BVerwG seine bisher zum Tarifrecht der Länder (TV-L) vertretene Auffassung auch auf das Tarifrecht Bundes (TVöD) ausgeweitet. Mit dieser Entscheidung wird insofern klargestellt, dass den Personalräten bei inhaltsgleichen Formulierungen von TV-L und TVöD (Bund) grundsätzlich ein **Mitbestimmungsrecht nach § 75 BPersVG bei der Stufenzuordnung** zukommt.

Merke: Sinn und Zweck der Regelung zur Mitbestimmung bei Eingruppierung ist grundsätzlich auch die Einbeziehung von Stufenzuordnungen gem. § 16 TVöD.

Uneinheitlich wird hingegen die Frage beantwortet, in *welchen Fällen der Stufenzuordnung* das Mitbestimmungsrecht des Personalrats besteht. Nach Auffassung des BVerwG sollen die Fälle von Ermessenentscheidungen des Arbeitgebers nicht der Mitbestimmung bei der Stufenzuordnung unterliegen. Mitbestimmungspflichtig sollen nach Auffassung des BVerwG grundsätzlich nur die Stufenzuordnungen sein, die zwingende Vorgaben im Sinne der Tarifautomatik enthalten.[804]

Von diesen Rechtsprechungsgrundsätzen ausgehend ist für die Stufenzuordnung von eingestellten Tarifbeschäftigten

- in Stufe 1 gemäß Absatz 2 Satz 1,
- in Stufe 2 oder Stufe 3 unter Berücksichtigung einschlägiger Berufserfahrung gemäß Absatz 2 Satz 2,
- gemäß Absatz 2 Satz 4 (horizontale Wiedereinstellung) oder
- in die Stufe 2 (Eingangsstufe) gemäß Absatz 5 Satz 2

ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats gem. § 75 I Nr. 2 BPersVG zu bejahen.[805]

Die Stufenzuordnungen

- aufgrund der Berücksichtigung förderlicher Zeiten zur Personaldeckung gemäß Absatz 2 Satz 3 oder
- unter Berücksichtigung der im vorhergehenden Arbeitsverhältnis erworbenen Stufe gemäß Absatz 3

sind ins Ermessen des Arbeitgebers gestellt, ebenso die Gewährung von Zulagen nach Absatz 6. Solche Regelungen, die dem Arbeitgeber Ermessen einräumen, können für sich allein betrachtet nicht Gegenstand der Mitbeurteilung bei der Rechtsanwendung sein, als welche sich die Mitbestimmung des Personalrats bei der Eingruppierung darstellt. Wenn der Dienststellenleiter jedoch allgemeine Grundsätze dazu erlässt, hat er dabei den Personalrat im Hinblick auf dessen Mitbestimmungsrecht gem. § 75 III Nr. 4 BPersVG zu beteiligen.[806]

Bei den gewöhnlichen Stufenzuordnungen nach Ende der regulären Stufenlaufzeit gemäß 16 IV und V TVöD handelt es sich um bloße Routinevorgänge, die regelmäßig in großer Zahl abzuwickeln sind und nicht der Mitbestimmung in Personalangelegenheiten unterworfen ist.

---

[802] BVerwG 27.8.2008, NZA-RR 2009, 108 Rn. 25 f.
[803] BVerwG 07.03.2011, NZA-RR 2011, 326 Rn. 25.
[804] BVerwG 07.03.2011, NZA-RR 2011, 326 Rn. 25. ff.; nach aA unterliegt jede Stufenzuordnung der Mitbestimmung des Personalrats. Für den Tatbestand der Eingruppierung könne es keine Rolle spielen, ob das Entgelt- und Vergütungssystem zwingende Vorgaben im Sinne einer Tarifautomatik enthält oder ob die Vergütungs- bzw. Entgeltordnung Gestaltungsspielräume, Auslegungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielräume für die vom Arbeitgeber zu treffende Eingruppierungsentscheidung vorsieht. Auch Ermessenentscheidungen des Arbeitgebers im Rahmen der Stufenzuordnung unterlägen danach der Mitbestimmung des Personalrats bei der Eingruppierung (Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 70 mwN der Rspr.).
[805] Rundschreiben vom 14.10.2021, S. 25.
[806] Rundschreiben vom 14.10.2021, S. 25.

Durch die Novelle des Bundespersonalvertretungsgesetzes im Jahr 2021 hat die vorstehende Rechtsprechung und Differenzierung in den neuen § 78 BPersVG, der die Mitbestimmung in Personalangelegenheiten, Einzug gefunden. § 78 I Nr. 4 lautet wie folgt:

„Der Personalrat bestimmt in Personalangelegenheiten bei Eingruppierung, Höher- oder Rückgruppierung von Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern einschließlich der hiermit jeweils verbundenen **Stufenzuordnung, jedoch nicht bei in das Ermessen des Arbeitgebers gestellten Stufenzuordnungen**, es sei denn, es wurden allgemeine Grundsätze erlassen."

12. **Zusammenfassung Stufenzuordnung**

Aufgrund der weitgehenden Neufassung des § 16 TVöD wird die bisherige Differenzierung der Anrechenbarkeit vorheriger beruflicher Erfahrung nach Entgeltgruppen 2 bis 8 und nach Entgeltgruppen 9 bis 15 aufgegeben. § 16 II 1 TVöD legt fest, dass die Tarifbeschäftigten der Stufe 1 zugeordnet werden, sofern keine einschlägige Berufserfahrung vorliegt. Verfügen Tarifbeschäftigte über eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens einem Jahr und weniger als drei Jahren, erfolgt gemäß § 16 II TVöD die Einstellung in die Stufe 2. Der Tarifbeschäftigte wird in der Regel der Stufe 3 zugeordnet, wenn er über eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens drei Jahren verfügt. Unabhängig davon kann der Arbeitgeber 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 II 3 TVöD). Eine weitere Neuerung enthält § 16 II 4 TVöD: Bei Einstellungen im unmittelbaren Anschluss an ein Arbeitsverhältnis zum Bund werden die Beschäftigten mit einschlägiger Berufserfahrung der im vorherigen Arbeitsverhältnis erworbenen Stufe zugeordnet und die im vorhergehenden Arbeitsverhältnis erreichte Stufenlaufzeit fortgeführt. Die Anerkennung einschlägiger Berufserfahrung gilt auch für die bei privaten Arbeitgebern erworbene Berufserfahrung. Die Anforderung der „einschlägigen Berufserfahrung" ist in der Protokollerklärung Nr. 1 zu Absatz 2 definiert. Danach handelt es sich bei der einschlägigen Berufserfahrung um eine berufliche Erfahrung in der übertragenen oder einer auf die Aufgabe bezogen entsprechenden Tätigkeit.

13. **Checkliste Stufenzuordnung**

Je nach den konkreten Bedingungen führt dies zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Stufenzuordnung. Die zwingenden tariflichen Regelungen zur Stufenzuordnung begründen einen Rechtsanspruch des Beschäftigten nach § 16 II TVöD. Folgende Checkliste[807] soll die Stufenzuordnung erleichtern:

- Liegen bei einem Bewerber Berufserfahrungen vor oder nicht?
- Handelt es sich dabei um „einschlägige Berufserfahrung" für die in Aussicht genommene Tätigkeit oder nicht?
- Für welche EG ist die Einstellung vorgesehen?
- Können „förderliche Zeiten" bei der Stufenzuordnung berücksichtigt werden oder nicht?
- Wurde die vorherige, zu berücksichtigende Berufstätigkeit
    - beim selben Arbeitgeber,
    - bei einem anderen Arbeitgeber, der den TVöD oder einen vergleichbaren Tarifvertrag wie den TVöD anwendet (zB bei Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes der Gemeinden oder der Länder),
    - bei einem anderen Arbeitgeber (zB in der Privatwirtschaft) ausgeübt
- Gibt es zwischen dem vorherigen und dem geplanten Arbeitsverhältnis eine Unterbrechung oder wird das neue Arbeitsverhältnis ohne zeitliche Unterbrechung begonnen?

[807] Nach Felix, in: BeckOK TVöD, § 16 TVöD-AT Rn. 43.

- Wenn Unterbrechungen zwischen dem vorherigen und dem neuen Arbeitsverhältnis bestehen, wie lang ist diese Unterbrechung? Bis wann ist eine Unterbrechungszeit für die Anrechnung von Stufenlaufzeiten beim vorherigen Arbeitgeber unschädlich?
- Handelt es sich um eine Einstellung zur Deckung des Personalbedarfs?

14. **Beamtenrechtlicher Exkurs**

Im Beamtenrecht werden bei der ersten Stufenfestsetzung nach § 28 I BBesG sog. Berücksichtigungszeiten als Erfahrungszeiten anerkannt. Dazu zählen etwa Zeiten einer gleichwertigen hauptberuflichen Tätigkeit bei einem anderen Dienstherrn. Weitere hauptberufliche Zeiten können anerkannt werden, wenn sie für die Verwendung förderlich sind. Außerdem können zusätzliche Qualifikationen in besonderen Einzelfällen, speziell zur Deckung des Personalbedarfs, als Erfahrungszeiten anerkannt werden.

III. **Stufenaufstieg (§ 17 TVöD)**

§ 17 TVöD enthält allgemeine Regelungen zu den Stufen. Es geht vor allem um den leistungsbezogenen Stufenaufstieg, um die Anrechnung von Zeiten auf den Stufenaufstieg sowie um die Stufenzuordnung bei Höher- und Herabgruppierungen.

1. **Allgemeines**

In § 17 TVöD sind für den Bund allgemeine Regelungen zu den Stufen festgelegt. Nach Absatz 1 wird das Tabellenentgelt einer neuen Stufe vom Beginn des Monats, in dem die neue Stufe erreicht wird, gezahlt. Nach Absatz 2 können bei Leistungen, die erheblich über oder unter dem Durchschnitt liegen, ab der Stufe 3 die Stufenlaufzeiten verkürzt oder verlängert werden. Absatz 3 regelt die Behandlung von nicht tätigkeitsbezogenen Zeiten bei der Bestimmung der Stufenlaufzeiten. In Absatz 5 werden für den Bereich des Bundes die Einstufungen bei Höher- bzw. bei Herabgruppierung behandelt.

2. **Änderung der Stufen**

§ 17 I TVöD regelt die Grundlage, ab wann der Anspruch auf das Tabellenentgelt einer neuen Stufe entsteht. Für alle Stufen gilt, dass von Beginn des Monats an, in dem eine neue Stufe erreicht wird, ein Anspruch auf das Tabellenentgelt nach der neuen Stufe entsteht. Dabei ist es unerheblich, ob die neue Stufe durch Zeitablauf, durch vorgezogene Stufung oder Verkürzung der Stufenlaufzeit erreicht wird.[809]

Beispiel: Endet die Stufenlaufzeit eines Beschäftigten in der Stufe 2 zum 30. September, dann erfolgt die Umstufung in die Stufe 3 zum 1. Oktober. Mit dieser Umstufung entsteht ein Vergütungsanspruch nach der Stufe 3 des Tabellenentgelts.[810]

Wird die nächste Stufe innerhalb eines Monats erreicht, dann entsteht ein Anspruch auf das Tabellenentgelt der nächsten Stufe von Beginn des entsprechenden Monats.

Beispiel: Endet die Stufenlaufzeit eines Beschäftigten in der Stufe 3 zum 15. September, dann entsteht ein Anspruch auf das Tabellenentgelt der Stufe 4 ab dem 1. September.

3. **Verkürzung oder Verlängerung der Stufenlaufzeiten unter Leistungsaspekten**

§ 17 II TVöD sieht vor, dass die erforderliche Zeit für das Erreichen der Stufen 4 bis 6 leistungsabhängig verkürzt oder verlängert werden kann und zwar bei Leistungen, die erheblich über oder unter dem Durschnitt liegen. Die Zeiten der Stufen 1 bis 3 werden von dieser Regelung nicht berührt. Die Frage, ob von dieser „Kann-Regelung“ Gebrauch gemacht wird, obliegt dem Arbeitgeber.

[808] Vgl. dazu Conze/Karb/Wölk, Stichwort Stufen der Entgelttabelle Rn. 2572.
[809] Felix, in: BeckOK TVöD, § 17 TVöD-AT Rn. 1-3.
[810] Vgl. Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 17 TVöD Rn. 1.

Es handelt sich um eine Frage der Lohngestaltung,[811] die nach BPersVG und dem BetrVG mitbestimmungspflichtig ist.[812] Nach der Rechtsprechung des BAG gewährt § 17 II TVöD dem Beschäftigten, der erheblich über dem Durschnitt liegende Leistungen erbracht hat, keinen Anspruch auf vorgezogenen Stufenaufstieg. Die Vorschrift steckt nur den Rahmen ab, innerhalb dessen der Arbeitgeber ein tariflich erhöhtes Ermessen ausübt. Hierzu könne auch gehören, von Verkürzungen der Stufenlaufzeit vollständig abzusehen.[813]

Merke: § 17 II TVöD eröffnet den Beschäftigten keinen *Rechtsanspruch* auf einen schnelleren Stufenaufstieg.[814]

Eine Entscheidung nach § 17 II TVöD kommt nur in Betracht, wenn die Leistung „erheblich" über oder unter dem Durschnitt liegt. Für die Feststellung, ob eine erheblich überdurchschnittliche oder erheblich unterdurchschnittliche Leistung vorliegt, ist kein mit dem Personal- bzw. Betriebsrat zu vereinbarendes System nötig, also – anders als bei beim Leistungsentgelt nach § 18 TVöD – keine entsprechende Dienst- bzw. Betriebsvereinbarung.[815] Erforderlich ist in jedem Fall eine *Gesamtbetrachtung des Einzelfalls.* Verkürzung und Verlängerung der Stufenlaufzeit werden nicht die Regel sein, sondern nur in sachlich begründeten Einzelfällen zum Tragen kommen.[816]

4. **Berücksichtigung von Zeiten bei der Berechnung der Stufenlaufzeit**

a) **Unschädliche Unterbrechungen**

Wie sich aus § 16 IV TVöD ergibt, muss die Stufenlaufzeit *ununterbrochen* zurückgelegt werden. Aus § 17 III 1 Buchst. a) bis f) TVöD ergibt sich hingegen, welche Zeiten den Zeiten einer ununterbrochenen Tätigkeit *gleichstehen, also unschädlich sind*. Diese Zeiten werden auf die Stufenlaufzeiten vollständig angerechnet. Dies sind im Einzelnen:

- die Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz.[817]
- Zeiten einer einzelnen Arbeitsunfähigkeit nach § 22 TVöD bis zu 39 Wochen.[818]
- Freistellungen oder Arbeitsbefreiungen, die im Zusammenhang mit COVID19 gewährt werden, werden hinsichtlich der Stufenlaufzeit.[819]
- Zeiten eines bezahlten Urlaubs. Der Urlaubsbegriff bezieht sich auf den Erholungsurlaub nach § 26 TVöD bzw. die Zusatzurlaub für Wechselschicht nach § 27 TVöD.
- Zeiten eines Sonderurlaubs iSv § 28 TVöD, bei denen der Arbeitgeber vor dem Antritt schriftlich ein dienstliches bzw. betriebliches Interesse anerkannt hat.[820]

---

[811] Nach der Protokollerklärung der Tarifvertragsparteien zu 17 II TVöD bestehen die Instrumente der materiellen Leistungsanreise (§ 18 TVöD) und der leistungsbezogene Stufenaufstieg unabhängig voneinander und dienen unterschiedlichen Zielen. Leistungsbezogene Stufenaufstiege sollen insbesondere die Anliegen der Personalentwicklung unterstützen.

[812] Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 17 TVöD Rn. 2; vgl. dazu Wahlers, des Personalrats bei der Stufenzuordnung, PersV 2012, 14 ff.

[813] BAG 09.06.2016 – 6 AZR 321/15 m. Anm. Howald, Kein Anspruch auf vorgezogenen Stufenaufstieg (Jobcenter), öAT 2016, 188.

[814] Felix, in: BeckOK TVöD, § 17 TVöD-AT Rn. 8.

[815] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Stufenaufstieg Rn. 2520; Felix, in: BeckOK TVöD, § 17 TVöD-AT Rn. 7b.

[816] Conze, in: Conze/Karb/Wölk, Stichwort Stufenaufstieg Rn. 2520.

[817] Dies betrifft die letzten 6 Wochen vor der Entbindung sowie 8 Wochen nach der Entbindung (§ 3 II, 6 I MuSchG).

[818] Die Zeit, in der der Arbeitgeber Leistungen während *jeder* einzelnen neuen Arbeitsunfähigkeit erbringt, wird bei der Stufenlaufzeit berücksichtigt (str., wie hier Felix, in: BeckOK TVöD, § 17 TVöD-AT Rn. 28; aA Kuner TVöD, Allgemeiner Teil und TVÜ, Rn. 369).

[819] BMI-Rs. V. 08.07.2021 (D5-31002/17#10).

[820] Ein solcher Sonderurlaub wird dann typischerweise von einem Arbeitgeber gewährt, wenn sich ein einzelner Beschäftigter qualifizieren will und der Arbeitgeber nach der Qualifizierung diese für sich nutzen will. Bei der Gewährung von Sonderurlaub, zB gem. § 28 TVöD wird die Zeit des Sonderurlaubs auf die Stufenlaufzeit dann mit berücksichtigt, wenn der Arbeitgeber vor dem Antritt mit der schriftlichen Genehmigung des Sonderurlaubs ein dienstliches bzw. betriebliches Interesse anerkennt.

- Zeiten einer sonstigen Unterbrechung von weniger als einem Monat im Kalenderjahr.[821]
- Zeiten der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit.

Nach § 17 III 2 TVöD sind Zeiten der Unterbrechung bis zu einer Dauer von jeweils drei Jahren und **Elternzeit bis zu jeweils fünf Jahren** ebenfalls unschädlich, hemmen aber die Stufenlaufzeit. Die Unterbrechung der Stufenlaufzeit bis zu einer Dauer von jeweils 5 Jahren durch die Inanspruchnahme der Elternzeit ist mit dem Recht der Europäischen Union und dem Grundgesetz vereinbar.[822]

Beispiel[823]**:** Ein Beschäftigter ist seit dem 01.10.2010 in die Entgeltstufe 2 eingestuft. Am 01.01.2011 tritt er die Elternzeit an und wird diese am 31.12.2012 beenden. Von der Stufenzeit in Stufe 2 hat er bei Antritt der Elternzeit drei Monate zurückgelegt, für die Stufe 3 benötigt er noch 21 Monate. Demgemäß wird er am 01.10.2014 in Stufe 3 eingestuft.

Zeiten, in denen nur in Teilzeit gearbeitet wird, werden für den Stufenaufstieg hingegen voll angerechnet (§ 17 III 4 TVöD).

b) **Schädliche Unterbrechungen**

Nach § 17 III 3 TVöD sind auch bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses alle Unterbrechungen der Tätigkeit von mehr als drei Jahren (Ausnahme: Elternzeit, hier mehr als fünf Jahre) schädlich, also anwartschaftsfeindlich. In diesen Fällen wird der Beschäftigte nach der Unterbrechung der Stufe zugeordnet, die seiner bisherigen Stufe vorangeht, jedoch nicht niedriger als bei einer Neueinstellung.

Beispiel[824]**:** Eine Beschäftigte ist seit dem 01.10.2009 in die Entgeltstufe 3 eingestuft. Am 01.12.2009 unterbricht sie das Arbeitsverhältnis bis zum 31.12.2013 (vier Jahre und einen Monat). Von der Stufenlaufzeit in Stufe 3 hat sie bei Unterbrechungsbeginn zwei Monate zurückgelegt, für die Stufe 4 benötigt sie aber noch 34 Monate. Da eine Neueinstellung in Stufe 2 erfolgen würde, wird die Beschäftigte mit Beginn der Arbeitsaufnahme in Stufe 2 eingestuft und benötigt 24 Monate, um in Stufe 3 eingestuft zu werden.

Beachte: Für den Bereich des Bundes wird im **Rundschreiben vom 08. Dezember 2005**[825] festgelegt, dass übertariflich auch über fünf Jahre hinausgehende Beurlaubungszeiten zur Kinderbetreuung nicht zu einer Rückstufung gem. § 17 III 3 TVöD führen, sondern wie Unterbrechungszeiten iSd § 17 III 2 TVöD behandelt werden. Die vorgenannte Regelung gilt im Bereich des Bundes auch in den Fällen, in denen Beurlaubungen zur Betreuung oder Pflege nach ärztlichem Gutachten pflegebedürftiger Angehöriger in Anspruch genommen werden.[826]

5. **Höhergruppierung, dauerhafte**

a) **Allgemeines**

[821] Unterbrechungen – gleich aus welchen Gründen – von weniger als einem Monat im Kalenderjahr gelten als ununterbrochene Tätigkeit iSd § 16 IV TVöD wie zB Arbeitsfreistellungen nach § 29 TVöD, Pflegezeiten nach § 2 I PflegeZG oder Kinderbetreuungszeiten nach § 45 SGB V.

[822] BAG 27.11.2001, PersR 2011, 97; Felix, in: BeckOK TVöD, § 17 TVöD-AT Rn. 28. Allerdings hat das BAG nicht den Fall zu entscheiden gehabt, ob § 17 III 3 TVöD, wonach bei Elternzeiten von mehr als fünf Jahren eine Rückstufung erfolgt, mit § 2 Nr. 6 der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub vereinbar ist.

[823] Aus Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 17 TVöD Rn. 7.

[824] Aus Görg/Guth, Basiskommentar TVöD, § 17 TVöD Rn. 8.

[825] Rundschreiben vom 08.12.2005 – D II 2 – 200 210-2/0 unter § 17 sub. 3.2.

[826] Rundschreiben vom 08.12.2005 – D II 2 – 200 210-2/0 unter § 17 sub. 3.2.

Höhergruppierung ist die Eingruppierung des Tarifbeschäftigten in eine höhere Entgeltgruppe, als Folge der *dauerhaften Übertragung* einer höher zu bewertenden Tätigkeit.[827] Weil die bisherige (zutreffende) Eingruppierung Vertragsbestandteil ist, stellt die Höhergruppierung eine Vertragsänderung dar, die an sich nur mit Zustimmung des Tarifbeschäftigten erklärt werden kann. Daher erfordert die Höhergruppierung einen entsprechenden Änderungsvertrag. Die Zustimmung des Beschäftigten kann aber auch in konkludenter Form erfolgen, indem der Beschäftigte der höherwertigen Tätigkeit nachgeht.[828] In jedem Fall setzt die Höhergruppierung aber voraus, dass nach der Entgeltordnung iVm § 12 TVöD eine auszuübende Tätigkeit einer höheren Entgeltgruppe zugeordnet ist. In der Praxis ergibt sich die Höhergruppierung aus der tariflichen Überprüfung des Arbeitsplatzes aufgrund einer vorherigen (übertragenden) Aufgabenänderung.

Personalrat (§ 75 I Nr. 2 BPersVG) bzw. Betriebsrat, ebenso Gleichstellungsbeauftragte, ggf. auch die Schwerbehindertenvertretung sind vor jeder Höhergruppierung entsprechend zu beteiligen.

Hinweis: Die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf „Höhergruppierung“ muss der Arbeitnehmer umfassend vortragen, da die Darlegungs- und Beweislast nicht beim Arbeitgeber liegt.

b) **Stufenzuordnung und Stufenlaufzeit bei Höhergruppierungen**

Bei der Umgruppierung in die höhere Entgeltgruppe regelt § 17 V TVöD in Satz 1 zwei Grundsätze:

- Beschäftigte, die in eine höhere Entgeltgruppe eingruppiert werden, werden der Stufe in der höheren Entgeltgruppe zugeordnet, die sie in der niedrigen Stufe erreicht haben (Abs. 5 S. 1 Hs. 1).
- Die Einstufung hat dabei mindestens in die Stufe 2 zu erfolgen (Abs. 5 S. 1 Hs. 2).

Beispiele:[829] Eine Beschäftigte in der Entgeltgruppe 5, Stufe 4 wird stufengleich in die Entgeltgruppe 6 eingestuft. Ein Beschäftigter in der Entgeltgruppe 9, Stufe 1 wird in die Entgeltgruppe 10 höhergruppiert. Die Einstufung erfolgt nach dem Grundsatz in die Stufe 2. Eine Beschäftigte in der Entgeltgruppe 8, Stufe 6 wird in die Entgeltgruppe 9a, Stufe 6 eingruppiert.

Die **Stufenlaufzeit** beginnt in der höheren Entgeltgruppe wie bisher von neuem. Nach § 17 V 2 TVöD beginnt bei einer Höhergruppierung die Stufenlaufzeit in der höheren Entgeltgruppe mit dem Tag der Höhergruppierung. Streitig war bislang, ob zurückgelegte Zeiten auf die Stufenlaufzeit der höheren Entgeltgruppe anzurechnen sind, wenn zuvor dieselbe Tätigkeit als höherwertige Tätigkeit iSv § 14 TVöD ausgeübt wurde.

c) **Stufenzuordnung und Stufenlaufzeit bei Höhergruppierung im unmittelbaren Anschluss an eine vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit**

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG[830] wurden die vor der Höhergruppierung zurückgelegten Zeiten auf die Stufenlaufzeit in der höheren Entgeltgruppe auch dann nicht angerechnet, wenn zuvor dieselbe Tätigkeit – was in der Praxis (zB im Wege der Abordnung) durchaus vorkommt – als höherwertige Tätigkeit iSv § 14 TVöD vorübergehend verrichtet und deshalb mit einer persönlichen Zulage vergütet wurde. Nach dem TVöD sei unter einer Höhergruppierung die dauerhafte Übertragung von Tätigkeiten in einer höheren Entgeltgruppe zu verstehen. Wird dem Beschäftigten demgegenüber nur vorübergehend eine höherwertige Tätigkeit übertragen, ist eine Zulage nach § 14 TVöD zu zahlen; eine Höhergruppierung im tariflichen Sinn liegt nicht vor.

[827] BAG 03.07.2014, NZA 2015, 172 Rn. 18; Conze/Karb/Wölk, Stichwort Höhergruppierung, dauerhafte Rn. 1655.
[828] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Höhergruppierung, dauerhafte Rn. 1655.
[829] Aus Felix, in: BeckOK TVöD, § 17 TVöD-AT Rn. 84.1.
[830] *BAG* v. 3.7.2014 - 6 AZR 1067/12 - Rz 17.

Achtung: Neue Regelung zur Stufenzuordnung bei Höhergruppierung im Anschluss an eine vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit.

Die die Tarifeinigung im Jahr 2020 eingefügte Protokollerklärung zu den Absätzen 4, 4a und 5 des § 17 TVöD enthält eine vorteilhafte Neuregelung zur Stufenzuordnung bei dauerhafter Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit im Anschluss an eine vorübergehende Übertragung derselben oder einer anderen Tätigkeit der höheren Entgeltgruppe.

Die Protokollerklärung zu den Absätzen 4, 4a und 5 lautet wie folgt:

„Ist Beschäftigten nach § 14 Abs. 1 vorübergehend eine höherwertige Tätigkeit übertragen worden, und wird ihnen im unmittelbaren Anschluss daran eine Tätigkeit derselben höheren Entgeltgruppe dauerhaft übertragen, werden sie hinsichtlich der Stufenzuordnung so gestellt, als sei die Höhergruppierung ab dem ersten Tag der vorübergehenden Übertragung der höherwertigen Tätigkeit er-folgt. 2Unterschreitet bei Höhergruppierungen nach Satz 1 das Tabellenentgelt nach den Sätzen 4 des § 17 Abs. 4, 4a bzw. 5 die Summe aus dem Tabellen-entgelt und dem Zulagenbetrag nach § 14 Abs. 3, die die/der Beschäftigte am Tag vor der Höhergruppierung erhalten hat, erhält die/der Beschäftigte dieses Entgelt solange, bis das Tabellenentgelt nach den Sätzen 4 des § 17 Abs. 4, 4a bzw. 5 dieses Entgelt erreicht oder übersteigt.“

Hinweis: Rundschreiben vom 17. Juni 2021 (Az. D5-31002/22#7): Protokollerklärung zu § 17 Absatz 5 TVöD - Stufenzuordnung und Stufenlaufzeit bei Höhergruppierungen im unmittelbaren Anschluss an eine vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit. Mit Rundschreiben werden Erläuterungen zur Protokollerklärung zu § 17 V TVöD überarbeitet. Zudem erfolgt hinsichtlich Satz 2 der Protokollerklärung eine übertarifliche Maßnahme.

aa) **Regelfall**

Die Protokollerklärung stellt im Satz 1 klar, dass Beschäftigte, denen zunächst gem. § 14 I TVöD vorübergehend eine höherwertige Tätigkeit übertragen wird und im Anschluss daran eine Tätigkeit derselben Entgeltgruppe dauerhaft übertragen wird, künftig bei der Höhergruppierung aufgrund der dauerhaften Übertragung der höherwertigen Tätigkeit so gestellt werden, als wären sie bereits zum Zeitpunkt der vorübergehenden Übertragung der höherwertigen Tätigkeit dauerhaft höhergruppiert worden (Regelfall).

Im Anschluss an die vorübergehende Übertragung der höherwertigen Tätigkeit werden die Beschäftigten höhergruppiert und erhalten ab diesem Zeitpunkt das Entgelt aus der höheren Entgeltgruppe. Die Zulage nach § 14 I TVöD entfällt ebenfalls ab diesem Zeitpunkt.

Nach der Grundregel des § 17 V 2 TVöD müsste die Stufenlaufzeit in der höheren Entgeltgruppe bei „Null“ beginnen. Aufgrund der Protokollerklärung wird die Wirkung des § 17 V 2 TVöD aber zeitlich vorverlagert, denn die Beschäftigten sind bezüglich der Stufenzuordnung so zu stellen, als sei die Höhergruppierung bereits zu Beginn der Übertragung der höherwertigen Tätigkeit erfolgt. Die Stufenlaufzeit beginnt zum Zeitpunkt der tatsächlichen Höhergruppierung also nicht bei „Null“, sondern die Zeiten der vorübergehenden Übertragung der höherwertigen Tätigkeit werden faktisch angerechnet.[831]

Beispiel:[832] Einem Beschäftigten der Entgeltgruppe 5, Stufe 5 werden am 1. April 2021 vorübergehend für vier Monate höherwertige Tätigkeiten der Entgeltgruppe 6 übertragen. Für die Monate April bis Juli 2021 hat der Beschäftigte Anspruch auf die persönliche Zulage nach § 14 I TVöD. Nach Ablauf der vorübergehenden Übertragung wird ihm im unmittelbaren Anschluss daran am 1. August 2021 dieselbe Tätigkeit dauerhaft übertragen. An diesem Tag erfolgt die Höhergruppierung in die

[831] BMI-RS. v. 17.06.2021 - D5-31002/22#7, Seite 2.
[832] Beispeil aus BMI-RS. v. 17.06.2021 - D5-31002/22#7, Seite 3.

Entgeltgruppe 6, Stufe 5. Am 1. August 2021 wird der Beschäftigte hinsichtlich der Stufenlaufzeit in Entgeltgruppe 6 so gestellt, als sei die Höhergruppierung bereits ab dem ersten Tag der vorübergehenden Übertragung der höherwertigen Tätigkeit am 1. April 2021 erfolgt. Er ist dadurch rückwirkend zum 1. April 2021 nach § 17 V TVöD stufengleich in Entgeltgruppe 6 der Stufe 5 zugeordnet, und ab diesem Zeitpunkt beginnt die Stufenlaufzeit zum Erreichen der Stufe 6. Am 1. August 2021 sind also bereits vier Monate Stufenlaufzeit angefallen. Die Zulage nach § 14 I fällt entsprechend ab dem Zeitpunkt der Höhergruppierung weg.

Dies gilt auch, wenn nach der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit dauerhaft eine andere Tätigkeit derselben höheren Entgeltgruppe übertragen wird. Nicht gefordert ist die dauerhafte Übertragung der identischen Tätigkeit.

Beispiel 2: Sachverhalt wie in Beispiel 1, aber dem Beschäftigten wird nicht dieselbe, sondern eine andere Tätigkeit der Entgeltgruppe 6 dauerhaft übertragen. Die Rechtsfolge ist unverändert, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind und die Ausübung der dauerhaft übertragenen Tätigkeit zur Eingruppierung in dieselbe Entgeltgruppe führt wie die davor vorübergehend ausgeübte Tätigkeit.

Eine höhere Entgeltgruppe als dieselbe Entgeltgruppe erfüllt aber die Anforderung der Protokollerklärung nicht.

Beispiel 3: Einer Beschäftigten der Entgeltgruppe 9b wird vorübergehend eine Tätigkeit der Entgeltgruppe 9c übertragen. Im unmittelbaren Anschluss daran wird ihr eine Tätigkeit der Entgeltgruppe 10 übertragen. Weil die Entgeltgruppen der zunächst vorübergehend und der daran anschließend dauerhaft übertragenen Tätigkeit nicht dieselben sind, sind die Voraussetzungen der Protokollerklärung nicht erfüllt. Mit dem Tag der Höhergruppierung ist sie in Entgeltgruppe 10 nach § 17 V TVöD derselben Stufe wie zuletzt in Entgeltgruppe 9b zugeordnet. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die Stufenlaufzeit zum Erreichen der nächsthöheren Stufe. Die dauerhafte Übertragung der Tätigkeit muss im unmittelbaren Anschluss an die vorherige vorübergehende Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit erfolgen. Übertariflich wird geregelt, dass allgemein arbeitsfreie Tage an Wochenenden und gesetzliche Feiertage, die zwischen der vorübergehenden und der dauerhaften Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit liegen, unschädlich sind.

Die dauerhafte Übertragung der Tätigkeit muss im unmittelbaren Anschluss an die vorherige vorübergehende Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit erfolgen. Allgemein arbeitsfreie Tage an Wochenenden und gesetzliche Feiertage, die zwischen der vorübergehenden und der dauerhaften Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit liegen, sind unschädlich.[833]

bb) **Ausnahmefall**

Im Satz 2 (Ausnahmefall) der Protokollerklärung wird die Verfahrensweise bei Stufenaufstieg in der Entgeltgruppe während der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit und anschließender dauerhafter Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit in dieser Entgeltgruppe geregelt. Danach wird die während der vorübergehenden Übertragung der höherwertigen Tätigkeit absolvierte Stufenlaufzeit wird bereits als in der höheren Entgeltgruppe vollbrachte Stufenlaufzeit berücksichtigt.[834]

cc) **Inkrafttreten**

Das Rundschreiben ist rückwirkend mit Wirkung vom 1.1.2020 in Kraft gesetzt. Die neue Regelung gilt also für alle Höhergruppierungen nach vorübergehender Übertragung der höherwertigen Tätigkeit ab dem 1.1.2020, dabei kann die vorübergehende Übertragung der höherwertigen Tätigkeit vor dem Stichtag 1.1. erfolgt sein.

[833] BMI-RS. v. 17.05.2021- D5-31002/22#37, S. 3.
[834] Dazu BMI-RS. v. 17.05.2021- D5-31002/22#37, S. 4.

Wenn beispielsweise einer/einem Beschäftigen zum 1.7.2019 vorübergehend eine höherwertige Tätigkeit übertragen wurde und im unmittelbaren Anschluss daran am 1.1.2020 eine Übertragung auf Dauer erfolgt, wird die/der betroffene Beschäftigte hinsichtlich der Stufenzuordnung bei der Höhergruppierung so gestellt, als sei die Höhergruppierung bereits zum 1.7.2019 erfolgt.

6. **Herabgruppierung**

a) **Allgemeines**

Herabgruppierung (auch Rückgruppierung genannt) ist die Eingruppierung des Tarifbeschäftigten in eine niedrigere Entgeltgruppe, als Folge der Übertragung einer geringer zu bewertenden Tätigkeit. Weil die bisherige (zutreffende) Eingruppierung Vertragsbestandteil ist, stellt die Herabgruppierung eine Vertragsänderung dar, die deshalb nur mit Zustimmung des Tarifbeschäftigten (in Form eines Änderungsvertrags) erklärt werden kann. Fehlt es – wie meist in der Praxis – an einer solchen Zustimmung, kann der Arbeitgeber die Herabgruppierung einseitig nur mit Hilfe der Änderungskündigung durchsetzen.[835]

Vor jeder Herabgruppierung sind Personalrat (§ 75 I Nr. 2 BPersVG) bzw. Betriebsrat entsprechend zu beteiligen, ebenso Gleichstellungsbeauftragte, ggf. auch die Schwerbehindertenvertretung.

b) **Stufenzuordnung bei Herabgruppierungen**

Nach § 17 V 3 TVöD erfolgt die Stufenzuordnung bei der Herabgruppierung dergestalt, dass bei einer Eingruppierung in eine niedrigere Entgeltgruppe der Beschäftigte der in der höheren Entgeltgruppe erreichten Stufe zuzuordnen ist. Die in der bisherigen Stufe zurückgelegte Stufenlaufzeit wird auf die Stufenlaufzeit in der niedrigeren Entgelttabelle angerechnet. Das entsprechende Entgelt erhält der Beschäftigte vom Beginn des Monats an, in dem die Veränderung wirksam wird (§ 17 V 4 TVöD).

Beispiel[836]: Ein Beschäftigter in der Entgeltgruppe 8, Stufe 3 mit 2.932,80 EUR wird in die nächstniedrigere Entgeltgruppe 7 herabgruppiert. Da er der in der höheren Entgeltgruppe erreichten Stufe zuzuordnen ist, wird er in die Entgeltgruppe 7, Stufe 3 mit 2.796,54 zugeordnet.

Beachte: Im Tarifbereich der VKA beginnt nach einer Herabgruppierung die Stufenlaufzeit neu. Soll die Stufenlaufzeit in der niedrigeren Entgeltgruppe nach einer Herabgruppierung nicht neu beginnen, bedarf dies einer ausdrücklichen tariflichen Anordnung. Eine solche Anordnung trifft § 17 V 3 Halbs. 2 TVöD-AT für die Beschäftigten des Bundes. Im Tarifbereich der VKA lässt sich ein derartiger Regelungswille der Tarifvertragsparteien entnehmen.[837]

7. **Beamtenrechtlicher Exkurs**[838]

Der Bund hat im Dienstrechtsneuordnungsgesetz vom 05.02.2009 das System des Besoldungsdienstalters abgeschafft und stattdessen eine altersunabhängige, an dienstlichen Erfahrungszeiten angelehnte Tabellenstruktur geschaffen. Dabei besteht die seit 01.07.2009 neue Grundgehaltstabelle A wie bisher aus 15 Besoldungsgruppen, von A 2 bis A 16. Die neue Tabelle sieht für alle Laufbahngruppen einheitlich 8 Erfahrungsstufen vor. Dabei steigt gem. § 27 III BBesG das Grundgehalt nach

[835] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Herabgruppierung Rn. 1644.
[836] Aus Felix, in: BeckOK TVöD, § 17 TVöD-AT Rn. 100.1.
[837] BAG 1.6.2017, ZTR 2017, 529 Rn. 16 f.
[838] Zum Folgenden Conze/Karb/Wölk, Stichwort Höhergruppierung, dauerhafte Rn. 1658 ff.

Erfahrungszeiten von 2 Jahren in der Stufe 1, von jeweils 3 Jahren in den Stufen 2 bis 4 und von jeweils 4 Jahren in den Stufen 5 bis 7. Voraussetzung ist dabei, dass sog. anforderungsgerechte Leistungen erbracht werden.

Bei Höher- und Herabgruppierung geht es um die Übertragung einer tariflich höher bzw. niedriger zu bewertenden Tätigkeit. Deshalb kann ein Beamter nicht höher- bzw. herabgruppiert werden, weil eine solche tätigkeitsbezogene Betrachtungsweise dem Beamtenrecht fremd ist.[839] Vielmehr greift im Beamtenrecht die amtsbezogene Betrachtungsweise. Dreh- und Angelpunkt ist dabei das Amt im statusrechtlichen Sinn, zB das Amt eines Oberinspektors nach BesGr. A 10. In das nächst höhere Amt (hier nach BesGr. A 11) gelangt der Beamte durch Beförderung, ein klassischer Fall der Ernennung auf der Grundlage von § 8 I Nr. 3 BeamtStG, § 10 I Nr. 3 BBG.[840] Dieses Amt ist besonders geschützt. Eine Rückstufung gegen den Willen des Beamten etwa in das Amt des Inspektors nach BesGr. A 9 (also in ein Amt mit niedrigerem Endgrundgehalt) ist grds. unzulässig.[841]

IV. **Leistungsbezogenes Entgelt (§ 18 TVöD)**

Nach Erarbeitung dieses Abschnitts können die Seminarteilnehmer:

das reformierte System der leistungsorientierten Bezahlung (LOB) des TVöD anhand der tariflichen Vorgaben erläutern,

die Umsetzung der LOB nach den Vorgaben des LeistungsTV-Bund erklären,

die Instrumente der Leistungsfeststellung benennen und

die leistungsbezogenen Besoldungsinstrumente als alternatives Leistungsbezahlungsinstrument von der LOB abgrenzen.

1. **Einleitung**

Mit dem Abschluss des TVöD standen die Betriebe und Dienststellen des öffentlichen Dienstes im Bereich des Bundes und der Kommunen vor der neuen Aufgabe, eine leistungsorientierte Bezahlung einzuführen. Diese Aufgabe warf und wirft viele Fragen auf und stellt Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte vor große Herausforderungen. Die neue leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst ist insbesondere gekennzeichnet durch das Leistungsentgelt, das in den Tarifgebieten Bund und VKA ab dem 01.01.2007 eingeführt wurde und in der Regel über Betriebs- und Dienstvereinbarungen betrieblich ausgestaltet werden muss.

Mit dem Abschluss des TVöD wurde eine Erhöhung des Entgelts nur aufgrund des Lebensalters oder der Dauer der Betriebszugehörigkeit, wie dies noch im BAT möglich war, abgeschafft. Durch diesen Einstieg in die leistungsorientierte Bezahlung (LOB) erhält der Arbeitgeber ein Steuerungsinstrument, um die Verwaltungsziele und die Mitarbeiterleistung besser überein zu bekommen. Mit der Einführung der **l**eistungsorientierten Bezahlung haben die Tarifvertragsparteien die Erwartung verbunden, in die Verwaltung eine moderne Führungsphilosophie und eine angepasste Unternehmenskultur zu etablieren. Diese sollen sich insbesondere dadurch auszeichnen, dass Führung auch tatsächlich ausgeübt wird und die Kommunikation mit den Beschäftigten etwa über Verwaltungsziele vermehrt aufgenommen wird. Insbesondere die Arbeitgeberseite legte großen Wert auf die Feststellung, dass die Einführung der LOB 2007 auch der Personal- und Organisationsentwicklung dient.

---

[839] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Höhergruppierung, dauerhafte Rn. 1671.

[840] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Höhergruppierung, dauerhafte Rn. 1672.

[841] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Höhergruppierung, dauerhafte Rn. 1652. Ausnahmen: Rückstufung als Disziplinarmaßnahme nach durchgeführtem Disziplinarverfahren seitens der Verwaltungsgerichte und Rückernennung als ein besonderer Fall der Ernennung nach § 8 I Nr. 3 BeamtStG, § 10 I Nr. 3 BBG.

Die LOB im TVöD besteht aus den Hauptsäulen Stufenaufstieg (§ 17 II TVöD) und Leistungsentgelt (§ 18 TVöD). Daneben treten noch nichtmonetäre Leistungsanreize wie Führung auf Probe (§ 31 TVöD) und Führung auf Zeit (§ 32 TVöD).

Die ab 01.01.2014 gültige Entgeltordnung hat zu einer Reform der Leistungsbezahlung geführt. Soweit Behörden die Leistungsbezahlung nicht fortführen wollen, wird in solchen Behörden übertariflich das entsprechende Leistungsprämiensystem der Beamten eingeführt.

2. **Reform der Leistungsbezahlung**

Die Leistungsbezahlung für die Tarifbeschäftigten im öffentlichen Dienst ist im Zuge der Tarifreform 2005 für den Bundesdienst in § 18 TVöD als ein wesentlicher Baustein der mit der Reform angestrebten Stärkung des Leistungsprinzips eingeführt worden.[842] Damit wurde die tarifvertraglich notwendige Regelung für die **Reform der Leistungsbezahlung** für Tarifbeschäftigte geschaffen. Ein Leistungsentgelt nach § 18 TVöD iVm dem LeistungsTV-Bund kann als eine Möglichkeit zur Ausgestaltung der Leistungsbezahlung genutzt werden.

Im Zuge der Tarifverhandlungen über eine neue Entgeltordnung des Bundes ist auch eine Reform dieser Leistungsbezahlung vereinbart und **§ 18 TVöD neu gefasst worden**.[843] Die Änderungen sind zum **01.01.2014** in Kraft getreten.

Nach § 18 I TVöD ist das Leistungsentgelt eine variable und leistungsorientierte Bezahlung, die zusätzlich zum Tabellenentgelt gezahlt werden kann. Absatz 2 regelt die Höhe des für Leistungsentgelte zur Verfügung stehenden Gesamtvolumens und die Umsetzung, welche sich nach dem Tarifvertrag über das Leistungsentgelt für die Beschäftigten des Bundes vom 25.08.2006 (LeistungsTV-Bund) richtet.

Hinweis: Mit Rundschreiben vom 20. Februar 2014 (Az. D5-31002/12#10) werden Hinweise zur Reform der leistungsorientierten Bezahlung durch Neufassung § 18 TVöD und zur übertariflichen Einführung eines Leistungsprämien- und Leistungszulagensystems gegeben. In der Anlage[844] zum Rundschreiben werden Durchführungshinweise zur Umsetzung nach dem LeistungsTV-Bund gegeben.

Als Alternative zum tarifvertraglichen Leistungsentgelt hat das BMI mit o.g. Rundschreiben im Einvernehmen mit dem BMF **übertariflich die Möglichkeit** geschaffen, in Anlehnung an die leistungsbezogenen Besoldungsinstrumente für Beamte ein **leistungsbezogenes Entgelt** in Form der Zahlung von Prämien und Zulagen für besondere Leistungen zu zahlen.

3. **Motive und Ziele des Leistungsentgelts**

Das Leistungsentgelt bietet die Möglichkeit, Instrumente des modernen Personalmanagements wie Zielvereinbarungen und regelmäßige Gespräche zwischen Beschäftigten und Führungskraft über Aufgaben und Arbeitsweise der Beschäftigten mit größerer Verbindlichkeit auszustatten, weil sie Voraussetzungen für das Leistungsentgelt sind und damit sowohl bei den Führungskräften, vor allem aber bei den Beschäftigten mehr Bedeutung erhalten:

- Die Führungskräfte erhalten über die Instrumente der Leistungsfeststellung ein effektives Mittel der Personalsteuerung.

---

[842] Ausführlicher Baumert, Die Leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst (2010), 41 ff.

[843] Zur Bekanntgabe der Tarifeinigung Rundschreiben vom 12.09.2013, GMBl. S. 1146 und vom 28.10.2013, GMBl. S. 12221 sowie vom 19.02.2014.

[844] Dabei handelt es sich um den Text der mittels Rundschreiben vom 11.12.2006 zum LeistungsTV-Bund gegebenen Durchführungshinweise (Az. D II 2 – 220 210 – 2/0), in den die ergänzenden Durchführungshinweise aus dem Rundschreiben vom 20.03.2008 (Az. wie eben) eingefügt wurden. Es hat lediglich eine Anpassung an die Neufassung von § 18 TVöD stattgefunden.

- Die Beschäftigten erhalten eine verbindliche Rückmeldung über die Bewertung ihrer Arbeit. Gute Leistungen werden anerkannt und auch finanziell honoriert.

Die Leistungsbezogenheit des Entgelts ist also nicht Selbstzweck. Durch das Leistungsentgelt sollen Motivation, Eigenverantwortung und Führungskompetenz gestärkt werden. Wird die Einführung des Leistungsentgelts nur als Frage einer anderen, leistungsgerechteren Verteilung von Geld aufgefasst, wird ein großes Potential des Systems verkannt und nicht genutzt.

4. **Neufassung des tariflichen Leistungsentgelts**

a) **Geltungsbereich**

Die Bestimmungen über die leistungsorientierte Bezahlung gelten unabhängig von der persönlichen Entgeltgruppe für alle Beschäftigten, die nach § 1 I TVöD unter den Geltungsbereich des TVöD[845] fallen. Demnach sind bspw. Beschäftigte, die ein über das Tabellenentgelt der Entgeltgruppe 15 hinausgehendes regelmäßiges Entgelt erhalten, Leiharbeitnehmer von Personal-Service-Agenturen, Auszubildende und geringfügig Beschäftigte nicht den Bestimmungen über die variable Bezahlung erfasst (vgl. im Einzelnen die Ausnahmen vom Anwendungsbereich in § 1 II TVöD).

b) **Tarifvertragliches Leistungsentgelt als Option**

Nach § 18 I TVöD ist das Leistungsentgelt „eine variable und leistungsorientierte Bezahlung, die zusätzlich zum Tabellenentgelt **gezahlt werden kann**“. Im Unterschied zur alten Regelung wird das „Ob“ der tarifvertraglichen Leistungsbezahlung nicht mehr geregelt, sondern das Instrument wird als **Option** zur Verfügung gestellt. Die **Pflicht des Arbeitgebers** zur Durchführung der tarifvertraglichen Leistungsbezahlung ist damit **entfallen** und es besteht auch **kein Anspruch der Beschäftigten** darauf.[846] Diese Änderung gilt ab dem Inkrafttreten der Neuregelung am 01.01.2014, ab diesem Zeitpunkt ist die Durchführung der tarifvertraglichen Leistungsbezahlung also nicht mehr tarifrechtlich vorgeschrieben, sondern lediglich eine Option.

Im Gegensatz zum alten Tarifrecht ist daher in einem **ersten Schritt** zu entscheiden ist, *ob ein solches tarifliches Leistungsentgelt überhaupt gezahlt* wird, und bei positiver Entscheidung in einem **zweiten Schritt** die Festlegung zu erfolgen hat, *welches Volumen bis zur Obergrenze dafür zur Verfügung gestellt wird*. Der Dienstherr kann frei darüber entscheiden, ob er eine zusätzliche freiwillige Leistung überhaupt erbringen will, ob er diese weiterhin erbringen oder ob er sie vollständig einstellen will. Ein einheitliches Vorgehen ist für den Bund tarifrechtlich nicht erforderlich. Die Bezugnahme auf die Dienststelle in § 18 II 1 TVöD zeigt vielmehr, dass auch auf dieser Ebene die Entscheidungen getroffen werden können, ohne dass dies damit tarifrechtlich verbindlich vorgegeben wäre. Möglich ist es zB auch, dass die obersten Bundesbehörden in ihren Zuständigkeitsbereichen ein ressortweit einheitliches Vorgehen wählen.

c) **Volumen des tarifvertraglichen Leistungsentgelt**

Gemäß § 18 II 1 TVöD kann für das Leistungsentgelt ein Gesamtvolumen von bis zu **1 % der ständigen Monatsentgelte des Vorjahres** aller unter den TVöD fallenden Beschäftigten der jeweiligen Dienststelle zur Verfügung gestellt werden. Diese Verpflichtung zu jährlicher Auszahlung der Leistungsentgelte besteht aber nur, bei einer positiven Entscheidung des Arbeitgebers bzw. der Dienststelle über das „Ob“ der Zahlung eines Leistungsentgelts.

Nach der Protokollerklärung der Tarifvertragsparteien zu § 18 II 1 TVöD sind **ständige Monatsentgelte** insbesondere das Tabellenentgelt (§ 15 TVöD) ohne Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers und dessen Kosten für die betriebliche

[845] Nach § 1 I gilt der TVöD für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Beschäftigte), die in einem Arbeitsverhältnis zum Bund stehen.
[846] Hanebeck/Beyer, ZTR 2014, 127, 128.

Altersvorsorge (§ 25 TVöD), die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen (zB persönliche Zulagen gem. § 14 TVöD) einschließlich Besitzstandszulagen (zB Vergütungsgruppenzulagen gem. § 9 TVÜ-Bund) sowie Entgelt im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlung und Krankengeldzuschuss § 22 TVöD) und das Urlaubsentgelt. ***Nicht*** zu den ständigen Monatsentgelten gehören insbesondere Abfindungen, Aufwandsentschädigungen, Auslandsdienstbezüge einschließlich Kaufkraftausgleiche und Auslandsverwendungszuschläge, Einmalzahlungen, Jahressonderzahlungen, Leistungsentgelte, Strukturausgleiche, unständige Entgeltbestandteile und Entgelte der außertariflichen Beschäftigten.

Beachte: Gem. § 18 II 1 TVöD kann das für das Leistungsentgelt zur Verfügung stehende Gesamtvolumen von bis zu 1 % zur Verfügung gestellt werden; nur bei positiver Entscheidung besteht die Verpflichtung zu jährlicher Auszahlung der Leistungsentgelte in Höhe des beschlossenen Volumens.

d) **Einfluss des Leistungsentgelts auf arbeitsrechtliche Maßnahmen**

Protokollerklärung Nr. 1 zu § 18 TVöD stellt klar, dass allein die Tatsache, dass ein Beschäftigter die Voraussetzungen für die Gewährung des Leistungsentgelts in einem oder mehreren Jahren nicht erfüllt, darf keine arbeitsrechtlichen Maßnahmen (etwa Ermahnung oder Abmahnung wegen schlechter Leistungen) auslösen.[847] Beabsichtigt der Arbeitgeber, solche gegen Beschäftigte einzuleiten, sind dazu vielmehr weitere Voraussetzungen erforderlich, wie etwa dauernde unterdurchschnittliche Arbeitsleistung oder ein schwerwiegender Verstoß gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten.[848]

Andererseits ist eine arbeitsrechtliche Maßnahme nicht durch die Teilnahme an einer Zielvereinbarung oder durch die Gewährung eines Leistungsentgelts ausgeschlossen.[849] Der Beschäftigte, der massiv gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstößt, kann abgemahnt werden bzw. eine Kündigung erhalten, auch wenn mit ihm zB eine Zielvereinbarung abgeschlossen wurde, die noch läuft.[850]

Schließlich regelt die Nr. 2 der Protokollerklärung zu § 18 TVöD, dass leistungsgeminderte Beschäftigte nicht generell von Leistungsentgelten ausgenommen werden dürfen. Vielmehr ist bei ihrer Bewertung oder bei der mit ihnen abzuschließenden Zielvereinbarung die jeweilige Leistungsminderung abgemessen zu berücksichtigen.

e) **Kein Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung**

Sowohl die Entscheidung über das „Ob" der Zahlung von Leistungsentgelten, als auch die Entscheidung über den Dotierungsrahmen der Leistungsbezahlung unterliegen **nicht der Mitbestimmung** nach dem BPersVG.[851] Der Arbeitgeber ist also nicht durch Mitbestimmungsrechte in der Entscheidung darüber beschränkt, ob und in welchem Umfang er Mittel für Leistungsentgelte zur Verfügung stellen will. Denn grundsätzlich gilt für das Mitbestimmungsrecht aus § 75 III Nr. 4 BPersVG, soweit Tarifverträge keine Regelungen treffen, dass der Arbeitgeber frei darüber entscheiden kann, ob er eine freiwillige Leistung überhaupt erbringen will, ob er diese weiterhin erbringen oder ob er sie vollständig einstellen will.[852] Die Entschließungsfreiheit eines Arbeitgebers, ob und inwieweit er zusätzliche Leistungen an die Belegschaft erbringen will, soll durch die Mitbestimmungsrechte nicht beschnitten werden.

[847] Protokollerklärung Nr. 1 Satz 1 zu § 18 TVöD.
[848] Schmidt-Rudloff, in BeckOK TVöD, § 22 TVöD-AT Rn. 13.
[849] Protokollerklärung Nr. 1 Satz 2 zu § 18 TVöD
[850] Schmidt-Rudloff, in BeckOK TVöD, § 22 TVöD-AT Rn. 14.
[851] BAG 12.06.1976, AP Nr. 1 zu BetrvG 1972 § 87 Altersversorgung; Hanebeck/Beyer, ZTR 2014, 127, 128; Lunk/Leder, Mitbestimmung der Betriebsräte bei freiwilligen Leistungen, NZA 2011, 249.
[852] Vgl. Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 75 Rn. 309.

5. **Verpflichtung zur Ausgestaltung nach dem LeistungsTV-Bund**

Sofern sich die Dienststelle zur Einführung bzw. zur Fortführung der tariflichen Leistungsbezahlung entscheidet, sind tarifliche Vorgaben bei der Ausgestaltung zu beachten. Der LeistungsTV-Bund regelt den Rahmen und legt die wesentlichen Details für die Gewährung des Leistungsentgelts nach § 18 TVöD fest. Die weitere Ausgestaltung erfolgt durch einvernehmliche Dienst- oder Betriebsvereinbarung. Das in einer Dienststelle anzuwendende System des tarifvertraglichen Leistungsentgelts ergibt sich demnach aus der Gesamtheit folgender Regelungen:

- Entscheidung Arbeitgeber über das „Ob" der Nutzung des tarifvertraglichen Leistungsentgelts und die Höhe des zur Verfügung stehenden Volumens (§ 18 TVöD)
- LeistungsTV-Bund und
- einvernehmliche Dienst- oder Betriebsvereinbarung.

Hinweis: Einzelheiten zur Umsetzung der tarifvertraglichen Leistungsbezahlung und den Instrumenten der Leistungsfeststellung werden in der Anlage zum Rundschreiben vom 20. Februar 2014 (D5-31002/12#10) Durchführungshinweise bekannt gegeben.

a) **Umsetzung nach LeistungsTV-Bund und Dienstvereinbarungen**

Mit der Neufassung von § 18 TVöD hängt, anders als nach der bisherigen Rechtslage, die Zahlung eines tarifvertraglichen Leistungsentgelts von der Entscheidung des Arbeitgebers ab. Die Umsetzung richtet sich aber nach wie vor zwingend nach dem Tarifvertrag Leistungsbezahlung – LeistungsTV-Bund vom 25.08.2006 (vgl. § 18 II 2 TVöD), die Regelungen sind also insoweit unverändert geblieben.

Der LeistungsTV-Bund regelt die wesentlichen grundsätzlichen Fragen, um die Verhandlungen in den Behörden des Bundes und den Betrieben, in welchen das Tarifrecht des Bundes zur Anwendung kommt, zu erleichtern. Innerhalb des durch den LeistungsTV-Bund gesteckten Rahmens legen die **Dienstvereinbarungen** das konkrete, den Bedürfnissen und Zielen der einzelnen Behörden entsprechende System fest (vgl. § 2 Satz 2 LeistungsTV-Bund). Die weitere Ausgestaltung erfolgt durch einvernehmliche Dienstvereinbarung.[853] Sie sollen insbesondere Regelungen zu den in § 15 Satz 2 Leistungs-TV Bund aufgezählten Punkten enthalten. Sie können aber auch über die dort angesprochenen Regelungsgegenstände hinausgehend ergänzende Bestimmungen zu anderen Bereichen treffen, soweit dies der LeistungsTV-Bund zulässt. Die Dienstvereinbarung muss den Anforderungen des LeistungsTV-Bund entsprechen. Angesichts dieser geleichbleibenden Anforderungen ist es tariflich nicht notwendig, zur Fortsetzung des tariflichen Leistungsentgelts eine neue Dienstvereinbarung zu schließen oder die bestehende anzupassen.[854] In der Regel gibt es für die einzelnen Geschäftsbereiche **Rahmendienstvereinbarungen**. Darauf basierend gibt es in fast allen Dienststellen **behördliche Dienstvereinbarungen**.

Beispiel HS Bund: Die nähere Ausgestaltung der leistungsorientierten Bezahlung ergibt sich aus dem LeistungsTV-Bund – und der auf dieser beruhenden Rahmendienstvereinbarung zwischen dem Bundesminister des Innern und dem Hauptpersonalrat bei dem Bundesministerium des Innern vom 20.12.2006. Der Präsident der Hochschule des Bundes und der örtliche Personalrat haben diese grundlegenden Regelungen aufgegriffen und für alle Tarifbeschäftigten an der Hochschule des Bundes in Brühl, die unter den Geltungsbereich des TVöD fallen, die „Dienstvereinbarung Leistungsorientierte Bezahlung" vereinbart.

Die unveränderte Fortgeltung des LeistungsTV-Bund schließt es wie bislang aus, das Leistungsentgelt pauschal und undifferenziert auszuzahlen. Notwendig ist im Gegenteil eine **individuelle Leistungsfeststellung** und eine darauf basierende

[853] Eine einvernehmliche Dienstvereinbarung liegt nur ohne Einschaltung der Einigungsstelle vor (vgl. § 38 II TVöD).
[854] Im Einzelnen dazu Seel, Leistungsentgelt gem. § 18 TVöD (VKA) – Anforderungen an eine Dienst-/ Betriebsvereinbarung und rechtliche Folgen einer unterbliebenen Vereinbarung, öAT 2012, 221 ff.

Berechnung des individuellen Leistungsentgelts. Davon kann auch durch Dienstvereinbarung nicht abgewichen werden, etwa indem die Dienstvereinbarung eine pauschale, undifferenzierte Ausschüttung an alle Beschäftigten vorsieht.[855]

b) **Instrumente der Leistungsfeststellung**

Für die **Leistungsfeststellung** stehen zwei Instrumente zur Verfügung: **Zielvereinbarung** und **systematische Leistungsbewertungen**. Beide Instrumente können auch miteinander kombiniert werden. Die beiden Instrumente werden in den §§ 4 und 5 LeistungsTV-Bund näher geregelt. Die Aufzählung ist abschließend, möglich weitere Instrumente können auch durch Dienstvereinbarung nicht vereinbart werden. Zulässig sind sowohl individuelle, als auch gruppenbezogene Lösungen (§ 3 I LeistungsTV-Bund).

Die Leistungsfeststellung, egal mit welchem Instrument, erfolgt jährlich (§ 3 III LeistungsTV-Bund). „Jährlich" bedeutet nicht unbedingt „kalenderjährig". Zulässig sind auch andere Jahreszeiträume. Beginn und Ende des Leistungszeitraums (Beurteilungsperiode) sind in der Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung zu regeln. Die jährliche Leistungsfeststellung erfolgt durch die jeweilige Führungskraft (§ 3 IV LeistungsTV-Bund).[856] Im Folgenden sollen diese beiden Instrumente der Leistungsfeststellung überblicksartig dargestellt werden. Bzgl. der Einzelheit sei auf das Rundschreiben vom 20. Februar 2014 (Az. D5-31002/11#10) verwiesen.

aa) **Zielvereinbarung**

Die Zielvereinbarung ist eine **freiwillige und verbindliche Abrede** zwischen Führungskraft und Beschäftigtem (§ 4 I LeistungsTV-Bund). Einseitige Zielvorgaben sind unzulässig.

Gegenstand der Zielvereinbarung sind Leistungen des Beschäftigten in der Zukunft. Sie sind schriftlich niederzulegen. Dabei sind die Leistungsziele eindeutig, konkret und präzise zu bestimmen, einschließlich des Zeitraums bzw. der Zeitpunkt der Zielerreichung. Die Leistungsziele müssen realistisch, messbar und nachvollziehbar sein.[857] In der Zielvereinbarung sind ein oder mehrere Leistungsziele und die Bedingungen ihrer Erfüllung zu vereinbaren. Es können bis zu fünf Ziele mit unterschiedlicher Gewichtung festgelegt werden. Für jedes Ziel sind bis zu fünf Zielerreichungsgrade festzulegen (§ 4 II LeistungsTV-Bund).[858] Näheres ist in der Dienstvereinbarung zu regeln.

Nach der Regelung in § 4 III 1 LeistungsTV-Bund haben Führungskraft und Beschäftigte **Anspruch auf ein Zielvereinbarungsgespräch**. Ein Anspruch auf Abschluss einer Zielvereinbarung besteht aber nicht. Kommt keine Zielvereinbarung zustande, erfolgt die Leistungsfeststellung auf Grundlage einer systematischen Leistungsbewertung.[859]

Nach § 4 III 2 LeistungsTV-Bund müssen die Betriebsparteien im Bereich des Bundes in der Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung in jedem Fall beide Instrumente der Leistungsfeststellung regeln: Zielvereinbarung und systematische Leistungsbewertung. Beide Instrumente laufen parallel. Letztlich wird den Arbeitsvertragsparteien damit ein „**Instrumenten-Menü**" präsentiert, aus dem sie selbst auswählen dürfen. Führungskräfte und Beschäftigte (nicht die Betriebsparteien!) entscheiden alleine, welches Instrument jährlich heranzuziehen ist: Zielvereinbarung oder systematische Leistungsbewertung. Das Instrument kann jährlich gewechselt werden.[860]

---

[855] Hanebeck/Beyer, ZTR 2014, 127, 129.
[856] Kuner, Leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2013, Rn. 354.
[857] Sogenannte SMART-Kriterien: Spezifisch/Messbar/Anspruchsvoll/Realistisch/Terminiert.
[858] Einzelheiten Rundschreiben vom 20.02.2014 (Az. D5- 31002/11#10) Anlage unter Ziffer II. Anmerkungen zu § 4 – Zielvereinbarung.
[859] Kuner, Leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2013, Rn. 356.
[860] Kuner, Leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2013, Rn. 357.

Beispiel: Ein Beschäftigter und/oder seine Führungskraft äußert über mehrere Jahre hinweg nicht den Wunsch, Zielvereinbarungen abzuschließen. Folglich müssen auch keine Zielvereinbarungsgespräche geführt werden. Die Leistungsfeststellung erfolgt allein über die systematische Leistungsbewertung. Das kann sich aber jederzeit ändern, wenn der Wunsch nach einer Zielvereinbarung geäußert wird. Beschäftigte und Führungskräfte haben also jedes Jahr die Möglichkeit, von ihrem Gesprächsanspruch aus § 4 III LeistungsTV-Bund Gebrauch zu machen. Eine wie auch immer geartete betriebliche Übung kann nicht entstehen.

Nach § 4 V LeistungsTV-Bund sollen während einer Zielperiode **regelmäßig Gespräche** geführt werden. Die Initiative für entsprechende Gespräche kann von dem Beschäftigten oder der Führungskraft kommen. Im Rahmen dieser Gespräche kann es zu notwendigen Zielanpassungen bzw. Zielkorrekturen kommen.

Nach § 4 VI LeistungsTV-Bund erfolgt die Leistungsfeststellung dann durch die jeweilige Führungskraft durch den Vergleich der vereinbarten Ziele mit dem Grad der Zielerreichung (**Soll-Ist-Vergleich**).

bb) **Systematische Leistungsbewertung**

Systematische Leistungsbewertung ist die auf einen festgelegten System beruhende Feststellung der erbrachten Leistung nach möglichst messbaren oder anderweitig objektivierbaren Kriterien (§ 5 I LeistungsTV-Bund).

Hierzu kann ein **Bewertungssystem** mit maximal fünf Bewertungsstufen gebildet werden (§ 5 II LeistungsTV-Bund). Die Bewertungsstufen können textlich, mit Punkten oder Noten bezeichnet werden. Ein Punktesystem ist vorzuziehen. Die Bewertung erfolgt anhand von **Leistungskriterien**, die in der Dienstvereinbarung festzulegen sind. Die Leistungskriterien sind aus den vorgegebenen Kategorien Adressatenorientierung, Arbeitsqualität (einschließlich Arbeitsweise und Priorisierung), Arbeitsquantität, Führungsverhalten, Wirtschaftlichkeit und Zusammenarbeit zu konkretisieren. Nicht alle Kategorien müssen dabei berücksichtigt werden. Hinsichtlich der weiteren Anzahl und Gewichtung werden keine Vorgaben gemacht.

Die Leistungsbewertung anhand der Leistungskriterien erfolgt immer auf der **Grundlage einer Aufgabenbenennung** (§ 5 III 1 LeistungsTV-Bund). Für jede Beurteilungsperiode (jährlicher Leistungszeitraum) sind danach zu Beginn maximal fünf Aufgaben zu benennen, die im Wesentlichen den Arbeitsplatz tragen. Die Aufgaben ergeben sich aus der Eingruppierung (Entgeltgruppe).[861]

Nach Ende der Beurteilungsperiode erfolgt im Rahmen eines Mitarbeitergesprächs die Leistungsbewertung für die zurückliegende Periode anhand der festgelegten Aufgaben und Leistungskriterien. Gleichzeitig sollen die Aufgaben für die nächste Beurteilungsperiode erörtert werden. „Erörtert“ bedeutet nicht vereinbart. Es ist also Sache der Führungskraft, die Aufgaben und damit die Grundlage für die Leistungsbewertung festzusetzen. Sinnvoll ist allerdings, die Festlegung der Aufgaben im Rahmen eines kooperativen Prozesses zwischen Führungskraft und Mitarbeiter durchzuführen.

Sobald absehbar ist, dass die Bewertung ein Leistungsentgelt nicht zulässt, ist mit dem Beschäftigten ein Gespräch zu führen, um gemeinsame Wege zu einer Leistungssteigerung zu erörtern. Die systematische Leistungsbewertung (zB Qualifikationsbedarf) ist nicht mit der Regelbeurteilung zu verwechseln (Protokollerklärung zu § 5 LeistungsTV-Bund).

cc) **Kombination**

Zielvereinbarung und systematische Leistungsbewertung können miteinander verbunden werden (§ 3 I 2 LeistungsTV-Bund). Die Leistungsfeststellung erfolgt in diesem Fall anhand beider Instrumente in Form einer Gesamtleistungsfeststellung. Der Anteil der Zielvereinbarung an der Gesamtleistungsfeststellung wird in der Zielvereinbarung vereinbart. Entsprechendes gilt bei der

[861] Kuner, Leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2013, Rn. 362.

Verbindung einer Zielvereinbarung, die auf die individuelle Leistung des Beschäftigten bezogen ist, mit einer Zielvereinbarung, die auf die Leistung einer Beschäftigtengruppe bezogen ist (§ 6 LeistungsTV-Bund).

dd) **Dokumentation**

Das Ergebnis der individuellen Leistungsfeststellung wird nach § 12 I LeistungsTV-Bund in schriftlicher Form zur Personalakte genommen; eine Kopie ist dem Beschäftigten auszuhändigen. Die Ergebnisse der Leistungsfeststellung und des Leistungsentgelts sind innerhalb jeder Verwaltung statistisch zu erfassen und bekannt zu machen (§ 12 II LeistungsTV-Bund). Im Übrigen sollen die Dokumentationsrechte und Dokumentationspflichten der Arbeitsvertragsparteien in der Dienst- bzw. Betriebsvereinbarung zur Einführung des Leistungsentgelts näher ausgestaltet werden.[862]

ee) **Konfliktregelung und paritätische Kommission**

Nach § 13 I LeistungsTV-Bund kann jeder Beschäftigte das Ergebnis seiner Leistungsfeststellung gegenüber der zuständigen Personalstelle unter Beifügung einer schriftlichen Begründung innerhalb von drei Wochen nach Eröffnung des Ergebnisses der Leistungsfeststellung beanstanden (Beschwerde). Wird der Beschwerde nicht abgeholfen, wird sie gemäß § 13 II LeistungsTV-Bund der paritätischen Kommission (§ 14 LeistungsTV-Bund) zur Beratung zugeleitet.[863]

Die Beratung in der Kommission bezieht sich auf die Einhaltung der durch den LeistungsTV-Bund und die jeweils maßgeblichen ihn ausfüllenden Dienst- bzw. Betriebsvereinbarungen vorgegebenen Verfahren und auf die Einhaltung der sachlichen Grenzen einer Bewertung. Die Mitwirkung der Kommission erfasst nicht die Leistungsbewertung oder die Entscheidung über die Vergabe von Leistungsentgelten im Einzelfall (§ 13 II LeistungsTV-Bund). Nicht von der Mitbestimmung erfasst ist die individuelle Leistungsbewertung.

Gemäß § 13 III LeistungsTV-Bund kann durch Dienst- bzw. Betriebsvereinbarung vorgesehen werden, dass nach einer Beschwerde nach § 13 I LeistungsTV-Bund zunächst ein **gestuftes Verfahren** unter Einbeziehung von zB der nächst höheren Führungskraft und einem Mitglied der Personalvertretung einsetzt. Erledigt sich die Beschwerde dadurch nicht, steht das Verfahren unter Einbeziehung der paritätischen Kommission gemäß § 13 II LeistungsTV-Bund offen. Dieses gestufte Verfahren sollte in der Praxis genutzt werden.[864]

c) **Zum Leistungsentgelt**

Einzelheiten zum Leistungsentgelt sind im III. Abschnitt des Tarifvertrags über das Leistungsentgelt für die Beschäftigten des Bundes (**LeistungsTV-Bund**) geregelt.

§ 8 LeistungsTV-Bund legt die **Formen des Leistungsentgelts** fest. Zulässig sind Leistungszulagen und Leistungsprämien. Die Leistungsprämie ist eine einmalige Zahlung (§ 8 I 2 LeistungsTV-Bund). Die Leistungszulage ist eine zeitlich befristete, widerrufliche, in der Regel monatlich wiederkehrende Leistung (§ 8 I 3 LeistungsTV-Bund).

Die **Aufteilung** des nach § 18 II TVöD zur leistungsorientierten Bezahlung zur Verfügung stehenden Entgeltvolumens erfolgt gemäß § 9 LeistungsTV-Bund. Für die Ermittlung der ständigen Monatsentgelte des Vorjahrs gemäß § 18 II TVöD Bund wird jeweils der Zeitraum vom 01.01. bis 31.12. zu Grunde gelegt. Das Gesamtvolumen für das Leistungsentgelt ist jeweils bis zum 30.04. eines Jahres vom Arbeitgeber zu ermitteln (§ 9 II LeistungsTV-Bund). Das Gesamtvolumen entspricht dem Entgeltvolumen in Höhe von 1 % der ständigen Monatsentgelte des Vorjahres aller Tarifbeschäftigten der jeweiligen Dienststelle. Es ist dem Personal- bzw. Betriebsrat mitzuteilen. Ebenso das jährlich aus dem Leistungstopf verbrauchte Volumen (§ 9 IV LeistungsTV-

[862] Kuner, Leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2013, Rn. 380.
[863] Kuner, Leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2013, Rn. 381.
[864] Kuner, Leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2013, Rn. 382.

Bund). Wird das Gesamtvolumen der Verwaltung nicht ausgeschöpft, erhöht sich das betreffende Volumen im Folgejahr um die verbleibenden Restanteile (§ 9 III LeistungsTV-Bund).[865]

Die **Höhe des individuellen Leistungsentgelts** ergibt sich nach § 10 I LeistungsTV-Bund aus dem durch Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung festzulegenden Schlüssel, der das Ergebnis der Leistungsfeststellung (in der Regel wird das ein Punktwert sein) mit der Höhe des jeweils zur Verfügung stehenden Gesamtvolumens (Leistungstopf) verbindet. Eine Obergrenze für das individuelle Leistungsentgelt kann festgesetzt werden. Ein Berechnungsschlüssel ist bei Verwendung eines Punktsystems: Leistungstopf (Entgeltvolumen für das Leistungsentgelt): Gesamtsumme aller Leistungspunkte = Leistungsentgelt pro Punkt x individueller Punktwert des Beschäftigten = Leistungsentgelt des Beschäftigten.

Beachte: In § 11 ff. LeistungsTV-Bund werden besondere Situationen, in denen ein Leistungsentgelt nicht gezahlt wird, geregelt. So erfolgt bspw. keine Leistungsfeststellung bzw. kein Anspruch auf Leistungsentgelt bei Tätigkeit von weniger als 2 Kalendermonaten und keine Zahlung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeigeführt durch Verschulden des Beschäftigten.

6. **Übertarifliche Einführung eines Leistungsprämien- und Leistungszulagensystems**

a) **Leistungsprämien- und Leistungszulagensystems als Option**

Wenn der Arbeitgeber von der vorstehenden Option, die tarifvertragliche Leistungsbezahlung nach § 18 TVöD fortzuführen, keinen Gebrauch macht, stellt ihm das Rundschreiben vom 20. Februar 2014 ein weiteres, alternatives Instrument der Leistungsbezahlung zur Verfügung, nämlich die entsprechende Anwendung der **Vorschriften der Verordnung des Bundes über leistungsbezogene Besoldungsinstrumente** (Bundesleistungsbesoldungsverordnung – BLBV)[866] vom 23.07.2009.[867]

Demnach können Leistungsprämien und Leistungszulagen Beschäftigten iSv § 1 I 1 TVöD gewährt werden, die dem Geltungsbereich des TVöD unterliegen. Die **Entscheidung** darüber, ob von dieser **übertariflichen Möglichkeit** Gebrauch gemacht wird, trifft der **Arbeitgeber**. Auch diese Entscheidung über das „Ob“ ist mitbestimmungsfrei.[868]

Leistungsprämien und Leistungszulagen sind nicht zusatzversorgungspflichtig. Sie bleiben bei der Bemessung der Jahressonderzahlung gemäß § 20 TVöD unberücksichtigt. Abweichend von § 21 Satz 3 TVöD ist die Leistungszulage für die Entgeltfortzahlung gemäß § 21 Satz 1 TVöD entsprechend zu berücksichtigen.[869]

b) **Geltungsbereich/Konkurrenzen**

Die Vergabe von Leistungsprämien und Leistungszulagen dient der Anerkennung tatsächlich erbrachter Leistungen. Dabei müssen die zu honorierenden Leistungen erheblich über den Leistungen liegen, die den mit der jeweiligen Tätigkeit verbundenen Anforderungen entsprechen. Leistungsprämien und Leistungszulagen können Beschäftigten gewährt werden, die dem Geltungsbereich des TVöD unterliegen. Die Vergabe ist nur möglich, wenn in dem Kalenderjahr, in dem die Auszahlung erfolgt, kein tarifvertragliches Leistungsentgelt nach § 18 TVöD gezahlt wird.[870]

Eine Leistung, die auf demselben Sachverhalt beruht, kann nur einmal honoriert werden. Leistungsprämien und Leistungszulagen dürfen nicht vergeben werden neben dem Entgelt für Überstunden oder einer Zulage für die vorübergehende

[865] Kuner, Leistungsorientierte Bezahlung im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2013, Rn. 367.
[866] BGBl. I S. 2170.
[867] Einzelheiten Rundschreiben vom 20.02.2014 (Az. D5- 31002/11#10) unter Ziffer 2.1. bis 2.5.
[868] Hanebeck/Beyer, ZTR 2014, 127, 132.
[869] Einzelheiten dazu Rundschreiben vom 20.02.2014 (Az. D5- 31002/11#10) unter Ziffer 2.2.
[870] Einzelheiten dazu Rundschreiben vom 20.02.2014 (Az. D5- 31002/11#10) unter Ziffer 2.

bzw. vertretungsweise Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit, soweit diese aufgrund desselben Sachverhalts gewährt werden würden. Aus Gründen der Personalentwicklung regelmäßig durchgeführte Regelbeurteilungen können nicht als Grundlage für die Vergabe einer Leistungsprämie oder Leistungszulage verwendet werden.[871]

[871] Einzelheiten dazu Rundschreiben vom 20.02.2014 (Az. D5- 31002/11#10) unter Ziffer 2.3.

c) **Budget/Vergabemöglichkeiten/Bemessung**

aa) **Budget**

Mit § 42a ist eine einzelne Norm des BBesG partiell entsprechend anwendbar, in der Vorgaben zum finanziellen Volumen für das Leistungsprämien- und Leistungszulagensystem geregelt sind. Entsprechende Anwendung finden für den Tarifbereich die Sätze 1 und 3 des Absatzes 4. Das Vergabebudget für Leistungsprämien- und Leistungszulagen beträgt somit in entsprechender Anwendung von Satz 1 „mindestens 0,3 %“ der Ausgaben für die Entgelte der Tarifbeschäftigten im jeweiligen Haushalt.

Da es sich für den Tarifbereich um eine freiwillige Option des Arbeitgebers handelt, passt die gesetzliche Pflicht aus § 42a IV 4 BBesG, das Vergabebudget zweckentsprechend zu verwenden und jährlich vollständig auszuzahlen, nicht und ist im Tarifbereich nicht anwendbar.[872] Der Unterschied in den rechtlichen Verpflichtungen wirkt sich auch auf die Auszahlungsmöglichkeit in Zeiten der vorläufigen Haushaltsführung und der Haushaltssperre aus. So müssen während einer vorläufigen Haushaltsführung und während einer Haushaltssperre Leistungsprämien und Leistungszulagen im Beamtenrecht aufgrund der gesetzlichen Auszahlungspflicht gezahlt werden, im Tarifbereich dürfen sie jedoch als freiwillige Arbeitgeberleistung an Tarifbeschäftigte in diesen Zeiten nicht neu vergeben werden.

Die Ausgaben für die Leistungsprämien und Leistungszulagen sind innerhalb der flexibilisierten Ausgaben eines Kapitels zu erwirtschaften.

bb) **Vergabemöglichkeit**

Wie bei Beamten sind die Vergabemöglichkeiten entsprechend der Beschäftigtenzahl beschränkt. Bezogen auf das Kalenderjahr sind insbesondere folgende Obergrenzen einzuhalten[873]: Die Gesamtzahl der in einem Kalenderjahr bei einem Arbeitgeber vergebenen Leistungsprämien und Leistungszulagen darf 15 Prozent der Zahl der bei dem Arbeitgeber am 1. Januar vorhandenen Beschäftigten nicht übersteigen. Der Prozentsatz nach Satz 1 kann überschritten werden, soweit insgesamt nicht mehr als 30 Prozent der bei dem Arbeitgeber am 1. Januar vorhandenen Beschäftigten Leistungsprämien, Leistungszulagen oder Verkürzungen von Stufenlaufzeiten nach § 17 II 1 TVöD gewährt werden. Neben einer Zulage für die Tätigkeit bei obersten Bundesbehörden oder bei obersten Gerichtshöfen des Bundes können Leistungsprämien und Leistungszulagen nur insoweit gewährt werden, als insgesamt nicht mehr als 15 Prozent der dort am 1. Januar vorhandenen Beschäftigten Leistungsprämien, Leistungszulagen oder Verkürzungen von Stufenlaufzeiten nach § 17 II 1 TVöD erhalten.

Für die individuelle **Höhe von Leistungsprämien und -zulagen** der einzelnen Beschäftigten gelten die Obergrenzen in Anlehnung an § 4 II und § 5 II BLBV. Maßgebend ist dabei das Tabellenentgelt der Entgeltgruppe, in der die Beschäftigten zum Zeitpunkt der Festsetzung der Leistungsprämie oder Leistungszulage eingruppiert sind; Zulagen jeglicher Art bleiben unberücksichtigt. Leistungsprämien dürfen das Tabellenentgelt der niedrigsten Stufe der maßgeblichen Entgeltgruppe nicht übersteigen. Leistungszulagen dürfen monatlich 7 % dieses Tabellenentgelts nicht übersteigen.

cc) **Vergabe an Teams**

Mit der Leistungsbezahlung entsprechend der besoldungsrechtlichen Vorschriften (§ 7 BLBV) wird ein Instrument für die gemeinsame Honorierung von Leistungen in gemischten Teams aus Tarifbeschäftigten und Beamten zur Verfügung gestellt.[874]

d) **Leistungsentgelt nach § 18 TVöD oder übertarifliches Leistungsentgelt?**

[872] Hanebeck/Beyer, ZTR 2014, 127, 131.
[873] Einzelheiten im Rundschreiben vom 20.02.2014 (Az. D5- 31002/11#10) unter Ziffer 2.4. Buchst. b).
[874] Einzelheiten im Rundschreiben vom 20.02.2014 (Az. D5- 31002/11#10) unter Ziffer 2.5.

Die Entscheidung zwischen der tarifvertragliche Leistungsbezahlung nach § 18 TVöD und der übertariflichen Einführung eines Leistungsprämien- und Leistungszulagensystems in Anlehnung an die leistungsbezogenen Besoldungsinstrumente der Beamten muss jeder Arbeitgeber bzw. jede Dienststelle treffen.

In der Bundesverwaltung sollte aus folgenden Erwägungen die **tarifvertragliche Leistungsbezahlung** auch **weiterhin zur Anwendung** gelangen: Die tarifvertragliche Leistungsbezahlung ist ein weitgehend akzeptiertes und etabliertes Verfahren mit „Befriedungsfunktion" (im Ergebnis erhalten nahezu alle Tarifbeschäftigten eine zusätzliche Zahlung – abhängig von der Leistung in unterschiedlicher Höhe). Der bürokratische Aufwand für die Verwaltung ist vergleichbar mit dem für die Auszahlung der Leistungsprämie. Maßgeblich aber dürfte sein, dass die jährlich vorgeschriebenen Gespräche innerhalb des LOB-Verfahrens wesentlich zur Verbesserung der Gesprächskultur mit den Tarifbeschäftigten beitragen, bei denen ansonsten keine turnusgemäßen Personalgespräche im Hinblick auf die gezeigten Leistungen stattfinden, sondern nur die üblichen Mitarbeitergespräche.

7. **Zusammenfassung und beamtenrechtlicher Exkurs**

Mit der Reform wird die Flexibilität bei der Leistungsbezahlung deutlich größer. Es besteht nach wie vor erhebliche Flexibilität bei der Gestaltung der tarifvertraglichen Leistungsbezahlung durch einvernehmliche Dienstvereinbarungen im Rahmen des LeistungsTV-Bund. Dieser Zugewinn an Flexibilität und die sich daraus ergebenen zusätzlichen Möglichkeiten in den Dienststellen dürften zu einer Berücksichtigung der Bedürfnisse in den Dienststellen und damit zu einer höheren Akzeptanz der Leistungsbezahlung führen.[875]

Wenn der Arbeitgeber von der vorstehenden Option, die tarifvertragliche Leistungsbezahlung nach § 18 TVöD fortzuführen, keinen Gebrauch macht, stellt ihm das Rundschreiben vom 20. Februar 2014 ein weiteres, alternatives Instrument der Leistungsbezahlung zur Verfügung, nämlich die entsprechende Anwendung der Vorschriften der Verordnung des Bundes über leistungsbezogene Besoldungsinstrumente zur Verfügung.

Tarifverträge und damit auch der LeistungsTV-Bund sind klassische Rechtsquellen des Arbeitsrechts, hingegen basiert das Beamtenrecht auf gesetzlichen Grundlagen, was auch für den Bereich der Leistungsbesoldung gilt. So gibt es für den Bundesbereich auf der Grundlage von § 42a I BBesG die Bundesleistungsbesoldungsverordnung. Nach Maßgabe der Verordnung können Leistungsprämien, Leistungszulagen und Leistungsstufen vergeben werden. Gemäß § 42a IV BbesG entspricht das Vergabebudget derzeit mindestens 3 % der Besoldungsausgaben des vorangegangenen Kalenderjahres; das Vergabebudget ist zweckentsprechend zu verwenden und jährlich auszuzahlen.[876]

V. **Jahressonderzahlung (§ 20 TVöD)**

§ 20 TVöD regelt die Jahressonderzahlung, die eine Zusammenfassung des bisherigen Urlaubs- und Weihnachtsgeldes darstellt. Anspruch auf die Jahressonderzahlung nach § 20 TVöD haben alle Beschäftigten, die am 1. Dezember in einem Arbeitsverhältnis stehen.

Beachte: Durchführungsrundschreiben (Az: D 5 - 31002/1#6) vom 22.12.2017 zur Jahressonderzahlungen ab 2016 nach § 20 (Bund) TVöD, § 14 TVAöD - Besonderer Teil BBiG -, § 14 TVAöD - Besonderer Teil Pflege - und § 14 TVPöD.

[875] Hanebeck/Beyer, ZTR 2014, 127, 132.
[876] Zum Folgenden Conze/Karb/Wölk, Stichwort LeistungsTV-Bund Rn. 2083.

1. **Anspruchsvoraussetzungen**

a) **Berechtigter Personenkreis**

Anspruchsberechtigt sind Tarifbeschäftigte im Geltungsbereich des TVöD. Des Weiteren haben auch die gemäß § 19 TVÜ-Bund in die Entgeltgruppen 2Ü und 15Ü übergeleiteten Tarifbeschäftigten einen Anspruch auf eine Jahressonderzahlung (vgl. Niederschriftserklärung zu § 20 II TVöD). Die nach § 1 II TVöD vom Geltungsbereich des TVöD ausgenommen Tarifbeschäftigten sind dagegen auch von der Jahressonderzahlung ausgenommen.

b) **Stichtag 1. Dezember**

Anspruch auf die Jahressonderzahlung haben nur Tarifbeschäftigte, die am **Stichtag 1. Dezember** im Arbeitsverhältnis zum Bund stehen. Dabei kommt es allein auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses am Stichtag an. Ruht das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt, d. h. sind die wechselseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag (Arbeitsleistung und Pflicht zur Entgeltzahlung) am Stichtag suspendiert, berührt dies den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht und ist daher unschädlich.

Ein Anspruch besteht demnach auch, wenn der unter den TVöD fallende Tarifbeschäftigte am 1. Dezember beispielsweise aus einem der im Folgenden genannten Anlässe von der Pflicht zur Arbeitsleistung vollständig freigestellt ist:

- unbezahlter Sonderurlaub nach § 28,
- Elternzeit nach §§ 15 ff. BEEG,
- Pflegezeit und sonstige Freistellungen nach § 3 PflegeZG,
- Bezug einer befristeten Erwerbsminderungsrente (§ 33 II 6 TVöD),
- Wahlvorbereitungsurlaub als Bewerber/in um ein Mandat im Europäischen Parlament, dem Deutschen Bundestag oder einem Landtag oder
- Ableisten des freiwilligen Wehrdienstes oder Bundesfreiwilligendienstes.

Auch Zeiten ohne Arbeitsleistung während einer sog. Leistungsstörung berühren den Anspruch nicht. Dies betrifft insbesondere

- Zeiten einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit oder
- mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbote (zB Schutzfristen vor und nach der Entbindung nach § 3 MuschG oder ärztliche Beschäftigungsverbote nach § 16 MuSchG).

Es ist unerheblich, wie lange das Arbeitsverhältnis bereits vor dem 1. Dezember bestanden hat und wie lange es noch nach dem Stichtag andauert.

Ein Ausscheiden des Tarifbeschäftigten nach dem 1. Dezember - zum Beispiel durch eine von dem Tarifbeschäftigten veranlasste Beendigung, eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung aufgrund Verschuldens des Tarifbeschäftigten oder eine Beendigung aufgrund eines befristeten Arbeitsverhältnisses – berührt den Anspruch auf die Jahressonderzahlung nicht.

Beachte: Endet das Arbeitsverhältnis spätestens mit *Ablauf des 30. November*, entfällt der Anspruch auf die Jahressonderzahlung vollständig. Eine zeitanteilige Zahlung, zum Beispiel nach der sog. Zwölftelungsregelung (durch den vormaligen Arbeitgeber des beendeten Arbeitsverhältnisses), ist in diesen Fällen nicht vorgesehen. Dies gilt auch dann, wenn Tarifbeschäftigte wegen Rentenbeginns im Laufe des Kalenderjahres vor dem 1. Dezember aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden (zB nach § 33 II 2 TVöD wegen Vollendung des gesetzlich geregelten Alters zum Erreichen der Regelaltersrente oder nach § 33 II 1 TVöD wegen der Bewilligung einer Erwerbsminderungsrente). Diese Stichtagsregelung ist unter dem Aspekt der Altersdiskriminierung wirksam. Eines Tarifbeschäftigter, der wegen Erreichens des Rentenalters gemäß § 33 I Buchst. a TVöD

Ende Oktober aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, hat nach der Rechtsprechung keinen Anspruch auf die Jahressonderzahlung.[877]

c) **Vorangegangenes Arbeitsverhältnis**

Die Stichtagsregelung nach § 20 I TVöD stellt für den Anspruch auf die Jahressonderzahlung darauf ab, dass die Tarifbeschäftigten am 1. Dezember des betreffenden Jahres „**im Arbeitsverhältnis**“ zum Bund stehen. Dabei kann der Anspruch auf eine ungekürzte Jahressonderzahlung nach Sinn und Zweck der Regelung bei einem ununterbrochenen Arbeitsverhältnis bestehen.

Bestehen im Kalenderjahr nacheinander mehrere Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber und ist die Stichtagsregelung erfüllt, sind diese Arbeitsverhältnisse bei der Berechnung der Höhe der Jahressonderzahlung nach § 20 TVöD zu berücksichtigen. Ob zwischen den Arbeitsverhältnissen eine Unterbrechung liegt oder ob sie unmittelbar aneinander anschließen, ist unerheblich.[878]

Beachte: Ein vorangegangenes weiteres Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber ist grundsätzlich schädlich und führt zu einer Kürzung der Jahressonderzahlung. Im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen ist der BMI jedoch damit einverstanden, dass Zeiten in einem vorangegangenen Arbeitsverhältnis

- in der mittelbaren Bundesverwaltung,
- zu einem institutionellen Zuwendungsempfänger des Bundes, sofern dieser den TVöD anwendet und der Anteil des Bundes an der öffentlichen Finanzierung mindestens 50 % beträgt,
- bei den Fraktionen des Deutschen Bundestags oder eines Landtages,
- zu einem anderen öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber nach § 34 Abs. 3 Satz 4, insbesondere zu den Länder sowie sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie
- zu einem Arbeitgeber, der einen dem TVöD vergleichbaren[879] Tarifvertrag anwendet,

für die Jahressonderzahlung Berücksichtigung finden können, sofern die sonstigen Voraussetzungen (zB Stichtagsvoraussetzung) erfüllt werden und für die Gewinnung der/des Tarifbeschäftigten ein dringendes dienstliches Bedürfnis besteht.

d) **Vorangegangenes Ausbildungs-/Praktikantenverhältnis**

Die Regelungen für die Berechnung der Jahressonderzahlung, sofern ein vorangegangenes Ausbildungsverhältnis bzw. Praktikantenverhältnis besteht, sind in § 14 TVöD BT-BBiG bzw. in § 14 TVPöD geregelt.

e) **Vorangegangenes Beamtenverhältnis (Statusgruppenwechsel)**

Der Anspruch auf die Jahressonderzahlung vermindert sich für jeden Kalendermonat, in dem der Tarifbeschäftigte in einem vorangegangenen Beamtenverhältnis an allen Tagen des Monats Besoldung zustand.

[877] BAG 12.12.2012, NZA 2013, 577 – Leitsatz 1.
[878] BAG 12.12.2012, NZA 2013, 577.
[879] Ein mit dem TVöD vergleichbarer Tarifvertrag liegt vor, wenn er im Wesentlichen die gleichen Inhalte wie der TVöD hat. Dazu müssen insbesondere die Entgeltregelungen (Tabellenstruktur, Stufenlaufzeit) und die Eingruppierung im Wesentlichen gleich geregelt sein.

2. **Höhe der Jahressonderzahlung**

a) **Staffelung der Jahressonderzahlung**

Die Jahressonderzahlung war sozial gestaffelt. Sie betrugt gem. § 20 II TVöD a.F. bei Beschäftigten des Tarifgebiets West

- in den Entgeltgruppen 1 bis 8 90 %,
- in den Entgeltgruppen 9 bis 12 80 % und
- in den Entgeltgruppen 13 bis 15 60 %

des dem Beschäftigten in den Kalendermonaten Juli, August und September durchschnittlich gezahlten monatlichen Entgelts (§ 20 III TVöD). Gemäß § 20 III TVöD a.F. belief sich für Beschäftigte des Tarifgebiets Ost der Bemessungssatz auf 75 % der oben genannten Prozentsätze. Diese Ungleichbehandlung ist aus heutiger Sicht nicht nachvollziehbar und deshalb in Frage zu stellen.[880]

Daher haben sich die Tarifvertragsparteien in der Tarifeinigung 2016 darauf verständigt, im Bereich des Bundes die Jahressonderzahlung nach § 20 TVöD im Tarifgebiet Ost schrittweise an das Westniveau anzugleichen. Zu diesem Zweck wurde § 20 II TVöD durch den Änderungstarifvertrag Nr. 11 vom 29.04.2016 neugefasst.[881] Beginnend ab dem Kalenderjahr 2016 werden bei Tarifbeschäftigten, Auszubildenden und Praktikanten des Bundes, für die die Regelungen des Tarifgebiets Ost Anwendung finden (vgl. § 38 I Buchst. a TVöD), die Bemessungssätze der Jahressonderzahlung in fünf Stufen angehoben. Die vollständige Angleichung an die im Tarifgebiet West für die betreffenden Entgeltgruppen geltenden Bemessungssätze wird mit der Jahressonderzahlung für das Kalenderjahr 2020 erreicht. Entsprechende Regelungen zur Angleichung der Jahressonderzahlung im Tarifgebiet Ost wurden für den Bereich des Bundes im TVöD und auch in den einschlägigen Tarifverträgen für Auszubildende sowie für Praktikanten vereinbart.[882]

b) **Bemessungsgrundlage**

Nach dem BAG-Urteil vom 22. März 2017 ist bei der Bemessung der Jahressonderzahlung und der Frage, ob nach § 20 III 1 und 2 TV-L (Referenzmonate) bzw. nach Satz 3 dieser Vorschrift (erster voller Monat) zu verfahren ist, ausschließlich auf das am 1. Dezember bestehende (und damit anspruchsbegründende) Arbeitsverhältnis abzustellen. In diesem Punkt unterscheidet sich die Betrachtungsweise von der bei der Frage der Zwölftelung maßgebenden, bei der Vorbeschäftigungen im laufenden Jahr mit einzubeziehen sind. Das zum TV-L ergangene Urteil kann auch bei der Auslegung des § 20 III TVöD herangezogen werden. Ausgehend von der BAG-Auffassung, dass allein das am 1. Dezember bestehende Arbeitsverhältnis maßgebend ist, ergeben sich die folgenden beiden Varianten:

Einstellung *vor dem 30. September*: Es zählt der Referenzrahmen. Nach § 20 III 1 und 2 TVöD ist Bemessungsgrundlage der Jahressonderzahlung iSd Absatzes 2 das monatliche Entgelt, das den Beschäftigten in den Kalendermonaten Juli, August und September durchschnittlich gezahlt wird (Referenzmonate); unberücksichtigt bleiben hierbei das zusätzlich für Überstunden und Mehrarbeit gezahlte Entgelt (mit Ausnahme der im Dienstplan vorgesehenen Überstunden und Mehrarbeit), Leistungszulagen, Leistungs- und Erfolgsprämien. Der Bemessungssatz bestimmt sich nach der Entgeltgruppe am 1. September.

[880] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Jahressonderzahlung gem. § 20 Rn. 1707.
[881] Zum Anspruchsumfang vgl. Rundschreiben vom. 22.12.2017, S. 7 ff.
[882] Zur Höhe der Bemessungssätze der Jahressonderzahlung, die im Bereich des Bundes für Tarifbeschäftigte, Auszubildende sowie Praktikanten gelten vgl. Rundschreiben vom 11.07.2016, S. 25 unter C. 4.1 und 4.2.

Bei Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis *nach dem 30. September* begonnen hat, tritt an die Stelle des Bemessungszeitraums der erste volle Kalendermonat des Arbeitsverhältnisses zur Bemessung der Jahressonderzahlung (§ 20 III 3 TVöD).

In der Protokollerklärung zu § 20 III TVöD wird die Berechnung des monatlichen Entgelts erläutert.

3. **Verminderung der Jahressonderzahlung**

Absatz 4 regelt die zeitratierliche Verminderung des nach den Absätzen 1 bis 3 dem Grunde nach bestehenden Anspruchs auf Jahressonderzahlung.[883]

Der Anspruch auf Jahressonderzahlung vermindert sich um ein Zwölftel für jeden Kalendermonat, in dem Tarifbeschäftigte nicht für mindestens einen Tag des Monats einen Anspruch auf Entgelt oder Fortzahlung des Entgelts nach § 21 haben (sog. **Zwölftelungsregelung**). Dabei ergibt sich der Anspruchsgrund für die Entgeltfortzahlung selbst aus den in § 21 abschließend aufgezählten Normen.

Beispiel 1: Ein Tarifbeschäftigter hat vom 16. Januar bis 15. Februar unbezahlten Sonderurlaub nach § 28 TVöD erhalten. Die Jahressonderzahlung als Ganzes wird deshalb nicht vermindert. Zwar bestand für einen vollen Beschäftigungsmonat kein Anspruch auf Entgelt. Die Zwölftelungsregelung in § 20 IV 1 TVöD stellt jedoch auf volle Kalendermonate ab. Da sowohl im Januar als auch im Februar für mindestens einen Tag Anspruch auf Entgelt bestand, ist der unbezahlte Sonderurlaub vom 16. Januar bis 15. Februar für die Berechnung der Jahressonderzahlung unschädlich.

Fallvariante: Würde der unbezahlte Sonderurlaub im vorgenannten Beispiel hingegen erst mit Ablauf des 5. März enden, wäre die Jahressonderzahlung als Ganzes um 1/12 zu kürzen, da dann für den vollen Kalendermonat Februar kein Anspruch auf Entgelt bzw. auf Entgeltfortzahlung bestand.

Beispiel 2: Eine Tarifbeschäftigte ist vom 29. Mai bis 9. Juli (= 6 Wochen) unverschuldet durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an der Arbeitsleistung gehindert. Zwar arbeitet die Tarifbeschäftigte während des gesamten Kalendermonats Juni nicht. Sie hat aber für die Dauer der sechswöchigen Erkrankung Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 22 Abs. 1 in Verbindung mit § 21, so dass die sechswöchige Erkrankung für die Berechnung der Jahressonderzahlung unschädlich ist.

Nach dem Pflegezeitgesetz sind die Tarifbeschäftigten bis zur Höchstdauer von sechs Monaten für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen von der Arbeitsleistung vollständig oder teilweise freizustellen (§ 3 iVm § 4 PflegeZG). Wenn die Tarifbeschäftigten vollständig freigestellt werden, verringert sich die Jahressonderzahlung um 1/12 für jeden vollen Kalendermonat, in dem kein Entgelt gezahlt worden ist.

4. **Ausnahmen von der Zwölftelungsregelung**

§ 20 IV 2 TVöD regelt abschließend, in welchen Ausnahmefällen die Zwölftelungsregelung nach § 20 IV 1 TVöD keine Anwendung findet. Danach unterbleibt die Verminderung für Kalendermonate,

1. für die Tarifbeschäftigte kein Tabellenentgelt erhalten haben wegen

   a) Ableistung von Grundwehrdienst oder Zivildienst, wenn sie diesen vor dem 1. Dezember beendet und die Beschäftigung unverzüglich wieder aufgenommen haben,

   b) Beschäftigungsverboten nach § 3 MuSchG,

[883] Vgl. dazu im Einzelnen Rundschreiben vom 22.12.2017, S. 18 ff.

c) Inanspruchnahme der Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) bis zum Ende des Kalenderjahres, in dem das Kind geboren ist, wenn am Tag vor Antritt der Elternzeit Entgeltanspruch bestanden hat,

Hinweis: Keine Ausnahme gilt bei vollständiger Freistellung von der Arbeitsleistung nach § 3 PflegeZG für die Betreuung und Pflege von pflegebedürftigen nahen Angehörigen oder für die Begleitung naher Angehöriger in der letzten Lebensphase. In dem Fall verringert sich die Jahressonderzahlung um 1/12 für jeden vollen Kalendermonat, in dem kein Entgelt gezahlt worden ist.

2. in denen Tarifbeschäftigten Krankengeldzuschuss gezahlt wurde oder nur wegen der Höhe des zustehenden Krankengelds ein Krankengeldzuschuss nicht gezahlt worden ist.

E. Entgelt im Krankheitsfall

Nach Lektüre dieses Teilabschnitts können die Seminarteilnehmer

die Anspruchsvoraussetzungen, die Höhe und die Dauer des Entgeltfortzahlungsanspruchs der Tarifbeschäftigten erläutern,

den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Falle einer Wiederholungserkrankungen erklären und

Leistungsverweigerungsrechte als Anspruchshindernisse des Entgeltfortzahlungsanspruchs benennen.

I. **Grundsätzliches zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 22 TVöD)**

§ 22 TVöD regelt die Rechte des Beschäftigten auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Abs. 1 der Vorschrift behandelt die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall grundsätzlich und verweist dazu im Wesentlichen auf die Vorschriften des EFZG. Abs. 2 legt die Zahlung des tariflichen Krankengeldzuschusses und dessen Höhe fest. Abs. 3 regelt die von der Beschäftigungszeit abhängige Bezugsdauer des Krankengeldzuschusses, Abs. 4 enthält Regelungen für den Fall der Zahlung des Krankengeldzuschusses bei Renteneintritt oder der Gewährung von mit der Rente vergleichbarer Leistungen eines Sozialversicherungsträgers.

Mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit wird der Beschäftigte von seiner Verpflichtung, die Arbeitsleistung zu erbringen, nach § 275 I BGB frei. Nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen (§ 326 I BGB) hätte dies auch zur Folge, dass er für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit seinen Vergütungsanspruch verlieren würden, wenn nicht andere gesetzlich Vorschriften und die tarifliche Regelung eine Fortzahlung des Arbeitsentgelts für bestimmte Zeiten vorsehen. Aus rechtlicher Sicht stellt also die gesetzliche und die tarifliche Entgeltfortzahlung eine Durchbrechung des sich aus § 326 I BGB ergebenen Grundsatzes dar, dass der nicht arbeitende Beschäftigte grundsätzlich auch keinen Entgeltanspruch hat („ohne Arbeit kein Lohn“).[884]

II. **Anspruchsvoraussetzungen**

Die Beschäftigten im Geltungsbereich des TVöD haben nach § 22 I 1 TVöD unter zwei Voraussetzungen Anspruch auf Entgeltfortzahlung:

- der Beschäftigte ist arbeitsunfähig infolge von Krankheit und
- die Arbeitsunfähigkeit ist unverschuldet.

Beachte: Im Gegensatz zu der Regelung in § 3 III EFZG, der eine vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses als Anspruchsvoraussetzung verlangt,[885] sieht § 22 TVöD **keine Wartezeit** vor.[886] Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung steht dem Beschäftigten ab Beginn des Arbeitsverhältnisses und nicht erst nach vier Wochen der Beschäftigung zu. Ferner ist nicht zu verlangen, dass bereits ein Tag gearbeitet wurde. Erkrankt der Beschäftigte vor Vertragsbeginn, so setzt ab Vertragsbeginn die Entgeltfortzahlung ein. Nur für den Fall, dass der Beschäftigte vor Vertragsschluss arbeitsunfähig erkrankt, kommt es auch im Bereich des TVöD zu keiner Entgeltfortzahlung.

---

[884] Vgl. dazu die Ausführungen im Studienbrief „Arbeitsrecht“ unter Teil II. D. 2.

[885] **Exkurs zu § 3 EFZG**: Ein Entgeltfortzahlungsanspruch gem. § 3 EFZG entsteht aber erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses (§ 3 III EFZG). Beim Eintritt der Erkrankung vor Ablauf der Wartezeit kann der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber keine Entgeltfortzahlung verlangen. In diesem Fall steht ihm vielmehr grundsätzlich ein Anspruch auf Krankengeld zu. Die Regelung des § 3 III EFZG kann tarifvertraglich oder einzelvertraglich zugunsten des Arbeitnehmers abbedungen werden. Die 4-wöchige Wartezeit des § 3 III EFZG führt dabei aber nach ganz hM nicht zu einer Verkürzung der Entgeltfortzahlungsdauer, sondern nur zu einer Verschiebung des Anspruchsbeginnes.

[886] So auch Rundschreiben vom 08.12.2005 (D II 2 – 220-2/0).

1. **Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit**

Nach § 3 I 1 EFZG muss der Arbeitnehmer des Weiteren verhindert sein, seine Arbeitsleistung zu erbringen, weil er arbeitsunfähig erkrankt ist. Hierbei sind die Begriffe Krankheit und Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Gesetzes nicht deckungsgleich.

a) **Krankheit**

Im medizinischen Sinne ist **Krankheit** jeder regelwidrige körperliche oder geistige Zustand, der einer Heilbehandlung bedarf. Von diesem medizinischen Krankheitsbegriff ist auch bei der Anwendung von § 3 EFZG auszugehen.[887] Unerheblich sind Art und Ursachen der Krankheit und ob eine Heilbehandlungsmöglichkeit besteht.[888] Maßnahmen der medizinischen Versorge und Rehabilitation sind einer Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit nach § 9 EFZG gleichgestellt.

Beispiele für das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Krankheit:[889] Krankheit idS § 3 EFZG kann die *Alkoholabhängigkeit* sein, jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer seine Selbstkontrolle verloren hat und trotz besserer Einsicht den übermäßige Alkoholkonsum nicht mehr aufgeben oder reduzieren kann. Ähnliches gilt für *Drogen- und Nikotinabhängigkeiten*. Selbst bei einer *Schönheitsoperation* kann eine Krankheit iSd § 3 EFZG vorliegen, allerdings nur, wenn sich die Schönheitsoperation als notwendig erweist, um etwa einen psychischen Leidenszustand von nicht unerheblichem Gewicht zu lindern. Eine normal verlaufende *Schwangerschaft* stellt dagegen *keine Krankheit* dar. Hier fehlt es an einem regelwidrigen körperlichen Zustand. Ebenfalls *keine Krankheit* liegt vor, wenn es zu einem *altersbedingten Nachlassen* der *Leistungsfähigkeit* beim betroffenen Arbeitnehmer kommt. Hier handelt es sich nicht um einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand. *Keine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit liegt vor, wenn* der Beschäftigte als Organspender arbeitsunfähig wird.[890]

b) **Arbeitsunfähigkeit**

Nicht jede Krankheit führt allerdings schon zu einem Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG. Vielmehr setzt ein derartiger Anspruch voraus, dass die Krankheit beim betroffenen Arbeitnehmer zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat. Von einer Arbeitsunfähigkeit ist dann auszugehen, wenn der Beschäftigte seine vertraglich geschuldete Tätigkeit objektiv nicht ausüben kann oder objektiv nicht ausüben sollte, weil die Heilung nach ärztlicher Prognose verhindert oder verzögert wird. In diesem Sinne besteht bereits Arbeitsunfähigkeit, wenn der Beschäftigte seine geschuldete Arbeitsleistung nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, in absehbar naher Zeit seinen Zustand zu verschlimmern.[891]

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, ist aus diesem Grund die *Krankheit* immer in Bezug zu der vom Arbeitgeber geschuldeten *Arbeitsleistung* zu setzten.

Beispiel: Die Heiserkeit eines Hochschuldozenten wirkt sich anders als die Heiserkeit des Lagerarbeiters aus. Ein Arbeitnehmer mit einem gebrochenen Arm, der im Schreibdienst tätig ist, ist regelmäßig arbeitsunfähig krank. Derselbe Arbeitnehmer wird hingegen bei einer Fußverletzung grundsätzlich arbeitsfähig bleiben.

Führt eine Krankheit dazu, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung lediglich in einem zeitlich oder inhaltlich verminderten Maße erbringen kann, ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, von ihm eine Teilleistung zu verlangen. Das Entgeltfortzahlungsrecht kennt die Rechtsfigur einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit nicht. Vielmehr wird vom Alles-oder-Nichts-Prinzip ausgegangen. Deshalb wird die durch Krankheit bedingte Arbeitsunfähigkeit nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer seine

[887] Preis, Individualarbeitsrecht, § 46 II 3.
[888] Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 3 EFZG Rn. 10.
[889] Nach Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 3 EFZG Rn. 11-13 mwN der Rspr.
[890] Der Verdienstausfall des Spenders gehört vielmehr zu den Kosten der Krankenhilfe bzw. der Heilbehandlung des Empfängers der Organspende und ist daher von der Krankenkasse bzw. der Berufsgenossenschaft des Empfängers zu tragen.
[891] Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 3 EFZG Rn. 14.

geschuldete Vertragspflicht anstatt voll, nur teilweise zu erbringen vermag. Auch der vermindert Arbeitsfähige ist im Sinne des Entgeltfortzahlungsrechts arbeitsunfähig.[892]

c) **Ursächlichkeit**

Nicht jede Krankheit lässt einen Anspruch entstehen. Vielmehr muss die Krankheit die Arbeitsunfähigkeit verursachen. Dies ist der Fall, wenn die Krankheit es dem Beschäftigten unmöglich macht, die nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages geschuldete Leistung zu erbringen, oder wenn die Arbeit nur unter der Gefahr fortgesetzt werden könnte, den Gesundheitszustand in absehbarer naher Zukunft zu verschlimmern.[893] Ob eine die Arbeitsunfähigkeit auslösende Krankheit vorliegt, bleibt der ärztlichen Entscheidung vorbehalten. Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung trägt die Vermutung der Richtigkeit in sich.[894] Will ein Arbeitgeber den Beweiswert der ärztlichen Bescheinigung erschüttern, muss er die Umstände darlegen und beweisen. [895]

In Fällen, in denen der Arbeitsausfall nicht allein auf der Erkrankung, sondern noch auf einen anderen Grund beruht, stellt sich die Frage, ob dem Arbeitnehmer trotzdem ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG zusteht. Mehrere Gründe für den Arbeitsausfall können in folgenden Fällen vorliegen:

Wird ein Arbeitnehmer während des bezahlten Erholungsurlaubes arbeitsunfähig krank, so regelt § 9 BUrlG, dass für die Zeit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit der Urlaub abgebrochen wird und ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht. Die Arbeitsunfähigkeit ist durch ärztliches Attest nachzuweisen. Ein Zeitpunkt, bis wann eine entsprechende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt werden muss, ist nicht vorgegeben. § 9 BUrlG gibt keine Frist vor und § 5 I 2 EFZG ist hier nicht einschlägig. Der Arbeitgeber kann allerdings die Nachgewährung von Urlaub bis zur Vorlage eines ärztlichen Attestes verweigern.

Fällt die Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers mit einem Feiertag zusammen, erhält der Arbeitnehmer gem. § 4 II EFZG Entgeltfortzahlung nach § 3 I EFZG, wobei deren Höhe sich nach § 2 EFZG bestimmt.

d) **Covid-19-Quarantäne**

Covid-19-Quarantäne schließt Entgeltfortzahlung nicht aus - ArbG Aachen 30.3.2021 – 1 Ca 3196/20: Eine angeordnete Quarantäne schließt den Entgeltfortzahlungsanspruch des arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmers nicht aus. Zwar setzt der Entgeltfortzahlungsanspruch die Arbeitsunfähigkeit als einzige Ursache für den Wegfall des Arbeitsentgeltanspruches voraus. Diese Voraussetzung liegt aber vor, da der Arzt die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Kopf- und Magenschmerzen attestiert hat. Demgegenüber besteht der Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz gerade nicht für arbeitsunfähig Kranke, sondern nur für Ausscheider, Ansteckungs- und Krankheitsverdächtige. Nur bei den Genannten, bei denen der Verdienst

[892] Preis, Individualarbeitsrecht, § 46 II 3 b).
[893] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Entgelt im Krankheitsfall Rn. 1338.
[894] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Entgelt im Krankheitsfall Rn. 1340.
[895] Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit nach § 275 I Nr. 3 Buchst. b) SGB V sind insbesondere in Fällen anzunehmen, in denen a) Versicherte auffällig häufig oder auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig sind oder der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende einer Woche fällt oder b) die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist. Der Arbeitgeber kann verlangen, dass die Krankenkasse eine gutachtliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einholt (vgl. § 275 Ia 1 u. 3 SGB V).
b) die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist.

gerade aufgrund einer infektionsschutzrechtlichen Maßnahme entfällt, muss auf die subsidiäre Regelung des Infektionsschutzgesetzes zurückgegriffen werden.

2. **Kein Verschulden des Beschäftigten**

Ein Entgeltfortzahlungsanspruch gem. § 22 I 1 TVöD besteht nur dann, wenn die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit **nicht** auf einem **Verschulden des Beschäftigten** beruht.

In der **Protokollerklärung zu § 22 I 1 TVöD** haben die Tarifvertragsparteien den Verschuldensmaßstab auf die Verschuldensgrade Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt. Damit entspricht dieser Teil der Tarifregelung im Wesentlichen dem Verschuldensbegriff des § 3 I 1 EFZG.[896]

Grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in einem ungewöhnlich hohen Grade verstoßen wird. Erforderlich ist eine besonders grobe und auch subjektiv unentschuldbare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 I 2 BGB erheblich übersteigt.[897] Die Rechtsprechung nimmt ein Verschulden iSd § 3 I EFZG bei einem Verschulden gegen sich selbst an, also bei einem Verhalten, das in gröblicher Weise gegen das von einem verständigen Menschen in eigenem Interesse zu erwartende verstößt. Leichtsinniges Verhalten erfüllt den Tatbestand nicht, sondern nur ein bes. leichtfertiges oder vorsätzliches Verhalten.[898]

Damit führt nicht jedes leichtsinnige Verhalten zur Annahme eines Verschuldens iSd Tarifnorm. Vielmehr wird man von einem Verschulden in diesem Sinne regelmäßig erst dann ausgehen können, wenn ein besonders leichtfertiges, etwa grob fahrlässiges oder aber vorsätzliches Verhalten des Beschäftigten vorliegt.[899] Dies muss unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles festgestellt werden.

Bei durch Alkoholmissbrauch verursachten Unfällen liegt regelmäßig ein den Lohnfortzahlungsanspruch ausschließendes Verschulden des Arbeitnehmers vor.[900] Etwas anderes gilt bei der auf einer Alkoholabhängigkeit beruhenden Arbeitsunfähigkeit. Alkoholabhängigkeit (Alkoholismus) ist eine Krankheit iSv § 3 I EFZG.

Verletzt der Beschäftigte seine Pflichten im Straßenverkehr vorsätzlich oder grob fahrlässig, so liegt ein Verschulden iSd § 3 EFZG vor. Ein derartiges Verschulden wird angenommen, wenn ein gesunder, nicht alkoholkranker Arbeitnehmer alkoholisiert am Straßenverkehr teilnimmt und allein wegen der Alkoholisierung einen Unfall verursacht.[901] Verkehrsunfälle begründen ein Verschulden nur bei grob fahrlässigem Verhalten, wie zB Fahren ohne Sicherheitsgurt, Trunkenheit am Steuer.[902]

Bei sportlichen Betätigungen ist ein solches grobes Verschulden nur dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer sich in einer besonders gefährlichen Sportart betätigt oder in besonders grober Weise und leichtsinnig gegen anerkannte Regeln der jeweiligen Sportart verstoßen hat. Sportunfälle gelten daher in aller Regel als unverschuldet; dies soll sogar für Drachenfliegen gelten.[903]

---

[896] Vgl. Guth, in: BeckOK TVöD, § 22 TVöD-AT Rn. 12.
[897] BAG 23.06.1994 – 8 AZR 599/92; Guth, in: BeckOK TVöD, § 22 TVöD-AT Rn. 12.
[898] Guth, in: BeckOK TVöD, § 22 TVöD-AT Rn. 12.
[899] Vgl. Protokollnotiz zu § 22 I 1 TVöD: „Ein Verschulden liegt nur dann vor, wenn die Arbeitsunfähigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde."
[900] BAG 11.03.1987, AP LohnFG § 1 Nr. 71.
[901] BAG 11.03.1987 AP LohnFG § 1 Nr. 71.
[902] Vgl. Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 3 EFZG Rn. 44.
[903] BAG NJW 1982, 1014: „Drachenfliegen ist keine besonders gefährliche Sportart im Sinne der Lohnfortzahlungsbestimmungen, wenn die bekannten Sicherheitsvorkehrungen und Regeln beachtet werden."

§ 22 I 3 TVöD enthält eine Rechtsgrundverweisung auf § 9 EFZG. Danach gelten Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation iSv § 9 EFZG, die zur Arbeitsverhinderung führen, als unverschuldete Arbeitsunfähigkeit und lösen den Entgeltfortzahlungsanspruch des Abs. 1 aus.

III. **Höhe der Entgeltfortzahlungen**

Liegen die Voraussetzungen für die Entgeltfortzahlung nach § 22 I 1 TVöD vor, so haben die Beschäftigten Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach Maßgabe des § 21 TVöD. Das Entgelt wird als Grundsicherung bis zu einer Höchstdauer von sechs Wochen (= 42 Kalendertage, nicht Arbeitstage) gezahlt.

Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung: Im Fortzahlungszeitraum wird das Entgelt nach § 21 TVöD gezahlt.[904] § 21 TVöD regelt in den dort abschließend aufgezählten Fällen einheitlich die Höhe der Entgeltfortzahlung. Die Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung stellt eine Kombination aus dem Lohnausfall- und dem Referenzprinzip dar. Nach dem Lohnausfallprinzip werden die in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile weitergezahlt (§ 21 Satz 1 TVöD). Nach dem Referenzprinzip werden die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile (sog. unständige Entgeltbestandteile) in Form eines Tagesdurchschnitts auf Basis eines vergangenheitsbezogenen Berechnungszeitraums gezahlt. (Regel-)Berechnungszeitraum sind grundsätzlich die letzten drei vollen Kalendermonate, die den in § 21 TVöD genannten Entgeltfortzahlungsfällen vorhergehen (§ 21 Satz 2 TVöD).[905]

Beachte: Mit Wirkung vom 1. April 2018 wurde Satz 4 der Protokollerklärung Nr. 2 neu gefasst und eine neue Protokollerklärung Nr. 3 eingefügt. Die Änderung konkretisiert die Berechnung des Tagesdurchschnitts, der für jeden Tag der Entgeltfortzahlung gezahlt wird. Mit Rundschreiben vom 15. Februar 2018 (D5-31000/55#2) werden Hinweis zur Anwendung gegeben.

Die neu eingefügte Protokollerklärung Nr. 3 zu § 21 TVöD regelt die Berechnung des Durchschnittswerts der nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile, wenn zwischen der Begründung des Arbeitsverhältnisses oder der Änderung der individuellen Arbeitszeit und dem Beginn der Entgeltfortzahlung kein voller Kalendermonat liegt. In diesen Fällen ist der Tagesdurchschnitt nach § 21 Satz 2 TVöD anhand der konkreten individuellen Daten zu ermitteln. Dazu ist die Summe der zu berücksichtigenden, nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile, die für diesen Zeitraum zugestanden haben, durch die Zahl der tatsächlich in diesem Zeitraum erbrachten Arbeitstage zu teilen. Die neu eingefügte Protokollerklärung Nr. 3 schließt die Regelungslücke. Mit der Neuregelung kommt sowohl für die Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall als auch für die Berechnung des Urlaubsentgelts eine einheitliche Bemessungsgrundlage zur Anwendung.[906]

Soweit zwischen dem Beginn der Entgeltfortzahlung und dem Beginn des Arbeitsverhältnisses oder einer individuellen Änderung der Arbeitszeit jedoch mindestens ein voller Kalendermonat liegt, gelten weiterhin die bisherigen Tarifbestimmungen nach Protokollerklärung Nr. 1 Satz 2 und 3 zu § 21 TVöD. Diese sehen für die Berechnung des Tagesdurchschnitts verkürzte Ersatzbemessungszeiträume von zwei vollen Kalendermonaten oder einem vollen Kalendermonat vor.[907]

Hinweis: Mit dem Rundschreiben vom 18. Juni 2020 werden Durchführungshinweise für die Ermittlung und Berechnung der Entgeltfortzahlung erteilt. Diese betreffen die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, bei Erholungs- und Zusatzurlaub sowie im Falle einer Arbeitsbefreiung. Differenziert wird dabei zwischen den in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteilen (insbesondere das sog. Tabellenentgelt), das nach dem Lohnausfallprinzip weitergezahlt wird und den nicht in den

[904] Zur Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung vgl. Conze/Karb/Wölk, Stichwort Entgeltfortzahlung gem. § 21 TVöD Rn. 1307 ff.; Weick, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg.), Stichwort Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit unter 2.
[905] Rundschreiben vom 15.02.2018 – Änderungstarifvertrag Nr. 14 zum TVöD vom 7. Februar 2017 und Änderungstarifvertrag Nr. 12 zum TVÜ-Bund vom 7.Februar 2017 (D5-31000/55#2).
[906] Rundschreiben vom 15.02.2018, Seite 3 unter A. 2. b).
[907] Rundschreiben vom 15.02.2018, Seite 4 unter A. 2. b).

Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteilen (zB Zeitzuschläge, Erschwerniszuschläge), die nach dem Referenzprinzip in Form eines arbeitstäglichen Tagesdurchschnitts ermittelt werden. Wesentliche Änderung des aktuellen Rundschreibens ist der Wegfall der Regelung „kein Durchschnitt vom Durchschnitt“, so dass in Zukunft auf die in dem Bemessungszeitraum selbst gezahlte Entgeltfortzahlung zur Bemessungsgrundlage für den Tagesdurchschnitt gehört.

Rundschreiben BMI vom 18. Juni 2020 (Az. D5-31002/33#10): Durchführungsrundschreiben zu § 21 TVöD – Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung

IV. **Dauer der Entgeltfortzahlung**

Die Entgeltfortzahlung nach § 22 TVöD ist ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit für **maximal sechs Wochen** zu leisten; besteht die Arbeitsunfähigkeit über diesen Zeitraum hinaus fort, so erhalten die in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Beschäftigten **Krankengeld**, § 44 SGB V, von ihrer Krankenkasse (§ 22 II TVöD).

Die Begrenzung auf sechs Wochen bedeutet aber nicht, dass der Arbeitnehmer höchstens 42 Kalendertage (nicht Arbeitstage) Entgeltfortzahlung im Kalenderjahr erhalten kann. Ist der Arbeitnehmer aufgrund einer neuen Erkrankung arbeitsunfähig, erhält er einen neuen Anspruch auf Entgeltfortzahlung und ein neuer Entgeltfortzahlungszeitraum über sechs Wochen beginnt. Eine solche andere Erkrankung liegt dann vor, wenn die Krankheit eine andere Ursache hat und nicht auf denselben Grundlagen beruht.[908]

1. **Beginn der Bezugsfrist**

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung entsteht in jedem rechtlich **neunen Arbeitsverhältnis** für die **Dauer von sechs Wochen neu**, ohne Rücksicht darauf, ob für dieselbe Krankheit in einem vorangegangenen Arbeitsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber bereits Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit erbracht worden sind. Das BAG hat nicht den Beginn der Arbeitsunfähigkeit als Beginn der Sechswochenfrist gesehen, sondern den Beginn des Arbeitsverhältnisses.[909]

Auch in Fällen, in denen die beiderseitigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen (zB unbezahlter Urlaub, Elternzeit), ist nicht der Beginn der Arbeitsunfähigkeit für den Beginn der Bezugsfristen von Bedeutung, sondern der Tag der geplanten Wiederaufnahme der Beschäftigung.

Wir der Beschäftigte im Laufe eines Arbeitstages während der Arbeitszeit arbeitsunfähig, zählt nach § 187 I BGB dieser Tag bei der Berechnung der Dauer der Entgeltfortzahlung nicht mit. Erscheint jedoch der Beschäftigte wegen vorher eingetretener Arbeitsunfähigkeit nicht zur Arbeit, zählt der Tag des erstmaligen Nichterscheinens, gem. § 187 II BGB, bereits zur Frist.[910]

2. **Neue Erkrankung**

Liegt bereits Arbeitsunfähigkeit vor und tritt zu der dafür maßgeblichen Erkrankung eine **neue Erkrankung während der Entgeltfortzahlungsfrist hinzu**, löst dies weder einen neunen Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus, noch wird die laufende Entgeltfortzahlungsfrist verlängert. Erkrankt also ein Beschäftigter während einer bestehenden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit an einer neuen Krankheit, so geht die herrsche Meinung davon aus, dass es sich hierbei um eine **einheitliche Arbeitsunfähigkeit** handelt, also durch die neue Erkrankung **kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch** ausgelöst wird. Es gilt der so genannte Grundsatz der **Einheit des Versicherungsfalls**.[911]

---

[908] BAG 14.11.1984 AP LohnFG § 1 Nr. 61; Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 3 EFZG Rn. 63.
[909] BAG 06.09.1989, NZA 1990, 142.
[910] Weick, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit unter 3.1.
[911] Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 3 EFZG Rn. 63 mwN der Rspr.

Geht man von der Einheit des Versicherungsfalls aus, so hat das zur Konsequenz, dass zwar für die später hinzutretende Erkrankung ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung potenziell entsteht, dieser Anspruch aber auf den Ablauf des 42. Kalendertages nach Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit begrenzt ist.[912] Ein Arbeitstag zwischen zwei verschiedenen Erkrankungen lässt allerdings den Entgeltfortzahlungsanspruch wieder für volle sechs Wochen entstehen.[913]

Beispiel: Der Beschäftigte ist aufgrund eines Armbruchs fünf Wochen arbeitsunfähig erkrankt. In der vierten Woche ereilt ihn zusätzlich eine Bronchitis, die ihn für weitere drei Wochen arbeitsunfähig stellt. Hier endet der Entgeltfortzahlungszeitraum 42 Kalendertage nach dem ersten Ereignis (Armbruch), obwohl die Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf des Sechs-Wochen-Zeitraums durch eine neue Erkrankung verursacht wird. Es entsteht kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch.

3. **Leistungsende**

Grundsätzlich schuldet der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung nicht über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus (vgl. § 22 IV 1 TVöD). Von diesem Grundsatz gibt es zwei Ausnahmen: die Arbeitgeberkündigung wegen Krankheit oder die Arbeitnehmerkündigung aus wichtigem Grund, wenn diesen der Arbeitgeber vertreten muss. In beiden Fällen bleibt der Anspruch auf Krankenbezüge auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus für bis zu sechs Wochen erhalten (§ 22 IV 1 iVm § 8 I EFZG).[914]

Für den Krankengeldzuschuss bestehen eine Reihe von Konkurrenzregelungen. So steht dieser nicht zu, wenn der Tarifbeschäftigte eine Rente, speziell eine Erwerbsminderungsrente auf Dauer erhält (vgl. im Einzelnen § 22 IV 2 TVöD).

V. B**ezug, Höhe und Dauer des Krankengeldzuschusses**

Die gesetzliche Höchstdauer des Entgeltfortzahlungsanspruchs im Krankheitsfall beträgt sechs Wochen, § 3 I 1 EFZG. Überschreitet die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit die Dauer von sechs Wochen, hat der Beschäftigte nach § 44 I SGB V iVm § 49 I Nr. 7 SGB V einen Anspruch auf Krankengeld gegen die (gesetzliche) Krankenkasse. Die Höhe des Krankengelds beträgt 70 % des regelmäßigen Arbeitsentgelts. Durch die Zahlung des tariflichen Krankengeldzuschusses nach § 22 III TVöD werden die Rechte der Beschäftigten gegenüber denen der Arbeitnehmer aus den § 3 EFZG und § 4 EFZG nicht unerheblich erweitert.

1. **Bezug des Krankengeldzuschusses**

§ 22 II TVöD regelt die Zahlung eines Krankengeldzuschusses nach Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums als Zusatzzahlung durch den Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes zu dem von der Krankenkasse (§ 44 SGB V) an den Beschäftigten zu zahlenden Krankengeld. Zweck der Zuschusszahlung durch den Arbeitgeber ist die soziale Sicherung der Beschäftigten, deren bisheriges Einkommen auch über den Entgeltfortzahlungszeitraum des § 21 I TVöD hinaus weitergehend gesichert werden soll.

2. **Höhe des Krankengeldzuschusses**

Hinsichtlich der Höhe des zu zahlenden Krankengeldzuschusses unterscheidet § 22 II TVöD systematisch zwischen den Pflichtversicherten, den freiwillig Krankenversicherten und den Beschäftigten, die wegen Übersteigens der Jahresarbeitsentgeltgrenze nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung unterliegen (Privatversicherte). Grundsätzlich erhalten versicherte Beschäftigte die Differenz zwischen Netto Entgelt und dem

---

[912] Reinhard, in: ErfKomm § 3 EFZG Rn. 43.

[913] Von einer Einheit des Versicherungsfalls kann aber dann nicht mehr gesprochen werden, wenn ein Arbeitnehmer zwischen den zwei Krankheiten tatsächlich arbeitsfähig war, aber nicht arbeiten konnte, weil er nur für wenige, außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden arbeitsfähig war.

[914] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Entgelt im Krankheitsfall Rn. 1358.

Bruttokrankengeld als Krankengeldzuschuss.[915] Einen höheren Krankengeldzuschuss erhalten die bisher unter § 71 BAT fallenden Beschäftigten, dh diejenigen, die bereits am 30.06.1994 in einem Arbeitsverhältnis zum Bund standen.

3. **Dauer des Krankengeldzuschusses**

Die Dauer des Krankengeldzuschusses richtet sich nach der **zurückliegenden Beschäftigungszeit** des Beschäftigten. Bei einer Beschäftigungszeit (vgl. § 34 III TVöD) von bis zu einem Jahr wird kein Krankengeldzuschuss gezahlt. In diesem Fall ist der Beschäftigte allein auf das Krankengeld der Krankenkassen angewiesen.

Bei einer Beschäftigungszeit von mehr als einem Jahr (bis zu drei Jahren) wird der Krankengeldzuschuss längstens bis zum Ende der 13. Woche und bei einer Beschäftigungszeit von mehr als drei Jahren längstens bis zum Ende der 39. Woche seit dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit *infolge derselben Erkrankung* gezahlt. Maßgeblich für die Berechnung der Fristen nach § 22 III 1 TVöD ist die Beschäftigungszeit, die im Laufe der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit vollzogen wird.

4. **Rückforderung überzahlten Krankengeldzuschusses**

Beachte: Rundschreiben vom 15. Februar 2018 „Änderungstarifvertrag Nr. 14 zum TVöD vom 7. Februar 2017 und Änderungstarifvertrag Nr. 12 zum TVÜ-Bund vom 7. Februar 2017.

a) **Forderungsübergang**

Mit Wirkung vom 1. April 2017 wurde § 22 IV 4 TVöD, der insbesondere die Rückforderung von überzahltem Krankengeldzuschuss regelt, neu gefasst. Nach der Regelung in § 22 IV 2 TVöD wird Krankengeldzuschuss nicht über den Zeitpunkt hinaus gezahlt, von dem an Beschäftigte eine Rente oder vergleichbare Leistung aufgrund eigener Versicherung aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung oder aus einer sonstigen Versorgungseinrichtung erhalten, die nicht allein aus Mitteln der Beschäftigten finanziert ist.

In der Praxis kann es jedoch zu Überzahlungen des Krankengeldzuschusses kommen, zum Beispiel wenn Beschäftigte rückwirkend eine *Rente oder vergleichbare Leistung* erhalten. Für die Rückforderung des überzahlten Krankengeldzuschusses und sonstiger Überzahlungen unterscheidet die neu gefasste tarifliche Regelung nunmehr danach, ob es sich um „öffentlich-rechtliche Sozialversicherungsansprüche auf Rente“ oder um „sonstige Leistungen nach Satz 2“ des § 22 IV TVöD, also um Leistungen aus einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung oder einer sonstigen Versorgungseinrichtung handelt.

Dabei sieht § 22 IV 4 Halbs. 1 TVöD unverändert vor, dass der überzahlte Krankengeldzuschuss und sonstige Überzahlungen als *Vorschuss* auf die in demselben Zeitraum zustehenden Leistungen nach § 22 Abs. 4 Satz 2 (Rente oder vergleichbare Leistung aufgrund eigener Versicherung) gelten.[916]

Der überzahlte Krankengeldzuschuss und die sonstigen Überzahlungen sind daher **von den Beschäftigten zurückzufordern**, sofern der Arbeitgeber darauf nicht ausnahmsweise verzichtet (§ 22 IV 5 TVöD).

Neu geregelt wurde lediglich der **Forderungsübergang**, also inwieweit Ansprüche der Beschäftigten auf den Arbeitgeber übergehen, damit sie nicht selbst unmittelbare Adressaten der Rückforderung des überzahlten Krankgeldzuschusses durch den Arbeitgeber werden. Die Ansprüche der Beschäftigten gehen gemäß dem neu gefassten Halbsatz 2 des § 22 IV 4 TVöD jetzt nur noch auf den Arbeitgeber über (Forderungsübergang), „soweit es sich nicht um öffentlich-rechtliche Sozialversicherungsansprüche auf Rente handelt“. Der in § 22 IV 4 TVöD geregelte Forderungsübergang kommt auch bei tarifrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Ansprüchen (zB aus betrieblicher Altersvorsorge) zur Anwendung. Bei der Beantragung

[915] Zur Berechnung des Krankengeldzuschusses vgl. Guth, in: BeckOK TVöD § 22 TVöD-AT Rn. 2 8 ff.
[916] Insoweit hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 12. Mai 2016 - 6 AZR 365/15 die Zulässigkeit bestätigt.

einer Rente bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) sind Ersatzansprüche des Arbeitgebers für eingetretene Überzahlungen im Rahmen der Rentenantragsstellung des Beschäftigten gegenüber der VBL durch die Dienststelle geltend zu machen.[917]

b) **Rückforderung von Überzahlungen bei öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungsansprüchen auf Rente**

Kommt es auf Grund einer rückwirkenden Gewährung einer gesetzlichen Rente zu einer Überzahlung, gehen die Ansprüche der Beschäftigten auf Leistungen aus einer gesetzlichen Rentenversicherung nicht auf den Arbeitgeber über. § 22 IV 4 Halbs. 2 TVöD schließt den Forderungsübergang von überzahltem Krankengeldzuschuss und sonstigen Überzahlungen aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Rentenanspruchs von Beschäftigten (gesetzliche Rente) aus.

Für die praktische Handhabung derartiger Fälle bedeutet dies:[918]

- Die Rückforderung des überzahlten Krankengeldzuschusses ist unmittelbar an die Beschäftigten zu richten. Gegenüber dem Rentenversicherungsträger besteht kein Zahlungsanspruch mehr. Die Rückforderung ist innerhalb von 6 Monaten nach Fälligkeit des Anspruchs schriftlich geltend zu machen (§ 37 I 1 1 TVöD). Der Rückforderungsanspruch ist in dem Zeitpunkt fällig, in dem der Arbeitgeber Kenntnis über die rückwirkende Rentengewährung samt Leistungszeitraum und Leistungshöhe erlangt. Erst dann kann der Arbeitgeber die Höhe seines Anspruchs beziffern.
- Damit der Arbeitgeber seine Ansprüche geltend machen kann, bedarf es der Mitwirkung der Beschäftigten. Diese sind daher in geeigneter Weise anzuhalten, ihren Arbeitgeber unverzüglich informieren, sobald sie einen Rentenantrag bei ihrem zuständigen Rentenversicherungsträger stellen.
- Für Zeiträume nach einer solchen Rentenantragstellung ist die Zahlung des Krankengeldzuschusses unter den Vorbehalt der Rückforderung zu stellen. Die Beschäftigten sind hierüber schriftlich in Kenntnis zu setzen, um einer Berufung auf den Wegfall der Bereicherung entgegen zu wirken.
- Im Falle der Rentengewährung trifft die Beschäftigten eine Mitwirkungspflicht (§ 33 II 2 TVöD). Nach Erhalt des Rentenbescheids müssen sie ihren Arbeitgeber informieren.

VI. **Wiederholungserkrankungen**

§ 22 TVöD trifft zur Entgeltfortzahlung bei einer Widerholungserkrankung keine eigenständige Regelung, verweist aber in Abs. 1 S. 2 ausdrücklich auf die nach dem EFZG geltenden Grundsätze. Grundsätzlich gilt bei mehrmaligen, zeitlich aufeinander folgenden Fällen der Arbeitsunfähigkeit, dass die zeitlich begrenzte Entgeltfortzahlung für jeden Krankheitsfall nur einmal zu leisten ist. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein neuer Krankheitsfall oder eine Wiederholungserkrankung vorliegt, ist zwischen der Aufeinanderfolge **verschiedener Krankheiten** und **wiederholten Erkrankung an derselben Krankheit** zu unterscheiden.

1. **Aufeinanderfolge verschiedener Krankheiten**

Die Begrenzung auf sechs Wochen bedeutet aber nicht, dass der Arbeitnehmer höchstens 42 Kalendertage (nicht Arbeitstage) Entgeltfortzahlung im Kalenderjahr erhalten kann. Ist der Arbeitnehmer aufgrund einer **neuen Erkrankung**[919] arbeitsunfähig, erhält er einen neuen Anspruch auf Entgeltfortzahlung und ein neuer Entgeltfortzahlungszeitraum über sechs Wochen beginnt.

[917] Rundschreiben vom 15.02.2018, Seite 6 unter A. 3.2.
[918] Rundschreiben vom 15.02.2018, Seite 6 unter A. 3.1.
[919] Eine neue Erkrankung liegt vor, wenn die Krankheit eine andere Ursache hat und nicht auf denselben Grundlagen beruht. Weil der Arbeitgeber von den Krankheitsursachen in der Regel keine Kenntnis hat, muss zunächst der Arbeitnehmer darlegen, dass es sich um eine neue Erkrankung handelt und er deshalb Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat. Bestreitet der Arbeitgeber nach Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eine neue Erkrankung, muss der Arbeitnehmer Tatsachen geltend machen, die den Schluss erlauben, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Notfalls muss er seinen Arzt von der ärztlichen Schweigepflicht entbinden (LAG Hamm, 14.12.2005, Az: 18 Sa 168/05).

Eine solche andere Erkrankung liegt dann vor, wenn die Krankheit eine andere Ursache hat und nicht auf denselben Grundlagen beruht.[920] Die Krankenkassen sind befugt, dem Arbeitgeber Mitteilung zu geben, ob eine Arbeitsunfähigkeit auf derselben Krankheit beruht (§ 69 IV SGB X); ein privat versicherter Tarifbeschäftigter ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die nötigen Informationen dadurch zu ermöglichen, dass er die private Versicherung im erforderlichen Umfang von der Schweigepflicht entbindet. Die Übermittlung von Diagnosedaten ist jedoch nicht zulässig.[921]

Der Eintritt einer zweiten Erkrankung während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit löst keinen neuen Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus, die Dauer des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung wird von der hinzutretenden Erkrankung nicht verändert (Einheit des Versicherungsfalls).

2. **Fortsetzungserkrankung**

Daneben gibt es eine Besonderheit bei sogenannten **Fortsetzungs- bzw. Wiederholungserkrankungen**. Wird der Arbeitnehmer infolge *derselben Krankheit* erneut arbeitsunfähig (Fortsetzungserkrankung), kann er für alle einzelnen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit gem. § 3 I 2 EFZG zusammen Entgeltfortzahlung nur für **insgesamt sechs Wochen** beanspruchen. Von einer Fortsetzungserkrankung spricht man, wenn dieselbe Krankheit erneut auftritt und die wiederholte Erkrankung auf demselben Grundleiden beruht wie die Vorerkrankung bzw. auf dieselbe chronische Veranlagung des Arbeitnehmers zurückzuführen ist.[922]

Im Rahmen der Berechnung und Gewährung der Entgeltfortzahlung ist der Arbeitgeber berechtigt Auskünfte von den Krankenkassen einzuholen. Die Krankenkassen sind gemäß § 69 IV SGB X befugt, dem Arbeitgeber die notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen. Die Krankenkassen dürfen zwar nicht über Art und Ursache informieren, jedoch über das Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung.

Bei einer Fortsetzungserkrankung entsteht nach § 3 I 2 Nr. 1 und 2 EFZG der Entgeltfortzahlungsanspruch für weitere sechs Wochen nur dann neu, wenn der Beschäftigte vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig war oder wenn seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist.

Beispiel[923]**:** Der Beschäftigte ist wegen eines Wirbelsäulenleidens im Januar vier Wochen arbeitsunfähig krank. Im März ist er wegen des gleichen Wirbelsäulenleidens erneut vier Wochen arbeitsunfähig erkrankt. Der Beschäftigte erhält in diesem Fall im März noch für lediglich zwei Wochen Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber und anschließend Krankengeld, weil seit dem Ende der ersten Arbeitsunfähigkeit noch keine sechs Monate vergangen sind. Würde die Wirbelsäulenerkrankung aber statt im März erst im Oktober erneut auftreten, stünde dem Beschäftigten ein Entgeltfortzahlungsanspruch von wiederum insgesamt sechs Wochen ab dem erneuten Auftreten der Erkrankung zu, da mehr als sechs Monate zwischen dem Ende der ersten Arbeitsunfähigkeit und dem Beginn der zweiten Arbeitsunfähigkeit liegen.

Dagegen ist für die Berechnung der Zwölfmonatsfrist des § 3 I 2 Nr. 2 EFZG auf den Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit abzustellen; diese Vorschrift greift dann, wenn sich die erste Arbeitsunfähigkeit über einen längeren Zeitraum erstreckt. Zwischen dem Ende der ersten und dem Beginn der zweiten Arbeitsunfähigkeit liegen keine sechs Monate, aber zwischen dem Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit und dem der Fortsetzungserkrankung liegen zwölf Monate.

[920] BAG 14.11.1984 AP LohnFG § 1 Nr. 61; Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 3 EFZG Rn. 63.
[921] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Entgelt im Krankheitsfall Rn. 1335.
[922] Vgl. dazu Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 3 EFZG Rn. 64.
[923] Nach Guth, in: BeckOK TVöD § 22 TVöD-AT Rn. 20.1.

Beispiel[924]**:** Der Beschäftigte ist wegen eines Wirbelsäulenleidens von Januar bis zum Ende September neun Monate arbeitsunfähig krank. Anfang März des Folgejahres tritt das Wirbelsäulenleiden als Fortsetzungserkrankung auf. Der Beschäftigte hat Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von bis zu sechs Wochen, da zwischen dem Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit und dem der Fortsetzungserkrankung mehr als zwölf Monate liegen.

Erkrankt der Beschäftigte dagegen auf Grund einer anderen, neuen Krankheit, so entsteht nach Maßgabe der § 3 EFZG ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zur Dauer von sechs Wochen.

Beachte: Auch bei dem Anspruch auf *Krankengeldzuschuss* sind die Grundsätze der Fortsetzungserkrankung zu beachte. Dem Beschäftigten steht der Krankengeldzuschuss bei einer Fortsetzungserkrankung nur einmal für bis zu 39 Wochen zu.

VII. **Verweigerung der Entgeltfortzahlung**

Dem Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 22 I 1 TVöD im Krankheitsfall können **Leistungsverweigerungsrechte** als Anspruchshindernisse entgegenstehen. Der TVöD enthält keine Regelungen hinsichtlich der Leistungsverweigerungsrechte des Arbeitgebers. Deshalb finden hier die allgemeinen Vorschriften des EFZG Anwendung. Die Leistungsverweigerungsrechte des § 7 I EFZG gelten für den Bereich des TVöD entsprechend. Danach hat der Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht bei einer schuldhaften Verletzung der Nachweispflichten im Zusammenhang mit Erkrankungen (§ 5 EFZG) sowie bei der Vereitelung des Übergangs eines Schadensersatzanspruchs gegen einen Dritten auf den Arbeitgeber (§ 6 EFZG). Insoweit ist die Regelung abschließend.

1. **Melde- und Nachweispflichten**

a) **Allgemeines**

Ein Leistungsverweigerungsrecht steht dem Arbeitgeber zu, wenn der Beschäftigte schuldhaft die **ärztliche Bescheinigung** über die Arbeitsunfähigkeit gemäß **§ 5 I EFZG** nicht oder nicht rechtzeitig vorgelegt hat. Dies gilt auch dann, falls der Arbeitgeber von der Möglichkeit des § 5 I 3 EFZG Gebrauch macht und eine vorzeitige Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangt.[925]

Nach § 5 I 1 EFZG ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern iSv § 121 BGB) sowohl den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit als auch deren voraussichtliche Dauer mitzuteilen.[926] Für die Rechtzeitigkeit der Anzeige ist auf den Zeitpunkt des Zugangs beim Arbeitgeber, nicht auf den der Absendung beim Beschäftigten abzustellen.[927] Adressat der Mitteilung ist der Vorgesetzte. Der Arbeitgeber kann allerdings auch für derartige Mitteilungen eine Person oder Stelle innerhalb seines Unternehmens benennen, die zur Empfangnahme derartiger Mitteilungen befugt ist. Hierbei kommt insbesondere ein Personalsachbearbeiter oder die Personalabteilung in Betracht. Die Autorisierung ergibt sich in großen Unternehmen und Behörden aus dem Organisationsplan.

Unabhängig von der Mitteilungspflicht nach § 5 I 1 EFZG hat der Arbeitnehmer darüber hinaus gemäß **§ 5 I 2 EFZG** die Pflicht, dem Arbeitgeber eine **ärztliche Bescheinigung** über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer vorzulegen, wenn die Arbeitsunfähigkeit **länger als drei Kalendertage** andauert. Das bedeutet im Ergebnis, dass die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dem Arbeitgeber am vierten Kalendertag nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit zugehen muss.[928]

---

[924] Nach Guth, in: BeckOK TVöD § 22 TVöD-AT Rn. 21.1.
[925] Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 7 EFZG Rn. 2.
[926] Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 5 EFZG Rn. 2.
[927] BAG NZA 1990, 433; Guth, in: BeckOK TVöD § 22 TVöD-AT Rn. 37.
[928] Dörner, in: ErfKomm, § 5 EFZG Rn. 17.

b) **Vorlage einer AU –Bescheinigung am ersten Krankheitstag**

§ 5 I 3 EFZG erklärt den Arbeitgeber für berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung *früher* zu verlangen. Diese Regelung eröffnet dem Arbeitgeber nicht nur das Recht der zeitlich früheren Anforderung, sondern daneben auch das Recht, den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung auch für Arbeitsunfähigkeitszeiten zu verlangen, die nicht länger als drei Tage andauern, etwa nur für eine eintägige Arbeitsunfähigkeit.[929] Die Aufforderung bedarf keiner Begründung oder eines Sachverhalts, der Anlass für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Beschäftigten gibt. Die arbeitgeberseitige Weisung, gem. § 5 I 3 EFZG bereits am ersten Tag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, bedarf nach der Rechtsprechung des BAG keines sachlichen Grundes und keiner Begründung. Das Verlangen darf jedoch weder willkürlich sein noch gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz oder Diskriminierungsverbote verstoßen.[930]

Die Verpflichtung zur vorzeitigen Vorlage kann der Arbeitgeber *einseitig* anordnen. Eine Beteiligung des Betriebs- oder Personalrats kommt nur in Betracht bei einer generellen Anordnung, nicht bei einer Aufforderung im Einzelfall. Bei der Regelung einer generellen vorzeitigen Vorlagepflicht hat der Betriebsrat nach § 87 I Nr. 1 BetrVG bzw. § 75 III Nr. 15 BPersVG sowohl über das „Ob“ als auch das „Wie“ mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer abweichend von § 5 I 2 EFZG zu einem früheren Zeitpunkt für alle Arbeitnehmer regeln will.[931] „Früher verlangen“ bedeutet, die Vorlage der Bescheinigung entweder schon am ersten oder erst am zweiten bzw. dritten Kalendertag zu fordern.[932]

Kommt der Beschäftigte seiner Anzeige- und Nachweispflicht nach § 5 I EFZG nicht nach, ist der Arbeitgeber nach § 7 I Nr. 1 EFZG nur solange berechtigt, die Entgeltfortzahlung zu verweigern, wie der Arbeitnehmer seiner Anzeige- und Nachweispflicht nicht nachkommt. Er hat also nur ein **vorläufiges Leistungsverweigerungsrecht**, das bei Erfüllung der Anzeige- oder Nachweispflicht rückwirkend erlischt.

Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (BAG 08.09.2021 – 5 AZR 149/21, PM 25/21): Kündigt ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis und wird er am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, kann dies den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere dann erschüttern, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst. Dessen Beweiswert kann der Arbeitgeber erschüttern, wenn er tatsächliche Umstände darlegt und ggf. beweist, die Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit geben. Gelingt das dem Arbeitgeber, muss der Arbeitnehmer substantiiert darlegen und beweisen, dass er arbeitsunfähig war. Der Beweis kann insbesondere durch Vernehmung des behandelnden Arztes nach entsprechender Befreiung von der Schweigepflicht erfolgen.

2. **Forderungsübergang bei Dritthaftung**

Wird die Arbeitsunfähigkeit eines Beschäftigten durch einen Dritten verursacht, können zwei Ansprüche nebeneinander bestehen. Einmal kann der Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gemäß § 3 EFZG haben. Darüber hinaus kann aber auch der Beschäftigte einen Anspruch gegen den Dritten auf Ersatz des entstandenen Schadens haben. Dieser Schaden kann etwa auch den Verdienstausfall erfassen, den der Arbeitnehmer erlitten hat. Könnte ein Beschäftigter nun beide Ansprüche geltend machen, so hätte dies die Folge, dass der bei ihm eingetretene Verdienstausfall doppelt kompensiert werden würde, nämlich einmal durch die Entgeltfortzahlung und zum anderen durch den Schadensersatz.

[929] Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 5 EFZG Rn. 21; Guth, in: BeckOK TVöD, § 22 TVöD-AT Rn. 40, aus der Rspr. BAG 25.1.2000, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 34.
[930] BAG 14.11.2012, NZA 2013, 322 Rn. 14.
[931] BAG 23.8.2016, NZA 2016, 1483 Rn. 15.
[932] Conze/Karb, Stichwort Arbeitsunfähigkeit Rn. 489.

Dass eine solche Doppelkompensation weder vom Gesetzeszweck des Entgeltfortzahlungsgesetzes noch vom Zweck bestehender gesetzlicher Schadensersatzansprüche gedeckt ist, ist offensichtlich.[933]

Daher geht nach **§ 6 I EFZG**[934] ein Schadensersatzanspruch des Beschäftigten, den dieser gegen einen Dritten aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift wegen des Verdienstausfalls beanspruchen kann, auf den Arbeitgeber über, soweit dieser dem Beschäftigten sein Entgelt nach dem EFZG fortgezahlt hat und darauf Sozialversicherungsbeiträge abgeführt hat. Zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nach § 6 II EFZG unverzüglich die erforderlichen Angaben zu machen.

Ein **weiteres Leistungsverweigerungsrecht** begründet § 7 I Nr. 2 EFZG. Nach dieser Vorschrift ist der Arbeitgeber berechtigt, die Entgeltfortzahlung zu verweigern, wenn der Arbeitnehmer den Übergang eines Schadensersatzanspruchs wegen Verdienstausfalls gegen einen Dritten auf den Arbeitgeber (§ 6 I EFZG) verhindert.[935] Das Leistungsverweigerungsrecht ist vorläufig, wenn der Arbeitnehmer seiner Pflicht aus § 6 II EFZG verspätet nachkommt. Der Arbeitgeber enthält jedoch ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht, sobald der Arbeitnehmer endgültig über die Ersatzforderung verfügt und damit den Forderungsübergang auf den Arbeitgeber verhindert hat.[936]

Voraussetzung für den Forderungsübergang ist das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs des Arbeitnehmers gegen den Dritten. Dieser kann sich aus gesetzlichen Vorschriften ergeben. Insbesondere kommen Ansprüche auf Schadensersatz wegen **unerlaubter Handlung** gemäß § 823 BGB in Betracht. Zu beachten ist aber Folgendes: § 6 EFZG erfasst ausschließlich Ansprüche wegen des Verdienstausfalls, der durch die Arbeitsunfähigkeit entstanden ist. Ansprüche, die auf Ersatz sonstiger Schadenspositionen gerichtet sind (Sachschäden, Behandlungskosten, Schmerzensgeld) werden von der Regelung des § 6 EFZG nicht erfasst.[937]

Beispiel: Der Beschäftigte war schuldlos an einem Verkehrsunfall beteiligt. Der Arbeitgeber ist zwar zur Entgeltfortzahlung verpflichtet. Der Schadensersatzanspruch des Beschäftigten gegen den Schädiger geht jedoch auf den Arbeitgeber über. Um diesen geltend machen zu können, bedarf es präziser Angaben über den Schädiger und den Unfallhergang. Der Arbeitgeber kann die Entgeltfortzahlung so lange verweigern, bis der Arbeitnehmer ihm die entsprechenden Auskünfte erteilt.

VIII. **Stufenweise Wiedereingliederung bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit**

Nach schweren Erkrankungen, zB Herzinfarkt oder Krebserkrankung, wird durch ärztliches Gutachten häufig eine Teilarbeitsfähigkeit festgestellt. Zur Wiedereingliederung in das Berufsleben wird als Teil eines Therapieplanes ein Arbeitsbeginn mit wenigen Wochenstunden und stufenweiser Steigerung bis zum vollen Wochenstundenmaß empfohlen (vgl. **§ 74 SGB V**) = sog. Hamburger Modell.[938]

Teilweise arbeitsfähige Beschäftigte sind arbeitsunfähig krank iSd § 22 I 1 TVöD. Daher haben Sie einen Anspruch auf Krankengeld gegenüber ihrer Krankenkasse. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, eine Teilarbeitsleistung anzunehmen.[939] In der Praxis wird jedoch aus Fürsorgegründen die Teilarbeitsleistung angenommen und der Therapieplan durchgeführt. Für die

---

[933] Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, Einl. v. § 6 EFZG.
[934] Für das Beamtenverhältnis findet sich eine entsprechende Regelung in § 76 BBG: Die Vorschrift enthält den gesetzlichen Übergang eines Schadensersatzanspruches des Beamten, Versorgungsempfängers oder Hinterbliebenen auf den Dienstherrn, wenn der Beamte körperlich verletzt oder getötet wurde.
[935] Preis, Individualarbeitsrecht, § 46 III 2 b).
[936] Preis, Individualarbeitsrecht, § 46 III 2 b).
[937] Ricken, in: BeckOK-Arbeitsrecht, § 6 EFZG Rn. 6.
[938] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Entgelt im Krankheitsfall Rn. 1363.
[939] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Entgelt im Krankheitsfall Rn. 1364.

Teilarbeitsleistung besteht kein Anspruch auf Entgelt, sondern eben nur Anspruch auf Krankengeld. Das Wiedereingliederungsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis, sondern ein Rechtsverhältnis eigener Art, aus dem zB keine Urlaubsansprüche erwachsen, die sich allein aus dem überlagernden Arbeitsverhältnis ergeben.[940]

IX. **Betriebliches Eingliederungsmanagement**

Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, kann der Arbeitgeber nach § 167 II **SGB IX** mit der zuständigen Interessenvertretung, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung und **mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person** die Möglichkeiten klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (= betriebliches Eingliederungsmanagement).[941]

Beachte: Nach der Rechtsprechung des BAG besteht das Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements für alle Beschäftigten, nicht nur für behinderte Menschen.[942] Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 167 II SGB IX ist zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung, sie stellt aber eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.[943]

X. **Beamtenrechtlicher Exkurs**[944]

Für dienstunfähig erkrankte Beamte kommen die Vorschriften des EFZG nicht zur, es gelten stattdessen beamtenrechtliche Regelungen. Das Bundesbeamtengesetz enthält für den Fall einer krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit jedoch nur Bestimmungen über die Nachweispflicht. Nach § 96 I BBG ist der Beamte verpflichtet, auf Verlangen seines Dienstvorgesetzten eine ärztliche Dienstunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Diese Pflicht wird regelmäßig durch dienstinterne Regelungen konkretisiert, die festlegen, unter welchen Umständen und nach wie vielen Tagen ein ärztliches Attest vorzulegen ist. Unbestritten trifft den krankheitsbedingt abwesenden Beamten daneben noch die Pflicht, die Erkrankung und ihre voraussichtliche Dauer gegenüber der Dienststelle unverzüglich anzuzeigen. Diese Verbindlichkeit wird auch ohne spezielle Regelung aus der allgemeinen Treue- und Unterstützungspflicht der §§ 61 I 1, 62 I 1 BBG abgeleitet. Ein Verstoß gegen diese Pflichten stellt ein Dienstvergehen dar.

---

[940] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Entgelt im Krankheitsfall Rn. 1364.
[941] Dazu Richter/Gels, Betriebliches Eingliederungsmanagement, 3. Aufl.2017.
[942] BAG 12.07.2007, NZA 2008, 1431 Rn. 35.
[943] BAG 12.07.2007, NZA 2008, 1431 Rn. 36 u. 41. Vgl. auch die Urteile des BAG v. 10.12.2009 (NZA 2010, 639, BB 2010, 1352), die im Einzelnen darstellen, welche Anforderungen an ein ordnungsgemäßes BEM zu stellen sind.
[944] Vgl. zum Folgenden Conze/Karb, Stichwort Arbeitsunfähigkeit Rn. 500.

F. Urlaub und Arbeitsbefreiung

Nach Lektüre dieses Teilabschnitts können die Seminarteilnehmer

die Voraussetzungen, den Inhalt und die Dauer des Anspruchs auf Erholungsurlaub nach der Tarifnorm und dem BUrlG erläutern,

die Auswirkungen des Ruhens des Arbeitsverhältnisses auf den Urlaubsanspruch benennen,

die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der Übertragung, des Verfalls und der Urlaubsabgeltung erklären und

den Anwendungsbereich des Sonderurlaubs und der Arbeitsbefreiung erläutern.

I. **Erholungsurlaub (§ 26 TVöD)**

§ 26 TVöD regelt den Anspruch auf Erholungsurlaub sowie dessen Dauer und Ausgestaltung. Die Regelungen bestimmen sich weitgehend nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG). Die Norm ist begrenzt auf abweichende Regelungen iRd nach dem BUrlG Zulässigen.

1. **Rechtsgrundlagen**

Jeder Beschäftigte hat Anspruch auf einen jährlichen Erholungsurlaub. Die gesetzlichen Grundlagen des Urlaubsanspruchs finden sich im Wesentlichen in den Regelungen des **Bundesurlaubsgesetzes** (BUrlG), dessen Mindestbedingungen in weiten Teilen nicht zum Nachteil der Beschäftigten abgeändert werden dürfen (§ 13 BUrlG). Die tarifliche Regelung des Erholungsurlaubs findet sich in § 26 TVöD, auf die im Folgenden näher eingegangen wird:

Jeder Beschäftigte hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf Erholungsurlaub. Der **Urlaubsanspruch** nach § 1 BUrlG, wonach jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Urlaub hat ebenso wie der **Geltungsbereich** nach § 2 BUrlG, wonach Arbeitnehmer iSd Gesetzes Arbeiter, Angestellte und Auszubildende sind wie auch die **Dauer des Urlaubs** nach § 3 I BUrlG, wonach der Urlaub jährlich mindesten 24 Werktage beträgt, sind aufgrund von **§ 13 I 1 BUrlG** unabdingbar. Von diesen Vorschriften des BUrlG darf nicht zuungunsten des Arbeitnehmers durch Tarifvertrag abgewichen werden.

Zudem wirken unionsrechtliche Regelungen auf das Urlaubsrecht ein. So ist zu beachten, dass das BUrlG und der TVöD aus Sicht des **Europarechts** durch Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG (AZRL) [945] überlagert wird. Aus dieser Richtlinie folgt das Recht auf bezahlten Jahresurlaub, der nach der Rechtsprechung des EuGH ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Europäischen Union ist.[946] Nach Art. 7 I AZRL müssen die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um jeden Arbeitnehmer eine bezahlten Mindesturlaub von vier Wochen zu ermöglichen. Von Art. 7 AZRL wird aber nur der vierwöchige Mindesturlaub gewährleistet. Das ist durch die Rechtsprechung geklärt.[947]

Art. 31 II Grundrechte Charta enthält zudem ein Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub für jeden Arbeitnehmer. Diese Vorschrift bildet jedoch nur den rechtlichen Rahmen für die AZRL, sodass sich die Beschäftigten nur direkt auf Art. 7 AZRL berufen können.[948] Auch der EuGH legt dem Urlaubsanspruch nach wie vor keine primärrechtlich unmittelbare Wirkung bei. Dennoch ist

---

[945] Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung; ABl. L 299 vom 18.11.2003, S. 9–19.

[946] Vgl. dazu grundlegend EuGH 20.01.2009 – C-350/06 und C – 520/06 – „Schultz-Hoff“ sowie speziell die Folgeurteile des BAG 24.03.2009, NZA 2009, 538 und 23.03.2010, NZA 2010, 810 zum Urlaubsanspruch bei Dauererkrankten und EuGH 22.11.2011 – C-214/10 – „KHS“ sowie das Folgeurteil des BAG 07.08.2012, NZA 2012, 1216 R. 32 ff. zur zeitlichen Begrenzung des Urlaubsanspruchs bei Dauererkrankten.

[947] Vgl. BVerfG 15.5.2014 NZA 2014, 838.

[948] Conze, Zum Erholungsurlaub für Beamte und Tarifbeschäftigte des öffentlichen Dienstes – eine vergleichende Betrachtung, ZTR 2013, 363, 364.

nicht auszuschließen, dass der EuGH den Urlaubsanspruch, der von Art. 7 I AZRL gewährleistet wird, mit Blick auf Art. 31 II GRC primärrechtlich aufwerten wird.[949]

2. **Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs nach § 26 TVöD**

a) **Bestehendes Arbeitsverhältnis**

Beschäftigte haben in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Urlaubsjahr ist unverändert das Kalenderjahr, dh der Erholungsurlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden (**§ 26 I 1 und 5 TVöD**). Der Anspruch entsteht jeweils mit Beginn eines Kalenderjahres.

Die Tarifnorm des § 26 TVöD über den Erholungsurlaub gilt für alle „**Beschäftigten**". Von diesem Begriff sind alle in den Geltungsbereich des § 1 I TVöD fallenden Arbeitnehmer erfasst. Zwangsläufig setzt das Tatbestandsmerkmal „Beschäftige" das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus. Es erfolgt keine Differenzierung danach, ob das Arbeitsverhältnis unbefristet, befristet oder zeitlich bedingt besteht. Daher sind auch Teilzeitbeschäftigte (auch geringfügig Beschäftigte) sowie die in Ferienarbeit (Schüler und Studenten) und im Rahmen einer Nebentätigkeit Beschäftigte. Für Berufsauszubildende finden nach § 9 I des Tarifvertrags für Praktikanten des öffentlichen Dienstes (TVAöD) die Grundsätze des § 26 TVöD entsprechend Anwendung. Gleiches gilt für die Praktikanten gemäß § 10 TVPöD.

Kein Arbeitsverhältnis ist die Wiedereingliederung gemäß § 74 SGB V, in dem der Arbeitnehmer nach lang andauernder Erkrankung beschäftigt wird. Ob allerdings in dem ruhenden Arbeitsverhältnis ein Anspruch auf Erholungsurlaub entsteht, ist aufgrund der geänderten Rechtsprechung unklar.

Für das Entstehen, den Bestand und die Erteilung des Urlaubs kommt es auf ein *konkretes Erholungsbedürfnis* des Arbeitnehmers und seine Freizeitgestaltung *nicht* an.[950] Erbrachte Arbeitsleistung gehört ebenfalls nicht zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen.[951] Diese Auffassung ist auch unionsrechtlich geboten, wie der EuGH zB in den Entscheidungen „Schultz-Hoff" und „Dominguez" klargestellt hat. Die Mitgliedstaaten dürfen den mit der AZRL 2003/88/EG allen Arbeitnehmern unmittelbar verliehenen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei ordnungsgemäß krankgeschriebenen Arbeitnehmern nicht von der Voraussetzung abhängig machen, dass sie während des von diesem Staat festgelegten Bezugszeitraums tatsächlich gearbeitet haben.[952]

b) **Wartezeit**

Der volle Urlaubsanspruch wird erstmalig nach **sechsmonatigem Bestehen** des Arbeitsverhältnisses erworben (§ 26 II TVöD iVm § 4 BUrlG). Der Ablauf der Wartezeit ist eine Voraussetzung für das Entstehen des vollen Urlaubsanspruchs; vorher kann der Beschäftigte grds. auch nicht anteilig Urlaub verlangen, denn (tariflicher) Teilurlaub entsteht nicht sukzessive mit jedem vollen Monat der Dauer des Arbeitsverhältnisses.[953] Vielmehr besteht der (gesetzliche) Anspruch auf Teilurlaub abschließend nur auf der Basis von § 5 I Buchst. a) bis c) BUrlG.

Für den **Beginn der Wartezeit** ist der Tag maßgeblich, an dem das Arbeitsverhältnis nach dem Arbeitsvertrag beginnt (§ 187 I BGB).

---

[949] Gallner, in: ErfKomm, § 1 BUrlG Rn. 6a.
[950] BAG 20.5.2008 NZA 2008, 1237; Gallner, in: ErfKomm, § 1 BUrlG Rn. 5; ebenso für Art. 7 AZRL 2003/88/EG EuGH 24.01.2012 NZA 2012, 139.
[951] BAG 16.04.2013 NZA 2013, 850.
[952] EuGH 20.01.2009 NZA 2009, 135; 24.01.2012 NZA 2012, 139; 21.06.2012 NZA 2012, 851; Gallner, in: ErfKomm, § 1 BUrlG Rn. 6.
[953] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3020; ErfK/Müller-Glöge BUrlG § 4 Rn. 1.

Beachte: Es kommt nicht darauf an, dass der Beschäftigte seinen Dienst tatsächlich angetreten und gearbeitet hat. Die Frist läuft vielmehr ohne Unterbrechung auch dann, wenn der Arbeitnehmer der Arbeit unerlaubt fernbleibt, arbeitsunfähig erkrankt ist, streikt oder das Arbeitsverhältnis ruht.

Die **Wartezeit endet** mit Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht. Fehlt in dem letzten Monat der für den Ablauf der Frist maßgebende Tag, endet die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats (§ 188 II BGB).

Beispiel: Ein Arbeitnehmer wird am 17.05. eingestellt. Die Wartefrist läuft am 16.11. aus, so dass der Urlaubsanspruch frühestens am 17.11. geltend gemacht werden kann. Wird er am 30.8. eingestellt, endet die Frist am 28.02. des folgenden Jahres.

Beachte: Nach Ablauf dieser Wartezeit entsteht der Urlaubsanspruch bereits zu Beginn des Urlaubsjahres und ist sofort fällig (§ 271 BGB). Dementsprechend hat der Arbeitgeber keinen Rückzahlungsanspruch in Geld, wenn ein Beschäftigter im Lauf eines Urlaubsjahres ausscheidet und seinen gesamten Urlaub zu diesem Zeitpunkt bereits genommen hat.[954]

Anrechnungen auf die Wartezeit: Auf die Wartezeit angerechnet werden Ausbildungszeiten, die unmittelbar vor Beginn des Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber zurückgelegt wurden. Gleiches gilt im Fall der unmittelbaren Weiterbeschäftigung im Anschluss an ein vorhergehendes befristetes Arbeitsverhältnis bei demselben Arbeitgeber.

3. **Inhalt des Urlaubsanspruchs**

Schuldner der Pflicht zur Urlaubsgewährung ist der Arbeitgeber, der Beschäftigte ist Gläubiger des **Urlaubsanspruchs**. Da es sich um einen Anspruch auf Urlaubsgewährung handelt, muss der Beschäftigte den fälligen Urlaub geltend machen. Unterlässt er dies, erlischt der Urlaub mit Ende des Kalenderjahres bzw. nach Ablauf der einschlägigen Übertragungsfristen. Auch wenn es sich beim Urlaubsanspruch um einen Anspruch des Beschäftigten handelt, hat dieser **kein Recht zur Selbtsbeurlaubung**. In der Regel teilen die Beschäftigte durch Eintrag in eine vom Arbeitgeber in Umlauf gegebene Urlaubsliste ihre Urlaubswünsche dem Arbeitgeber mit.

Nach **§ 7 I 1 BUrlG** hat der Arbeitgeber bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die **Urlaubswünsche** des Beschäftigten zu berücksichtigen. Den Urlaubswünschen des Beschäftigten können aber *dringende betriebliche Belange* (zB personelle Engpässe, Betriebsferien) entgegenstehen. Nach der Festsetzung des Urlaubstermins ist ein Widerruf vor bzw. während des Urlaubs ausgeschlossen.[955] Hier kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.

4. **Besonderheiten der Gewährung des Urlaubs**

a) **Zusammenhängende Gewährung**

Urlaubsjahr ist unverändert das Kalenderjahr, dh der Erholungsurlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden (§ 26 I 1 und 5 TVöD). Abweichend vom bisherigen Grundsatz (zusammenhängende Urlaubsgewährung) enthält der TVöD nur noch eine Soll-Regelung, lässt aber eine Inanspruchnahme einzelner Urlaubstage (zB „Brückentagen“, die zwischen Feiertagen liegen) zu. Mit Blick auf den Erholungszweck soll aber ein Urlaubsanteil von jedenfalls zweiwöchiger Dauer angestrebt werden (§ 26 I 5 TVöD iVm der hierzu vereinbarten Protokollerklärung).

[954] Winter, in: BeckOK TVöD, § 28 TVöD-AT Rn. 5.
[955] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3017.

b) **Erkrankung während des Urlaubs**

Bei einer Erkrankung vor Urlaubsantritt kann der Urlaub nicht genommen werden.

Die Erkrankung nach Urlaubsantritt ist von **§ 9 BUrlG** erfasst. In solchen Fällen ist die Erkrankung durch ärztliches Attest nachzuweisen, damit die Krankheitstage nicht auf den Urlaub angerechnet werden. Eine Frist für die Einreichung eines Attests ist in § 9 BUrlG nicht vorgeschrieben, es ist aber – weil arbeitsvertragliche Nebenpflicht – unverzüglich einzureichen. Eine verspätete Einreichung des Attests führt aber nicht zur Anrechnung der Krankheitstage auf den Urlaub, kann aber arbeitsrechtliche Maßnahmen auslösen wie eine Ermahnung, zB auch eine Abmahnung.[956]

c) **Covid-19-Quarantäne**

Covid-19-Quarantäne –- Nichtanrechnung auf den Urlaub nur mit ärztlicher AU-Bescheinigung (LAG Düsseldorf 15.10.2021 – 7 Sa 857/21): § 9 BUrlG unterscheidet zwischen Erkrankung und darauf beruhender Arbeitsunfähigkeit. Beide Begriffe sind nicht gleichzusetzen. Danach erfordert die Nichtanrechnung der Urlaubstage bei bereits bewilligtem Urlaub, dass durch ein ärztliches Zeugnis nachgewiesen ist, dass aufgrund der Erkrankung Arbeitsunfähigkeit gegeben ist. Ein Bescheid des Gesundheitsamts, aus welchem sich lediglich ergibt, dass man an COVID-19 erkrankt war, reicht nicht, wenn eine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch einen Arzt nicht vorgenommen wurde. Eine analoge Anwendung der eng begrenzten Ausnahmevorschrift des § 9 BUrlG kommt nicht in Betracht. Nach der Konzeption des BUrlG fallen urlaubsstörende Ereignisse als Teil des persönlichen Lebensschicksals grundsätzlich in den Risikobereich des einzelnen Arbeitnehmers. Eine Analogie kommt nur in Betracht, wenn generell und nicht nur ggfs. im konkreten Einzelfall eine COVID-19-Infektion zu Arbeitsunfähigkeit führt. Dies ist nicht der Fall. Eine Erkrankung mit COVID-19 führt z.B. bei einem symptomlosen Verlauf nicht automatisch zu einer Arbeitsunfähigkeit. Es liegt damit bei einer COVID-19-Infektion keine generelle Sachlage vor, die eine entsprechende Anwendung von § 9 BUrlG rechtfertigt.

Urlaub kann auch bei angeordneter Quarantäne gewährt werden – ArbG Neumünster 03.08.2021 – 3 Ca 362/21: § 9 BurlG ist nicht auf den Fall der Anordnung einer Quarantäne analog anzuwenden. Bei der Schaffung der Vorschrift war die Unterscheidung zwischen Krankheit und bloßem zu einer Quarantäneanordnung führenden seuchenbezogenen Risiko bereits bekannt. Seinerzeit galt das Bundesseuchengesetz. Der Gesetzgeber hat mit § 9 BurlG eine besondere Situation der Urlaubsstörung herausgegriffen und die anderen Fälle nicht entsprechend geregelt. Es handelt sich um eine nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmevorschrift. Im Übrigen ist eine klare Grenzziehung bei der Frage, wer das Risiko für die Urlaubsstörung trägt, nur möglich und praktikabel, wenn allein auf die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers abgestellt wird.

d) **Urlaub nach einer Rehabilitationsmaßnahme**

Gem. § 7 I 2 BUrlG ist der Arbeitgeber verpflichtet, Urlaub zu gewähren, wenn der Arbeitnehmer dies im Anschluss an eine Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation verlangt. Voraussetzung ist allerdings, dass der Arbeitnehmer überhaupt noch bestehende Urlausansprüche geltend machen kann.

5. **Ausschluss von Doppelansprüchen**

Nach § 6 I BurlG besteht der Anspruch auf Urlaub nicht, soweit dem Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr bereits von einem früheren Arbeitgeber Urlaub gewährt wurde. § 6 I BUrlG schließt damit Mehrurlaubsansprüche im nachfolgenden Arbeitsverhältnis aus und ist deshalb nur dann relevant, wenn der Tarifbeschäftigte im vorherigen Arbeitsverhältnis mehr als den anteiligen Jahresurlaub erhalten hat. Nach § 6 II BUrlG ist der frühere Arbeitgeber verpflichtet, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Urlaubsbescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten oder abgegoltenen Urlaub auszustellen und dem Beschäftigten auszuhändigen.

[956] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3020.

Beispiel[957]: Der Tarifbeschäftigte hat bei seinem früheren privaten Arbeitgeber, bei dem er bis zum 30.06.2016 tätig war, seinen vollen Jahresurlaub iHv 26 Arbeitstagen erhalten. Er wechselt ab 01.7.2016 zu einer Landesbehörde in NRW. A hat beim privaten Arbeitgeber 13 Urlaubstage zu viel erhalten (6/12 von 26 = 13 standen ihm zu). Bei dem Land NRW hat er für das Jahr 2016 Anspruch auf 15 Tage Urlaub (= die Hälfte des Jahresurlaubs von 30 Arbeitstagen). Folglich hat er nur noch Anspruch auf zwei Arbeitstage Urlaub im Jahr 2016 (= 15 – 13).

6. **Dauer des Erholungsurlaubs**

a) **Allgemeines**

§ 3 BUrlG gewährt jedem Arbeitnehmer einen Mindesturlaubsanspruch von 24 Werktagen (einschließlich der Samstage) pro Kalenderjahr, also bei der 5-Tage-Woche 20 Werktage. Nach § 26 I 2 TVöD haben Beschäftigte bei einer Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche in jedem Kalenderjahr einen Urlaubsanspruch auf 30 Tage. Für die Berechnung der Urlaubsdauer war bisher das Lebensalter maßgebend, das im Laufe des Urlaubsjahres vollendet wurde und entsprechend dem Lebensalter gestaffelt war. Nach der Rechtsprechung des BAG vom 20.3.2012[958] ist diese Altersstaffelung gem. § 7 II AGG unwirksam, weil sie gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstößt; dies hat laut BAG zur Folge, dass der Verstoß nur durch Anpassung „nach oben“ beseitigt werden kann, indem alle diskriminierten Beschäftigten ab sofort einen jährlichen **Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen** bei der Verteilung der Arbeitszeit auf 5 Tage in der Kalenderwoche haben (**§ 26 I 2 TVöD**).

Arbeitstage sind dabei alle Kalendertage, an denen der Arbeitnehmer dienstplanmäßig oder betriebsüblich zu arbeiten hat oder zu arbeiten hätte. Daher können auch Sonntage oder gesetzliche Feiertage Arbeitstage sein, wenn der Arbeitnehmer ohne die Gewährung von Urlaub arbeiten müsste.[959]

b) **Abweichende Verteilung der Arbeitszeit**

Die Anzahl der Urlaubstage ist abhängig von der **Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit** auf die Arbeitstage. § 26 I 2 TVöD geht vom Normalfall der Verteilung von fünf Arbeitstagen pro Woche aus.

Soweit der Arbeitnehmer nach den Besonderheiten des Arbeitgebers und der arbeitsvertraglichen Regelung an mehr oder weniger als fünf Tagen in der Woche arbeiten muss, verändert sich die Zahl der Urlaubstage entsprechend (§ 26 I 3 TVöD). Maßgeblich ist dabei jeweils die durchschnittliche Anzahl der Arbeitstage der Woche.[960]

Bei der Umrechnung ist die Gesamtdauer des Urlaubs durch fünf zu teilen und mit der für den Arbeitnehmer maßgeblichen Anzahl der Arbeitstage zu multiplizieren. Verbleibt bei der Berechnung des Urlaubs ein Bruchteil, der mindestens einen halben Urlaubstag ergibt, wird er auf einen vollen Urlaubstag aufgerundet: Bruchteile von weniger als einem halben Urlaubstag bleiben unberücksichtigt (vgl. § 26 I 4, Halbs. 2 TVöD).

Beispiel: Ein Beschäftigter arbeitet das ganze Jahr gleichbleibend in einer 4-Tage-Woche. Sein Jahresurlaubsanspruch besteht in Höhe von 30 : 5 x 4 = 24,0 Arbeitstagen.

---

[957] Aus Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3352.
[958] BAG NZA 2012, 803 – juris. Rn. 11 u. 27.
[959] BAG 15.01.2013, ZTR 2013, 312.
[960] Dazu Hahn, Die Berechnung des Urlaubsanspruches bei flexibler Gestaltung der Arbeitszeit, öAT 2014, 222.

Ist die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers nicht regelmäßig auf eine bestimmte Anzahl pro Wochentagen verteilt, sondern im Rahmen eines flexiblen Arbeitszeitsystems mal auf fünf, mal auf vier oder weniger Tage in der Woche, ist die Urlaubsberechnung auf das gesamte Kalenderjahr zu beziehen.

c) **Teilzeitarbeitsverhältnis**

Der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer hat – bezogen auf die Urlaubsdauer – den gleichen Urlaubsanspruch wie der Vollzeitbeschäftigte. Bei Teilzeitbeschäftigung ergeben sich daher keine Schwierigkeiten, wenn an allen fünf Tagen die Woche gearbeitet wird. Auch hier beträgt der Urlaubsanspruch 30 Arbeitstage nach § 26 I 1 TVöD.

Beispiel: Ein Beschäftigter arbeitet in Teilzeit mit 24 Stunden bei regelmäßiger Verteilung seiner wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Woche. Der Urlaubsanspruch beträgt gemäß § 26 I 2 TVöD 30 Arbeitstage.

Soweit sich die regelmäßige Arbeitszeit der Teilzeitkraft auf weniger als fünf Arbeitstage in der Woche beschränkt, ist der Urlaubsanspruch nach den oben genannten Grundsätzen entsprechend umzurechnen (§ 26 I 3 und 4 TVöD). § 26 I 3 TVöD ordnet die Umrechnung von Urlaubsansprüchen für den Fall an, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung abweichend vom tariflich vorgesehenen Normalfall nicht in der Fünftagewoche leistet. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, die Gleichwertigkeit der Urlaubsdauer unabhängig von der Anzahl der wöchentlichen Arbeitstage sicherzustellen.

Beispiel: Arbeitet der Beschäftigte nur an drei Tagen in der Woche berechnet sich der Urlaubsanspruch wie folgt: 30 : 5 x 3 = 18,0 Arbeitstage.

d) **Änderung der Verteilung der Arbeitszeit während des Jahres**

Beachte: Rundschreiben vom 22. Januar 2016 (D5-31001/3#8) und u vom 20.12.2019 (D5-31001/3#8) – Urlaubsanspruch der Tarifbeschäftigten bei Änderung des Beschäftigungsumfangs/Beschäftigungsmodells im Laufe des Urlaubsjahres. Die Rundschreiben beinhalten Durchführungshinweise zur BAG Rechtsprechung vom 10.02.2015 – 9 AZR 53/12 (F) mit der der Urlaubssenat – seine bisherige Rechtsprechung zur generellen Umrechnung von Urlaubsansprüchen bei einer anderen Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit als auf fünf Tage in der Woche aufgibt und den unionsrechtlichen Vorgaben des EuGH in den Urteilen vom 22.04.2010 – C-486/08 („Tirol“) und vom 13.06.2013 – C-415/12 („Brandes“) folgt. Die Hinweise berücksichtigen zudem die vom EuGH mit seinem Urteil vom 11.11.2015 – C-219/14 („Greenfield“) weiter präzisierten urlaubsrechtlichen Grundsätze.

aa) **Frühere Rechtsprechung des BAG**

Wechselt bei einem Tarifbeschäftigten während des Urlaubsjahres die regelmäßige Verteilung der Arbeitszeit zB von einer 5-Tage-Woche zu einer 3-Tage-Woche, war früher von der Verteilung auszugehen, die zum Zeitpunkt des Urlaubs maßgebend war; dabei war zu unterstellen, dass jene Verteilung für das gesamte Urlaubsjahr gelten würde.

Nach der früheren Rechtsprechung des BAG bezog sich dies genauso auf den Resturlaub aus der Zeit vor der Arbeitszeitänderung, wenn es während des Jahres oder auch zum 01.01. des neuen Jahres zur Änderung der Arbeitszeit kam.[961] Der Resturlaub aus der 5-Tage-Woche richtete sich nach der neuen Verteilung der Arbeitszeit, also nach der 3-Tage-Woche, und war folglich entsprechend zu kürzen.

Dies bedeutete bei einem solchen Wechsel zum 01.07. eines Urlaubsjahres bei an sich 30-tägigem Urlaub in der 5-Tage-Woche, dass sich bei Urlaubsnahme erst nach dem 30.06. der Urlaubsanspruch auf 18 Tage reduzierte, es wurde also entsprechend

[961] Vgl. BAG 28.04.1998, NZA 1999, 156.

quotiert (30 : 5 x 3 = 18); dabei wurde der Tarifbeschäftigte urlaubsrechtlich so behandelt, als ob er sich während des gesamten Urlaubsjahres in der 3-Tage-Woche befunden hätte.

bb) **Rechtsprechung des EuGH**

An einer solchen Kürzung kann nach der neueren Rechtsprechung des EuGH nicht mehr festgehalten werden. Seit den Entscheidungen des EuGH in der Rechtssache „**Brandes**“ vom 13.06.2013[962] sowie in der Rechtssache **„Greenfield“** vom 11.11.2015[963] ist eine solche Quotierung grundsätzlich nicht mehr zulässig. In Bestätigung der sog. „**Tirol**“-Entscheidung vom 22.04.2010 hat der EuGH in Bezug auf das deutsche Urlaubsrecht entschieden, dass § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit[964] dahin auszulegen sei, dass er einer nationalen Bestimmung entgegensteht, nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes eines Arbeitnehmers das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs in der Weise angepasst wird, dass der von einem Arbeitnehmer, der von einer Vollzeit- zu einer Teilzeitbeschäftigung übergeht, in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworbene Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, dessen Ausübung dem Arbeitnehmer während dieser Zeit nicht möglich war, reduziert wird oder der Arbeitnehmer diesen Urlaub nur mehr mit einem geringeren Urlaubsentgelt verbrauchen kann.[965] Diesen Rechtssatz hat der Gerichtshof in Bezug auf eine nationale Bestimmung aufgestellt, nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes der Umfang des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs an das neue Beschäftigungsausmaß aliquot anzupassen war.

In solchen Fällen des Wechsels von Vollzeit in Teilzeit hat der Arbeitnehmer, sofern die Urlaubsnahme vor der Arbeitszeitänderung *tatsächlich nicht möglich* war, hinsichtlich des erworbenen (Rest-)Urlaubs während der Vollzeit gleichsam ein Wertguthaben aufgebaut, das ihm auch nach der Arbeitszeitänderung vollständig erhalten bleibt; dieses Wertguthaben umfasst die Zahl der Urlaubstage genau wie die Höhe des Urlaubsentgelts.[966]

Beispiel für Wechsel von 5-Tage-Woche in die 3-Tage-Woche[967]: Frau Brandes war beim Land Niedersachsen in der 5-Tage-Woche tätig und hatte wegen Mutterschutz und Elternzeit von 2010 bis 21.12.2011 nicht gearbeitet; für diesen Zeitraum bestand ein Resturlaubsanspruch von 29 Arbeitstagen. Ab 22.12.2011 wechselte Frau Brandes in die 3-Tage-Woche mit der Folge, dass das Land durch Quotierung einen Resturlaubsanspruch von 17 Tagen berechnete (29 : 5 x 3 = abgerundet 17 Tage). Gegen diese Quotierung ging die Klägerin vor dem Arbeitsgericht vor. Das Arbeitsgericht legte dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens die Frage vor, ob eine solche Quotierung mit einschlägigem Unionsrecht vereinbar sei. Wie wird der EuGH entscheiden?

Laut EuGH[968] ist eine solche Quotierung des noch nicht verbrauchten Anspruchs auf Erholungsurlaub aus der Tätigkeit in Vollzeit, dessen Ausübung dem Arbeitnehmer im Bezugszeitraum nicht möglich war, nicht mit Unionsrecht, insbesondere Art. 7 I AZRL 2003/88/EG vereinbar. Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub sei ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der EU. Deshalb dürfe der Anspruch nicht restriktiv ausgelegt werden. Der pro-rata-temporis-Grundsatz (Quotierung) dürfe zwar auf die Gewährung des Jahresurlaubs für die Zeit der Teilzeitbeschäftigung angewendet werden. Hier sei die Minderung des Anspruchs auf Jahresurlaub aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Hingegen könne dieser Grundsatz nicht nachträglich auf

[962] EuGH 13.06.2013 – C-415/12, NZA 2013, 775 (Brandes) – juris Rn. 32; dazu Karb, Höhe des Urlaubsanspruchs bei Wechsel von Vollzeit- in Teilzeit, öAT 2013, 164.
[963] EuGH 11.11.2015 – C-219/14 („Greenfield“).
[964] ABl. L 14 vom 20.01.1998, S. 9–14.
[965] EuGH 22.04.2010 – C-486/08, NZA 2010, 557 (Tirol) Rn. 35.
[966] Conze, Einfluss von Arbeitszeitänderungen auf den Urlaubs- und Urlaubsentgeltanspruch im öffentlichen Dienst – unter besonderer Einbeziehung des „Brandes“-Urteil des EuGH, öAT 2014, 241.
[967] Aus Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3056.
[968] EuGH 13.06.2013 – C-415/12, NZA 2013, 775 (Brandes) Rn. 34.

einen Anspruch auf Jahresurlaub angewandt werden, der in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworben wurde. Demnach verblieb es beim Urlaubsanspruch von 29 Tagen; durch Teilvergleich wurden 17 Tage anerkannt. Das ArbG hat Frau Brandes die restlichen 12 Tage als Ersatzurlaubstage zugesprochen.

cc) **Folgerechtsprechung des BAG**

(1) Sachverhalt – Urlaub Teilzeittätigkeit mit weniger Wochentagen

Die Parteien streiten über die Anzahl der dem Kläger infolge seines Wechsels aus einer Vollzeit- in eine Teilzeitbeschäftigung zustehenden Urlaubstage. Auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis findet der TVöD Anwendung. Nach 26 I 2 TVöD steht in Vollzeit auf der Basis einer Fünf-Tage-Woche beschäftigten Arbeitnehmern ein Anspruch auf 30 Urlaubstage pro Kalenderjahr zu. Bei einer anderen Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit als auf fünf Tage in der Woche erhöht oder vermindert sich der Urlaubsanspruch gem. § 26 I 3 TVöD entsprechend.

Bis zum 14.07.2010 hatte sich der Kläger zunächst in einem Vollzeitbeschäftigungsverhältnis mit der Beklagten befunden, welches eine Arbeitsleistung an fünf Wochenarbeitstagen beinhaltet hatte. Zum 15.07.2010 wechselte er sodann in Teilzeit mit einem reduzierten Arbeitszeitvolumen von nunmehr vier Wochenarbeitstagen. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger im Jahr 2010 noch keinen Urlaub genommen. Auf seinen Antrag hin gewährte ihm die Beklagte für das Kalenderjahr 2010 nach dem Wechsel in die Teilzeittätigkeit 24 Urlaubstage. Sie ist der Ansicht, dem Kläger stehe aufgrund seines Wechsels in Teilzeit zum 15.07.2010 lediglich ein reduzierter Anspruch auf 24 Urlaubstage (entspricht 4/5 des tariflichen Erholungsurlaubs für Vollzeitbeschäftigte) für das Jahr 2010 zu. Daraufhin beantragte der Kläger klageweise u. a. die Feststellung eines Anspruchs auf insgesamt 27 Urlaubstage – ungekürzte 15 Urlaubstage für die erste Jahreshälfte sowie eine entsprechend der Teilzeitbeschäftigung reduzierte Anzahl von 12 Urlaubstagen für die zweite Jahreshälfte.

Das ArbG Frankfurt a. M. gab der Klage statt, wohingegen das LAG Hessen sie auf die Berufung der Beklagten abwies. Wie wird das BAG entscheiden?

(2) Entscheidung

Das BAG stellt in seiner Entscheidung vom 10.02.2015 Bezug nehmend auf diese EuGH-Rechtsprechung klar, dass es an seiner bisherigen Rechtsprechung, nach der die Urlaubstage grundsätzlich umzurechnen waren, wenn sich die Anzahl der mit Arbeitspflicht belegten Tage verringerte, nicht mehr festhält.[969] Das vom BAG bisher vorgebrachte Argument, der erworbene Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub werde bei einer solchen Kürzung nicht vermindert, weil er – in Urlaubswochen ausgedrückt – unverändert bleibe, habe der EuGH unter Hinweis auf das Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter ausdrücklich verworfen. Eine solche Auffassung verwechsle die Ruhephase, dh den tatsächlich genommenen Urlaub, mit der normalen beruflichen Inaktivität, also den Tagen, an denen ein Arbeitnehmer auf Grund seiner Arbeitszeitgestaltung nicht zu arbeiten braucht. Aufgrund dieser neuen Rechtsprechung des EuGH konnte das BAG an der seiner bisherigen Rechtsprechung nicht festgehalten werden. Kann ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer vor seinem Wechsel in eine Teilzeittätigkeit mit weniger Wochenarbeitstagen keinen Urlaub nehmen, darf die Zahl der Tage des bezahlten Jahresurlaubs wegen des Übergangs in eine Teilzeitbeschäftigung laut EuGH nicht verhältnismäßig gekürzt werden. Zwar regele **§ 26 I TVöD** u.a., dass sich der für die Fünftagewoche festgelegte Erholungsurlaub nach einer Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf weniger als fünf Tage in der Woche vermindere. Nach Ansicht der Erfurter Richter sei die Tarifnorm jedoch wegen Verstoßes gegen das Verbot der

[969] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1005 Rn. 19; vgl. auch Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 11.06.2014 – 2 Sa 125/14 Rn. 55 ff.

Diskriminierung von Teilzeitkräften (Art. 7 I RL 2003/88/EG, § 4 I TzBfG iVm § 134 BGB) unwirksam**, soweit sie die Zahl der während der Vollzeittätigkeit erworbenen Urlaubstage mindere**.[970]

Beispiel[971]: Ein Beschäftigter wechselt mit Wirkung zum 01.05.2016 von einer Vollzeit- in eine Teilzeittätigkeit im Umfang von drei Arbeitstagen pro Woche. Bislang hat er 7,8 Stunden pro Arbeitstag gearbeitet (39-Stundenwoche). Nunmehr arbeitet er nur noch 6,5 Stunden am Tag (19,5 Stunden pro Woche). In diesem Fall darf nicht nur der Resturlaub aus der Vollzeitbeschäftigung **nicht gekürzt** werden; auch das Urlaubsentgelt für den Resturlaub darf nicht vermindert werden.

Beachte: Die Rechtsprechung des EuGH macht den Erhalt des bisherigen längeren Urlaubs und des höheren Urlaubsentgelts davon abhängig, dass es dem Arbeitnehmer tatsächlich nicht möglich war, den Urlaub vor der Arbeitszeitänderung zu nehmen, der Urlaub muss also nicht erfüllbar gewesen sein. Solche **Erfüllungshindernisse** sind speziell die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz sowie ruhende Arbeitsverhältnisse bei Elternzeit, familienbedingtem Sonderurlaub und Bezug einer Erwerbsminderungsrente auf Zeit.[972] Ein weiteres Erfüllungshindernis liegt vor, wenn der Arbeitnehmer seinen Urlaub nicht in Anspruch nehmen konnte, da seinem Urlaubswunsch dringende betriebliche/dienstliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen (§ 7 I BUrlG).[973] Generell dürfte es darauf ankommen, dass der Tarifbeschäftigte den Urlaub aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht nehmen konnte. Dies bedeutet im **Umkehrschluss**: Bestanden keine Erfüllungshindernisse, dürfte es dabeibleiben, dass eine Quotierung des vor der Arbeitszeitänderung erworbenen Urlaubs zulässig bleibt.[974]

Merke: Nach Ansicht des EuGH gilt das Kürzungsverbot für Urlaubsansprüche, die vor dem Wechsel in Teilzeit erworben wurden, nur, sofern dem Arbeitnehmer die Inanspruchnahme des Urlaubs nicht möglich war.

Beachte: Das BAG vertritt entgegen der Rechtsauffassung des EuGH[975] und der überwiegenden Stimmen in der Literatur[976] die Ansicht, dass eine Anpassung der in der Vergangenheit bereits erworbenen Urlaubsansprüche an eine veränderte Zahl wöchentlicher Arbeitstage zukünftig generell, dh unabhängig vom Vorliegen etwaiger Erfüllungshindernisse, nicht mehr zulässig sei.[977] Nach Ansicht des BAG hindere die Regelung in § 26 TVöD die Annahme einer Obliegenheit des Beschäftigten, vor einem Wechsel in eine Teilzeitbeschäftigung mit wöchentlich weniger Arbeitstagen seinen Erholungsurlaub ganz oder teilweise zu nehmen.[978] Nach der Rechtsauffassung des BAG sehe die Bestimmung nur die entsprechende Erhöhung oder Verminderung des Urlaubsanspruchs vor. Daraus könne kein Wille der Tarifvertragsparteien abgeleitet werden, dass die Kürzung nur dann eingreifen sollte, wenn der Beschäftigte während seiner Vollzeitbeschäftigung die Möglichkeit hatte, seinen während dieser Vollzeitbeschäftigung erworbenen Erholungsurlaub in Anspruch zu nehmen.[979] Ungeklärt bleibt damit die Frage, ob zukünftig mit dem EuGH von der Unmöglichkeit der Inanspruchnahme des Urlaubs vor dem Arbeitszeitwechsel auszugehen ist oder ob mit dem BAG von der generellen Unzulässigkeit der Anpassung bereits in Vergangenheit erworbener Urlaubsansprüche auszugehen ist. In dieser praxisrelevanten Frage herrscht erhebliche Rechtsunsicherheit. Die Beantwortung dürfte maßgeblich

---

[970] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1005 Rn. 15.
[971] Aus Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3398.
[972] Conze, öAT 2014, 241, 242.
[973] Latzel, EuZA 2014, 80, 88.
[974] EuGH 13.06.2013 – C-415/12, NZA 2013, 775 „Brandes“ Rn. 32 unter Hinweis auf EuGH 22.04.2010 – C-486/08, NZA 2010, 557 „Tirol“ Rn. 34; Conze, öAT 2014, 241, 242; aA BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1005 Rn. 27 f.
[975] EuGH 13.06.2013 – C-415/12, NZA 2013, 775 „Brandes“ Rn. 32 unter Hinweis auf EuGH 22.04.2010 – C-486/08, NZA 2010, 557 „Tirol“ Rn. 34.
[976] Conze, öAT 2014, 241, 242; Günther, ArbR Aktuell 2013, 326; Kleinbrink, ArbR 2015, 22, 24; Kock/Heyde, BB 2013, 2938, 2940; Latzel, EuZA 2014, 80, 88.
[977] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1005 Rn. 27 f.; Stiebert/Imani, NZA 2013, 1338, 1340 f.
[978] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1005 Rn. 27 f.
[979] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1005 Rn. 28.

von der Frage abhängen, ob teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer gegenüber vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern benachteiligt würden, wenn sie gehalten wären, trotz entgegenstehender eigener Urlaubswünsche noch während der Vollzeitbeschäftigung Urlaub zu beantragen und in Anspruch zu nehmen.

dd) **Auswirkungen auf die Praxis**

Wechselt ein Arbeitnehmer im laufenden Kalenderjahr in eine Teilzeittätigkeit mit weniger Wochenarbeitstagen, so hat der Arbeitgeber zu beachten, dass er ihm weiterhin für die Phase vor dem Wechsel die bis dahin geltende Anzahl nicht in Anspruch genommener Urlaubstage gewähren muss und lediglich für die Phase der Teilzeittätigkeit die Urlaubstage verhältnismäßig reduzieren darf. Eine Pro-rata-Umrechnung für das gesamte Kalenderjahr ist hingegen unzulässig. Hierdurch würde dem Arbeitnehmer ohne einen sachlichen Grund ein Teil seines bereits erworbenen Urlaubsanspruchs wieder entzogen, so dass es zu einer Diskriminierung von Teilzeitkräften käme. Dies gilt sowohl innerhalb als auch außerhalb des Anwendungsbereichs des TVöD.

Merke: Sobald also die Anzahl der Arbeitstage in der Kalenderwoche im laufenden Urlaubsjahr geändert wird, ist der noch bestehende Urlaubsanspruch abschnittsbezogen neu zu berechnen. Die Zahl der Urlaubstage, die auf die „fiktiven" Abschnitte vor und nach dem Änderungsstichtag entfallen, bemisst sich nach der für den jeweiligen Abschnitt vereinbarten Anzahl der Wochenarbeitstage.

Vor allem Arbeitgeber sollten sich die Tragweite dieser Rechtsprechung vergegenwärtigen: wechselt ein Arbeitnehmer von einem Vollzeitarbeitsverhältnis mit einer 5-Tage-Woche in ein Teilzeitarbeitsverhältnis mit einer 3-Tage-Woche, können durchaus Resturlaubsansprüche von 30 Tagen und mehr bestehen. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer allein aufgrund des Resturlaubs 10 Wochen im Betrieb fehlt.[980]

Das BAG hat angesichts der möglichen widersinnigen Folgen des Quotierungsverbots bei einer erheblichen Verringerung der Anzahl der Wochenarbeitstage eine erneute Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV erwogen. Wechselt ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin zB unmittelbar nach einer Elternzeit von einer Fünftagewoche in eine Zweitagewoche und verfügt noch über 30 Tage Resturlaub, fehlt dieser Arbeitnehmer oder diese Arbeitnehmerin dem Betrieb wegen Resturlaubs 15 Wochen. Ob dies notwendig ist, um dem Erholungsgedanken des Urlaubs Rechnung zu tragen, wird zu Recht bezweifelt.[981] Allerdings hat der EuGH im Brandes-Beschluss deutlich darauf hingewiesen, dass seine Ausführungen zum Quotierungsverbot in der Tirol-Entscheidung auch für das deutsche Urlaubsrecht zutreffen. Das Argument, der erworbene Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub werde bei einer entsprechenden verhältnismäßigen Kürzung nicht vermindert, weil er - in Urlaubswochen ausgedrückt - unverändert bleibe, hat der EuGH unter Hinweis auf das Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter ausdrücklich verworfen.[982] Die Auslegung von § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ist in Bezug auf die Frage einer Diskriminierung von Teilzeitkräften wegen der Kürzung des Urlaubsanspruchs durch den EuGH damit geklärt (acte *éclairé*).[983]

Praxistipp: Arbeitgeber sollten als Konsequenz aus der aktuellen Rechtsprechung, wenn die genannten Erfüllungshindernisse weggefallen sind, zB nach Ende einer Erkrankung oder nach Ablauf der Elternzeit bzw. des familienbedingten Sonderurlaubs, einvernehmlich die Teilzeitbeschäftigung hinausschieben, damit der erworbene gesamte „alte" Urlaub noch vor Beginn der Teilzeit genommen werden kann.[984] Zwar kann der Beschäftigte nicht zur Urlaubsnahme gezwungen werden und zudem hat er

[980] Karb, öAT, 2013, 164.
[981] Günther ArbR 2013, 326; Eckstein BB 2012, 3083, 3084.
[982] EuGH 13.06.2013 – C-415/12, NZA 2013, 775 „Brandes" Rn. 40.
[983] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1005 Rn. 23.
[984] Conze, öAT 2014, 241, 242.

einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 TzBfG oder § 11 TVöD. Jedoch bietet es sich sowohl für den Abreitgeber, als auch für den Arbeitnehmer an, Streitigkeiten um Urlaubsansprüche zu vermeiden, indem dieser vor der Arbeitszeitreduzierung vollständig in Anspruch genommen wird. Eine weitere Möglichkeit wäre es den Wechsel von Vollzeit in Teilzeit – wenn es die Umstände zulassen – zum Jahreswechsel vorzunehmen.

ee) **Auffassung des BMI im Rundschreiben vom 20. Dezember 2019**

In dem Rundschreiben vom 20. Dezember (D5-31001/3#8) – Urlaubsanspruch der Tarifbeschäftigten bei Änderung des Beschäftigungsumfangs/Beschäftigungsmodells im Laufe des Urlaubsjahres – werden Durchführungshinweise zur Rechtsprechung gegeben.

Das BMI geht unter Verweis der EuGH-Entscheidung vom 11.11.2015 – C-219/14 („Greenfield“) von der arbeitszeitbezogenen Betrachtungsweise aus[985]: dem Urlaubsanspruch wird die Wertigkeit zugeordnet, die sich aus dem jeweiligen Zeitraum vor und nach der Änderung des Beschäftigungsmodells ergeben. Es werden rechnerisch vor und nach dem betreffenden Änderungsstichtag „fiktive“ Abschnitte gebildet. Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub, die in Vollzeit erworben wurden, behalten demnach ihre Wertigkeit, auch wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt in Teilzeit in Anspruch genommen werden. Auf den TVöD angewandt bedeutet dies Folgendes: Die Zahl der Urlaubstage, die auf die „fiktiven“ Abschnitte vor und nach dem Änderungsstichtag entfallen, bemisst sich nach der für den jeweiligen Abschnitt vereinbarten Anzahl der Wochenarbeitstage (Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit iSd § 26 I 2 und 3 TVöD). Diese dem jeweiligen Beschäftigungsmodell entsprechende abschnittsbezogene Betrachtung gilt unabhängig davon, ob dadurch das Arbeitszeitvolumen vermindert, beibehalten oder aber erhöht wird.

Beispiel: Im laufenden Urlaubsjahr erfolgt zum 1. September ein Wechsel des Beschäftigungsmodells von der Fünftagewoche zu einer Viertagewoche. Der „fiktive“ Abschnitt für die während der Fünftagewoche erworbenen Urlaubstage umfasst somit 8 Kalendermonate und der „fiktive“ Abschnitt nach dem Änderungsstichtag für die in der Viertagewoche erworbenen Urlaubstage 4 Kalendermonate. Der während der Fünftagewoche erworbene Urlaub beträgt 20 Urlaubstage (8/12 von 30 Urlaubstagen). Unter Berücksichtigung der Teilzeitbeschäftigung in der Viertagewoche beträgt der „fiktive“ Urlaubsanspruch ab dem Wechsel 8 Urlaubstage (4/12 von 24 Urlaubstagen[986]). Somit beträgt der Jahresurlaubsanspruch insgesamt 28 Arbeitstage (20 + 8).

Merke: Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub ist nicht nach der zum Zeitpunkt der Urlaubsgewährung geltenden Arbeitszeitregelung zu bemessen, sondern grundsätzlich bezogen auf das gesamte Urlaubsjahr anhand der arbeitsvertraglichen Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage zu berechnen.[987]

ff) **Exkurs: Beamtenrecht**

Es ist inzwischen unstreitig, dass die einschlägigen Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie und der Teilzeitrichtlinie auch für Beamte gelten. Demzufolge haben die auf diesen Richtlinien aufbauenden Grundsätze des „Brandes“-Urteils auch für Beamtenverhältnisse Gültigkeit, soweit es als Folge von Arbeitszeitänderungen um die Berechnung von (Rest-)Urlaubsansprüchen beim Übergang von einem Vollzeitbeamtenverhältnis in ein Teilzeitbeamtenverhältnis geht.[988] **§ 5a EUrlV** enthält für den Beamtenbereich eine nunmehr entsprechende Regelung. Verringert sich bei einem Übergang von Vollzeit- zu Teilzeitbeschäftigung die Zahl der wöchentlichen Arbeitstage, so bleibt der bis dahin erworbene Erholungsurlaubsanspruch in

[985] Rundschreiben vom 22.01.2016 (D5-200 210-2/26) unter 1.2.
[986] Anteilige Verringerung des Urlaubsanspruchs bei abweichender Verteilung der Arbeitszeit an wenige als 5 Tagen/Woche: 30 / 5 x 4 = 24 Urlaubstage (vgl. § 26 I 4 TVöD).
[987] BAG 19.03.2019 – 9 AZR 406/17 – juris Rn. 20.
[988] Conze, öAT 2014, 241, 242.

Höhe des unionsrechtlich gewährleisteten Mindesturlaubsanspruchs (Art. 7 I AZRL) unberührt, soweit er aus einem der folgenden Gründe nicht erfüllt werden konnte:

- Ablehnung oder Widerruf des Erholungsurlaubs,
- durch ein ärztliches Zeugnis nachgewiesene Dienstunfähigkeit infolge von Krankheit (§ 96 I 2 BBG),
- Beschäftigungsverbot nach § 3 I MuSchG in Verbindung mit § 1 I 1 Nr. 2 der Mutterschutz- und Elternzeitverordnung,
- Dienstunfähigkeit nach § 44 BBG,
- begrenzte Dienstfähigkeit nach § 45 BBG.

gg) **Folgeprobleme**

(1) Auswirkungen auf den tariflichen Mehrurlaub

Das „Brandes"-Urteil ist an sich so zu interpretieren, dass es nur für den unionsrechtlichen Mindesturlaub von vier Wochen gem. Art. 7 II AZRL gilt, identisch mit dem gesetzlichen Mindesturlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz. Der tarifliche Mehrurlaub wird vom EuGH-Urteil nicht ohne weiteres miterfasst.

Andererseits geht das BAG zutreffend vom grundsätzlichen „**Gleichlauf**" gesetzlicher und übergesetzlicher tariflicher Ansprüche aus; für einen anderen Regelungswillen müssten deutliche Anhaltspunkte bestehen.[989] Ein solcher Regelungswille ist dem § 26 TVöD in keiner Weise zu entnehmen: Die Frage der Quotierung nach Arbeitszeitänderung ist im TVöD überhaupt nicht geregelt.[990] Geht man davon aus, dass der tarifliche Mehrurlaub nur eine quantitative Aufstockung des gesetzlichen Mindesturlaubs ohne qualitative Abweichung darstellt, kann im Zweifel von der Gleichheit beider Ansprüche ausgegangen werden.[991] Demzufolge führt der Grundsatz des „Gleichlaufs" dazu, dass auch die Quotierung des vor der Arbeitszeitänderung erworbenen tariflichen Mehrurlaubs genau wie die Quotierung des entsprechenden gesetzlichen Urlaubs unzulässig ist.[992]

Merke: Daher dürften die vom BAG aufgestellten Grundsätze sowohl für den gesetzlichen bzw. tariflich gewährten Erholungsurlaub gelten.[993]

(2) Auswirkungen auf das Urlaubsentgelt

Eine weitere Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist die Höhe des Urlaubsentgelts. Der EuGH hat in der Entscheidung „Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirol"[994] ausgeführt, dass bei einem Wechsel von einer Vollzeit- in eine Teilzeitbeschäftigung das Urlaubsentgelt für den während der Vollzeitarbeit erworbenen Urlaubsanspruch ebenfalls nicht verringert werden darf. Die Verringerung des Beschäftigungsumfangs dürfe nach Ansicht des EuGH nicht dazu führen, dass der von einem Arbeitnehmer vor der Verringerung erworbene und nach der Verringerung angetretene Jahresurlaub mit einem reduzierten Urlaubsentgelt vergütet wird.[995]

Hinweis: Mit dem Rundschreiben vom 12. Dezember 2019 werden zudem Hinweise für die Berechnung des Urlaubsentgelts nach § 26 Abs. 1 iVm § 21 TVöD erteilt, aus denen sich ergibt, dass bei einer späteren Verringerung der Arbeitszeit das

[989] BAG 04.05.2010, NZA 2010, 1011.
[990] Conze, öAT 2014, 241, 242.
[991] Latzel, EuZA 2014, 80, 94.
[992] Conze, öAT 2014, 241, 242.
[993] Vgl. LAG Niedersachsen 11.06.2014, NZA-RR 2014, 527.
[994] EuGH 22.04. 2010 – C-486/08; NZA 2010, 557 Rn. 35.
[995] EuGH 22.04. 2010 – C-486/08; NZA 2010, 557 Rn. 35.

Urlaubsgelt nicht auf der Grundlage der während des jeweiligen tatsächlichen Urlaubszeitraums geltenden Teilzeitquote zu gewähren ist, sondern auf der Grundlage der vor der Reduzierung der Regelarbeitszeit geltenden Parameter.

(a) **Sachverhalt: Urlaubsentgelt nach Verringerung der Teilzeitquote**[996]

Die Parteien streiten über die Höhe des der Klägerin zustehenden Urlaubsentgelts nach Verringerung der Teilzeitquote. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) Anwendung. Die Klägerin war bis zum 31.07.2015 mit einer Teilzeitquote von 35/40 für das beklagte Land tätig. Ab 01.08.2015 reduzierte sie ihre Arbeitszeit auf 20 Wochenstunden und arbeitete unverändert an fünf Tagen in der Woche. Das beklagte Land gewährte der Klägerin nach dem 01.08.2015 Urlaub, der aus der Zeit vor der Reduzierung der Arbeitszeit stammte. Das Urlaubsentgelt berechnete das beklagte Land auf der Grundlage der Teilzeitquote mit dem hälftigen Bruttoentgelt, das einem in Vollzeit beschäftigten Mitarbeiter zustand. Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass die vorgenommene Berechnung des Urlaubsentgelts gegen Unionsrecht verstoße. Das beklagte Land ist der Ansicht, dass die Höhe des der Klägerin zustehenden Urlaubsentgelts nach dem in § TV-L § 21 S. 1 TV-L bestimmten Entgeltausfallprinzip zu berechnen sei. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage größtenteils stattgegeben. Gegen das Urteil des LAG wurde Revision eingelegt. Wie hat das BAG entschieden?

(b) **Entscheidung:**

Das BAG hat die Revision zurückgewiesen. Das Urlaubsentgelt sei nicht nach der im Zeitpunkt des Urlaubserwerbs vereinbarten Teilzeitquote zu ermitteln. Die tarifvertraglichen Regelungen in § 26 I 1 und § 21 I TVöD-L (inhaltsgleich TVöD-Bund) seien wegen der *mittelbaren Benachteiligung von Teilzeitkräften* nichtig (§ 4 Abs. 1 TzBfG iVm § 134 BGB), soweit sie das Urlaubsentgelt eines Arbeitnehmers, der nach der Verringerung seiner wöchentlichen Regelarbeitszeit seinen Urlaub antritt, auch in den Fällen nach dem Entgeltausfallprinzip bemessen, in denen der Urlaub aus der Zeit vor der Arbeitszeitreduzierung stammt.[997] Das Diskriminierungsverbot stehe gem. § 22 I TzBfG nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien. Im Streitfall führte die von dem beklagten Land vorgenommene Bemessung des Urlaubsentgelts unter Zugrundelegung einer Teilzeitquote von 20/40 zu einer Verringerung des Entgeltanspruchs der Klägerin. Einer solchen steht aber das Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten entgegen. Das Urlaubsentgelt der Klägerin ist deshalb unter Zugrundelegung einer Teilzeitquote (vor Änderung) von 35/40 zu berechnen.[998]

Einem Tarifbeschäftigten steht nach einem Wechsel von Vollzeit auf Teilzeit für den in der Vollzeit erworbenen Gesamturlaubsanspruch, also für den gesetzlichen und tariflichen Mehrurlaub, ein Urlaubsentgelt auf Basis des bisherigen Vollzeitentgelts zu, dessen Berechnung sich nach § 21 Satz 1 TVöD richtet. Dabei ist diese Tarifvorschrift europarechtskonform auszulegen, indem auf den Zeitpunkt vor Wirksamwerden der Verringerung der Arbeitszeit – und nicht auf die Inanspruchnahme des Urlaubs – abgestellt wird, also auf die letzten drei vollen Kalendermonate vor der Arbeitszeitänderung.[999]

Merke: Wenn ein vor der Änderung der wöchentlichen Arbeitszeit oder des Arbeitszeitmodells erworbener Urlaubsanspruch erst nach diesem (arbeitszeitrechtlichen) Änderungsstichtag in Anspruch genommen wird, sollen die Beschäftigten nach Änderung ihres Beschäftigungsumfangs für die nicht verbrauchten Urlaubstage mindestens das Äquivalent des Urlaubsentgelts erhalten, das sie im Falle einer Gewährung vor dem Änderungsstichtag erhalten hätten.

[996] BAG 20.03.2018 NZA 2018, 851, Anmerkung Holighaus, öAT 2018, 165.
[997] BAG 20.03.2018, NZA 2018, 851 Rn. 15.
[998] BAG 20.03.2018, NZA 2018, 851 Rn. 10 und 21.
[999] Conze, öAT 2014, 241, 242; vgl. auch Rundschreiben vom 21.02.2011- D5-220 210-2/26, S. 4.

(c) **Praxishinweis:**

Das BAG setzt in seiner Entscheidung auch hinsichtlich der Höhe des zu gewährenden Urlaubsentgeltes die infolge der Rechtsprechung des EuGH erforderlich gewordene Anpassung der bisherigen Rechtsprechung konsequent fort. Die Tarifvertragsparteien sind folglich gehalten, § 21 TV-L zeitnah einer den Vorgaben von § 4 I TzBfG und § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit entsprechenden Neuregelung zuzuführen.

Beachte: War es dem Arbeitnehmer jedoch möglich den in der Vollzeit erworbenen Urlaub rechtzeitig in Anspruch zu nehmen, ist wohl auch das Urlaubsentgelt nicht nach der höheren Arbeitszeit, also der Vollzeit zu berechnen. Diesen Rechtssatz hat der EuGH in Bezug auf eine nationale Bestimmung aufgestellt, nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes der Umfang des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs an das neue Beschäftigungsausmaß aliqout anzupassen. Die Kürzung der Urlaubstage und dem damit verbundenen Urlaubsentgelt dürfte in diesem Fall zulässig sein. Das BAG vertritt entgegen der Rechtsauffassung des EuGH[1000] und der überwiegenden Stimmen in der Literatur[1001] die Ansicht, dass eine Anpassung der in der Vergangenheit bereits erworbenen Urlaubsansprüche an eine veränderte Zahl wöchentlicher Arbeitstage zukünftig generell, dh unabhängig vom Vorliegen etwaiger Erfüllungshindernisse, nicht mehr zulässig sei.[1002]

(3) Unterjähriger Wechsel von Teilzeit in Vollzeit

Wie sich die Situation gestaltet, wenn ein Arbeitnehmer von einem Teilzeit- in ein Vollzeitarbeitsverhältnis wechselt und der Arbeitgeber sich bezüglich der Höhe auf den aus der Teilzeit erworbenen Resturlaub beruft, ist nicht vollständig geklärt.

Zwischenzeitlich hatte das BAG für den Fall der Erhöhung der Anzahl der Arbeitstage mit Urteil vom 14.03.2017[1003] die Auffassung vertreten, dass im Falle eines unterjährigen Wechsels der Arbeitszeitverteilung der kalendermäßig bestimmte Urlaubsanspruch nicht in Zeitabschnitte unterteilt werden könnte. Danach wäre der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub nach der zum Zeitpunkt der Urlaubsgewährung geltenden Arbeitszeitregelung zu bemessen.

Allerdings hat das BAG diesen Ansatz in einem jüngeren Urteil ausdrücklich aufgegeben und nunmehr – ganz allgemein – den Grundsatz aufgestellt, dass bei einem unterjährigen Wechsel der Anzahl der Arbeitstage in der Kalenderwoche der Urlaubsanspruch für das betreffende Kalenderjahr unter Berücksichtigung der einzelnen Zeiträume der Beschäftigung und der auf sie entfallenden Wochentage mit Arbeitspflicht umzurechnen ist[1004]. Dieser Ansatz führt dazu, dass ein einheitlicher Maßstab für die Berechnung des Urlaubs bei einer Änderung der Anzahl der Arbeitstage gilt.

e) **Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit**

Kurzarbeit Null kürzt den Urlaub – LAG Düsseldorf, Urteil vom 12.3.2021 – 6 Sa 824/20: Im Zeitraum der Kurzarbeit Null werden keine Urlaubsansprüche gem. § 3 BUrlG erworben. Für jeden vollen Monat der Kurzarbeit Null ist der Urlaub um 1/12 zu kürzen. Im Hinblick darauf, dass der Erholungsurlaub bezweckt, sich zu erholen, setzt dies eine Verpflichtung zur Tätigkeit voraus. Da während der Kurzarbeit die beiderseitigen Leistungspflichten aufgehoben sind, werden Kurzarbeiter wie vorübergehend teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer behandelt, deren Erholungsurlaub ebenfalls anteilig zu kürzen ist. Bestätigt durch BAG, Urteil

[1000] EuGH 13.06.2013 – C-415/12, NZA 2013, 775 „Brandes“ Rn. 32 unter Hinweis auf EuGH 22.04.2010 – C-486/08, NZA 2010, 557 „Tirol“ Rn. 34.

[1001] Conze, öAT 2014, 241, 242; Günther, ArbR Aktuell 2013, 326; Kleinbrink, ArbR 2015, 22, 24; Kock/Heyde, BB 2013, 2938, 2940; Latzel, EuZA 2014, 80, 88.

[1002] BAG 10.02.2015, NZA 2015, 1005 Rn. 27 f.; Stiebert/Imani, NZA 2013, 1338, 1340 f.

[1003] BAG 14.03.2017, öAT 2017, 144 mit Anm. Seel, Urlaubsansprüche – Umrechnungsfragen bei unterjähriger Änderung der Anzahl der Arbeitstage, öAT 2017, 144; Methfessel/Weck, Veränderung der Anzahl der Arbeitstage im laufenden Kalenderjahr – Auswirkungen auf den Urlaub, BB 2017, 1656.

[1004] BAG, Urt. v. 19.03.2019, 9 AZR 406/17.

vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21: Fallen aufgrund von Kurzarbeit einzelne Arbeitstage vollständig aus, ist dies bei der Berechnung des Jahresurlaubs zu berücksichtigen.

7. **Teilurlaub**

Der volle Urlaubsanspruch nach § 26 I TVöD setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis während des gesamten Kalenderjahres besteht. Beginnt oder endet das Arbeitsverhältnis vor Ablauf des Kalender-/Urlaubsjahres, erhält der Beschäftigte als Erholungsurlaub für jeden vollen Monat des Arbeitsverhältnisses ein Zwölftel des Urlaubsanspruchs nach § 26 I TVöD. Beim Teilurlaub gilt dies nach § 26 II lit. b) TVöD jedoch nur unter Beachtung der Grenzen des § 5 BUrlG.

a) **Grundsatz**

Wenn das Arbeitsverhältnis im Urlaubsjahr (zwischen dem 1.1. u. vor dem 31.12. eines Kalenderjahres) beginnt oder endet, steht dem Tarifbeschäftigten ein Teilurlaubsanspruch zu. Der dem Beschäftigten zustehende Jahresurlaub ist zu zwölfteln; er beträgt ein Zwölftel für jeden vollen Beschäftigungsmonat (vgl. § 26 II Buchst. b) Hs. 1 TVöD).[1005]

Beispiel: Ein Arbeitnehmer, der am 10.1. eingestellt wird und am 15.7. ausscheidet, hat sechs volle Beschäftigungsmonate zurückgelegt und damit einen Urlaubsanspruch von sechs Zwölftel des Gesamturlaubs.

Beachte: Dabei darf der gesetzliche Mindesturlaub nach dem BUrlG durch die Zwölftelung gem. § 26 II Buchst. b) Hs. 1 TVöD/TV-L nicht unterschritten werden (vgl. § 26 II Buchst. b) Hs. 2 TVöD „§ 5 BUrlG) bleibt unberührt“). Nach § 5 I Buchst. a) BUrlG ist der Urlaub nur für Zeiten eines Kalenderjahres zu zwölfteln, für die wegen Nichterfüllung der Wartezeit – dh bei Einstellung in der *zweiten Hälfte des Urlaubsjahres* (jeweils ab 1.7. und später) – in diesem Kalenderjahr kein voller Urlaubsanspruch besteht. Bei Einstellung in der ersten Hälfte wird hingegen der volle gesetzliche Urlaubsanspruch erworben.[1006] Nach § 26 II Buchst. b TVöD ist hingegen der Urlaub bei jeder Einstellung im Laufe des Urlaubsjahres, also auch bei Einstellung in der *ersten Jahreshälfte*, zu zwölfteln. Wenn demnach das Arbeitsverhältnis eines Beschäftigten in der ersten Hälfte des Urlaubsjahres beginnt, kann der gesetzliche Mindesturlaub (der nicht gekürzt werden darf) im Umfang höher sein als der tarifliche Urlaubsanspruch.[1007] Hier ist im Wege einer Vergleichsberechnung sicherzustellen, dass der gesetzliche Mindesturlaub durch die tarifliche Zwölftelung nicht unterschritten wird.[1008]

Beispiel:[1009] Das Arbeitsverhältnis eines Beschäftigten (tätig in der Fünftagewoche) beginnt am 01.06.2016 beim Land NRW. Tariflich steht dem Beschäftigten im Urlaubsjahr 2016 bei einem Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen ein Erholungsurlaub von 18 Arbeitstagen zu (30 Urlaubstage x 12 Monate : 7 Monate = 17,5, aufgerundet 18).[1010] Nach § 4 BUrlG iVm § 5 BUrlG hat er Anspruch auf den vollen gesetzlichen Mindesturlaub von 24 Werktagen, also bei der Fünftagewoche von 20 Arbeitstagen. Zusätzlich zum tariflichen Erholungsurlaub von 18 Tagen besteht als noch ein Anspruch auf weitere zwei Arbeitstage. Hat der Beschäftigte für das laufende Urlaubsjahr von einem früheren Arbeitgeber bereits Urlaub erhalten, wäre dieser jedoch auf den gesetzlichen Mindesturlaub gem. § 6 BUrlG anzurechnen.

[1005] Dazu mit Beispielen Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3403 f.
[1006] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3407.
[1007] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3406.
[1008] Winter, in: BeckOK TVöD, § 26 TVöD-At Rn. 25.
[1009] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3408.
[1010] 7/12 von 30 Urlaubstagen = 17,5, aufgerundet = 18 AT, vgl. § 26 I 4 TVöD.

b) **Zu viel gewährter Urlaub**

Hat der Arbeitnehmer vor seinem Ausscheiden während des Urlaubsjahres bereits mehr Urlaub bekommen, als ihm an sich nach der Zwölftelungsregelung zusteht, so kann das zu viel gezahlte Urlaubsentgelt idR nicht zurückgefordert werden; dies ist durch § 5 III BUrlG ausgeschlossen.[1011]

8. **Verminderung des Erholungsurlaubs im ruhenden Arbeitsverhältnis (§ 26 II Buchst. c) TVöD)**

Der volle Urlaubsanspruch nach § 26 I TVöD setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis während des gesamten Kalenderjahres besteht. Ruht das Arbeitsverhältnis vorübergehend, erhält der Beschäftigte als Erholungsurlaub für jeden vollen Monat des Arbeitsverhältnisses ein Zwölftel des Urlaubsanspruchs (§ 26 II Buchst. c) TVöD).[1012]

Als tarifliche Reduzierungstatbeständen kommt die Gewährung von Sonderurlaub nach § 28 TVöD oder eine befristete Erwerbsminderungsrente nach § 33 II 6 TVöD in Betracht. Daneben können auch noch gesetzliche Reduzierungstatbestände wie zB Elternzeit nach § 17 BEEG treten.

a) **Tarifliche Reduzierungstatbestände**

aa) **Sonderurlaub**

(a) **Bisherige Rechtsprechung**

Mit Entscheidung aus dem Jahr 2014 hatte das BAG festgestellt, dass während eines unbezahlten Sonderurlaubs nach § 28 TVöD die gesetzlichen Mindesturlaubsansprüche entstehen und diese auch aufgrund tariflicher Bestimmungen nicht gemindert werden dürfen.[1013] Nach § 26 II Buchst. c) TVöD durfte demnach nur eine Kürzung des tariflichen Mehrurlaubs erfolgen. Der gesetzliche Mindesturlaub wurde hingegen nicht vermindert für Zeiten, in denen das Arbeitsverhältnis ruht. Die Kürzung um je 1/12 erfolgt nur für volle Kalendermonate des ruhenden Arbeitsverhältnisses.

(b) **Rechtsprechungsänderung**

Mit Urteil vom 19.3.2019 hat BAG[1014] hat nunmehr entschieden, dass für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs unberücksichtigt bleiben. Die entgegenstehende Rechtsprechung gibt der Senat auf.

Sachverhalt: Die Klägerin ist bei der Beklagten seit dem 01.06.1991 beschäftigt. Die Beklagte gewährte ihr wunschgemäß in der Zeit vom 01.09.2013 bis zum 31.08.2014 unbezahlten Sonderurlaub, der einvernehmlich bis zum 31.08.2015 verlängert wurde. Nach Beendigung des Sonderurlaubs verlangt die Klägerin von der Beklagten, ihr den gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Arbeitstagen für das Jahr 2014 zu gewähren. Das Arbeitsgericht hatte die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hatte das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Beklagte zur Gewährung von 20 Arbeitstagen Urlaub verurteilt. Die Revision der Beklagten hatte vor dem BAG Erfolg.

Entscheidung: Nach Auffassung des BAG hat die Klägerin für das Jahr 2014 keinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub. Nach § 3 I BUrlG belaufe sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs Tage in der Woche auf 24 Werktage. Dies entspreche einem gesetzlichen Jahresurlaubsanspruch von 20 Tagen bei einer Fünftagewoche. Ist die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche

[1011] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3402.
[1012] Einzelheiten bei Karb, Der Erholungsurlaub im ruhenden Arbeitsverhältnis, öAT 2014, 249.
[1013] BAG 06.05.2014, NZA 2014, 959 Rn. 10: „Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien unbezahlten Sonderurlaub, hindert die Suspendierung der wechselseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht das Entstehen gesetzlicher Urlaubsansprüche."
[1014] BAG 19.03.2019 - 9 AZR 315/17 – Pressemitteilung Nr. 15/19.

verteilt, müsse die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus berechnet werden, um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu gewährleisten.

Dies gelte auch für die Konstellationen des Sonderurlaubs. Befinde sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz oder teilweise im unbezahlten Sonderurlaub, sei bei der Berechnung der Urlaubsdauer zu berücksichtigen, dass die Arbeitsvertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von Sonderurlaub vorübergehend ausgesetzt haben. Dies führe dazu, dass einem Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr, in dem er sich durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels einer Arbeitspflicht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zustehe. Das BAG stellt ausdrücklich klar, dass dadurch der Anspruch auf gesetzlichen Mindesturlaub nicht in unzulässiger Weise verringert werde. Denn die Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis werden allein wegen eines auf Wunsch des Beschäftigten bewilligten Sonderurlaubs suspendiert. Die für den gesetzlichen Mindesturlaub in §§ 1, 3 BUrlG vorausgesetzte Umrechnung für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis ruht, gestalte § 26 Abs. 2 Buchst. c TVöD in zulässiger Weise aus.

Hinweis: Das Rundschreiben vom 5. Oktober 2020 erläutert die Auswirkungen der Rechtsprechungsänderung durch das Urteil des BAG vom 19.03.2019 zur Frage des Erholungsurlaubsanspruchs bei unbezahltem Sonderurlaub gem. § 28 TVöD. Bisher war das BAG davon ausgegangen, dass die Vereinbarung des Ruhens des Arbeitsverhältnisses bei unbezahltem Sonderurlaub keine Auswirkungen auf den gesetzlichen Urlaubsanspruch habe und der auf Zeiträume eines unbezahlten Sonderurlaubs entfallende Urlaubsanspruch nach Maßgabe der ausgesetzten Arbeitszeit zu berechnen sei. Unter ausdrücklicher Aufgabe dieser Rechtsprechung verneint das BAG nunmehr grundsätzlich einen Erholungsurlaubsanspruch für Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs. Das Rundschreiben erläutert die Hinweise für die Praxis und klärt die Folgerungen für andere Freistellungen und sonstige Anwendungsfälle.

Rundschreiben BMI vom 5. Oktober 2020 (Az. D5-31001/30#2): Erholungsurlaubsanspruch für Tarifbeschäftigte des Bundes bei unbezahltem Sonderurlaub nach § 28 Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD).

bb) **Befristete Erwerbsminderungsrente**

Nach § 33 II 6 TVöD ruht im Falle einer **befristeten Erwerbsminderungsrente** das Arbeitsverhältnis für den Zeitraum, für den die Rente auf Zeit gewährt wird. Fraglich ist, ob auch in dieser Konstellation der Anspruch auf Erholungsurlaub entsteht und ob er ggf. gekürzt werden darf.

Mit **Entscheidung vom 7.8.2012**[1015] hat das BAG festgestellt, dass der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch auch dann entstehe, wenn der Beschäftigte nicht arbeitet. Zwar bestimme § 26 II Buchst. c) TVöD, das sich die Dauer des Erholungsurlaubs einschließlich eines etwaigen Zusatzurlaubs für jeden vollen Kalendermonat um 1/12 vermindert, wenn das Arbeitsverhältnis ruht. Diese Vorschrift sei jedoch unwirksam, als sie auch die Verminderung *gesetzlicher Urlaubsansprüche* von Beschäftigten und schwerbehinderten Beschäftigten erfasst, die aus gesundheitlichen Gründen nicht die ihnen nach dem Arbeitsvertrag obliegenden Leistungen erbracht haben. Eine derartige tarifvertragliche Verminderung gesetzlicher Ansprüche stehe im Widerspruch zu § 13 I BUrlG.

Diese Entscheidung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, der mehrfach betont hat, dass der Anspruch auf Jahresurlaub auch während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Beschäftigten entsteht und frühestens nach einem Übertragungszeitraum von 15 Monaten erlischt.[1016]

[1015] BAG 7.8.2012, NZA 2012, 170 Rn. 8 f.; dazu Dassau/Wulfers, Urlaub bei Erwerbsminderungsrente – das Urteil des BAG vom 7. August 2012, ZTR 2013, 3.
[1016] EuGH 22.11.2011, C-214/10; NZA 2011, 1333 „Schlutz-Hoff“ Rn. 22 ff.

Beispiel zur Urlaubsabgeltung aus dem TVöD-Bereich[1017]: Ein schwerbehinderter Tarifbeschäftigter, an sich tätig in der 5-Tage-Woche, bekommt vom 01.08.2004 bis 31.12.2011 eine Rente auf Zeit wegen voller Erwerbsminderung, auf der Basis von 3 Rentenbescheiden. Wegen Verrentung auf Dauer – der Rentenbescheid ergeht Mitte Dezember 2011 – ist das Arbeitsverhältnis am 31.12.2011 beendet. Der Abgeltungsanspruch wird im Januar 2012 geltend gemacht. Welche Urlaubs- bzw. Abgeltungsansprüche kann der Beschäftigte noch geltend machen?

Lösung: Trotz des vom 01.08.2004 bis 31.12.2011 bestehenden ruhenden Arbeitsverhältnisses besteht an sich Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs für den gesamten Zeitraum, allerdings begrenzt durch die 15-monatige Verfallfrist. Demzufolge ist der gesetzliche Urlaubsanspruch bis einschließlich 2009 verfallen, nicht aber der Urlaub der Jahre 2010 und 2011 (Verfall erst Ende März 2012 bzw. Ende März 2013); es sind also 2 × 20 Urlaubstage abzugelten. Wegen der Schwerbehinderung sind zusätzlich 2 × 5 Tage abzugelten, insgesamt also 50 Urlaubstage!

b) **Gesetzliche Reduzierungstatbestände**

Auch für Zeiten des Ruhens des Arbeitsverhältnisses während der **Elternzeit** entsteht grundsätzlich der volle gesetzliche Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 I BUrlG.[1018] Dieser kann jedoch vom Arbeitgeber für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um 1/12 gekürzt werden (§ 17 I BEEG bzw. § 26 II Buchst. c) TVöD).

Mit Urteil vom 19.03.2019 hat das BAG entschieden, dass die Kürzungsmöglichkeit des Urlaubsanspruchs nach § 17 I 1 BEEG im Einklang mit dem Unionsrecht steht.[1019] Möchte der Arbeitgeber von der Befugnis Gebrauch machen, den Erholungsurlaub für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel zu kürzen, müsse er eine darauf gerichtete empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben. Dazu sei es ausreichend, dass für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von der Kürzungsmöglichkeit Gebrauch machen möchte. Vom Kürzungsrecht des Arbeitgebers wird auch der vertragliche Mehrurlaub erfasst, wenn die Arbeitsvertragsparteien für diesen keine von § 17 BEEG abweichende Regelung vereinbart haben. Die Kürzung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs verstoße weder gegen Art. 7 I der Arbeitszeitrichtlinie noch gegen § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU. Die in § 17 I 1 BEEG vorgesehene Möglichkeit zur Kürzung des während der Elternzeit erworbenen Erholungsurlaubs führt nicht zu einem Rechtsverlust des betroffenen Arbeitnehmers. Die Kürzung bewirkt lediglich die Anpassung der Urlaubsdauer an die während der Elternzeit ausgesetzte Arbeitspflicht und verwirklicht damit den im gesamten Urlaubsrecht anwendbaren allgemeinen Rechtsgedanken, dass der Umfang des Erholungsurlaubs während des Urlaubsjahres zur bestehenden Arbeitspflicht ins Verhältnis zu setzen ist.[1020] Der Arbeitgeber kann das Kürzungsrecht nach § 17 I 1 BEEG nur im bestehenden Arbeitsverhältnis durch Abgabe einer (empfangsbedürftigen) rechtsgeschäftlichen Erklärung ausüben. Er kann den Urlaub vor, während und nach dem Ende der Elternzeit kürzen, nicht jedoch vor der Erklärung des Arbeitnehmers, Elternzeit in Anspruch zu nehmen.

Merke: Die Kürzung des Erholungsurlaubs ist europarechtlich nicht zu beanstanden. Die Kürzungserklärung kann während oder nach der Elternzeit abgegeben werden.

Fortbestand des Urlaubs bei Beschäftigungsverboten nach dem MuSchG oder bei Elternzeit – Kürzung des Urlaubsanspruchs für Elternzeit (LAG Baden-Württemberg 16.09.2021 – 4 SA 62/20, Leitsätze): Die Anpassung des Urlaubsanspruchs nach § 17 I 1 BEEG an die durch die Elternzeit ausgesetzte Arbeitspflicht (Kürzungsrecht) bedarf einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des

[1017] Aus Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3056.
[1018] BAG 17.05.2011, ZTR 2011, 605.
[1019] BAG 19.03.2019, NZA 2019, 1141 Rn. 19; vgl. auch LAG Hamm 27.06.2013, 16 Sa 51/13 – Rn. 21.
[1020] BAG 19.03.2019, NZA 2019, 1141 Rn. 24.

Arbeitgebers, die dem Arbeitnehmer noch während des Bestands des Arbeitsverhältnisses zugehen muss (Anschluss an BAG 19.03.2019 - 9 AZR 495/17).

Beachte: Eine entsprechende Kürzungsmöglichkeit besteht allerdings dann nicht, wenn der Arbeitnehmer während der Elternzeit bei seinem Arbeitgeber Teilzeitarbeit leistet (§ 17 I 2 BBEG).

9. **Übertragung des Erholungsurlaubs**

a) **Tarifliche Übertragungsregelung gem. § 26 II Buchst. a) TVöD**

Nach § 26 II Buchst. a) Satz 1 TVöD muss der Erholungsurlaub „im Falle der Übertragung" in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres (also **bis 31. März**) angetreten werden. Ob der Erholungsurlaub übertragen werden kann, richtet sich nach § 7 III BUrlG. Danach muss der Urlaub grds. im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden (§ 7 I 1 BUrlG). Eine Übertragung auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn „**dringende betriebliche Gründe**" oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe (**Arbeitsunfähigkeit**) eine Teilung des Urlaubs erforderlich machen. Dringende betriebliche Gründe liegen vor, wenn die Interessen des Arbeitgebers an einer Übertragung des Urlaubs das Interesse des Arbeitnehmers an der fristgerechten Inanspruchnahme des Urlaubs innerhalb des Kalenderjahres überwiegen. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn die Anwesenheit des Mitarbeiters in einer besonders arbeitsintensiven Zeit erforderlich ist oder anderen Arbeitnehmern bereits Urlaub gewährt worden ist.[1021] Nicht ausreichend ist es, wenn der Verbleib des Arbeitnehmers lediglich wünschenswert gewesen ist. Dann liegen nur einfache betriebliche Gründe vor.

Die Übertragung des Erholungsurlaubs vollzieht sich kraft Gesetzes, wenn die Voraussetzungen des § 7 III BUrlG vorliegen. Demzufolge ist kein Antrag des Arbeitnehmers auf Übertragung erforderlich.

§ 7 I 3 BUrlG bestimmt, dass der Urlaub im Fall der Übertragung in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und **genommen** werden muss. Demgegenüber enthält § 26 II Buchst. a) TVöD eine für die Arbeitnehmer günstigere Regelung, indem der Urlaub in diesem Zeitraum nicht genommen, sondern **angetreten** sein muss. Hierfür ist es ausreichend, wenn der erste Urlaubstag der 31. März des Folgejahres ist.[1022]

§ 26 II Buchst. a) Satz 2 TVöD räumt eine weitere Frist für den Urlaubsantritt bis zum **31. Mai des Folgejahres** ein, wenn der Urlaub wegen Arbeitsunfähigkeit oder aus betrieblichen bzw. dienstlichen Gründen nicht bis zum 31. März angetreten werden kann.

b) **Übertarifliche Übertragungsregelungen durch entsprechende Anwendung beamtenrechtlicher Übertragungsfristen**

Abweichend von der tariflichen Übertragungsregelung gibt es speziell beim Bund interne Regelungen, welche die großzügigeren beamtenrechtlichen Übertragungsfristen übertariflich zur Anwendung bringen. Mit **Rundschreiben** vom 27. März 2015 (D5-31001/3#4)[1023] wurde § 7 I und II der Erholungsurlaubsverordnung (EUrlV[1024]) für Tarifbeschäftigte des Bundes für entsprechend anwendbar erklärt mit der Konsequenz, dass der Urlaub auch ohne das Vorliegen besonderer Gründe sogar bis **Ende des Folgejahres** genommen werden kann.[1025] Damit gilt die beamtenrechtliche Übertragungsautomatik auch für die Tarifbeschäftigten des Bundes.

[1021] ErfKom/Dörner BUrlG § 7 Rn. 67; Winter, in: BeckOK TVöD, § 26 TVöD-AT Rn. 12.
[1022] Winter, in: BeckOK TVöD, § 26 TVöD-AT Rn. 14.
[1023] Rundschreiben vom 27.03.2015 (D5-31001/3#4) – Erholungsurlaub für Tarifbeschäftigte, Übertragung in das Folgejahr.
[1024] Erholungsurlaubsverordnung v. 24.11.2015 (BGBl. I S. 1797) in der Fassung der vierzehnten Verordnung zur Änderung der Erholungsurlaubsverordnung v. 12.01.2015 (D 2-30106/14#13).
[1025] Rundschreiben vom 27.03.2015 (D5-31001/3#4).

c) **Besonderheit beim Sonderurlaub**

Ausgenommen von der vorstehenden übertariflichen Regelung und somit von der beamtenrechtlichen Übertragungsautomatik sind Erholungsurlaubsansprüche aus Kalenderjahren des Beginns sowie aus vollen Kalenderjahren einer **Beurlaubung nach § 28 TVöD**. Erst im Kalenderjahr der Beendigung der Beurlaubung findet die übertarifliche Übertragungsregelung wieder in eingeschränktem Umfang Anwendung. Eine Übertragung in das Folgejahr kommt demnach nur in Betracht, sofern dafür die gesetzlichen Voraussetzungen nach § 7 III des BUrlG vorliegen. Die Tarifnorm bestimmt nur die Fristen und greift für die zulässigen Gründe einer Übertragung auf § 7 III 2 BUrlG zurück (vgl. Wortlaut des § 26 II Buchst. a) TVöD „In den Fällen der Urlaubsübertragung…"). Typischer Anwendungsfall für die in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründe, die danach geeignet sind, eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr zu rechtfertigen, ist eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, die der Inanspruchnahme des Urlaubs im laufenden Kalenderjahr entgegensteht. Ist hingegen der wunschgemäß auf Antrag der/des Tarifbeschäftigten vereinbarte unbezahlte Sonderurlaub nach § 28 TVöD dafür ursächlich, dass der Urlaub oder ein Teil davon nicht rechtzeitig vor Ablauf des Urlaubsjahres in Anspruch genommen werden kann, sind die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Übertragung insoweit idR nicht erfüllt.[1026]

d) **Besonderheiten bei Elternzeit**

Hat der Arbeitnehmer noch Resturlaub aus der Zeit vor Antritt der Elternzeit, verlängert § 17 II BEEG den Übertragungszeitraum über § 7 III BUrlG und einschlägige tarifvertragliche Regelungen hinaus.[1027] Der Resturlaub kann in dem bei Ende der Elternzeit laufenden und dem nachfolgenden Urlaubsjahr genommen werden.

Elternzeit - Kürzung des Urlaubsanspruchs (BAG 19.03.2019 – 9 AZR 495/17, Leitsätze): Urlaub, der nach § 17 I 1 BEEG für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel gekürzt werden kann, verfällt während der Elternzeit nicht gemäß § 7 III BUrlG mit Ablauf des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums.

Merke: Das Fristenregime in 17 II BEEG (und § 24 Satz 2 MuSchG) geht dem Fristenregime nach § 7 III BUrlG vor.

Für den Urlaub, der erst nach Ende der Elternzeit entsteht, gilt allein die Übertragungsregelung des § 7 III BUrlG bzw. § 26 II Buchst. a) Satz 2 TVöD. Der Resturlaub wird weiter übertragen wird, wenn er nach dem Ende der ersten Elternzeit auf Grund einer weiteren Elternzeit nicht genommen werden konnte. Denn das Regelungsziel sei es, sicherzustellen, dass die Inanspruchnahme von Elternzeit nicht zum Verfall des Urlaubsanspruchs führe.[1028] Der Arbeitnehmer muss die Übertragung nicht verlangen. Sie tritt vielmehr wie bei § 7 III BUrlG automatisch ein. Die Übertragungsregelung findet wegen der laufenden Möglichkeit, Urlaub zu gewähren, keine Anwendung im Falle einer Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit bei demselben Arbeitgeber.

10. **Verfall des Erholungsurlaubs**

a) **Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubs bei Dauererkrankungen**

Urlaub, der innerhalb der Fristen des § 26 II Buchst. a) TVöD (31.03./31.05. des Folgejahres) nicht angetreten oder innerhalb der übertariflich anwendbaren Beamtenvorschriften nicht genommen bzw. angetreten wird, verfällt grundsätzlich (§ 7 III BUrlG).

[1026] Rundschreiben vom 27.03.2015 (D5-31001/3#4).
[1027] BAG 24.10.1989, AP BUrlG § 7 Nr. 52; 28.07.1992, BErzGG § 17 Nr. 3.
[1028] Schrader, in: BeckOK ArbR, § 17 BEEG Rn. 10 mwN.

Fraglich ist, ob diese strenge Sicht – Urlaub und der Abgeltungsanspruch verfallen nach Ablauf der Übertragungsfrist – auch im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben aufrechterhalten werden kann. In der Rechtssache „*Schultz-Hoff*“[1029] hat der EuGH entschieden, dass nach Ablauf der Übertragungsfristen **gesetzliche Urlaubsansprüche** nicht ohne weiteres verfallen, wenn sie wegen **Krankheit** nicht rechtzeitig erfüllt werden konnten; insoweit hat der EuGH das bisherige deutsche Urlaubsrecht gekippt. Dem EuGH hat sich das BAG[1030] angeschlossen und seine bisherige entgegenstehend Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben. Nach der Rechtsprechung des BAG erlischt der gesetzliche Mindesturlaub zwar weiterhin mit Ablauf des Kalenderjahres bzw. des Übertragungszeitraumes, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit hatte, den Urlaub zu nehmen. Kein Untergang des gesetzlichen Mindesturlaubs tritt aber in den Fällen ein, in denen der Abreitnehmer seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub wegen fortbestehender Krankheit gar nicht ausüben konnte.

Offen blieb zunächst, nach welchem Zeitraum in solchen Fällen der Urlaub verfällt. In der Rechtssache „*KHS*“[1031] hat der EuGH am 22.11.2011 entschieden, dass bei langer Arbeitsunfähigkeit der Urlaub nicht unbegrenzt angesammelt werden könne und im konkreten Fall eine tarifliche Regelung als zulässige Begrenzung angesehen, wonach **krankheitsbedingt nicht genommener Urlaub 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres (= Bezugszeitraum) erlischt**. Das ergibt sich aus dem Zweck des Erholungsurlaubs und dem Fehlen eines Rechts, Urlaubsansprüche unbegrenzt zu sammeln.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer ist von Juli 2020 bis zum 15. Januar 2022 arbeitsunfähig erkrankt. Nach seiner Rückkehr ist ihm der Mindesturlaub aus dem Jahr 2020, den er wegen der Erkrankung in den Jahren 2020 und 2021 nicht nehmen konnte, noch zu gewähren.

Nach **Beendigung der Arbeitsunfähigkeit** wird der zuvor wegen Erkrankung nicht in Anspruch genommene Urlaub dem Urlaub des dann laufenden Kalenderjahres hinzugefügt und unterliegt als ein einheitlicher Urlaubsanspruch den für diesen geltenden Fristen.[1032] Wird der Urlaub nicht in Anspruch genommen, verfällt er somit, wenn der Arbeitnehmer im Kalenderjahr oder im Übertragungszeitraum so rechtzeitig gesund und arbeitsfähig wird, dass er in der verbleibenden Zeit den Urlaub hätte nehmen können.

Das BAG hat dann in einem Fall aus dem TVöD-Bereich im Urteil vom 07.08.2012 in Anlehnung an das EuGH-Urteil grundlegend entschieden, dass in richtlinienkonformer Auslegung von § 7 III, IV BUrlG bei Dauererkrankten der **gesetzliche Urlaubsanspruch** generell erst **15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres erlischt**.[1033] Diese 15 Monate ergeben sich aus dem Zeitraum von 12 Monaten zuzüglich der in § 7 III BUrlG vorgesehenen Frist in Höhe von 3 Monaten im folgenden Kalenderjahr. Nach der

---

[1029] EuGH 20.01.2009, Rs. C-350/06, NZA 2009, 135 („Schultz-Hoff“): „Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei Ablauf des Bezugszeitraums und/oder eines im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraums auch dann erlischt, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben war und seine Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses fortgedauert hat, weshalb er seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte.“

[1030] BAG 24.03.2009, NZA 2009, 538: „Der Anspruch auf Abgeltung gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubs *erlischt nicht*, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. § 7 Absatz III BUrlG und § 7 IV BUrlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Artikel 7 der Richtlinie 2003/88/EG gemeinschaftsrechtskonform fortzubilden. Der Senat gibt seine entgegenstehende bisherige Rechtsprechung auf.“

[1031] EuGH 22.11.2011, Rs. C-214/10, NZA 2011, 1333 („KHS“): „Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten wie etwa Tarifverträgen nicht entgegensteht, die die Möglichkeit für einen während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, dadurch einschränken, dass sie einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vorsehen, nach dessen Ablauf der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt.“

[1032] BAG 9.8.2011, NZA 2012, 29.

[1033] BAG 7.8.2012, NZA 2012, 1216 – juirs Rn. 32.

Übertragung ins neue Urlaubsjahr unterliegt der Urlaubsanspruch dann wieder dem Fristenregime des § 26 II Buchst. a) Satz 1 TVöD (bzw. § 7 III BurlG) bzw. der übertariflichen Regelung.

Merke: Für den gesetzlichen Mindesturlaub ergibt sich in Fällen fortdauernder Arbeitsunfähigkeit der erforderliche Mindestumfang des Übertragungszeitraums von fünfzehn Monaten im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung unmittelbar aus § 7 III BUrlG, s. BAG vom 7.8.2012 (9 AZR 353/10).

Hinweis: Mit Rundschreiben vom 13. März 2013 (D5-220210-2/26#1) werden Durchführungshinweise gegeben, wie in Fällen fortdauernder krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach der Rechtsprechung des BAG, die im Anschluss an die Grundsatzentscheidungen des EuGH in den Rechtssachen „Schultz-Hoff“ und „KHS“ zur Umsetzungen der unionsrechtlichen Vorgaben ergangen ist, urlaubsrechtlich zu verfahren ist.

b) **Verfall des tariflichen Mehrurlaubs bei Dauererkrankungen**

Von vorstehender Regelung erfasst ist nur der *gesetzliche Mindesturlaubsanspruch*. Mit der Regelung zur Übertragung und zum Verfall von Urlaubsansprüchen in § 26 II Buchst. a) TVöD haben die Tarifvertragsparteien ein eigenständiges Fristenregime, losgelöst von § 7 III BUrlG, geschaffen. [1034] Für die **tariflichen Mehrurlaubsansprüche** gelten daher die tarifvertraglich vereinbarten Übertragungs- und Verfallsfristen; und zwar auch dann, wenn der Urlaub aufgrund von langfristiger Erkrankung nicht in Anspruch genommen werden konnte.[1035]

Damit verfällt bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit bereits mit Ablauf der tariflichen Verfallfristen (31.05. des Folgejahres) bzw. der übertariflichen Verfallfristen (31.12. des Folgejahres) der Mehrurlaub, im Gegensatz zum gesetzlichen Urlaub, der erst nach Ablauf von 15 Monaten (gerechnet ab Ende des Urlaubsjahres) verfällt.[1036]

Beispiel: Ein Beschäftigter mit einem jährlichen Urlaubsanspruch von 30 Tagen erkrankt im Januar 2020 und kann seine Tätigkeit erst im Januar 2022 wieder aufnehmen. Der Beschäftigte hätte den tariflichen Mehrurlaub iHv 10 Urlaubstagen aus dem Urlaubsjahr 2020 zunächst nach § 26 II Buchst. a) Satz 2 bis zum 31. Mai des Folgejahres (2021) nehmen müssen. Aufgrund der übertariflichen Übertragungsfrist, wonach die Regelung der Beamten des Bundes gem. § 7 EUrlV Anwendung findet, hätte der Beschäftigte den tariflichen Mehrurlaub bis zum 31. Dezember des Folgejahres (31.12.2021) nehmen können. Der tarifliche Mehrurlaub iHv 10 Urlaubstagen aus dem Urlaubsjahr 2020 ist damit zum 31. Dezember 2021 verfallen. Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch iHv 20 Urlaubstagen für das Urlaubsjahr 2020 würde hingen trotz Ablauf dieser übertariflichen Frist (31.12.2021) noch bestehen und erst 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres (2020) und damit zum 31.03.2022 verfallen. Der tarifliche Mehrurlaubsanspruch aus dem Urlaubsjahr 2021 könnte bis zum 31. Dezember 2022 und der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch aus dem Urlaubsjahr 2021 noch bis zum 31.03.2023 genommen werden.

c) **Zusammenfassung**

Erholungsurlaub, der wegen einer vorübergehenden Arbeits- bzw. Dienstunfähigkeit nicht in Anspruch genommen werden kann, unterliegt unterschiedlichen Verfallfristen. Der unionsrechtlich gewährleistete Urlaubsanspruch in Höhe von 20 Tagen verfällt spätestens nach 15 Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres. Der diesen übersteigenden Urlaub (nunmehr einheitlich 10 Arbeitstage) verfällt zwölf Monate nach dem Ende des Urlaubsjahres. Der unionsrechtlich gewährleistete Urlaubsanspruch in Höhe von 20 Tagen verfällt auch zwölf Monate nach dem Ende des Urlaubsjahres, wenn der Beschäftigte oder der der Beamte (vgl. § 7 III EUrlV) nach Gesundung die Möglichkeit hatte, den Erholungsurlaub innerhalb der zwölfmonatigen Verfallfrist in

[1034] BAG 22.05.2012, NZA-RR 2013, 48.
[1035] Rundschreiben vom 13.03.2013 (D5-220210-2/26#1) unter E.
[1036] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaub Rn. 3036.

Anspruch zu nehmen. Bei der Berechnung des noch zustehenden Urlaubs ist zunächst der unionsrechtlich gewährleistete Urlaubsanspruch zu verbrauchen.

Beispiel: komplette Arbeits- bzw. Dienstunfähigkeit von 2013 bis Juni 2015

- 2013
  - 10 Tage Mehrurlaub verfallen mit Ablauf des 31.12.2014
  - 20 Tage unionsrechtlich gewährleisteter Urlaubsanspruch verfallen mit Ablauf des 31.03.2015
- 2014
  - 10 Tage Mehrurlaub verfallen mit Ablauf des 31.12.2015
  - 20 Tage unionsrechtlich gewährleisteter Urlaubsanspruch verfallen mit Ablauf des 31.03.2016
- 2015
  - 10 Tage Mehrurlaub verfallen mit Ablauf des 31.12.2016
  - 20 Tage unionsrechtlich gewährleisteter Urlaubsanspruch verfallen mit Ablauf des 31.03.2017

Urlaubsanspruch bei Rückkehr im Juni 2015 = 60 Tage. Bei Rückkehr bereits im Februar 2015 ergäbe sich ein Urlaubsanspruch von 80 Tagen.

Soweit die entstandenen Urlaubsansprüche noch nicht verfallen sind, werden diese bei Wiederaufnahme der Tätigkeit grundsätzlich dem Urlaub des dann laufenden Kalenderjahres hinzugefügt. Dabei erfüllt der vom Arbeitnehmer genommene Urlaub zunächst den gesetzlichen (unionsrechtlichen) Mindest-Urlaubsanspruch und erst anschließend den tariflichen Mehr-Urlaubsanspruch.[1037]

Geht der aus dem Vorjahr übertragenen Urlaubsanspruch trotz Ablauf des Übertragungszeitraums - etwa wegen andauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers - nicht unter, ist dieser Teil des Urlaubsanspruchs gegenüber dem Teil, den der Arbeitnehmer zu Beginn des aktuellen Urlaubsjahres erworben hat, nicht privilegiert. Er unterliegt auch dem Fristenregime des § 7 III BUrlG. Der aus früheren Zeiträumen stammende Urlaubsanspruch erlischt demnach trotz langwieriger krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit genauso wie der Anspruch, der zu Beginn des Urlaubsjahrs neu entstanden ist, wenn der Arbeitnehmer im Kalenderjahr oder im Übertragungszeitraum so rechtzeitig gesund und arbeitsfähig wird, dass er in der verbleibenden Zeit seinen Urlaub nehmen kann.[1038]

d) **Kein automatischer Verfall von Urlaubsansprüchen bei fehlender Antragsstellung**

aa) **Rechtsprechung des EuGH**

Nach einer Entscheidung des EuGH vom 06.11.2018 entfällt der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht allein dadurch, dass Arbeitnehmer der vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen Antrag auf Wahrnehmung seines Anspruches auf bezahlten Jahresurlaub gestellt hat (Urlaubsanspruch). Dies gelte auch für die finanzielle Vergütung für diesen nicht genommenen Urlaub nach Ende einer Beschäftigung (Urlaubsabgeltungsanspruch). Der Urlaubs- wie der Abgeltungsanspruch könne nur untergehen, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber, zB durch angemessene Aufklärung, tatsächlich in die Lage versetzt wurde, die fraglichen Urlaubstage rechtzeitig zu nehmen.[1039] Weiterhin hat der EuGH festgestellt, dass ein freiwilliger Verzicht auf die Inanspruchnahme des bezahlten Jahresurlaubs nicht dazu führen kann, die Vergütung bei Ende des Beschäftigungsverhältnisses

[1037] BAG 22.01.2002, NZA 2002, 1041.
[1038] BAG NZA 2012, 29 Rn. 20.
[1039] EuGH 06.11.2018 C-619/16 „Kreuzinger“ – Tenor.

zu erhöhen. Dies wäre mit dem Urlaubszweck nicht vereinbar, einen wirksamen Schutz für die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten zu gewährleisten.

Ist der Arbeitgeber in der Lage, den Nachweis zu erbringen, dass Arbeitnehmer aus freien Stücken und in voller Kenntnis der Sachlage darauf verzichtet haben, ihren bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, nachdem sie in die Lage versetzt worden waren, ihren Urlaubsanspruch tatsächlich wahrzunehmen, steht das Unionsrecht dem Verlust dieses Anspruchs und - bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses - dem entsprechenden Wegfall der finanziellen Vergütung für den nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub nicht entgegen.[1040]

bb) **Rechtsprechung des BAG**

Das BAG hat in einem Grundsatzurteil vom 19.02.2019[1041] entschieden, dass der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres erlischt, wenn der Arbeitgeber ihn zuvor über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

Nach bisheriger Rechtsauffassung des BAG verfiel nicht genommener Urlaub spätestens am Ende des Übertragungszeitraums, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hatte, den Urlaub in Anspruch nehmen zu können.[1042]

Sachverhalt[1043]: Der Beklagte beschäftigte den Kläger vom 01.08.2001 bis zum 31.12.2013 als Wissenschaftler. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte der Kläger ohne Erfolg, den von ihm nicht genommenen Urlaub im Umfang von 51 Arbeitstagen aus den Jahren 2012 und 2013 mit einem Bruttobetrag iHv. 11.979,26 Euro abzugelten. Einen Antrag auf Gewährung dieses Urlaubs hatte er während des Arbeitsverhältnisses nicht gestellt. Die Vorinstanzen hatten der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hatte angenommen, der Urlaubsanspruch des Klägers sei zwar zum Jahresende verfallen. Der Kläger habe aber Schadensersatz in Form von Ersatzurlaub verlangen können, weil der Beklagte seiner Verpflichtung, ihm von sich aus rechtzeitig Urlaub zu gewähren, nicht nachgekommen sei. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei der Ersatzurlaubsanspruch abzugelten.

Die Revision des Beklagten hatte vor dem BAG Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

Entscheidung des BAG: Der Urlaubssenat legt in o. g. Entscheidungen § 7 I 1 BUrlG nunmehr richtlinienkonform aus und verlangt, dass der Arbeitgeber konkret und in völliger Transparenz dafür sorgt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Nach Auffassung des BAG sieht § 7 III 1 BUrlG vor, dass Urlaub, der bis zum Jahresende nicht gewährt und genommen wird, verfällt. Das habe nach bisheriger Rechtsprechung selbst für den Fall gegolten, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber rechtzeitig, aber erfolglos aufgefordert hatte, ihm Urlaub zu gewähren. Nach der Rechtsprechung des EuGH sei der Arbeitgeber gehalten, "konkret und in völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn – erforderlichenfalls förmlich – auffordert, dies zu tun". Der Arbeitgeber habe klar und rechtzeitig mitzuteilen, dass der Urlaub am Ende des Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums verfallen werde, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht nehme. Die Beschäftigten sollten mit dieser Mitteilung auch aufgefordert werden, ihren Resturlaub zu beantragen und in Anspruch zu nehmen. Eine solche Mitteilung und

[1040] BMI RdSchr. v. 20.11.2018 D5-20202/1#48, Seite 1.
[1041] BAG 19.02.2019 – 9 AZR 541/15; Vorinstanz LArbG München 06.05.2015 - 8 Sa 982/14.
[1042] BAG 19.02.2019 - 9 AZR 541/15 - Rn. 16.
[1043] Pressemitteilung des BAG Nr. 9/2019 v. 19.02.2019.

Aufforderung gegenüber den Beschäftigten, Resturlaubsansprüche in Anspruch zu nehmen, hat in geeigneter Form zu erfolgen, zB im Intranet oder in der Hausmitteilung.[1044]

Merke: Bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 7 BUrlG könne der Verfall von Urlaub daher in der Regel nur eintreten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert habe, den Urlaub zu nehmen, und ihn klar und rechtzeitig darauf hingewiesen habe, dass der Urlaub anderenfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums erlösche. Die Mitwirkungsobliegenheiten gelten sowohl für den gesetzlichen Mindesturlaubs, als auch für den tariflichen Mehrurlaub nach TVöD.[1045]

cc) **Umsetzungshinweise für die Praxis**

Mit Rundschreiben vom 3. September 2019 wird die BAG Rechtsprechung zu den erforderlichen Mitwirkungsobliegenheiten der Arbeitgeber im Urlaubsrecht und zum Verfall von Urlaubsansprüchen erläutert. Es werden Hinweise für die Umsetzung der rechtlichen Vorgaben in der Praxis gegeben. Vor dem Hintergrund, dass sich die Urteile auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beziehen, handelt es sich bei den Umsetzungshinweisen für Beamtinnen und Beamte um Empfehlungen.

Rundschreiben BMI vom 3. September 2019 (D5-31001/3#16): Kein Automatischer Verfall von Urlaubsansprüchen bei fehlender Antragsstellung von Beschäftigten, Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers.

Danach gehören zur Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers:

(1) die konkret-individuelle Information der Beschäftigten über die Anzahl ihrer Urlaubstage

- zu Beginn des Kalenderjahres
- in Textform
- gesondert nach den Kalenderjahren ihrer Entstehung und mit den entsprechenden Verfallsfristen. Dies betrifft nach aktueller Einschätzung folgende Urlaubsansprüche:
    - für Tarifbeschäftigte (unter Berücksichtigung der übertariflichen Regelung) den Gesamturlaubsanspruch nach dem TVöD, der den gesetzlichen Mindesturlaub nach dem BUrlG einschließt und ggf. den Schwerbehindertenzusatzurlaub nach § 208 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX)
    - für Beamtinnen und Beamte den Erholungsurlaub nach § 5 EUrlV, die Urlaubsansparung zur Kinderbetreuung nach § 7a EUrlV, den Zusatzurlaub nach § 12 EUrlV und den Schwerbehindertenzusatzurlaub nach § 208 SGB IX
    - für Urlaubsansprüche beider Statusgruppen, die nicht zu Beginn des Kalenderjahres, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, also im laufenden Kalenderjahr entstehen, wird es für ausreichend erachtet, der Obliegenheitspflicht zu Beginn des folgenden Kalenderjahres nachzukommen

(2) die gleichzeitige Aufforderung, die bestehenden Urlaubsansprüche vor Ablauf der jeweils einschlägigen Verfallsfrist so rechtzeitig zu beantragen, dass der Urlaub noch innerhalb des jeweiligen Bezugszeitraums genommen werden kann.

(3) den Hinweis, dass der Urlaub grundsätzlich am Ende des Bezugszeitraums verfällt, wenn die Beschäftigten in der Lage waren, ihren Urlaub im Bezugszeitraum zu nehmen, dieser aber nicht beantragt wurde.

(4) die hinreichende Dokumentation der Information an die Beschäftigten.

dd) **Rechtsfolgen bei fehlender Information**

[1044] BMI RdSchr. v. 20.11.2018 D5-20202/1#48, Seite 2.
[1045] BAG 19.02.2019 - 9 AZR 541/15 - Rn. 36.

Sind die erforderlichen Mitwirkungsobliegenheiten nicht oder unvollständig erfolgt, tritt der dadurch nicht verfallene (entfristete) Urlaubsanspruch zu dem im Folgejahr entstehenden Urlaubsanspruch hinzu. Der Urlaub erlischt also nicht mit Ablauf des Bezugszeitraumes, sondern wird vielmehr als Urlaub in das Folgejahr gutgeschrieben. Der übernommene Urlaub besteht im Folgejahr als gewöhnlicher Urlaubsanspruch fort. Damit unterliegt er allen Regelungen, die für den „normalen" Jahresurlaub gelten. Er geht folglich zum Ende des Folgejahres unter. Dies gilt aber nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nunmehr korrekt über Bestand und Verfall des Urlaubs informiert hat.[1046]

- Fehlt es in den Folgejahren dagegen erneut an einer ordnungsgemäßen Information, kommt es zu einer endlosen Kumulation von Urlaubsansprüchen. Zeitliche Grenzen bestehen nicht, denn:[1047]
- Die Fortschreibung des Urlaubs folgt nicht aus § 7 III 2 BurlG. Ein Verfall zum 31.3. des Folgejahres scheidet mithin aus.
- Individual- oder tarifvertragliche Ausschlussfristen greifen nicht: § 13 BurlG.
- Der fortgeschriebene Urlaub verjährt nicht nach den §§ 195 ff. BGB. Der Urlaubsanspruch wandelt sich nicht in einen Schadensersatzanspruch um, sondern besteht als originärer Befreiungsanspruch fort. Damit scheidet eine Verjährung aus.

Es bliebe noch die 15-Monatsgrenze, wie sie für die Übertragung von Urlaub greift, der wegen Erkrankung nicht genommen werden konnte. Das BAG nimmt indes keinen Rekurs auf die 15-Monatsgrenzen. Die Frage der unbegrenzten Übertragung ist derzeit noch nicht abschließend geklärt.

ee) **Hinweispflicht bei Dauererkrankung**

Nach einem Urteil des LAG Hamm vom 27.06.2019 besteht bei einer langfristig erkrankten Arbeitnehmerin keine Belehrungspflicht des Arbeitgebers dahingehend, dass Urlaubsansprüche bei Nichtinanspruchnahme bis zum 31.12. des Kalenderjahres oder bis zum 31.03. des Folgejahres im Fall der Übertragung bzw. der übertariflichen Verfallfristen erlöschen. Diese Belehrungspflicht besteht erst wieder nach Wiedergenesung bezogen auf die konkreten Ansprüche der Arbeitnehmerin.[1048]

Das LAG Rheinland-Pfalz hat mit Urteil vom 15.01.2020 – 7 Sa 284/19 entsprechend ausgeführt. Danach erlöschen Urlaubsansprüche langandauernd erkrankter Arbeitnehmer auch dann mit dem 31. März des zweiten Folgejahres, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während der ununterbrochenen Arbeitsunfähigkeit nicht auf den drohenden Verfall der Urlaubsansprüche hingewiesen hat.

Gilt die 15-Monatsfrist für den Verfall des Urlaubsanspruchs auch bei unterlassener Mitwirkung des Arbeitgebers? – BAG Vorlagebeschluss 07.07.2021 – 9 AZR 245/19: https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=pmZur Klärung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub eines Arbeitnehmers, bei dem eine volle Erwerbsminderung im Verlauf des Urlaubsjahres eingetreten ist, 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres oder ggf. zu einem späteren Zeitpunkt verfallen kann, hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union gerichtet. Für den Fall, dass der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr aus gesundheitlichen Gründen an seiner Arbeitsleistung gehindert war, versteht der Neunte Senat § 7 III BUrlG nach Maßgabe der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 22.11.2011 (- C-214/10 - [KHS]) außerdem dahin, dass gesetzliche Urlaubsansprüche bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit 15 Monate nach dem

[1046] Bayreuther, Urlaubsrecht – finalisiert, NZA 2019, 945, 946.
[1047] Bayreuther, Urlaubsrecht – finalisiert, NZA 2019, 945, 947.
[1048] LAG Hamm 24.07.2019 - 5 Sa 676/19. Revision zugelassen.

Ende des Urlaubsjahres erlöschen. Das Verfahren ist beim Gerichtshof der Europäischen Union unter dem Aktenzeichen C-518/20 anhängig.

e) **Kein Verfall des Urlaubsanspruchs bei Verweigerung der Urlaubsvergütung durch den Arbeitgeber**

Der EuGH hat festgestellt, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub bei Verweigerung der Urlaubsvergütung durch den Arbeitgeber nicht verfällt.[1049] Im Einzelnen führt der EuGH wie folgt aus: Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und das in Art. 47 GRC verankerte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf verbieten es im Fall einer Streitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber über die Frage, ob der Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub hat, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaub zunächst nehmen muss, ehe er feststellen kann, ob er für diesen Urlaub Anspruch auf Bezahlung hat. Art. 7 der Richtlinie 2003/88 steht einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegen, nach denen es einem Arbeitnehmer verwehrt ist, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub, die in mehreren aufeinanderfolgenden Bezugszeiträumen wegen der Weigerung des Arbeitgebers, diese Urlaubszeiten zu vergüten, nicht ausgeübt worden sind, bis zum Zeitpunkt der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zu übertragen und gegebenenfalls anzusammeln.

11. **Geltendmachung und Gewährung der Urlaubsansprüche**

Soweit die entstandenen Urlaubsansprüche noch nicht verfallen sind, werden diese bei Wiederaufnahme der Tätigkeit grundsätzlich dem Urlaub des dann laufenden Kalenderjahres hinzugefügt. Dabei sind die Höchstübertragungsdauer von fünfzehn Monaten für den gesetzlichen Mindesturlaub und die übertarifliche Übertragungsfrist von zwölf Monaten für den tariflichen Mehrurlaub zu beachten.

Dabei erfüllt der vom Arbeitnehmer genommene Urlaub zunächst den gesetzlichen Urlaubsanspruch und erst anschließend den tariflichen Urlaubsanspruch.[1050] Demnach kann ein über den Mindesturlaub hinausgehender tariflicher Urlaubsanspruch weiterhin rechtmäßig verfallen. Ist vor Beginn der Erkrankung bereits ein Teil des Urlaubs genommen worden, ist dieser entsprechend der Rechtsprechung des BAG auf den gesetzlichen Mindesturlaub anzurechnen.

12. **Urlaubsabgeltung**

a) **Allgemeines**

Der TVöD enthält zur Urlaubsabgeltung keine eigenständige Regelung und sieht insoweit die Geltung des Bundesurlaubsgesetzes vor (siehe Generalklausel in § 26 II 1 Teilsatz 1 TVöD). Der Urlaubssenat des BAG geht deshalb in Bezug auf die Urlaubsabgeltung von einem „Gleichlauf“ aus. D. h. die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs nach §§ 1, 3 I BUrlG - ggf. einschließlich des Zusatzurlaubs für schwerbehinderte Menschen nach § 125 SGB IX - und des tariflichen Mehrurlaubs nach § 26 Abs. 1 Satz 1 TVöD richten sich einheitlich nach der gesetzlichen Regelung des § 7 IV BUrlG).[1051] Die Abgeltung des Urlaubs richtet sich daher nach **§ 7 IV BUrlG**, auf den § 26 II TVöD auch hinsichtlich des tariflichen Mehrurlaubs verweist. Danach ist der Urlaubsanspruch, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann, abzugelten.

Bei bevorstehender Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der verbliebene Urlaubsanspruch grds. im Zeitraum bis zur Beendigung zu gewähren und zu nehmen, wenn dies möglich ist. Die tatsächliche **Gewährung** hat also **Vorrang vor der Urlaubsabgeltung**. Wegen dieses Vorrangs ist die Urlaubsabgeltung die Ausnahme.[1052]

[1049] EuGH, Urteil vom 29.11.2017 – Rs. C-214/16 „King“.
[1050] BAG 22.01.2002, NZA 2002, 1041.
[1051] Vgl. zur insoweit wortgleichen Vorschrift des § 26 II TV-L: BAG 22.05.2012 – 9 AZR 618/10
[1052] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaubsabgeltung Rn. 3082.

Nach der Rechtsprechung des BAG erfolgt bei der Abgeltung nicht genommenen Urlaubs grds. keine Rundung von bruchteiligen Urlaubstagen. Damit eine Rundung von Bruchteilen eines Urlaubstages in Frage kommt bedarf es einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage.[1053] Hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaub, der weniger als einen halben Urlaubstag beträgt, ist der Anspruch weder auf volle Urlaubstage auf- noch auf volle Urlaubstage abzurunden, sofern nicht gesetzliche, tarif- oder arbeitsvertragliche Bestimmungen Abweichendes regeln.[1054] Es verbleibt bei dem Anspruch auf den bruchteiligen Urlaubstag. Das Verlangen des Arbeitnehmers, nicht genommenen Urlaub abzugelten, der aus mehreren Kalenderjahren stammt, bildet das Abgeltungsverlangen hinsichtlich eines jeden einzelnen Urlaubsjahres einen eigenen Streitgegenstand.[1055]

Beachte: Für den Bereich des Bundes enthält § 26 I 4 TVöD eine tarifrechtliche Rechtsgrundlage. Verbleibt bei der Berechnung des Urlaubs ein Bruchteil, der mindestens einen halben Urlaubstag ergibt, wird er auf einen vollen Urlaubstag aufgerundet; Bruchteile von weniger als einem halben Urlaubstag bleiben unberücksichtigt.

b) **Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt und genommen werden, ist er abzugelten. Aus welchem **Anlass** das Arbeitsverhältnis geendet hat (Kündigung, Auflösungsvertrag, Befristung, unbefristete Erwerbsminderungsrente, Erreichen der Altersgrenze), **spielt keine Rolle**. Der Abgeltungsanspruch entsteht auch dann, wenn der Tarifbeschäftigte fristlos entlassen wurde oder das Arbeitsverhältnis unberechtigt gelöst hat.[1056]

c) **Vererbbarkeit des Urlaubsanspruchs**

Endet das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Tarifbeschäftigten, erlischt mit der Beendigung zugleich der Urlaubsanspruch (ebenso wie alle anderen Ansprüche auf Befreiung von der Arbeitspflicht). Aus bisheriger nationaler Sicht konnte deshalb kein Urlaubsabgeltungsanspruch, der auf die Erben übergehen könnte, aus § 7 IV BUrlG mehr entstehen. Diese Sichtweise teilt der EuGH für Art. 7 II AZRL 2003/88/EG nicht. Er geht in den Entscheidungen „Bollacke“ vom 12.06.2014 und „Bauer und Broßonn“ vom 06.11.2018 davon aus, dass beim Tod des Beschäftigten ein Urlaubsabgeltungsanspruch der Erben entstehe. Der Tod des Beschäftigten kann also nicht dazu führen, dass der Urlaubsanspruch des Beschäftigten untergehe.[1057] Der Urlaubsanspruch wandele sich vielmehr in einen Abgeltungsanspruch iSv § 7 IV BUrlG um, der auf die Erben im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB übergehe.[1058]

Mit Rundschreiben vom 6. November 2019 werden Hinweise zur Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs von Tarifbeschäftigten gegeben. Im Anschluss an die Entscheidungen des EuGH vom 12.06.2014 („Bollacke“) und vom 06.11.2018 („Bauer und Broßonn“) hatte das BAG mit seiner Entscheidung vom 22.01.2019 (Az. 9 AZR 45/16) seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und festgestellt, dass auch bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers dessen Erben nach § 1922 Abs. 1 BGB iVm. § 7 Abs. 4 BUrlG einen Anspruch auf Abgeltung des vom Erblasser nicht genommenen Urlaubs haben. Das Rundschreiben enthält neben der Klärung von Einzelfragen (Verfallfristen, Ausschlussfrist) Hinweise zur steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Behandlung der Urlaubsabgeltung.

[1053] BAG 08.05.2018, ZTR 2018, 532 – Leitsatz; BAG 23.01.2018, NZA 2018, 1899 Rn. 32.
[1054] BAG 23.01.2018, NZA 2018, 1899 Rn. 32.
[1055] BAG 23.01.2018, NZA 2018, 1899 Rn. 26.
[1056] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Urlaubsabgeltung Rn. 3083.
[1057] EuGH 12.06.2014, C-118/13, NZA 2014, 651 „Bollacke”.
[1058] EuGH 12.06.2014, C-118/13, NZA 2014, 651 „Bollacke”; **aA** BAG 20.09.2011, NZA 2012, 326 Rn. 16: „Endet das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers, erlischt zugleich der Urlaubsanspruch. Er wandelt sich *nicht* in einen Abgeltungsanspruch iSv. § 7 Abs. 4 BUrlG um.“

Rundschreiben BMI vom 6. November 2019 (D5-31001/3#14): Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs von Tarifbeschäftigten.

Folgerungen für die Praxis: Rechtmäßige Erben des verstorbenen Tarifbeschäftigten können vom Arbeitgeber die Abgeltung der noch offenen Urlaubsansprüche des Erblassers verlangen. Maßgeblich ist die gesetzliche Erbfolge des BGB. Vor der Auszahlung müssen rechtmäßige Erben daher den Nachweis ihrer Erbberechtigung anhand des ihnen vom Nachlassgericht erteilten Erbscheins führen. Dieser beinhaltet bei Erbengemeinschaften zugleich Angaben über die Größe des Erbteils (§ 2353 BGB).

Aufgrund des „Gleichlaufgedankens" gilt die neue Rechtsprechung zur Vererbbarkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen für den Gesamturlaubsanspruch, dh für den gesetzlichen Mindesturlaub und den tariflichen Mehrurlaub gleichermaßen.

Merke: Ein Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 IV BUrlG kann - auch in Fällen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Tarifbeschäftigten - nur für solche Urlaubsansprüche entstehen, die zum Zeitpunkt des Todes noch bestanden und nicht schon verfallen waren. Daher können sich auch nur solche Urlaubsansprüche des Erblassers in einen Abgeltungsanspruch im Sinne von § 7 IV BUrlG umwandeln und anschließend nach § 1922 I BGB auf die Erben übergehen.

Beachte: Als Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis des Erblassers unterliegt die Urlaubsabgeltung der tariflichen Ausschlussfrist nach § 37 TVöD. Zur Wahrung der sechsmonatigen Ausschlussfrist reicht – auch in Fällen einer Erbengemeinschaft – die rechtzeitige schriftliche Geltendmachung des Anspruchs durch eine rechtmäßige Erbin bzw. einen rechtmäßigen Erben aus. Unbeschadet dessen unterliegen die Ansprüche der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 iVm § 199 I BGB.

Beamtenrechtlicher Exkurs: Das BVerwG hat mit Urteil vom 31.01.2013 im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH[1059], entschieden, dass Beamte einen direkten Anspruch aus Artikel 7 II Absatz 2 der RL 2003/88/EG auf Abgeltung des Erholungsurlaubs haben, den sie krankheitsbedingt bei Beendigung des Beamtenverhältnisses durch Eintritt oder Versetzung in den Ruhestand nicht mehr realisieren konnten.[1060] Mit Urteil vom 30.04.2014[1061] hat das BVerwG weiterhin entschieden, dass ein Urlaubsabgeltungsanspruch unabhängig davon bestehe, aus welchem Grund ein Beamtenverhältnis beendet wurde. Als Beendigungsgrund des Arbeitsverhältnisses iSd Art. 7 II RL 2003/88/EG sei daher jeder Beendigungsgrund gemäß § 30 BBG anzusehen. Entscheidend sei allein, dass der Beamte keine Möglichkeit hatte, während seines aktiven Dienstverhältnisses den ihm zustehenden Erholungsurlaub in Anspruch zu nehmen. Im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH vom 12.06.2014[1062] führt auch der Tod des Beamten zu einem vererbbaren Abgeltungsanspruch.

d) **Einfluss von Arbeitsunfähigkeit auf den Abgeltungsanspruch**

aa) **Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs**

Für den *gesetzlichen Mindesturlaub*[1063] nach §§ 1, 3 I BUrlG in Höhe von 20 Arbeitstagen ergibt sich in Fällen fortdauernder Arbeitsunfähigkeit der erforderliche Mindestumfang des Übertragungszeitraums von **fünfzehn Monaten** zwischenzeitlich im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung unmittelbar aus § 7 III BUrlG (siehe oben). Gesetzlicher Mindesturlaub verfällt also

[1059] EuGH 03.05.2012, Rs. C-337/10, NVwZ 2012, 688 „Neidel". Der Abgeltungsanspruch ist europarechtlich begründet und basiert unmittelbar – im Wege der sog. *vertikalen Wirkung* – auf Art. 7 II RL 2003/88/EG.

[1060] Dazu Rundschreiben vom 22.04.2014 (D2-30106/2#6).

[1061] BVerwG 30.04.2014, NVwZ 2014, 1166 Rn. 14.

[1062] EuGH 12.06.2014, C-118/13, NZA 2014, 651 „Bollacke".

[1063] Der **Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen** nach § 125 SGB IX ist nach der Rechtsprechung des BAG ein unabdingbarer gesetzlicher Mindesturlaub. Der Anspruch auf diesen Zusatzurlaub teilt das rechtliche Schicksal des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs und ist nach den gleichen Regeln wie der gesetzliche Mindesturlaub nach § 3 BUrlG zu behandeln. Das BAG hat mit Urt. vom 23.03.2010 (NZA 2010, 810) entschieden, dass der Anspruch auf den Schwerbehindertenzusatzurlaub nach § 125 SGB IX bei Arbeitsunfähigkeit ebenso wie der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub im Falle der Erkrankung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten ist.

auch bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit spätestens nach Ablauf dieser verlängerten Befristung am 31. März des zweiten auf das Entstehungsjahr des Urlaubs folgenden Jahres. Ein solcher Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubs hat bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge, dass auch **kein gesetzlicher Abgeltungsanspruch** mehr entstehen kann.[1064]

bb) **Abgeltung des tariflichen Mehrurlaubs**

Die unionsrechtskonforme Auslegung des § 7 III BUrlG zum erforderlichen Mindestumfang des Übertragungszeitraums in Fällen fortdauernder Arbeitsunfähigkeit betrifft nur gesetzlichen Mindesturlaub. Deshalb findet für den *tariflichen Mehrurlaub* anstelle der Tarifvorschrift des § 26 Abs. 2 Buchst. a) TVöD übertariflich die jeweils für die Beamten des Bundes geltende Regelung (§ 7 EUrlV) Anwendung. Danach verfällt Urlaub, der nicht innerhalb von **zwölf Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres** genommen worden ist.

Ein solcher Verfall des tariflichen Mehrurlaubs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge, dass auch **kein gesetzlicher Abgeltungsanspruch** mehr entstehen kann.

Beispiel: Ein Beschäftigter mit einem jährlichen Gesamturlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen nach § 26 I TVöD wird im Januar 2010 krankheitsbedingt arbeitsunfähig und kann seine Tätigkeit erst im Januar 2012 wieder aufnehmen. Hatte er von seinem Urlaub für 2010 noch nichts verbraucht, sind hiervon die 10 Arbeitstage tariflicher Mehrurlaub mit Ablauf des 31.12.2011 verfallen. Der gesetzliche Mindestanspruch von 20 Arbeitstagen bleibt hingegen trotz dieses Ablaufs der übertariflichen Frist erhalten bis zum 31.03.2012. Wurde das Arbeitsverhältnis vor dem 31.03.2012 beendet, entsteht ein Abgeltungsanspruch für den – zu diesem Zeitpunkt nicht verfallenen – gesetzlichen Mindesturlaub iHv 20 Arbeitstagen für das Urlaubsjahr 2010. Hinzu kommt der Abgeltungsanspruch für den gesetzlichen Mindesturlaub für das Urlaubsjahr 2011 (verfällt am 31.03.2013) und den tariflichen Mehrurlaub (verfällt am 31.12.2012) in Höhe von 30 Arbeitstagen für das Urlaubsjahr 2011. Mithin hätte der Beschäftigte einen Abgeltungsanspruch in Höhe von 50 Arbeitstagen. Dieser gesetzliche **Abgeltungsanspruch** ist ein **Geldanspruch**, der auch im Fall der Arbeitsunfähigkeit sofort mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig wird.

cc) **Höhe des Abgeltungsanspruchs**

Die Höhe des Abgeltungsanspruchs ist anhand der tariflichen Regelungen (§ 21 TVöD) zu ermitteln.

dd) **Geltendmachung innerhalb der Ausschlussfrist**

Der Abgeltungsanspruchs als Geldanspruch unterliegt – egal ob es um die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs oder des tariflichen Mehrurlaubs geht – der Ausschlussfrist des § 37 TVöD. Daraus folgt: Macht der arbeitsunfähige (genau wie der arbeitsfähige) Tarifbeschäftigte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Abgeltungsanspruch nicht rechtzeitig geltend, verfällt er nach Ablauf der tariflichen Ausschlussfrist.[1065] Die sechsmonatige Ausschlussfrist beginnt mit Fälligkeit des gesetzlichen Abgeltungsanspruchs, also mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Hinweis: Mit Rundschreiben vom 13.03.2013 (D5-220 210-2/26#1) werden Durchführungshinweise zu Fragen des Erholungsurlaubs nach § 26 TVöD sowie der Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit gegeben.

13. **Fortzahlung des Entgelts**

Für die Dauer des Erholungsurlaubs haben die Beschäftigten Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts gemäß § 26 iVm § 21 TVöD. Hiernach werden während des Urlaubs das Tabellenentgelt und die sonstigen in Monatsbeträgen festgelegten

[1064] Conze/Karb, Stichwort Urlaubsabgeltung Rn. 3083.
[1065] BAG 9.8.2011, NZA-RR 2012, 129 Rn. 13 und 26.

Entgeltbestandteile weitergezahlt. Die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile werden nach dem Durchschnitt der letzten drei vollen Kalendermonate vor dem Beginn des Urlaubs berechnet (vgl. § 21 TVöD). Der Auszahlungszeitpunkt für das Urlaubsentgelt ist der letzte Tag des Monats (§ 26 II Buchst. d) iVm § 24 TVöD). Der Beschäftigte kann die Entgeltfortzahlung erst zu diesem Zeitpunkt geltend machen. Entsprechend beginnt die Ausschlussfrist gem. § 37 TVöD zu laufen.[1066]

Hinsichtlich der Berechnung des Urlaubsentgelts nach § 26 iVm § 21 TVöD gelten infolge unionsrechtlicher Vorgaben Besonderheiten. Wenn ein vor der Änderung der wöchentlichen Arbeitszeit oder des Arbeitszeitmodells erworbener Urlaubsanspruch erst nach diesem (arbeitszeitrechtlichen) Änderungsstichtag in Anspruch genommen wird, sollen die Beschäftigten nach Änderung ihres Beschäftigungsumfangs für die nicht verbrauchten Urlaubstage mindestens das Äquivalent des Urlaubsentgelts erhalten, das sie im Falle einer Gewährung vor dem Änderungsstichtag erhalten hätten. Dieser Auslegung hat sich das BAG mit Urteil vom 20.03.2018 angeschlossen.[1067]

II. **Sonderurlaub (§ 28 TVöD)**

Nach § 28 TVöD können Beschäftigte bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Verzicht auf Fortzahlung des Entgelts Sonderurlaub erhalten.

1. **Sonderurlaub aus wichtigem Grund**

Voraussetzung für die Gewährung von Sonderurlaub ist zunächst, dass persönliche Motive des Beschäftigten einen „wichtigen Grund“ darstellen. Dabei rechtfertigt nicht jedes persönliche Interesse die Annahme eines wichtigen Grundes. Das vom Beschäftigten verfolgte Ziel muss bei objektiver Betrachtung hinreichend gewichtig und schutzwürdig sein.[1068]

Solche wichtigen Gründe können sein: Familiäre Gründe (Betreuung oder Pflege eines Kindes unter 18 Jahren oder eines sonstigen pflegebedürftigen Angehörigen), Berufsbildung, Fortführung eines Studiums, Besuch von Fortbildungsveranstaltungen.

2. **Auswirkungen von Sonderurlaub auf das Arbeitsverhältnis**

Das Arbeitsverhältnis ruht, dh die wechselseitigen Hauptpflichten – Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung einerseits, Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltzahlung andererseits – sind suspendiert, während die Nebenpflichten – speziell die gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten – weiterbestehen.[1069]

a) **Stufenlaufzeiten und Beschäftigungszeiten**

Die Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs bleiben daher bei den Stufenlaufzeiten nach § 16 IV TVöD sowie bei der Beschäftigungszeit nach § 34 III TVöD unberücksichtigt. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber vor Antritt des Sonderurlaubs schriftlich ein dienstliches oder betriebliches Interesse anerkannt hat (§ 17 III Buchst. d) bzw. § 34 III 2 TVöD).

b) **Erholungsurlaub**

[1066] Winter, in: BeckOK TVöD, § 26 TVöD-AT Rn. 28.
[1067] BAG 20.03.2018, NZA 2018, 851.
[1068] BAG AP BAT-O § 50 Nr. 1; Winter, in: BeckOK TVöD, § 28 TVöD-AT Rn. 2.
[1069] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Sonderurlaub Rn. 2452.

Der tarifliche Mehrurlaub vermindert sich (einschließlich eines Zusatzurlaubs) um 1/12 für jeden vollen Kalendermonat des Sonderurlaubs (§ 26 II Buchst. c) TVöD), etwas anders galt nach der Rechtsprechung bislang hingegen für den gesetzlichen Urlaub.[1070]

Nach der Rechtsprechung des BAG besteht für Zeiten des unbezahlten Sonderurlaubs kein gesetzlicher Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlten Erholungsurlaub.[1071] Der Zeitraum des unbezahlten Sonderurlaubs ist bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs regelmäßig mit "null" Arbeitstagen in Ansatz zu bringen. Befindet sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz oder teilweise im unbezahlten Sonderurlaub, ist bei der Berechnung der Urlaubsdauer zu berücksichtigen, dass die Arbeitsvertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von Sonderurlaub vorübergehend ausgesetzt haben. Dies führt dazu, dass einem Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr, in dem er sich durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels einer Arbeitspflicht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht. Der Zeitraum des unbezahlten Sonderurlaubs ist bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs regelmäßig mit "null" Arbeitstagen in Ansatz zu bringen. Ein Urlaubsanspruch für die Zeit des Sonderurlaubs besteht deshalb regelmäßig nicht.

Für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs bleiben Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs unberücksichtigt.[1072]

III. **Arbeitsbefreiung (§ 29 TVöD)**

1. **Allgemeines**

§ 29 I TVöD regelt die Fälle, in denen der Beschäftigte Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung sowohl mit, als auch ohne Fortzahlung der Bezüge hat. § 29 II TVöD regelt für den Fall, dass eine Freistellung aus einer gesetzlichen Bestimmung im Rahmen allgemeiner staatsbürgerlicher Pflichten heraus zu erfolgen hat, die Frage der Bezahlung der ausgefallenen Arbeit aus der gesetzlichen Freistellung heraus. § 29 III bis V TVöD betrifft weitere Freistellungsansprüche, die ua aus gesetzlichen Bestimmungen heraus bestehen, zB iRd Personalvertretung, Teilnahme an Prüfungsausschüssen usw.

Die Freistellungstatbestände der Abs. 1 und 2 begründen eine Verpflichtung zur Erteilung von Arbeitsbefreiung durch den Arbeitgeber, wohingegen die Freistellung nach Abs. 3 bis 5 nur im Rahmen der „kann“-Vorschriften vorgesehen ist, dh die Beurteilung, ob Arbeitsbefreiung gewährt wird, muss hier nach pflichtgemäßer Ermessensausübung durch den Arbeitgeber erfolgen.

Daneben kann auch eine Erweiterung der tariflichen Freistellungsanlässe durch über- bzw. außertarifliche Übertragung der jeweils geltenden bundes- bzw. landesgesetzlichen Beamtenregelungen auf die Tarifbeschäftigten des jeweiligen Arbeitgebers erfolgt sein. Der Bund hat hiervon bspw. Gebrauch gemacht und neben der außertariflichen Anwendung beamtenrechtlicher Arbeitsbefreiungstatbestände aus der dortigen Sonderurlaubsverordnung sogar zusätzliche über- bzw. außertarifliche Maßnahmen durch folgende Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern zugelassen, zB gemäß § 7 SUrlV für fachliche, staatspolitische, kirchliche und sportliche Zwecke.[1073]

[1070] BAG 06.05.2014 – 9 AZR 678/12, BAGE 148, 115: Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub nach § 1 BUrlG entsteht auch während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines vereinbarten unbezahlten Sonderurlaubs.
[1071] BAG 19.03.2019 – 9 AZR 406/17 Rn. 35.
[1072] BAG 19.03.2019 - 9 AZR 315/17, ZTR 2019, 174 Rn. 30; 19.03.2019 – 9 AZR 406/17 Rn. 35.
[1073] Rundschreiben vom 08.01.2007 (D II 2 – 220 210-2/29) - Arbeitsbefreiung für Beschäftigte aus besonderen Anlässen.

2. **Persönliche Freistellungstatbestände**

Die Regelung des § 29 I TVöD geht als spezielle Regelung dem § 616 BGB[1074] vor und regelt abschließend den tariflichen Anspruch in der Aufzählung der Buchst. a) bis f). Ein darüberhinausgehender Anspruch auf Freistellung auf der Grundlage des § 616 BGB besteht nicht mehr. Insoweit konkretisiert § 29 I TVöD den in der Person liegenden Grund durch einen Ausschließlichkeitskatalog. Liegt ein Fall der Buchst. a) bis f) vor, hat der Beschäftigte Anspruch auf Freistellung unter Fortzahlung des Entgelts nach § 21 TVöD. Versagen kann der Arbeitgeber die Freistellung nicht. Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf § 21 TVöD wird die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts ausreichend konkretisiert.

Voraussetzung für den Anspruch des Beschäftigten auf Freistellung ist, dass der Anlass in der Aufzählung des § 29 I TVöD enthalten ist und im Prinzip auch tatsächlich eine Arbeitspflicht besteht, dh der Beschäftigte nicht bereits aus anderen Gründen, zB wegen Urlaub, Arbeitsunfähigkeit, Teilzeitarbeit, dienstplanmäßiger Freizeitausgleich, etc., bereits von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung befreit ist.[1075]

Obwohl tariflich nicht ausdrücklich normiert, ist dabei jedoch nicht zwingende Voraussetzung, dass der Anlass der Freistellung auf einen Arbeitstag fällt, so dass die Freistellung auch an einem anderen Tag erfolgen kann. So kann ein Anlass, der auf einen arbeitsfreien Tag fällt, dennoch einen Freistellungsanspruch auslösen.

Beispiel[1076]: Ein dienstlich veranlasster Umzug wird vom Beschäftigten an einem arbeitsfreien Samstag ausgeführt. Für den darauffolgenden Montag beantragt er umzugsbedingt Arbeitsbefreiung. Für den Beschäftigten ist nicht nur der Transport des Umzugsgutes angefallen. Auch vor- und nachbereitende Tätigkeiten des Beschäftigten, wie zB das behördliche An- und Abmelden am alten bzw. neuen Wohnort, nehmen ihn in erhöhtem zeitlichen Maß in Anspruch. Unabhängig davon, ob er am Montag tatsächlich umzugsbedingte Tätigkeiten ausführt ist ihm Arbeitsbefreiung zu gewähren.

Beachte: Die **Freistellung** muss in zeitlich **nahem Zusammenhang zum Anlass** stehen, so dass hierdurch zB der zeitlich höheren Belastung des Beschäftigten durch den Freistellungsanlass Rechnung getragen werden kann.[1077]

Beispiel[1078]: Eine Beschäftigte hätte Anspruch auf einen Tag Arbeitsbefreiung aus Anlass ihres 25-jährigen Dienstjubiläums. Sie beantragt sowohl für den Jubiläumstag, als auch in zeitlicher Nähe dazu keine Arbeitsbefreiung, da sie diese Arbeitsbefreiung stattdessen in Verbindung mit ihrem in drei Monaten beginnenden Erholungsurlaub in Anspruch nehmen möchte. Die Arbeitsbefreiung kann hier wegen mangelnder zeitlicher Nähe zum Ereignis nicht mehr gewährt werden.

In den Fällen der Buchst. a) bis und e) Doppelbuchst. aa) bis cc) erfolgt die Freistellung, je nach Tatbestand, pauschaliert für einen oder mehrere Arbeitstage. Eine Aufteilung in Bruchteile und Verteilung auf mehrere Arbeitstage ist tariflich nicht vorgesehen.[1079] Für Teilzeitkräfte gilt der Freistellungsanspruch entsprechend dem eines Vollbeschäftigten; Folge kann sein, dass bei Aufteilung der Arbeitszeit in diesem Fall auf weniger als fünf Arbeitstage in der Woche ein längerer zusammenhängender Zeitraum, in dem keine Arbeitsleistung zu erbringen ist, entsteht. Eine Kürzung der tariflich vorgesehenen Anzahl der

[1074] Nach § 616 S. 1 BGB verliert der zur Dienstleistung Verpflichtete seinen Vergütungsanspruch nicht dadurch, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.
[1075] Müller, BeckOK-TVöD, § 29 TVöD-AT Rn. 3.
[1076] Aus Müller, BeckOK-TVöD, § 29 TVöD-AT Rn. 3.1.
[1077] BAG 27.04.1983 AP BGB § 616 Nr. 61.
[1078] Aus Müller, BeckOK-TVöD, § 29 TVöD-AT Rn. 3.2.
[1079] Müller, BeckOK-TVöD, § 29 TVöD-AT Rn. 4.

Arbeitsbefreiungstage bei Teilzeitbeschäftigung unter Verteilung der Arbeitszeit auf weniger als fünf Tage in der Woche scheidet aus.[1080]

An dieser Stelle wird lediglich auf einige der einzelnen Freistellungen nach § 29 I TVöD eingegangen:

a) **Niederkunft der Ehefrau**

Es muss sich um eine Niederkunft der Ehefrau bzw. der Lebenspartnerin handeln. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Ehefrau in häuslicher Gemeinschaft mit dem Beschäftigten lebt. Kein Anspruch besteht bei der Niederkunft der Lebensgefährtin.[1081]

b) **25- und 40-jähriges Arbeitsjubiläum**

Bei Vollendung des 25- bzw. 40-jährigen Arbeitsjubiläums (vgl. § 23 TVöD) besteht ebenfalls ein Anspruch auf Freistellung unter Fortzahlung des Entgelts.

c) **Schwere Erkrankung**

Bei diesen Anspruchsvoraussetzungen geht es um die notwendige Personenpflege durch den Beschäftigten, wenn ein Angehöriger (zum Begriff vgl. § 20 V VwVfG), ein Kind, das das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder eine Betreuungsperson schwer erkrankt sind und eine andere Person (als der Beschäftigte) zur Pflege oder Betreuung nicht zur Verfügung steht und der Arzt bei dem erkrankten Kind bzw. der erkrankten Betreuungsperson die Notwendigkeit der Anwesenheit des Beschäftigten zur vorläufigen Pflege bescheinigt (§ 29 I 2 TVöD).

Die tarifliche Regelung gem. Buchstabe e) bb) (Freistellung bis zu 4 Arbeitstagen im Kalenderjahr, in manchen Verwaltungen wie beim Bund auch in Form von halben Tagen) ist bei schwerer **Erkrankung des Kindes unter 12 Jahren** gegenüber der Entgeltfortzahlungsregelung des § 45 SGB V nachrangig. In der gesetzlichen Krankenkasse haben Versicherte bei notwendiger Kinderbetreuung wegen Erkrankung des Kindes einen Anspruch auf Krankengeld gegenüber der Krankenkasse, wenn das Kind das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Gegenüber dem Arbeitgeber besteht ein gesetzlicher Anspruch auf unbezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung (§ 45 III SGB V).[1082]

Der Krankengeldanspruch beträgt für jedes Kind 10 Arbeitstage, insgesamt höchstens 25, für Alleinerziehende für jedes Kind 20 Arbeitstage, insgesamt jedoch höchstens 50 Arbeitstage im Jahr (vgl. § 45 II SGB V). Über den gesetzlichen Anspruch hinaus besteht kein zusätzlicher tariflicher Anspruch auf Freistellung nach § 29 I Buchst. e Doppelbuchst.[1083]

Für nicht gesetzlich krankenversicherte Kinder unter 12 Jahren besteht ausschließlich ein tarifvertraglicher Anspruch.

d) **Ärztliche Behandlung**

Dieser Freistellungsanspruch setzt voraus, dass Arbeitspflicht besteht und die ärztliche Arbeitsbefreiung während der Arbeitszeit erfolgen muss. Die ärztliche Behandlung umfasst jede Untersuchung oder Behandlung durch einen Arzt, auch dann, wenn es sich um Maßnahmen wie zB Massagen oder therapeutische Maßnahmen durch Dritte handelt, soweit sie ärztlich verordnet sind (vgl. auch Niederschriftserklärung zu § 29 I Buchst. f) TVöD.

Der Freistellungsanspruch hängt davon ab, dass die ärztliche Behandlung nicht außerhalb der Arbeitszeit erfolgen kann, also zwingend in die Arbeitszeit fällt. Der Beschäftigte hat zunächst durch entsprechende Terminvereinbarung dafür zu sorgen, dass

[1080] Müller, BeckOK-TVöD, § 29 TVöD-AT Rn. 5.
[1081] BVerfG 08.01.1998 – 1 BvR 1872/94.
[1082] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Befristeter Arbeitsbefreiung Rn. 404.
[1083] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Befristeter Arbeitsbefreiung Rn. 406.

die Behandlung nach Möglichkeit außerhalb dieser Zeiten erfolgt, also an arbeitsfreien Tagen oder in Fällen der Gleitzeit außerhalb der Kernarbeitszeit. Hat der Beschäftigte keinen Einfluss auf die Termingestaltung, so ist eine aus diesem Grund während der Arbeitszeit erfolgende Behandlung als notwendig anzusehen.[1084]

3. **Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten**

Voraussetzung für den Freistellungsanspruch zur Erfüllung allgemeiner staatsbürgerlicher Pflichten ist ein gesetzlich vorgeschriebener Freistellungsanspruch. § 29 II TVöD stellt keinen Befreiungstatbestand dar, sondern regelt tariflich die Bezahlung für den Zeitraum der gesetzlich vorgeschriebenen Freistellung. Diese muss zur Erfüllung allgemeiner staatsbürgerlicher Pflichten ermöglicht werden. Damit sind solche Aufgaben gemeint, die jeden Staatsbürger ohne weiteres treffen können, zB:

- Die Beteiligung an Wahlausschüssen und die Mitarbeit in Wahlvorständen (vgl. § 11 Bundeswahlgesetz) sowie die Mitgliedschaft in den jeweiligen Wahlorganen für Landtags- und Kommunalwahlen,
- Wahrnehmung öffentlicher Ehrenämter als Schöffen oder ehrenamtliche Richter (mittelbar folgt der gesetzliche Freistellungsanspruch aus den einzelnen Verfahrensgesetzen wie zB aus §§ 31 bis 56 GVG für Schöffen).

Sind die gerichtlichen oder polizeilichen Termine allerdings durch private, dh eigene Angelegenheiten des Beschäftigten veranlasst, besteht kein Freistellungsanspruch unter Entgeltfortzahlung. Gleiches gilt für die Freistellung des Beschäftigten aus Anlass eines von ihm gegen seinen Arbeitgeber geführten Arbeitsgerichtsprozesses, selbst wenn das persönliche Erscheinen des Beschäftigten durch das Gericht angeordnet wird.[1085]

4. **Generalklausel**

Neben den tatbestandsmäßig normierten Arbeitsbefreiungen hält § 29 in seinem Absatz 3 zwei Generalklauseln bereit, die es dem Arbeitgeber ermöglichen, flexibel auf Arbeitsbefreiungssituationen zu reagieren.[1086]

5. **Entgeltfortzahlung**

Die Entgeltfortzahlung richtet sich nach der Dauer der Arbeitsbefreiung, hinsichtlich der Höhe nach § 21 TVöD.

6. **Beamtenrechtlicher Exkurs**

Während aus Sicht des Arbeitsrechts die Fälle der Arbeitsbefreiung unter grundsätzlicher Fortzahlung des Entgelts in § 29 TVöD geregelt sind, ist dies aus Sicht des Beamtenrechts in den (Sonder-)Urlaubsverordnungen des Bundes und der Länder normiert, in Form von Sonderurlaub oder als Urlaub aus anderen Anlässen. Vgl. für den Bereich des Bundes die Verordnung über den Sonderurlaub für Bundesbeamte sowie Richter des Bundes (Sonderurlaubsverordnung) in der Fassung vom 01.06.2016 (SUrlV Bund).

[1084] BAG 29.02.1984 AP BGB § 616 Nr. 63; LAG Niedersachsen 08.02.2018 – 7 Sa 256/17 – Leitsatz; Müller, BeckOK-TVöD, § 29 TVöD-AT Rn. 18.
[1085] Müller, BeckOK-TVöD, § 29 TVöD-AT Rn. 21.
[1086] Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsbefreiung Rn. 421 ff.

IV. **Außertarifliche Arbeitsbefreiung**

1. **Fernstudiengang Verwaltungsmanagement an der HS Bund - Teilnahme von Tarifbeschäftigten**

Mit Rundschreiben vom 21.08.2015[1087] wird auch Tarifbeschäftigten die Teilnahme am berufsbegleitenden Fernstudiengang - als Vorbereitungsdienst für den gehobenen nichttechnischen Dienst des Bundes in der allgemeinen und inneren Verwaltung – eröffnet. Als Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Fernstudiengangs kommen im Rahmen des dienstlichen Bedarfs (zB bei Ausschreibung und Besetzung von geeigneten Arbeitsplätzen und Dienstposten) Tarifbeschäftigte des vergleichsweise mittleren Dienstes in Frage, also der Entgeltgruppen 5 bis 9a. Über die Zulassung zum Fernstudiengang entscheidet jeweils die Hochschule auf der Grundlage eines Auswahlverfahrens (§ 4 GntDAIVVDV).

Den vorgenannten studierenden Tarifbeschäftigten wird für die in § 3 Abs. 2 iVm § 6 Abs. 4 GntDAIVVDV geregelten Freistellungszeiten außertariflich Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts (§ 21 TVöD) gewährt. Dazu zählen der Besuch der Präsenzveranstaltungen, die Teilnahme an Prüfungen, die Anfertigung der Diplomarbeit (6 Wochen) und Zeiten des Fern- und Selbststudiums (47 Arbeitstage pro Studienabschnitt).

2. **Arbeitsbefreiung für Beschäftigte aus besonderen Anlässen**

Mit dem **Rundschreiben vom 20.06.2016** (D5-31001/7#18) erfolgt eine Aktualisierung/Anpassung der außertariflichen Arbeitsbefreiungstatbestände aus besonderem Anlass an den Sonderurlaub für Bundesbeamte sowie Richter des Bundes nach der Sonderurlaubsverordnung in der Fassung vom 01.06.2016 (SUrlV).

Im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen ist der Bundesminister des Inneren damit einverstanden, dass in entsprechender Anwendung der §§ 3 und 4 der SUrlV aus folgenden besonderen Anlässen außertariflich Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts in entsprechender Anwendung folgender Vorschriften der Sonderurlaubsverordnung gewährt werden kann, bspw. seien genannt:

- § 9 SUrlV – Aus- oder Fortbildung
- § 12 SUrlV – vereinspolitische Zwecke –,
- § 15 SUrlV – gewerkschaftliche Zwecke –, soweit diese Vorschrift über die in § 29 IV TVöD getroffene Regelung hinausgeht –,
- § 16 SUrlV – kirchliche Zwecke –,
- § 17 SUrlV – sportliche Zwecke –,
- § 18 SUrlV – Familienheimfahrten.

3. **Sonderurlaub bzw. Arbeitsbefreiung aus besonderen Anlässen**

a) **Wegen akuter Katastrophen (Hochwasser)**

Zur Sicherung des eigenen, unmittelbar durch akute Katastrophe (Hochwasser) bedrohten Eigentums kann Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts von bis zu fünf Arbeitstagen gewährt werden. In ganz besonderen Ausnahmefällen kann Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts können bis zu 15 weiteren Arbeitstagen gewährt werden (insgesamt 20 Arbeitstage). Die Dienststellen entscheiden eigenverantwortlich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. In dem Rundschreiben werden weitere Regelung zur Betriebsstörung (§ 615 BGB) und zu Verkehrsstörungen und dadurch verursachte

[1087] Rundschreiben vom 21.08.2015 (D 5-31003/5#7) – Fernstudiengang Verwaltungsmanagement an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Teilnahme von Tarifbeschäftigten.

Nichterreichbarkeit der Dienststelle getroffen (grds. Leistungsverschiebung oder Nutzung flexibler Arbeitsmodelle, Ausnahmsweise Dienstbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts) getroffen.

Rundschreiben vom 21. Juli 2021 (Az. D5-31001/7#3, D2-30106/24#3): Gewährung von Sonderurlaub bzw. Arbeitsbefreiung anlässlich akuter Katastrophen wegen Hochwassers oder extremen Schneefalls; Erweiterung des Anwendungsbereiches und Härtefallregelung.

b) **Zum Zwecke der Kinderbetreuung und zur erforderlichen Pflege (COVID-19)**

Aufgrund der flächendeckenden Schließung von Betreuungseinrichtungen hat das BMI mit Rundschreiben Regelungen für die Gewährung von Sonderurlaub sowie von Arbeitsbefreiung zum Zwecke der Kinderbetreuung geschaffen.

Rundschreiben vom 22. Dezember 2021 (D5-31001/7#50, D2-30106/28#4): Regelungen anlässlich aktueller Entwicklungen in Bezug auf das Corona-Virus (COVID-19); Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite.

Mit diesem Rundschreiben werden die Änderungen des § 45 Sozialgesetzbuch Fünf (SGB V) und des § 9 Pflegezeitgesetz (PflegeZG), die im Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite aufgenommen wurden, umgesetzt.

Nach dem Rundschreiben bestehen zwei Möglichkeiten, wie mit der notwendigen Kinderbetreuung im Rahmen der COVID-19-Pandemie umgegangen werden kann. Sofern die jeweiligen Voraus-setzungen vorliegen, können Betreuende entweder nach dem § 56 IfSG oder nach dem § 45 SGB V Ansprüche geltend machen, wobei die Anspruchsberechtigten zwischen den beiden Möglichkeiten wählen können. Darüber hinaus bestehen zusätzliche Regelungen, die die Pflege und Betreuung von pflegebedürftigen Angehörigen im Rahmen der COVID-19-Pandemie in Anlehnung an die §§ 2, 9 PflegeZG betreffen.

Tarifbeschäftigten kann zur Kompensation von Verdienstausfällen, die durch die notwendige Kinderbetreuung im Sinne des § 56 Abs. 1a IfSG entstehen, pro Jahreszeitraum eine Arbeitsbefreiung von bis zu 34 Arbeitstagen (bei einer Fünf-Tage-Woche) unter Fortzahlung des Entgelts nach § 21 TVöD unter den im Folgenden dargestellten Voraussetzungen gewährt werden. Beamtinnen und Beamten kann unter den nachfolgend genannten Voraussetzungen zum Zwecke der Kinderbetreuung pro Jahreszeitraum Sonderurlaub unter Fortzahlung der Bezüge nach § 22 II SUrlV von bis zu 34 Arbeitstagen (bei einer Fünf-Tage-Woche) gewährt werden.

Damit erfüllt der Arbeitgeber den Entschädigungsanspruch für Verdienstausfälle nach § 56 Abs. 1a IfSG. Für beide Statusgruppen gilt: Die Regelungen gelten nur während des Zeitraums einer vom Deutschen Bundestag festgestellten epidemische Lage von nationaler Tragweite. Basierend auf einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von fünf Tagen entsprechen zehn Wochen 50 Arbeitstagen. Der Gewährungszeitraum von bis zu 34 Arbeitstagen (bei einer Fünf-Tage-Woche) bei Weiterzahlung der ungekürzten Besoldung bzw. Vergütung entspricht im Ergebnis einem Entschädigungsanspruch in Höhe von 67 Prozent des Verdienstausfalls für 50 Arbeitstage. Sofern die wöchentliche regelmäßige Arbeitszeit anders als auf fünf Arbeitstage verteilt ist, erhöht oder vermindert sich der Anteil entsprechend. Der Anspruch besteht im Gewährungszeitraum ab dem 1. April 2021 unabhängig davon, ob der Dienst im Homeoffice erbracht wird bzw. erbracht werden könnte. Positive Arbeitszeitsalden (Mehrarbeit-, Überstunden und Gleitzeitguthaben) sind vorrangig abzubauen. Bei Beamtinnen und Beamten dürfen der Gewährung des Sonderurlaubs keine dienstlichen Gründe entgegenstehen. Der Sonderurlaub bzw. die Arbeitsbefreiung müssen nicht zusammenhängend genommen werden. Es ist möglich, einzelne Tage in Anspruch zu nehmen.[1088]

[1088] Einzelheiten BMI-Rs. v. 24.11. 2021 (Az. D5-31001/7#49, D2-30106/28#4): S.5 ff.

Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite am 24. November 2021 wurde u. a. das Infektionsschutzgesetz dahingehend angepasst, dass der Anspruch auf Entschädigung bei Schul- und Kitaschließungen, Aufhebung der Präsenzpflicht bzw. der Quarantäne eines Kindes ab dem 26. November 2021 auch unabhängig von der Feststellung des Bestehens der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag bis zum Ablauf des 19. März 2022 fortbesteht. Darüber hinaus enthält dieses Gesetz auch Anpassungen bei den Regelungen zum Kinderkrankengeld (§ 45 Abs. 2a SGB V) und akuten Pflegebedarfes (§ 9 PflegeZG). Beide Änderungen treten erst am 1. Januar 2022 in Kraft. Für den Beamtenbereich ist eine Anpassung der Sonderurlaubsverordnung erforderlich, die bereits in Vorbereitung ist.

G. Befristung des Arbeitsverhältnisses

Nach Lektüre dieses Teilabschnitts können die Teilnehmer,

die Befristung von Arbeitsverhältnissen anhand der arbeitsrechtlichen und tariflichen Regelungen sicher anwenden, insbesondere

die Voraussetzungen einer Befristung mit Sachgrund und einer sachgrundlosen Befristung erläutern,

die Rechtsfolgen und den Rechtschutz bei einer Unwirksamkeit der Befristung benennen und

die Besonderheiten des Befristungsrechts für Beschäftigte im öffentlichen Dienst erklären.

I. **Allgemeines**

Nach dem Grundsatz der durch Art. 2 I GG gewährleisteten Vertragsfreiheit können Arbeitsverhältnisse nicht nur unbefristet, sondern auch befristet abgeschlossen werden. Insbesondere im öffentlichen Dienst ist die Befristung von Arbeitsverträgen ein wichtiges personalwirtschaftliches Instrument. Der nachfolgende Teil befasst sich mit dem befristeten Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst und den materiell-rechtlichen Grundlagen. Zunächst wird unter Auswertung neuerer Gerichtsentscheidungen die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge anhand der gesetzlichen Befristungstatbestände dargestellt und deren Auswirkung auf die Praxis aufgezeigt. Im Anschluss daran wird ein Überblick über die Systematik der tarifvertraglichen Sonderregelungen gegeben.[1089]

1. **Grundsätzliche Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge und aktuelle Entwicklung**

a) **Befristungen in Zahlen und Ziele nach dem Koalitionsvertrag**

Nach den **Daten des Statistischen Bundesamtes** waren 2019 in Deutschland 7,4 % der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ab 25 Jahren befristet beschäftigt. Die Befristungsquote von Frauen mit 7,5 % und Männern mit 7,3 % unterscheidet sich dabei im Vergleich zu früher kaum mehr. Die meisten, (53,4 %), der befristet Beschäftigten besaßen 2019 einen Arbeitsvertrag mit einer Laufzeit von weniger als einem Jahr. Bei 22,0 % der Befragten betrug die Befristung ein bis unter zwei Jahre, bei weiteren 13,1 % zwei bis unter drei Jahre. 11,5 % gaben an, einen Vertrag mit einer Laufzeit von mehr als drei Jahren zu besitzen.[1090] Ein Rückgang der Befristungen ist seit 2017 zu verzeichnen. Im europäischen Vergleich lag Deutschland im Jahr 2019 unter dem EU-Durchschnitt von 10,7 % und bewegte sich im Vergleich zu anderen EU-Mitgliedsländern im Mittelfeld.

Im **Koalitionsvertrag** 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP) wird zu Befristungen wie folgt ausgeführt:

„Damit der öffentliche Dienst als Arbeitgeber mit gutem Beispiel vorangeht, schaffen wir die nur dort bestehende Möglichkeit der Haushaltsbefristung ab. Beim Bund als Arbeitgeber reduzieren wir die sachgrundlose Befristung Schritt für Schritt. Um Kettenbefristungen zu vermeiden, begrenzen wir mit Sachgrund befristete Arbeitsverträge beim selben Arbeitgeber auf sechs Jahre. Nur in eng begrenzten Ausnahmen ist ein Überschreiten dieser Höchstdauer möglich.“

b) **Grundsätzliche Zulässigkeit**

[1089] Dazu Block, Befristete Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst Teil 1, apf 2016, 102; Teil 2, apf 2016, 143 und Teil 3, apf 2016, 179; Bader/Jörchel, Das Befristungsrecht weiter in Bewegung, NZA 2016, 1105.

[1090] https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-4/befristet-beschaeftigte.html.

Die **Wirksamkeit der Befristung** eines Arbeitsverhältnisses versteht sich aber nicht von selbst, weil der soziale Schutz des befristet Beschäftigten hinter demjenigen des unbefristet Beschäftigten zurückbleibt: Mit dem Ablauf der Befristung endet das Arbeitsverhältnis automatisch, ohne dass es einer Kündigung bedarf.[1091] Durch die Befristung von Arbeitsverhältnissen könnte also der allgemeine Kündigungsschutz ausgehebelt werden.

Zum **Schutz der Arbeitnehmer** hatte die Rechtsprechung bereits frühzeitig versucht, die Möglichkeit von befristeten Arbeitsverträgen zu begrenzen. Die Befristung war nach Auffassung des BAG unwirksam, wenn sie objektiv zur Umgehung eines ansonsten bestehenden Kündigungsschutzes führte. Vereinfacht ausgedrückt bedeutete dies: Die Beschränkung (der Verlust) des Kündigungsschutzes war dann gerechtfertigt, wenn dafür **sachliche Gründe** vorlagen.[1092]

Mit Inkrafttreten des maßgeblich auf der europäischen Befristungsrichtlinie 1999/70/EG beruhenden **Teilzeit- und Befristungsgesetzes** (TzBfG) am 01.01.2001 wurde die Zulässigkeit der befristeten Arbeitsverträge umfassend und zusammenhängend kodifiziert.

2. Gesetzliche Regelungen

Nach **§ 620 III BGB** richtet sich die Zulässigkeit einer Befristung allgemein nach den **§§ 14-21 TzBfG**. Daneben gibt es spezielle gesetzliche Regelungen für besondere Befristungen, zB im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (§ 21 BEEG[1093]), im Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG[1094]) oder im Pflegezeitgesetz (§ 6 PflegeZG[1095]). Diese besonderen gesetzlichen Regelungen über die Befristung von Arbeitsverhältnissen gelten neben dem TzBfG.

3. Tarifliche Regelung

Im Geltungsbereich des TVöD bestimmt **§ 30 I 1 TVöD**, dass befristete Arbeitsverträge nach Maßgabe des TzBfG sowie anderer gesetzlicher Bestimmungen über die Befristung von Arbeitsverträgen zulässig sind.

Beachte: Für Tarifbeschäftigte, auf die die Regelungen des Tarifgebiets West Anwendung finden und die vor dem 01.01.2005 „BAT-Angestellte“ gewesen waren, gelten nach § 30 I 2 TVöD die in Absätzen 2 bis 5 geregelten Besonderheiten (in Anlehnung an die früheren SR 2 y BAT).[1096] Da diese Regelungen nur Anwendung fanden auf die Angestellten im Tarifgebiet West, bezieht sich die Verweisung in § 30 I 2 TVöD auch nur auf diese Beschäftigungsgruppe. Für die übrigen Beschäftigten (dh für die Arbeiterinnen und Arbeiter in den Tarifgebieten West und Ost und für die Angestellten im Tarifgebiet Ost) gelten ausschließlich die Regelungen aus dem TzBfG und/oder eben andere einschlägige gesetzliche Vorschriften über befristete Arbeitsverträge.

[1091] Junker, § 6 Rn. 437.

[1092] BAG 12.10.1960, NJW 1961, 798; Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 768.

[1093] § 21 I und III BEEG lautet: „Ein sachlicher Grund, der die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers oder einer anderen Arbeitnehmerin für die Dauer eines Beschäftigungsverbotes nach dem Mutterschutzgesetz, einer Elternzeit, einer auf Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglicher Vereinbarung beruhenden Arbeitsfreistellung zur Betreuung eines Kindes oder für diese Zeiten zusammen oder für Teile davon eingestellt wird. Die Dauer der Befristung des Arbeitsvertrags muss kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar oder den in den Absätzen 1 und 2 genannten Zwecken zu entnehmen sein.“

[1094] Zur Befristung nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz vgl. unter VIII.

[1095] § 6 PflegeZG lautet: „Wenn zur Vertretung einer Beschäftigten oder eines Beschäftigten für die Dauer der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 oder der Freistellung nach § 3 eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer eingestellt wird, liegt hierin ein sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses. Über die Dauer der Vertretung nach Satz 1 hinaus ist die Befristung für notwendige Zeiten einer Einarbeitung zulässig. Die Dauer der Befristung des Arbeitsvertrages muss kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar sein oder den in Absatz 1 genannten Zwecken zu entnehmen sein.“

[1096] Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 774.

II. **Befristung nach dem TzBfG**

1. **Allgemeine Grundsätze des Befristungsrechts**

a) **Begriff des befristet beschäftigten Arbeitnehmers**

§ 3 I 2 TzBfG enthält in Umsetzung der europäischen Befristungsrichtlinie eine ausdrückliche Legaldefinition des befristeten Arbeitsverhältnisses. Danach ist ein befristeter Arbeitsvertrag ein auf bestimmte Zeit geschlossener Arbeitsvertrag, wenn seine Dauer kalendermäßig bestimmt ist oder sich aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt. § 3 I 2 TzBfG unterscheidet zwischen kalendermäßig befristeten Arbeitsverträgen und zweckbefristeten Arbeitsverträgen.

Eine **Zeitbefristung** ist vereinbart, wenn die Dauer des Arbeitsverhältnisses kalendermäßig bestimmt ist (zB „das Arbeitsverhältnis endet am 31.12.2014). Eine **Zweckbefristung**[1097] liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis nicht zu einem kalendermäßig bestimmten Zeitpunkt, sondern bei Eintritt eines zukünftigen Ereignisses enden soll (zB befristete Einstellung von Tarifbeschäftigten beim Statistischen Bundesamt wegen der Durchführung einer Volkszählung oder Befristung für die Dauer der krankheitsbedingten Abwesenheit eines Mitarbeiters).

Der TVöD verwendet keine eigenen Definitionen, so dass auch für befristete Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst die Begriffsbestimmung aus § 3 I TzBfG gilt.[1098] Beide Befristungsarten sind im Geltungsbereich des TVöD möglich und zulässig.

b) **Verbot der Diskriminierung**

§ 4 II 1 TzBfG normiert zudem ein Diskriminierungsverbot, wonach ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer wegen der Befristung des Arbeitsvertrags grundsätzlich nicht schlechter behandelt werden darf als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer. Das Verbot der Diskriminierung bezieht sich auf alle Arbeitsbedingungen, insbes. auf die Arbeitszeit und das Arbeitsentgelt. Vor allem die Höhe des Arbeitsentgelts darf für befristet Beschäftigte nicht geringer bemessen sein, als bei vergleichbaren Arbeitnehmern in unbefristeten Arbeitsverhältnissen (§ 4 II 2 TzBfG). Das gilt bei allen Entgelten, die der Arbeitnehmer erhält, bspw. auch für das Leistungsentgelt nach § 18 TVöD.[1099]

Verstößt eine Vereinbarung oder Maßnahme gegen das Diskriminierungsverbot aus § 4 II TzBfG, ist sie unwirksam (§ 134 BGB). Für das Arbeitsentgelt gilt dann § 612 II BGB, mithin die übliche Vergütung.

2. **Befristung mit Sachgrund, § 14 I 2 TzBfG**

Da dem Beschäftigten durch die Befristung nicht grundlos der ihm ansonsten zustehende zwingende gesetzliche Kündigungsschutz vorenthalten werden darf, ordnet **§ 14 I 1 TzBfG** an, dass die Befristung eines Arbeitsvertrags grundsätzlich nur zulässig ist, wenn sie durch einen **sachlichen Grund** gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund für die Befristung ist gegeben, wenn ein berechtigtes, anerkennenswertes Interesse des Arbeitgebers daran besteht, statt eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nur ein zeitlich befristetes Arbeitsverhältnis zu vereinbaren.[1100] In § 14 I 2 Nr. 1-8 TzBfG sind beispielhaft *acht anerkannte sachliche Gründe* aufgeführt, die geeignet sind, die Befristung eines Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Die

---

[1097] Dazu Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 7c: Eine Zweckbefristung ist im Einzelfall nicht immer leicht abzugrenzen von einer auflösenden Bedingung (§ 158 II BGB). Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so endet mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts. Wird ein Arbeitsvertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so gilt das gesetzliche Befristungsrecht entsprechend, konkret die §§ 4 II und 5, 14 I und IV, 15 II, III und V TzBfG sowie die §§ 16–20 TzBfG (§ 21 TzBfG). Zweckbefristung und auflösende Bedingung unterschieden sich in der Frage der Gewissheit des Eintritts des künftigen Ereignisses.

[1098] Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 7.

[1099] Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 8b.

[1100] Weth, in: jurisPK-BGB, § 620 Rn 24.

Aufzählung ist nach der Rechtsprechung des BAG[1101] nicht abschließend, wie sich aus dem darin enthaltenen Wort „insbesondere“ ergibt. Folglich können in der Praxis weitere Gründe herangezogen werden. Erforderlich ist nur, dass die sonstigen Sachgründe den Wertungsmaßstäben des § 14 I 1 TzBfG entsprechen und den benannten Sachgründen des § 14 I 2 TzBfG von ihrem Gewicht her gleichwertig sind (weitere anerkannte Sachgründe unter 2. i.).[1102]

Beachte: Die Befristung mit Sachgrund unterliegt keinen zeitlichen Grenzen. Die Befristung ist daher so lange zulässig, wie der sachliche Grund andauert. Die Unwirksamkeit der Befristung kann sich aber aus den „Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs“ ergeben (dazu sogleich unter Vertretungsbefristung).

a) **Vorübergehender Bedarf, § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG**

Dieser Befristungsgrund setzt voraus, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf Grund konkreter Tatsachen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass für die Beschäftigung des Arbeitnehmers über das vorgesehene Vertragsende hinaus kein Bedarf (mehr) besteht. Es muss sich also um einen zeitlich klar befristeten Arbeitskräftebedarf handeln. Von diesem, von vornherein feststehenden, vorübergehenden Bedarf ist die jeder wirtschaftlichen Tätigkeit innewohnende Unsicherheit über die künftige Entwicklung zu unterscheiden, die eine Befristung gerade nicht rechtfertigen kann.

Hier sind zwei Fallgruppen relevant: zum einen die zukünftige Verringerung des Personalbedarfs (zB eine Dienststelle soll in absehbarer Zeit geschlossen werden), zum anderen der vorübergehende betriebliche Mehrbedarf (zB Saisonarbeit, Projektarbeit).[1103]

Für beide Fallgruppen ist nach der Rechtsprechung des BAG allerdings eine exakte und detaillierte **Bedarfsprognose** durch den Arbeitgeber notwendig: zum Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags muss anhand der vom Arbeitgeber erstellten Prognose mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers kein dauerhafter Bedarf mehr besteht.[1104] Bloße Unsicherheit über die künftige Entwicklung reicht nicht aus um eine Befristung zu rechtfertigen. Die Zahl der befristet eingestellten Arbeitnehmer muss sich im Rahmen des erwarteten Bedarfs halten.

Ein **Beispiel** für den Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs ist die Implementierung des E-Government in die Behördenabläufe. Die Umstellung auf digitalisierte Verfahren bedeutet einen enormen projektbezogenen Mehrbedarf, der durch konkrete Zielvorgaben und durch Personalbedarfsermittlung auch mengenmäßig belegt werden kann. Weitere Beispiel sind die Volkszählung 2009, die Abwicklung der Bundesgartenschau sowie erhöhte Antragsstellungen beim Auslaufen einer gesetzlichen Regelung.

Ein **öffentlicher Arbeitgeber** kann sich auf eine „Projektbefristung“ nur dann berufen, wenn es sich bei den im Rahmen des Projekts zu bewältigen Aufgaben um eine auf *vorübergehende Dauer* angelegte und gegenüber den *Daueraufgaben* des Arbeitsgebers abgrenzbare Zusatzaufgabe handelt.[1105] Dies ist nicht der Fall bei Tätigkeiten, die der Arbeitgeber im Rahmen des von ihm verfolgten Betriebszwecks dauerhaft wahrnimmt oder zu deren Durchführung er verpflichtet ist.

[1101] BAG 23.01.2002, NZA 2002, 986.
[1102] Weitere Sachgründe können bspw. sein: Bewilligung der Erwerbsminderungsrente auf unbestimmte Dauer, Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen, Strukturanpassungsmaßnahme, Befristung eines Arbeitsvertrages aufgrund des laufenden Stellenauswahlverfahrens.
[1103] Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 780.
[1104] BAG 09.03.2011, NZA 2011, 911; Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 780 mwN.
[1105] BAG 24.09.2015, NZA 2015, 301 Rn. 16.

Im Bereich des öffentlichen Dienstes können **haushaltsrechtliche Gründe** die Befristung eines Arbeitsvertrags wegen eines nur vorübergehenden betrieblichen/dienstlichen Bedarfs rechtfertigen, wenn der öffentliche Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufgrund konkreter Tatsachen die Prognose erstellen kann, dass für die Beschäftigung des Arbeitnehmers *Haushaltsmittel nur vorübergehend zur Verfügung stehen*. Die bloße Ungewissheit über die künftige haushaltsrechtliche Entwicklung genügt hierfür nicht. Ausreichend für die Prognose des öffentlichen Arbeitgebers ist aber grundsätzlich, wenn die Vergütung des befristet eingestellten Arbeitnehmers aus einer konkreten Haushaltsstelle erfolgt, die von vornherein nur für eine bestimmte Zeitdauer bewilligt worden ist und anschließend fortfallen soll.[1106]

b) **Übergang nach Abschluss der Ausbildung, § 14 I 2 Nr. 2 TzBfG**

Hauptanwendungsgebiet dieses Tatbestandes ist die bestehende **tarifvertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers**, Auszubildende bei dienstlichem bzw. betrieblichem Bedarf nach erfolgreich bestandener Abschlussprüfung in ein befristetes Arbeitsverhältnis für die Dauer von zwölf Monaten zu übernehmen, sofern nicht im Einzelfall personenbedingte, verhaltensbedingte, betriebsbedingte oder gesetzliche Gründe entgegenstehen, § 16a Satz 1 TVAöD-AT bzw. § 19 Satz 1 TVA-L BBiG. Der Befristungsgrund eignet sich aber auch für ehemalige Beamte auf Widerruf, die keine Planstelle haben, vgl. § 10 III BBG.

Der Befristungsgrund nach § 14 I 2 Nr. 2 TzBfG ermöglicht lediglich den **einmaligen Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags** nach dem Ende der Ausbildung. Weitere befristete Arbeitsverträge oder eine Vertragsverlängerung können nicht auf den in § 14 I 2 Nr. 2 TzBfG normierten Sachgrund gestützt werden, da ausgehend vom Wortlaut „im Anschluss“, nur eine einmalige Befristung zulässig ist.[1107] Eine wiederholte Befristung nach § 14 I 2 Nr. 2 TzBfG ist nach dem Normzweck nicht zulässig. Wegen der fehlenden Gefahr von Befristungsketten spricht nach der Rechtsprechung nichts dagegen, die beiden Rechtsinstitute der Sachgrundbefristung nach§ 14 I 2 Nr. 2 TzBfG und der sachgrundlosen Befristung nach § 14 II 2 TzBfG nebeneinander bestehen zu lassen.[1108]

c) **Vertretung, § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG**

aa) **Allgemeines**

Der Befristungsgrund der Beschäftigung zur Vertretung gehört neben den Gründen nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG („vorübergehender Bedarf“) und § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG („Haushaltsmittel“) zu den Sachgründen, die gerade im öffentlichen Dienst häufig und regelmäßig vorkommen. Wahrscheinlich ist die Beschäftigung zur Vertretung im öffentlichen Dienst sogar der häufigste Grund, befristete Arbeitsverträge abzuschließen.

(1) Prognose des Arbeitgebers

Ein sachlicher Grund für eine Befristung nach § 14 I 1 Nr. 3 TzBfG setzt voraus, dass der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Teil des Sachgrundes ist eine **Prognose des Arbeitgebers** über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs nach Rückkehr des zu vertretenden Mitarbeiters. Entscheidend für die sachliche Rechtfertigung ist hier, dass durch die befristete Beschäftigung der zeitweilige Ausfall des Vertretenen ausgeglichen wird. Der Arbeitgeber muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Vertretungskraft mit der Rückkehr des Vertretenen auf seinen Arbeitsplatz rechnen. Davon ist – sofern nicht besondere Umstände vorliegen – bei der Erkrankung eines Arbeitnehmers grundsätzlich auszugehen. Entsteht der Vertretungsbedarf für den Arbeitgeber “fremdbestimmt“, weil der Ausfall der Stammkraft - zB durch Krankheit,

[1106] BAG 26.10.2008, NZA 2009, 676 Rn. 15; 17.03.2010, NZA 2010, 633 Rn. 21; Weth, in: jurisPK-BGB, § 620 Rn 25.
[1107] Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 11a; Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 785.
[1108] BAG 21.09.2011, NZA 2012, 255.

Urlaub oder Freistellung - nicht in erster Linie auf seiner Entscheidung beruht, kann der Arbeitgeber regelmäßig damit rechnen, dass der Vertretene seine arbeitsvertraglichen Pflichten wieder erfüllen wird.[1109]

Gesetzliche Sonderregelungen: Der Sachgrund der Vertretung wird durch **§ 21 I BEEG** konkretisiert.[1110] Danach besteht ein sachlicher Grund, der die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, u.a. dann, wenn ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin für die Dauer eines Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz, einer Elternzeit oder einer auf Tarifvertrag oder einzelvertraglichen Vereinbarung beruhenden Arbeitsfreistellung zur Betreuung eines Kindes eingestellt wird. Eine gesetzliche Sonderregelunge für eine befristete Beschäftigung zur Vertretung findet sich neben § 21 BEEG im **Pflegezeitgesetz**. § 6 PflegeZG (ggf. iVm § 2 III FPfZG) normiert einen Sachgrund für die Befristung, wenn ein Arbeitnehmer zur Vertretung eines Beschäftigten für die Dauer der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung iSd § 2 PflegeZG, der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG oder der Familienpflegezeit gemäß § 2 FPfZG eingestellt wird.

(2) Kausalzusammenhang

Weiterhin ist ein **Kausalzusammenhang** zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung der Vertretungskraft erforderlich. Die Anforderungen an die Darlegung des Kausalzusammenhangs durch den Arbeitgeber richten sich nach der Form der Vertretung. Der nötige Kausalzusammenhang ist allerdings nur gegeben, wenn der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem vorübergehend abwesenden Beschäftigten **gedanklich zuordnet**.[1111] Diese gedankliche Zuordnung muss erkennbar sein, etwa durch entsprechende Angabe im befristeten Arbeitsvertrag oder im Rahmen der Beteiligung des Personalrats bei der Einstellung.

Der Kausalzusammenhang besteht nicht nur, wenn der befristet zur Vertretung eingestellte Mitarbeiter die vorübergehend ausfallende Stammkraft unmittelbar vertritt und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt (unmittelbare Vertretung). Der Kausalzusammenhang kann auch dann gegeben sein, wenn der Vertreter nicht unmittelbar die Aufgaben des vertretenen Mitarbeiters übernimmt.[1112] Die befristete Beschäftigung zur Vertretung lässt die Versetzungs- und Umsetzungsfunktion des Arbeitgebers unberührt. Wird die Tätigkeit des zeitweise ausgefallenen Mitarbeiters nicht von dem Vertreter, sondern von einem anderen Arbeitnehmer oder von mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt (mittelbare Vertretung) und deren Tätigkeit dem Vertreter übertragen, hat der Arbeitgeber zur Darstellung des Kausalzusammenhangs grundsätzlich die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen.[1113]

Werden dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Aufgaben übertragen, die der vertretene Mitarbeiter nie ausgeübt hat, besteht der erforderliche Vertretungszusammenhang auch dann, wenn der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich in der Lage wäre, dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer im Falle seiner Anwesenheit die dem Vertreter zugewiesenen Aufgaben zu übertragen. Auch in diesem Fall ist erforderlich, dass der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten nach außen erkennbar gedanklich zuordnet. Dies kann insbesondere durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag geschehen.[1114]

Praxistipp: Für die Befristung zur Vertretung in der Gestaltung der gedanklichen Zuordnung reicht es nach der Rechtsprechung des BAG vom 11.02.2015 aus, dass die Vertretung im Arbeitsvertrag dokumentiert ist und die Aufgaben des Vertreters gedanklich dem Vertretenen zugeordnet werden können. Je weiter die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung des Vertretenen

[1109] BAG 11.02.2015, NZA 2015, 617 Rn. 21.
[1110] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 14.
[1111] Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 795 mwN.
[1112] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 15.
[1113] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 15.
[1114] BAG 11.02.2015, NZA 2015, 617 Rn. 20.

gefasst ist, desto flexibler ist der Arbeitgeber hinsichtlich der Einsatzmöglichkeiten des Vertreters. Die Entscheidung des BAG ist nur konsequent, denn der Arbeitgeber muss den Wegfall der Arbeitsleistung kompensieren und braucht eine Person, welche die Stammkraft ersetzt. Wäre der Arbeitgeber an die bisher von dem Vertretenen ausgeführten Tätigkeiten gebunden, so würde es an einer äquivalenten Arbeitskraft fehlen. Es wäre dem Arbeitgeber nicht zumutbar, in Fällen in denen er neue Aufgaben dem Vertretenen hätte zuordnen können, dem Vertreter aufgrund der bisherigen Tätigkeiten aber nicht zuweisen kann, eine neue Arbeitskraft einzustellen, an deren Beschäftigung nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis steht.

In der Praxis ist somit insbesondere darauf zu achten, dass sich die gedankliche Zuordnung durch eine entsprechende arbeitsvertragliche Regelung – und nicht nur durch einen Aktenvermerk – manifestiert und dass die Aufgaben der Stammkraft im Wege des Direktionsrechts hätten zugewiesen werden können.[1115]

Beachte: Speziell bei Krankheitsvertretungen, die mit dem Ausscheiden eines Arbeitnehmers wegen verminderter Erwerbsfähigkeit enden können, empfiehlt sich eine Kombination von auflösender Bedingung und kalendermäßiger Höchstbefristung.[1116] Denn allein durch das Ausscheiden des Vertretenen (zB infolge Kündigung oder verminderter Erwerbsfähigkeit) fällt der Bedarf des Arbeitgebers an der Verrichtung der früheren vom Vertretenen und jetzt vom Vertreter ausgeübten Tätigkeit nicht weg.[1117]

Formulierungsbeispiel bei einer Erkrankung ab Mai 2014:[1118] „Das Arbeitsverhältnis ist befristet für die Dauer der krankheitsbedingten Abwesenheit von Herrn A, längstens jedoch bis zum 31.12.2014." Das befristete Arbeitsverhältnis endet spätestens am 31.12.2014, unabhängig davon, ob und gegebenenfalls wann der Vertretene zurückkehrt oder ausscheidet.

Die Vorschrift des § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG spricht zwar nur von der Vertretung eines anderen *Arbeitnehmers*. Die Vorschrift ermöglicht nach ihrem Zweck aber auch die befristete Beschäftigung zur Vertretung eines zeitweilig an der Dienstleistung verhinderten Beamten.[1119] Auch durch die vorübergehende Abordnung einer Stammkraft kann ein Vertretungsbedarf idS entstehen.[1120]

bb) **Zweckbefristung zur Elternzeitvertretung**

Mit Urteil vom 09.09.2015 hat sich das BAG[1121] zu der auch für den öffentlichen Arbeitgeber interessanten Frage der Zweckbefristung zur Elternzeitvertretung geäußert.

(1) Sachverhalt

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung mit Ablauf des 16.05.2012 geendet hat. Der Kläger war bei der Beklagten von 2006 bis Mai 2012 aufgrund von sieben befristeten Arbeitsverträgen als Arbeitsvermittler mit Beratungsaufgaben in der Agentur für Arbeit beschäftigt. Die erste Befristung reichte bis Ende 2006. Es schlossen sich vier jeweils für ein Jahr befristete Arbeitsverträge an. Im Dezember 2010 schlossen die Parteien zwei weitere von der Beklagten vorformulierte Arbeitsverträge. Im ersten Arbeitsvertrag hieß es:

[1115] Pawlak, Sachgrund für die Befristung in Vertretungsfällen – Kausalzusammenhang, öAT 2015, 123, 124.
[1116] BAG 29.06.2011, NJW 2011, 3675.
[1117] BAG 05.06.2002, ZTR 2003, 152; Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 790.
[1118] Aus Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 790.
[1119] BAG 25.03.2009, NJW 2009, 3180.
[1120] BAG 10.07.2013, BB 2013, 2804.
[1121] BAG 09.09.2015, NZA 2016, 169 mit Anm. Bredermeier, Zweckbefristung zur Elternzeitvertretung, öAT 2016, 55.

Herr W wird ab 01.01.2011 als Vollzeitbeschäftigter eingestellt. Das Arbeitsverhältnis ist befristet bis zum Erreichen folgenden Zwecks: Ende der Elternzeit der Frau B, längstens bis zum 30.04.2011.

Im zweiten Arbeitsvertrag war vereinbart: Herr W wird ab 01.05.2011 als Vollzeitbeschäftigter eingestellt. Das Arbeitsverhältnis ist befristet bis zum Erreichen folgenden Zwecks: Ende der Elternzeit der Frau B.

Frau B ist bei der Beklagten als Arbeitsvermittlerin mit Beratungsaufgaben beschäftigt. Sie hatte die Beklagte im November 2010 über ihre Schwangerschaft unterrichtet und als voraussichtlichen Entbindungstermin den 10.05.2011 mitgeteilt. Ende November 2010 erklärte sie „ein Jahr in Elternzeit gehen" zu wollen. Dem entsprechend verlangte sie nach der Geburt ihres Kindes Elternzeit bis 16.05.2012. Im März 2012 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass das befristete Arbeitsverhältnis mit dem Ende der Elternzeit der Frau B mit Ablauf des 16.05.2012 enden werde. Frau B kehrte nach dem Ende ihrer Elternzeit zunächst nicht an ihren Arbeitsplatz zurück. Sie befand sich bei Beendigung der Elternzeit wieder im Mutterschutz und nahm im Anschluss daran erneut Elternzeit in Anspruch. Der Kläger ist der Ansicht, die Befristung sei nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt, weil sie vor dem Elternzeitantrag der Frau B vereinbart worden sei. Außerdem werde der Sachgrund der Vertretung durch den Zeitpunkt des Vertragsbeginns in Frage gestellt. Die Befristung sei zudem rechtsmissbräuchlich. Außerdem werde der Kläger durch die vereinbarte Zweckbefristung unangemessen benachteiligt.

(2) Entscheidung

Das BAG stellt zunächst heraus, dass ein die Befristung eines Arbeitsvertrages rechtfertigender sachlicher Grund nach § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG vorliegt, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Der Sachgrund der Vertretung wird durch § 21 I BEEG konkretisiert. Danach kann ein Arbeitnehmer befristet zur Elternzeitvertretung eingestellt werden.[1122]

Das BAG hat die Revision als unbegründet zurückgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, eine Zweckbefristung zur Elternzeitvertretung nach § 21 I, III BEEG setze nicht voraus, dass die Stammkraft zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Vertretungskraft bereits ein den Anforderungen des § 16 I 1 BEEG genügendes Elternzeitverlangen geäußert hat.[1123] Nach § 21 III BEEG muss die Dauer der Befristung des Arbeitsvertrags entweder kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar sein oder den in § 21 I und II BEEG genannten Zwecken zu entnehmen sein. Mit dem Elternzeitvertreter kann nicht nur ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag, sondern auch ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag geschlossen werden.[1124]

Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete mit der Beendigung der Elternzeit der Frau B. am 16.05.2012. Die vereinbarte Zweckbefristung wurde als zulässig angesehen. Das zur Mutterschutz- und Elternzeitvertretung befristete Arbeitsverhältnis sollte mit dem Ende der Elternzeit der Frau B. enden. Frau B. hat zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwar noch keinen Antrag auf Gewährung von Elternzeit nach § 16 I BEEG gestellt – sie war aber zu diesem Zeitpunkt bereits schwanger und hat per E-Mail ihre Elternzeit angekündigt. Die Befristungsvereinbarung war insoweit wirksam. Sie ist durch den Sachgrund der Vertretung gerechtfertigt. Auch war die Befristung nicht rechtsmissbräuchlich.

(3) Praxistipp

Die Entstehungsgeschichte sowie die Gesetzesbegründung zu § 21 BEEG bestätigen die vorliegende Entscheidung des Senats. Hiernach ist der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages mit einer Vertretungskraft bereits dann möglich sein, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Tag der Entbindung noch nicht feststand oder Erziehungsurlaub noch nicht beantragt war. Die Entscheidung erweist sich zudem als praxistauglich indem sie die Planungssicherheit erhöht. Der Arbeitgeber müsse nicht

[1122] BAG 09.09.2015, NZA 2016, 169 Rn. 26.
[1123] BAG 09.09.2015, NZA 2016, 169 Rn. 35.
[1124] BAG 09.09.2015, NZA 2016, 169 Rn. 29.

ein formales Elternzeitverlangen abwarten, bevor er eine Ersatzkraft zweckbefristet einstellen kann. Im Falle einer zunächst nur angekündigten Elternzeit ist Arbeitgebern bei der befristeten Einstellung der Vertretungskraft zu empfehlen, den Befristungszweck, die Zweckerreichung sowie den Zweckwegfall und dessen Folgen genau vertraglich zu regeln, um das Risiko einer Doppelbeschäftigung zu minimieren. Abzuwarten bleibt, wie die Gerichte die "Ankündigung einer Elternzeit" auslegen werden und die Fälle der Zweckverfehlung lösen.[1125]

Merke: Eine Zweckbefristung zur Elternzeitvertretung nach § 21 I, III BEEG setzt nicht voraus, dass die Stammkraft zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Vertretungskraft bereits ein den Anforderungen des § 16 I 1 BEEG genügendes Elternzeitverlangen geäußert hat.[1126] Mit dem Elternzeitvertreter kann nicht nur ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag, sondern auch ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag geschlossen werden.

cc) **Kettenbefristung**

Umstritten ist hier insbesondere die Zulässigkeit der sog. **Kettenbefristung**[1127], dh der Aneinanderreihung einer Vielzahl von Befristungen zur Vertretung aufgrund eines erneut auftretenden Vertretungsbedarfs nach § 14 I 1 Nr. 3 TzBfG. Nach der Rechtsprechung des BAG ist dies nur dann *unzulässig*, wenn tatsächlich eine dauerhafte Beschäftigung bezweckt wird, eine unbefristete Beschäftigung aber nicht vorgenommen wird.[1128] In diesem Fall ist ein Vertretungsbedarf ja gerade nicht gegeben. Überprüft wird aber nur die **jeweils letzte Befristung**, da die Parteien mit dem Abschluss des letzten Arbeitsvertrags zum Ausdruck gebracht haben, dass dieser jetzt für sie Wirkung haben soll. Der EuGH wurde im Wege einer Vorabentscheidung[1129] um Stellungnahme gebeten, ob ein die wiederholte Befristung eines Arbeitsvertrags rechtfertigender sachlicher Grund auch im Falle eines ständigen Vertretungsbedarfs gegeben ist, obwohl dieser Vertretungsbedarf auch durch eine unbefristete Einstellung eines Arbeitnehmers gedeckt werden könnte, der Arbeitgeber sich aber vorbehält, jeweils neu zu entscheiden, wie er auf den konkreten Arbeitsausfall von Arbeitnehmern reagiert.

(1) EuGH, Urt. v. 26.01.2012

Der EuGH hat mit Urteil vom 26.01.2012 in der Rechtssache „Kücük“[1130] die Kettenbefristung als grundsätzlich zulässig angesehenen, da ein sachlicher Grund nicht automatisch durch die Aneinanderreihung einer Vielzahl von Befristungen ausgeschlossen ist. Im Einzelnen führt der EuGH dazu aus: „Paragraf 5 Nr. 1 Buchst. a) der am 18. März 1999 geschlossenen Rahmenvereinbarung[1131] über befristete Arbeitsverhältnisse im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates v. 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ist dahin auszulegen, dass die Anknüpfung an einen

[1125] Verstege, Befristung - Vertretung – Elternzeit, AP Nr 1 zu § 21 BEEG.
[1126] BAG 09.09.2015, NZA 2016, 169 Rn. 35.
[1127] Literaturhinweise: Kamanabrou, Die Kettenbefristung zur Vertretung – nationale, europarechtliche und rechtsvergleichende Aspekte, EuZA Bd. 5 (2012), 441 ff.; Schwarze, Kettenbefristung bei Arbeitsverträgen, JA 2012, 552 ff.; Drosdeck, Zulässigkeit von Kettenbefristungen, NJW 2012, 977 ff.; Bayreuther, Kettenbefristung zur Vertretung von Arbeitnehmern, NZA 2013, 23 ff.; Eufinger, Missbrauchskontrolle bei „Kettenbefristungen“ dw lege lata und de lege ferenda, AuR 2016, 224 ff.
[1128] BAG 06.06.1984, NZA 1985, 90.
[1129] BAG 17.11.2010, NZA 2011, 34.
[1130] EuGH, Urt. v. 26.01.2012, Rs. C-586/10, ABl. EU 2012, Nr. C 73, 4 = NZA 2012, 135 Rn. 56 (Kücük): „
[1131] Paragraf 5 („Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch“) der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge lautet: „1. Um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, ergreifen die Mitgliedstaaten nach der gesetzlich oder tarifvertraglich vorgeschriebenen oder in dem Mitgliedstaat üblichen Anhörung der Sozialpartner und/oder die Sozialpartner, wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen, unter Berücksichtigung der Anforderungen bestimmter Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen: a) sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen; b) die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge oder -verhältnisse; c) die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge oder Verhältnisse.“

vorübergehenden Bedarf an Vertretungskräften in nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden grundsätzlich einen sachlichen Grund im Sinne dieser Bestimmung darstellen kann. Aus dem bloßen Umstand, dass ein Arbeitgeber gezwungen sein mag, wiederholt oder sogar dauerhaft auf befristete Vertretungen zurückzugreifen, und dass diese Vertretungen auch durch die Einstellung von Arbeitnehmern mit unbefristeten Arbeitsverträgen gedeckt werden könnten, folgt weder, dass kein sachlicher Grund im Sinne von Paragraf 5 Nr. 1 Buchst. a der genannten Rahmenvereinbarung gegeben ist, noch das Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne dieser Bestimmung. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Verlängerung befristeter Arbeitsverträge oder -verhältnisse durch einen solchen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, müssen die Behörden der Mitgliedstaaten jedoch im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten alle Umstände des Falles einschließlich der Zahl und der Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsverträge oder -verhältnisse berücksichtigen."

Nach Ansicht des EuGH müssen die nationalen Gerichte vielmehr im Einzelfall prüfen, ob im Hinblick auf die Anzahl und Gesamtdauer der vorherigen Befristung ein sachlicher Grund noch vorliegt. Dabei ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Welche Bedeutung der „Missbrauchskontrolle" nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls in Zukunft auch haben mag: die befristete Beschäftigung zur Vertretung eines vorübergehend verhinderten Arbeitnehmers bleibt zulässig, auch wenn auf den Betrieb bzw. die Dienststelle berechnet ein dauernder Vertretungsbedarf besteht.

(2) BAG, Urt. v. 18.07.2012

Im Anschluss an das Urteil des EuGH bestätigt das BAG mit Urteil vom 18.07.2012[1132] die Rechtsprechung zur Vertretungsbefristung nach § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG. Nach Ansicht der Erfurter Richter führe allein die große Anzahl der mit einem Arbeitnehmer abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträge oder die Gesamtdauer der „Befristungskette" nicht dazu, dass an den Sachgrund der Vertretung „strengere Anforderungen" zu stellen sind.[1133] Die Gerichte dürfen sich bei der Befristungskontrolle aber nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds der Vertretung beschränken. Sie sind vielmehr aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, alle Umstände des Einzelfalls und dabei namentlich die Gesamtdauer und die Zahl der mit derselben Person zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen.[1134] Diese zusätzliche Prüfung ist im deutschen Recht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) vorzunehmen.[1135]

Ist danach die Prüfung eines institutionellen Rechtsmissbrauchs veranlasst (1. Stufe), sind weitere Umstände zu berücksichtigen (2. Stufe). Dabei kann von Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer stetes auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt wurde oder ob es sich um wechselnde, ganz unterschiedliche Aufgaben handelt.[1136] Bei zunehmender Anzahl befristeter Verträge und Dauer der befristeten Beschäftigung eines Arbeitnehmers kann es zudem für eine missbräuchliche Ausnutzung der dem Arbeitgeber an sich rechtlich eröffneten Befristungsmöglichkeit sprechen, wenn er gegenüber einem bereits langjährig beschäftigten Arbeitnehmer trotz der tatsächlich vorhandenen Möglichkeit einer dauerhaften Einstellung immer wieder auf befristete Verträge zurückgreift.[1137]

Handhabbare Kriterien für die Beurteilung von Kettenbefristungen stellt die Rechtsprechung der Praxis nicht zur Verfügung. Eine abstrakte Festlegung im Hinblick auf die Anzahl und Gesamtdauer der vorherigen Befristung wird nicht vorgenommen.

[1132] BAG, Urt. v. 18.07.2012, NZA 2012, 1351 Rn. 19 und 37 f.
[1133] BAG, Urt. v. 18.07.2012, NZA 2012, 1351 Rn. 19.
[1134] BAG, Urt. v. 18.07.2012, NZA 2012, 1351 Rn. 37.
[1135] BAG, v. 18.07.2012, NZA 2012, 1351 Rn. 38.
[1136] BAG, 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 24.
[1137] BAG 19.02.2014, NZA-RR 2014, 408 Rn. 36 mwN.

Damit kommt es auf die einzelfallbezogene Betrachtung an. So hat die Rechtsprechung beispielsweise bei einer Dauer von insgesamt sieben Jahren und neun Monaten bei vier befristeten Arbeitsverträgen keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch gesehen. Bei einer Gesamtdauer von mehr als elf Jahren und einer Anzahl von 13 Befristungen sowie einer gleichbleibenden Beschäftigung zur Deckung eines ständigen Vertretungsbedarfs sei hingegen, die rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit der Befristung gegeben.

(3) Folgerechtsprechung der Instanzgerichte

(a) **LAG Köln, Urt. v. 04.12.2014**

In einer aktuellen Entscheidung vom 04.12.2014 folgt das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln[1138] der Auffassung BAG und führt dessen Rechtsprechung fort. Die Kücük-Entscheidung des EuGH führe dazu, aufeinanderfolgend befristete Arbeitsverträge in einem zweiten Schritt einer Rechtsmissbrauchskontrolle zu unterwerfen. Im vorliegenden Fall überschritten sowohl die Gesamtdauer der befristeten Vertragsgestaltung (11 Jahre) als auch die Anzahl der in diesem Zeitraum abgeschlossenen Befristungsverträge (33) kumulativ die Grenzen des § 14 Abs. 2 TzBfG in besonders gravierendem Ausmaß. Die Durchführung der Missbrauchsprüfung führe nach Ansicht des LAG Köln zu dem Ergebnis, dass das beklagte Land die Befristung des Arbeitsverhältnisses rechtsmissbräuchlich gestaltet hat. Dies ergebe eine Würdigung sämtlicher Umstände des vorliegenden Falles, insbesondere der ausschlaggebenden Umstände der Anzahl und der Dauer der vorangegangenen befristeten Arbeitsverträge.[1139]

(b) **ArbG Freiburg, 16.12.2014**

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts (ArbG) Freiburg vom 16.12.2014[1140] benennt erstmals konkrete Parameter, an denen sich die Praxis bei der Prüfung des „institutionellen Rechtsmissbrauch“ orientieren kann. Der Entscheidung lagen elf befristete Anstellungsverhältnisse in acht Jahren und zehn Monaten zugrunde, in denen die Klägerin mit zwei kurzen Unterbrechungen im Wesentlichen mit identischen Tätigkeiten und identischen Ansprechpartnern, wenn auch unterschiedlichen Projekten beschäftigt war. Das ArbG Freiburg vertritt in Konkretisierung der Rechtsprechung des BAG zum „institutionellen Rechtsmissbrauch“ die Rechtsauffassung, dass ein solcher jedenfalls dann indiziert sei, wenn die Grenzwerte des § 14 II 2 TzBfG kumulativ um das Dreifache, also bei einer mehr als sechsjährigen Gesamtbefristungsdauer und mehr als neun Verlängerungen, überschritten wird.[1141] Dementsprechend bejaht das ArbG Freiburg in dem von ihm zu entscheidenden Fall das Vorliegen der ersten Stufe der Missbrauchskontrolle. Auch wenn feste Regeln aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert wären, können die Angaben des ArbG Freiburg nur einen Richtwert darstellen.[1142] Das Vorschreiben fester Grenzen wäre dem Gesetzgeber vorbehalten. Der Ansatz eines dreifachen Wertes erscheint jedoch als angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Vertragspartner. Sie lässt nach wie vor bei Bestehen eines Sachgrundes in gewissem Umfang Kettenbefristungen zu und berücksichtigt die gesetzgeberischen Vorgaben insoweit, als dass die Schwelle eines Rechtsmissbrauchs deutlich über derjenigen aus § 14 II TzBfG liegt.[1143] Zudem nimmt der Ansatz in den Blick, dass die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis die sowohl sozialpolitisch wie auch für den Arbeitnehmer wünschenswerte Vertragsgestaltung ist und trägt insoweit dem Umstand Rechnung, dass arbeitsrechtliches Befristungsrecht Ausnahmerecht darstellt.[1144] Für die Praxis ist die Entscheidung des ArbG Freiburg eine Leitlinie, an der sich sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer orientieren können.

[1138] LAG Köln, Urt. v. 04.12.2014 – 13 Sa 448/14 –; dazu Lützeler, öAT 2015, 103; Lakies, PersR 2015, Nr. 5, 51.
[1139] LAG Köln, Urt. v. 04.12.2014 – 13 Sa 448/14 Rn. 25.
[1140] ArbG, Freiburg Urt. v. 16.12.2014, NZA-RR 2015, 68; zust. Anm. Windirsch, AnwZert ArbR 20/2015 Anm. 2
[1141] ArbG, Freiburg Urt. v. 16.12.2014, NZA-RR 2015, 68 Rn. 45.
[1142] Windirsch, AnwZert ArbR 20/2015 Anm. 2 unter II.
[1143] ArbG Freiburg, Urt. v. 16.12.2014, NZA-RR 2015, 68 Rn. 45.
[1144] ArbG Freiburg, Urt. v. 16.12.2014, NZA-RR 2015, 68 Rn. 45.

Allerdings bleibt für die einzelfallbezogene Argumentation auf beiden Seiten der Vertretung Raum, um für oder gegen einen institutionellen Rechtsmissbrauch zu argumentieren.

(4) „Missbrauchsampel" BAG, Urt. v. 26.10.2016

Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 knüpft das BAG[1145] an die Rechtsprechung des EuGH an und führt seine eigene Rechtsprechung fort. In der vorliegenden Entscheidung entwickelt der 7. Senat die sog. „Missbrauchsampel" für Sachgrundbefristungen und schafft für die Praxis klare und gut handhabbare Vorgaben für den Umgang mit Befristungsketten. Dadurch wird das bis dahin schwer greifbare Risiko des institutionellen Rechtsmissbrauchs kalkulierbar.

(a) **Sachverhalt**

Der Kläger war als Vertretungslehrer im Fach Sport bei der Beklagten, einem städtischen Gymnasium, für sechs Jahre und ca. vier Monate beschäftigt. Grundlage hierfür waren insgesamt 16 befristete Arbeitsverträge (davon 15 Verlängerungen). Die letzte Befristungsabrede verlängerte die Beklagte nicht. Mit seiner Entfristungsklage beruft sich der Kläger im Wesentlichen darauf, die letzte Befristung sei rechtsmissbräuchlich iSd § 242 BGB und damit unwirksam. Die beiden Vorinstanzen[1146] haben dem Kläger Recht gegeben und im Hinblick auf die Kettenbefristung einen sog. institutionellen Rechtsmissbrauch bejaht.

(b) **Entscheidung**

Das BAG hat die Urteile der Vorinstanzen aufgehoben und die Klage abgewiesen. Zur Begründung führt es aus, dass die zuletzt zwischen den Parteien vereinbarte Befristung durch den Sachgrund der Vertretung nach § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG, § 21 I BEEG gerechtfertigt sei. Die Befristung habe auf der mittelbaren Vertretung einer in Elternzeit befindlichen Lehrerin beruht und das beklagte Land habe die insoweit zur Darstellung des Kausalzusammenhangs notwendige Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter konkret dargelegt.[1147]

Das LAG habe zu Unrecht angenommen, das beklagte Land sei nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs daran gehindert, sich auf den Sachgrund der Vertretung zu berufen.[1148] Zwar sei infolge der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses und der Anzahl der Vertragsverlängerungen eine Rechtsmissbrauchsprüfung vorzunehmen. Dabei hänge es von weiteren, zunächst vom Kläger vorzutragenden Umständen ab, ob ein Missbrauch der Befristungsmöglichkeit anzunehmen ist.[1149] Der Kläger habe es jedoch versäumt, weitere hinreichende Anhaltspunkte für einen Missbrauch vorzutragen. Die letzte Befristung sei daher rechtswirksam gewesen und habe zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt.

Das Ob und Wie einer künftig durchzuführenden Rechtsmissbrauchskontrolle bei einer sachgrundbezogenen Befristung lässt sich schematisch in die folgenden Fallgruppen sortieren:[1150]

[1145] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 m. Anm. Bauschke, Befristung – institutioneller Rechtsmissbrauch, Schwellenwerte, öAT 2017, 177; Merten, Unwirksame Befristung wegen institutionellem Rechtsmissbrauch, ArbRAktuell 2017, 173; Olbertz, Kettenbefristung bei Arbeitsverträgen – Institutioneller Rechtsmissbrauch, GWR 2017, 187; vgl. auch Oberthür, Die neue Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch bei Kettenbefristungen, ArbRB 2017, 79.
[1146] LAG Köln 05.12.2014 – 9 Sa 486/14; ArbG Bonn 07.05.2014 – 4 Ca 2979/13.
[1147] Merten, ArbRAktuell 2017, 173.
[1148] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 29 ff.
[1149] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 27.
[1150] Nach Olbertz, GWR 2017, 187; ein Ampelsystem findet sich bei Oberthür, ArbRB 2017, 79, 80 f.

Fallgruppe 1: Eine Missbrauchskontrolle der sachgrundbezogenen Befristung findet nicht statt, wenn maximal das Vierfache einer der in § 14 II 1 TzBfG genannten Werte (dh 8 Jahre bzw. 12 Verlängerungen) oder das Dreifache beider Werte (dh mehr als 6 Jahre und 9 Verlängerungen) erreicht wird.[1151]

Fallgruppe 2: Eine Missbrauchskontrolle der sachgrundbezogenen Befristung findet statt, wenn einer der in § 14 II 1 TzBfG genannten Werte um mehr als das Vierfache (dh mehr als 8 Jahre bzw. mehr als 12 Verlängerungen) oder beide Werte um das Dreifache (dh mehr als 6 Jahre und mehr als 9 Verlängerungen) überschritten wird. In einem solchen Fall hat der *Arbeitnehmer* jedoch weitere Umstände für den Missbrauch darzulegen und im Streitfall zu beweisen.[1152]

Fallgruppe 3: Wird einer der in § 14 II 1 TzBfG genannten Werte um mehr als das Fünffache (dh mehr als 10 Jahre bzw. mehr als 15 Verlängerungen) oder beide Werte um mehr als das Vierfache (dh mehr als 8 Jahre und mehr als 12 Verlängerungen) überschritten, wird ein Rechtsmissbrauch indiziert. In einem solchen Fall hat allerdings der *Arbeitgeber* die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften.[1153]

Im konkreten Fall hielt das BAG die vom Kläger vorgetragenen Umstände (dauerhafter Vertretungsbedarf; Planungen im Schulablauf auf Halbjahres- statt Jahresbasis; Inkongruenz von Befristungsgrund und -dauer) mit Hinweis auf die Besonderheiten im Schulbereich nicht für stichhaltig.[1154]

(5) Zusammenfassung und Praxishinweis

Sachlich begründete Kettenbefristungen sind nach der Rechtsprechung weiterhin zulässig, auch und vor allem bei einem ständigen Vertretungsbedarf in einer Dienststelle. Nur ist darauf zu achten, dass es mit zunehmender Anzahl und Dauer der Befristungen nicht zu einem „institutionellen Rechtsmissbrauch“ (§ 242 BGB) kommt. Bei der Prüfung, ob ein institutioneller Rechtsmissbrauch vorliegt, ist zunächst auf die Gesamtdauer der befristeten Verträge und die Anzahl der Vertragsverlängerungen entsprechend der dazu vom BAG aufgestellten Schwellenwerte abzustellen. Im zweiten Schritt sind sodann die weiteren Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen, wie zB der Einsatz auf demselben Arbeitsplatz oder auf wechselnden Arbeitsplätzen mit unterschiedlichen Aufgaben, die Anzahl und Dauer etwaiger Unterbrechungen zwischen den befristeten Arbeitsverträgen, besondere Anforderungen der in Rede stehenden Branche etc.[1155]

Die Rechtsprechung ist insbesondere für größere Betriebe bzw. Dienststellen, in denen regelmäßig ein ständiger Vertretungsbedarf vorliegt, beispielsweis aufgrund der Inanspruchnahme von Mutterschutz und Elternzeit oder wegen Krankheitsausfällen, von besonderer Bedeutung. Die vom BAG entwickelten Fallgruppen sind bei der Differenzierung zwischen unproblematischer, kontrollbedürftiger und Rechtsmissbrauch indizierender Vertretungsbefristung konkret und insoweit praktikabel. Gleichwohl besteht Skepsis hinsichtlich der Legitimation der Zahlenwerte (inklusive der Spielräume), die orientiert an § 14 II 1 TzBfG relativ willkürlich (hoch) angesetzt werden. Fraglich ist zudem, ob die Schwellenwerte im Grenzbereich den Übergang von kontrollbedürftigem und indiziertem Rechtsmissbrauch rechtfertigen können. Darüber hinaus besteht weiterhin Unklarheit hinsichtlich der vom Arbeitnehmer oder (bei indiziertem Rechtsmissbrauch) vom Arbeitgeber vorzutragenden rechtfertigende Umstände.[1156]

[1151] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 26.
[1152] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 27.
[1153] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 28.
[1154] BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 30 ff.
[1155] Merten, ArbRAktuekk 2017, 173.
[1156] Bauschke, öAT 2017, 77.

d) **Eigenart der Arbeitsleistung, § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG**

Insbesondere künstlerische Berufe wie Schauspieler, Musiker, Künstler oder Berufssportler oder Trainer können eine Befristung aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung rechtfertigen.

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen von *wissenschaftlichen Mitarbeitern von Parlamentsfraktionen oder Referenten in einem Ministerium* auf die Dauer der Legislaturperiode ist nach der Rechtsprechung sachlich gerechtfertigt.[1157] Bei „politischen Arbeitsverhältnissen" ist sogar eine doppelte Zweckbefristung zulässig. Die Befristung „für die Dauer der Amtszeit der Ministerin für Arbeit und Gesundheit und zum anderen längstens für die Dauer der 5. Legislaturperiode des Landtages von Sachsen-Anhalt" wurde von der Rechtsprechung nicht beanstandet.[1158]

e) **Erprobung, § 14 I 2 Nr. 5 TzBfG**

In einem unbefristeten Arbeitsvertrag gelten nach §§ 622 III BGB, 2 IV 1 TVöD grundsätzlich die ersten sechs Monate als Probezeit. Die Probezeit könnte in einem unbefristeten Vertrag verkürzt, nicht aber verlängert werden. Abweichungen sind eher möglich, wenn ein befristetes Arbeitsverhältnis zum Zwecke der Erprobung vereinbart wird (sog. **Probearbeitsverhältnis**).[1159] Wird ein Arbeitsverhältnis zur Probe befristet, so ist darauf zu achten, dass auch die Dauer der Befristung sachlich gerechtfertigt sein muss. 6 Monate Befristung zur Erprobung sind regelmäßig unproblematisch. Das BAG hat aber auch ein auf insgesamt 18 Monate befristetes Probearbeitsverhältnis eines Konzertmeisters im Sinfonieorchester des Westdeutschen Rundfunks für zulässig erachtet.[1160]

Hinweis: Das befristete Probearbeitsverhältnis hat für den Arbeitgeber den Vorteil, dass bei Nichtbewährung das Arbeitsverhältnis durch Fristablauf ohne Beteiligung des Personal- bzw. Betriebsrats endet. Dieser ist hingegen zu beteiligen, wenn ein unbefristetes Arbeitsverhältnis während der Probezeit gekündigt wird. Angesichts dessen gehen manche Dienststellen dazu über, generell bei Einstellungen zunächst ein sechsmonatiges Probearbeitsverhältnis zu vereinbaren.[1161]

Um den Beschäftigten möglichst lange zu erproben, kann sich die Dienststelle unter den Voraussetzungen des § 14 II TzBfG auch für eine sachgrundlose Befristung bis zu zwei Jahren entscheiden.

f) **Gründe in der Person des Arbeitnehmers, § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG**

Dieser Befristungstatbestand ist einschlägig, wenn der Arbeitnehmer selbst eine Befristung wünscht (zB Semester- oder Ferienarbeitsverhältnisse). Voraussetzung ist, dass der Wunsch aus eigenem – nicht vom Arbeitgeber beeinflussten – Willen entstanden ist. Das BAG bejaht die Zulässigkeit dann, wenn der Arbeitnehmer auch beim Angebot eines unbefristeten Arbeitsvertrages ein befristetes Arbeitsverhältnis gewünscht hätte.

g) **Befristung aus Haushaltsgründen, § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG**

Die Befristung des Arbeitsvertrags nach § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG wegen **Vergütung des Arbeitnehmers aus Haushaltsmitteln** setzt voraus, dass die Haushaltsmittel mit einer Zwecksetzung für eine Aufgabe von nur vorübergehender Dauer ausgebracht werden. Das Merkmal der Haushaltsmittel im Sinne dieser Vorschrift ist nach der Rechtsprechung des BAG nur dann gegeben, wenn die

[1157] LAG Mecklenburg-Vorpommern 09.11.2012, ZTR 2013, 155; LAG Köln 11.02.2015, ZTR 2015, 591.
[1158] LAG Sachsen-Anhalt 24.01.2013 – 3 Sa 23/12.
[1159] Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 800.
[1160] Weth, in: jurisPK-BGB, § 620 Rn 25 mwN der Rspr.
[1161] Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 801.

Haushaltsmittel durch ein Gesetz ausgebracht worden sind.[1162] Damit können sich nur solche Arbeitgeber auf den Sachgrund nach Nr. 7 berufen, deren Haushaltsführung auf einem förmlichen Haushaltsgesetz beruht.

Der Befristungsgrund des Abs. 1 S. 2 Nr. 7[1163] wendet sich an öffentliche Arbeitgeber (Bund, Länder, Gebietskörperschaften und andere Personen des öffentlichen Rechts.[1164] Für den öffentlichen Dienst gilt allgemein der Grundsatz, dass der öffentliche Arbeitgeber keine Verpflichtungen eingehen muss und/oder eingehen kann, die haushaltsrechtlich nicht gedeckt sind. Daher kann eine Befristung aus Haushaltsgründen sachlich gerechtfertigt sein, wenn der öffentliche Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf Grund haushaltsrechtlicher Bestimmungen davon ausgehen durfte bzw. musste, dass für die Beschäftigung des Arbeitnehmers Haushaltsmittel nur zeitlich begrenzt zur Verfügung stehen.[1165] Es reicht nach § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG aus, dass Mittel haushaltsrechtlich für die befristete Beschäftigung bestimmt sind und der Arbeitnehmer zulasten dieser Mittel eingestellt und beschäftigt wird. Nicht erforderlich ist, dass sich der Haushaltsgesetzgeber mit konkreten Stellen befasst haben muss. Es genügt insoweit die Bewilligung zweckgebundener Mittel.[1166]

Begriff der Haushaltsmittel: Haushaltsmittel sind solche, die in einem öffentlichen, demokratisch legitimierten Haushaltsplan ausgewiesen sind. Dies können theoretisch auch Länder, Gebietskörperschaften oder sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts sein.[1167] Allerdings besteht seit der BAG-Entscheidung aus dem Jahr 2011[1168] eine *entscheidende Einschränkung* dahingehend, dass der Befristungsgrund nur angewandt werden darf, wenn der Haushaltsplangeber nicht mit dem Arbeitgeber identisch ist. Für den Arbeitgeber muss es sich beim Haushaltsplan um fremdbestimmte Vorgaben handeln.[1169] Entsprechend ist das BAG der Ansicht, dass sich die Bundesagentur für Arbeit nicht auf Nr. 7 berufen kann, weil deren Präsident sowohl den Haushalt aufstellt, als auch Arbeitgeber ist.

Anforderungen an den Befristungsgrund: an den In seinem Urteil vom 18.10.2006 nimmt der 7. Senat des BAG erstmals ausführlich Stellung zur konkreten Auslegung von § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG[1170]: Der allgemeine Hinweis auf Haushalt, Haushaltsjahr und Haushaltsrecht rechtfertigt nicht die Befristung von Arbeitsverträgen. Für eine zulässige Befristung ist stets ein konkreter sachlicher Grund erforderlich. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses müssen daher auch konkrete Anhaltspunkte für die nachvollziehbare Prognose vorliegen, dass der Arbeitnehmer nur zeitlich begrenzt vergütet werden kann. Maßgeblich ist hier die Zweckbindung von Haushaltsmitteln im Haushaltplan. Durch Ausweisung zweckgebundener Mittel im Haushaltsplan können ausreichend konkrete Sachgründe für die Befristung von Arbeitsverträgen geschaffen werden. Das gilt für die Haushaushalte von Bund, Länder und Gemeinden. Pauschale Erwägungen sind bei der Sachgrundbestimmung unbedingt zu vermeiden.[1171]

Erforderlich ist, dass bestimmte haushaltsrechtliche Mittel für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, diese nur zeitlich gebunden zur Verfügung stehen, der Arbeitnehmer zu Lasten dieser Mittel eingestellt wird und überdies, dass der Haushaltsplan präzisiert, wozu die Mittel verwendet werden dürfen.[1172] Es muss sichergestellt sein, dass die Arbeitnehmer nur vorübergehend

---

[1162] BAG 26.10.2008, NZA 2009, 676 Rn. 14 f.
[1163] Hierzu zusammenfassend: Dörner, NZA 2007, 57; Dörner, FS Otto, 2008, 57; Groeger, NJW 2008, 465; Mennemeyer/Keysers, NZA 2008, 670.
[1164] ErfK/Müller-Glöge, TzBfG § 14 Rn. 96.
[1165] BAG 22.03.2000, NZA 2000, 881; Liebscher, Befristung und Haushaltsrecht, öAT 2010, 56.
[1166] Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 17.
[1167] Bayreuther, BeckOK ArbR, § 14 TzBfG Rn. 73 mwN.
[1168] BAG 09.03.2011, NZA 2011, 911.
[1169] Bayreuther, BeckOK ArbR, § 14 TzBfG Rn. 74.
[1170] BAG 18.10.2006, AP TzBfG § 14 Haushalt Nr. 1.
[1171] Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 18.1.
[1172] BAG 02.09.2009, NZA 2009, 1257.

benötigt werden, etwa weil diese für Aufgaben eingesetzt werden, die mit dem vorhandenen Personal nicht oder nicht zeitgerecht erledigt werden können.[1173]

Weiterhin ist erforderlich ist, dass bei Vertragsschluss auf Grund konkreter Tatsachen prognostiziert werden kann, dass die Vergütung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers während der Vertragslaufzeit aus den Haushaltsmitteln bestritten werden kann, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind und der Arbeitnehmer entsprechend beschäftigt werden kann.[1174]

Die **Begrenzung des Haushalts** ganz allgemein durch das Haushaltsjahr oder die Notwendigkeit allgemeiner Einsparungen stellen hingegen keinen sachlichen Grund für die Befristung von Arbeitsverträgen im öffentlichen Dienst dar.[1175] Auch der undatierte haushaltsrechtliche „**kw-Vermerk**" (künftig wegfallend) rechtfertigt keine Befristung.[1176] Dies gilt auch für mehrjährige kw-Vermerke. Auch diese könne aufgrund der einjährigen Wirksamkeit des Haushaltsrechts keine zukünftige Bindung entfalten.[1177] Schließlich reicht der **pauschale Hinweis** auf die Abhängigkeit von Zahlungen anderer öffentlich-rechtlicher Rechtsträger und von Haushaltsmittel keinesfalls aus, einen Arbeitsvertrag wirksam zu befristen. Auch die unbestimmte Unsicherheit über das Weiterlaufen von **Drittmitteln** rechtfertigt die Befristung nicht.[1178]

Wie gezeigt, setzt die Befristungsregel nach § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG nach der aktuellen Rechtsprechung ua voraus, dass die für die Vergütung des Arbeitnehmers verfügbaren Haushaltsmittel für eine Aufgabe von nur vorübergehender Dauer vorgesehen sind. In diesem Fall ist idR aber schon § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG erfüllt, so dass § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG praktisch eine Regelung ohne Anwendungsbereich (geworden) ist.

Europarechtliche Bedenken: Die Befristungsmöglichkeit nach § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG existiert nur für den öffentlichen Dienst, nicht für die Privatwirtschaft.[1179] Darin bestehen derzeit erhebliche Zweifel darüber, ob der Befristungsgrund nach Nr. 7 europarechtskonform ist. Das Europarecht verbietet eine Ungleichbehandlung im Recht. Damit könnte auch die aus § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG resultierende Privilegierung des öffentlichen Sektors unzulässig sein.[1180] Mit Beschluss vom 27.10.2010 hat der 7. Senat des BAG den EuGH um **Vorabentscheidung** über die Vereinbarkeit der deutschen Befristungsregelung in § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG mit dem europäischen Unionsrecht ersucht. Nach Ansicht des BAG[1181] ist klärungsbedürftig, ob es unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes mit der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der RL 1999/70/EG § 5 Nr. 1 („Rahmenvereinbarung") vereinbar ist, für den öffentlichen Dienst einen sachlichen Grund zur Befristung von Arbeitsverträgen vorzusehen, der in der Privatwirtschaft nicht zur Verfügung steht. Nach § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung müssen die Mitgliedsstaaten Maßnahmen ergreifen, um missbräuchliche „Kettenbefristungen" zu verhindern. Demgegenüber könne nach § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG ein Arbeitsverhältnis bereits dann befristet werden, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet werde, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt seien, und er entsprechend beschäftigt werde. Es bestehe die Gefahr, dass öffentliche Arbeitgeber sich durch eine entsprechende Haushaltsplanung selbst einen Befristungsgrund schaffen und diese Gestaltungsmöglichkeit zur Kettenbefristung von Arbeitsverhältnissen nutzen. Vor diesem Hintergrund zweifelt das BAG, ob § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG mit § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung in Einklang zu bringen ist. Es komme nach Ansicht des BAG hinzu, dass § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG sich nur an öffentliche Arbeitgeber richte und auf private

[1173] Bayreuther, BeckOK ArbR, § 14 TzBfG Rn. 74a.
[1174] Bayreuther, BeckOK ArbR, § 14 TzBfG Rn. 74b.
[1175] Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 17.
[1176] Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 807.
[1177] Hantel, ZTR 1998, 147.
[1178] Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 17; vgl. dazu aber Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 810.
[1179] Die Verfassungskonformität der Regelung hat das BAG dagegen mehrfach ausdrücklich bestätigt, vgl. BAG 09.03.2011, NZA 2011, 911.
[1180] Vgl. zum Folgenden Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 18.e.
[1181] BAG 27.10.2010, BAGE 136, 93 – Leitsätze 1 bis 4.

Arbeitgeber keine Anwendung finde. An der Vorschrift bestünden deshalb auch mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz Bedenken.[1182] Die BAG-Vorlage hat sich allerdings inzwischen durch Vergleich erledigt. Dennoch: Arbeitgeber sollten bis zu einer EuGH-Entscheidung mit einer Befristung nach § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG vorsichtig umgehen.

Zusammenfassung zu Befristungsgrund der Haushaltsmittel: Voraussetzung für den Sachgrund nach § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG ist, dass die Mittel haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind und der Arbeitnehmer zu Lasten dieser eingestellt und beschäftigt wird. Hierzu müssen im Haushaltsplan Mittel mit einer nachvollziehbaren Zwecksetzung für eine Aufgabe von vorübergehender Dauer ausgewiesen sein. Begrenzte Haushaltsmittel für bestimmte Forschungsprojekte rechtfertigen eine entsprechende Befristung. Nicht ausreichend ist hingegen alleine ein kw-Vermerk. Es müssen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Stelle zu dem im kw-Vermerk angegebenen Zeitpunkt auch tatsächlich wegfallen wird.

h) **Gerichtlicher Vergleich, § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG**

Nach § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn sie auf einem **gerichtlichen Vergleich** beruht. Der gerichtliche Vergleich, mit dem die Parteien zur Beilegung einer Rechtsstreitigkeit ein befristetes oder auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis vereinbaren, unterliegt keiner weiteren Befristungskontrolle. Deren Funktion erfüllt das Arbeitsgericht durch seine ordnungsgemäße Mitwirkung beim Zustandekommen des Vergleichs, der regelmäßig sogar auf seinem Vorschlag beruht.[1183]

Neben der Mitwirkung des Gerichts am Zustandekommen eines befristeten Arbeitsverhältnisses setzt der Sachgrund des gerichtlichen Vergleichs das Bestehen eines offenen Streits der Parteien über den Fortbestand des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses voraus. Dadurch wird die missbräuchliche Ausnutzung des durch § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG eröffneten Sachgrunds verhindert und gewährleistet, dass der gerichtliche Vergleich nicht nur zur Protokollierung einer von den Arbeitsvertragsparteien vor Rechtshängigkeit getroffenen Vereinbarung benutzt wird.[1184] Eine Bestandsstreitigkeit in diesem Sinne kann auch eine gerichtliche Auseinandersetzung über die Fortführung des Arbeitsverhältnisses durch Abschluss eines Folgevertrages sein.[1185] Vergleiche, die im Zusammenhang mit anderen Streitigkeiten (zB über eine Abmahnung) geschlossen werden und eine Befristung des Arbeitsverhältnisses vorsehen, erfüllen hingegen nicht die Voraussetzungen.

Beachte: Nach der aktuellen Rechtsprechung des BAG vom 12.11.2014 dürfen die Gerichte sich auch bei der Befristungskontrolle nach § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds beschränken. Sie sind vielmehr aus *unionsrechtlichen Gründen* verpflichtet, alle **Umstände des Einzelfalls** und dabei namentlich die Gesamtdauer und die Zahl der mit derselben Person zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen. Diese zusätzliche Prüfung ist im deutschen Recht nach den **Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs** (§ 242 BGB) vorzunehmen.[1186]

Praxistipp: Aufgrund der vorliegenden Entscheidung gibt es den Automatismus, dass jedenfalls der gerichtliche Vergleich den Streit der Parteien über die Wirksamkeit einer Befristung des Arbeitsverhältnisses endgültig beendet, nicht mehr.[1187]

[1182] BAG 27.10.2010, BAGE 136, 93 Rn. 45; zust. Anm. von Greimer, Vorabentscheidungsersuchen - Vereinbarkeit der Haushaltsbefristung nach § 14 I2 Nr. 7 TzBfG mit Unionsrecht, AP Nr. 17 zu § 14 TzBfG Haushalt.
[1183] BAG 12.11.2014, NZA 2015, 379 Rn. 14.
[1184] BAG 12.11.2014, NZA 2015, 379 Rn. 14.
[1185] BAG 12.11.2014, NZA 2015, 379 Rn. 15.
[1186] BAG 12.11.2014, NZA 2015, 379 Rn. 19.
[1187] Hahn, Wirksamkeit einer Befristung durch gerichtlichen Vergleich – institutioneller Rechtsmissbrauch, öAT 2015, 77.

i) **Weitere der Rechtsprechung anerkannte Sachgründe**

§ 14 I 2 Nrn. 1–8 TzBfG enthält eine Aufzählung sachlicher Gründe, die die Befristung von Arbeitsverträgen rechtfertigen können. Die Aufzählung ist, wie sich aus dem Wort „insbesondere" ergibt, nicht abschließend. Dadurch werden weder andere von der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des TzBfG anerkannte noch weitere Sachgründe für die Befristung ausgeschlossen. Allerdings können sonstige, in § 14 I 2 Nrn. 1-8 TzBfG nicht genannte Sachgründe die Befristung eines Arbeitsvertrags nur rechtfertigen, wenn sie den in § 14 I TzBfG zum Ausdruck kommenden Wertungsmaßstäben entsprechen und den in dem Sachgrundkatalog des § 14 I 2 Nrn. 1-8 TzBfG genannten Sachgründen von ihrem Gewicht her gleichwertig sind (siehe oben).[1188] Im Folgenden wird auf zwei von der Rechtsprechung in jüngster Zeit anerkannte Sachgründe näher eingegangen werden.

aa) **Vertragsbeendigung bei Zustellung des Rentenbescheides**

Nach § 33 II TVöD endet das Arbeitsvertragsverhältnis automatisch mit Ablauf des Monats, in dem der Bescheid eines Rentenversicherungsträgers (Rentenbescheid) zugestellt wird, wonach der Beschäftigte voll oder teilweise erwerbsgemindert ist. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Bewilligung der Erwerbsminderungsrente auf unbestimmte Dauer endet dabei zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Mitteilung des Arbeitgebers über den Zeitpunkt des Bedingungseintritts. Nach Ansicht des BAG im Urteil vom 14.01.2015[1189] stellt die Bewilligung der Erwerbsminderungsrente auf unbestimmte Dauer einen anerkannten Sachgrund iSv § 14 I 2 TzBfG dar. Damit ist die in § 33 II TVöD vorgesehene auflösende Bedingung wirksam.[1190] Wirksam sei allerdings nur eine solche tarifliche Regelung, die das Arbeitsverhältnis bei einem dauerhaften Rentenbezug beenden soll. Eine zeitlich begrenzte Rentenbewilligung lässt das Arbeitsverhältnis hingegen lediglich bis zur Genesung des Arbeitnehmers ruhen. Als Voraussetzung erhebt das BAG in einem Urteil vom 10.12.2014[1191], dass der Arbeitgeber den Rentenantrag aus eigenem Antrieb gestellt hat, ohne vom Arbeitgeber hierzu aufgefordert worden zu sein.

bb) **Zulässige Befristung eines Arbeitsvertrages aufgrund des laufenden Stellenauswahlverfahrens**

Nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg[1192] besteht während eines nach Art. 33 II GG durchzuführenden Auswahlverfahrens ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, die vom Auswahlverfahren betroffene Stelle bis zum Abschluss des Auswahlverfahrens nur vorübergehend zu besetzen.

Ein laufendes Stellenauswahlverfahren stellt damit einen wirksamen Sachgrund zur Befristung dar, denn die Befristung dient hier gem. Art. 33 II GG der Ermittlung des geeignetsten Bewerbers für die Stelle und nach Art. 19 IV GG der Gewährleistung eines effektiven Konkurrentenrechtschutzes für die abgelehnten Bewerber. Es ist dabei unerheblich, ob die Behörde zur Stellenausschreibung gesetzlich verpflichtet ist oder sich nur freiwillig zur öffentlichen Ausschreibung entscheidet. Es muss auch noch keine vertragliche Bindung zum späteren Stelleninhaber bestehen. Dieser braucht der Behörde noch nicht einmal bekannt zu sein. Ob die Behörde die Stelle fehlerfrei ausgeschrieben und das Auswahlverfahren ordnungsgemäß durchgeführt hat, ist für die Wirksamkeit der Befristung ebenfalls unbeachtlich. Dies ist allein im Rahmen einer eventuellen Konkurrentenklage zu prüfen.[1193]

Praxistipp[1194]: Das Urteil gibt dem Arbeitgeber eine gute Möglichkeit, die vorübergehende Stellenbesetzung während des Bewerbungsverfahrens durch befristete Arbeitsverträge abzusichern. Es liefert damit die notwendige rechtliche Sicherheit für

[1188] LAG Berlin-Brandenburg, 04.02.2016, öAT 2016, 125 Rn. 25.
[1189] BAG 14.01.2015, öAT 2015, 189 Rn. 25.
[1190] BAG 14.01.2015, öAT 2015, 189.
[1191] BAG 10.12.2014, ZTR 2015, 329 mit Anm. Wulfers, Auflösende Bedingung – volle Erwerbsminderung – Benachteiligung, ZTR 2015, 336.
[1192] LAG Berlin-Brandenburg, 04.02.2016, öAT 2016, 125 mit Anm. Müller, Zulässige Befristung eines Arbeitsvertrages aufgrund des laufenden Stellenauswahlverfahrens, öAT 2016, 125.
[1193] LAG Berlin-Brandenburg, 04.02.2016, öAT 2016, 125 Rn. 25 und 28 f.
[1194] Müller, öAT 2016, 125.

eine praktikable Lösung. Darüber hinaus bietet das Urteil dem Arbeitgeber auch eine gute Richtschnur, um für eine notwendige Befristung andere unbenannten Sachgründe zu prüfen und die Wirksamkeit solcher Befristungsgründe im Streitverfahren gerichtsfest zu rechtfertigen. Zudem sollte in der Personalführung bei einer befristeten Einstellung während des Bewerbungsverfahrens immer eindeutig klargestellt werden, dass damit keine Einstellungszusage verbunden ist.

3. **Befristung ohne Sachgrund, § 14 II TzBfG**

In einem Befristungsrechtsstreit besteht die Gefahr, dass ein zugrunde gelegter sachlicher Grund vom Arbeitsgericht nicht anerkannt wird. Daher empfiehlt es sich – soweit rechtlich möglich – für den öffentlichen Arbeitgeber, eine der Möglichkeiten der Befristung ohne sachlichen Grund zu wählen. Das gilt selbst dann, wenn man meint, einen ausreichenden sachlichen Grund zu haben. Im Folgenden werden die Möglichkeiten der Befristung ohne sachlichen Grund und die wesentlichen rechtlichen Rahmenbedingungen vorgestellt.[1195]

a) **Voraussetzungen für eine sachgrundlose Befristung**

aa) **Neueinstellung (nicht derselbe Arbeitgeber)**

Entscheidende Voraussetzung für die erleichterte Befristung ohne Sachgrund ist, dass es sich um eine **Neueinstellung** handelt, dh es darf mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor noch kein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden haben.[1196] „Arbeitgeber“ iSv. § 14 II 2 TzBfG ist der Vertragsarbeitgeber. Das ist die natürliche oder juristische Person, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Ein vorhergehender Arbeitsvertrag hat deshalb nur dann mit demselben Arbeitgeber bestanden, wenn Vertragspartner des Arbeitnehmers bei beiden Verträgen dieselbe natürliche oder juristische Person ist. Das Anschlussverbot ist nicht mit dem Beschäftigungsbetrieb oder dem Arbeitsplatz verknüpft. Der Gesetzgeber hat für die Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung auf den rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit dem Vertragsarbeitgeber abgestellt, nicht auf eine Beschäftigung für den Betriebsinhaber oder –träger.[1197]

Aus Sicht des Bundes ist derselbe Arbeitgeber die Bundesrepublik Deutschland und nicht etwa die einzelne Bundesdienststelle (zB BMEL, HS Bund), hingegen wäre zB die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben – weil rechtlich selbstständig – ein anderer Arbeitgeber.

Merke: Nach der Rechtsprechung des BAG ist Arbeitgeber iSv § 14 II 2 TzBfG der Vertragspartner; auf eine Identität des Beschäftigungsbetriebs oder des Arbeitsplatzes kommt es nicht an.

Ein **Berufsausbildungsverhältnis** ist kein Arbeitsverhältnis iSd Vorbeschäftigungsverbots nach § 14 II TzBfG, was einer wirksamen sachgrundlosen Befristung entgegenstehen würde. Nach der Rechtsprechung des BAG könne ein durch Berufsausbildungsvertrag begründetes Berufsausbildungsverhältnis und ein durch Arbeitsvertrag begründetes Arbeitsverhältnis nicht generell gleichgesetzt werden.[1198]

Mit Urteil vom 24.02.2016 bestätigt das BAG, dass eine der sachgrundlosen Befristung entgegenstehende Vorbeschäftigung auch **nicht in einem Beamtenverhältnis** zu sehen ist, da ein Beamtenverhältnis kein Arbeitsverhältnis iSd Gesetzes darstellt.[1199] Das ergebe die Auslegung des § 14 II 2 TzBfG. Nach dem Wortlaut des § 14 II 2 TzBfG stehen der sachgrundlosen Befristung eines

---

[1195] Dazu Worzalla, Die sachgrundlose Befristung (Teil 1), P&R 2016, 3 ff. und Worzalla, Die sachgrundlose Befristung (Teil 2), P&R 2016, 27 ff.

[1196] Kuner, BeckOK-TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 22.

[1197] BAG 24.06.2015, NZA 2015, 1507 Rn. 16; 24.02.2016, NZA 2016, 758; vgl. dazu ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 14 Rn. 119 ff.

[1198] BAG 21.09.2011, NZA 2012, 255.

[1199] BAG 24.02.2016, NZA 2016, 758 Rn. 18 mit Anm. Brötzmann, Beamtenverhältnis ist keine zu beachtende Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung, öAT 2016, 144.

Arbeitsvertrags nur frühere befristete oder unbefristete Arbeitsverhältnisse mit demselben Arbeitgeber entgegen. Beamtenverhältnisse werden vom Begriff des Arbeitsverhältnisses iSv § 14 II 2 TzBfG nicht umfasst.[1200] Ferner verstößt nach Ansicht des BAG die Nichtberücksichtigung eines Beamtenverhältnisses im Rahmen der Vorbeschäftigungsprüfung verstößt nicht gegen die Vorgaben des Unionsrechts.[1201] Die Rechtssache ist beim BAG anhängig.[1202]

Beachte: In einer aktuellen Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2015 stellt das Gericht heraus, dass die Ausnutzung der durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich sein könne, wenn sie zu einem mit § 242 BGB unvereinbaren Ergebnis führen würden. So könne die Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten des TzBfG rechtsmissbräuchlich sein, etwa wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewollten Zusammenwirken aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge mit einem Arbeitnehmer ausschließlich deshalb schließen, um auf diese Weise die Möglichkeiten einer sachgrundlosen Befristung zu erweitern.[1203] Auf einen solchen Sachverhalt finden die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast Anwendung. Es genüge, wenn der beweisbelastete Arbeitnehmer Indizien für einen solchen Rechtsmissbrauch vortrage, etwa dass die Arbeitsverträge nahtlos aneinander anschlossen und die Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz erfolgte.[1204]

bb) **Anschlussverbot bei Vorbeschäftigung**

(1) Bisherige Rechtslage

Nach § 14 II 2 TzBfG ist eine sachgrundlose Befristung unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Den Inhalt der Norm legte das BAG erstmals mit Urteil vom 4. Juni 2011 aus verfassungsrechtlichen Gründen einschränkend dahingehend aus, dass § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einer sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegenstünde, wenn ein vorangegangenes Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege.[1205] Dieser Zeitraum entspreche der gesetzgeberischen Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist nach § 195 BGB zum Ausdruck komme.

(2) Beschluss BVerfG vom 6. Juni 2018

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 6. Juni 2018 (1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14) entschieden, dass das Vorbeschäftigungsverbot als Regelung zur Verhinderung von Kettenbefristungen grds. verfassungskonform ist. Die seitens des BAG vorgenommene Rechtsfortbildung wurde für unzulässig erklärt, da sie die Grenzen vertretbarer Auslegung gesetzlicher Vorgaben und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung durch Verletzung des in Art. 2 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips überschreitet. Nach Auffassung des BVerfG ginge die bisherige Auslegung des BAG nicht mit dem Willen des Gesetzgebers einher. Den Gesetzesmaterialien sei hierbei ein klares Regelungskonzept zu entnehmen: Eine sachgrundlose Befristung zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien solle grundsätzlich **nur einmal und nur bei der erstmaligen Einstellung** zulässig sein.[1206] Ein Vorbeschäftigungsverbot greife zwar in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern ein. Dies sei aber grundsätzlich gerechtfertigt, soweit es zum Schutz vor Kettenbefristungen als Folge der Ausnutzung einer

[1200] BAG 24.02.2016, NZA 2016, 758 Rn. 26 ff.
[1201] BAG 24.02.2016, NZA 2016, 758 Rn. 30 ff.
[1202] BAG, Az: 7 AZR 733/16.
[1203] BAG 24.06.2015, NZA 2015, 1507 Rn. 16. 24 mit Anm. Hauck-Scholz, Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung, öAT 2016, 13.
[1204] Hauck-Scholz, öAT 2016, 13.
[1205] BAG 06.04.2011, NZA 2011, 905.
[1206] Rundschreiben vom 26.07.2018 (D5-31001/9#7); vgl. dazu Steinau-Steinrück/Burmann, NJW Spezial 2018, 498-499; Bayreuter, Das BVerfG und die sachgrundlose Befristung – Neues aus dem Arbeitsvertragsrecht, NZA 2018, 905-909.

strukturellen Unterlegenheit bei Arbeitnehmern und zur Sicherung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Regelbeschäftigung erfolge.

Merke: Sachgrundlose Befristungen zwischen denselben Vertragsparteien sind somit in aller Regel auf die erstmalige Begründung eines Arbeitsverhältnisses beschränkt. Jede erneute sachgrundlos befristete Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber ist unzulässig.

Hinweis: Das Rundschreiben vom 26.07.2018 - Verbot mehrmaliger sachgrundloser Befristungen von Arbeitsverträgen (D5-31001/9#7) gibt Hinweise zum Beschluss des BVerfG vom 06.06.2018 (1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14) zum Verbot der Vorbeschäftigung nach § 14 II 2 TzBfG.

(3) Ausnahmen

Jedoch ist nach Auffassung des BVerfG „ein Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben Arbeitgeber unzumutbar, soweit eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten“.[1207]

In Fällen, in denen eine Vorbeschäftigung **sehr lange zurückliege, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer gewesen sei**, müsse die Regelung nach Ansicht des BVerfG durch die Fachgerichte verfassungskonform einschränkend ausgelegt werden, soweit keine Kettenbefristung droht. Das BVerfG nennt hier folgende Konstellationen:[1208]

- bestimmte geringfügige Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder Familienzeit,
- die Tätigkeit von Werkstudenten, studentischen Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung oder
- eine erzwungene oder freiwillige Unterbrechung der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht.

(4) Fazit und Folgen für die Praxis

Die vom BAG im Geltungsbereich des § 14 II 2 TzBfG angenommene dreijährige Karenzfrist gibt es nicht mehr. Dies bedeutet zunächst einmal, dass im Vertrauen auf die dreijährige Karenzzeit geschlossene sachgrundlose Befristungen im Regelfall unwirksam sind, wenn eine Vorbeschäftigung bestand. Das dürfte eine erhebliche Anzahl von Fällen betreffen. Diese Arbeitsverträge gelten gem. § 16 Satz 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Betroffene Abreitnehmer müssen aber gem. § 17 TzBfG die Rechtsunwirksamkeit innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses geltend machen.

Auf der anderen Seite verlangt das BVerfG eine einschränkende Auslegung, wenn eine Kettenbefristung nicht droht. Aus dem Vorbeschäftigungsverbot des § 14 II 2 TzBfG sind solche Tätigkeiten *auszunehmen*, die sehr lange zurückliegen, völlig anders geartet bzw. von nur untergeordneter Bedeutung waren oder die nur kurz andauerten. Im Ergebnis verbleibt es daher für alle wirklich kritischen Fälle bei der Sichtweise des BAG. Allerdings bedarf es nun einer *Einzelfallabwägung*, die für den Arbeitgeber – anders als das bei der leicht zu berechnenden dreijährigen Karenzfrist des BAG der Fall war – mit einigen Rechtsunsicherheiten verbunden ist. Er wird sich daher sorgfältig überlegen müssen, ob er eine sachgrundlose Einstellung ungeachtet einer „unbeachtlichen“ Vorbeschäftigung versuchen will.[1209]

[1207] BVerfG, Beschl. vom 06.07.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 Rn. 62.
[1208] BVerfG, Beschl. vom 06.07.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 Rn. 63.
[1209] Bayreuter, NZA 2018, 905, 909.

Beachte: Die vom BVerfG genannten Einschränkungsmöglichkeiten des § 14 II 2 TzBfG sind jedoch noch nicht durch eine fachgerichtliche Rechtsprechung unterlegt. Daher empfiehlt das BMI in dem o.g. Rundschreiben, die Begründung sachgrundloser Arbeitsverhältnisse nicht mehr auf die dreijährige Karenzzeit zu stützen und bei einer nicht erstmaligen Begründung eines sachgrundlosen Arbeitsverhältnisses äußerste Vorsicht walten zu lassen und sich eng an den vom BVerfG genannten Ausnahmefällen zu orientieren.[1210]

(5) BAG 23.01.2019 – 7 AZR 733/16 – Zeitlich unbegrenztes Vorbeschäftigungsverbot für sachgrundlose Befristungen

Vor diesem Hintergrund hatte das BAG am 23. Januar 2019 in drei Parallelverfahren erstmals über die Anwendung des § 14 II 2 TzBfG nach Maßgabe der Vorgaben des BVerfG zu entscheiden.[1211]

(a) **Sachverhalte:**[1212]

Die Entscheidungen des *7. Senats* betrafen jeweils fristgerecht (§ 17 TzBfG) eingelegte Befristungskontrollklagen, mit denen die Kläger geltend machten, die Befristung ihres Arbeitsvertrags sei unwirksam, weil sie bereits zuvor mit dem beklagten Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis gestanden hatten, eine erneute sachgrundlose Befristung daher nach § 14 II 2 TzBfG unzulässig und auch sonst kein sachlicher Befristungsgrund gegeben sei.

Im Fall 1 ging es um einen Arbeitnehmer, der knapp 8 Jahre nach dem Ende der früheren 18-monatigen Tätigkeit als gewerblicher Mitarbeiter beim beklagten Automobilhersteller erneut (wohl sachgrundlos) befristet als Facharbeiter im Bereich „Produktion und Logistik“ eingestellt wurde. Im Zusammenhang mit der beabsichtigten (Wieder-)Begründung des Arbeitsverhältnisses hatte der Kläger im Personalbogen der Beklagten seine Vorbeschäftigung wahrheitsgemäß angegeben.

Im Fall 2 war der Kläger bereits früher für knapp neun Monate beim beklagten Automobilhersteller als Montierer angestellt gewesen. Knapp 5,5 Jahre nach dem Ende des ersten Arbeitsverhältnisses wurde der Kläger von der Beklagten erneut (wohl sachgrundlos) befristet eingestellt, wiederum als Montierer.

Im Fall 3 war der Kläger früher zwei Jahre befristet bis 31.12.2008 bei der Beklagten beschäftigt gewesen. Nachdem der Kläger ab dem 15.3.2010 zunächst als Leiharbeitnehmer wieder bei der Beklagten eingesetzt geworden war, schlossen die Parteien am 3.7.2012, also ca. 3,5 Jahre nach dem Ende des ersten Arbeitsvertrags, erneut einen befristeten Arbeitsvertrag (wohl ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes), nach dem dieselben Tätigkeiten wie bei der Vorbeschäftigung geschuldet waren.

(b) **Entscheidung des BAG**

Nach Auffassung des BAG ist nach § 14 II 2 TzBfG die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Im Jahr 2011 habe das BAG zwar entschieden, § 14 II 2 TzBfG erfasse in verfassungskonformer Auslegung nicht solche Vorbeschäftigungen, die länger als drei Jahre zurückliegen. Diese Rechtsprechung könne jedoch aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 06.06.2018 nicht aufrechterhalten werden. Das BAG habe durch die Annahme, eine sachgrundlose Befristung sei nur dann unzulässig, wenn eine Vorbeschäftigung weniger als drei Jahre zurückliege, die Grenzen vertretbarer Auslegung gesetzlicher Vorgaben überschritten, weil der Gesetzgeber eine solche Karenzzeit erkennbar nicht regeln wollte. Hinsichtlich der bisherigen Rechtsprechung bestehe kein Vertrauensschutz.

[1210] Rundschreiben vom 26.07.2018 - Verbot mehrmaliger sachgrundloser Befristungen von Arbeitsverträgen (Beschluss des BVerfG vom 06.06.2018) – D5-31001/9#7.

[1211] BAG 23.01.2019 – 7 AZR 733/16 = NZA 2019, 700; 23.01.2019 – 7 AZR 13/17; 23.01.2019 – 7 AZR 161/15.

[1212] Vgl. dazu Lembke/Tegel, Neues zum Vorbeschäftigungsverbot des Befristungsrechts, NZA 2019, 1029, 1031.

Allerdings könnten und müssten die Fachgerichte auch nach der Auffassung des BVerfG durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 II 2 TzBfG einschränken, soweit das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar sei, weil eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht bestehe und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich sei, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung könne danach insbesondere unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliege, ganz anders geartet gewesen sei oder von sehr kurzer Dauer gewesen sei.

Das BVerfG hat nicht näher definiert, wann eine Vorbeschäftigung „sehr lange zurückliegt", „ganz anders geartet" oder „von sehr kurzer Dauer" war. Letztlich bedürfe es daher einer Würdigung des Einzelfalls. In Anwendung dieser Grundsätze entschied das BAG wie folgt:

(aa) **„Sehr lange zurückliegende" Vorbeschäftigung**

Bei einem Zeitraum von 8 Jahren (Fall 1) bzw. 5,5 Jahren (Fall 2) und – erst recht – bei 3,5 Jahren (Fall 3) könne jedoch nicht davon gesprochen werden, dass das Vorbeschäftigungsverhältnis „sehr lange" zurückliege.[1213]

Bei typisierender Betrachtung umfasse ein Erwerbsleben mindestens 40 Jahre, so dass ein Arbeitgeber jedenfalls 4 (bei einer Unterbrechung von 8 Jahren – Fall 1) bzw. 5 (bei einer Unterbrechung von 5,5 Jahren – Fall 2) bzw. 7 (bei einer Unterbrechung von 3,5 Jahren – Fall 3) sachgrundlos befristete Arbeitsverträge von jeweils zweijähriger Dauer mit demselben Arbeitnehmer abschließen könnte. Dann wäre aber nicht gewährleistet, dass die sachgrundlose Befristung bei der erneuten Einstellung auf Ausnahmefälle beschränkt ist; das angestrebte Ziel einer langfristigen und dauerhaften Beschäftigung wäre gefährdet.

Das BAG hat entschieden, dass das in § 14 II 2 TzBfG bestimmte Verbot der sachgrundlosen Befristung nach einer Vorbeschäftigung in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift regelmäßig nicht zur Anwendung gelangt, wenn ein Arbeitnehmer 22 Jahre nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses erneut bei demselben Arbeitgeber eingestellt wird. In der vorliegenden Entscheidung kommt das BAG erstmals zu dem Ergebnis, dass eine Vorbeschäftigung tatsächlich sehr lange zurückliegt. Für die Praxis lässt sich also festhalten, dass eine weitere sachgrundlose Befristung idR nach 22 Jahren zulässig ist. Es können jedoch besondere Umstände vorliegen, die die Anwendung des Vorbeschäftigungsverbots trotzdem rechtfertigen.

(bb) **„Ganz anders geartete" Vorbeschäftigung**

In den drei zu entscheidenden Fällen seien die vom jeweiligen Kläger während seiner Vorbeschäftigung geschuldeten Tätigkeiten auch keine „ganz anderen" gewesen als jene, die nach dem Unterbrechungszeitraum im erneuten Arbeitsverhältnis zu erbringen gewesen seien.[1214] Vielmehr habe es sich um die gleichen bzw. vergleichbare Arbeitsaufgaben gehandelt.

(cc) **„Sehr kurze" Vorbeschäftigung**

In allen drei Fällen nahm das BAG zudem an, die Vorbeschäftigung von knapp 9 Monaten (Fall 2) bzw. 1,5 Jahren (Fall 1) bzw. 2 Jahren (Fall 3) sei auch nicht „von sehr kurzer Dauer" gewesen. Diesbezüglich verglich das BAG die Dauer der Vorbeschäftigung mit arbeitsrechtlich – beim Bestandsschutz – relevanten Fristen, namentlich mit der Höchstdauer von zwei Jahren für ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnisses (§ 14 II 1 TzBfG), der Wartezeit von sechs Monaten für den allgemeinen Kündigungsschutz (§ 1 I KSchG) und mit der Dreimonatsfrist in § 622 V Nr. 1 Hs. 2 BGB im Kontext des Begriffs „vorübergehende

[1213] BAG 23.01.2019 – 7 AZR 733/16 = NZA 2019, 700 Rn. 24 ff.; 23.01.2019 – 7 AZR 13/17 Rn. 21; 23.01.2019 – 7 AZR 161/15 Rn. 20 ff.; Lembke/Tegel, NZA 2019, 1029, 1031.
[1214] Lembke/Tegel, NZA 2019, 1029, 1032 mwN.

Aushilfe“. Das BAG ist also wohl der Auffassung, dass eine „sehr kurze Vorbeschäftigung“ nur dann vorliegen kann, wenn sie kürzer ist als die genannten Fristen von drei Monaten bis zwei Jahren.[1215]

Schließlich seien auch in keinem der zu entscheidenden Fälle sonstige Umstände ersichtlich oder – vom darlegungsbelasteten Arbeitgeberhttps://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnza%2F2019%2Fcont%2Fnza.2019.1029.1.htm&anchor=Y-300-Z-NZA-B-2019-S-1029 - FN32 – vorgetragen worden, die eine verfassungskonforme Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 14 II 2 TzBfG gebieten könnten.

(c) **Stellungnahme**

Die erneute Rechtsprechungsänderung des BAG zu § 14 II 2 TzBfG ist nicht nur angesichts der Bindungswirkung der BVerfG-Vorgaben rechtlich geboten, sondern auch in der Sache zu begrüßen. Das vom BAG 2011 richterrechtlich erschaffene Karenzzeitmodell von drei Jahren in Anlehnung an die regelmäßige Verjährungsfrist (§ 195 BGB) vermochte dogmatisch nicht zu überzeugen.[1216]

(6) Praxistipp

Angesichts der enormen Folgen einer unwirksamen Befristung (Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, § 16 TzBfG!), erscheint es für den Arbeitgeber ratsam, im Vorstellungsgespräch nach einer etwaigen Voranstellung zu fragen bzw. diese genau zu prüfen.[1217] Frage und Antwort sind zu dokumentieren. Dieser Rat sollte gerade im öffentlichen Dienst aufgrund der dort meist weit verzweigten Behördennetze beherzigt werden. Die Frage ist sachlich begründet, mithin zulässig.

Beispiel: „Standen Sie in der Vergangenheit bei einer Dienststelle des Bundes in einem Arbeitsverhältnis?“

Im Falle einer objektiven – wenn auch nicht vorsätzlichen – Falschauskunft ist es dem Beschäftigten verwehrt, sich auf einen Verstoß gegen das Anschlussverbot zu berufen.[1218]

Entsprechend sollte bereits in der Stellenausschreibung auf das Vorbeschäftigungsverbot hingewiesen werden.

Beispiel: „Da die Einstellung nach § 14 II Teilzeit- und Befristungsgesetz ohne Sachgrund erfolgen soll, können Bewerberinnen und Bewerber, die bereits in einem Arbeitsverhältnis mit der Bundesrepublik Deutschland gestanden haben, nicht berücksichtigt werden.“

Eine entsprechende Vertragsklausel „Der Arbeitnehmer bestätigt bisher in keinem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber gestanden zu haben.“ im Arbeitsvertrag wäre hingegen unwirksam. Der Arbeitgeber darf sich zur Ermittlung einer Vorbeschäftigung keiner Vertragsklauseln bedienen.

Das LAG Baden-Württemberg führt in einer Entscheidung vom 11.03.2020 – 4 Sa 44/19 dazu wie folgt aus: Auf die Tatsachenbestätigung im Rahmen einer solchen Klausel könne sich der Arbeitgeber nicht berufen, weil die vertragliche Klausel gem. § 309 Nr. 12 b BGB unwirksam sei. Danach sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die die

[1215] Lembke/Tegel, NZA 2019, 1029, 1032 mwN.
[1216] Lembke/Tegel, NZA 2019, 1029, 1032 mwN.
[1217] Der Arbeitgeber darf bei Einstellung den Arbeitnehmer zu einer möglichen Vorbeschäftigung befragen (Kliemt, Das neue Befristungsrecht, NZA 2001, 296, 300). Beantwortet der Bewerber diese Frage vorsätzlich falsch, kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag dann, wenn tatsächlich die falsche Antwort auf die Frage den Arbeitgeber zu dem Irrtum über das Bestehen eines früheren Arbeitsverhältnisses veranlasste, nach § 123 BGB anfechte.
[1218] ArbG Frankfurt 09.04.2008 – 7 Ca 8061/07; Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 819,

Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändern, indem der Verwender den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Daher wird man davon ausgehen müssen, dass Standardvertragsklauseln, mit denen bestätigt wird, dass keine Vorbeschäftigung beim Arbeitgeber bestand, kein geeignetes Instrument zur Vermeidung unzulässiger Befristungen sind.

Damit allerdings ein in der Praxis funktionales Werkzeug gefunden werden kann, empfiehlt es sich einen separaten Fragebogen, den der Arbeitnehmer in Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses individuell beantworten kann.[1219]

b) **Höchstdauer und Verlängerung innerhalb der Höchstdauer**

Ohne Vorliegen eines Sachgrundes ist die Befristung nach § 14 II TzBfG nur bis zur **Höchstdauer von zwei Jahren** zulässig, wobei aufeinanderfolgende Befristungen (maximal dreimalige Verlängerung) nur insgesamt eine Höchstdauer von zwei Jahren erreichen dürfen (§ 14 II 1 Halbs. 2 TzBfG).

Beispiel: A erhält zunächst einen befristeten Arbeitsvertrag über sechs Monate, der sich befristete Verträge über vier Monate, ein Jahr und schließlich zwei Monate anschließen (zulässig). Unzulässig ist eine Befristung über 25 Monate. Unzulässig sind auch fünf Kettenbefristungen über einen Zeitraum von 20 Monaten.

Eine Verlängerung iSd § 14 II 1 Hs. 2 TzBfG setzt grundsätzlich voraus, dass es dabei nicht zu inhaltlichen Änderung der Vertragsbedingungen kommt. Die Verlängerung muss vor Ablauf des zu verlängernden Zeitvertrags erfolgen und setzt voraus, dass nur die Vertragslaufzeit unter Beibehaltung der bisherigen Arbeitsbedingungen geändert wird. Andernfalls handelt es sich um einen neuen Arbeitsvertrag, dessen Befristung nach dem in § 14 II 2 TzBfG enthaltenen Anschlussverbot unwirksam ist.[1220] Ausnahmen werden nur dann anerkannt, wenn ein Anspruch auf die geänderten Bedingungen besteht oder es um die Anpassung an die Rechtslage im Zeitpunkt der Verlängerung geht, auch wenn eine ohnehin vertraglich vereinbarte Änderung vorliegt. Anknüpfend daran hat das LAG Rheinland-Pfalz entschieden, dass tätigkeits- oder vergütungsbezogene Vertragsänderungen unschädlich sind, die in vertraglicher bzw. betrieblicher Automatik angelegt sind.[1221]

Ebenfalls für die *Dauer von insgesamt zwei Jahren* können solche Arbeitsverträge durch eine sachgrundlose Befristung nach § 14 II TzBfG verlängert befristet werden, die zunächst mit Sachgrund befristet abgeschlossen wurden. Voraussetzung dafür ist aber, dass die Verlängerung noch während der Laufzeit des letzten mit Sachgrund befristeten Arbeitsvertrages vorgenommen wird. Anderenfalls würde ein Verstoß gegen das Anschlussverbot des § 14 II 2 TzBfG vorliegen.

Beachte: Im Anschluss an eine sachgrundlose Befristung nach § 14 II TzBfG kann sich eine Befristung mit Sachgrund nach § 14 I TzBfG anschließen.

Beispiel: A ist ohne Sachgrund 18 Monate bei B beschäftigt. Im Anschluss hieran wird A zu Vertretung eines erkrankten Mitarbeiters für weitere 18 Monate befristet beschäftigt.

c) **Überschreitung der Befristungsdauer**

Die Überschreitung der Höchstdauer von zwei Jahren für die sachgrundlose Befristung auch um nur einen Tag aufgrund einer Dienstreise führt dazu, dass mit dem Arbeitnehmer ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.[1222]

[1219] Dazu Lembke/Tegel, Die formularmäßige Frage nach Vorbeschäftigungen, NZA 2021, 984 ff.
[1220] Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 822.
[1221] LAG Rheinlad-Pfalz, Urt. v. 14.03.2016 – 3 Sa 480/15.
[1222] LAG Düsseldorf, Urteil vom 09.04.2019 – 3Sa 1126/18 – Pressemitteilung Nr. 23/19.

Merke: Jede Überschreitung der Befristungsdauer führt zur Begründung eines unbegründeten Arbeitsverhältnisses.

d) **Regelungsbefugnis der Tarifvertragspartei**

§ 14 II 3 TzBfG eröffnet den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung oder beide Umstände abweichend von § 14 II 1 TzBfG festzulegen. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren (§ 14 II 4 TzBfG). Von dieser gesetzlichen Öffnungsklausel wurde in § 30 III 1 TVöD und in den §§ 31, 32 TVöD Gebrauch gemacht.

Beachte: Nach der Rechtsprechung des BAG eröffnet die Regelungsbefugnis nach § 14 II 3 TzBfG den Tarifvertragsparteien keine unbegrenzte Abweichungsmöglichkeit. Bereits 2012 und 2015 hatte der Siebte Senat entschieden, dass diese Norm den Tarifvertragsparteien keine unbegrenzte Abweichungsmöglichkeit eröffnet, die konkreten Grenzen aber offen gelassen.[1223] Nun hat er entschieden, dass tarifvertraglich eine sachgrundlose Befristung für die Dauer von sechs Jahren bei maximal neun Verlängerungen vorgesehen werden kann.[1224] Das ergebe die Auslegung des § 14 II 3 TzBfG. Der Senat stützt sich auf die Systematik und den Sinn und Zweck der Regelung sowie auf verfassungs- und unionsrechtliche Gründe. Die Grenze der tariflichen Regelungsbefugnis wird als erreicht angesehen bei der Festlegung der Dauer eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages auf maximal sechs Jahren und der höchstens neunmaligen Verlängerung zu dieser Gesamtdauer.[1225]

4. **Befristung älterer Beschäftigter ohne Sachgrund, § 14 III TzBfG**

a) **Voraussetzungen**

Eine weitere Möglichkeit der erleichterten Befristung sieht § 14 III TzBfG vor. Ursprünglich sah das TzBfG einen sachgrundlosen Befristungsfall vor, wenn der Arbeitnehmer das 52 Lebensjahr vollendet hatte. Der EuGH hat festgestellt, dass die Regelung in § 14 III TzBfG aF gegen EU-Recht verstößt.[1226] Die Regelung wurde für unanwendbar erklärt. Die Neufassung des § 14 III TzBfG greift die Rechtsprechung des EuGH auf. Nach der Neufassung ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das **52. Lebensjahr vollendet hat** und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses **mindestens vier Monate beschäftigungslos** iSd § 138 I Nr. 1 SGB III gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach SGB II oder III teilgenommen hat. Bis zur Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig. Die in § 14 III TzBfG normierten Voraussetzungen für die Vereinbarung einer sachgrundlosen Befristung mit älteren Arbeitnehmern ist auch nach der Neuregelung umstritten.

Hinweis: Mit einer neuen Entscheidung vom 28.05.2014 hat das BAG[1227] nun Klarheit in dieser seit Jahren umstrittenen Rechtsfrage geschaffen. In der Begründung stellt das Gericht fest, dass die Regelungen in § 14 III 1 und 2 TzBfG in der ab 01.05.2007 geltenden Fassung, jedenfalls soweit es um deren erstmalige Anwendung zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien geht, mit Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht vereinbar sind.[1228] Die in § 14 III TzBfG immanente Altersdiskriminierung sei gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber mit der Förderung der Eingliederung älterer Arbeitnehmer in das Beschäftigungsleben ein legitimes Ziel verfolge und die Regelung geeignet, erforderlich sowie angemessen

[1223] BAG 18.03.2005 – 7 AZR 272/13.
[1224] BAG 15.12.2012 – 7 AZR 184/11. Rn. 17
[1225] BAG 15.12.2012 – 7 AZR 184/11. Rn. 31.
[1226] EuGH 22.11.2005, Rs. C-144/04, NZA 2005, 1345 „Mangold“.
[1227] Dazu Holighaus, Befristete Arbeitsverträge mit älteren Arbeitnehmern gemäß § 14 III TzBfG sind – eingeschränkt – zulässig, öAT 2014, 228.
[1228] BAG 28.05.2014, DB 2014, 2475 Rn. 10 und 38.

sei, um dieses Ziel zu erreichen. Innerhalb der fünfjährigen Höchstgrenze dürfen die Arbeitsverhältnisse mehrfach verlängert werden. Kritisch sieht das BAG die wiederholte Berufung der Parteien auf die Befristungsmöglichkeit nach § 14 III TzBfG. Das könnte bspw. der Fall sein, wenn bereits zuvor ein nach § 14 III TzBfG befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bestand und nach Ablauf von vier Monaten, in denen der Arbeitnehmer beschäftigungslos iSv § 138 SGB III war, ein weiterer sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll.[1229]

Praxistipp: Daraus muss für die Praxis abgeleitet werden, dass Arbeitgeber streng darauf achten sollten, § 14 III TzBfG lediglich *einmalig zur Anwendung* zu bringen, dass sie jedenfalls an den 5-Jahres-Zeitraum gebunden sind und dass sie sich innerhalb dessen nur durch eine entsprechende kalendermäßige Befristung oder durch eine oder mehrere Verlängerungen der Befristungsabrede bewegen dürfen.

b) **Sachgrundlose Befristung nach § 14 III TzBfG trotz Angabe eines Sachgrundes im Arbeitsvertrag?**

Das LAG Hamm hatte sich im Urteil vom 11.12.2014 mit der Frage zu befassen, ob eine sachgrundlose Befristung nach § 14 III TzBfG auch dann gerechtfertigt ist, wenn im Arbeitsvertrag der Parteien ausdrücklich ein sachlicher Grund für die Befristung (hier: Krankheitsvertretung für zwei andere Mitarbeiter) genannt wurde.[1230]

Nach der Rechtsprechung können die Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung vertraglich ausschließen.[1231] Dieser Ausschluss kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Ein konkludenter Ausschluss liegt etwa dann vor, wenn der Arbeitnehmer die Erklärung des Arbeitgebers so verstehen darf, dass die Befristung ausschließlich auf einen bestimmten Sachgrund gestützt wird und nur von seinem Bestehen abhängt. Dabei ist die Benennung eines Sachgrundes im Arbeitsvertrag ein wichtiges Indiz. Für einen konkludenten Ausschluss der sachgrundlosen Befristung reicht allein die Benennung eines Sachgrundes im Arbeitsvertrag aber nicht aus. Vielmehr müssen im Einzelfall noch zusätzliche Umstände hinzutreten.[1232] Ob die Anwendbarkeit des § 14 III TzBfG – Gleiches gilt auch für § 14 II TzBfG – vertraglich ausgeschlossen wurde, ist vom Gericht der Tatsacheninstanz durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen zu ermitteln.[1233]

Praxistipp: Für die Praxis gilt auch nach der Entscheidung des LAG Hamm, dass eine Befristung nach § 14 III TzBfG dann gerechtfertigt ist, wenn deren Voraussetzungen bei Vertragsschluss objektiv vorlagen. Allein ein im Arbeitsvertrag genannter sachlicher Grund für die Befristung hindert nicht die Wirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung nach § 14 III TzBfG.

c) **Befristet Beschäftigung von Rentnern**

Im Jahr 2017 waren etwa 1,1 Millionen Personen über 65 Jahre noch erwerbstätig. Zwar bedeutet dies einen Anstieg der Erwerbstätigenquote im Alter zwischen 65 und 69 Jahren um 9 Prozent, jedoch scheidet ein Großteil der der älteren Arbeitnehmer weiterhin mit Erreichen der Regelaltersgrenze aus dem Arbeitsverhältnis aus. Im Zuge des erhöhten Mangels an Fachkräften ist der Arbeitsmarkt jedoch immer mehr auf ältere erfahrene Arbeitskräfte angewiesen. In Praxis wird das Thema der befristeten Beschäftigung von Rentnern zunehmend relevant.

Die einfachste Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung nach Rentenbeginn ist eine schriftliche Vereinbarung während des noch laufenden Arbeitsverhältnisses über eine Verschiebung des Beendigungszeitpunktes. Ist dies nicht möglich, zB weil das

[1229] BAG 28.05.2014, DB 2014, 2475 Rn. 7 und 10.
[1230] LAG Hamm (Westfalen), 15 Sa 1014/14 m. Anm. Kossens, juris-ArbR 15/2015 Anm. 4.
[1231] BAG 29.06.2011, NZA 2011, 1151 Rn. 20; LAG Hamm (Westfalen), 15 Sa 1014/14 Rn. 39.
[1232] BAG 29.06.2011, NZA 2011, 1151 Rn. 20.
[1233] BAG 12.08.2009 - 7 AZR 270/08 Rn. 27.

Arbeitsverhältnis bereits beendet ist oder weil die Arbeitsbedingungen geändert werden sollen, bleibt nur eine Sachgrundbefristung nach § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG. Dafür sind aber strengere Vorgaben zu beachten.[1234]

aa) **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Rentenbeginn**

Nach § 41 Satz 3 SGB VI ist es möglich, den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinauszuschieben, wenn eine arbeitsvertragliche Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht. Dafür ist es notwendig, dass eine Vereinbarung während des noch laufenden Arbeitsverhältnisses, also vor Rentenbeginn, getroffen wird, diese Vereinbarung schriftlich getroffen wird (§ 14 IV TzBfG) und die Vereinbarung sich im Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes erschöpft. Änderungen der Arbeitsbedingungen dürfen also mit dem Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes nicht verbunden werden. Der EuGH hat die befristete Verlängerung von Arbeitsverhältnissen § 41 Satz 3 SGB VI im Rentenalter für zulässig erklärt.[1235]

bb) **Befristung von Arbeitsverhältnissen nach Rentenbeginn**

Daneben kommt eine Befristung nach Rentenbeginn nach § 14 II 2 Nr. 6 TzBfG in Betracht. Vorliegen scheint es der Wunsch des Arbeitnehmers zu, der zu einer befristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Rentenbeginn führt. Der Wunsch des Arbeitnehmers kann als Sachgrund eine Befristung nach § 14 II 2 Nr. 6 TzBfG rechtfertigen. Das gilt aber nur, wenn sich der Wunsch des Arbeitnehmers ausdrücklich auf die Befristung bezieht. Voraussetzung ist also, dass der Arbeitnehmer nur einen befristeten Arbeitsvertrag abschließen wollte, selbst wenn ihm die unbefristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angeboten worden wäre. Das wird sich in der Regel nicht beweisen lassen. Daneben kommen aber auch die anderen Befristungsgründe nach § 14 I 1 TzBfG in Betracht. Bei einer Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber ist auch der sachgrundlose Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages nach § 14 II TzBfG möglich. Schriftformerfordernis.

5. **Anforderungen an die Schriftform**

Nach **§ 14 IV TzBfG** bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrags zu ihrer Wirksamkeit der **Schriftform**. Dabei sind Art, Grund oder Dauer der Befristung irrelevant. § 14 IV TzBfG gilt umfassend für jede Befristung, ob nun eine Befristung auf Grundlage des § 30 I 1 TVöD iVm dem TzBfG oder iVm § 30 II bis 5 TVöD. Eine ohne Einhaltung der Schriftform vereinbarte Befristung wäre nach § 125 BGB nichtig, mit der Folge, dass der Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wäre.[1236] Formbedürftig ist danach aber nur die *Befristungsabrede*, nicht der gesamte befristete Arbeitsvertrag.[1237] Dieser darf – unter Beachtung der Regelungen des Nachweisgesetzes (NachwG) – weiterhin formlos abgeschlossen werden. Wird allerdings der gesamte Arbeitsvertrag schriftlich niedergelegt, muss die Befristung einigermaßen deutlich herausgehoben werden.[1238]

Bei **kalendermäßigen Befristungen** erstreckt sich das Formgebot nur auf die Tatsache der Vertragsbefristung an sich. Es muss also nur das Enddatum bzw. die Befristungsdauer schriftlich festgehalten werden.[1239]

Nach der Rechtsprechung gilt das Schriftformerfordernis auch für Zweckbefristungen.[1240] Bei der **Zweckbefristung** muss der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bewirkende Zweck bekannt sein, bei der auflösenden Bedingung das in der Zukunft

---

[1234] Vgl. dazu Arnold/Zeh, Die befristete Beschäftigung von Rentnern, NZA 2019, 1017-1023; Chandna-Hoppe, Das unionsrechtliche Befristungsrecht und die Weiterbeschäftigung nach Erreichen der Regelaltersgrenze, RdA 2019, 200-208.
[1235] EuGH 28.02.2018, C-46/17.
[1236] Vgl. BAG 01.12.2004 – 7 AZR 198/04.
[1237] Müller-Glöge, ErfK, 15. Aufl., § 14 TzBfG Rn. 145; Bayreuther, BeckOK ArbR, § 14 TzBfG Rn. 135.
[1238] Bayreuther, BeckOK ArbR, § 14 TzBfG Rn. 135.
[1239] Bayreuther, BeckOK ArbR, § 14 TzBfG Rn. 135.
[1240] BAG 21.12.2015, ZTR 2006, 384.

liegende Ereignis, von dem der Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängen soll. Entsprechend ist beides auch schriftlich niederzulegen.[1241]

Für das gesetzliche Schriftformerfordernis des § 14 IV TzBfG gelten die Vorschriften der §§ 126, 126a BGB. Die Schriftform ist gewahrt, wenn die Befristung mit *eigenhändiger Unterschrift* in einer einheitlichen Urkunde niedergelegt worden ist, § 126 I und II BGB.[1242] Das Schriftformerfordernis für den befristeten Arbeitsvertrag ist durch Übersendung eines unterzeichneten Vertrags durch den Arbeitgeber mit der Bitte um Rückgabe gewahrt. Übersendet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor Vertragsbeginn einen von ihm bereits unterzeichneten schriftlichen Arbeitsvertrag mit der Bitte um Rücksendung eines unterzeichneten Exemplars, kann der Arbeitnehmer das Vertragsangebot des Arbeitgebers grundsätzlich nur durch die Unterzeichnung der Urkunde annehmen.[1243] Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien nur mündlich die Befristung eines Arbeitsvertrags, so ist die Befristungsabrede unwirksam und ein unbefristeter Arbeitsvertrag geschlossen.

Praxishinweis: Der befristete Arbeitsvertrag ist spätestens vor Arbeitsaufnahme formgerecht abzuschließen. Um der Gefahr einer aus Formgründen unwirksamen Befristung zu begegnen, sollte der befristete Vertrag allerspätestens am Vortag der Arbeitsaufnahme formgerecht vereinbart sein. Etwas anderes ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn der Arbeitgeber rechtzeitig vor Arbeitsaufnahme dem Beschäftigten – ohne vorangegangene Absprache – ein von ihm bereits unterschriebenes Vertragsformular mit der Bitte um baldige Unterzeichnung übersendet. Nach Ansicht des BAG[1244] macht der Arbeitgeber in so einem Fall hinreichend deutlich, dass der Vertrag nur bei Wahrung der Schriftform nach § 14 IV TzBfG zustande kommen soll. In diesem Fall könne das Angebot des Arbeitgebers nicht durch tatsächliche Arbeitsaufnahme, sondern nur durch Unterzeichnung des bereits vom Arbeitgeber unterschriebenen Arbeitsvertrags angenommen werden kann. Nimmt der Arbeitnehmer vor Unterschriftsleistung die Arbeit auf, besteht laut BAG bis zur Unterzeichnung nur ein faktisches Arbeitsverhältnis.[1245]

Nach der Rechtsprechung des BAG findet das Schriftformgebot des § 14 IV TzBfG keine Anwendung, wenn ein auf das Arbeitsverhältnis insgesamt anwendbarer einschlägiger Tarifvertrag eine Befristung oder auflösende Bedingung des Arbeitsverhältnisses vorsieht.[1246] So ist die im Arbeitsvertrag in Bezug genommene Regelung über die auflösende Bedingung in § 33 II TVöD bei teilweiser Erwerbsminderung nicht wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis der §§ 21, 14 IV TzBfG nach § 125 BGB nichtig. Zwar spreche vieles dafür, dass allein die dynamische Verweisung im Arbeitsvertrag auf den TVöD und die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifbestimmungen in jeweils geltenden Fassungen nicht ausreichend wäre, um insbesondere der mit § 14 IV TzBfG auch verfolgten Warnfunktion zu genügen. Hierauf kommt es aber nach Ansicht des BAG letztlich nicht an, da § 14 IV TzBfG keine Anwendung findet, wenn der Arbeitsvertrag insgesamt auf einen einschlägigen Tarifvertrag Bezug nimmt, der seinerseits die auflösende Bedingung vorsieht. Hierbei genügt die einzelvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag.[1247]

Wirksamkeit Befristung Arbeitsverhältnis – Schriftform – elektronische Signatur – ArbG Berlin, 28.09.2021 – 36 Ca 15296/20: https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE210017580Dem Schriftformerfordernis gem. § 14 IV TzBfG genügt eine elektronische Signatur jedenfalls dann nicht, wenn diese unter Verwendung eines Systems ohne eine nach Art. 26 eIDAS-VO erforderliche Zertifizierung erstellt wurde.

[1241] BAG, 21.12.2005, NZA 2006, 321; Bayreuther, BeckOK ArbR, § 14 TzBfG Rn. 135.
[1242] BAG 23.07.2014, NZA 2014, 1341 Rn. 28.
[1243] Kuner, BeckOK TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 40a.
[1244] BAG 16.042008 – 7 AZR 1048/06.
[1245] Conze, Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes (2016), S. 52.
[1246] BAG 23.07.2014, NZA 2014, 1341; vgl. dazu Meinel, AP Nr. 120 zu § 14 TzBfG.
[1247] BAG 23.07.2014, NZA 2014, 1341 Rn. 27 ff.

6. **Folgen eines Verstoßes**

Hinzuweisen ist auf § 16 S. 2 TzBfG: Wird die Schriftform nicht eingehalten, so gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, § 16 Satz 1 TzBfG. In diesem Fall kann das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden, auch wenn die Parteien keine Kündigungsmöglichkeit vereinbart haben, § 16 Satz 2 TzBfG. Sofern das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist, sind jedoch dessen Voraussetzungen zu beachten, insbesondere ist dann ein Kündigungsgrund iSd § 1 Abs. 2 KSchG erforderlich.

Beispiel: In einem vom BAG entschiedenen Fall ging es um eine projektbezogene Befristung vom 01.07.2005 bis 31.12.2007. Diese Befristungsabrede genügte dem Schriftformerfordernis nicht, da die Unterzeichnung des Vertrags erst am 02.07.2005, also am Tag nach der Arbeitsaufnahme erfolgte. Der Vertrag war deshalb nichtig mit der Folge des § 16 S. 1 TzBfG (Arbeitsvertrag gilt auf unbestimmte Zeit geschlossen). Das formnichtig befristete Arbeitsverhältnis konnte laut BAG vom Arbeitgeber auf der Grundlage von § 16 S. 2 TzBfG ordentlich gekündigt werden, hier durch Schreiben vom 30.01.2007 zum 28.02.2007 (nach § 622 I BGB galt hier die vierwöchige Kündigungsfrist zum Monatsende).

7. **Ende des befristeten Arbeitsvertrages**

a) **Zeitablauf**

Ist die *kalendermäßige Befristung* rechtswirksam vereinbart, endet das Arbeitsverhältnis gemäß § 15 I TzBfG mit Ablauf der vereinbarten Zeit. Dies kann das Ende eines Kalendertags, einer Woche, eines Monats oder eines anderen Zeitraums sein.[1248]

Ein *zweckbefristetes Arbeitsverhältnis* endet gemäß § 15 II TzBfG mit Erreichen des Zwecks, frühestens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.[1249]

Beachte: Wird das Arbeitsverhältnis nach Zeitablauf oder Zweckerreichung mit **Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt**, so gilt es auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht[1250] oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt. Für eine Verlängerung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit genügt aber nicht die jegliche tatsächliche vertragsgemäße Weiterarbeit des Arbeitnehmers. Diese muss mit Wissen des Arbeitgebers selbst (zB gesetzlichen Vertretungsorgans) oder eines zum Abschluss von Arbeitsverträgen berechtigten Vertreters erfolgen.[1251] Die Kenntnis zB eines sonstigen Vorgesetzten des Arbeitnehmers genügt hierfür nicht.[1252]

Die Beendigungswirkung infolge der Befristung tritt unabhängig davon ein, ob ein Sachverhalt vorliegt, der einen Sonderkündigungsschutz (zB wegen Schwangerschaft nach § 9 MuSchG) zur Folge hätte, da eine Kündigung zur Herbeiführung der Beendigungswirkung nicht erforderlich ist. Eine vorherige Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung (insbes. eine Beteiligung nach § 102 BetrVG) ist nicht erforderlich.[1253]

b) **Kündbarkeit**

aa) **Ordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses**

[1248] Müller-Glöge, ErfK, 15. Aufl., § 15 TzBfG Rn. 1.
[1249] BAG 18.06.2008, NZA 2009, 35 Rn. 12.
[1250] Der Widerspruch ist eine rechtsgeschäftliche empfangsbedürftige Willenserklärung. Der Widerspruch kann ausdrücklich oder konkludent und auch schon vor Ende der Vertragslaufzeit eines befristeten Arbeitsverhältnisses erklärt werden (BAG 05.05.202004, NZA 2004, 1346; Dick, in: Burger, TVöD/TV-L, § 330 Rn. 7).
[1251] BAG 11.07.2007, AP Nr. 12 zu § 57a HRG.
[1252] Dick, in: Burger, TVöD/TV-L, § 30 Rn. 12.
[1253] Dick, in: Burger, TVöD/TV-L, § 30 Rn. 8.

Eine Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung sieht das TzBfG nur dann vor, wenn das Arbeitsverhältnis auf Lebenszeit oder für eine längere Zeit als auf 5 Jahre eingegangen wurde (§ 14 IV 1 TzBfG). Die Kündigungsmöglichkeit wird aber nur dem Arbeitnehmer eingeräumt, die Kündigungsfrist beträgt in diesem Fall sechs Monate (§ 15 IV 2 TzBfG). Ansonsten ist eine **ordentliche Kündigung nach § 15 III TzBfG** nur dann zulässig, wenn dies einzelvertraglich vereinbart oder in einem anwendbaren Tarifvertrag geregelt ist. Von dieser Möglichkeit haben die Tarifvertragsparteien in § 30 V TVöD Gebrauch gemacht. Danach kann ein befristetes Arbeitsverhältnis eines Beschäftigten im Tarifgebiet West ordentlich unter Wahrung der in § 30 V 2 TVöD genannten Fristen gekündigt werden. Für die Vereinbarung der ordentlichen Kündbarkeit im Tarifvertrag genügt die einzelvertragliche Inbezugnahme des jeweiligen Tarifvertrags.[1254] Für Beschäftigte im Tarifgebiet Ost besteht daher nur ein ordentliches Kündigungsrecht, wenn das im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart wurde oder ein dahingehender beiderseitiger Wille aus den Umständen eindeutig erkennbar wird.[1255]

bb) **Außerordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses**

Ein befristetes Arbeitsverhältnis kann aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, § 626 BGB. Dies ist auch ohne entsprechende Vereinbarung möglich, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragspartner die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (vgl. § 626 I BGB).[1256]

8. **Rechtsfolgen und Rechtsschutz**

Bei Unwirksamkeit der Befristung tritt an die Stelle des befristeten ein unbefristetes Arbeitsverhältnis (**§ 16 Satz 1 TzBfG**), das, wenn das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist, dem allgemeinen Kündigungsschutz unterliegt. Der Arbeitsvertrag kann frühestens zum vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses gekündigt werden, sofern nicht § 15 III TzBfG die ordentliche Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt zulässt (§ 16 TzBfG).

Zwar normiert § 16 Satz 1 TzBfG, dass das Arbeitsverhältnis bei einer rechtsunwirksamen Befristung als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt. Der Arbeitgeber wird aber in den seltensten Fällen die Rechtsunwirksamkeit und damit das Dauerarbeitsverhältnis akzeptieren. Im Normalfall ist der Arbeitnehmer gezwungen, gem. § 17 Satz 1 TzBfG spätestens **drei Wochen** nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags die Unwirksamkeit der Befristung im Wege der Feststellungsklage vor dem Arbeitsgericht geltend zu machen, um eine dauerhafte Beschäftigung zu erreichen (sog. **Befristungskontrollklage)**. Nur im Falle seines Obsiegens kommt es zur Fiktion des § 16 Satz 1 TzBfG.[1257] Da die §§ 1, 23 KSchG nicht entsprechend anwendbar sind, findet die Klagefrist unabhängig von der individuellen Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers und unabhängig von der Größe des Beschäftigungsbetriebs Anwendung.[1258] Die Befristungskontrollklage durch den Arbeitnehmer kann bereits vor dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses anhängig gemacht werden.[1259] § 17 Satz 1 TzBfG möchte nur einen Endzeitpunkt festlegen, bis zu dem der Arbeitnehmer spätestens Befristungskontrollklage erheben muss. Der Arbeitgeber soll innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens Klarheit darüber haben, ob der Arbeitnehmer die vertraglich vorgesehene Beendigung des Arbeitsverhältnisses akzeptiert oder nicht. Einen frühestmöglichen Termin zur Erhebung einer Befristungskontrollklage sieht § 17 TzBfG nicht vor.[1260]

[1254] Müller-Glöge, ErfK, 15. Aufl., § 15 TzBfG Rn. 10.
[1255] Dick, in: Burger, TVöD/TV-L, § 330 Rn. 9.
[1256] Dick, in: Burger, TVöD/TV-L, § 330 Rn. 12.
[1257] Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 838.
[1258] Müller-Glöge, ErfK, 15. Aufl., § 17 TzBfG Rn. 1.
[1259] BAG 21.12.2005, NZA 2006, 321.
[1260] LAG Baden-Württemberg 11.8.2016 – 3 Sa 8/16 – juris Rn. 39.

§ 17 TzBfG ist auf alle Unwirksamkeitsgründe anzuwenden, unabhängig davon, auf welcher Rechtsgrundlage die Befristung beruht und welche Gründe der Arbeitnehmer gegen die Wirksamkeit der Befristung anführt.

Nach § 17 Satz 2 TzBfG gelten die §§ 5 bis 7 KSchG entsprechend. Versäumt der Arbeitnehmer die dreiwöchige Klagefrist, so tritt die Fiktion des § 7 KSchG ein, dh das Arbeitsverhältnis gilt dann als von Anfang an wirksam befristet.

Beachte: Bei sog. **Kettenbefristungen** wird die Drei-Wochenfrist für jede Befristungsabrede mit Ablauf der vereinbarten Befristung in Lauf gesetzt und nicht erst mit dem Ende des letzten befristeten Arbeitsvertrags. Bei mehreren aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen prüft das BAG nach ständiger Rechtsprechung grds. nur die Befristung des letzten Vertrages.[1261]

Beachte: Die Gerichte dürfen sich bei der Befristungskontrolle nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrundes beschränken. Sie sind vielmehr aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, durch Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen.[1262]

III. Das **tarifliche Sonderbefristungsrecht**

1. **Verhältnis zum TzBfG**

Das TzBfG gilt grundsätzlich auch im Geltungsbereich des TVöD. Ebenso finden die besonderen Gesetze zur Befristung von Arbeitsverträgen Anwendung. § 30 I 1 TVöD verweist insoweit ausdrücklich auf das „Teilzeit- und Befristungsgesetz“ und die „anderen gesetzlichen Vorschriften über befristete Arbeitsverträge“. Das tarifvertragliche Sonderbefristungsrecht in § 30 II bis V TVöD enthält für öffentliche Arbeitgeber verschärfte Vorgaben für den Abschluss befristeter Verträge und ist insoweit gegenüber den Regelungen des TzBfG vorrangig. Soweit das tarifvertragliche Sonderbefristungsrecht keine abweichenden Bestimmungen trifft, gelten die allgemeinen Anforderungen des TzBfG. Insbesondere besteht die Notwendigkeit, das Schriftformerfordernis aus § 14 IV TzBfG zu beachten. Ferner gilt die dreiwöchige Klagefrist aus § 17 TzBfG.

2. **Anwendungsvoraussetzungen**

In den Anwendungsbereich des tarifvertraglichen Sonderbefristungsrechts fallen gemäß § 30 I TVöD „Beschäftigte, auf die die Regelungen des Tarifgebiets West Anwendung finden und deren Tätigkeit vor dem 1. Januar 2005 der Rentenversicherung der Angestellten unterlägen hätte“. Demnach müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

Die Vorschriften für das *Tarifgebiet West* finden Anwendung. Nach der Begriffsdefinition in § 38 I Buchst. a TVöD gelten die Bestimmungen für das Tarifgebiet Ost für Beschäftige, deren Arbeitsverhältnis in dem in Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet begründet worden ist und bei denen der Bezug des Arbeitsverhältnisses zu diesem Gebiet fortbesteht. Für die übrigen Beschäftigten gelten die Bestimmungen für das Tarifgebiet West (§ 38 I Buchst. b TVöD).

Der jeweilige Beschäftigte wird nach der früher geltenden tariflichen Unterscheidung als *Angestellter* im Sinne der Deutschen Rentenversicherung und nicht als Arbeiter beschäftigt. Nach 133 I, II SGB VI a. F. war die Bundesversicherungsanstalt insbesondere für Angestellte zuständig.[1263]

Diese tariflichen Sonderregelungen in § 30 II bis V TVöD gelten also nicht für die Befristung von Arbeitsverträgen mit Arbeitern im Tarifgebiet Ost und West sowie für die Befristung von Arbeitsverträgen mit Angestellten im Tarifgebiet Ost.

[1261] BAG 07.11.2007, NZA 2008, 467; Conze/Karb, Stichwort Befristeter Arbeitsvertrag Rn. 841.
[1262] EuGH 21.09.2016, C-614/15 (Popescu) Rn. 44; BAG 26.10.2016, NZA 2017, 382 Rn. 23.
[1263] Dazu im Einzelnen Fausten, öAT 2015, 48.

Das tarifvertragliche Sonderbefristungsrecht findet ferner keine Anwendung auf Angestellte im Tarifgebiet West, wenn die Arbeitsverhältnisse den §§ 57 a ff. HRG, dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Wissenschaftszeitvertragsgesetz) bzw. ihren gesetzlichen Nachfolgeregelungen unterliegen (§ 30 I 2 Halbs. 2 TVöD).

3. **Befristung mit Sachgrund**

a) **Zeitliche Beschränkung**

Nach § 14 I TzBfG ist der Abschluss von Sachgrundbefristungen zeitlich unbegrenzt zulässig. Für die Angestellten im Tarifgebiet West gilt hingegen, dass kalendermäßig befristete Arbeitsverträge mit Sachgrund iSv § 14 I TzBfG nur zulässig sind, wenn die Dauer des einzelnen Vertrages fünf Jahre nicht übersteigt. Die Beschränkung gilt für den einzelnen Vertrag, so dass die *Gesamtdauer der Beschäftigung* über der Grenze von fünf Jahren liegen kann. Nur die einzelne Sachgrundbefristung wird über § 30 II 1 TVöD beschränkt. Eine Befristung, die für eine Zeit länger als fünf Jahre vereinbart wurde, ist unwirksam mit der Folge, dass der Vertrag unbefristet gilt.[1264]

b) **Bevorzugte Berücksichtigung**

Gemäß § 30 II 2 TVöD sind solche Beschäftigte sind bei gleicher Eignung bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen bevorzugt zu berücksichtigen, wenn die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Regelung enthält jedoch kein Einstellungsgebot. Entscheidend für jede Einstellung im öffentlichen Dienst ist vielmehr die Eignung des Bewerbers i. S. v. Art. 33 II GG.[1265]

4. **Befristung ohne Sachgrund**

Grundsätzlich ist eine Befristung ohne Sachgrund zulässig, wenn mit dem Beschäftigten nicht bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (vgl. § 14 II 1 TzBfG). Sofern der Bewerber vorher nicht bereits bei seinem neuen Arbeitgeber beschäftigt war, kommt also auch ohne das Vorliegen eines Sachgrundes der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages in Betracht.

Im Rahmen des tarifvertraglichen Sonderbefristungsrechts wird jedoch eine *Mindestdauer der sachgrundlos befristeten Arbeitsverträge* festgelegt, einmal als Soll- und einmal als Kann-Vorschrift.

a) **Zeitliche Vorgaben**

Ein befristeter Vertrag ohne sachlichen Grund soll zwölf Monate nicht unterschreiten; die Vertragsdauer muss mindestens sechs Monate betragen, § 30 III 1 TVöD. Eine kürzere Vertragsdauer als sechs Monate wäre unzulässig mit der Folge des Bestehens eines unbefristeten Arbeitsvertrages. Sofern die Vertragsdauer mindestens sechs Monate, aber keine zwölf Monate beträgt, ist die Befristung nicht unzulässig, da es sich bei dieser Zeitvorgabe lediglich um eine Sollvorgabe handelt.[1266]

Beachte: Das BAG hat sich auf den Standpunkt gestellt, § 33 III 1 Hs. 2 des Tarifvertrags für die Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (inhaltsgleich: § 30 III 1 TVöD) gelte nur für die erste Befristung, nicht aber für die anschließenden Verlängerungen. Diese Auffassung ist mit Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der tariflichen Regelung begründet.[1267]

b) **Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten**

Vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses kraft Fristablaufs hat der Arbeitgeber nach § 30 III 2 TVöD zu prüfen, ob der Arbeitnehmer auf Dauer oder befristet weiterbeschäftigt werden kann. Für eine befristete Weiterbeschäftigung ist dann ein sachlicher Grund iSd § 14 I TzBfG erforderlich.

[1264] Fausten, öAT 2015, 48, 49.
[1265] Kuner, BeckOK TVöD, § 30 TVöD-AT Rn. 51.
[1266] Fausten, öAT 2015, 48, 49.
[1267] Str., BAG, NZA 2014, 483 Rn. 27 ff.

5. **Probezeit und Kündigung während der Probezeit**

Nach § 30 IV 1 TVöD gelten bei befristeten Verträgen ohne Sachgrund die ersten sechs Wochen und bei befristeten Verträgen mit Sachgrund die ersten sechs Monate als Probezeit. Bei Erstbefristungen ohne Sachgrund beträgt die Probezeit also sechs Wochen und bei Sachgrundbefristungen beträgt die Probezeit sechs Monate. Die Regelung in § 30 IV TVöD geht als Sonderregelung der allgemeinen Regelung zur Probezeit in § 2 IV TVöD vor.

Innerhalb der Probezeit kann der Arbeitsvertrag mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatsschluss gekündigt werden, § 30 IV 2 TVöD.[1268]

6. **Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit**

Nach § 15 III TzBfG kann ein befristetes Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist. Gemäß § 30 V TVöD sind ordentliche Kündigungen im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnisses nur eingeschränkt zulässig. Nach Ablauf der Probezeit ist gemäß § 30 V TVöD eine ordentliche Kündigung des befristeten Arbeitsverhältnisses nur möglich, wenn die Gesamtdauer des Vertrags mindestens zwölf Monate beträgt. Eine Regelung zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen, die eine Vertragsdauer von weniger als zwölf Monaten haben, wurde nach dem Wortlaut der Vorschrift also nicht getroffen. Das bedeutet, dass den Vertragsparteien das Festhalten an befristeten Verträgen, die weniger als zwölf Monate andauern, von den Tarifvertragsparteien zugemutet wird.[1269] Nach anderer Ansicht soll diese Regelungslücke durch Anwendung der gesetzlichen Mindestkündigungsfristen aus § 622 BGB geschlossen werden.[1270]

Bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung sind gestaffelte Kündigungsfristen in Abhängigkeit von der Laufzeit der Befristung zu beachten (§ 30 V 2 TVöD). Außerordentliche Kündigungen sind dagegen immer uneingeschränkt zulässig, soweit die entsprechenden Voraussetzungen hierzu vorliegen (vgl. § 626 BGB).

IV. **Befristung nach dem Wissenschaftszeitgesetz**

Forschung und Lehre sind Daueraufgaben einer Hochschule. Deshalb verbietet sich normalerweise der Abschluss befristeter Arbeitsverträge. Trotzdem wird der überwiegende Teil des wissenschaftlichen Personals nur befristet beschäftigt. Das ermöglicht das Sonderbefristungsrecht nach dem WissZeitVG.[1271]

1. **Befristung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung**

a) **Allgemeines**

Nach § 1 S. 1 WissZeitVG gelten für den Abschluss von Arbeitsverträgen für eine bestimmte Zeit (befristete Arbeitsverträge) mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal mit Ausnahme der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer an Einrichtungen des Bildungswesens, die nach Landesrecht staatliche Hochschulen sind, die §§ 2, 3 und 6 WissZeitVG. Satz 2 sieht vor, dass von diesen Vorschriften durch Vereinbarung nicht abgewichen werden kann. Tarifvertrag kann für bestimmte Fachrichtungen und Forschungsbereiche von den in § 2 I WissZeitVG vorgesehenen Fristen abgewichen und die Anzahl der zulässigen Verlängerungen befristeter Arbeitsverträge festgelegt werden.

[1268] Nach § 622 III BGB kann das Arbeitsverhältnis während der vereinbarten Probezeit mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.
[1269] Fausten, öAT 2015, 48, 50.
[1270] Kuner, in: BeckOK-TVöD, § 30 Rn. 63a.
[1271] Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Wissenschaftszeitvertragsgesetz - WissZeitVG) v. 12.04.2007 (BGBl. I S. 506); zuletzt geändert Art. 1 G v. 25.5.2020. – Maschmann/Konertz, Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform: Die Novelle des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, NZA 2016, 257; Brötzmann: Die Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016 (WissZeitVG), öAT 2016, 48.

Kern der WissZeitVG-Novelle 2016 war eine Verschärfung der Befristungsvoraussetzungen. Genügte bislang der Nachweis, dass der befristet Beschäftigte zum Kreis des wissenschaftlichen oder künstlerischen Personals iSd § 1 I 1 WissZeitVG gehörte, muss nun hinzukommen, dass die befristete Beschäftigung *„zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung*“ erfolgt.[1272] Dieses Zusatzerfordernis gilt ausweislich des Gesetzestextes, der zweimal die wortgleiche Wendung enthält, sowohl für die Prado- als die Postrock-Phase.[1273]

Trotz dieser Verschärfung eröffnet § 2 I WissZeitVG wie bisher die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung.

b) **Befristungsdauer**

Zweites Kernstück der Reform war die Regelung der Befristungsdauer. Nicht durchsetzen konnten sich feste Mindestlaufzeiten.[1274] Das Problem der unangemessenen Kurzbefristungen wurde damit nicht gelöst.

Nach § 2 I 1 WissZeitVG ist die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 I 1 WissZeitVG genannten Personals, das nicht promoviert ist, ist bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig, wenn die befristete Beschäftigung „zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt“. Nach abgeschlossener Promotion ist eine Befristung bis zu einer Dauer von sechs Jahren, im Bereich der Medizin bis zu einer Dauer von neun Jahren, zulässig, wenn die befristete Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt; die zulässige Befristungsdauer verlängert sich in dem Umfang, in dem Zeiten einer befristeten Beschäftigung nach Satz 1 und Promotionszeiten ohne Beschäftigung nach Satz 1 zusammen weniger als sechs Jahre betragen haben (§ 2 I 2 WissZeitVG).

Zulässigkeit einer Befristung nach dem WissZeitG – LAG Köln, Urteil vom 7.102020 – Sa 451/20: Bei dem mit der Wissenschaftszeitvertragsgesetz-Novelle vom 11. März 2016 (BGBL. I S. 442 ff.) zusätzlich zu den bisherigen Voraussetzungen in das Gesetz eingefügten Erfordernis "zur Förderung der eigenen Qualifizierung" handelt es sich um ein selbständig zu prüfendes Tatbestandsmerkmal. Liegt es nicht vor, so kann die Befristung nicht auf § 2 I 1 WissZeitVG gestützt werden.

Im neu gefassten § 2 I 3 WissZeitVG heißt es: „Die vereinbarte Befristungsdauer ist jeweils so zu bemessen, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist.“ Welche Fristen angemessen sind, regelt das Gesetz allerdings nicht. Sie werden künftig von den Gerichten bestimmt. Dass bei unangemessen kurzen Fristen die Befristungsabrede selbst auf dem Spiel spielt, liegt durchaus im Sinne des Gesetzgebers. Eine vorsichtige Hochschulverwaltung wird also tendenziell auf den Abschluss längerer Laufzeiten drängen, was ebenfalls gewünschte Folge der Reform ist.[1275]

c) **Verlängerung**

Hinsichtlich der Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags mit einem Qualifikanten bleibt alles beim Alten. Innerhalb der Rahmenfristen des § 2 I WissZeitVG ist sie gem. § 2 I 6 WissZeitVG ohne jede Einschränkung zulässig. Ausgemerzt wurden also nur Kurz-, nicht aber Kettenbefristungen.

Ob aber die vom BAG[1276] für den allgemeinen öffentlichen Dienst aufgestellten Vermutungsregeln, für eine rechtsmissbräuchliche Nutzung des Befristungsrechts für das WissZeitVG unbesehen übernommen werden können, ist offen.

[1272] Zur Frage, ob eine Lehrkraft für besondere Aufgaben (hier: Germanistin) zum wissenschaftlichen Personal im Sinne von § 1 I 1 WissZeitVG zählt vgl. BAG 20.01.2016, NZA 2016, 824 mit Anm. Bauschke, Befristung der Arbeitsverträge von wissenschaftlichem Personal, öAT 2016, 142.

[1273] Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257, 258.

[1274] Dazu Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257, 262.

[1275] Dazu Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257, 262.

[1276] BAG 18.07.2012, NZA 2012, 1351; 10.07.2013, NZA 2014, 29

d) **Ausdehnung der Höchstbefristungszeit aus sozialen Gründen**

Nach wie vor gilt, dass sich die Rahmenfrist für die Qualifizierungsbefristung nach § 2 I verlängert, wenn ein Qualifikant ein minderjähriges Kind betreut, und zwar um zwei Jahre je Kind (§ „2 I 3). Die Regelung gilt für beide Elternteile. Befinden sich beide in einer wissenschaftlichen Qualifizierungsphase, verlängert sich bei beiden die Höchstbefristung um zwei Jahre, bei zwei Kindern folglich um vier Jahre, bei drei um sechs usw. Eine Grenze nach oben existiert nicht. Voraussetzung ist nur, dass ein Betreuungsverhältnis besteht. Dazu genügt es, dass Qualifikant und minderjähriges Kind in einem gemeinsamen Haushalt leben. Dass das Kind persönlich betreut wird oder ein Sorgerecht besteht, ist nicht erforderlich.[1277]

Neu ist die Verlängerung im Falle einer Behinderung oder einer schwerwiegenden chronischen Erkrankung des Qualifikanten. Sie beträgt maximal zwei Jahre und bezieht sich auf die insgesamt mögliche Rahmenfrist nach § 2 I und 2 WissZeitVG.

2. **Befristung wegen Drittmittelfinanzierung**

Die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 I 1 WissZeitVG genannten Personals ist auch zulässig, wenn die Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter finanziert wird, die Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer bewilligt ist und die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter überwiegend der Zweckbestimmung dieser Mittel entsprechend beschäftigt wird; die vereinbarte Befristungsdauer soll dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen.

Die Drittmittelbefristung nach § 2 II WissZeitVG ist eine wichtige Alternative zur Qualifizierungsbefristung: nicht nur, weil ein immer größer werdender Teil der Forschungsaufgaben durch Drittmittel bestritten wird, sondern auch, weil Drittmittel es dem wissenschaftlichen Personal ermöglichen, an der Hochschule weiterzuarbeiten, wenn die Rahmenfristen des § 2 I WissZeitVG ausgeschöpft sind oder die Tätigkeit nicht, nicht mehr oder noch nicht der eigenen Qualifizierung dient.

§ 2 II WissZeitVG sah bislang weder Mindest- noch Höchstlaufzeiten für die Befristung vor. So kam es, dass die entsprechenden Arbeitsverträge oft mit kürzeren Laufzeiten versehen wurden, als es die Finanzierungsbewilligungen der Drittmittelgeber zugelassen hätten. Viele erkannten darin eine unverhältnismäßige Benachteiligung. Diese versucht die Novelle nun zu beseitigen. Die Änderung in § 2 II 1 WissZeitVG blieb jedoch marginal. Als neuer zweiter Hs. wurde lediglich der Passus aufgenommen: „*Die vereinbarte Befristungsdauer soll dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen*“. Für den Regelfall besteht damit eine Pflicht zur Synchronisation von Vertrags- und Projektlaufzeit. Kürzere Befristungen bleiben möglich, wenn es dafür einleuchtende Gründe gibt. Zu denken ist etwa an Vertragsabschlüsse während eines bereits laufenden Projekts einer begonnenen Bewilligungsperiode; hier bildet die verbleibende Projekt- oder Bewilligungsdauer den maßgeblichen Orientierungspunkt.[1278]

Beachte: Mit Urteil vom 08.06.2016 hat das BAG[1279] entschieden, dass trotz Vorliegens eines Sachgrunds möglicherweise die Befristung im Hochschulbereich wegen Drittmittelfinanzierung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein könne. Dies gelte auch für Befristungen im Hochschulbereich, die auf den Sachgrund der Drittmittelfinanzierung nach § 2 II WissZeitVG gestützt werden. Für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs könne insbesondere eine sehr lange Gesamtdauer des Beschäftigungsverhältnisses und/oder eine außergewöhnlich hohe wissenschaftlichen Qualifikation des Mitarbeiters sprechen. Gegen eine missbräuchliche Ausnutzung spreche hingegen Beschäftigungszeiten, die der wissenschaftlichen Qualifikation des Mitarbeiters dienten, unabhängig davon, ob diesen Arbeits- oder Beamtenverhältnisse auf Zeit zugrunde lagen. Ferner kann nach Ansicht des BAG[1280] die Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal an Hochschulen aus Gründen der Drittmittelfinanzierung

[1277] Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257, 263.
[1278] Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257, 264.
[1279] BAG 08.06.2016, NZA 20161463 Rn. 32.
[1280] BAG 08.06.2016, NZA 2016, 1463 Rn. 44.

nicht mit Erfolg auf § 14 I TzBfG gestützt werden, da für dieses Personal die speziellere Befristungsregelung in § 2 II WissZeitVG Anwendung findet.

3. **Befristung zur Erbringung wissenschaftlicher Hilfstätigkeiten durch Studenten**

Nach § 6 WissZeitVG sind befristete Arbeitsverträge zur Erbringung wissenschaftlicher oder künstlerischer Hilfstätigkeiten mit Studierenden, die an einer deutschen Hochschule für ein Studium, das zu einem ersten oder einem weiteren berufsqualifizierenden Abschluss führt, eingeschrieben sind, sind bis zur Dauer von insgesamt sechs Jahren zulässig. Innerhalb der zulässigen Befristungsdauer sind auch Verlängerungen eines befristeten Arbeitsvertrages möglich.

Befristung einer wissenschaftlichen Hilfstätigkeit (BAG 30.06.2021 – 7 AZR 245/20, Leitsätze): Nach § 6 WissZeitVG ist die Befristung von Arbeitsverträgen zwischen Studierenden und einer Hochschule zulässig, wenn nach den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen wissenschaftliche oder künstlerische Hilfstätigkeiten zu erbringen sind. Eine wissenschaftliche Hilfstätigkeit iSv § 6 Satz 1 WissZeitVG liegt vor, wenn durch die Tätigkeit die wissenschaftliche Arbeit anderer in Forschung und Lehre unmittelbar unterstützt wird.

4. **Verhältnis WissZeitVG zum TzBfG**

Nach § 1 II WissZeitVG bleibt das Recht der Hochschulen unberührt, dass in § 1 I 1 WissZeitVG bezeichnete Personal in unbefristeten oder nach Maßgabe des TzBfG befristeten Arbeitsverhältnissen zu beschäftigen. Allerdings verdrängen die besonderen Befristungsmöglichkeiten nach § 2 I WissZeitVG als Spezialregelungen § 14 I TzBfG, soweit die befristete Beschäftigung ausschließlich der wissenschaftlichen Qualifizierung des Mitarbeiters dient. Wird die Befristung auf Gründe gestützt, die nicht abschließend von den im WissZeitVG vorgesehenen Befristungsregelungen erfasst werden, kann die Befristung nach § 14 I TzBfG gerechtfertigt sein. So verhält es sich bei einer auf haushaltsrechtliche Gründe gestützten Befristung nach § 14 I 2 Nr. 7. TzBfG.[1281]

V. **Beamtenrechtlicher Exkurs**

Für Beamte kommt das TzBfG nicht zur Anwendung. Das Beamtenrecht sieht jedoch in ausdrücklich geregelten Fällen ein Beamtenverhältnis auf Zeit vor, beispielsweise in § 132 BBG für hauptberuflich wissenschaftliches und leitendes Personal an Hochschulen. Die größte Gruppe der Beamten auf Zeit sind jedoch die kommunalen Wahlbeamten, wie z. B. Bürgermeister oder Landräte (vgl. § 119 LBG NRW; § 92 LBG BW). Für Beamte auf Zeit gelten die Vorschriften für Beamte auf Lebenszeit entsprechend, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Nach Ablauf der Amtszeit werden die Beamten auf Zeit aus dem Beamtenverhältnis entlassen, sofern keine Verlängerung oder Umwandlung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit erfolgt.

VI. **Führung auf Probe und Führung auf Zeit**

1. **Allgemeines**

Die §§ 31, 32 TVöD enthalten besondere Regelungen für *spezielle Befristungen*, wonach Führungspositionen auf Probe (§ 31 TVöD) oder auf Zeit (§ 32 TVöD) vereinbart werden können. § 30 VI TVöD bestimmt hierzu, dass diese besonderen Regelungen von den Regelungen der Absätze 3 bis 5 in § 30 TVöD unberührt bleiben. Das bedeutet insbesondere, dass die besonderen Kündigungsfristen in § 30 V TVöD im Rahmen einer vereinbarten Führung auf Probe und/oder auf Zeit nicht gelten.

[1281] BAG 28.09.2016, NZA 2017, 249 Rn. 32.
[1282] Zum Folgenden Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Probe Rn. 1517. 844.

2. **Führung auf Probe (§ 31 TVöD)**

a) **Allgemeines**

Die Tarifvertragsparteien haben mit § 31 TVöD die Möglichkeit geschaffen, **Führungspositionen** zunächst nur **auf Probe zu vergeben**. Dem Arbeitgeber wird damit ein flexibles Instrument zur Erhöhung der Leistungsqualität an die Hand gegeben, um externe wie auch interne Bewerber auf ihre Führungstauglichkeit hin zu überprüfen.[1283] Die Eignung der Bewerber soll in einer entsprechend langen Probephase (bis zu zwei Jahre) festgestellt werden mit dem Ziel des Arbeitgebers, bei Bewährung die Funktion auf Dauer zu vergeben. Hierzu muss sich die Führungskraft iRd vereinbarten Führung auf Probe bewährt haben. Eine besondere Leistung wird nicht verlangt. Die Führung auf Probe ist deshalb nicht Teil oder Element der neu in den TVöD eingefügten leistungsorientierten Bezahlung. § 31 TVöD ergänzt bzw. erweitert § 30 TVöD, nicht aber § 17 TVöD oder § 18 TVöD.[1284]

Als Führungspositionen sind nach § 31 II TVöD die ab Entgeltgruppe 10 zugewiesenen Tätigkeiten mit Weisungsbefugnis iSv § 106 GewO anzusehen,[1285] die vor der Übertragung vom Arbeitgeber ausdrücklich als Führungsposition auf Probe bezeichnet worden ist. Die Regelung ist für die Beschäftigten im öffentlichen Dienst neu. Die Rechtsnatur ist allerdings aus dem Beamtenrecht bekannt (vgl. § 24 BBG).

Eine Führung auf Probe ist sowohl möglich bei den übergeleiteten Beschäftigten und bei Beschäftigten, die bereits ein befristetes oder unbefristetes Teilzeit- oder Vollzeitarbeitsverhältnis haben, als auch bei befristet oder unbefristet neu eingestellten Beschäftigten.[1286] Für Beschäftigte, die bereits ein Arbeitsverhältnis haben und Beschäftigte, die wie auch immer neu eingestellt werden, bestehen in § 31 I und III TVöD jeweils gesonderte Regelungen. § 31 II TVöD regelt für beide Beschäftigungsgruppen die Voraussetzungen einer Führung auf Probe. Ergänzend gelten die gesetzlichen Regelungen zur Befristung von Arbeitsverträgen.

b) **Führung auf Probe bei Beschäftigten, mit denen zuvor noch kein Arbeitsverhältnis bestand (externe Kandidaten)**

§ 31 I TVöD gilt für Beschäftigte, die befristet oder unbefristet neu eingestellt werden. Mit diesen externen Bewerbern kann ein **befristeter Arbeitsvertrag** bis zu einer **Gesamtdauer von zwei Jahren** vereinbart werden. Da es sich um ein befristetes Arbeitsverhältnis handelt, müssen die **Mindestvoraussetzungen aus dem TzBfG** müssen erfüllt sein, andernfalls ist die Befristung unwirksam und der befristete Arbeitsvertrag zur Führung auf Probe nach § 31 I TVöD gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen (vgl. § 16 S. 1 TzBfG).[1287] Vor allem ist das **Schriftformgebot** des § 14 IV TzBfG zu beachten. Weiterhin muss die Befristung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein. Die Führung auf Probe ist nach dem Gesetz eine Befristung mit dem **Sachgrund der Erprobung**. Die Befristung zur Erprobung (bei allen Beschäftigten, auch bei Führungskräften) ist ein anerkannter Sachgrund nach § 14 I 2 Nr. 5 TzBfG.[1288] Alternativ kann mit externen Bewerbern auch ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis nach § 14 II TzBfG bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren abgeschlossen werden, wenn mit demselben Arbeitgeber nicht schon zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.[1289] Das Anschlussverbot betrifft aber nur frühere Arbeitsverhältnisse. Zuvor bestandene andere Arbeitsverhältnisse wie zB Tätigkeit als Praktikant, wenn mit diesem kein

---

[1283] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Probe Rn. 1517.
[1284] Kuner, in: BeckOK TVöD, Vorbm. zu § 31 TVöD-AT.
[1285] Im Einzelnen zum Begriff der Führungsposition LAG Köln vom 24.06.2011 – 4 Sa 53/11 Rn. 37.
[1286] Einzelheiten bei Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Probe Rn. 1519 ff.; Kuner, in: BeckOK TVöD, § 31 TVöD-AT Rn. 1 ff.
[1287] Kuner, in: BeckOK TVöD, § 31 TVöD-AT Rn. 5.
[1288] Kuner, in: BeckOK TVöD, § 31 TVöD-AT Rn. 5a.
[1289] Nach der neueren Rechtsprechung des BAG liegt eine „Zuvor-Beschäftigung" i. d. S. jedoch nicht vor, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis bereits länger als drei Jahre zurückliegt (vgl. BAG v. 06.04.2011, NZA 2011, 905; Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Probe Rn. 1522).

Arbeitsvertrag geschlossen wurde, oder ein Berufsausbildungsverhältnis hindern die sachgrundlose Befristung nicht. Innerhalb der Gesamtdauer von maximal zwei Jahren ist eine höchstens zweimalige Verlängerung des Arbeitsvertrags zulässig.

Während der Führung auf Probe erhält der Beschäftige im Rahmen seines befristeten Arbeitsvertrages das **Entgelt** entsprechend der Eingruppierung. Hier gelten die allgemeinen Regelungen zur Eingruppierung und Einstufung. **Zulagen oder Zulagen** werden im Umkehrschluss zu § 31 III TVöD **nicht gezahlt**.

Die beiderseitigen **Kündigungsrechte** bleiben unberührt (§ 31 I 3 TVöD). Das bedeutet, dass das befristete Arbeitsverhältnis zur Führung auf Probe vor Ablauf der Frist grundsätzlich kündbar ist. Ein befristetes Arbeitsverhältnis unterliegt gesetzlich aber nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist (§ 15 III TzBfG).[1290]

Das Arbeitsverhältnis endet nach Ablauf der Probezeit, auch wenn sich der Bewerber bewährt hat. Aus § 31 I TVöD folgt **kein Anspruch** des Bewerbers auf **Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags**.

c) **Führung auf Probe bei Beschäftigten, mit denen zuvor bereits ein Arbeitsverhältnis bestand (interne Kandidaten)**

Besteht bereits ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber, kann die Führungsposition nach § 31 III 1 TVöD vorübergehend bis zu zwei Jahre übertragen werden. Bei Verlängerungen gelten die rechtlichen Grundsätze, die auch bei den externen Kandidaten zu beachten sind.

Die (einseitige) Übertragung ist wie die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit (vgl. § 14 TVöD) im Rahmen des arbeitgeberseitigen **Direktionsrechts** möglich.[1291] Eine vertragliche Vereinbarung ist nicht zwingend erforderlich. Auch keine Änderungskündigung. Die Übertragung der Tätigkeit muss aber **billigem Ermessen** entsprechen (§ 106 GewO, § 315 BGB). In Anlehnung an die BAG-Rechtsprechung zu § 24 BAT (§ 14 TVöD) muss sich das billige Ermessen auf die Übertragung der „Tätigkeit an sich“ und auf die Erprobung beziehen (sog. „**doppelte Billigkeit**“).[1292]

Da sich die gesetzliche Schriftform nach § 14 IV TzBfG nur auf den gesamten Arbeitsvertrag bezieht und nicht auf einzelne (befristete) Vertragsklauseln, ist das gesetzliche Schriftformgebot im Rahmen einer Befristung nach § 31 III TVöD nicht zwingend.[1293]

Dem Beschäftigten wird für die Dauer der Übertragung der Führungsposition eine **Zulage** in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen den Entgelten nach der bisherigen Entgeltgruppe und dem sich bei Höhergruppierung nach § 17 V 1 TVöD ergebenen Entgelt gewährt (§ 31 III 2 TVöD). Der Beschäftigte erhält also sein bisheriges Tabellenentgelt, das er bereits vor der Übertragung der Führungsposition erhalten hat und daneben (für die zusätzliche Arbeit in der Führungsposition) eine Zulage nach § 31 III 2 TVöD. Zur Berechnung der Zulage wird der Beschäftigte fiktiv höhergruppiert nach den allgemeinen Regelungen der Höhergruppierung (§ 17 V 1 TVöD). Der Differenzbetrag zwischen beiden Tabellenentgelten wird als Zulage bis zum Auslauf der Frist gezahlt.[1294]

Nach Fristablauf endet die Erprobung. **Bei Bewährung** hat der Beschäftigte nach § 31 III 4 TVöD einen **Anspruch auf dauerhafte Übernahme der Führungsfunktion**. In diesem Fall ist die der Führungsposition entsprechende Eingruppierung vorzunehmen (§§

[1290] Zur Kündigungsfrist vgl. Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Probe Rn. 1524.
[1291] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Probe Rn. 1526.
[1292] BAG 17.04.2002, ZTR 2003, 76; Kuner, in: BeckOK TVöD, § 31 TVöD-AT Rn. 9a.
[1293] BAG 14.01.2004 AP TzBfG § 14 Nr. 10.
[1294] Beachte: Ab 01.03.2014 trat für den Bereich des Bundes die Neuregelung des § 17 V 1 TVöD zur stufengleichen Höhergruppierung in Kraft. Sie ersetzt die bisherigen Regelungen zur betragsmäßigen Höhergruppierung in § 17 IV 1 bis 5 TVöD aF.

16, 17 TVöD). Bei der Zuordnung zur Stufe ist die im Rahmen der Erprobung bereits zurückgelegte Beschäftigungszeit zu berücksichtigen.[1295]

3. **Führung auf Zeit (§ 32 TVöD)**

a) **Allgemeines**

Neben dem Instrument der Führung auf Probe haben die Tarifvertragsparteien mit der in § 32 TVöD normierten Führung auf Zeit eine weitere Möglichkeit zur Erreichung eines flexiblen und effektiven Personaleinsatzes im Führungskräftebereich vorgesehen. Im Gegensatz zur Führung auf Probe soll bei der Führung auf Zeit die Führungsposition von vornherein nicht dauerhaft, sondern nur für eine bestimmte Zeit übertragen werden, – unabhängig von einer Bewährung des Bewerbers auf der Stelle.[1296]

Eine Führung auf Zeit ist sowohl bei den übergeleiteten Beschäftigten und bei Beschäftigten, die bereits ein befristetes oder unbefristetes Teilzeit- oder Vollzeitarbeitsverhältnis haben, als auch bei befristet oder unbefristet neu eingestellten Beschäftigten möglich.

Die Führung auf Zeit kann sowohl an externe (§ 32 I TVöD) als auch an interne Bewerber (§ 32 III TVöD) vergeben werden. § 31 II TVöD regelt für beide Beschäftigungsgruppen die Voraussetzungen einer Führung auf Probe. Aufbau und Struktur der §§ 31, 32 TVöD sind insoweit gleich.

b) **Führung auf Zeit bei Beschäftigten, mit denen zuvor noch kein Arbeitsverhältnis bestand (externe Kandidaten)**

Mit externen Bewerbern kann gem. § 32 I 1 TVöD die Führungsposition auf Zeit als befristetes Arbeitsverhältnis bis zur **Dauer von vier Jahren** vereinbart werden. Da es sich um einen befristeten Arbeitsvertrag handelt, müssen die gesetzlichen Bestimmungen des TzBfG eingehalten werden (vgl. § 30 I 1 TVöD). Vor allem ist das Schriftformgebot des § 14 IV TzBfG zu beachten.[1297] Soweit kein Sachgrund für die Befristung nach § 14 I TzBfG vorliegt, ist deren Zulässigkeit an § 14 II TzBfG zu messen.

Während der Führung auf Zeit erhält der Beschäftige im Rahmen seines befristeten Arbeitsvertrages das **Entgelt entsprechend der Eingruppierung**. Hier gelten die allgemeinen Regelungen zur Eingruppierung und Einstufung (insbes. die Regelungen in §§ 15, 16 TVöD). Zulagen oder Zuschläge werden wie bei Führung auf Probe an externe Bewerber keine gezahlt. Nach § 32 I 4 TVöD bleiben während des befristeten Arbeitsverhältnisses die allgemeinen Vorschriften über die Probezeit (§ 2 IV TVöD) und die beiderseitigen Kündigungsmöglichkeiten unberührt.[1298] Nach Ablauf der Frist endet das Arbeitsverhältnis zur Führung auf Zeit bzw. die befristete Übertragung einer Führungsposition, auch wenn der Bewerber sich bewährt hat. Eine dauerhafte Übertragung der Führungsposition ist mit diesem Instrument nicht beabsichtigt.

c) **Führung auf Zeit bei Beschäftigten, mit denen zuvor bereits ein Arbeitsverhältnis bestand (interne Kandidaten)**

Besteht bereits ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber, kann einem internen Kandidaten vorübergehend, also befristet eine Führungsposition bis zur Dauer nach § https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=100&g=TVoeD_AT&p=3232 I TVöD übertragen werden (§ 32 III 1 TVöD). Bei Verlängerungen gelten die rechtlichen Grundsätze, die auch bei den externen Kandidaten zu beachten sind.

[1295] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Probe Rn. 1528.
[1296] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Zeit Rn. 1533.
[1297] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Zeit Rn. 1535.
[1298] Zu den Kündigungsmöglichkeiten Kuner, in: BeckOK TVöD, § 32 TVöD-AT Rn. 8.

Die (einseitige) Übertragung erfolgt durch den Arbeitgeber im Rahmen seines **Direktionsrechts** und muss – wie die temporäre Übertragung der Führung auf Probe – der „doppelten Billigkeitsprüfung“ entsprechen.

Dem internen Kandidaten wird für die Dauer der Übertragung der befristeten Führungsposition neben seinem bisherigen Entgelt eine **Zulage** gewährt in Höhe des Unterschiedsbetrag zwischen den Entgelten nach der bisherigen Entgeltgruppe und dem sich bei Höhergruppierung nach § 17 V TVöD ergebenen Entgelt, zuzüglich eines **Zuschlags** von 75% des Unterschiedsbetrags zwischen den Entgelten der Entgeltgruppe, die der übertragenen Funktion entspricht, zur nächst höheren Entgeltgruppe (§ 32 III 2 TVöD). Das neue Entgelt setzt sich hier also aus **drei Bestandteilen** zusammen: Bisheriges Tabellenentgelt, Zulage und Zuschlag. Die Führung auf Zeit ist insoweit „teurer“, als die Führung auf Probe, wo es nur zwei Komponenten gibt (Tabellenentgelt und Zulage, § 31 III TVöD).[1299]

Beispiel (nach den Entgeltwerten ab April 2022): Der interne Bewerber ist in EG 9b Stufe 4 eingruppiert und erhält 3.925,18 Euro. Im Rahmen der vereinbarten Führung auf Zeit erhält er eine Position mit der Wertigkeit EG 10. Das Entgelt aus EG 10 Stufe 4 beträgt 4.438,33 Euro. Das für die Dauer der Führung auf Zeit zu zahlende monatliche Entgelt berechnet sich wie folgt:

Bisheriges Entgelt: 3.925,18 71 Euro

Zulage (Unterschiedsbetrag der bisherigen EG und Stufe zu der EG der Führungsposition in gleicher Stufe): 4.438,33 Euro (EG 10 Stufe 4) - 3.925,18 Euro (EG 9b Stufe 4) = 513,15 Euro

Zuschlag (75 % des Unterschiedsbetrags zwischen den stufengleichen Entgelten der Führungsposition zur nächst höheren EG): 4.682,47 Euro (EG 11 Stufe 4)- 4.438,33 Euro (EG 10 Stufe 4) = 244,14 Euro davon 75 % = 183,10 Euro.

Nach Fristablauf erhält der Beschäftigte eine der bisherigen Eingruppierung entsprechende Tätigkeit. Die Tätigkeit kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts nach den allgemeinen Regelungen zuweisen. Zwar bestimmt § 32 III 3 TVöD nur, dass ab diesem Zeitpunkt der Zuschlag entfällt. Nachdem § 32 III 2 TVöD den Anspruch auf die Zulage aber nur für die Dauer der Führung auf Zeit gewährt, muss im Umkehrschluss die Zulage mit der Beendigung der Führungsposition ebenfalls wegfallen. Denn: Zulage und Zuschlag werden nach § 32 III 2 TVöD zusammen gezahlt („Zulage zuzüglich eines Zuschlags“). Beide Entgeltleistungen entstehen zusammen und müssen dann auch wieder zusammen entfallen.[1300]

§ 32 III TVöD enthält **keinen Anspruch** auf Übertragung der Tätigkeit auf Dauer. Die Führung auf Zeit beinhaltet auch anders als die Führung auf Probe keinen Zweck. Hier geht es eben nur um eine zeitlich beschränkte Tätigkeit. Ist die Zeit abgelaufen, endet auch die Führungsaufgabe. Freiwillig kann die Führungsposition jederzeit auf Dauer übertragen werden.[1301]

[1299] Kuner, in: BeckOK TVöD, § 32 TVöD-AT Rn. 18.
[1300] Kuner, in: BeckOK TVöD, § 32 TVöD-AT Rn. 19; Conze/Karb/Wölk, Stichwort Führung auf Zeit Rn. 1543.
[1301] Kuner, in: BeckOK TVöD, § 32 TVöD-AT Rn. 20.

H. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Nach Lektüre dieses Teilabschnitts können die Seminarteilnehmer

die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung benennen,

die ordentliche Kündigung von der außerordentlichen Kündigung unterscheiden,

eine Berechnung der Beschäftigungszeit vornehmen,

die Voraussetzungen des Zeugniserteilungsanspruchs und die Zeugnisarten benennen und

den notwendigen Inhalt eines Zeugnisses erläutern.

I. Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung (§ 33 TVöD)

§ 33 TVöD regelt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung, konkret die Vertragsbeendigung durch Eintritt tarifrechtlicher Voraussetzungen (Beendigung durch Erreichen der Altersgrenze und wegen verminderter Erwerbsfähigkeit) und im gegenseitigen Einvernehmen (Auflösungsvertrag).

1. Vertragsbeendigung durch Erreichen der Altersgrenze

Nach § 33 I Buchst. a) TVöD endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Monats, in dem der Arbeitnehmer das gesetzlich geregelte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente vollendet hat. Durch das Rentenanpassungsgesetz vom 20.04.2007[1302] wurde die Regelaltersgrenze stufenweise von 65 auf 67 Jahre angehoben.

Bei Erreichen der Regelaltersgrenze endet das Arbeitsverhältnis automatisch durch Zeitablauf, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Es handelt sich um eine tarifvertragliche Befristung mit Sachgrund iSd § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG (in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund). Eine solche tarifliche Altersbefristung ist nach der Rechtsprechung des BAG und des EuGH sachlich gerechtfertigt (vgl. § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG).[1303]

Dieser „automatischen" Beendigung des Arbeitsverhältnisses konnten Arbeitgeber und Beschäftigte auch bisher schon mit einer Vereinbarung begegnen, die den Beendigungszeitpunkt (ggfs. mehrfach) hinausschiebt. Der § 41 S. 3 SGB VI sieht die Möglichkeit einer entsprechenden Vereinbarung ausdrücklich vor. Diese bereits bestehende Möglichkeit zur Verlängerung wurde mit der Ergänzung des § 33 I Buchst. a) TVöD nunmehr im Tarifvertrag durch den Änderungstarifvertrag Nr. 17 vom 16. April 2020 klargestellt. Eine Änderung der Rechtslage ist damit nicht verbunden.

Vertragsbeendigung wegen verminderter Erwerbsfähigkeit

Die Regelungen in § 33 II bis IV TVöD betreffen die Arbeitsvertragsbeendigung wegen verminderter Erwerbsfähigkeit.[1304]

a) **Vertragsbeendigung bei Zustellung des Rentenbescheids (§ 33 II TVöD)**

[1302] BGBl. I S. 554; zuletzt geändert am 09.12.2010, BGBl. I S. 1885.
[1303] EuGH v. 12.10.2010 „Rosenbladt", NZA 2010, 1167; BAG, 17.04.2002, AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 23.
[1304] Dazu im Einzelnen Kuner, in: BeckOK TVöD, § 33 TVöD-AT Rn. 6 ff.

§ 33 II 1 TVöD bezieht sich sowohl auf die volle (vgl. § 43 II 2 SGB VI[1305]) als auch auf die teilweise (§ 43 I 2 SGB VI[1306]) dauerhafte Erwerbsunfähigkeitsrente. Danach endet das Arbeitsvertragsverhältnis automatisch mit Ablauf des Monats, in dem der Bescheid eines Rentenversicherungsträgers (Rentenbescheid) zugestellt wird, wonach der Beschäftigte voll oder teilweise (dauerhaft) erwerbsgemindert ist. Beginnt die Rente erst nach der Zustellung des Rentenbescheids, endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des dem Rentenbeginn vorangehenden Tages (§ 33 II 3 TVöD). Wenn der Rentenbescheid dem Beschäftigten zugestellt wird, so hat der Beschäftigte den Arbeitgeber darüber unverzüglich, dh ohne schuldhaftes Zögern, zu unterrichten. Bei schwerbehinderten Beschäftigten ist zusätzlich die Zustimmung des Integrationsamtes erforderlich. Die Nichtbeachtung dieser Unterrichtungspflicht stellt eine vertragliche Pflichtverletzung iSd § 280 BGB dar.

Beachte: Das Arbeitsverhältnis endet nicht, wenn nach dem Rentenbescheid eine volle oder teilweise Rente auf Zeit (befristete Erwerbsminderungsrente) gezahlt wird (§ 33 II 5 TVöD). Im Fall einer befristeten Erwerbsminderungsrente ruht das Arbeitsverhältnis für den Zeitraum, für den eine Rente auf Zeit gewährt wird (§ 33 II 6, Halbs. 1 TVöD). Beginnt die Rente rückwirkend, ruht das Arbeitsverhältnis ab dem ersten Tag des Monats, der auf den Monat der Zustellung des Rentenbescheids folgt (§ 33 II 6, Halbs. 2 TVöD).

Beispiel: Die Parteien streiten über die Beendigung des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses nach § 33 II TVöD aufgrund der Gewährung einer Rente wegen dauerhafter Erwerbsminderung auf unbestimmte Dauer.

Nach **Auffassung des BAG** im Urteil vom 14.01.2015[1307] hat das Arbeitsverhältnis aufgrund der Bewilligung der Erwerbsminderungsrente auf unbestimmte Dauer geendet, konkret zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Mitteilung der Beklagten über den Zeitpunkt des Bedingungseintritts. Nach Ansicht des BAG ist die in § 33 II TVöD vorgesehene auflösende Befristung wirksam. Sie stelle einen Sachgrund im Sinne des § 14 I TzBfG dar. Wirksam sei allerdings nur eine solche tarifliche Regelung, die das Arbeitsverhältnis bei einem dauerhaften Rentenbezug beenden soll. Eine zeitlich begrenzte Rentenbewilligung lässt das Arbeitsverhältnis hingegen lediglich bis zur Genesung des Arbeitnehmers ruhen. Als Voraussetzung erhebt das BAG in einem Urteil vom 10.12.2014[1308], dass der Beschäftigte den Rentenantrag aus eigenem Antrieb gestellt hat, ohne vom Arbeitgeber hierzu aufgefordert worden zu sein. Die Regelung des § 33 II TVöD trage den Interessen beider Vertragsparteien Rechnung: Der Arbeitnehmer soll vor einer Verschlimmerung seines Gesundheitszustandes geschützt werden, der Arbeitgeber soll die Möglichkeit haben, sich von einem Arbeitnehmer zu trennen, der aus gesundheitlichen Gründen seine Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann. Dem stehe nicht entgegen, dass die Möglichkeit besteht, dass der Rentenversicherungsträger seine Entscheidung später überprüft, da die unbefristete Rente nur dann gewährt wird, wenn die Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit unwahrscheinlich sei. Die Regelung unter § 33 II TVöD sei auch nicht nach § 7 II AGG unwirksam.

Merke: Nach der Rechtsprechung des BAG ist die in § 33 II TVöD vorgesehene auflösende Bedingung, durch welche das Arbeitsverhältnis bei Bewilligung einer unbefristeten, vollen Erwerbsminderungsrente automatisch ende, wirksam.

b) **Weiterbeschäftigungsverlangen (§ 33 III TVöD)**

Im Falle einer teilweisen Erwerbsminderung endet (bei dauerhafter Erwerbsminderung) bzw. ruht (bei befristeter Erwerbsminderung) das Arbeitsverhältnis auch dann nicht, wenn der Beschäftigte innerhalb von *zwei Wochen nach Zugang* des

[1305] Voll erwerbsunfähig sind Versicherte, die wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbsfähig zu sein.
[1306] Teilweise erwerbsgemindert sind Versicherte, die wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mind. sechs Stunden täglich erwerbsfähig zu sein.
[1307] BAG 14.01.2015, öAT 2015, 189 Rn. 25.
[1308] BAG 10.12.2014, ZTR 2015, 329 mit Anm. Wulfers, Auflösende Bedingung – volle Erwerbsminderung – Benachteiligung, ZTR 2015, 336.

Rentenbescheids eine Weiterbeschäftigung schriftlich beantragt und zur Weiterbeschäftigung ein geeigneter freier Arbeitsplatz nach seinem vom Rentenversicherungsträger festgestellten Leistungsvermögen zur Verfügung steht (§ 33 III TVöD).

Weiterhin dürfen *dringende dienstliche bzw. betriebliche Gründe* der Weiterbeschäftigung nicht entgegenstehen. Das gilt auch für das Ruhen des Arbeitsverhältnisses, dh das Arbeitsverhältnis ruht auch nicht bei einer beantragten Weiterbeschäftigung und dem Vorhandensein eines geeigneten Arbeitsplatzes.[1309]

Ist der Arbeitnehmer an einer Weiterbeschäftigung interessiert, muss er die Weiterbeschäftigung vertragsrechtlich iRd *Zweiwochenfrist* beantragen, unabhängig davon, ob der Rentenbescheid rechtskräftig ist oder nicht. Maßgeblich ist das Vorhandensein einer zumutbaren Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, die der Arbeitgeber im Einzelfall immer genau prüfen muss. Sollte der Arbeitgeber eine geeignete freie Stelle haben, so muss er zunächst den Rentenbescheid und die Frist für den Weiterbeschäftigungsantrag des an einer Weiterarbeit interessierten Arbeitnehmers abwarten. Erst wenn diese Fragen geklärt sind, darf er den Arbeitsplatz mit einem Dritten besetzten. Für die „Wartezeit" kann der Arbeitgeber bspw. befristete Arbeitsverträge gem. § 30 iVm § 14 TzBfG abschließen.[1310]

Problematisch könnte ggf. die außergewöhnlich kurze Frist in § 33 III TVöD sein.[1311] Das BAG hat mit Urteil vom 23.07.2014[1312] - entgegen dem Wortlaut der Tarifvorschrift - konstatiert, dass die zweiwöchige Frist für die Beantragung der Weiterbeschäftigung nach § 33 III TV-L[1313] erst durch die Mitteilung des Arbeitgebers über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an den Arbeitnehmer beginnt und nicht schon durch die Mitteilung des Rentenversicherungsträgers über die Erwerbsminderung an den Arbeitnehmer. Nach dem Urteil des BAG müsse der Arbeitnehmer nicht schon durch den Zugang des Rentenbescheids erkennen, dass sein Arbeitsverhältnis ende. Vielmehr trete das Ende nach §§ 21, 15 II TzBfG frühestens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt des Eintritts der auflösenden Bedingung ein. Ein solches Verständnis ergäbe sich auch aus den durch Art. 12 I GG geschützten Interessen des Arbeitnehmers an einem effektiven Bestandsschutz. An einem wirksamen Bestandsschutz würde es fehlen, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits infolge der Bewilligung einer Rente wegen teilweiser Erwerbsunfähigkeit automatisch einträte, ohne dass der Arbeitnehmer effektiv die Möglichkeit hätte, eine seinen Fähigkeiten entsprechende Weiterbeschäftigung zu verlangen.

Beachte: Mit Rundschreiben vom 21. April 2015 wird auf die Entscheidung des BAG vom 23.07.2014 hingewiesen.[1314] In Umsetzung des BAG-Urteils soll danach in Fällen, in denen gemäß § 33 II 2 TVöD die Unterrichtung über den Rentenbescheid über die teilweise Erwerbsminderung durch den Beschäftigten erfolgt ist, die Mitteilung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmittelbar an den Beschäftigten zugeleitet werden. Mit Zugang dieser Mitteilung beginnt dann die zweiwöchige Frist, in der der Beschäftigte die Weiterbeschäftigung nach § 33 III TVöD beantragen kann. Für die Berechnung der Fristen und die Zustellung gelten grundsätzlich die zivilgesetzlichen Regelungen des BGB und der ZPO.

[1309] Dazu Conze, Zur Möglichkeit der Weiterbeschäftigung im Fall der teilweisen Erwerbsminderung – dargestellt aus Sicht von § 33 II und III TVöD, öAT 2010, 34 ff.
[1310] Kuner, in: BeckOK TVöD, § 33 TVöD-AT Rn. 8a.
[1311] Zum Streitstand vgl. Kuner, in: BeckOK TVöD, § 33 TVöD-AT Rn. 8a.
[1312] BAG 23.07.2014, NZA 2014, 1341 Rn. 63.
[1313] Die Entscheidung des BAG erging zwar zum § 33 Abs. 3 TV-L hat aber auch Folgen für den TVöD, da die streitgegenständliche Vorschrift des TV-L wortgleich mit § 33 III TVöD ist.
[1314] Rundschreiben vom 21.04.2015 (D5-31001/10#4) – Weiterbeschäftigung nach § 33 Abs. 3 TVöD bei teilweiser Erwerbsminderung.

2. **Vertragsbeendigung durch Auflösungsvertrag**

a) **Allgemeines**

Neben der Kündigung wird zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses in der Praxis häufig der **Auflösungsvertrag** gewählt (vgl. **§ 33 I Buchst. b) TVöD**). Der Aufhebungsvertrag ist gesetzlich nicht gesondert geregelt. Die Zulässigkeit ergibt sich vielmehr aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, § 311 I BGB. Die Zulässigkeit von Aufhebungsverträgen für den Geltungsbereich des TVöD wurde zwischen den Tarifvertragsparteien ausdrücklich in § 33 I Buchst. b) TVöD vereinbart. Der Aufhebungsvertrag heißt im öffentlichen Dienst Auflösungsvertrag, ohne dass dabei inhaltlich ein Unterschied zum Aufhebungsvertrag besteht. Der Auflösungsvertrag bedarf grundsätzlich weder der vorherigen Anhörung oder Zustimmung des Betriebs-/Personalrats, noch der Zustimmung irgendeiner Behörde (zB Integrationsamt, Gewerbeaufsichtsamt).[1315]

Das Beamtenverhältnis kann nicht durch Auflösungsvertrag beendet werden. Die in § 30 BBG bzw. § 21 BeamtStG genannten allgemeinen Beendigungsgründe sind abschließend und sehen den Abschluss eines Auflösungsvertrags nicht vor.

b) **Zustandekommen und Form**

Ein Auflösungsvertrag kommt im Rahmen der Vertragsfreiheit wie jeder andere Vertrag durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande: Durch Antrag und Annahme (§§ 145 ff. BGB). Insoweit gelten hier die allgemeinen Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre sowie des Vertragsrechts (§§ 104 ff. BGB). Antrag und Annahme zum Abschluss eines Auflösungsvertrages müssen klar und eindeutig formuliert werden. Gegebenenfalls entscheidet die Auslegung (§§ 133, 157 BGB).[1316] Aufhebungs- und Auflösungsverträge sind anfechtbare Rechtsgeschäfte. Den Arbeitsvertragsparteien stehen zur Anfechtung die allgemeinen Regelungen aus dem BGB zur Verfügung (§§ 119 BGB ff.).[1317]

Nach § 623 BGB bedarf der Auflösungsvertrag zwingend der **Schriftform** (§ 125 BGB). Die elektronische Form ist wie bei Kündigungen ausgeschlossen. Ein mündlich geschlossener Auflösungsvertrag ist folglich ebenso unwirksam wie eine mündlich erklärte Kündigung.

c) **Hinweis- und Aufklärungspflichten**

Eine für die Praxis wichtige Frage ist, ob den Arbeitgeber bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einen Auflösungsvertrag besondere Hinweis-, Aufklärungs- oder Belehrungspflichten treffen. Hier gilt Folgendes: Grundsätzlich ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, den Beschäftigten über mögliche nachteilige Folgen eines Auflösungsvertrages zu informieren.[1318] In Einzelfällen kann den Arbeitgeber jedoch eine Aufklärungspflicht treffen, insbesondere wenn der Auflösungsvertrag auf seine Initiative zustande kommt und der Beschäftigte dadurch beispielsweise seinen Sonderkündigungsschutz verliert.[1319]

Der Arbeitgeber muss den Beschäftigten gem. § 2 II Nr. 3 SGB III bei Abschluss des Auflösungsvertrags darauf aufmerksam machen, dass jener sich unverzüglich bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden hat, spätestens aber drei Monate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 38 SGB III). Aufgrund der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht (§ 241 II BGB) kann der Arbeitgeber zudem gehalten sein, den Beschäftigten auf eine mögliche Sperrzeit nach § 159 SGB III hinzuweisen, die zum Ruhen des Arbeitslosengeldes führen kann.[1320]

[1315] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Auflösungsvertrag Rn. 651.
[1316] Kuner, in: BeckOK TVöD, § 33 TVöD-AT Rn. 13.
[1317] Einzelheiten zur Anfechtung von Auflösungsverträgen Kuner, in: BeckOK TVöD, § 33 TVöD-AT Rn. 26 ff.
[1318] LAG Düsseldorf v. 10.07.2001 – 8 Sa 515/01.
[1319] Einzelheiten Conze/Karb/Wölk, Stichwort Auflösungsvertrag Rn. 653; Kuner, in: BeckOK TVöD, § 33 TVöD-AT Rn.16 ff.
[1320] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Auflösungsvertrag Rn. 653 f.

II. **Kündigung des Arbeitsverhältnisses (§ 34 TVöD)**

1. **Kündigung**

a) **Begriff der Kündigung**

Das Arbeitsverhältnis kann – wie jedes Dauerschuldverhältnis – von beiden Seiten gekündigt werden. Die Kündigung ist der häufigste Fall der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Im öffentlichen Dienst wird die Beendigung der Arbeitsverhältnisse durch Kündigung einheitlich für die Arbeiter und Angestellten durch § 34 TVöD geregelt.

Die Kündigung ist eine **einseitige Willenserklärung**, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll. Als einseitige Willenserklärung muss die Kündigung vom Erklärungsempfänger nicht „angenommen" werden. Sie muss ihm nur zugehen. Der Wille, das Arbeitsverhältnis zu beenden, muss für den Empfänger eindeutig aus der Erklärung hervorgehen. Das Wort „Kündigung" muss zwar nicht ausdrücklich erhalten sein. Unmutsäußerungen wie „ unter diesen Umständen halte ich eine Zusammenarbeit nicht mehr für sinnvoll" sind aber keine Kündigung.[1321]

Die Kündigung kann mit dem Angebot verbunden werden, dass Arbeitsverhältnis unter geänderten Bedingungen fortzusetzen (**Änderungskündigung**). Wird das Angebot angenommen, ändern sich die Arbeitsbedingungen mit Ablauf der Kündigungsfrist. Wird das Angebot abgelehnt, endet das Arbeitsverhältnis. Der Erklärungsempfänger hat die Wahl, ob er sich auf die geänderten Bedingungen einlässt oder das Arbeitsverhältnis enden lässt.[1322]

Man unterscheidet zwischen der **ordentlichen** und der **außerordentlichen Kündigung**. Die ordentliche Kündigung ist stets an eine Frist gebunden. Es hat sich deshalb umgangssprachlich auch die Bezeichnung „fristgemäße Kündigung" eingebürgert (§ 622 BGB und § 34 I TVöD). Die ordentliche Kündigung kann vom Arbeitnehmer jederzeit erklärt werden, vom Arbeitgeber nach Maßgabe des KSchG, wenn dieses Anwendung findet. Die außerordentliche Kündigung wirkt in der Regel fristlos und beendet das Arbeitsverhältnis mit dem Zugang. Sie kann nur aus wichtigem Grund erklärt werden (§ 626 I BGB). Hierbei hat der Kündigende die sog. Kündigungserklärungsfrist iSd § 626 II BGB zu beachten.

b) **Wirksamwerden der Kündigung**

Die Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der **Schriftform** (§ 623 BGB). Das setzt voraus, dass das Kündigungsschreiben eigenhändig vom Aussteller mit seinem Namen unterschrieben wird (§ 126 I BGB). Ein Stempel oder eine maschinelle Unterschrift genügen ebenso wenig wie die Kündigung per Telefax oder E-Mail.

Eine **Begründung** muss die Kündigung grds. nicht enthalten. Auf Verlangen muss der Kündigende dem anderen Teil den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen. Bei Berufsausbildungsverhältnissen ist § 22 BBiG zu beachten. Nach § 22 III BBiG ist die Kündigung des Ausbildungsverhältnisses nach Ablauf der Probezeit unwirksam, wenn der Grund im Kündigungsschreiben nicht angegeben wird (§ 626 II 2 BGB).[1323]

Die Kündigung muss dem **Empfänger zugehen** (§ 130 BGB). Sie kann entweder persönlich übergeben werden, durch Boten überbracht oder mit der Post geschickt werden. Eine Kenntnisnahme ist für den Zugang nicht erforderlich. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt. Die Kündigung muss nur so in den Machtbereich des Empfängers gelangen, dass mit der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen gerechnet werden kann. Bei Einwurf in den Briefkasten gilt die Kündigung als zugegangen,

[1321] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 2 f.
[1322] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 6.
[1323] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 10.

sobald der Briefkasten üblicherweise geleert wird. Beim Einwurf am Abend also am nächsten Morgen. Dies gilt auch dann, wenn der Empfänger wegen Urlaubs oder Krankheit wochenlang abwesend ist.[1324]

Wer sich auf den **Zugang** der Kündigung beruft, der muss dies auch beweisen. Die Absendung eines Briefs beweist nicht, dass dieser auch angekommen ist. Der Beweis kann durch den Rückschein beim Einschreiben geführt werden. Wird ein solches Einschreiben mit Rückschein aber auf der Post niedergelegt und nicht abgeholt, gilt es nicht als zugegangen. Dieses Problem stellt sich beim Einwurf-Einschreiben nicht. Hier ist aber der Beweis des Zugangs schwierig, weil die Bestätigung auf der Internetseite der Post nicht ausreicht und im Bestreitensfall der zustellende Postangestellt ermittelt werden muss.[1325]

c) **Besonderer Kündigungsschutz**

Besondere Personengruppen genießen zusätzlich Kündigungsschutz (sog. besonderer Kündigungsschutz):

So ist die Kündigung gegenüber einer Frau während der **Schwangerschaft** und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung grundsätzlich unzulässig und damit unwirksam, wenn dem Arbeitgeber die Schwangerschaft oder Entbindung zur Zeit der Kündigung mitgeteilt wird (§ 17 I 1 MuSchG).

Ein **befristetes Arbeitsverhältnis** kann nur bei einer entsprechenden vorherigen Vereinbarung ordentlich gekündigt werden (§ 15 III TzBfG, § 30 V TVöD).

Mitglieder **betrieblicher Mitbestimmungsorgane** (Betriebsräte oder Personalräte) können nicht ordentlich, sondern nur außerordentlich aus wichtigem Grund (fristlos) gekündigt werden (§ 15 I, II KSchG). Sie genießen idR auch nachwirkenden Kündigungsschutz innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit.

Auch für **schwerbehinderte Menschen** besteht ein besonderer Schutz. Hier ist die Wirksamkeit der Kündigung von einer Zustimmung des Integrationsamtes abhängig, die vom Arbeitgeber eingeholt werden muss (§ 165 ff. SGB IX).

Weitere besondere Kündigungsschutzbestimmungen finden sich zB im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (§ 18 BBEG) für die **Elternzeit**. Ähnliches gilt für Arbeitnehmer die die **Pflegezeit** in Anspruch nehmen, weil sie Angehörige zu Hause pflegen (§ 5 PflegeZG).

d) **Kündigungsschutzgesetz**

Nach § 1 KSchG ist eine Kündigung durch den Arbeitgeber nur wirksam, wenn die Kündigung durch Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers oder durch dringende betriebliche Gründe gerechtfertigt ist. Der allgemeine Kündigungsschutz ist im KSchG an bestimmte Voraussetzungen gebunden: Es muss mehr als zehn Arbeitnehmer im Betrieb oder der Verwaltung arbeiten (§ 23 KSchG), wobei Teilzeitbeschäftigte anteilig gerechnet werden. Der Arbeitnehmer muss mindesten sechs Monate in demselben Betrieb tätig gewesen sein. Maßgeblich ist der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses.[1326]

Als „Verwaltung“ gilt nicht die einzelnen Dienststelle, sondern die organisatorische Einheit, in der mehrere Dienststellen zu einer administrativen Hierarchie zusammengefasst werden. Eine „Verwaltung“ besteht in der Regel aus allen Dienststellen, die einem Ministerium unterstellt sind.[1327]

[1324] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 11.
[1325] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 12.
[1326] Zum allgemeinen Kündigungsschutz vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 356 ff.
[1327] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 16.

Die Unwirksamkeit einer Kündigung kann nur durch Erhebung einer Klage vor dem Arbeitsgericht innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung geltend gemacht werden (§§ 4, 13 KSchG). Wird die Klage nicht fristgerecht erhoben, gilt die Kündigung als wirksam, auch wenn Gründe für ihre Unwirksamkeit vorliegen sollten (§ 7 KSchG).

e) **Kündigungsfristen**

aa) **Allgemein**

Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses wirkt nicht sofort, sondern erst mit Ablauf einer Kündigungsfrist.

Beispiel: Die Kündigung wird am 13.2. mit einer Frist von sechs Monaten zum Quartalsende erklärt. Sie wirkt zum 30.9. Bis dahin besteht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten fort.

§ 622 I BGB sieht eine **Grundkündigungsfrist** von **vier Wochen** zum 15. oder zum Monatsende (Kündigungstermine) für beide Vertragsparteien vor. Unter der **Kündigungsfrist** versteht man den Zeitraum, der vom Zugang der Kündigung bis zu dem Tag reicht, mit dessen Ablauf das Arbeitsverhältnis endet. Der Kündigungstermin ist der Tag, an dem die Kündigungsfrist abläuft und zu dem gekündigt wird.[1328]

Die **Berechnung der Fristen** erfolgt gemäß §§ 187 I, 188 II BGB. Da nach § 187 I BGB der Tag, an dem die Kündigung zugeht, nicht mit in die Kündigungsfrist einzubeziehen ist, bedeutet dies, dass die Kündigung einen Tag vor Beginn der Kündigungsfrist zugegangen sein muss, wenn sie zum nächstmöglichen Kündigungstermin wirksam werden soll.[1329]

§ 622 II BGB gibt dem Arbeitgeber besondere Kündigungsfristen gegenüber länger beschäftigten Arbeitnehmern auf. In Abhängigkeit von der Dauer des Arbeitsverhältnisses verlängern sich die Kündigungsfristen stufenweise.

Nach § 622 IV 1 BGB können die gesetzlichen Kündigungsfristen durch **Tarifverträge** grundsätzlich bezüglich beider Vertragsparteien sowohl verlängert als auch verkürzt werden (vgl. § 34 I 2 TVöD). Ebenfalls tarifdispositiv ausgestaltet ist die Anzahl der Kündigungstermine.

bb) **Tarifliche Kündigungsfristen**

Der TVöD sieht in § 34 I 2 T Kündigungsfristen- und Termine vor, die von der Regelung des § 622 BGB abweichen. Anders als nach § 622 II BGB gelten die verlängerten Kündigungsfristen auch für die Kündigung durch die Beschäftigten.[1330]

Die Tarifnorm differenziert einerseits zwischen ordentlichen Kündigungen während der **ersten sechs Monate**, für die eine abgekürzte Kündigungsfrist gilt (Abs. 1 Satz 1). Andererseits wird die Kündigungsfrist für die Kündigungen verlängert, die ein Arbeitsverhältnis beenden sollen, das länger als sechs Monate bestanden hat (Abs. 1 Satz 2).

(1) Kündigung in den ersten sechs Monaten

Bis zum Ende des sechsten Monats seit Beginn des Arbeitsverhältnisses beträgt die Kündigungsfrist zwei Wochen zum Monatsschluss. Die kurze Frist gilt unabhängig davon, ob eine Probezeit vereinbart wurde. Sie gilt auch dann, wenn die Kündigung vor Ablauf der sechs Monate erklärt wird, aber erst danach wirksam wird.

Beispiel: Das Arbeitsverhältnis hat am 15.5. begonnen. Die Kündigung geht am 14.11. zu. Sie wirkt zum 30.11.

[1328] Weth, in: jurisPK-BGB, § 622 Rn. 1.
[1329] Weth, jurisPK-BGB, § 621 Rn. 16.
[1330] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 23.

(2) Verlängerte Kündigungsfrist

Besteht das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate, gelten im unbefristeten Arbeitsverhältnis für beide Seiten verlängerte Kündigungsfristen, die sich in sechs Stufen bis auf sechs Monate erhöhen. Nach einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von mehr als einem Jahr ist eine Kündigung nur noch zum Schluss des Kalendervierteljahres (Quartal) möglich. Die Staffelung der Kündigungsfristen verletzt nicht das Verbot der Altersdiskriminierung. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nicht vor, da die verlängerten Kündigungsfristen nicht an das Alter, sondern an die Beschäftigungsdauer anknüpfen. Da junge Beschäftigte aber noch keine lange Betriebszugehörigkeit haben können, liegt zwar eine mittelbare Benachteiligung vor. Dies ist aber aus beschäftigungspolitischen Gründen gerechtfertigt.[1331]

Maßgeblich für die Kündigungsfrist ist jeweils die Dauer des Arbeitsverhältnisses an dem Tag, an dem die Kündigung zugeht. Es zählt nur die bei demselben Arbeitgeber zurückgelegte Zeit, weil § 34 I 2 TVöD nur auf § 34 III 1 und 2 TVöD verweist, nicht aber auf die Sätze 3 und 4, die die Anrechnung von Beschäftigungszeiten bei anderen Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes vorsehen.[1332]

f) **Unkündbarkeit**

§ 34 II TVöD modifiziert den besonderen tarifvertraglichen Kündigungsschutz für länger beschäftigte Arbeitnehmer, ohne ihn aber auf die Arbeitnehmer des Tarifgebietes Ost auszudehnen. Nach Abs. 2 der Tarifnorm ist ein Arbeitnehmer nach einer Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren und nach Vollendung des 40. Lebensjahres ordentlich unkündbar.[1333] Sein Arbeitsverhältnis kann nur noch **außerordentlich aus wichtigem Grund** (§ 626 BGB) gekündigt werden.

Die Unkündbarkeit nach § 34 II TVöD wird im Kündigungsschutzprozess gem. § 6 KSchG nur berücksichtigt, wenn sich der Arbeitnehmer bis spätestens zur letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz darauf beruft.[1334] Unkündbar werden zudem nur Beschäftigte, auf welche die Bestimmungen des Tarifgebiets West Anwendung finden. Maßgeblich ist die Rechtslage am Tag des Zugangs der Kündigung. Diese Differenzierung verstößt wegen immer noch unterschiedlicher Lebensverhältnisse nicht gegen Art. 3 GG.[1335]

Beispiel: Ein Verwaltungsangestellter wurde als 26-jähriger am 01.10.1999 beim Zoll in Rostock eingestellt. Zum 01.09.2011 wird er nach Münster versetzt und tritt dort seinen Dienst an. Ab dem 01.10.2014 ist er unkündbar. Die Zeit in Rostock wird angerechnet, weil der Arbeitgeber – die Bundesrepublik Deutschland – derselbe ist. Es kommt nicht darauf an, in welchem Tarifgebiet frühere Zeiten zurückgelegt wurden.[1336]

Mit Urteil vom 22.2.2018 hat das BAG entschieden, dass bei der Berechnung der für die Kündigungsfrist nach § 34 I 2 TVöD und den Ausschluss einer ordentlichen Kündigung maßgeblichen Beschäftigungszeit nach § 34 II 1 TVöD vorherige Beschäftigungszeiten bei anderen, vom Geltungsbereich des TVöD erfassten Arbeitgebern nicht berücksichtigt werden.[1337] Diese Zeiten sind nämlich nicht in § 34 I 1 und 2 TVöD, sondern in Satz 3 genannt und zählen damit nicht zur bei der Kündigung berücksichtigungsfähigen Beschäftigungszeit. Dies hat das BAG mit dem vorgenannten Urteil ausdrücklich bestätigt. Im

[1331] BAG, 18.09.2014, NZA 2014, 1400.
[1332] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 26.
[1333] Darin könnte eine ungerechtfertigte Benachteiligung wegen des Alters liegen (Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer, die die Beschäftigungszeit vor Erreichen des 40. Lebensjahres vollendet haben). Dafür mit guten Gründen Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 30; Müller/Glöge, in: ErfKomm § 626 BGB Rn.52.
[1334] BAG 08.11.2007, NZA 2008, 936.
[1335] LAG Mecklenburg-Vorpommern 25.10.2011 – Sa 103/11; Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 31.
[1336] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 31.
[1337] BAG 22.02.2018, öAT 2018, 124.

vorliegenden Fall ging es um Vorzeiten, die eine kommunale Beschäftigte bei einer anderen Kommune zurückgelegt hatte. Das BAG hat die Anrechnung abgelehnt.

Merke: Der Bestandsschutz nach § 34 II 2 TVöD erfasst nur Beschäftigungszeiten bei demselben Arbeitgeber.

Beachte: Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung in § 34 II TVöD lässt die Möglichkeit der Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers unberührt. Bei Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers oder aus betrieblichen Gründen kommt auch die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist in Betracht, die der Kündigungsfrist einer ordentlichen Kündigung (§ 34 I 2 TVöD) entspricht.[1338] Als außerordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers kommt als Kündigungsgrund das dauernde Unvermögen des Beschäftigten, seine vertragsgemäßen Pflichten zu erbringen, in Betracht.[1339] Auch zukünftig zu erwartende Ausfallzeiten von jährlich bis zu 4/5 der etwa 200 Arbeitstage können die außerordentliche personenbedingte Kündigung rechtfertigen.[1340]

g) **Abmahnungserfordernis**

aa) **Begriff, Voraussetzungen und Funktion der Abmahnung**

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der das gesamte Kündigungsschutzrecht durchzieht, muss eine außerordentliche sowie eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung das unausweichlich letzte Mittel sein, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses auszuräumen. Das in der Praxis wichtigste „**mildere Mittel**“ ist die **Abmahnung**. Sie hat in **§ 314 II 1 BGB** eine gesetzliche Grundlage gefunden und setzt voraus, dass der Arbeitgeber

- ein bestimmtes vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers beanstandet (**Hinweisfunktion**),
- den Arbeitnehmer zu einem künftigen vertragsgemäßen Verhalten auffordert (**Ermahnungsfunktion**), und
- dem Arbeitnehmer für den Wiederholungsfall arbeitsrechtliche Konsequenzen androht (**Warnfunktion**).[1341]

Mit der Abmahnung macht der Arbeitgeber nicht nur auf eine Vertragsverletzung aufmerksam und er fordert nicht nur für die Zukunft vertragstreues Verhalten (wie bei der Ermahnung), sondern er kündigt auch für den Fall einer erneuten Vertragsverletzung arbeitsrechtliche Konsequenzen an.[1342]

Als geschäftsähnliche Handlung bedarf die Abmahnung **keiner Form**, erfolgt aber in der Praxis schon aus Beweiszwecken idR schriftlich. Das Recht zur Abmahnung unterliegt zwar **keiner Frist**, kann aber verwirken, wenn der Arbeitnehmer nach § 242 BGB davon ausgehen durfte, er werde wegen seiner Verfehlung nicht mehr belangt. Um ihre Funktionen erfüllen zu können, ist die Abmahnung möglichst umgehend auszusprechen und schriftlich zu fixieren.

Die Abmahnung erfüllt nur dann ihr kündigungsrechtliche **Warnfunktion**, wenn sie so eindringlich erfolgt, dass der Arbeitnehmer damit rechnen muss, weitere Pflichtverletzungen gefährden sein Arbeitsverhältnis. *Zahlreiche Abmahnungen* wegen gleichartiger Pflichtverletzungen (zB Verspätungen) können die Warnfunktion abschwächen. Der Arbeitgeber muss dann die letzte Abmahnung vor dem Ausspruch einer Kündigung besonders eindringlich gestalten, um dem Arbeitnehmer klar zu machen, dass eine weitere Pflichtverletzung nicht mehr zu einer weiteren Abmahnung führen wird.[1343]

[1338] Clausen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 32.
[1339] BAG 25.03.2004, NZA 2004, 1216.
[1340] BAG 18.01.2001, NZA 2002, 455.
[1341] Junker, Arbeitsrecht, Rn. 405.
[1342] Hromadka, Arbeitsrecht für Vorgesetze, S. 244.
[1343] Junker, Arbeitsrecht, Rn. 405.

Die Wirksamkeit einer Abmahnung setzt nicht voraus, dass das abgemahnte Verhalten im Wiederholungsfall eine Kündigung rechtfertigen würde. Die Abmahnung erfüllt ihre Funktion gerade dann, wenn mehrere geringfügige Verstöße (zB Verspätungen) abgemahnt werden und beim nächsten Verstoß die Schwelle zum Kündigungsgrund überschritten ist.[1344] Ob eine oder mehrere Abmahnungen der Kündigungen vorausgehen müssen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Mit der Abmahnung geht grds. das Recht verloren, wegen desselben Sachverhalts zu kündigen. Der Arbeitgeber kann aber wegen neu hinzutretenden oder bekannt werdender Umstände kündigen und dabei auf die abgemahnten Umstände unterstützend zurückgreifen.[1345] Der abgemahnte und der kündigungsbegründende Pflichtverstoß müssen nicht identisch, aber gleichartig sein (**innerer Zusammenhang** zwischen abgemahnten Verhalten und Kündigungsgrund). Die Gleichartigkeit der gerügten und der kündigungsbegründenden Pflichtverletzung liegt zB vor, wenn ein Großkundenberater, der wegen Verletzung seiner Berichtspflicht über Kundenbesuche abgemahnt wurde, später gegen die Besuchspflicht verstößt, indem er Kundenbesuche nur vortäuscht.[1346]

Beispiele für Vertragsverletzungen: Verstoß gegen die Arbeitsordnung, schlechte Arbeitsleitung, unentschuldigtes Fehlen oder Zuspätkommen, vorgetäuschte Krankheit, eigenmächtiger Urlaubsantritt, unerlaubte Nebentätigkeit, Trunkenheit bei der Arbeit, Verletzung des Rauchverbots, unerlaubte private Telefonate oder Nutzung des Internets zu privaten Zwecken, Nichtbefolgen von Weisungen.

Zur Abmahnung berechtigt ist nicht nur, wer Kündigungen aussprechen darf, sondern jeder Mitarbeiter, der aufgrund seiner Aufgabe dazu befugt ist, verbindliche Weisungen bezüglich des Ortes, der Zeit sowie der Art und Weise der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung zu erteilen, dh also, sowohl der Disziplinar- und Fachvorgesetze.

Die Abmahnung als bloße Wahrnehmung eines arbeitsvertraglichen Rechts ist nicht mitbestimmungspflichtig; der Betriebs- oder Personalrat braucht weder gehört zu werden noch gar zuzustimmen.[1347] Sinnvollerweise wird man ihn aber zumindest in schwerwiegenden Fällen unterrichten. Entsprechendes gilt für die Beteiligung des Personalrats oder anderer Gremien (Schwerbehindertenvertretung oder Gleichstellungsbeauftragte).

bb) **Entbehrlichkeit der Abmahnung**

Entbehrlich ist die Abmahnung unter den Voraussetzungen der §§ 314 II, 323 II BGB. Sie können erfüllt sein, wenn sie zwecklos ist, weil der Arbeitnehmer eindeutig nicht fähig oder willens ist, sich vertragsgerecht zu verhalten (§ 323 II Nr.1 BGB), oder wenn das Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien durch eine schwere Pflichtverletzung derart gestört ist, dass es nicht wiederhergestellt werden kann (§ 314 II Nr. 3 BGB).

Entbehrlich ist die Abmahnung auch, wenn die Pflichtverletzung dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar war und wenn er mit der Billigung durch den Arbeitgeber nicht rechnen konnte.[1348] Keiner Abmahnung bedarf es idR auch bei einer Kündigung, auf die das KSchG nicht anwendbar ist,[1349] außerdem, wenn der Arbeitgeber bereits vorher – im Arbeitsvertrag oder sonstige Bekanntgabe (zB Schwarzes Brett) – deutlich zu erkennen gegeben hat, dass ein bestimmtes Verhalten eine Kündigung zur Folge hat (sog. vorweggenommen Abmahnung).

[1344] Junker, Arbeitsrecht, Rn. 405.
[1345] Hromadka, Arbeitsrecht für Vorgesetzte, S. 246 f.
[1346] BAG 13.12.2007, NZA 2008, 589 Rn. 41 ff.; Junker, Arbeitsrecht, Rn. 406.
[1347] Hromadka, Arbeitsrecht für Vorgesetzte, S. 248 f.
[1348] BAG 23.06.2009, NZA 2009, 1198.
[1349] BAG 23.04.2009, NZA 2009, 1260.

cc) **Feststellung der Unwirksamkeit einer Abmahnung**

Ein gerichtlicher Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Abmahnung ist nach § 256 I ZPO unzulässig, da er kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis betrifft. Der Arbeitnehmer kann stattdessen im Wege eines Beseitigungsanspruchs nach §§ 242, 1004 I 1 BGB die **Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte** verlangen, wenn die Abmahnung nach den vorstehenden Kriterien zu Unrecht erteilt worden, dh rechtswidrig ist, oder wenn das gerügte Verhalten für das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht bedeutungslos geworden ist.[1350]

2. **Berechnung der Beschäftigungszeit**

a) **Bedeutung, Rechtsschutz**

Schließlich vereinfacht § 34 III TVöD die Berechnung der Beschäftigungszeit. Von der **Beschäftigungszeit** nach § 34 III 1 TVöD hängen die maßgeblichen **Kündigungsfristen** (§ 34 I TVöD) und – im Tarifgebiet West – der Eintritt der Unkündbarkeit (§ 34 II TVöD) ab. Die Beschäftigungszeit nach § 34 III 3 und 4 TVöD ist entscheidend für die **Zahlung des Krankengeldzuschusses** (§ 22 III TVöD) und für den **Zeitpunkt des Dienstjubiläums**.

Der Kündigungsschutz nach § 1 KSchG und der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX setzten einen *ununterbrochenen Bestand* des Arbeitsverhältnisses von sechs Monaten voraus. Hierfür ist die Berechnung nach § 34 III TVöD nicht maßgeblich.

b) **Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber**

§ 34 III 1 TVöD definiert den Begriff der „Beschäftigungszeit“ als „die bei demselben Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis zurückgelegte Zeit, auch wenn sie unterbrochen ist“. Beschäftigungszeit ist also nur die Zeit, die der Beschäftigte als Arbeitnehmer zurückgelegt hat.

aa) **Derselbe Arbeitgeber**

„Derselbe Arbeitgeber“ ist die juristische Person, die als Arbeitgeber den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Das ist weder das Organ oder die Behörde, die den Arbeitgeber beim Arbeitsvertragsabschluss vertreten hat, noch die Dienststelle, bei der der Arbeitnehmer beschäftigt ist. **Entscheidend ist die „juristische Person“ und deren rechtliche Identität**.[1351] Dies ist zB die Bundesrepublik Deutschland, eine Gebietskörperschaft oder eine Gemeinde, eine rechtlich selbständige Körperschaft, Anstalt oder öffentlich-rechtliche Stiftung sowie ein in privater Rechtsform geführtes Unternehmen (zB eine „Stadtwerke GmbH).[1352]

Beispiel: So wird die bisherige Beschäftigung in der Gemeinde X bei einer Beschäftigung bei den Stadtwerken GmbH dieser nicht zugerechnet; es handelt sich um zwei selbständige juristische Personen, auf die Abhängigkeits- oder Beteiligungsverhältnisse kommt es nicht an. Wechselt der Arbeitgeber wie in vorstehendem Beispiel, beginnt die Berechnung der Beschäftigungszeit neu.

Beispiel: Ein Beschäftigter wechselt vom BMI in Berlin zum BAMF in Nürnberg. Arbeitgeber bleibt die Bundesrepublik Deutschland, weil das Bundesamt keine rechtlich selbständige Körperschaft ist.

Das Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bleibt bestehen, wenn der Arbeitnehmer nur die Dienststelle wechselt. Ein relevanter Arbeitgeberwechsel liegt hingegen vor, wenn das Arbeitsverhältnis – nunmehr – zu einem anderen rechtlich selbständigen Arbeitgeber besteht.

[1350] BAG 19.7.2012, NZA 2013, 91; Junker, Arbeitsrecht, Rn. 406.
[1351] BAG 08.05.2003, NZA 2004, 858, 859.
[1352] Eylert, in: BeckOK TVöD, § 34 TVöD-AT Rn. 65.

"Derselbe Arbeitgeber" im Sinne von § 34 III 1 TVöD ist diejenige juristische Person, die auf Arbeitgeberseite den Arbeitsvertrag abgeschlossen habe. Ein Arbeitgeberwechsel liege nur dann vor, wenn ein Wechsel von einem rechtlich selbstständigen Arbeitgeber zu einem anderen Arbeitgeber erfolge.[1353]

bb) **Zeit im Arbeitsverhältnis**

(a) **Allgemeines**

Als Beschäftigungszeiten gelten nur die in einem **Arbeitsverhältnis** zurückgelegten Zeiten. Andere Rechtsverhältnisse bleiben demnach bei der Anrechnung etwaiger Zeiträume als Beschäftigungszeit tarifvertraglich insgesamt ausgeschlossen. Entscheidend für die Bewertung ist der rechtliche Bestand eines Arbeitsverhältnisses, nicht jedoch die tatsächliche Wahrnehmung der vereinbarten Tätigkeit. Daher sind Zeiten, in denen bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis **keine Arbeitsleistungen** vom Arbeitnehmer erbracht werden oder das Arbeitsverhältnis ruht, sind Beschäftigungszeiten iSd der Tarifnorm, wie bspw. Zeiten eines Beschäftigungsverbots (zB nach §§ 3, 4 und 6 MuSchG), einer Elternzeit (§ 15 BEEG), einer Arbeitsunfähigkeit (§ 22 TVöD) oder eines Erholungsurlaubs (§ 26 TVöD), eines Freistellungsanspruchs bei Erkrankung eines Kindes nach § 45 III 1 SGB V oder einer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung auf Zeit nach § 33 II 6 TVöD.[1354]

Die Zeit eines **Sonderurlaubs** nach § 28 TVöD bleibt bei der Berechnung der Beschäftigungszeit grds. außer Ansatz, es sei denn, der Arbeitgeber hat vor Antritt des Sonderurlaubs schriftlich ein dienstliches oder betriebliches Interesse anerkannt (§ 34 III 2 TVöD). In Betracht kommen zB eine Fortbildung im dienstlichen Interesse oder die Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber, wenn der bisherige Arbeitgeber keine Verwendung hat. Sonderurlaub kann auch für Tätigkeiten bei internationalen Organisationen erteilt werden.

Keine Beschäftigungszeiten iSd Tarifnorm sind **Ausbildungszeiten** nach dem „Tarifvertrag für Auszubildende im öffentlichen Dienst“ (TVAöD) – AT, weil sie nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht werden.[1355]

Da es für die Berechnung der Beschäftigungszeit nur auf den rechtlichen Bestand und nicht auf eine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ankommt, spielt der zeitliche Umfang der Beschäftigung (**Vollzeit/ Teilzeit**) keine Rolle. Die Teilzeitarbeitsverhältnisse werden nicht nur quotal, sondern voll angerechnet, § 4 I 1 TzBfG.[1356] Auch die Zeit vor der Vollendung des 18. Lebensjahres wird mitgerechnet.

Endet das Arbeitsverhältnis und stellt der Arbeitgeber den Beschäftigten wieder ein, so wird die frühere Beschäftigungszeit angerechnet, weil § 34 III TVöD – im Gegensatz zu § 1 KSchG – dies ausdrücklich vorsieht, auch wenn die zurückgelegte Zeit unterbrochen ist.[1357]

(b) **Beamtenverhältnis**

Nach dem klaren Wortlaut der Tarifnorm („in einem Arbeitsverhältnis“) sind Zeiten eines früheren **Beamtenverhältnisses** nicht zu berücksichtigen. Dies hat das BAG mit Urteil vom 29. Juni 2017 bestätigt. Danach berücksichtige die vergleichbare Vorschrift in § 34 III 3 TV-L nach seinem Wortlaut, Zusammenhang und Zweck nur Arbeitsverhältnisse bei einem anderen Arbeitgeber im Geltungsbereich des TV-L (TVöD). Die Tarifwerke des TV-L und des TVöD wurden aus dem BAT und dem BAT-O entwickelt. Daraus sei zu schließen, dass die Tarifvertragsparteien Beamtenverhältnissen bewusst von der Beschäftigungszeit des § 34 III 3 TV-

[1353] BAG 22.02.2018, öAT 2018, 124.
[1354] Eylert, in: BeckOK TVöD, § 34 TVöD-AT Rn. 72 mwN.
[1355] Eylert, in: BeckOK TVöD, § 34 TVöD-AT Rn. 68.
[1356] Eylert, in: BeckOK TVöD, § 34 TVöD-AT Rn. 71.
[1357] Claussen, in: Burger, TVöD/TV-L, § 34 Rn. 53.

L/TVöD ausnehmen wollten. Sie hätten sonst eine § 19 III BAT/BAT-O vergleichbare Regelung getroffenen. Daher bestehe auch kein Raum für eine analoge Anwendung.[1358]

Beispiel: Eine jetzt in Nordrhein-Westfahlen angestellte Lehrerin war zuvor 13 Jahre beamtete Lehrerin in einem anderen Bundesland und will diese Zeit als Beschäftigungszeit iSv § 34 III 3 TV-L/TVöD angerechnet bekommen. Da Beamtenverhältnisse von der Beschäftigungszeit iSd § 34 III TVöD ausgenommen sind, werden diese Zeiten nicht angerechnet.

Eine Begründung für diese vertraglich gewollte Regelung ist ausschließlich in dem Willen der Tarifvertragsparteien zu sehen, Arbeits- und Beamtenverhältnis in jeder Hinsicht voneinander zu trennen. Aufgrund der bewusst dahingehend ausgestalteten Regelung bleibt auch kein Raum für eine analoge Anwendung des § 34 III TVöD auf Beamtenverhältnisse.

(c) **Berücksichtigungsfähige Zeiten nach gesetzlichen Bestimmungen**

Neben den einzelnen tariflichen Normen regeln eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen die Berücksichtigung bestimmter Berufs- und Lebensabschnitte als Beschäftigungszeiten. In diesem Zusammenhang ist aber darauf hinzuweisen, dass gesetzlich vorgesehene Zeiten aus eigener Kraft nicht Bestandszeiten werden können. Sie müssen in einem bestimmten zeitlichen Verhältnis mit tariflich als Beschäftigungszeit vorgesehenen Zeiten stehen. Gesetzlich normierte Zeiten werden daher nur dann berücksichtigt, wenn diese entweder innerhalb tariflicher Zeiten liegen oder in der zeitlichen Reihenfolge an sie anschließen bzw. ihnen vorangehen.

Zeiten der Mutterschutzfristen nach § 3 MuSchG bzw. das Beschäftigungsverbot nach § 16 MuSchG werden auf die Beschäftigungszeit angerechnet.

Elternzeit bringt nach § 15 BEEG das Arbeitsverhältnis zum Ruhen. Das Arbeitsverhältnis besteht während dieser Zeit fort. Die Zeiten werden auf die Beschäftigungszeit nach § 34 III TVöD angerechnet.

Zeiten des Grundwehrdienstes nach Arbeitsplatzschutzgesetz (ArbPlSchG), des Zivildienstes nach ZVG, des Grenzschutzdienstes und Zeiten des Wehrdienstes und Wehrdienstzeiten von Soldaten auf Zeit mit zweijähriger Verpflichtung nach ArbPlSchG oder bei ausgeschiedenen Soldaten auf Zeit nach dem Soldatenversorgungsgesetz (SVG) werden teilweise auf die Beschäftigungszeit angerechnet, wenn nach dem Ende dieser Zeiten das Arbeitsverhältnis begründet wird. Die Anrechnung kann nur im ersten Arbeitsverhältnis erfolgen, das danach begründet wird.

c) **Andere Beschäftigungszeiten und Wechsel des Arbeitgebers**

Zeiten eines Arbeitsverhältnisses, die bei einem anderen Arbeitgeber zurückgelegt worden sind, können als Beschäftigungszeit anerkannt werden, wenn ein Wechsel des Arbeitgebers vorliegt und beide Arbeitgeber vom Geltungsbereich des TVöD erfasst sind. Die erweiterten Anrechnungsmöglichkeiten von Vordienstzeiten bei einem anderen (öffentlichen) Arbeitgeber gelten für die Festsetzung des Jubiläumsgeldes (§ 23 II TVöD) und der Bemessung des Krankengeldzuschusses (§ 22 III TVöD). Sie sind jedoch bei der Berechnung der Kündigungsfrist und als Voraussetzung für die tarifliche Unkündbarkeit unbeachtlich, weil beide Bestimmungen ausdrücklich nur auf die Sätze 2 und 3 des Absatz 3 verweisen (vgl. § 34 I 2, II 1 TVöD).

Nach § 34 III 3 und 4 TVöD werden Vorzeiten (ähnlich wie bei der früheren Dienstzeit) wie folgt anerkannt: Der Wechsel muss sich entweder zwischen zwei Arbeitgebern, für die der TVöD kraft Tarifbindung gilt (zB Wechsel eines Arbeitnehmers von einer

[1358] BAG 29.7.2017 – 6 AZR 364/16.

Gemeinde zum Bund oder von einer Gemeinde zu einer tarifgebundenen GmbH[1359]), oder zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern (zB Wechsel eines Arbeitnehmers von einem Land zu einer Gemeinde, nicht aber von einer landeseigenen GmbH zu einer Gemeinde) vollziehen.[1360]

Beachte: Wird der TVöD vom „Vor-Arbeitgeber" nur angewandt – bspw. aufgrund einzelvertraglicher Inbezugnahme – wird dieser nicht vom Geltungsbereich des TVöD iSd Tarifnorm erfasst; dementsprechend kann eine Anrechnung nur unter den Voraussetzungen des Satz 4 der Tarifvorschrift erfolgen. Eine Berechnung nach § 34 III 3 und 4 TVöD der Tarifnorm erfolgt zudem nur bei einem Wechsel des Arbeitgebers ab dem 01.10.2005, dh der neue Arbeitgeber muss das Arbeitsverhältnis ab dem 01.10.2005 mit dem Arbeitnehmer begründet haben.

Achtung: Mit Urteil des BAG vom 19.11.2020 (6 AZR 417/19) wurde entschieden, dass nach dem TVöD ein Anspruch auf Anerkennung von Beschäftigungszeiten im Sinne von § 34 III 3 und 4 TVöD nur auf Beschäftigungszeiten beim unmittelbar vorherigen Arbeitgeber besteht und sich der Anspruch aber nicht auf Beschäftigungszeiten bei weiteren früheren öffentlichen Arbeitgebern erstreckt. Abweichend von der BAG-Rechtsprechung wird mit Rundschreiben vom 12. Mai 2021 übertariflich geregelt, dass bei der Festsetzung der Beschäftigungszeit **alle vorherigen Zeiten bei einem Arbeitgeber nach § 34 III 3 und 4 TVöD als Beschäftigungszeit** für die Berechnung der Dauer des Krankengeldzuschusses (§ 22 III TVöD) und das Jubiläumsgeld (§ 23 II TVöD) anerkannt werden können.

Rundschreiben vom 12. Mai 2021 (Az. D5-31001/20#2): Beschäftigungszeit nach § 34 Abs. 3 TVöD; hier: Aktuelle Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

d) **Berechnung der Beschäftigungszeit**

Der Beginn der Beschäftigungszeiten ist anhand der Personalunterlagen festzusetzen worden. Die Beschäftigungszeit wird nach Jahre und Tagen berechnet.

e) **Korrektur der Berechnung**

Die Mitteilung an den Beschäftigten über die Berechnung der Beschäftigungszeit ist eine bloße Wissenserklärung (ohne rechtsgeschäftlichen Charakter). Die Berechnung hat nur eine deklaratorische Bedeutung. Sie kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft berichtigt werden.[1361]

Setzt der Arbeitgeber die Beschäftigungszeit unrichtig fest, kann der Beschäftigte die fehlerhafte Festsetzung jederzeit mit einer Feststellungsklage vor den Arbeitsgerichten angreifen. Der Beschäftigte muss nicht warten, bis sich die falsche Berechnung auswirkt.

[1359] Kommunale Unternehmen und Betriebe in privater Rechtsform (GmbH und Aktiengesellschaft) fallen unter den Geltungsbereich des TVöD, wenn sie ordentliches Mitglied eines der VKA angehörenden kommunalen Arbeitgeberverbandes sind und damit die Voraussetzungen nach § 1 I TVöD erfüllen.
[1360] Eylert, in: BeckOK TVöD, § 34 TVöD-AT Rn. 77.
[1361] Eylert, in: BeckOK TVöD, § 34 TVöD-AT Rn. 80.

III. **Zeugnis (§ 35 TVöD)**

§ 35 TVöD gibt den Arbeitnehmern im Geltungsbereich des Tarifvertrags unabhängig von den gesetzlichen Vorschriften einen unmittelbaren tarifvertraglichen Anspruch auf ein Zeugnis, und zwar, (1) auf ein qualifiziertes Zeugnis bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, auch ohne entsprechenden Antrag des Arbeitnehmers (Abs. 1), (2) auf ein Zwischenzeugnis auf Antrag des Arbeitnehmers, wenn triftige Gründe vorliegen (Abs. 2), (3) auf ein vorläufiges Zeugnis auf Antrag des Arbeitnehmers bei bevorstehender Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Abs. 3). Abs. 4 spiegelt den allgemeinen Grundsatz wieder, dass der Arbeitgeber das jeweilige Zeugnis schnellstmöglich, aber unter angemessener Berücksichtigung der notwendigen Bearbeitungszeit zu erteilen hat.

1. **Allgemeines**

Die Pflicht zur Zeugniserteilung nach § 109 GewO (§ 630 BGB) ist Ausfluss der **Fürsorgepflicht** des Arbeitsgebers. Das Zeugnis dient in erster Linie dem **beruflichen Fortkommen** des Beschäftigten[1362] und ist als Bewerbungsunterlage Dritten, insbes. möglichen künftigen Dienstgebern, Grundlage für ihre Personalauswahl.[1363] Dem Arbeitnehmer gibt es zugleich Aufschluss darüber, wie der Arbeitgeber seine Leistung beurteilt. Das BAG hat das Zeugnis als eine „Visitenkarte“ des Arbeitnehmers betrachtet.[1364] Es hat ihm einen hohen Faktor im Arbeitsleben bescheinigt, so dass sich daraus relativ hohe Anforderungen inhaltlicher, aber ebenso formaler Art ableiten.[1365]

Das Zeugnis ist eine schriftliche Bescheinigung des Arbeitgebers, die dieser dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszustellen hat. Es enthält als **einfaches Zeugnis** lediglich Angaben über die Art und Dauer der vom Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeit, als **qualifiziertes Zeugnis** darüber hinaus auch über Führung und Leistung.

2. **Anspruchsgrundlagen**

Der Zeugnisanspruch für Arbeitnehmer ist einheitlich in **§ 109 GewO** normiert.[1366] **§ 35 I TVöD** geht über den gesetzlichen Anspruch aus § 109 GewO, der das Verlangen des Arbeitnehmers für die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses voraussetzt, hinaus. Nach § 35 I TVöD muss ein Zeugnis, das sich neben der Art und Dauer der Tätigkeit auch auf Führung und Leistung erstreckt, grundsätzlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erteilt werden, auch wenn der Beschäftigte keinen entsprechenden Antrag stellt.[1367]

3. **Endzeugnis**

Bei dem Endzeugnis nach § 35 I TVöD handelt es sich um ein *qualifiziertes Zeugnis*, das auf dem einfachen Zeugnis aufbaut und das sich auf Leistung und Führung des Arbeitnehmers erstreckt.

Das Endzeugnis als qualifiziertes Zeugnis muss neben der Art der Tätigkeit in der branchenüblichen Weise und der Dauer auch **Angaben über Führung und Leistung des Beschäftigten** enthalten. Unter **„Führung“** in diesem Sinne ist das **Sozialverhalten** des Beschäftigten im Arbeitsverhältnis gegenüber Vorgesetzten, Kollegen und Dritten zu verstehen. Außerdienstliches Verhalten ist dabei unbeachtet zu lassen.[1368]

[1362] BAG 15.05.1979, NJW 1979, 1882.
[1363] BAG 14.10.2003, NZA 2004, 843.
[1364] BAG AP BGB § 630 Nr. 20.
[1365] Zum gesamten Spektrum der Probleme und der und der Rspr. zum Zeugnisrecht *Hunold* NZA-RR 2001, 113.
[1366] Für Auszubildende ergibt er sich aus § 8 BBiG.
[1367] Guth, in: BeckOK TVöD, § 35 TVöD-AT Rn. 3.
[1368] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Zeugnis Rn. 3184.

Im Rahmen der **Leistungsbeurteilung** ist anzugeben, auf welche **Art und Weise** der Arbeitnehmer die ihm übertragenen Aufgaben erledigt hat. Wesentliche Merkmale der Leistung können je nach Art der Tätigkeit körperliches und geistiges Potenzial des Beschäftigten, seine Auffassungsgabe, eventuelle Fachkenntnisse, seine Arbeitsqualität und -quantität etc. sein.[1369]

4. **Inhalt des Zeugnisses**

Bei der inhaltlichen Gestaltung ist der **Grundsatz der Einheitlichkeit, Vollständigkeit *und* Wahrheit** zu beachten.[1370] Das BAG betont vor dem Hintergrund der mit dem Zeugnis verfolgten Zwecke neben dem Gebot der Zeugniswahrheit auch das **Gebot der Zeugnisklarheit**.[1371] Das Zeugnis muss klar und verständlich formuliert sein, ein Grundsatz, den § 109 II 1 GewO für das Zeugnis von Arbeitnehmern festschreibt, der aber auch für sonstige Dienstverpflichtete gilt. Das Zeugnis darf keine Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine andere als aus der äußeren Form oder aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen (§ 109 II 2 GewO). Abzustellen ist auf den objektiven Empfängerhorizont des Lesers des Zeugnisses. Es kommt nicht darauf an, welche Vorstellung der Zeugnisverfasser mit seiner Wortwahl verbindet. Ebenso wenig kommt es auf eine vereinzelt geäußerte Rechtsauffassung an, selbst wenn sie teilweise auch in Listen aufgeführt wird, die in der Literatur und im Internet die Bedeutung von Geheimcodes wiedergeben.[1372]

Das Zeugnis schließt regelmäßig mit einer zusammenfassenden **Endbeurteilung** und einer **Schlussformel***,* mit der dem Arbeitnehmer für seine Arbeit gedankt wird und der Arbeitgeber dem Beschäftigten für den weiteren beruflichen und privaten Lebensweg alles Gute wünscht. Gleichwohl hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf diese sog. Schlusssätze.[1373]

5. **Form des Zeugnisses**

Für die Ausstellung des Zeugnisses ist Schriftform (§ 126 I BGB) vorgeschrieben.

6. **Zwischenzeugnis und vorläufiges Zeugnis**

§ 35 II TVöD normiert den gesetzlich nicht positiv geregelten Anspruch auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses im bestehenden Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines triftigen Grundes (berechtigtes Interesse) auf Verlangen des Arbeitnehmers. Der Anspruch auf Zeugniserteilung ist zudem Ausfluss der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht. § 35 III TVöD regelt den Anspruch auf Erteilung eines vorläufigen einfachen Zeugnisses bei bevorstehender Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Der Anspruch auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses setzt ein berechtigtes Interesse des Beschäftigten voraus. Ein berechtigtes Interesse auf Erteilung liegt etwa dann vor, wenn der Dienstvorgesetzte des Beschäftigten wechselt oder sich die Tätigkeit des Beschäftigten ändert. Auch ein beabsichtigter Wechsel der Dienststelle oder des Arbeitgebers durch den Beschäftigten ist als berechtigtes Interesse anzuerkennen. Kein Anspruch auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses hat der Beschäftigte, wenn er es als (untaugliches) Beweismittel in seinem Eingruppierungsprozess dem Gericht vorlegen will.[1374]

Sofern der Beschäftigte nicht bereit ist, die von ihm vorgegebenen triftigen Gründe darzulegen, kann der Arbeitgeber die Ausstellung des Arbeitszeugnisses verweigern.

[1369] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Zeugnis Rn. 3185.
[1370] Vgl. dazu Fuchs, in: BeckOK ArbR, § 630 BGB Rn. 4.
[1371] BAG 12.08.2008, NZA 2008, 1349, 1350.
[1372] BAG 15.11.2011, NZA 2012, 448, 449 zur Formulierung „kennen gelernt".
[1373] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Zeugnis Rn. 3188.
[1374] BAG 21.01.1993, NZA 1993, 1031 Rn. 13.

Beachte: In der Praxis hat sich ein sogenannter „Zeugniscode“ entwickelt. Danach werden negative Wertungen indirekt ausgedrückt.[1375]

I. Übergangs- und Schlussbestimmungen

Nach Lektüre dieses Teilabschnitts können die Seminarteilnehmer

die tariflichen Ausschlussfristen sicher zur Anwendung bringen und

die Übergangsvorschriften benennen.

I. **Ausschlussfristen (§ 37 TVöD)**

Nach § 37 I 1 TVöD verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit von dem Beschäftigten oder vom Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden. Nach Satz 2 reicht für denselben Sachverhalt die einmalige Geltendmachung des Anspruchs auch für später fällige Leistungen. Nach Absatz 2 gilt die Ausschlussfrist nicht für Ansprüche aus einem Sozialplan.

1. **Allgemeines**

Im Arbeitsleben hat sich offenbar gezeigt, dass die allgemeinen Vorschriften zur Verjährung von Ansprüchen den Anforderungen der Praxis nicht genügen. Deshalb haben die Tarifvertragsparteien vieler Branchen Regelungen geschaffen, durch die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nach länger unterlassener Rechtsverfolgung durch den Gläubiger erlöschen.

Das allgemeine Gesetzesrecht reagiert auf die längere Untätigkeit des Gläubigers bei der Verfolgung der ihm zustehenden Ansprüche mit dem Rechtsinstitut der *Verjährung* (§§ 194 ff. BGB). In Ausnahmefällen kann der späten Geltendmachung eines Anspruchs auch der Einwand von Treu und Glauben (§ 242 BGB) in Form der *Verwirkung* entgegenstehen.[1376] Im Arbeitsleben hat sich daneben schon früh das privatautonom geschaffene Institut der Ausschlussfrist durchgesetzt. Ihr Verstreichenlassen führt unabhängig davon, ob der Gläubiger den Zeitablauf verschuldet hat, zum Verfall, also zum Untergang, von Ansprüchen. Die Arbeitsvertragsparteien sollen zur zeitnahen Geltendmachung ihrer Ansprüche veranlasst werden.

Ein Vorteil solcher Regelungen liegt darin, dass Rechtsbeziehungen in einzelnen Positionen zeitig geklärt werden, deren Bestehen oder Nichtbestehen nach längeren Zeiträumen nur noch mit großem Aufwand oder auch gar nicht mehr mit der gebotenen Sicherheit aufzuklären ist. Ausschlussfristen dienen damit der Rechtssicherheit.[1377]

Beachte: Der Arbeitgeber ist grds. verpflichtet sich auf den Ablauf der Ausschlussfrist zu berufen und nach Ablauf dieser, verfallene Forderungen nicht mehr zu erfüllen. Die Erfüllung einer verfallenen Forderung stellt eine übertarifliche Maßnahme dar, welche durch das BMI und das BMF zu genehmigen sind.[1378]

Die Gerichte für Arbeitssachen habe die Ausschlussfrist von Amts wegen zu beachten.[1379]

[1375] Musterformulierungen und Zeugnismuster finden sich bei Theis, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort Arbeitszeit unter III. 3.2 und V.
[1376] Bepler, in: BeckOK TVöD, § 37 TVöD-AT Rn. 1; BAG 14.02.2007, NZA 2007, 690; 20.04.2010, NZA 2010, 883.
[1377] Bepler, in: BeckOK TVöD, § 37 TVöD-AT Rn. 2.
[1378] Breier/Dassau/Kiefer, § 37 Rn. 34.
[1379] BAG 13.5.1970 – 1 AZR 336/69, AP Nr. 56 zu § 611 BGB.

2. **Geltung tariflicher Ausschlussfristen**

a) **Beiderseitige Tarifgebundenheit**

Tarifliche Ausschlussfristregelungen gelten wie alle tarifvertraglichen Bestimmungen in einem Arbeitsverhältnis nur dann normativ, wenn das Arbeitsverhältnis im fachlichen, räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich des betreffenden Tarifvertrags angesiedelt ist und beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden, also Mitglieder der Koalitionen sind, die diesen Tarifvertrag abgeschlossen haben (§ 4 I TVG, § 3 I TVG). Eine etwa fehlende Tarifgebundenheit ist unschädlich, wenn sie durch eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG ersetzt ist.

b) **Einzelvertragliche Bezugnahme**

Auf die beiderseitige Tarifgebundenheit (§ 3 I TVG) kommt es für die Geltung einer tariflichen Ausschlussfrist in einem Arbeitsverhältnis nicht an, wenn der betreffende Tarifvertrag eindeutig im **Arbeitsvertrag in Bezug** genommen, seine Geltung für das Arbeitsverhältnis also vertraglich vereinbart ist. Dann gilt die Ausschlussfrist aus dem betreffenden Tarifvertrag ebenso, wie wenn beiderseitige Tarifbindung vorläge. Sie ist auch wie eine normativ geltende Ausschlussfrist von einer Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB ausgenommen (§ 310 IV 1 BGB).

c) **Kenntnis der Ausschlussfrist durch Beschäftigten?**

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen mit Ablauf der Ausschlussfrist unabhängig davon, ob der Anspruchsberechtigte Kenntnis von der Ausschlussfrist hat.[1380] Nach Ansicht des BAG liegt es in der Verantwortungssphäre des Beschäftigten sich über die Geltung von Ausschlussfristen zu informieren.[1381] Auf das Bestehen tariflicher Ausschlussfristen und deren Geltung für das Arbeitsverhältnis muss zudem nicht gesondert nach § 2 I NachwG hingewiesen werden.[1382] Aus § 2 I Nr. 10 NachwG folgt allerdings die – im Geltungsbereich des TVöD regelmäßig, aber keineswegs durchgängig erfüllte – Pflicht, im Arbeitsvertrag oder einem gesondert erstellten schriftlichen Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen auf die Tarifverträge hinzuweisen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind.

3. **Wirkung von Ausschlussfristen**

Wird eine wirksam festgelegte **Ausschlussfrist** vom Gläubiger nicht gewahrt, **erlischt sein Anspruch**. Es entsteht nicht lediglich, wie bei der Verjährung, ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners (§ 214 I BGB). Das bedeutet, dass mit verfallenen Ansprüchen auch dann nicht aufgerechnet werden kann, wenn eine Aufrechnungslage, also die Möglichkeit der Aufrechnung, schon bestand, als diese Ansprüche noch nicht verfallen waren.[1383] Im Falle der Verjährung wäre die Aufrechnung hingegen möglich (§ 215 BGB).

4. **Geltendmachungsfrist**

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis müssen innerhalb von **sechs Monaten** nach **Fälligkeit** geltend gemacht werden. Damit stellt sich die Frage, wann die Ausschlussfrist im Einzelnen zu laufen beginnt. Darüber hinaus ist die Fristberechnung zu klären.

[1380] BAG NZA 2002, 1367.
[1381] BAG 19.4.2014, NZA 2014, 1094 Rn. 60 ff.
[1382] BAG 5.11.2003 – 5 AZR 676/02 Rn. 22; Bepler, in: BeckOK TVöD, § 37 TVöD-AT Rn. 9.
[1383] Entgegen § 215 Var. 1 BGB; vgl. dazu BAG AP BGB § 390 Nr. 4.

a) **Fristbeginn: Fälligkeit des Anspruchs**

Grds. ist ein **Anspruch fällig** mit der Folge, dass die Ausschlussfrist des § 37 TVöD zu laufen beginnt, wenn der **Anspruch entstanden** ist, wenn also alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. § 271 I BGB). Fälligkeit einer Forderung iSd § 271 I BGB meint den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung verlangen kann, der Schuldner also leisten muss.

Der Anspruch muss innerhalb der Frist des § 37 TVöD geltend gemacht werden, jedoch nicht vor Entstehung des Anspruchs. Dabei können Entstehung des Anspruchs und dessen Fälligkeit zeitlich auseinanderfallen. So entsteht bspw. der Anspruch auf Krankenbezüge mit Beginn der Arbeitsunfähigkeit, fällig werden sie aber erst mit der Entgeltzahlung (dies kann auch der letzte Tag des Monats sein).[1384] Nach § 24 I TVöD wird das monatliche Tabellenentgelt des Beschäftigten (**Entgeltanspruch**) für den laufenden Monat zur Zahlung fällig. Die Zahlung erfolgt am letzten Tag des Monats (Zahltag) für den laufenden Kalendermonat auf ein vom Beschäftigten benanntes Konto. Neben dem Tabellenentgelt (§ 15 TVöD) werden auch die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen (zB §§ 14, 19 TVöD) am letzten Tag des laufenden Kalendermonats fällig (§ 24 I 1 TVöD). Nach § 21 I 4 TVöD werden Entgeltbestandteile, die nicht in Monatsbeträgen festgesetzt sind, sowie der Tagesdurchschnitt nach § 21 TVöD, am Zahltag des zweiten Kalendermonats, der auf ihrer Entstehung folgt, fällig.

Für den Anspruch auf **Urlaubsabgeltung** bedeutet dies beispielsweise, dass die tarifliche Ausschlussfrist für diesen Anspruch grundsätzlich, falls die Tarifvertragsparteien keinen anderen Zeitpunkt festgelegt haben, mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu laufen beginnt; dies gilt auch für den gesetzlichen Mindesturlaub betreffenden Abgeltungsanspruch, selbst wenn dieser während einer langen Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses und darüber hinaus andauernden Krankheit erworben wurde.[1385]

Geht es um **Schadensersatzforderungen**, kommt es für § 37 TVöD darauf an, wann der Gläubiger vom Schadensereignis Kenntnis erlangt hat oder bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt Kenntnis erlangt hätte.

Falls seitens des Arbeitgebers eine **Überzahlung** zurückgefordert wird, dann ist diese Rückforderung grds. mit der Überzahlung fällig geworden, da der Rückforderungsanspruch mit der Zahlung entstanden ist.[1386] Dieser Zeitpunkt kann vom Arbeitgeber nicht durch einseitige Erklärung, er zahle „unter Vorbehalt“, hinausgeschoben werden.[1387] Das BAG führt dazu wie folgt aus: Wird das Entgelt durch den Arbeitgeber fehlerhaft berechnet und an den Beschäftigten ausgezahlt, obwohl dem Arbeitgeber die maßgeblichen Berechnungsgrundlagen bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, entsteht der Rückzahlungsanspruch im Zeitpunkt der Überzahlung. Zeitgleich tritt auch die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs ein.[1388] Der Zahltag wird nach § 24 I TVöD bestimmt. Auf eine Kenntnis des Arbeitgebers, dass er überzahlt hat, kommt es nicht an.[1389]

So werden bspw. Rückforderungsansprüche des Arbeitgebers für überzahlte Krankengeldbezüge, die aufgrund einer der Krankenkasse nicht angezeigten Fortsetzungserkrankung entstanden sind, erst in dem Zeitpunkt fällig, in dem der Arbeitgeber Kenntnis von der Fortsetzungserkrankung erlangt hat oder sich die Kenntnis ohne schuldhaftes Zögern hätte verschaffen können.[1390]

Die **Zulage** iSv § 14 III TVöD bei vorübergehender Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit entsteht grds. mit deren Übertragung. Als sonstiger Entgeltbestandteil richtet deren Fälligkeit nach § 24 I TVöD. Bemessungszeitraum für die sonstigen

[1384] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, TVöD/TV-L, § 37 TVöD Rn. 15.
[1385] BAG 08.04.2014, NZA 2014, 852; Bepler, in: BeckOK TVöD, § 37 TVöD-AT Rn. 38.
[1386] BAG 06.09.2006, NZA 2007, 526; Dick, in: Burger, TVöD/TV-L, § 37 Rn. 17.
[1387] Dick, in: Burger, TVöD/TV-L, § 37 Rn. 17.
[1388] BAG 16.10.2007 – 9 AZR 144/07 Rn. 57.
[1389] Vgl. Rundschreiben vom 04. August 2021 (D5-31002/28#10) unter Ziffer 2.
[1390] Breier/Dassau/Kiefer, § 37 TVöD Rn. 107.

Entgeltbestandteile ist nach § 24 I 1 TVöD der Kalendermonat. Die Zahlung erfolgt am letzten Tag des Monats für den laufenden Kalendermonat auf das Konto des Beschäftigten (§ 24 I 2 TVöD).

b) **Fristberechnung**

Die Ausschlussfristen werden nach §§ 187 II, 188 II BGB berechnet. Ansprüche werden in der Regel mit Beginn des Tages fällig, so dass dieser Tag bei der Berechnung der Frist mitzählt (§ 187 II BGB).

Beispiel: Die Ansprüche auf Vergütung werden mit Beginn des letzten Tages eines jeden Monats fällig. Vergütungsansprüche für Februar werden am 28. dieses Monats fällig. Die Ausschlussfrist läuft am 27. August ab. Vergütungsansprüche für den Monat März werden am 31.3. fällig. Die Ausschlussfrist läuft am 30. September ab.

Es kann auch sein, dass für die Fälligkeit ein bestimmtes Ereignis maßgebend ist, zB die Feststellung eines Schadens. Dann rechnet dieser Tag für die Frist nicht mit (§ 187 I BGB).

Die Ausschlussfrist ist nach Monaten bemessen. Ihr Ablauf richtet sich deshalb nach § 188 II BGB.

Beispiel: Am 8. April wird ein Schaden festgestellt. Die Ausschlussfrist beginnt am 9. April und läuft am 8. Oktober ab.

Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Sonn- oder staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag oder auf einen Sonnabend, so gilt § 193 BGB. An die Stelle eines solchen Tages tritt der nächste Werktag.

5. **Geltendmachung**

Zur Geltendmachung muss der Anspruchsinhaber unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er Inhaber einer bestimmten (bzw. bestimmbaren) Forderung ist und auf deren Erfüllung besteht. Ein allgemeines Wahrnehmen von Interessen eines Beschäftigten durch den Personalrat, Vorgesetzte oder anderer Personen erfüllt nicht die Voraussetzungen einer wirksamen Geltendmachung.[1391]

Die Ausschlussfrist kann erst dann beginnen, wenn es dem Gläubiger möglich ist seinen Anspruch geltend zu machen. Dies kann er erst dann, wenn er den Grund für die Forderung und die ungefähre Höhe kennt oder kennen müsste.[1392] Die wirksame Geltendmachung erfordert, dass dem Gläubiger die Art des Anspruchs und die Tatbestände, für die der Anspruch erhoben werden soll, erkennbar sind. Eine rechtliche Begründung bedarf es hingegen nicht.[1393] Zur Geltendmachung gehört grundsätzlich auch, dass die Forderung mindestens annähernd der Höhe nach bezeichnet wird. Die genaue und abschließende Höhe der Forderung muss jedoch nicht angegeben werden. Es genügt vielmehr, wenn die Forderung so deutlich bezeichnet wird, dass der Schuldner erkennen kann, aus welchem Sachverhalt und in welcher ungefähren Höhe er in Anspruch genommen werden soll.[1394]

Nicht ausreichend ist die Beantragung der „Höhergruppierung“ durch den Vorgesetzten oder der Personalrat als Gremium diese Forderung erhebt.

Bei der Geltendmachung eines Rückzahlungsanspruchs muss der jeweilige Rückzahlungsanspruch dem Grunde und der Höhe nach und die Rückzahlungsmodalitäten hinreichend deutlich bezeichnet werden, insbesondere ist der Anspruchszeitraum mit

[1391] Sponer/Steinherr, TVöD/VKA § 37 TVöD Rn. 81.
[1392] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, TVöD/TV-L, § 37 TVöD Rn. 15 mwN der Rspr.
[1393] BAG 17.05.20001, NZA 2002, 910.
[1394] Dick, in: Burger, TVöD/TV-L, § 37 Rn. 22.

der für den Beschäftigten notwendigen Deutlichkeit ersichtlich zu machen. Der Beschäftigte muss aus der Geltendmachung erkennen können, aus welchem Sachverhalt und in welcher Größenordnung er in Anspruch genommen werde soll.[1395]

6. **Textformerfordernis**

§ 37 I 1 TVöD regelt, dass Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, sofern sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit geltend gemacht werden. Die bisherige Regelung sah vor, dass die Ansprüche „schriftlich" geltend zu machen sind. Das BAG hatte jedoch bereits zur Vorgängerregelung, § 70 BAT entschieden, dass zur Wahrung einer tariflichen Ausschlussfrist einschließlich des dortigen Schriftlichkeitsgebots die **Textform des § 126b BGB** ausreicht.

Mit der Einführung des Textformerfordernisses durch Änderungstarifvertrag Nr. 17 vom 16. April 2020 in § 37 I 1 TVöD wurde der Tarifvertragstext entsprechend angepasst. Für die Einhaltung der Textform nach § 126b BGB ist eine E-Mail, die den Namen und die Adresse des Absenders enthält und den Abschluss der Erklärung durch eine Grußformel und die Wiederholung des Namens eindeutig kenntlich macht, ausreichend.[1396] Textnachrichten, wie SMS oder WhatsApp, entsprechen diesen Vorgaben regelmäßig nicht.[1397]

Eine **arbeitsgerichtliche Klage** reicht für die Wahrung der Ausschlussfrist (anstelle einer schriftlichen Mitteilung an den Schuldner) dann aus, wenn die Klageschrift dem Schuldner noch vor Ablauf der Sechs-Monats-Frist zugestellt wird. In der **Kündigungsschutzklage** liegt stets die Geltendmachung von Vergütungsansprüchen, wenn dies nach den Gesamtumständen der Arbeitgeber so verstehen müsste.[1398] Hier kommt es aber für die Fristwahrung nicht auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, sondern auf den Zeitpunkt der Zustellung der Klage beim Anspruchsgegner an.[1399]

7. **Umfang der Ausschlussfristen**

Der Ausschlussfrist des § 37 TVöD unterfallen nur „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis". Es genügt für die Anwendung des § 37 TVöD grds., dass der betreffende Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis herrührt, mit ihm in einem engen sachlichen, kausalen Zusammenhang steht. Finden sich keine sachlichen Einschränkungen, so fallen unter „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis" alle gesetzlichen, tariflichen und vertraglichen Ansprüche, die die Arbeitsvertragsparteien aufgrund ihrer durch den Arbeitsvertrag begründeten Rechtsstellung haben.[1400] Neben typischen Ansprüchen von Arbeitgebern wie von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, aus Arbeitsvertrag und Tarifvertrag, unterfallen § 37 TVöD auch deliktische Ansprüche beider Arbeitsvertragsparteien.

a) **Erfasste Ansprüche**

Weiter unterliegen der tariflichen Ausschlussfrist bspw.: folgende Ansprüche:[1401]

aa) **Entgeltansprüche**

Zunächst unterliegt das dem Beschäftigten zustehende Entgelt (Tabellenentgelt nach § 15 TVöD, persönliche und sonstige Zulagen nach §§ 14, 19 TVöD, vermögenswirksame Leistungen (wie Jubiläumsgeld nach § 23 II TVöD) oder Jahressonderzahlung nach § 20 TVöD der Ausschlussfrist nach § 37 I TVöD.

[1395] Vgl. Rundschreiben vom 04.09.2021 (Az. D5-31002/28#10) unter Ziffer 2.
[1396] BAG 07.07.2010, NZA 2010, 1068 Rn. 88.
[1397] Vgl. Rundschreiben vom 16.04.2020 (Az. D5-31000/55#3 unter Ziffer 4.
[1398] Conze/Karb/Wölk, Stichwort Ausschlussfrist Rn. 688.
[1399] BAG 16.3.2016 – 4 AZR 421/15 Rn. 18.
[1400] BAG 13.12.2011, BAGE 140 Rn. 17.
[1401] Dazu im Einzelnen Bepler, in: BeckOK TVöD, § 37 TVöD-AT Rn. 18 ff.; Conze/Karb/Wölk, Stichwort Ausschlussfrist Rn. 694.

Monatlich neu entstehende Ansprüche (zB Entgeltzahlung) werden also von der tariflichen Ausschlussfrist erfasst. Die diesen Ansprüchen zu Grunde liegende Stammrechte (zB tarifliche Eingruppierung) werden hingegen nicht von der Ausschlussfrist erfasst.[1402] So kann bspw. eine Höhergruppierung zwei Jahre rückwirkend erfolgen, die Nachzahlung der sich daraus ergebenden Höhergruppierungsdifferenz (Entgelt) unterliegt jedoch der sechsmonatigen Ausschlussfrist des § 37 I TVöD. Von der Ausschlussfrist werden also die Differenzbeträge der gegenwärtigen und der verlangten Entgeltgruppe erfasst. Der Beschäftigte erhält bei Vorliegen der Tätigkeitsmerkmale der höheren Entgeltgruppe die Entgeltdifferenz für maximal sechs Monate in der Vergangenheit.

Hinweis: Benötigt der Beschäftigte eine Entgeltabrechnung zur Bezifferung der Ansprüche, und erteilt der Arbeitgeber diese nicht oder verzögert, führt dies zur Hemmung der Ausschlussfrist für den Zeitraum der Geltendmachung. Die Ausschlussfrist wird aber nicht mehr gehemmt, wenn der Anspruch auf Erteilung einer Entgeltabrechnung selbst nicht innerhalb der Ausschlussfrist gewahrt wird.

Auch der Anspruch auf **Entgeltfortzahlung** nach dem EFZG unterliegt, da er keinen selbständigen Vergütungscharakter hat, der tariflichen Ausschlussfrist.[1403] Auch der Anspruch auf **Jubiläumsgeld** nach § 23 II TVöD, der erst nach 25 bzw. 40-jähriger Beschäftigungszeit entsteht und fällig wird, unterliegt der Ausschlussfrist.

Nach § 3 MiLoG handelt es sich beim **gesetzlichen Mindestlohn** um einen zwingenden Anspruch, welcher weder in seiner Höhe (ab 1.7.2021: 9,60 Euro/Stunde) noch in seiner Geltendmachung beschränkt werden darf.[1404] Dies hat zur Folge, dass ausschließlich das den Mindestlohn übersteigende Entgelt von der tariflichen Ausschlussfrist erfasst wird. Der Anspruch auf Mindestlohn unterliegt der dreijährigen regelmäßigen Verjährungsfrist nach §§ 194 ff. BGB.

bb) **Urlaubsanspruch/Abgeltungsanspruch**

Die tarifliche Ausschlussfrist ist nicht auf gesetzliche Mindesturlaubsansprüche nach §§ 1 und 3 I BUrlG anzuwenden, die gemäß § 13 BUrlG unabdingbar sind. Dieser Grundsatz ist auch auf Urlaubsansprüche, die wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht genommen konnten, anzuwenden. § 37 TVöD gilt daher insoweit nicht, und zwar weder für den gesetzlichen Mindesturlaub noch für den tariflichen Mehrurlaub.

Anderes gilt jedoch für den Anspruch auf **Urlaubsentgelt.** Dier Anspruch auf Urlaubsgeld unterliegt, auch wenn er seinen Ursprung im BUrlG hat, der tariflichen Ausschlussfrist des § 37 I TVöD. Entsprechendes gilt nach der neuen Rechtsprechung des BAG auch für den **Abgeltungsanspruch**. Dieser ist nicht mehr als Surrogat des Urlaubsanspruchs, sondern als reiner Geldanspruch anzusehen. Er unterliegt deshalb wie alle übrigen Zahlungsansprüche den tariflichen Ausschlussfristen. Als Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis verfällt der Abgeltungsanspruch nach § 7 IV BUrlG für den gesetzlichen Mindesturlaub und den tariflichen Mehrurlaub somit nach § 37 TVöD, wenn er nicht innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich geltend gemacht wird.[1405]

Ein Urlaubsabgeltungsanspruch des Beschäftigten nach § 7 IV BUrlG kann geht in Fällen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des Tarifbeschäftigten auf die Erben im Wege der Universalsukzession nach § 1922 I BGB über.[1406] Als Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis des Erblassers unterliegt dieser Urlaubsabgeltung der tariflichen Ausschlussfrist nach § 37 TVöD. Zur

[1402] Breier/Dassau/Kiefer, § 37 TVöD Rn. 43.
[1403] BAG 16.1.2002, BAGE 115 Rn. 18.
[1404] BAG 20.6.2018 – 5 AZR 377/17; 18.9.2018 – 9 AZR 162/18 Rn. 75.
[1405] BAG 09.08.2011, NZA-RR 2012, 129 Rn. 26.
[1406] BAG 19.05.2015NZA 2015, 989 Rn. 16 ff.

Wahrung der sechsmonatigen Ausschlussfrist reicht – auch in Fällen einer Erbengemeinschaft – die rechtzeitige schriftliche Geltendmachung des Anspruchs durch eine rechtmäßige Erbin bzw. einen rechtmäßigen Erben aus.

Merke: Die finanzielle Abgeltung von gesetzlichen Urlaubsansprüchen unterliegt nicht mehr dem Fristenregime des BUrlG. Entsprechendes gilt für den Abgeltungsanspruch für Zusatzurlaub für Schwerbehinderte nach § 125 SGB IX.

Beachte: Die arbeitsvertragliche Ausschlussfrist hinsichtlich des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung wird nicht durch die Erhebung der Kündigungsschutzklage gewahrt.[1407] Das BAG führt in dem Urteil vom 17.10.2017 wie folgt aus: Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung knüpft nicht an den Erfolg der Kündigungsschutzklage, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, an, sondern setzt mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerade das Gegenteil voraus. Will der Arbeitnehmer den Verfall solcher Ansprüche verhindern, reicht die Erhebung einer Kündigungsschutzklage nicht aus. Die Erhebung einer Bestandsschutzklage vermag eine ausdrückliche schriftliche Geltendmachung nur insoweit zu ersetzen, als sie dieselbe Zielrichtung verfolgt, dh einen mit dieser vergleichbaren Bedeutungsgehalt aufweist. Mit der Erhebung einer Bestandsschutzklage bringt der Arbeitnehmer deutlich zum Ausdruck, dass er das für den Anspruch auf Urlaubsabgeltung maßgebliche Tatbestandsmerkmal der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerade als nicht gegeben ansieht. Ohne weitere Anhaltspunkte (zB einen echten Hilfsantrag auf Urlaubsabgeltung) kann der Arbeitgeber einer Bestandsschutzklage als solcher nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, dass der Arbeitnehmer (auch) auf die Erfüllung solcher Ansprüche besteht, die nicht an den mit seiner Klage bezweckten rechtlichen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses anknüpfen.

cc) **Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses**

Auch die **Zeugnisansprüche** aus § 35 TVöD unterliegen den Ausschlussfristen des § 37 TVöD, da es sich um Ansprüche handelt, die aus dem Arbeitsverhältnis hergeleitet werden. Nach dem Wortlaut des § 35 TVöD handelt es sich beim Endzeugnis immer um ein qualifiziertes Zeugnis. Der Inhalt des Endzeugnisses hat sich auf Art und Dauer der Tätigkeit sowie auf Führung und Leistung zu erstrecken. Eines Antrags bedarf es in einem solchen Fall nicht. Der Anspruch auf ein Endzeugnis setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis beendet wurde. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird der Zeugnisanspruch fällig.

dd) **Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung nach dem AGG**

Ansprüche auf **Schadensersatz oder Entschädigung nach § 15 AGG**, wenn die Diskriminierung im Arbeitsverhältnis (zB im Zuge eines Beförderungsverfahrens) geschehen ist. Hier tritt die Sechs-Monats-Frist des § 37 TVöD an die Stelle der nur zweimonatigen gesetzlichen Ausschlussfrist des § 15 IV AGG; einer ausdrücklichen tarifvertraglichen Regelung zum Verfall von AGG-Ansprüchen bedarf es nicht; es genügt eine umfassende Verfallfristregelung wie die in § 37 TVöD. Die tarifliche Ausschlussfrist des § 37 TVöD verdrängt die gesetzliche Ausschlussfrist, soweit die Ansprüche aus einem laufenden Arbeitsverhältnis stammen.[1408] Dies gilt aber bspw. für einen im Stellenbesetzungsverfahren nicht berücksichtigten internen Bewerber. Demgegenüber ist die tarifliche Ausschlussfrist des § 37 TVöD nicht auf Entschädigungsansprüche eines abgelehnten externen Bewerbers anzuwenden. Für diesen gilt die zweimonatige Ausschlussfrist des § 15 IV AGG.[1409]

Nach einer Entscheidung des **LAG Köln vom 28.05.2014** findet die sechsmonatige Ausschlussfrist nach § 37 TVöD-AT auch bei deliktischen Ansprüchen wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts („Mobbing“) Anwendung.[1410] Nach dem LAG beginne die Ausschlussfrist in sogenannten „Mobbing-Fällen“, welche sich aus mehreren einzelnen Handlungen

[1407] BAG 17.10.2017, NZA 2018, 57 Rn. 30.
[1408] Breier/Dassau/Kiefer, § 37 TVöD Rn. 62.
[1409] Sponer/Steinherr, § 37 TVöD Rn. 176.
[1410] LAG Köln 28.05.2014 – Sa 1102/12.

zusammensetzen, regelmäßig erst mit der zeitlich letzten Mobbinghandlung. Es sei gerade Wesensmerkmal des Mobbings, dass sich dieses aus mehreren Verhaltensweisen zusammensetze.

ee) **Schadensersatzansprüche des Bundes gegen Beschäftigte**

Schadensersatzansprüche des Bundes gegen Beschäftigte unterliegen nach § 37 TVöD einer sechsmonatigen Ausschlussfrist.[1411] Die Frist beginnt mit der Fälligkeit des Anspruchs. Nach der Rechtsprechung tritt die Fälligkeit der Schadensersatzforderung regelmäßig in dem Zeitpunkt ein, in dem der Schaden für den Geschädigten (zB den Arbeitgeber) feststellbar ist und der Anspruch geltend gemacht werden kann. Das ist der Fall, wenn der Geschädigte vom Schadensereignis Kenntnis erlangt oder bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt hätte erlangen können, und in der Lage ist, sich den erforderlichen Überblick ohne schuldhaftes Zögern zu verschaffen und seine Forderungen wenigstens annähern zu beziffern.[1412]

Bei Regressansprüchen wegen eines Schadens, den eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter einem Dritten zugefügt hat, wird der Anspruch gegen den Beschäftigten erst in dem Zeitpunkt fällig, in dem der Bund von dem Dritten erfolgreich (bindendes Anerkenntnis oder rechtskräftigte Verurteilung) in Anspruch genommen worden ist.[1413]

Soweit Ansprüche nicht wegen Ablaufs der Ausschlussfrist erloschen sind, unterliegen sie der Verjährung nach §§ 194 ff. BGB, § 75 BBG.

Beachte: Eine Geltendmachung der Forderung durch Leistungsbescheid ist gegenüber Tarifbeschäftigten wegen des rein zivilrechtlichen Charakters des Arbeitsverhältnisses nicht möglich.

ff) **Rückforderung des zu viel gezahlten Entgelts**

Zu viel gezahltes Entgelt ist grundsätzlich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) über die Verpflichtung zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) zurückzufordern.[1414] Rückzahlungsansprüche werden von der tarifrechtlichen Ausschlussfrist § 37 TVöD erfasst. Mit dem Rundschreiben vom 4. August 2021 werden Hinweise zur Rückforderung überzahlter Entgelte und zur diesbezüglichen Anwendung von § 37 TVöD (Ausschlussfrist) gegeben.

Rundschreiben vom 4. August 2021 (Az. D5-31002/28#10): Rückforderung des zu viel gezahlten Entgelts bei Tarifbeschäftigten; Wegfall der Bereicherung.

(1) Rückforderung nach Bereicherungsrecht

Zu viel gezahltes Entgelt ist grundsätzlich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) über die Verpflichtung zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) zurückzufordern. Entgelt ist „zu viel gezahlt“, soweit es ohne rechtlichen Grund gezahlt wurde, wobei unerheblich ist, ob der rechtliche Grund von Anfang an nicht bestanden hat oder erst später weggefallen ist. Entgelt im Sinne dieses Rundschreibens sind alle Geldleistungen, die der Arbeitgeber erbracht hat (zB Tabellenentgelt, Zulagen, Zuschläge, Entgeltfortzahlung, Krankengeldzuschuss, Einmalzahlungen, Trennungsgeld, Reise- und Umzugskostenvergütung). Eine Rückforderung des zu viel gezahlten Entgelts ist ausgeschlossen, soweit die/der Beschäftigte nicht mehr bereichert ist (§ 818 III BGB). Dies ist nur dann der Fall, wenn das Erlangte ersatzlos weggefallen ist und kein Überschuss zwischen dem vorhandenen Vermögen und dem Vermögen mehr besteht, das ohne den bereichernden Vorgang

[1411] Gemeinsames Rundschreiben vom 19.12.2017 (2017-BMI-D 2- 30101/1#13 / BMF - Z B 1 - P 1070/17/10002:001).
[1412] BAG 19.01.1999 – 9 AZR 405/97.
[1413] BAG 18.12.2008 – 8 AZR 105/08.
[1414] Vgl. dazu Rundschreiben vom 04. August 2021 (Az.: 31002/28#10) unter Ziffer 1.

vorhanden wäre. Ein Wegfall der Bereicherung ist daher anzunehmen, wenn die/der Beschäftigte die rechtsgrundlose Leistung ersatzlos für Ausgaben verwendet hat, die sie/er sonst nicht gemacht hätte.[1415]

Von dem Fortbestehen einer Bereicherung ist hingegen in Konstellationen auszugehen, wenn die/der Beschäftigte mit der Ausgabe des Erlangten anderweitige Aufwendungen erspart hat. Ebenso besteht die Bereicherung in Höhe der Befreiung von einer Verbindlichkeit fort, soweit die/der Beschäftigte mit dem Erlangten bestehende Schulden tilgt.[1416]

Bei geringen Überzahlungen des laufenden Arbeitsentgelts spricht ein Beweis des ersten Anscheins dafür, dass das überzahlte Entgelt für den laufenden Lebensunterhalt verbraucht wird. Wird von der/dem Beschäftigten gegen einen Rückforderungsanspruch der Wegfall der Bereicherung eingewendet, kann dieser daher ohne nähere Prüfung unterstellt werden, wenn das im jeweiligen Monat **zu viel gezahlte Entgelt 10 v. H.** des insgesamt zustehenden **Bruttobetrages**, **höchstens aber 250 Euro brutto**, nicht übersteigt. Dies gilt nicht, sofern die Voraussetzungen des § 818 IV BGB oder des § 819 BGB vorliegen. Wenn die/der Beschäftigte den Mangel des rechtlichen Grundes für zu viel gezahltes Entgelt kennt oder ihn später erfährt (positive Kenntnis), kann dem Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers die Einrede des Wegfalls der Bereicherung nicht entgegengesetzt werden (§ 818 III iVm § 819 I BGB).[1417]

Die im Tarifbereich im Unterschied zum Besoldungsbereich bestehende Geltendmachungspflicht der Einrede des Wegfalls der Bereicherung ist eine Konsequenz der unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen; zur verschärften Haftung im Besoldungsbereich siehe § 12 II BbesG.[1418]

(2) Tarifvertragliche Ausschlussfrist

Die tarifvertragliche Ausschlussfrist nach § 37 TVöD ist zu beachten. Die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach ihrer Fälligkeit in Textform geltend gemacht werden. Bei Ansprüchen auf Rückforderung zu viel gezahlter Entgelte wird der Anspruch grundsätzlich im Zeitpunkt der Überzahlung fällig. Der Zahltag wird nach § 24 I TVöD bestimmt. Auf eine Kenntnis des Arbeitgebers, dass er überzahlt hat, kommt es nicht an.

Der Ablauf einer bei Fälligkeit beginnenden tariflichen Ausschlussfrist (§ 37 TVöD) führt nach § 242 BGB aber nicht zum Verfall des Rückzahlungsanspruchs, wenn der Arbeitnehmer es pflichtwidrig unterlassen hat, dem Arbeitgeber Umstände mitzuteilen, die die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs innerhalb der Ausschlussfrist ermöglicht hätten. Zu einer solchen Mitteilung ist der Beschäftigte verpflichtet, wenn er bemerkt hat, dass er eine gegenüber sonst ungewöhnlich hohe Zahlung erhalten hat, deren Grund er nicht klären kann.[1419] Der Beschäftigte kann sich auch nicht auf die Ausschlussfrist berufen, wenn eine Überzahlung allein darauf beruht, dass der Beschäftigte für die Entgeltzahlung maßgebliche Tatsachen verschweigt.[1420]

b) **Nicht erfasste Ansprüche**

Dazu zählen Ansprüche aus dem Sozialplan (§ 37 II TVöD). Von besonderer Bedeutung sind hier die auch sozialpolitisch herausragend wichtigen Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung.

Nach der Rechtsprechung des BAG unterfallen laufende Versorgungsbezüge aus einer Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst nicht der tariflichen Ausschlussfrist, da es sich bei Leistungen aus der VBL nicht um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis

[1415] Rundschreiben vom 04.08.2021 (D5-31002/28#10), Seite 1.
[1416] Rundschreiben vom 04.08.2021 (D5-31002/28#10), Seite 2.
[1417] Rundschreiben vom 04.08.2021 (D5-31002/28#10), Seite 2.
[1418] Rundschreiben vom 04.08.2021 (D5-31002/28#10), Seite 2 f.
[1419] BAG 01.06.1995, NZA 1996, 135.
[1420] BAG 19.02.2004 – 6 AZR 644/02.

handelt.[1421] Die Besonderheiten eines Betriebsrentenverhältnisses rechtfertigen es, Versorgungsansprüche nicht in gleicher Weise verfallen zu lassen wie die Ansprüche aktiver Arbeitnehmer. Für die Geltendmachung von Ansprüchen ist die durch die Tarifvertragsparteien vereinbarte Ausschlussfrist des § 23 ATV maßgeblich. Ferner entgeht der öffentliche Arbeitgeber nicht Schadenersatzansprüchen durch Hinweis auf § 37 TVöD. Die Ausschlussfrist gilt aber nicht für den Anspruch des Beschäftigten gegen den Arbeitgeber auf Verschaffung einer Zusatzversorgung und auch nicht für einen Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber wegen unterlassener Zusatzversorgung.[1422]

Weiter hat die Rechtsprechung eine Anwendbarkeit allgemeiner tarifvertraglicher Ausschlussfristen auf die folgenden Ansprüche und Rechte verneint: für das Recht des Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer abzumahnen oder für den Anspruch eines Arbeitnehmers auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte, für Ansprüche des Arbeitnehmers aus Verletzung des Persönlichkeitsrechts, der Anspruch auf Kindergeld nach dem EStG bzw. BKKG oder der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitgeberzuschuss zur Krankenversicherung.

8. **Wiederkehrende Leistungen („derselbe Sachverhalt“)**

Nach § 37 I 2 TVöD reicht für denselben Sachverhalt die einmalige Geltendmachung des Anspruchs auch für später fällig werdende Leistungen aus. Die Ausnahme gilt aber nur für denselben Sachverhalt. Derselbe Sachverhalt liegt vor, wenn bei unveränderter rechtlicher oder tatsächlicher Lage aus einem bestimmten Tatbestand Ansprüche herzuleiten sind. Unstetige Bezüge (zB §§ 7-9 TVöD) können nicht hierunter fallen, da der Anspruch auf sie sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach von ständig wechselnden Faktoren abhängt.[1423]

Die Regelung hat Bedeutung in den Fällen, in denen der streitige Sachverhalt eine wiederkehrende Leistungspflicht auslöst. Häufiger Anwendungsfall ist die Geltendmachung des Anspruchs auf *Bezahlung aus einer höheren Entgeltgruppe*. Ohne die Vorschrift des Satz 2 müsste der Beschäftigte jeden Monat seine Forderung wiederholen – jedenfalls so lange bis der Arbeitgeber die Forderung anerkennt, der Arbeitnehmer seinen (vermeintlichen) Anspruch nicht weiter verfolgt oder Klage eingereicht hat. So aber genügt die einmalige Geltendmachung.[1424] Sie ist damit auch vor Fälligkeit und sogar vor der Entstehung möglich.

Beispiel: Macht ein Beschäftigter einen Anspruch auf Höhergruppierung und Zahlung der Entgeltdifferenz geltend, erfasst die erstmalige Geltendmachung auch die zukünftigen (noch nicht entstandenen und fälligen) Ansprüche auf Zahlung des höheren Entgelts. Damit muss nicht nach jeder Entgeltabrechnung eine erneute Geltendmachung des Anspruchs erfolgen.[1425] Mit der Geltendmachung verhindert der Beschäftigte den Ablauf der Ausschlussfrist in dieser Sache. Nicht der Ausschlussfrist kann dagegen der Anspruch auf Eingruppierung selbst unterliegen, da sich die Eingruppierung nach den tarifvertraglichen Eingruppierungsvorschriften aufgrund der konstitutiven Wirkung tarifvertraglicher Normen richtet.

II. **Begriffsbestimmungen (§ 38 TVöD)**

§ 38 TVöD enthält Begriffsbestimmungen zu unterschiedlichen Regelungsaspekten des TVöD. Die Vorschrift dient der Klarstellung und der Vereinfachung, Straffung und Vereinheitlichung des Tarifrechts für Angestellte und Arbeiter.

[1421] BAG AP BAT § 70 Nr. 11.
[1422] BAG AP BGB § 242 Ruhegehalt-VBL Nr. 5.
[1423] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, TVöD, § 37 Rn. 24.
[1424] Gerretz, in: Bredemeier/Neffke, TVöD, § 37 Rn. 23.
[1425] Derselbe Sachverhalt liegt nicht bei der Geltendmachung von sog. unständigen Bezügen (zB §§ 7-9 TVöD) vor. Bei diesen steht nicht fest ob diese Ansprüche überhaupt und in welchem Umfang diese ausgeübt werden und dementsprechend abzugelten sind.

III. **Übergangsvorschriften (§ 38a TVöD)**

Wenn in einem für den Bund geltenden Tarifvertrag ein Verweis auf die Entgeltgruppe 9 enthalten ist, bezieht er sich auf die Entgeltgruppen 9a und 9b (§ 38a II TVöD).

IV. **In-Kraft-Treten, Laufzeit (§ 39 TVöD)**

Der TVöD ist am 01.10.2005 in Kraft getreten (§ 39 I TVöD), zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag Nr. 10 vom 01.04.2014.

Der TVöD kann insgesamt jederzeit schriftlich gekündigt werden. Dabei ist eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Schluss eines Kalenderhalbjahres einzuhalten (§ 39 II TVöD). Nach der Rechtsprechung des BAG muss die Kündigung eines Tarifvertrags deutlich zum Ausdruck bringen, dass die Geltung des Tarifvertrages beendet werden soll.[1426] Im Übrigen richtet sich die Kündigung eines Tarifvertrags nach den allgemeinen Vorschriften des BGB, zB über den Zugang der Kündigung.

§ 39 IV TVöD enthält weitere Regelungen, die jeweils gesondert gekündigt werden können. Sie betreffen bspw.:

- Abschnitt II TVöD inkl. Anh. zu § 9 TVöD = Arbeitszeitregelungen; diese können mit einer Frist von einem Monat zum Schluss eines Kalendermonatsgekündigt werden,
- die jeweiligen Anlagen A (Bund bzw. VKA) zu § 15 ohne Einhaltung einer Frist, frühestens jedoch zum31. Dezember 2022,
- § 20 TVöD = Jahressonderzahlung; dieser kann zum 31.12. eines jeden Jahres gekündigt werden,
- § 23 I TVöD = vermögenswirksame Leistungen; dieser kann mit einer Frist von einem Monat zum Schluss eines Kalendermonats gekündigt werden,
- § 26 I TVöD = Erholungsurlaub (tariflicher Mehrurlaub); dieser kann mit einer Frist von drei Monaten zum Schluss eines Kalenderjahres
- §§ 12, 13 = Eingruppierungsvorschriften; jederzeit ohne Einhaltung einer Frist, jedoch nur insgesamt; die Nachwirkung dieser Vorschriften wird ausgeschlossen.

Die von den Tarifvertragsparteien getroffene Vereinbarung, diese Regelungen gesondert kündigen zu können, ist rechtlich zulässig, da klar festgelegt ist, welche Vorschriften von der Möglichkeit der Teilkündigung erfasst werden.[1427]

Die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung ist in § 39 TVöD nicht erwähnt. Aber auch ohne ausdrückliche Erwähnung können Tarifverträge unter streng begrenzten Voraussetzungen, zB wegen unzumutbarer wirtschaftlicher Belastung, aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden. Dabei ist der Ultima-Ratio-Grundsatz zu beachten (zB Verhandlungen zur Anpassung des Tarifvertrags).

[1426] BAG 26.09.1984, AP TVG § 1 Nr 21.
[1427] Schmidt-Rudloff, in: BeckOK TVöD, § 39 TVöD-AT Rn. 8.

Teil III Arbeitskampf der Tarifbeschäftigten

Nach Lektüre dieses Abschnitts können die Seminarteilnehmer Funktion, Rechtmäßigkeit und Einleitung von Arbeitskämpfen erklären, Den Streik als Arbeitskampfmittel der Beschäftigten erläutern und die Besonderheiten im öffentlichen Dienst benennen.

I. **Allgemeines**

Durch den Arbeitskampf erhalten die Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, die von ihnen aufgestellten Tarifforderungen durchzusetzen. Während sich der Staat in diesem Bereich einer Unterstützung der Tarifvertragsparteien prinzipielle zu enthalten hat, wird den Vereinigungen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber ein Freiraum zur Druckentfaltung auf die jeweils andere Seite ermöglichst. Das Arbeitskampfrecht des öffentlichen Dienstes entspricht im Wesentlichen den auch für die Privatwirtschaft geltenden Regelungen.[1428]

Hinweis: Mit Rundschreiben vom 21. August 2020 wird die aktuelle Fassung der Arbeitskampfrichtlinie des Bundes bekannt gegeben. Die Hinweise für den Fall eines Arbeitskampfes betreffen die Vorbereitung auf Arbeitskampfmaßnahmen, das Verhalten bei Arbeitskampfmaßnahmen und die rechtlichen Folgen der Beteiligung an Arbeitskampfmaßnahmen sowie einen Überblick der Rechte und Pflichten bestimmter Beschäftigter und des Personalrats.

Rundschreiben BMI vom 21. August 2020 (Az. D5-31002/54#10): Aktualisierung der Arbeitskampfrichtlinie des Bundes sowie Tarifrunde 2020 – Meldung von Streikmaßnahmen.

II. **Funktion des Arbeitskampfes**

Art. 9 III GG schützt neben dem Abschluss von Tarifverträgen auch die zwangsweise Durchsetzung mittels Arbeitskampf. Arbeitskampfmaßnahmen sind kollektive Maßnahmen, die darauf abzielen, eine bestimmte tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen durchzusetzen.[1429] Sie sind mit Arbeitszeitausfall für die sich daran beteiligenden Beschäftigten verbunden. Gegebenenfalls kann Arbeitszeitausfall auch bei Beschäftigten eintreten, die sich zwar nicht am Arbeitskampf beteiligen, die aber wegen des Arbeitskampfes nicht beschäftigt werden können. In Deutschland kommt der Arbeitskampf vor allem als **Streik** und **Aussperrung** vor. Streik und Aussperrung haben im Gesetz keine Regelung gefunden. Die Arbeitskampfmaßnahmen, insbesondere das **Streikrecht der Tarifbeschäftigten** werden an dieser Stelle nur kurz angerissen.

III. **Rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen**

Arbeitskampfmaßnahmen sind rechtmäßig, wenn sie von einer zuständigen Gewerkschaft nach Ablauf der Friedenspflicht und nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als kollektive Maßnahmen mit dem Ziel eingeleitet und durchgeführt werden, das Arbeitsentgelt oder sonstige Arbeitsbedingungen der Mitglieder zu verbessern oder Verschlechterungen zu verhindern.

Von Besonderer Bedeutung ist die **Tarifbezogenheit**. Als Mittel zur Durchsetzung oder Abwehr tariflicher Forderungen hat ein Arbeitskampf strikt tarifbezogen zu sein. Ziel des Arbeitskampfes kann daher nur eine Regelung sein, die im Wege eines Tarifvertrags mit der Gegenseite vereinbart werden könnte. Unzulässig ist nach dem deutschen Arbeitskampfrecht dagegen der

[1428] Einzelheiten zum Arbeitskampf Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort Arbeitskampf.
[1429] Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 741.

sog. politische Arbeitskampf, bei dem eine Koalition – im Regelfall die beteiligte Gewerkschaft – die Durchsetzung eines politischen Ziels erreichen will.[1430]

Die angestrebte **Regelung** muss zudem **rechtmäßig** sein. Forderungen, die von der Gegenseite nicht im Rahmen eines Tarifvertrags erfüllt werden können, scheiden als Ziel des Arbeitskampfes aus. In diesem Zusammenhang sind vor allem Forderungen zu nennen, die der Durchsetzung rechtlicher Ansprüche oder der Klärung von Rechtsfragen dienen.

Weitere Voraussetzung ist im Grundsatz auch, dass die Parteien des Arbeitskampfes für den Abschluss des Tarifvertrags zuständig sind.[1431] Die Tarifzuständigkeit des Arbeitgebers erstreckt sich auf das von ihm geführte Unternehmen, während eine Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung ihre Tarifzuständigkeit in der Satzung selbst festlegen kann. Der angestrebte Tarifvertrag muss sich im Rahmen dieser Tarifzuständigkeit bewegen.[1432]

IV. **Einleitung von Arbeitskampfmaßnahmen**

Der Arbeitskampf muss durch einen Beschluss der kampfführenden Partei eingeleitet oder jedenfalls nachträglich übernommen werden. Er muss der jeweils anderen Seite vor Einleitung der Kampfmaßnahme bekannt gemacht werden. Regelmäßig wird dazu die schriftliche oder mündliche Mitteilung über Beginn und voraussichtliche Dauer des Arbeitskampfes erfolgen. Dies kann auch über die Medien geschehen.

Da der Arbeitskampf strikt tarifbezogen ist keinen darüberhinausgehenden Selbstzweck verfolgt, findet er seine Grenzen dort, wo ein Tarifvertrag abgeschlossen und noch in Kraft ist. Arbeitskampfmaßnahmen dürfen daher grundsätzlich erst nach Ablauf der **Friedenspflicht**, also in der Regel erst nach Ablauf der Kündigungsfrist/sonstigem Außerkrafttreten des Tarifvertrags ergriffen werden. Anderenfalls würde die durch den Abschluss des Tarifvertrags angestrebte Gewissheit über die geltenden Arbeitsbedingen entfallen.

Besteht die Friedenspflicht nicht mehr, so bestimmt sich die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen, nach der Rechtsprechung des BAG[1433] folgend, nach dem „ultima-ratio“-Prinzip. So setzt die Zulässigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme voraus, dass zuvor Forderungen für den Inhalt des abzuschließenden Tarifvertrags erhoben worden sind und dass in der Regel über diese Forderungen auch Tarifvertragsverhandlungen geführt wurden; eine Ausnahme gilt dann, wenn die andere Seite Verhandlungen über eine Forderung überhaupt ablehnt. Einer offiziellen Erklärung des Scheiterns der Tarifvertragsverhandlungen bedarf es nicht. In der Einleitung der Arbeitskampfmaßnahme liegt die maßgebende Erklärung der Tarifvertragspartei, dass sie Verständigungsmöglichkeiten ohne Ausübung von Druck als ausgeschöpft ansieht. Diese Grundsätze gelten auch für so genannte „Warnstreiks“.

V. **Streik als Arbeitskampfmittel**

Das wichtigste Arbeitskampfmittel auf Seiten der Arbeitnehmer ist der Streik. Die Arbeitnehmer legen dabei in abgestimmter Weise für einen in ihrem Ermessen liegenden Zeitraum ihre Arbeit nieder, um den Arbeitgeber durch verweigerte Arbeitsleitung unter Druck zu setzen. Der Arbeitgeber kann während des Streiks die Arbeitskraft seiner Beschäftigten nicht wirtschaftlich verwerten, wodurch finanzielle Nachteile entstehen. Davon zu unterscheiden ist der **Warnstreik**. Darunter versteht man die zeitlich begrenzte Arbeitsniederlegung, die während Tarifverhandlungen zur Schwächung der Arbeitgeberposition durchgeführt

---

[1430] Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort Arbeitskampf unter II. 2.

[1431] Das BAG hat in seiner jüngeren Rechtsprechung Unterstützungsarbeitskämpfe weitgehende gebilligt (vgl. BAG 19.06.2007 – 1 AZR 396/06). Darunter versteht man einen Arbeitskampf, den eine kampffähige Partei zur Unterstützung der Partei des Hauptarbeitskampfes führt.

[1432] Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg), Stichwort Arbeitskampf unter II. 2.

[1433] BAG AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

werden.[1434] Nach der Rechtsprechung des BAG ist aber auch der Warnstreik ebenfalls nur unter Wahrung der Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig, was jedenfalls das vorherige Scheitern von Tarifverhandlungen voraussetzt.[1435]

Während eines (rechtmäßigen) Streiks werden die Hauptpflichten aus den Arbeitsverhältnissen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern für die Dauer des Streiks suspendiert. Das bedeutet, dass während der Dauer eines rechtmäßigen Arbeitskampfes betroffene Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleitung nicht zu erbringen haben, dafür aber auch den Anspruch auf ihre vertragliche Vergütung verlieren.[1436] Bei Gewerkschaftsmitgliedern wird das Entfallen des Vergütungsanspruchs durch die verbandliche Streikunterstützung aufgefangen. Beteiligen sich Nichtmitglieder an dem Streik einer Gewerkschaft, müssen sie sich während der Dauer des Streiks auf eigene finanzielle Reserven stützen, da die staatliche Neutralität eine Unterstützung durch staatliche Fördermittel verhindert.[1437]

VI. **Besonderheiten im öffentlichen Dienst**

1. **Beschäftigte**

Die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes werden üblicherweise durch Tarifverträge geregelt. Die Beschäftigten können sich daher in Gewerkschaften vereinigen und zur Durchsetzung von Tarifforderungen auch Arbeitskämpfe anstrengen. Im Verhältnis zu den Arbeitnehmern der Privatwirtschaft findet eine Einschränkung nur insoweit statt, als im Bereich des öffentlichen Dienstes die Heranziehung einzelner Beschäftigter zu Notstandsarbeit eher begründet ist (zB Ärztlicher Dienst und Pflegedienst, Versorgung mit Elektrizität, Wasser, Nahverkehr).[1438]

2. **Beamte**

Die Teilnahme von Beamten am Arbeitskampf oder die Führung eines Arbeitskampfes für Interessen der Beamten ist unzulässig. Aus tariflicher Sicht steht dem die Beschränkung entgegen, dass ein Arbeitskampf nur zur Durchsetzung tariflicher Forderungen geführt werden darf. Die Arbeitsbedingungen von Beamten werden jedoch abschließend in Gesetzen und Verordnungen geregelt, sodass für den Abschluss weiterführender Tarifverträge kein Anwendungsraum besteht.[1439]

Ferner wird aus der besonderen verfassungsrechtlichen Stellung des Beamten die Pflicht gegenüber dem Dienstherrn und der Allgemeinheit herausgebildet, zur Förderung beruflicher Interessen keine kollektiven Maßnahmen des Arbeitskampfes zu ergreifen.[1440] Soweit aus Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention auch ein Streikrecht für nicht unmittelbar hoheitlich tätige Beamte (zB Lehrer) herausgelesen wird,[1441] tritt diese Regelung hinter höherrangigen Grundsätzen des Berufsbeamtentums aus Art. 33 V GG zurück.[1442]

[1434] Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg.), Stichwort Arbeitskampf unter III. 1.
[1435] BAG 21.06.1988 – 1 AZR 651/86.
[1436] BAG 22.03.1994 – 1 AZR 622/03.
[1437] Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg.), Stichwort Arbeitskampf unter VII. 1.
[1438] Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg.), Stichwort Arbeitskampf unter VII. 1.
[1439] Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg.), Stichwort Arbeitskampf unter VII. 2.
[1440] BVerfG 19.09.2007 – 2 BvF 3/02.
[1441] Vgl. VG Kassel 27.07.2011 – 28 K 574.
[1442] OVG Nordrhein-Westfalen 07.03.2012 – 3d A 317/11.O; Geißler, in: Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim (Hrsg.), Stichwort Arbeitskampf unter VII. 2 mwN der Rspr. Das BVerfG hat mit Urteil vom 27.02.2014 – 2 C 1.13 zwar die Rechtmäßigkeit des Streikverbots für Beamte bestätigt, zugleich aber den Gesetzgeber aufgefordert, die offensichtliche Kollision zwischen deutschem Verfassungsrecht und der EMRK aufzulösen, etwa durch Beschränkung des Streikverbots auf hoheitliche Staatsverwaltung.