17.11.2021
Zukunft Dienstrecht
Aktuelle Rechtsprechung
zum TVöD/TV-L

Zukunft Dienstrecht 17.11.2021

Das erwartet Sie …

- **Stufenzuordnung**
  - Einschlägige Berufserfahrung
  - Deckelung der berücksichtigten Erfahrung auf die Stufe 3 in § 16 II 2 TVöD (Bund) und TV-L/Freizügigkeit
  - Rechtsprechung zur Überleitung in die neuen EGOs abgeschlossen
- **Vorweggewährung von Stufen** - Abschmelzung Zulage bei Stufenaufstieg
- Nichtigkeit von § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD/TV-L
- Kein **Überstundenzuschlag** für Teilzeitbeschäftigte im TVöD-K

Zukunft Dienstrecht 17.11.2021

… **und das auch noch**

- Vergütung von Rufbereitschaft - Abgrenzung zum Bereitschaftsdienst
- Personalgestellung: Verstoß gegen die Leiharbeiterrichtlinie?

Stufenzuordnung

- einschlägige Berufserfahrung

Einschlägige Berufserfahrung - BAG 18.2.2021 - 6 AZR 205/20

- Die Entscheidung betrifft Lehrer
- Aussagen in Rn. 18, 32, 35 und 39 gelten aber für alle Einstellungen!
- Einschlägige Berufserfahrung liegt vor, wenn

➲ erworbene Fähigkeiten in der neuen Tätigkeiten weiter zugute kommen und darum

➲ die neue Tätigkeit in vollem Umfang ohne nennenswerte Einarbeitungszeit ausgeübt werden kann

➲ **Honoriert wird also der Entfall einer Einarbeitungszeit**

Stufenzuordnung - einschlägige Berufserfahrung

- **Das ist der Fall, wenn**

➲ Die (zutreffende) eingruppierungsrechtliche Wertigkeit der alten und neuen Tätigkeit übereinstimmen **oder**

➲ Die alte Tätigkeit zumindest gleichartig war

➲ Die alte Tätigkeit muss also **qualitativ = nach ihrem Inhalt** im Wesentlichen die gesamte Bandbreite der neuen Tätigkeit abgedeckt haben

✋ **Quantitative** Unterschiede schaden idR nicht = einschlägige Berufserfahrung kann auch in Teilzeit erworben werden!

Stufenzuordnung - einschlägige Berufserfahrung

- **Erforderlich ist also**

➲ ein tätigkeitsbezogener Vergleich zwischen erlangten und nunmehr geforderten Kenntnissen

➲ und damit ein Vergleich der fachlichen Anforderungen der alten und der neuen Tätigkeit

➲ Darum kommt es allein darauf an, welche Tätigkeiten beim alten Arbeitgeber tatsächlich verrichtet worden <u>sind</u>

➲ Unerheblich ist dagegen, welche Aufgaben dem Beschäftigten im Wege des Weisungsrechts hätten zugewiesen werden <u>können</u>

Stufenzuordnung - einschlägige Berufserfahrung

- **Eingruppierungsrechtliche Wertungen**

➲ sind nur bei der Prüfung, ob die erworbenen Kenntnisse überhaupt für eine einschlägige Berufserfahrung geeignet sind, von Belang

➲ Im Übrigen kommt es nur auf die tatsächlichen Kenntnisse an

➲ Decken sich nur **Teilbereiche** der alten und der neuen Tätigkeit, kommt es darum darauf an, ob der für die aktuelle Eingruppierung maßgebliche Tätigkeitsanteil die erforderlichen Kenntnisse vermittelt hat

Stufenzuordnung - einschlägige Berufserfahrung

- **Sind die alte und die neue Tätigkeit eingruppierungsrechtlich unterschiedlich bewertet, gilt**

➲ Die Tätigkeit in **niedrigerer EG** kann nie einschlägige Berufserfahrung vermitteln

➲ Problem: Unterschiedliche Tabellenstruktur der S-, P- und Normaltabelle und unterschiedliche Eingruppierungsschemata → 15.10.2021 - 6 AZR 268/20

➲ Die Tätigkeit in **höherer EG** kann uU - nämlich in Aufbaufallgruppen - einschlägige Berufserfahrung vermitteln

Stufenzuordnung - einschlägige Berufserfahrung

- **Länger als 6 Monate zurückliegende Erfahrung geht im Anwendungsbereich des TV-L unter (BAG 18.2.2021 - 6 AZR 205/20, Rn. 45)**

➲ Proterkl. Nr. 3 zu § 16 Abs. 2 TV-L ordnet an, dass Unterbrechungen bei der Wiedereinstellung durch denselben Arbeitgeber von mehr als 6 Monaten schädlich sind

➲ Das gilt auch bei Einstellung von Beschäftigten anderer Arbeitgeber (seit BAG 3.7.2014 - 6 AZR 1088/12, Rn. 24)

➲ Geschäftsstelle der TdL lässt weiterhin Berücksichtigung von bis zu 3 Jahre zurückliegender einschlägiger Berufserfahrung zu

➲ **Achtung: Gleichbehandlungsgrundsatz!**

- **Im Anwendungsbereich des TVöD gilt keine ausdrückliche**

Stufenzuordnung und Freizügigkeit

Stufenzuordnung - Freizügigkeit

- **Wanderarbeitnehmer**
- Regelung in Art. 45 AEUV und in der VO (EU) Nr. 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union
- Art. 45 Abs. 2 AEUV/§ 7 Abs. 1 VO verbieten unterschiedliche Behandlung wegen der Staatsangehörigkeit bei den Arbeitsbedingungen, insbes. Entgelt
- Entgegenstehende tarifliche Regelungen sind unwirksam
- Art. 45 Abs. 1 AEUV gewährleistet die Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union

Stufenzuordnung - Freizügigkeit

- **Deckelung der Berücksichtigung von Berufserfahrung durch § 16 Abs. 2 S. 3 TV-L - BAG 29.4.2021 - 6 AZR 232/17**
- § 16 Abs. 2 TV-L unterscheidet bei der Stufenzuordnung danach, ob der neu Eingestellte vorher schon bei demselben Land beschäftigt war - dann volle Berücksichtigung der einschlägigen Berufserfahrung - oder ob er von einem anderen öff. oder privaten Arbeitgeber wechselt - dann maximal Stufe 3
- Das verstößt bei Wanderarbeitnehmern gegen das durch Art. 45 AEUV garantierte Recht auf Freizügigkeit: EuGH 23.4.2020 - C-710/19

Stufenzuordnung - Freizügigkeit

- **Rechtsfolgen EuGH-Urteil für TV-L:**
- Unterschiedliche Behandlung von „Internen“ und Wanderarbeitnehmern:

➲ Bei Wanderarbeitnehmern ist ihre einschlägige Berufserfahrung uneingeschränkt = einschließlich angebrochener Stufenlaufzeiten zu berücksichtigen

➲ Das gilt aber nicht für reine Inlandslebensläufe

➲ Das Unionsrecht verbietet die unterschiedliche Behandlung von „In- und Ausländern“ nicht → Es gibt kein unionsrechtliches Verbot der „Inländerdiskriminierung“

Stufenzuordnung - Freizügigkeit

- **Bei einem Wechsel im Inland gilt dagegen weiter Deckelung in § 16 Abs. 2 S. 3 TV-L**
- Das ist mit Art. 3 GG als nationalem Diskriminierungsverbot zu vereinbaren

➲ Nur Gleiches muss gleich behandelt werden

➢ **Erste Ungleichbehandlung: Bevorzugung der Wanderarbeitnehmer**

➲ Wanderarbeitnehmer und Arbeitnehmer, die nur im Inland gearbeitet haben, haben unterschiedliche Berufswege und sind darum nicht vergleichbar

➲ Darum dürfen Wanderarbeitnehmer bevorzugt werden

Stufenzuordnung - Freizügigkeit

- **Bei einem Wechsel im Inland gilt dagegen weiter Deckelung in § 16 Abs. 2 S. 3 TV-L**
- **Zweite Ungleichbehandlung: Bevorzugung der Arbeitnehmer, die schon zuvor bei demselben Land beschäftigt waren**

➲ Das sind in der Lebenswirklichkeit befristet Beschäftigte

➲ Bei reinen Inlandslebensläufen (Inlandssachverhalten) rechtfertigt der Schutz befristet Beschäftigter die Regelung in § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L weiterhin

Stufenzuordnung - Freizügigkeit

- **Fazit für die Anwender des TV-L:**

➲ Für **Wanderarbeitnehmer** wird § 16 Abs. 2 S. 3 TV-L gestrichen

➲ Für Wanderarbeitnehmer kommt im Ergebnis § 16 Abs. 2 S. 2 TV-L zur Anwendung

➲ Zusätzlich sind die angebrochenen Stufenlaufzeiten anzurechnen

➲ Für Arbeitnehmer mit **reinen Inlandslebensläufen** bleibt alles beim Alten:

– Volle Anrechnung der einschlägigen Berufserfahrung nach § 16 Abs. 2 S. 2 TV-L bei zuvor bei demselben Arbeitgeber Beschäftigten

– Deckelung auf die Stufe 3 nach § 16 Abs. 2 S. 3 TV-L bei allen anderen Beschäftigten

Stufenzuordnung - Freizügigkeit

- **Rechtsfolgen EuGH-Urteil für TVöD (Bund)**
- Unterschiedliche Behandlung von „Internen“ und Wanderarbeitnehmern durch § 16 Abs. 2 S. 4 TVöD (Bund) dürfte ebenfalls die Freizügigkeit verletzen

➲ Deshalb dürfte § 16 Abs. 2 S. 4 TVöD (Bund) unanwendbar sein, sofern sich ein Beschäftigter auf die Freizügigkeit berufen kann

➲ Für Beschäftigte, die nur bei inländischen Arbeitgebern beschäftigt waren, bleibt die Differenzierung zwischen § 16 Abs. 2 Satz 2 und Satz 4 TVöD (Bund) dagegen wirksam

Rechtslage für TVöD/VKA:

- § 16 Abs. 2 Satz 2 TVöD kennt keine Differenzierung zwischen „Internen“ und „Externen“, sondern **deckelt für alle** auf die Stufe 3
- Bei befristet Beschäftigten muss allerdings erworbene einschlägige Berufserfahrung uneingeschränkt angerechnet werden (BAG 6.9.2018 - 6 AZR 836/16)
- Ob darum auch bei Wanderarbeitnehmern keine Deckelung erfolgen darf, ist durch das BAG noch nicht geklärt
- Bei reinen Inlandssachverhalten darf weiter auf die Stufe 3 gedeckelt werden

- **Überleitung in die neue EGO zum TVöD (§ 29 bis § 29d TVÜ-VKA) - keine Diskriminierung**

Maßgebliche Entscheidungen:

- BAG 18.09.2019 - 4 AZR 42/19
- BAG 22.10.2020 - 6 AZR 74/19 - **Leitentscheidung**
- BAG 19.11.2019 - 6 AZR 449/19
- BAG 19.11.2019 - 6 AZR 454/19
- BAG 25.03.2021 - 6 AZR 41/20
- BAG 25.03.2021 - 6 AZR 146/20

Vorweggewährung von Stufen – Abschmelzung beim Stufenaufstieg

BAG 15.7.2021 – 6 AZR 561/20

Vorweggewährung von Stufen – Folgen des Stufenaufstiegs

- **Möglichkeit zur Vorweggewährung von Stufen in**:

➢ § 16 Abs. 5 TV-L

➢ § 16 Abs. 5 TV-H

➢ § 53 Abs. 2 TVöD-BT-K = § 17 Abs. 4.1 TVöD-K (nicht zur Deckung höherer Lebenshaltungskosten)

➢ § 20 Abs. 5 TV-Ärzte/VKA; § 16 Abs. 3 und 4 TV-Ärzte (TdL)

➲ Keine Möglichkeit zur Vorweggewährung im TVöD-V, TVöD-B, TVöD-E, TVöD-F, TVöD-S und im TVöD (Bund)!

- **Ausgestaltung**:

➢ Arbeitnehmer bleiben – anders als bei Anerkennung einschlägiger Berufserfahrung oder förderlicher Zeiten - in ihrer regulären Stufe, erhalten aber eine Zulage, deren Höchstgrenze die Tarifvertragsparteien vorgegeben haben

➲ Arbeitnehmer erhalten ein außerhalb des Stufenschemas stehendes Entgelt

➲ Stufenaufstieg wird (nur) vergütungsrechtlich vorgezogen

Vorweggewährung von Stufen – Folgen des Stufenaufstiegs

- **Zweck:**

➢ Erhöhung Attraktivität des öffentlichen Dienstes durch höhere Vergütung

➲ Gewinnen und Halten von Personal

➲ Darum kann Zulage auch wiederholt gewährt werden

- **Kein Rechtsanspruch auf Vorweggewährung**

➲ Arbeitgeber hat insoweit ein **Leistungsbestimmungsrecht**

➢ Arbeitgeber entscheidet,

– Ob er von Vorweggewährung Gebrauch machen will

– Ob er den von den Tarifvertragsparteien gezogenen Rahmen voll ausschöpft

– Ob er die Zulage befristet

– Ob er auf die tariflich als Regelfall vorgesehene Möglichkeit des Widerrufs verzichtet

– Ob er auf die tariflich als Regelfall vorgesehene Abschmelzung der Zulage beim Stufenaufstieg verzichtet

Vorweggewährung von Stufen – Folgen des Stufenaufstiegs

- **Abschmelzen der Zulage bei Stufenaufstieg ist Regelfall:**

➢ Stufe wird „vorweg“ = im Voraus gewährt, weil Tabellenentgelt der regulären Stufe nicht ausreicht, um Personal zu gewinnen bzw. zu halten

➢ Steigen die Arbeitnehmer in den Stufen auf = steigt die Vergütung, ist Ziel, die Stelle vorübergehend finanziell attraktiver zu machen, erreicht

➲ Zulage hat ihren Zweck erreicht und kann schrumpfen/entfallen

➲ **Abschmelzung erfolgt nur dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Zulage ausdrücklich dauerhaft gewährt**

Vorweggewährung von Stufen – Folgen des Stufenaufstiegs

- **Verhältnis Abschmelzung zu Befristung und Widerruf der Zulage**:

➢ Die Zulage kann nach § 16 Abs. 5 Satz 3 TV-L/TV-H/TV-Ärzte (TdL) befristet werden

➢ Die Zulage ist nach § 16 Abs. 5 Satz 4 TV-L/TV-H/TV-Ärzte (TdL) immer widerruflich

➢ Die Zulage kann nach dem TVöD-K und dem TV-Ärzte/VKA weder befristet werden noch ist sie widerruflich

➢ Soweit der Arbeitgeber die Zulage befristen/widerrufen kann, ist dies eine weitere Gestaltungsmöglichkeit, die hinzutritt

– Widerruf und/oder Befristung sind bei Zahlung der Zulage an Beschäftigte der Endstufe die einzige Möglichkeit, Zahlung zeitlich zu begrenzen

Überstunden im öffentlichen Dienst, speziell im TVöD-K

BAG 15.10.2021 - 6 AZR 253/19

ENTSTEHEN UND VERGÜTUNG VON ÜBERSTUNDEN UND MEHRARBEIT

Überstunden im öffentlichen Dienst - Grundfall des § 7 VII TVöD/TV-L

- **Drei unterschiedliche Regelungen für Überstunden:**
- **Grundfall ist in § 7 Abs. 7 TVöD/TV-L geregelt**
- **Geltung für Vollzeitbeschäftigte außerhalb Wechselschicht- und Schichtarbeit**

➢ Überstunden sind die

➢ auf Anordnung des Arbeitgebers

➢ geleisteten Arbeitsstunden,

➢ die **über** die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten (§ 6 Abs. 1 Satz 1) für die Woche **dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen** und

➢ die nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen werden.

Überstunden im öffentlichen Dienst - Grundfall

- **Vergütung des Grundfalls regelt § 8 Abs. 2 TVöD/TV-L**

➢ Das **Überstundenentgelt** = Entgelt für die zusätzliche Arbeitsleistung als solche regelt die Protokollerklärung zu § 8 Abs. 1 Satz 1 TVöD/TV-L

➲ Zwar Entgelt aus der individuellen Entgeltgruppe

➲ Aber Deckelung auf die Stufe 4

➲ Ab Stufe 5 sind Regelentgelt und Überstundenentgelt nicht mehr deckungsgleich

! Protokollerklärung gibt es im **TVöD-V** nicht

➲ Dort keine Deckelung, sondern individuelle Stufe!

➢ Der **Überstundenzuschlag** ist in § 8 Abs. 1 Satz 2 geregelt

➢ EG 1-9b: 30%

➢ EG 9c-15

➢ Berechnung immer aus der Stufe 3 der individuellen Entgeltgruppe

➲ Verbesserung für Stufen 1-2, Verschlechterung für Stufen 4-6

Überstunden im öffentlichen Dienst - Sonderregelung II: Teilzeit

- **Sonderregelungen für Wechselschicht- und Schichtarbeit in § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD/TV-L**

➢ **Wortlaut**:

Abweichend von Absatz 7 sind nur die Arbeitsstunden Überstunden,

die …

über die im Schichtplan festgelegten täglichen Arbeitsstunden einschließlich der im Schichtplan vorgesehenen Arbeitsstunden, die bezogen auf die regelmäßige wöchentlicheArbeitszeit im Schichtplanturnus nicht ausgeglichen werden,

angeordnet worden sind.

Überstunden im öffentlichen Dienst - Sonderregelung II: Teilzeit

- **Sonderregelungen für Teilzeitbeschäftigte**

➢ **§ 7 Abs. 6 TVöD/TV-L**: Überstunden bei Teilzeitbeschäftigten erst dann, wenn damit die regelmäßige Arbeit eines Vollbeschäftigten überschritten wird

➢ Überstunden bei Teilzeitbeschäftigten nicht schon dann, wenn auf Anordnung mehr als vertraglich geschuldet = überobligatorisch gearbeitet wird

➲ Das ist nach TVöD/TV-L „**Mehrarbeit**“ und keine Überstunde

➢ Überstunden erst dann, wenn mehr als 38,5/39/40 Stunden auf Anordnung gearbeitet wird

Überstunden im öffentlichen Dienst - Sonderreglung II: Teilzeit

- **Ausgleich von Mehrarbeit regelt § 8 Abs. 2 TVöD/TV-L**
- ➢ Vorrangig Freizeitausgleich im Zeitraum des § 6 Abs. 2 TVöD/TV-L
- ➢ Erst dann Vergütung mit 100% des Regelentgelts, **kein Zuschlag**
- § 6 Abs. 5 TVöD/TV-L legt fest, dass Teilzeitbeschäftigten Mehrarbeit und Überstunden nur mit ihrem Einverständnis leisten müssen
- ➢ Das Einverständnis kann bereits im Arbeitsvertrag erklärt werden
- ➢ Alternativ muss Einverständnis vor jeder überobligatorischen Arbeitsleistung eingeholt werden

§ 7 ABS. 8 BUCHST. C TVÖD/TV-L IST UNWIRKSAM

Sonderregelung für Wechselschicht- und Schichtdienst in § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD/TV-L - Bisherige Lesart BAG

1. Alt.: Ungeplante Überstunden

- Überstunden sind die Arbeitsstunden, die über die **im Schichtplan festgelegten** täglichen Arbeitsstunden hinaus angeordnet worden sind
- Keine Ausgleichsmöglichkeit
- Darum ging es im Fall BAG 27.3.2017 - 6 AZR 161/16

2. Alt.: Geplante Überstunden

- Überstunden sind auch die Arbeitsstunden, die **im Schichtplan vorgesehen** (festgesetzt) sind und die - bezogen auf die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit iSv. § 6 Abs. 1 TVöD - **im Schichtplanturnus nicht ausgeglichen** werden
- Darum ging es im Fall BAG 25.4.2013 - 6 AZR 800/11

Überstunden im öffentlichen Dienst - § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD/TV-L

- **In 6 AZR 253/19 hat BAG diese Lesart der Sonderregelung für Wechselschicht- und Schichtdienst in § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD/TV-L aufgegeben**
- Die bisherige Lesart hat einen neuen Überstundentatbestand begründet
- Der unklare Wortlaut des § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD/TV-L gibt keinen ausreichenden Anhaltspunkt dafür, dass Tarifvertragsparteien diesen neuen Tatbestand schaffen wollten
- Das hat BAG bisher nicht berücksichtigt
- Was Tarifvertragsparteien regeln wollten, lässt sich § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD/TV-L nicht entnehmen

➲ § 7 Abs. 8 Buchst c TVöD/TV-L genügt dem Gebot der Normklarheit nicht und ist deshalb unwirksam

Überstunden im öffentlichen Dienst - § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD/TV-L

- **Praktische Folge**:

➔ **§ 7 Abs. 8 Buchst c TVöD/TV-L ist nicht mehr anzuwenden**

➔ **Auch bei Wechselschicht- und Schichtarbeit entstehen Überstunden nur noch nach § 7 Abs. 7 TVöD/TV-L**

- Und für welche **Tarifbereiche** gilt das?

➢ Für alle Durchgeschriebenen Fassungen des TVöD

➢ Für den TV-V

➢ Für den TVöD-Bund

➢ Für den TV-L

➢ Für kirchliche Regelungen, die § 7 Abs. 8 Buchst c und § 7 Abs. 7 TVöD übernommen haben

KEINE DISKRIMINIERUNG VON TEILZEITBESCHÄFTIGTEN BEI ÜBERSTUNDEN

Überstunden im öffentlichen Dienst - Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

- **Seit 2017 fünf unterschiedliche Entscheidungen des BAG**
- Alle Entscheidungen betrafen Regelungen, die Zuschlag erst bei Überschreiten der Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten gewähren
- **BAG 13.3.2017 - 6 AZR 161/16:** Auslegung von § 7 Abs. 7 und § 7 Abs. 8 Buchst. c: Isolierte Betrachtung des Zuschlags, sonst Diskriminierung

➲ Teilzeitbeschäftigte haben **Anspruch auf den Zuschlag**

➢ **BAG 26.4.2017 - 10 AZR 589/15**: Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte bekommen identisches Entgelt

- Für alle Stunden unter Vollzeitgrenze: für alle kein Zuschlag
- Für alle Stunden über Vollzeitgrenze: für alle Zuschlag

➲ keine Diskriminierung → **kein Anspruch auf Zuschlag**

- **BAG 19.12.2018 - 10 AZR 231/18**: Aufgabe 10 AZR 589/15, Anschluss an 6 AZR 161/16

➲ Teilzeitbeschäftigte haben **Anspruch auf den Zuschlag**

Überstunden im öffentlichen Dienst - Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

- **10. und 8. Senat: EuGH soll klären, ob Anspruch auf den Zuschlag besteht**
- **BAG 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) [EuGH – C-660/20 [Lufthansa CityLine]]**
- **1. Frage**: Ist auf die Gesamtvergütung oder isoliert auf den Entgeltbestandteil „Überstundenvergütung“ abzustellen?
- **2. Frage**: Kann Zweck des Belastungsausgleichs den Schwellenwert „ mehr Stunden als Vollzeit“, der für den Beginn von Überstunden maßgeblich ist, rechtfertigen, weil Belastung Teilzeitbeschäftigter geringer ist?
- **BAG 28.10.2021 - 8 AZR 372/20 (A)**: Fragen nach Geschlechtsdiskriminierung und Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten im Zusammenhang mit Anspruch auf Entschädigung nach dem AGG

Ergebnis:

Komplette Verwirrung und Rechtsunsicherheit in der Tariflandschaft …

… In der ganzen Tariflandschaft?

Nein, der öffentliche Dienst trotzt der Verwirrung

Überstunden im öffentlichen Dienst - Keine Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

- **§ 7 Abs. 6 TVöD diskriminiert Teilzeitbeschäftigte nicht!**

➲ **Aufgabe von 23.3.2017 - 6 AZR 161/16 durch 6 AZR 253/19**

- Zwar gilt: Ausgangspunkt = Vollzeit- und Teilzeitarbeit unterscheiden sich nur quantitativ, nicht qualitativ
- Im Klartext: Teilzeitarbeit ist nicht weniger „wert“ als Vollzeitarbeit
- Darum darf Teilzeitarbeit auch nur quantitativ, nicht aber qualitativ anders belohnt werden → Anspruch auf Arbeitsentgelt und alle anderen geldwerten Leistungen im Umfang der Teilzeitquote

➲ sog. „Pro-rata-temporis-Grundsatz“ des § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG

➲ Im Klartext: Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten muss für dieselbe Stundenzahl dasselbe Entgelt gezahlt werden.

- **Auf ersten Blick führt § 7 Abs. 6 TVöD/TV-L zur Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten**

➢ Vollzeitbeschäftigter erhält Entgelt + Zuschlag

➢ Teilzeitbeschäftigter erhält nur Entgelt

➲ Zusätzliche (überobligatorische) Arbeit wird unterschiedlich vergütet, oder?

- **Nein, Pro-rata-temporis-Grundsatz passt für TVöD-K, TVöD-B, TVöD-E, TVöD-F, TVöD-S, TVöD (Bund) und TV-L nicht**

➢ In diesen Tarifverträgen ist die Überstundenvergütung durch die Deckelung des Entgelts auf die Stufe 4 bzw. die Pauschalisierung des Zuschlags auf die Stufe 3 nicht identisch mit dem Regelentgelt (Folie 30)

➲ **Mehrarbeitsvergütung kann höher als Überstunden-vergütung sein** (Folie 33)

Überstunden im öffentlichen Dienst - Keine Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

- **BAG 15.10.2021 - 6 AZR 253/19 - nimmt erstmals Gesamtsystematik in den Blick und stärkt Tarifautonomie:**

➲ Für Entstehen und den Ausgleich von Mehrarbeit und Überstunden gelten in den Tarifverträgen des öff. Dienstes **so** unterschiedliche Regelungen, dass die Gruppen der Teilzeit- und der Vollzeitbeschäftigten nicht mehr vergleichbar sind

➲ Alle denkbaren Unwirksamkeitstatbestände

- Gleichheitsverstoß iSv. Art. 3 Abs. 1 GG
- Geschlechtsdiskriminierung, § 1, 2 AGG
- Diskriminierung wegen der Teilzeit, § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG

➲ setzen aber Vergleichbarkeit der unterschiedlich behandelten Personengruppen voraus: Unterschiedliches darf unterschiedlich behandelt werden!

➔ **§ 7 Abs. 6 TVöD-K diskriminiert Teilzeitbeschäftigte nicht**

➔ **§ 7 Abs. 6 TVöD-K ist wirksam**

Überstunden im öffentlichen Dienst - Keine Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

- **Keine Vorlage an den EuGH**
- **Keine Aussetzung wegen der anhängigen Vorlagen an den EuGH**
- Nach dem neuen Ansatz in BAG 15.10.2021 - 6 AZR 253/19 - kommt es auf die dem EuGH gestellten Fragen nicht an

➔ **Im Anwendungsbereich des TVöD (außer TVöD-V) und des TV-L gilt nach 6 AZR 253/19:**

- Überstunden für alle Beschäftigten,
  - auch für die in Wechselschicht- und Schichtarbeit Beschäftigten
  - auch für die in Teilzeit Beschäftigten
  - bestimmen sich allein nach § 7 Abs. 7 TVöD/TV-L
- Mehrarbeit iSv § 7 Abs. 6 TVöD/TV-L löst keinen Anspruch auf das Überstundenentgelt und den Überstundenzuschlag aus

Überstunden im öffentlichen Dienst - Keine Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

- **Diskussion um den Anspruch der Teilzeitbeschäftigten „auf den Überstundenzuschlag“ war ohnehin verfehlt**
- Kläger in den Verfahren 6 AZR 161/16 und 253/19 hatten Vergütung nach § § 8 Abs. 2 TVöD/TV-L = 100% ihres Regelentgelts für die zusätzlichen Stunden erhalten
- Eingeklagt war jeweils nur der Zuschlag, der zusätzlich zur Regelvergütung gezahlt werden sollte
- Das war jedoch der **falsche Ansatz**:

➢ Wenn Teilzeitbeschäftigte diskriminiert worden wären, wäre das durch § 7 Abs. 6 TVöD/TV-L bewirkt worden

➢ Dann wäre § 7 Abs. 6 TVöD/TV-L unwirksam gewesen

➔ Mehrarbeitsstunden wären wie Überstunden nach § 8 Abs. 1 TVöD/TV-L zu vergüten gewesen = mit auf Stufe 4 gedeckelter Vergütung für die eigentliche Arbeitsleistung und dem immer aus Stufe 3 gezahlten Zuschlag

➔ Kläger in 6 AZR 161/16 (Stufe 6) und 6 AZR 253/19 (Stufe 5) hätten Teil des erhaltenen Entgelts für die Arbeitsleistung zurückzahlen müssen!

Vergütung von Rufbereitschaft - ärztlicher Hintergrunddienst

Fall BAG 25.3.2021 - 6 AZR 264/20

- Kläger ist Oberarzt in der Nephrologie (Nierenabteilung)
- Kläger leistet regelmäßig ärztlichen Hintergrunddienst
- In dieser Zeit muss er telefonisch erreichbar sein, zT kann er Arbeit telefonisch erledigen, zT muss er ins Klinikum
- Keine Vorgaben, wo er sich aufhält und bis wann er im Klinikum sein muss, wenn das erforderlich wird. Mit Telefonanruf nimmt Kläger Arbeit unverzüglich auf.
- Zeitvorgabe nur von Stiftung Eurotransplant bei bestimmten Organspenden
- Arbeitsleistung in ca. 4 % aller Hintergrunddienststunden, in 20% aller Dienste erfolgte telefonische Inanspruchnahme, in weiteren rund 25% zusätzlich Einsatz im Klinikum

Lösung des BAG:

- Hintergrunddienst war vergütungsrechtlich Rufbereitschaft
- Hintergrunddienst hätte aber wegen des zu erwartenden Arbeitsanfalls nicht angeordnet werden dürfen
- Für diesen Fall haben die Tarifvertragsparteien aber keine Vergütung vorgesehen
- Eine solche Vergütung kann darum auch das BAG nicht festsetzen

➲ Oberarzt hat keine höhere Vergütung erhalten!

Abgrenzung von Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft

- **Bereitschaftsdienst** = Aufenthalt an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen
- **Rufbereitschaft** = Aufenthalt an einer dem Arbeitgeber anzuzeigenden Stelle, um im Bedarfsfall Arbeit aufzunehmen
- **Anordnung von Bereitschaftsdienst**: Nur, wenn zu erwarten ist, dass die Zeit ohne Arbeitsleistung überwiegt
- **Anordnung von Rufbereitschaft:** Nur, wenn erfahrungsgemäß lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt
- **Gemeinsame Voraussetzung**: Erbringung „außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit“ = zusätzlich zur rgm. Arbeitszeit (Einzelheiten BAG 17.1.2019 - 6 AZR 17/18)

Vergütung von Rufbereitschaft - Tatbestandsvoraussetzung

- **Wann ist der Hintergrunddienst Rufbereitschaft? (6 AZR 264/20 Rn. 11 ff.)**
- Rufbereitschaft hat nur eine einzige Tatbestandsvoraussetzung:

➢ Kann Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort nach der Anordnung des Arbeitgebers frei wählen?

– Arbeitnehmer kann persönliche Angelegenheiten erledigen

– Allerdings muss Arbeitnehmer aus Rufbereitschaft heraus Arbeit innerhalt angemessener Zeit auf Abruf aufnehmen können

– Diese mittelbare Vorgabe für die Wahl des Aufenthaltsorts = mittelbare Beschränkung der Wahl des Aufenthaltsortes ergibt sich aus dem Wesen der Rufbereitschaft

➲ Diese mittelbare Beschränkung steht Einordnung als Rufbereitschaft nicht entgegen

Vergütung von Rufbereitschaft - Tatbestandsvoraussetzung

- **Ausmaß der in der Rufbereitschaft voraussichtlich (ex-ante-Betrachtung) oder tatsächlich (ex-post-Betrachtung) anfallender Arbeitsleistung ist für die Frage, ob ein Dienst Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst ist, egal!**
- **Entscheidend ist allein das Ausmaß der Aufenthalts-beschränkung!**
- Dafür ist allein die Anordnung des Arbeitgebers maßgeblich
- Zu kurze Vorgabe für die Zeit bis zur Arbeitsaufnahme ist stillschweigende (konkludente) Anordnung einer Aufenthaltsbeschränkung und stellt dann tatsächlich die Anordnung von Bereitschaftsdienst dar.
  Vergütungsrechtliche Folge: Folie 59

Vergütung von Rufbereitschaft - Tatbestandsvoraussetzung

➲ Grenze nach bisheriger Rechtsprechung: 20 Minuten. Wegezeiten von 25-30 Minuten dagegen üblich → bei **Zeitvorgabe von 25-30 Minuten noch Rufbereitschaft** (derartige Zeitvorgabe sei „generell hinzunehmen“: BAG 31.1.2002 - 6 AZR 214/00 -)

- 30 Minuten werden von BfArM zT in OPS vorgeschrieben → ”binnen 30 Minuten am Patienten”

? Passt das zur Lebenswirklichkeit mit Pendelwegen von mehr als 30 Minuten?

? Muss Arbeitnehmer uU während Rufbereitschaft in Hotel oder in Dienstunterkunft ziehen?

? Wann beginnt Arbeitsaufnahme → Neues Verfahren **6 AZR 251/21**

➲ Beschränkungen, die Arbeitnehmer selbst für erforderlich hält, sind dagegen unerheblich

Vergütung von Rufbereitschaft - Tatbestandsvoraussetzung

- **Abgrenzung zu vergütungsrechtlich als Bereitschaftsdienst zu behandelnden Arbeitsformen:**
- Erfolgt allein über das Ausmaß der Aufenthaltsbeschränkung: Bei Bereitschaftsdienst legt der Arbeitgeber den Aufenthaltsort des Arbeitnehmers fest, bei Rufbereitschaft nicht.

➲ Bereitschaftsdienst ist seinem Wesen nach Aufenthaltsbeschränkung, bei der Arbeitnehmer verpflichtet ist, bei Bedarf sofort tätig zu werden

Vergütung von Rufbereitschaft - Tatbestandsvoraussetzung

➔ **Hintergrunddienst ist Rufbereitschaft**

- Wenn Arbeitgeber Arzt mit Mobiltelefon ausstattet und von ihm
- ohne weitere Zeitvorgaben nur verlangt, dass er je nach Lage des Falls
  - Vordergrunddienst telefonisch unterstützt oder
  - zeitnah in die Klinik kommt, um Vordergrunddienst zu unterstützen

Wann darf Hintergrunddienst als Rufbereitschaft angeordnet werden? (6 AZR 264/20 Rn. 22 ff.)

- Nur, wenn erfahrungsgemäß lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt

➲ Zeiten ohne Arbeitsanfall müssen die Regel sei, Arbeit darf nur gelegentlich anfallen

➲ Bei der insoweit anzustellenden **Prognose** ist **Gesamtschau** vorzunehmen:

– Anteil tatsächlicher Arbeit in der jeweiligen Rufbereitschaft = Arbeitsleistungsanteil)

– Anteil von Rufbereitschaften mit Inanspruchnahme

– Häufigkeit und Dauer der Einsätze in der Rufbereitschaft

Vergütung von Rufbereitschaft - Anordnung

➔ **Keine absoluten Grenzen, Frage des Einzelfalls**

➔ **Im Fall BAG war nicht zu erwarten, dass nur im Ausnahmefall Arbeit anfiel:**

- In fast jedem zweiten Hintergrunddienst erfolgte zumindest telefonische Inanspruchnahme
- Auch diese lediglich telefonischen Einsätze sind zu berücksichtigen
- In gut 25% der Hintergrunddienste Inanspruchnahme im Klinikum
- 4 % echter Arbeitsleistung während der Hintergrunddienste

➲ **Arbeitgeber hätte Hintergrunddienst nicht als Rufbereitschaft anordnen dürfen!**

Vergütung von Rufbereitschaft - Rechtsfolge fehlerhafter Anordnung

Rechtsfolge: Wird zu Unrecht Rufbereitschaft statt Bereitschaftsdienst oder Vollarbeit angeordnet, kann der Arbeitnehmer, der die verlangte Rufbereitschaft geleistet hat, keine höhere Vergütung verlangen (6 AZR 264/20 Rn. 27 ff.)

- Anordnungsbefugnis ist kein Tatbestandsmerkmal der Rufbereitschaft
- Darum wandelt sich tarifwidrig angeordnete Rufbereitschaft nicht automatisch in Bereitschaftsdienst oder Vollarbeit um
- Tarifvertragsparteien kannten bei Schaffung der Regelungen zur Rufbereitschaft im TVöD-K, TVöD-B, TV-Ärzte/VKA und TV-Ärzte/TdL Rspr des BAG, wonach tarifwidrig angeordnete Rufbereitschaft vergütungsrechtlich Rufbereitschaft bleibt und auch nur als solche zu vergüten ist

Vergütung von Rufbereitschaft - Rechtsfolge fehlerhafter Anordnung

- ➔ BAG hatte für Vorgängerregelungen im BAT angenommen, dass Tarifvertragsparteien keine Vergütung für tarifwidrig angeordnete Dienste vorgesehen haben, weil sie keinen Vergütungsanreiz zur Ableistung unzulässiger Dienste schaffen wollen
- ➔ Durch Vereinbarung identischer Regelungen in den neuen Tarifverträgen haben Tarifvertragsparteien bestätigt, dass sie diesen Willen haben
- ➔ BAG kann nicht gegen den Willen der Tarifvertragsparteien andere Vergütung für tarifwidrig angeordnete Dienste schaffen
- ➔ Das wäre Eingriff in Tarifautonomie

Vergütung von Rufbereitschaft - konkludente Anordnung

- Aber: Wird durch **zu kurze Zeitvorgabe** in Wirklichkeit (konkludent) Bereitschaftsdienst angeordnet (Folie 53), dann ist

– eben keine tarifwidrige Anordnung von Rufbereitschaft erfolgt

– dann **ist** Bereitschaftsdienst angeordnet

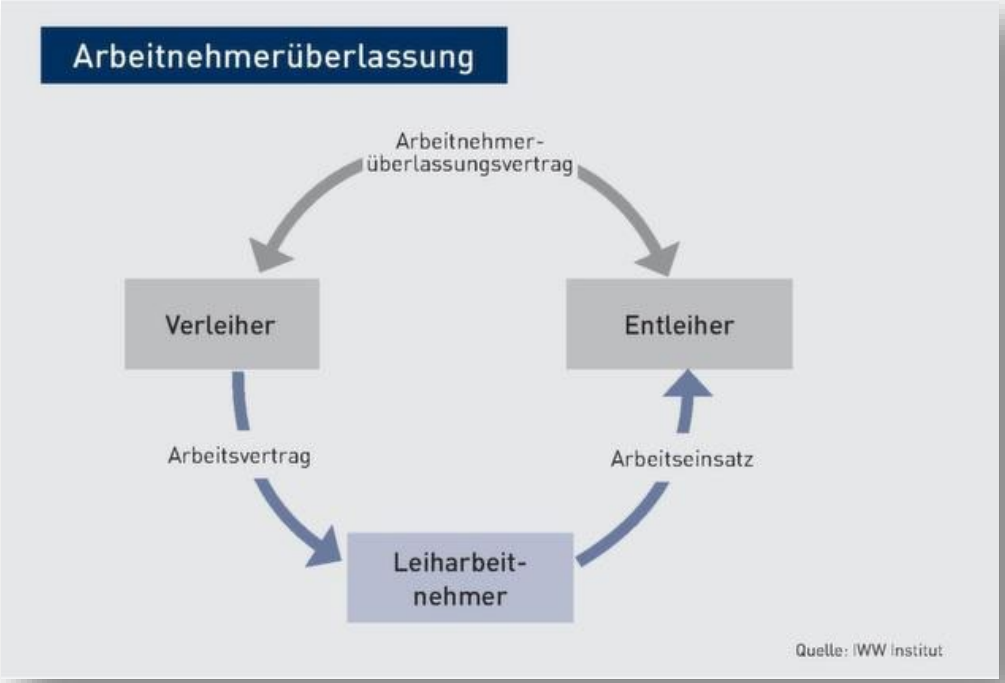
– dann ist das auch tatsächlich Bereitschaftsdienst

– und **als Bereitschaftsdienst zu vergüten**

– **und ist Arbeitszeit**

➲ Entgegen der Annahme der VKA in Rundschreiben R 160/2021 vom 10.8.2021 ist die Frage der Vergütung bei konkludenter Anordnung von Bereitschaftsdienst nicht ungeklärt, sondern bereits vom BAG entschieden.

Das Ende der Personalgestellung?



Vorlage an EuGH durch BAG 16.6.2021 - 6 AZR 390/20 (A):

- **Fall:** Arbeitgeber (Krankenhaus) gliedert ua Poststelle/Archiv aus
- Dort arbeitet Kläger
- Damit geht an sich dessen Arbeitsverhältnis auf Erwerber über
- Kläger widerspricht aber dem Betriebsübergang
- Damit wäre an sich betriebsbedingte Kündigung erforderlich, weil Arbeitsplatz des Klägers weggefallen und keine andere Beschäftigungsmöglichkeit
- Arbeitgeber stellt aber den Kläger dem Erwerber = Dritten
- Rechtsgrundlage: § 4 Abs. 3 TVöD

§ 4 Abs. 3 TVöD bestimmt:

- Werden Aufgaben der Beschäftigten zu einem Dritten verlagert, ist auf Verlangen des Arbeitgebers bei weiter bestehendem Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeits-leistung bei dem Dritten zu erbringen (Personalgestellung)
- Definition Personalgestellung in einer **Protokollerklärung**: Personalgestellung ist - unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses - die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten
- Fachliches und organisatorisches Weisungsrecht obliegen dem Dritten
- Inhaltsgleiche Regelungen im TV-L und TV-V

Der Sache nach ist Personalgestellung damit Arbeitnehmerüberlassung

- Dafür braucht derjenige, bei dem das Arbeitsverhältnis rechtlich besteht (Verleiher, in unserem Fall das Krankenhaus) an sich eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, die das Krankenhaus nicht hatte
- Außerdem ist der Einsatz zeitlich begrenzt
- Darum läge an sich eine unzulässige Leiharbeitnehmerüber-lassung vor

➲ Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Dritten würde fingiert

§ 1 Abs. 3 Buchst 2b AÜG enthält aber Bereichsausnahme für öffentlichen Dienst

- Ungeklärt, ob diese Bereichsausnahme mit den Vorgaben der Leiharbeitnehmerrichtlinie 2008/104/EG vereinbar ist
- Nach rechtlicher Konstruktion der Personalgestellung nein → Personalgestellung <u>ist</u> an sich Arbeitnehmerüberlassung
- Aber Unterschiede zur typischen Überlassungsituation:

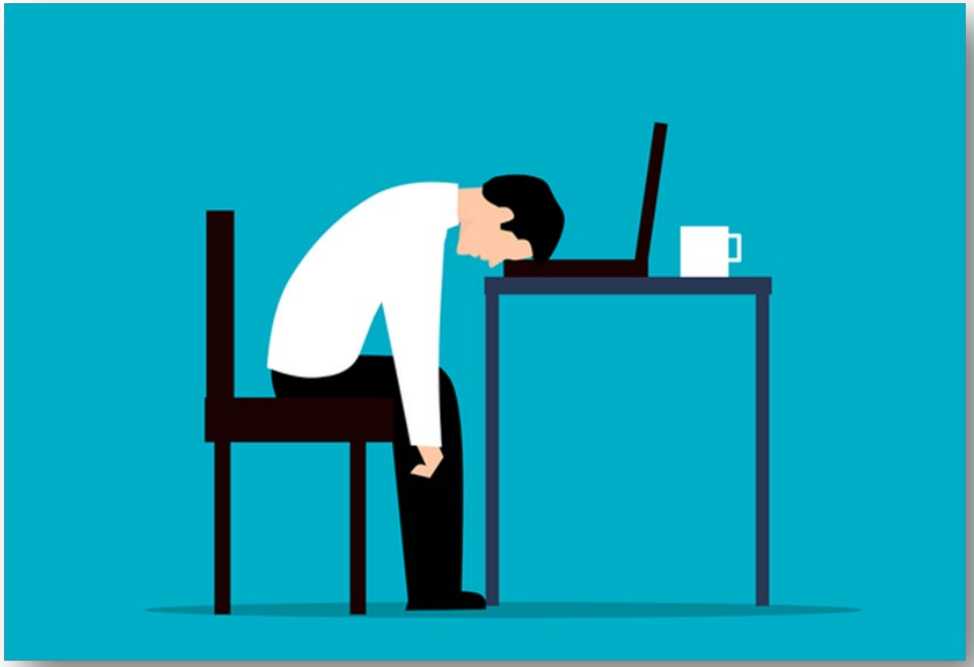
– Öffentlicher Arbeitgeber verleiht Arbeitnehmer nicht gewerbsmäßig

– Kläger ist nicht eingestellt worden, um verliehen zu werden, sondern hat zunächst eigene Aufgaben des Krankenhauses erledigt

Personalgestellung im öffentlichen Dienst

- Personalgestellung soll gerade den Arbeitsplatz sichern und Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst erhalten mit allem sozialen Schutz, der daran hängt
- Darum **1. Frage BAG**: Weicht Personalgestellung so weit vom Leitbild der Leiharbeit, das der Richtlinie 2008/104/EG zugrunde liegt, ab, dass sie gar nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt?

Sollte der EuGH die 1. Frage verneinen, kommt es auf die 2. Frage des BAG an:

- Ist die **Bereichsausnahme** im AÜG wegen der Besonderheiten der Personalgestellung **gerechtfertigt**?
  - Komplett andere Ausgangslage als im typischen Leiharbeitsverhältnis
  - Personalgestellung schützt Arbeitnehmer gerade vor nachteiligen Folgen der Aufgabenverlagerung
- Offen, wie EuGH das entscheidet

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!