



Die gemeindefinanzielle Prüfung des Personalwesens

Rechtsverhältnisse der Beschäftigten

Handreichung für die kommunale Prüfung

Stuttgart, Karlsruhe im März 2018

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	3
A. Aufgaben und Grenzen des Hauptorgans; Zuständigkeit für personalrechtliche Entscheidungen im Bereich der Beschäftigten.....	5
B. Wann liegt Tarifbindung vor und was bedeutet sie?	9
C. Prüfungskonstellationen mit und ohne Tarifbindung	12
2. Handlungshinweise	15
A. Recht der Arbeitsverhältnisse; Kommunalverfassungsrecht.....	15
1. Gesetzliche Tarifbindung	15
2. (Einseitige) Tarifbindung der Kommune durch Mitgliedschaft beim KAV	16
3. Übertarifliche Vergütung	19
4. Keine Mitgliedschaft beim KAV; Grundsatzbeschluss des GR und entsprechende Arbeitsverträge („BGB- arbeitsvertragliche Tarifierung“)	21
5. Faktische Dynamisierung durch Überleitung (ohne Grundlage)	28
6. “Reine“ (privatautonome) BGB-Arbeitsverträge	29
7. Gleichbehandlungsgrundsatz	32
8. Betriebliche Übung	33
9. Betriebliche Übung im öffentlichen Dienst.....	35
10. Nachwirkung der Tarifbindung.....	36
B. Beschäftigungsverhältnis; Abgrenzungsfragen.....	38
1. Zuständigkeit, Schriftlichkeit von Arbeitsverträgen.....	38
2. Unselbständige Tätigkeit	43
3. Selbständige Tätigkeit	44
4. Zivilrechtliches Ehrenamt	46
5. Faktisches Arbeitsverhältnis.....	47
6. Personalgestellung	48

1. Einleitung

Die GPA hat sich in ihrem Geschäfts- und Kommunalfinanzbericht 2016 (Seite 52 ff.) mit den Grundlagen und der Funktion der überörtlichen Prüfung im Personalwesen eingehend befasst. Auf diese Veröffentlichung wird zunächst verwiesen, sie enthält einige Aspekte, die auch hier dargestellt werden.

Als Organ der staatlichen Rechtsaufsicht trifft die **überörtliche Prüfung** erledigungspflichtige Prüfungsfeststellungen, wenn durch rechtswidriges, insbesondere tarifwidriges Verhalten der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (§ 77 Abs. 2 GemO) berührt bzw. verletzt wird, also tarifwidrige oder arbeitsrechtlich rechtswidrige Vorgänge mit finanziell nachteiligen Folgen für die Kommune festzustellen sind.

Die Rechtmäßigkeitskontrolle und Beratung durch die **örtliche Prüfung** trifft diese Abgrenzung nicht und erfasst von vorneherein alle personalrechtlichen Vorgänge, auch solche zum Nachteil der Beschäftigten.¹

Damit ist ein gewichtiges Unterscheidungsmerkmal zwischen der Herangehensweise der örtlichen und der überörtlichen Prüfung aufgezeigt. Gleichwohl beruhen die Prüfungsfragestellungen und die grundsätzliche Herangehensweise an die Prüfung des Beschäftigtenbereichs auf denselben Grundlagen. Diese können wie folgt skizziert werden:

- (1) Rechtliche Grundlagen für die personalwirtschaftliche und arbeitsrechtliche Einordnung der Beschäftigtenverhältnisse, insbesondere
 - Aufgaben und Grenzen des Hauptorgans
 - Tarifbindung
 - normative Geltung des TVöD
 - arbeitsvertragliche Anwendung des Tarifrechts [BGB]
 - privatautonome Arbeitsverträge [BGB] – Grenzen der Vertragsfreiheit
- (2) Schriftlichkeit von Arbeitsverträgen; Schriftformklauseln, Individualabreden

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für beiderlei Geschlecht.

Am Anfang der Prüfung steht somit immer die generelle rechtliche Einordnung der Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten bzw. die Frage: „**Welches Recht gilt?**“

Inhaltliche Schwerpunkte sind die sog. **Tarifbindung** und auch die kommunalverfassungsrechtliche **Kompetenzverteilung** zwischen Verwaltungsleitung (Bürgermeister, Oberbürgermeister, Landrat) und Hauptorgan (Gemeinderat, Kreistag) mit den jeweiligen Auswirkungen bei Kompetenzverletzungen im kommunalverfassungsrechtlichen Innenverhältnis und / oder im Außenverhältnis (Arbeitsverhältnis).

A. Aufgaben und Grenzen des Hauptorgans; Zuständigkeit für personalrechtliche Entscheidungen im Bereich der Beschäftigten

Der Gemeinderat spielt folgende Rolle bei der Bestimmung der Rechtsverhältnisse der Beschäftigten:

- Er kann (bzw. muss zuständigkeitshalber, § 24 Abs. 1, § 39 Abs. 2 Nr. 7 i.V.m. § 44 Abs. 2 Satz 3 GemO) den Beschluss fassen, dem KAV beizutreten (ein solcher „Mitgliedsbeschluss“ kann konkludent den Beschluss beinhalten, den TVöD anzuwenden).
- Er kann keine generelle Tarifbindung initiieren, die Mitgliedschaft aufrechterhalten und gleichzeitig dem TVöD inhaltlich entgegenstehende Grundsatzbeschlüsse fassen (z.B. 40 h - Woche für alle); im Hinblick auf Gewerkschaftsmitglieder und bei betrieblichen Fragen geht dies ohnehin nicht (wegen der insoweit normativen Wirkung des TVöD) und im Übrigen bestehen Bedenken, wegen Widersprüchlichkeit des Verhaltens (wenngleich in der arbeitsvertraglichen Umsetzung ggf. Wirksamkeit gegeben ist).
- Er kann eine Tarifbindung der Kommune nur verhindern, wenn er die Mitgliedschaft beim KAV nicht beschließt oder kündigt (mit Nachwirkungen!).
- Er kann, ohne Mitglied beim KAV zu sein, einen expliziten Grundsatzbeschluss fassen, wonach alle Arbeitsverhältnisse dem TVöD (bzw. besser: dessen Regelungsinhalten) ganz oder teilweise unterfallen sollen („Anwendungsbeschluss“; Vertragsebene).
- Er kann über- / außertarifliche Leistungen beschließen.

An dieser Stelle wird somit auf das **arbeitsvertragliche Fundament** und die **kommunalverfassungsrechtlichen Beziehungen** abgestellt; es geht noch nicht um die einzelnen Arbeitsverhältnisse. Sofern auf dieser Prüfungsebene alles in Ordnung ist, kann dies z.B. wie folgt in einem Prüfungsbericht festgehalten werden:

„Die Gemeinde ist als Mitglied beim KAV tarifgebunden, wendet die für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifverträge an und vereinbart dies in den Arbeitsverträgen. Ein entsprechender Grundsatzbeschluss des Gemeinderats (§ 24 Abs. 1 i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr 7 GemO-kameral) ist gefasst worden. Zur Abrechnung der Personalfälle wird das landeseinheitliche ADV-Verfahren ‘Personalwesen Kommunen’ eingesetzt.“

Eine kommunalrechtliche Verpflichtung für den Gemeinderat zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Beschäftigten in einem Grundsatzbeschluss (GSB) ergibt sich weder aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungssatz (Art 3 Abs. 1 GG) noch aus der kommunalrechtlichen Notwendigkeit, die Grundsätze für die Verwaltung der Gemeinde festzulegen (§ 24 Abs. 1 GemO). Werden hierzu keine Grundsätze beschlossen, gilt ziviles Arbeitsrecht.

Die Entscheidung im Rahmen eines GSB nach § 39 Abs. 2 Nr. 7 GemO ist möglich, für

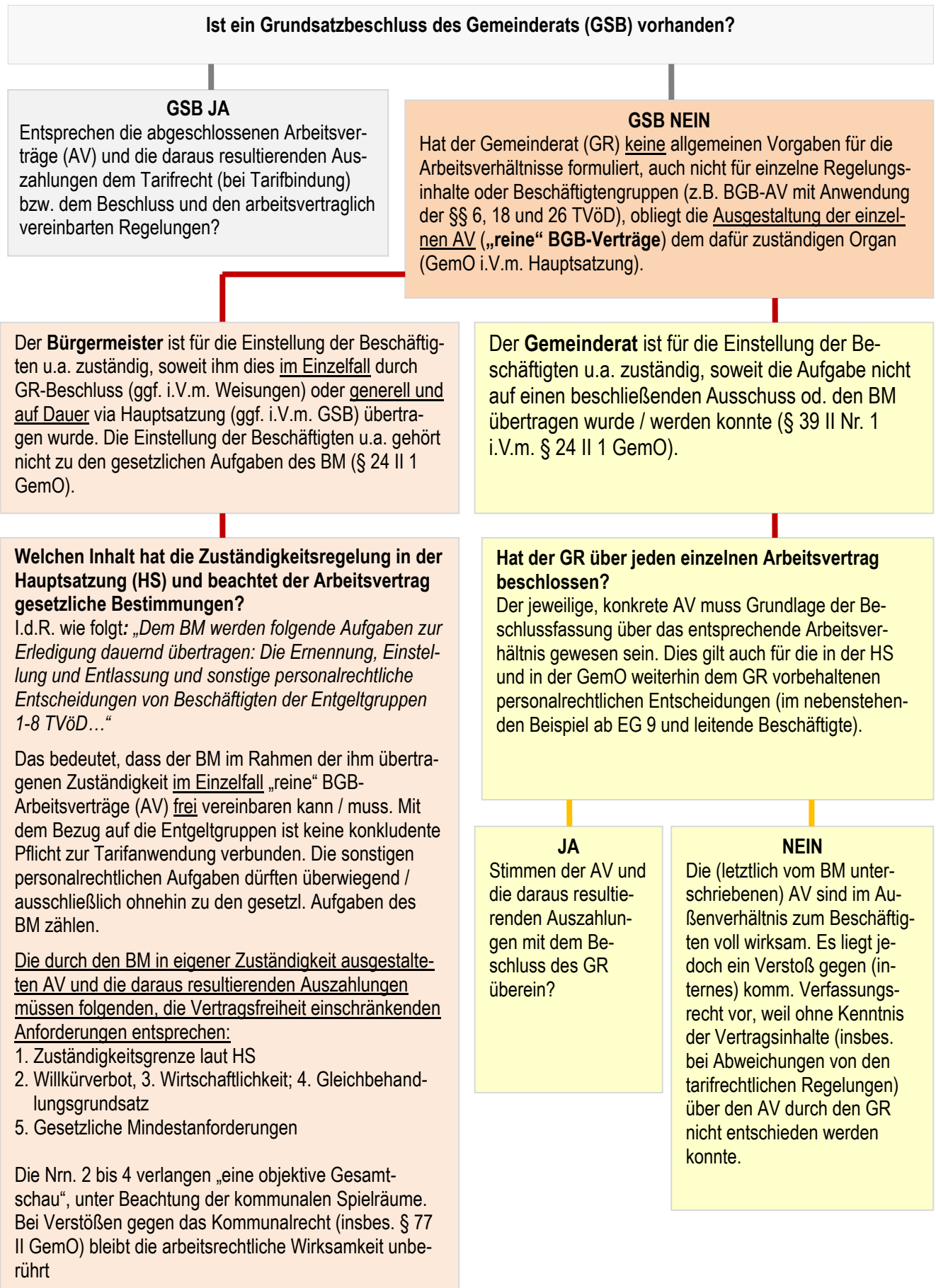
- den Beitritt zum KAV, mit der Folge der (zumindest einseitigen) Tarifbindung. Die Entscheidung zur Mitgliedschaft beim KAV („**Mitgliedsbeschluss**“) trifft der Gemeinderat als grundsätzliche Entscheidung im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 7 GemO („allg. Rechtsverhältnisse der Bediensteten“). Dieser Mitgliedsbeschluss ist bedingungsfeindlich, kann also mit keinen Einschränkungen zur Tarifierstellung verknüpft werden.
- **oder** für die bloße Anwendung des „Tarifrechts“ (d.h. der tarifvertraglichen Regelungsinhalte, nicht des Tarifvertrags) bei nicht tarifgebundenem Arbeitgeber, ggfs. mit partiellen (auch größeren) Ausnahmen. Der GSB kann auch „Lücken lassen“ und muss nicht die Arbeitsverhältnisse vollumfänglich und insgesamt regeln.

Der Beschluss, Tarifrecht anzuwenden („**Anwendungsbeschluss**“) führt nicht zur Tarifbindung im gesetzlichen Sinn. Die Arbeitsverträge beruhen auf dem BGB und beziehen sich auf die tarifrechtlichen Regelungsinhalte oder wiederholen sie. Ansprüche und Pflichten ergeben sich ausschließlich aus dem Arbeitsvertrag. Entspricht das tatsächliche Verwaltungshandeln nicht den zur Anwendung vereinbarten Regelungen des TVöD, liegt kein Verstoß gegen den TVöD vor, sondern vertragswidriges Verhalten! Die Entscheidung, Tarifrecht anzuwenden, trifft der Gemeinderat ebenfalls als grundsätzliche Entscheidung im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 7 GemO. Der Anwendungsbeschluss kann sich auf einzelne Regelungen des TVöD beschränken oder einzelne Regelungen ausnehmen.

Bei nur einseitiger (Arbeitgeber) oder fehlender Tarifbindung beruhen die Arbeitsverträge auf dem BGB, auch wenn die vollinhaltliche Anwendung der o.g. Regelungen des TVöD einzelvertraglich (inhaltlich wörtlich wiedergebend oder per Verweis) vereinbart worden ist.

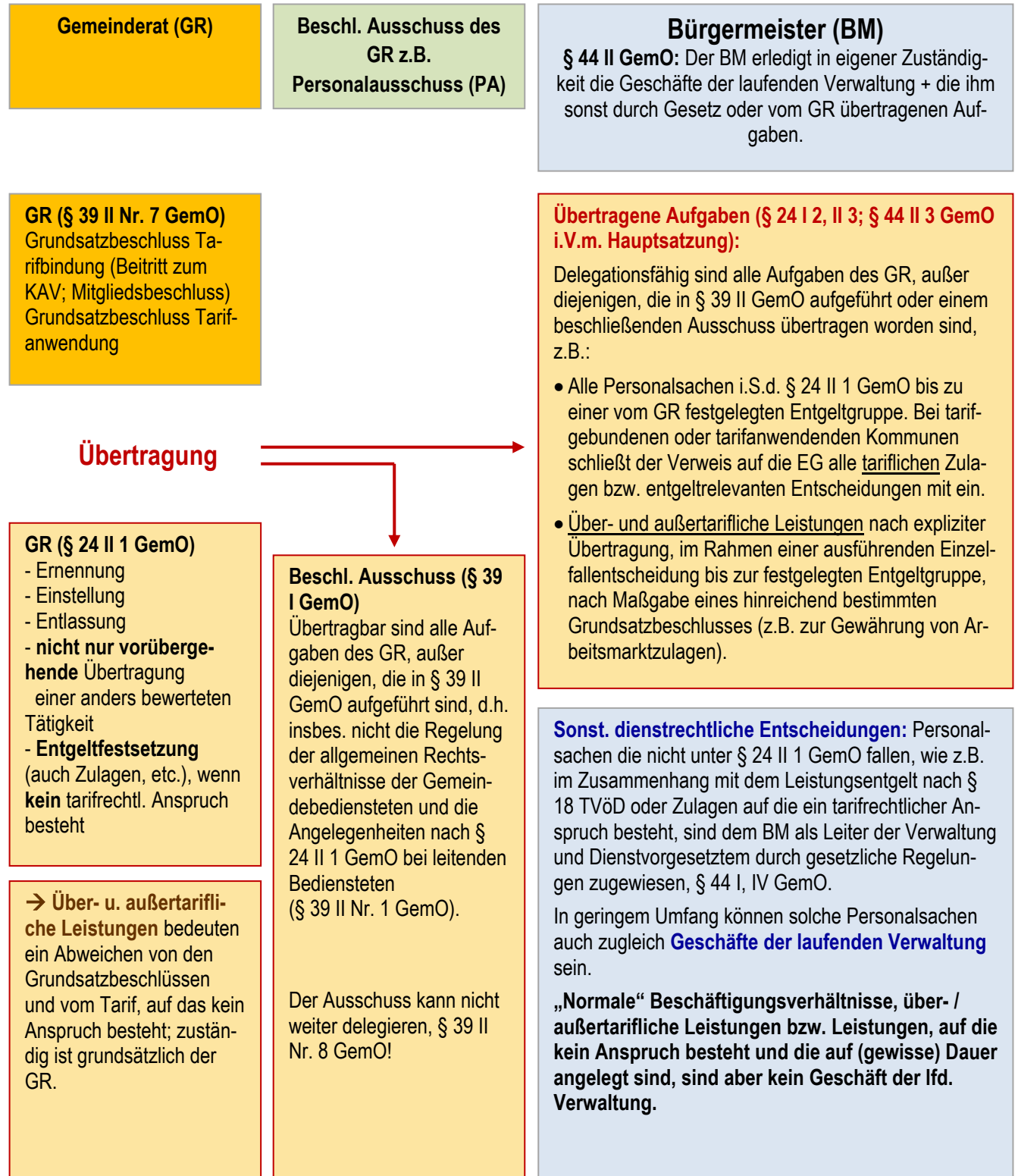
Fließschema Prüfungseinstieg Grundsatzbeschluss

© GPA Baden-Württemberg



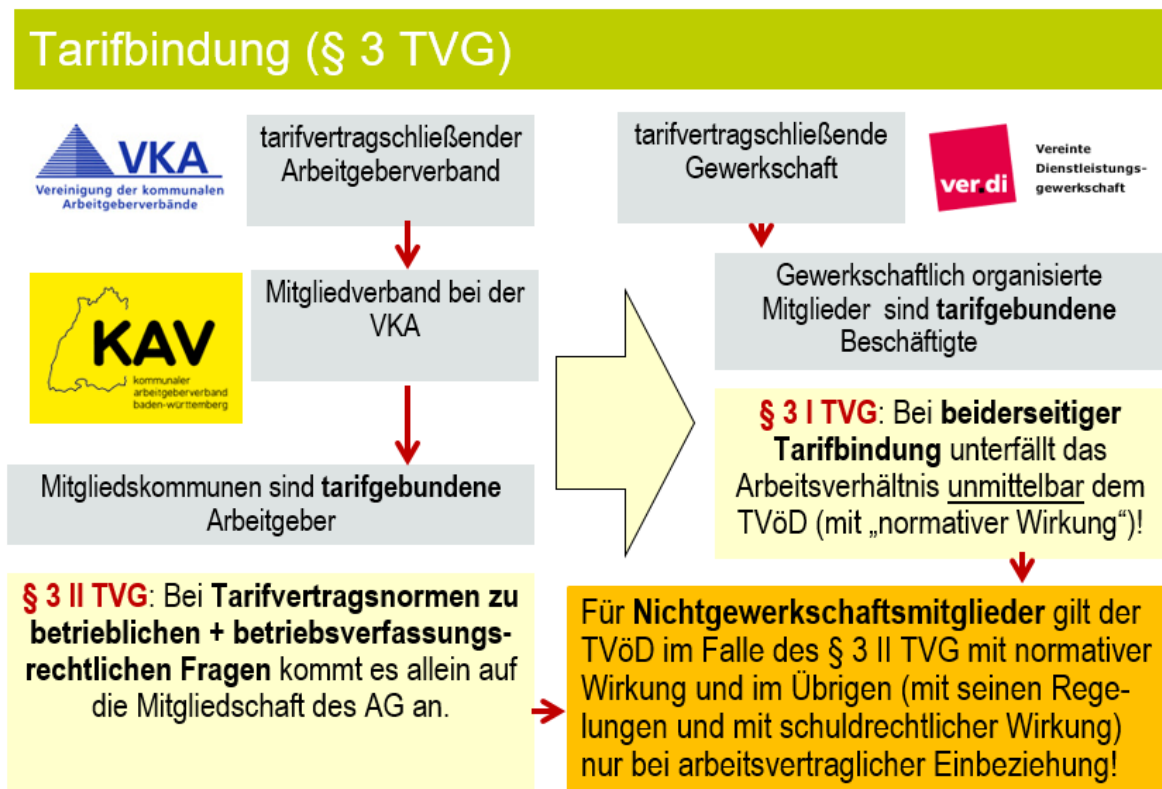
Übersicht: Zuständigkeit für personalrechtliche Entscheidungen im Beschäftigtenbereich

© GPA Baden-Württemberg



B. Wann liegt Tarifbindung vor und was bedeutet sie?

Für die Frage, ob Leistungen zu Recht bzw. mit oder ohne bzw. mit welchem Rechtsgrund gewährt werden, kommt es darauf an, ob und inwieweit die einzelnen Arbeitsverhältnisse dem TVöD unterliegen.



© GPA Baden-Württemberg

- (1) Bei **betrieblichen Regelungen des TVöD** (und betriebsverfassungsrechtlichen, die aber für die Prüfung von eher untergeordneter Relevanz sind) gelten diese **mit normativer Wirkung** für **alle** Arbeitsverhältnisse, allein schon dann, wenn der Arbeitgeber Mitglied beim KAV ist.

Betriebliche Regelungen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG sind Regelungen in einem Tarifvertrag, die dem Arbeitgeber Pflichten zugunsten der gesamten Belegschaft eines Betriebs (oder einer Gruppe) auferlegen, z.B. die Einrichtung von Umkleieräumen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG fallen hierunter Tarifvorschriften, „die in der sozialen Wirklichkeit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nur einheitlich gelten können“:

- ... wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen das Bedürfnis nach einer einheitlichen Regelung besteht (Haufe aaO)
- ... tarifvertragliche Regelungen, deren inhaltlicher Gegenstand den erzwingbaren Mitbestimmungsrechten des Betriebsverfassungsgesetzes unterliegt.

Gemeint sind vor allem Regelungen, die unmittelbar die Organisation und Gestaltung des Betriebs betreffen. Es kommen aber auch Normen mit Doppelcharakter in Frage (Inhalts- und Betriebsnorm → Auslegungsfrage).

Beispiele aus der Rechtsprechung:

- „Torkontrollen“ oder „Vorschriften für Entlüftung und Heizung von Arbeitsräumen“ = betriebliche Frage
- Tarifregelung über Schließung von Geschäftsstellen an Silvester = betriebliche Frage
- Eingruppierungsbestimmungen regeln nicht die Frage der Beschäftigung, sondern der Entgeltfindung = Inhaltsnorm

(2) Bei **anderen Regelungen (nicht betrieblicher Art)** greifen diese (ohne weiteres) mit normativer Wirkung **nur bei beiderseitiger Tarifbindung**, also organisierten Beschäftigten. Bei nichtorganisierten Beschäftigten können entsprechende Regelungen (nur) durch den Arbeitsvertrag (auf der Vertragsebene) vereinbart werden.

Für die Beurteilung eines Arbeitsverhältnisses (und auch insbes. dafür, ob Zahlungen mit Rechtsgrund oder rechtsgrundlos bzw. rechtswidrig geleistet worden sind) ist es somit ein (zumindest rechtlicher) Unterschied, ob beiderseitige Tarifbindung gegeben ist oder ob diese nur auf Seiten des Arbeitgebers besteht.

Schaubild konstitutive Wirkung des TVöD und arbeitsvertragliche Vereinbarungen

© GPA Baden-Württemberg

Unmittelbare Geltung des TVöD bei **beiderseitiger Tarifbindung** und im Falle des **§ 3 II TVG**

- Die vergütungs- und entgeltbezogenen Regelungen des TVöD gelten unmittelbar und zwingend (§ 4 TVG)
- Abweichungen zu Ungunsten der Beschäftigten sind nur zulässig, wenn und soweit dies im Tarifvertrag durch eine Öffnungsklausel zugelassen ist.

Ansonsten gelten die Unabdingbarkeit eines Tarifvertrages bzw. das Günstigkeitsprinzip.

Arbeitsvertragliche Geltung des TVöD bei **einseitiger Tarifbindung** der Kommune

- Im Verhältnis zum Beschäftigten kommt es (nur) darauf an, was der Arbeitsvertrag regelt. Überzahlungen können sich nur am Vertragsinhalt orientieren.
- Im Verhältnis zum Gemeinderat kommt es darauf an, was dieser regeln wollte (weichen die Verträge davon ab?).
- Die Mitgliedsbeziehung zum KAV ist prüfungsseitig uninteressant.

In der kommunalen Praxis wird es häufig schon von Seiten der Personalverwaltung keine aktenkundige, rechtliche Unterscheidung zwischen gewerkschaftlich organisierten und nicht-organisierten Beschäftigten geben. Für die **Prüfung der Arbeitsverhältnisse** entsteht dadurch ein Differenzierungsproblem.

Beispiel: § 18 TVöD – keine betriebliche Norm

§ 18 TVöD ist eine Inhaltsnorm, die für die Gruppe der nicht organisierten Beschäftigten individualvertraglich geregelt werden kann (unter Beachtung des Gleichheitsprinzips in dieser Gruppe).

Wie lösen wir das Problem?
 → „stillschweigende“ **Unterstellung beiderseitiger Tarifbindung bei arbeitsvertraglicher Umsetzung**
 → **Differenzierung bei vertraglichen Abweichungen vom TVöD (Gewerkschaftsmitglied oder nicht)**

➤ **Unmittelbare Geltung des TVöD (nur) bei beiderseitiger Tarifbindung**
 → Nichtigkeit einer „DV Gießkanne“
 → keine A-Feststellung, da keine Finanzwirksamkeit zu Lasten der Kommune, aber Feststellung mit Aufnahme ins Kapitel 2

➤ **Ggf. arbeitsvertragliche Geltung des § 18 TVöD** → es kommt auf den Arbeitsvertrag an. Keine Nichtigkeit einer DV Gießkanne bezgl. der Gruppe der Nichtorganisierten, evtl. „interne Rechtswidrigkeit“

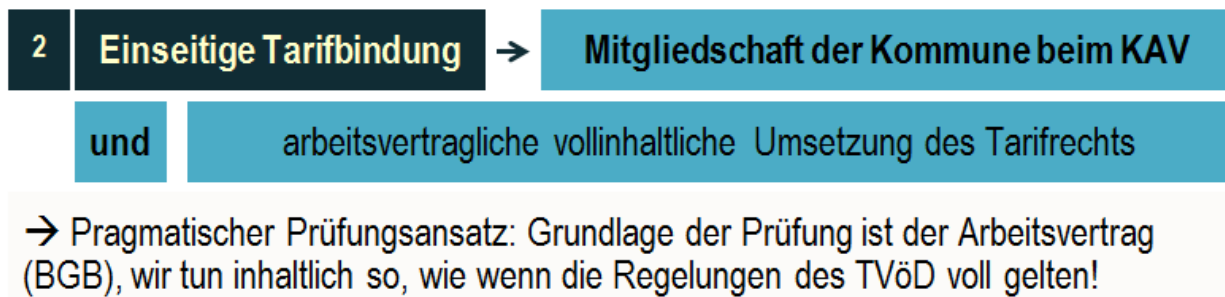
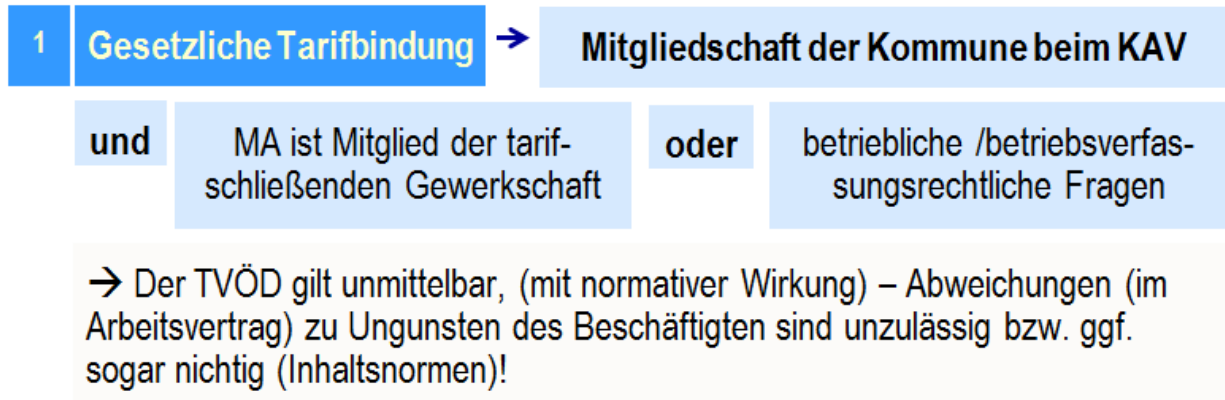
➤ **Arbeitsvertragliche Regelungen eigener Art (Vertragsfreiheit)**

© GPA Baden-Württemberg

C. Prüfungskonstellationen mit und ohne Tarifbindung

Diesem Differenzierungsproblem kann die Prüfung durch die Bildung folgender Prüfungskonstellationen begegnen:

Prüfungskonstellationen mit Tarifbindung Kommune



© GPA Baden-Württemberg

Soweit für die Kommune **Tarifbindung besteht und das Tarifrecht (d.h. die tarifvertraglichen Regelungsinhalte) arbeitsvertraglich im Grundsatz vollinhaltlich umgesetzt wird** (entweder durch textliche Aufnahme der Regelungen in den Vertrag oder durch eine Inbezugnahme auf den TVöD), kann in der Prüfung - aus pragmatischen Gründen - die Tatsache außer Acht bleiben, dass die gesetzliche Tarifbindung bei tariflichen Inhaltsnormen an sich nur für die Beschäftigten eintritt, die gewerkschaftlich organisiert sind.

Rechtlich sind die beiden Fallkonstellationen allerdings nicht gleichzusetzen.

Wird **trotz Tarifbindung** des Arbeitgebers **arbeitsvertraglich (gewollt) vom TVöD abgewichen**, sind die rechtlichen Auswirkungen u.a. davon abhängig, ob die jeweiligen Beschäftigten gewerkschaftlich organisiert sind oder nicht, d.h. ob auch auf ihrer Seite die Bindungswirkung vorliegt. In der Prüfung wird das in der Regel kaum zu erkennen sein bzw. ermittelt werden können.

Die Prüfung kann insoweit in der Regel nur mit pauschalen, aber wesentlichen Feststellungen schließen. Dies kann z.B. in der Weise geschehen, dass festgestellt wird, dass die beiderseitige Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG in den geprüften Fällen nach Aktenlage nicht beurteilt und die Finanzprüfung insoweit nicht zu Ende geführt werden konnte. Es kann ferner darauf hingewiesen werden, dass die Arbeitsverträge mit Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaften gem. § 139 BGB ganz oder teilweise nichtig sind, soweit die Abweichungen Inhaltsnormen betreffen (soweit kann die Prüfung allerdings schon reichen - eben nur nicht auf das einzelne Beschäftigungsverhältnis bezogen). Dies gilt auch dann, wenn die Kommune gar nicht weiß, ob die betroffenen Beschäftigten organisiert sind oder nicht. Bei Nichtgewerkschaftsmitgliedern gilt der Arbeitsvertrag (abgesehen von den betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen des TVöD - § 3 Abs. 2 TVG); insoweit können sich Feststellungen ergeben, wenn die Abweichungen den Grundsatzbeschlüssen des Gemeinderats widersprechen (s.u. Nr. 3).

Bei **beiderseitiger Tarifbindung** ist der Tarifvertrag unabdingbar und er gilt unmittelbar mit konstitutiver Wirkung. Abweichungen zu Ungunsten der Beschäftigten wären nur zulässig, wenn diese im Tarifvertrag selbst durch eine entsprechende Öffnungsklausel zugelassen worden wären. In der Regel erstreckt sich der Prüfungszweck nicht auf diese Fragestellung. Abweichungen zu Gunsten der Beschäftigten sind nach dem Günstigkeitsprinzip tarifrechtlich zulässig, können jedoch im Hinblick auf die generelle Zuständigkeit des Gemeinderats für übertarifliche Leistungen und wegen des Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsprinzips relevant werden.

Bei nur **einseitiger (Arbeitgeber) oder fehlender Tarifbindung** beruhen die Arbeitsverträge auf dem BGB, auch wenn die vollinhaltliche Anwendung der o.g. Regelungen des TVöD einzelvertraglich (inhaltlich wörtlich wiedergebend oder per Verweis) vereinbart worden ist.

Prüfungskonstellationen ohne Tarifbindung Kommune

4, 5	keine Tarifbindung der Kommune		
aber	Grundsatzbeschluss zur Anwendung des Tarifrechts	und	arbeitsvertragliche Umsetzung

→ Entsprechen die abgeschl. Arbeitsverträge und die daraus resultierenden Auszahlungen dem Beschluss und den arbeitsvertraglich vereinbarten Regelungen?

6	keine Tarifbindung der Kommune		
und	kein Grundsatzbeschluss zur Anwendung des Tarifrechts		

→ Die Ausgestaltung der „reinen“ BGB-Verträge obliegt dem nach der GemO bzw. der Hauptsatzung zuständigen Organ!

2. Handlungshinweise

A. Recht der Arbeitsverhältnisse; Kommunalverfassungsrecht

1. Gesetzliche Tarifbindung

Frage: In welchem Umfang gilt in der Kommune die gesetzliche Tarifbindung?

Rechtsgrundlage: §§ 3, 4 TVG

Die **normative Tarifbindung** im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG besteht:

(1) bei beiderseitiger Tarifbindung (§ 3 Abs. 1 TVG), d.h. wenn

- der Arbeitgeber wegen seiner Mitgliedschaft im Kommunalen Arbeitgeberverband an den Tarifvertrag gebunden ist
- **und** der Beschäftigte in einer tarifschließenden Gewerkschaft - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, dbb Tarifunion, usw. - organisiert ist.

Die kollektivrechtliche unmittelbare Geltung des TVöD ergibt sich in diesem Fall zwingend aus dem Tarifvertragsgesetz. Dem Arbeitsvertrag kommt - soweit der TVöD Regelungen enthält - nur deklaratorische Bedeutung zu; die vergütungs- und entgeltbezogenen Regelungen des TVöD gelten unmittelbar.

(2) Tarifvertragsnormen zu betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen entfalten ihre normative Wirkung gem. § 3 Abs. 2 TVG auch schon bei (alleiniger) einseitiger Tarifbindung des Arbeitgebers. Für die überörtliche Prüfung sind diese Fragestellungen allerdings in der Regel nicht von Bedeutung.

Dies bedeutet in der Konsequenz, dass sog. Inhaltsnormen (also solche Normen des TVöD, die nicht ausschließlich betrieblicher oder betriebsverfassungsrechtlicher Natur sind), wie z.B. § 18 TVöD, nicht mit normativer Wirkung greifen und nur individualvertraglich geregelt werden können, solange der Arbeitnehmer nicht organisiert ist.

Sonderfälle gesetzlicher Tarifbindung (nachrichtlich):

Für **Kommunen, die nicht dem KAV beigetreten sind**, ergäbe sich eine gesetzliche Tarifbindung nur dann, wenn der Tarifvertrag nach § 5 Abs. 1 TVG für allgemein verbindlich erklärt worden wäre. Diese Verbindlichkeit würde dann auch für die sonst nicht tarifgebundenen Arbeitgeber u. Arbeitnehmer gelten. Nach dem Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge (Stand 01.01.2014) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales sind die im öffentlichen Dienst abgeschlossenen Tarifverträge nicht allgemeinverbindlich. Die **Verpflichtung als direkter Tarifpartner** ist i.d.R. nicht gegeben, weil die zu prüfenden Körperschaften die Tarifierstellung durch ihre Mitgliedschaft im KAV bekunden und normalerweise nicht selbst Tarifvertragspartei sind.

2. (Einseitige) Tarifbindung der Kommune durch Mitgliedschaft beim KAV

Rechtsgrundlage: § 1 Abs. 1 TVöD

Für die Prüfung der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse kommt es - wie gesehen - nicht auf die Frage an, ob eine gesetzliche Tarifbindung besteht, solange die Kommune selbst gebunden ist und den Tarif in den Verträgen umsetzt.

Im Folgenden geht es um die **Mitgliedschaft beim KAV als solche** und - unabhängig von der zuvor unter 1. behandelten Fragestellung nach dem Umfang der Tarifbindung - um daraus resultierende **Konsequenzen im (Innen-) Verhältnis** zum Gemeinderat (GR) und zum KAV. Kommunalverfassungsrechtliche Mängel münden nicht in wesentliche Feststellungen (nur „einfache“ Rdnrn.); eine Relevanz kann sich jedoch mittelbar ergeben, weil tarifabweichende Leistungen - so sie vorliegen - dann i.d.R. nicht durch das Hauptorgan legitimiert wären.

Frage: Ist die bestehende Mitgliedschaft beim KAV vom GR als zuständigem Organ beschlossen worden?

Rechtsgrundlage: §§ 24, 39 Abs. 2 Nr. 7, 44 Abs. 2 GemO

Nach § 24 Abs. 1 i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr. 7 bzw. § 44 Abs. 2 Satz 3 GemO legt der GR die **Grundsätze für die Verwaltung** fest, wozu auch die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Bediensteten gehören.

Nach § 24 Abs. 2 Satz 1 GemO ist der GR im Einvernehmen mit dem Bürgermeister (BM) für die Ernennung, Einstellung und Entlassung der Gemeindebediensteten, für die nicht nur vorübergehende Übertragung einer anders bewerteten Tätigkeit sowie für die Festsetzung des Entgelts, sofern kein tarifrechtlicher Anspruch besteht, zuständig.

Soweit das Tarifrecht und die Tarifautomatik (§ 17 TVÜ-VKA) greifen, beschränkt sich die Entscheidung und das Einvernehmen darauf, ob die Voraussetzungen für die Eingruppierung vorliegen. Alles Weitere ergibt sich aus dem jeweiligen Tarifvertrag (GemO-Kommentar Aker, Hafner, Notheis § 24 Rdnr. 10.2). Der GR kann seine Zuständigkeiten durch Beschluss im Einzelfall oder durch Hauptsatzung dauernd auf einen beschließenden Ausschuss (§ 39 Abs. 1 GemO) oder den BM (§ 44 Abs. 2 Sätze 1 und 2 GemO) übertragen.

Hat die Verwaltungsspitze die Mitgliedschaft im Alleingang begründet, fehlt also ein solcher Beschluss, ist der GR mit der Angelegenheit zu befassen.

Davon ausgenommen sind allerdings:

- die Regelung der „allgemeinen Rechtsverhältnisse“ der Gemeindebediensteten (§ 24 Abs. 1, § 39 Abs. 2 Nr. 7, § 44 Abs. 2 Satz 3 GemO) und
- die Wahl der Beigeordneten sowie Angelegenheiten der leitenden Gemeindebediensteten (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 GemO).

Unter den Begriff „allgemeine Rechtsverhältnisse“ fallen die Regelungsinhalte, die für eine Mehrzahl, im Idealfall für alle Beschäftigten gelten sollen, und damit auch der Beitritt zum KAV. Aus der Mitgliedschaft ergibt sich, wegen der Verpflichtung zur Tarifierung, eine Regelung der allgemeinen Rechtsverhältnisse der Beschäftigten. Der Beschluss zur Mitgliedschaft beinhaltet zumindest konkludent den Beschluss, den TVöD anzuwenden.

Frage: Kann der Mitgliedsbeschluss mit Einschränkungen zur Tarifierung verknüpft werden?

Soweit die normative Wirkung der Tarifbindung greift, kann der GR-Beschluss zur Mitgliedschaft keine Ausnahmen vorsehen bzw. durch dem Tarif entgegenstehende Grundsatzbeschlüsse Ausnahmen festlegen. Soweit nicht tarifgebundene Beschäftigte betroffen sind, wären die Ausnahmen in ihrer arbeitsvertraglichen Umsetzung zwar wirksam, aber in grundsätzlicher Hinsicht rechtlich bedenklich, weil die Mitgliedschaft beim KAV generell keine Ausnahmen von der Tarifbindung vorsieht (§ 9 Verbandssatzung des KAV - u.a. Überschreitungsverbot) und die Kommune sich nicht widersprüchlich verhalten darf.

Frage: Liegen in der arbeitsvertraglichen Umsetzung Abweichungen von den Vorgaben des KAV oder des GR vor?

- (1) Kommunen, die Mitglied des KAV und / oder dessen Spitzenorganisation (VKA) sind, sind aufgrund der Satzung des KAV verpflichtet, die Tarifverträge und sonstigen Vereinbarungen vollinhaltlich anzuwenden. Diese (interne) Bindung erfolgt im Prinzip unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert ist. Insoweit geht die verbandsinterne Verpflichtung weiter, als es § 3 Abs. 1 TVG vorsieht.

Auszug aus der Homepage des KAV BW:

Pflichten der Mitglieder

Die Mitglieder unseres Verbandes sind grundsätzlich verpflichtet, die Tarifverträge durchzuführen, die unser Verband und unsere Spitzenorganisation, die VKA, mit Gewerkschaften abgeschlossen haben. Hieraus folgt auch die Notwendigkeit einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung, um die tarifvertraglichen Ansprüche der Beschäftigten auf Verschaffung erfüllen zu können. Die übrigen Rechte und Pflichten der Mitglieder sind in der Satzung unseres Verbandes niedergelegt.

Zu beachten ist, dass diese Verpflichtung bei einer sog. Gastmitgliedschaft beim KAV nicht eintritt. Nachdem diese in gleicher Weise wie Vollmitglieder die laufenden Informationen des Verbandes sowie die Hilfe und Beratung des Verbandes in Fragen des Arbeits-, Tarif- und Sozialrechts in Anspruch nehmen können, ergibt sich der genaue Status ggf. nur aus der Beitragsabrechnung.

- (2) Der Mitgliedsbeschluss des GR wirkt intern. Er erzeugt als solcher keine Wirkung auf das (Außen-) Verhältnis zum Beschäftigten. Das Arbeitsverhältnis ist erst betroffen, wenn die normative Wirkung beiderseitiger Tarifbindung einsetzt oder wenn die Beschlusslage nach außen, d. h. gegenüber dem Beschäftigten durch Umsetzung im Arbeitsvertrag, rechtliche Wirkung erlangt.
- (3) Ob und inwieweit die Satzungsverpflichtungen durch das Verbandsmitglied umgesetzt werden ist kein Primärzweck der Prüfung. Dies gilt auch für den kommunalverfassungsrechtlichen Mangel, der in einer Missachtung der Rechte und Pflichten des GR liegen würde. Allerdings würden „übertarifliche Leistungen“ (sofern solche vorliegen) den dargestellten Grundsätzen und dem Willen des GR widersprechen und damit zwar möglicherweise einzelvertraglich fundiert aber nicht vom zuständigen Organ legitimiert sein. In diesem Fall liegt zwar keine arbeitsrechtliche Überzahlung vor, aber gleichwohl ein für die Kommune nachteiliger Effekt, der in Übereinstimmung mit den behandelten Vorgaben zu bringen wäre.

3. Übertarifliche Vergütung

Übertarifliche Zulagen gewährt der Arbeitgeber zusätzlich zu einem Tarifgehalt oder Tariflohn. **Außertarifliche Vergütung** ist das Arbeitsentgelt eines Beschäftigten, der aufgrund seiner Tätigkeitsmerkmale und/oder der mit ihm vereinbarten Entgelthöhe nicht mehr unter den persönlichen Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrages fällt.

Fragen: Wer kann eine übertarifliche Vergütung gewähren?

Kann der GR (im Grundsatzbeschluss) den BM oder einen beschließenden Ausschuss dazu ermächtigen, z. B. über das Entgelt im Einzelfall oder über freiwillige Leistungen bis zu einer bestimmten Höhe zu entscheiden?

Rechtsgrundlage: § 24 Abs. 2, Satz 1 GemO

Trotz Tarifbindung sind übertarifliche Entgelte und sonstige Leistungen nach dem sog. Günstigkeitsprinzip tarifrechtlich zulässig. Sie unterliegen der Zuständigkeit des GR (§ 24 Abs. 2 Satz 1 GemO; Grundsatzbeschluss), die dieser allerdings im Einzelfall - anders als die allg. Rechtsverhältnisse - auf den BM delegieren kann. Einzelfall heißt in diesem Zusammenhang nicht unbedingt „der einzelne Vertrag“. Aus Praktikabilitätsgründen kann auch in allgemeiner Form delegiert werden, ohne allerdings die Entscheidungskompetenz im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 7 GemO völlig preiszugeben; die Delegation darf nicht dazu führen, dass die dem GR verbleibenden Entscheidungsbereiche nur noch untergeordneter Natur sind.

Beispiele (zulässige Delegation):

- „Der GR behält sich die Entscheidung in folgenden Angelegenheiten vor: ... Im Einvernehmen mit dem Oberbürgermeister
 - a) Beamte
 - b) Beschäftigte„Die Einstellung, Kündigung, Übertragung anders bewerteter Tätigkeiten und übertarifliche Vergütung ab Entgeltgruppe E 12 und Entgeltgruppe S 18 sowie die Leiter der Stabsstellen, Fachbereiche, Einrichtungen und Bezirksamter.“
- „Die Rechtsverhältnisse der Gemeindebediensteten werden folgendermaßen geregelt: ... Das Entgelt ist im Einzelfall durch den BM frei verhandelbar, soweit es die Höhe des Entgelts nach EG 12 Endstufe TVöD nicht überschreitet.“

Ergänzend:

Bei der Gewährung freiwilliger übertariflicher Leistungen entscheidet der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei darüber,

- ob er überhaupt derartige Leistungen gewährt,
- welches Gesamtvolumen er insoweit für die freiwilligen Leistungen zur Verfügung stellt und
- welche Arbeitnehmergruppen er (Gleichbehandlung ist zu beachten) mit der freiwilligen Leistung bedenken will.

Mitbestimmungspflichtig bei der Gewährung von übertariflichen Leistungen ist demgegenüber in dem gegebenen mitbestimmungsfreien Rahmen die Frage, wie das vorgegebene Volumen auf den vorgegebenen Arbeitnehmerkreis, nach welchen Maßstäben, verteilt wird; mitbestimmungspflichtig sind also die Gesichtspunkte der Verteilungsgerechtigkeit.

Frage: Inwieweit begrenzt der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit den Gestaltungsspielraum des GR?

Rechtsgrundlage: § 77 Abs. 2 GemO

Übertarifliche Leistungen unterliegen dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (§ 77 Abs. 2 GemO), der in Beziehung zur Leistungsfähigkeit der Kommune steht.

Es kann davon ausgegangen werden, dass die tariflichen Leistungen das allgemeine Ausgabenniveau definieren, das mit den kommunalwirtschaftlichen Grundsätzen in Einklang steht. Weicht die Kommune durch Mehr-Leistungen für ihre Beschäftigten davon ab, verlässt sie dieses Niveau. Allerdings hat die Kommune in Abhängigkeit von ihrer Leistungsfähigkeit einen weiten Spielraum. Feststellungen (ohne „A“) können im Sinne eines Hinweises auf Konsolidierungsmöglichkeiten getroffen werden. A-Rdnrn. (d.h. Rechtsverstöße gegen § 77 Abs. 2 GemO) dürften nur in den seltensten Fällen in Frage kommen.

4. Keine Mitgliedschaft beim KAV; Grundsatzbeschluss des GR und entsprechende Arbeitsverträge („BGB- arbeitsvertragliche Tarifierung“)

Frage: Sind die Festlegungen des GR im Grundsatzbeschluss zur (vollständigen oder teilweisen) freiwilligen Anwendung tarifrechtl. Vorschriften rechtskonform?

Rechtsgrundlage: §§ 24, 39 Abs. 2 Nr. 7, 44 Abs. 2 GemO

Besteht keine Mitgliedschaft beim KAV, entsteht auch **keine Tarifbindung**, auch nicht nach dem TVG. Der GR hat einen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum; er kann - im Rahmen eines **Grundsatzbeschlusses** - zwischen vollständiger und teilweiser oder gar keiner Tarifierung wählen.

In Form einer Teilanwendung kann vereinbart werden,

- dass bestimmte Paragraphen des BAT/TVöD gelten sollen. Im Übrigen wird die Geltung des Tarifvertrags ausdrücklich ausgeschlossen oder
- dass der Tarifvertrag mit Ausnahme der §§ ... BAT/TVöD Anwendung finden soll.

Verbreitet werden Arbeitsverhältnisse auch "in Anlehnung an den BAT/TVöD" abgewickelt. Dies kann durch ausdrückliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag geschehen oder durch tatsächliche Handhabung. Durch eine wiederholte vorbehaltlose Abwicklung einzelner Tatbestände nach dem BAT/TVöD kann sich ein Anspruch auf bestimmte tarifliche Leistungen aus betrieblicher Übung ergeben (vgl. Nrn. A. 8 und A. 9).

Die hier vorliegende „interne Bindung“ (durch den GSB) an die tarifrechtlichen Regelungsinhalte und die entsprechenden vertraglichen Verpflichtungen im Beschäftigungsverhältnis dürfen nicht mit der normativen Tarifbindung verwechselt werden.

Frage: Betrifft der Grundsatzbeschluss nur einen Teil der Beschäftigten?

Der Beschluss, der losgelöst vom einzelnen Beschäftigungsverhältnis mit dem Willen gefasst wird, die getroffenen Regelungen künftig den entsprechenden AV zugrunde zu legen, beinhaltet eine allgemeine (grundsätzliche) Regelung i.S.v. § 39 Abs. 2 Nr. 7 GemO. Aker/Hafner/Notheis Rdnr. 16 zu § 39: „Unter die Regelung der allg. Rechtsverhältnisse fallen nur diejenigen, die für alle Mitarbeiter oder Gruppen von Mitarbeitern der Gemeinde gelten ... nicht jedoch die Entscheidung über einzelne Personalfragen.“ Der GR kann somit entweder (vgl. § 24 Abs. 2 Satz 1 GemO)

- im Rahmen seiner Zuständigkeit einzelvertragliche Vorstellungen umsetzen
- im Rahmen eines durch GR-Beschluss in die Zuständigkeit des BM übertragenen Einzelfalls individuelle Vorgaben machen oder

- im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 7 GemO generelle Vorgaben formulieren.

Beschlüsse zur Anwendung des Tarifrechts (ganz oder teilweise oder auch nur für eine bestimmte Beschäftigtengruppe oder eine solche ausnehmend) sind Grundsatzbeschlüsse. Dabei spielt es im Prinzip keine Rolle, ob der GSB als solcher („isoliert“) oder qua entsprechender Regelungen in einer Hauptsatzung gefasst wird. Allerdings muss die dauerhafte Übertragung der Personalzuständigkeit gem. § 44 Abs. 2 Satz 2 in der Hauptsatzung geregelt werden.

Frage: Was kann der Grundsatzbeschluss nicht regeln?

Dem allgemeinen Arbeitsrecht nach BGB und der Rechtsprechung des BAG zuwiderlaufende Regelungen dürfen nicht beschlossen werden.

Frage: Welche Wirkung hat der GR-Beschluss?

Ein GR-Beschluss hat keine unmittelbare Außenwirkung. Er bindet nur die Verwaltung im Innenverhältnis. Rechtliche Wirkung gegenüber dem Beschäftigten erlangt der Beschluss erst durch die Umsetzung im Arbeitsvertrag. Der BM vertritt die Gemeinde im Außenverhältnis (§ 42 Abs. 1 GemO); insoweit weist die GemO die Vertretung im Rechtsverkehr dem BM bzw. seinem Stellvertreter oder einem Beigeordneten zu. Diese ist unbeschränkt und wirkt deshalb auch, wenn dieser die Befugnisse aus dem Innenverhältnis überschreitet.

Dies gilt auch, wenn ein im Gemeinderat beschlossener (und vom BM ausgefertigter) Arbeitsvertrag nicht den Vorgaben des Grundsatzbeschlusses entspricht (Einzelfall, der nicht den Grundsatzbeschluss als solchen modifiziert). Die Prüfung kann in solchen Fällen (ohne „A“) auf die Diskrepanz hinweisen.

Frage: Ist der Grundsatzbeschluss (mehrfach) modifiziert oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben worden?

Ein Grundsatzbeschluss kann im Prinzip jederzeit durch einen entsprechenden GR-Beschluss aufgehoben werden; dies kann auch konkludent geschehen, wenn der GR nachhaltig (nicht nur in einem Einzelfall) vom Grundsatzbeschluss abweichende Beschäftigungsverhältnisse beschließt. Der Änderungs- oder Aufhebungsbeschluss wirkt in erster Linie in die Zukunft. Bestehende Arbeitsverträge haben einen gewissen Bestandschutz (insbes. bei gegenüber den Beschäftigten nachteiligen Regelungen), sofern nicht in den Verträgen selbst entspr. Anpassungsklauseln enthalten sind.

Frage: Entspricht die arbeitsvertragliche Ausgestaltung der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse dem Beschlussinhalt?

Weicht bei einzelnen Beschäftigten / Beschäftigungsgruppen der Arbeitsvertrag vom Grundsatzbeschluss ab, so stellt dies kommunalrechtlich einen Verstoß gegen den GR-Beschluss dar, der jedoch keinen Anspruch auf Korrektur des Arbeitsvertrags auslöst, da im privaten Rechtsverkehr der Vertretene sich das Verhalten seines Vertreters zurechnen lassen muss. Allerdings kann sich der BM bei Überschreitung seiner Vertretungsmacht ggf. schadensersatzpflichtig machen.

Frage: Welche Folgen ergeben sich aus einer unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltung der Arbeitsverträge?

Ist der Arbeitgeber nicht dem Arbeitgeberverband beigetreten, gilt der TVöD nur aufgrund und im Umfang arbeitsvertraglicher Vereinbarung (§§ 145 ff. BGB). Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit ist es den Parteien unbenommen, lediglich die Geltung einzelner Vorschriften des TVöD individualrechtlich in den Arbeitsverträgen zu vereinbaren oder einzelne Regelungen des Tarifvertrags ausdrücklich aus der Geltung für den Arbeitsvertrag herauszunehmen. Eine vom Tarif abweichende arbeitsvertragliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses kann aber (möglicherweise) dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz entgegenstehen (siehe Nr. 7).

Frage: Hat der GR eine teilweise Tarifierstellung beschlossen und für die ausgenommenen tarifrechtlichen Bestimmungen generelle, verbindliche eigene Regelungen getroffen?

Hat der GR für die ausgenommenen tarifrechtlichen Bestimmungen generelle, verbindliche **eigene Regelungen** getroffen, müssen diese im Sinne einer Mindestanforderung mit den gesetzlichen Standards (s. z. B. ArbZG, BUrIG, BGB) im Einklang stehen.

Wesentlicher Ansatz ist hier auch die Ausgestaltung der Entgeltzahlung. Diese muss hinreichend konkret bestimmt sein. Ist dies nicht der Fall, ergibt sie sich aus § 612 Abs. 2 BGB, der besagt: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.“ Die übliche Vergütung kann ggf. trotz fehlender Tarifbindung der Tariflohn sein.

Frage: Sind personalrechtliche Entscheidungsbefugnisse bei Eigenbetrieben auf die Betriebsleitungen delegiert?

Sofern das Hauptorgan in seinem Grundsatzbeschluss die volle Tarifierung beschlossen hat, sind davon abweichende Vereinbarungen, z.B. übertarifliche Leistungen, sowohl bei der Kommune wie auch beim Eigenbetrieb ausgeschlossen. Daran ist grundsätzlich auch eine Betriebssatzung für einen Eigenbetrieb gebunden, die personalrechtliche Entscheidungsbefugnisse zur dauernden Erledigung auf die Betriebsleitung überträgt.

Ist diese volle, uneingeschränkte Tarifbindung nicht beabsichtigt (oder wird sie nachträglich gelockert), muss dies vom Hauptorgan in die Beschlussfassung einbezogen werden. Dies kann auch dadurch geschehen, dass in einer Betriebssatzung (über die das Hauptorgan entschieden hat) folgende Regelung aufgenommen wird:

„Die Einstellung, Höhergruppierung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Beschäftigten (einschl. Oberärzten) und Auszubildenden, die Übertragung einer anders bewerteten Tätigkeit auf einen Beschäftigten sowie die Festsetzung der Vergütung, sofern kein Anspruch aufgrund eines Tarifvertrags besteht.“

Dies schließt die Gewährung über- und außertariflicher Leistungen mit ein. Allerdings muss das Hauptorgan eine bewusste Abweichung vom Grundsatzbeschluss gefasst haben, so dass zumindest aus den Sitzungsunterlagen über den Beschluss zur Betriebssatzung deutlich werden muss, dass der Gemeinderat / Kreistag diese „Öffnung“ wollte. Zweifel gehen zu Lasten der Satzungsregelung.

Im Übrigen unterliegen diese übertariflichen Leistungen denselben Beschränkungen wie sie in der Kommune selbst gelten würden (also insbes. Wirtschaftlichkeit). Beim Thema „Gleichbehandlung“ ist Vorsicht geboten, weil verschiedene Eigenbetriebe untereinander und auch im Verhältnis zur Kommune nicht automatisch gleich sind; es kann aber ggf. empfohlen werden, um ein einigermaßen ausgeglichenes Lohnniveau in der Kommune zu haben, den Delegationsbeschluss möglichst mit einigen Rahmendaten zu konkretisieren.

Frage: In welcher Form verweist der Arbeitsvertrag auf die (volle) Anwendung des Tarifrechts?

Wird arbeitsvertraglich die Geltung eines bestimmten Tarifvertrags eines bestimmten Veröffentlichungsdatums vereinbart, unabhängig von späteren Veränderungen, handelt es sich um eine **statische Verweisung**.

Beispiel: „Es gelten die Bestimmungen des TVöD-.... [Sparte] und der diesen ergänzenden Tarifverträge in der Fassung des 1. Tarifvertrags vom 13. September 2005.“

Die statische arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel bewirkt, dass bei jeder tarifrechtlichen Änderung zu entscheiden ist, ob und in welchem Umfang sie arbeitsvertraglich nachvollzogen werden soll. Auch die wiederholte freiwillige Weitergabe einer Tarifierhöhung führt grundsätzlich nicht zu einer Verpflichtung, die zukünftigen Tarifierhöhungen weiterzugeben. Es entsteht insoweit kein Anspruch aus betrieblicher Übung. (BAG, Urt. v. 20.06.2001 – 4 AZR 290/00; BAG, Urt. v. 09.02.2005 – 5 AZR 284/04). Gleichwohl empfiehlt es sich, in den Mitteilungen an die Beschäftigten zu verdeutlichen, dass die Entscheidung über die freiwillige Weitergabe der Tarifierhöhung nur für die aktuelle Tarifrunde gilt und dass damit keine Ansprüche auf zukünftige Tarifierhöhungen begründet werden.

Durch einen **dynamischen Verweis** (dürfte die Regel sein) können auch künftige Veränderungen des Tarifrechts in das Arbeitsverhältnis einbezogen werden.

Beispiel: "Es gelten die Bestimmungen des TVöD-.... [Sparte] und der diesen ergänzenden, ändernden und ersetzenden Tarifverträge in der für die VKA jeweils gültigen Fassung." Nach der Rechtsprechung des BAG wird eine dynamische Verweisung so ausgelegt, dass im Falle einer Auslagerung von Betrieben oder Betriebsteilen, in der neuen Einrichtung der TVöD weiterhin "in der jeweils gültigen Fassung" dauerhaft, inklusive aller Änderungen und Veränderungen, angewandt werden muss (z.B. bei Auslagerung von Einrichtungen in Zweckverbände).

Frage: Was ist beim Übergang vom BAT zum TVöD zu beachten?

Bei nicht normativ tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen werden die Bestimmungen des BAT bzw. BMT-G II, MTArb nicht automatisch durch den TVöD abgelöst. Entscheidend ist die Formulierung in den **Arbeitsverträgen**.

Der TVÜ-VKA enthält einerseits Vorschriften zur Ablösung des BAT, andererseits auch Bestimmungen zu dessen Fortgeltung in bestimmten Bereichen (insbesondere für die Beschäftigten in Versorgungs-, Nahverkehrsbetrieben sowie Wasserwirtschaftsverbänden).

Er ist somit kein allgemein ersetzender Tarifvertrag, mit der Folge, dass das bisherige Tarifrecht außer Kraft träte. Der BAT endet nicht. Dort, wo die von den Tarifvertragsparteien gewollt ersetzende Wirkung nicht eintritt, gilt der BAT, BAT-O usw. als unmittelbare und zwingende Rechtsnorm (§§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 1 TVG) weiter.

Ferner tritt nach dem Wortlaut des TVÜ-VKA die ersetzende Wirkung des TVöD generell nur bei tarifgebundenen Arbeitgebern – die Mitglied eines Mitgliedverbands der VKA sind – ein (§ 2 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA).

Fraglich ist, wie weit bei BAT-Anwendern, die nicht tarifgebunden sind, eine ersetzende Wirkung eintritt. Bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern sind die entsprechenden Vertragsklauseln auszulegen. Ob der Arbeitsvertrag nur auf einen bestimmten Tarifvertrag verweist (statische Verweisungsklausel) oder auch die Tarifänderungen oder ersetzendes Tarifrecht erfasst (dynamische Verweisungsklausel bzw. Tarifwechselklausel), hängt von der Formulierung im Arbeitsvertrag ab.

Ist bei nicht tarifgebundenen BAT-Anwendern im Arbeitsvertrag z. B. vereinbart: "Auf das Arbeitsverhältnis findet der BAT und die diesen ergänzenden bzw. ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der für die VKA jeweils gültigen Fassung Anwendung ...", so gelten für das Arbeitsverhältnis ab dem 1. Oktober 2005 regelmäßig die Bestimmungen des TVöD.

War der Arbeitgeber bisher nicht Mitglied eines kommunalen Arbeitgeberverbandes, handelt es sich bei der Vereinbarung im Arbeitsvertrag um eine von Anfang an gewillkürte Tarifbindung. Die Vertragsklausel stellt eine echte Verweisungsklausel dar. Bei der genannten Formulierung kann davon ausgegangen werden, dass Gegenstand der Vereinbarung ist, das jeweils für tarifgebundene Gemeinden geltende Tarifrecht anzuwenden. In diesem Fall kommen aufgrund der Verweisungsklausel ab dem 1. Oktober 2005 der TVöD und der TVÜ-VKA zur Anwendung. Wird dagegen im Arbeitsvertrag nur auf den BAT bzw. den "BAT sowie die ergänzenden Tarifverträge in der kommunalen Fassung verwiesen", so ist der Arbeitsvertrag auszulegen.

In den der Entscheidung des BAG (BAG, Urt. v. 16.12.2009 – 5 AZR 888/08, NZA 2010, 401) zugrundeliegenden Arbeitsverträgen eines nicht tarifgebundenen Arbeitgebers wurde auf den "BAT Bund/TdL in der jeweils gültigen Fassung" verwiesen. Ein Mitarbeiter hatte auf die Gewährung von Einmalzahlungen nach dem für die Jahre 2006 und 2007 gültigen TV-Einmalzahlungen sowie Ausgleich für Arbeit am 24.12.2006 nach TV-L geklagt.

Nach dieser Entscheidung des BAG wird der BAT bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber aufgrund der Regelung in § 2 Abs. 1 TVÜ nicht automatisch durch das neue Tarifrecht ersetzt. Auch ist unerheblich, dass die Tarifvertragsparteien eine Niederschriftserklärung zu § 2 Abs. 1 TVÜ abgegeben haben, nach der sie davon ausgehen, dass der TVöD bzw. TV-L das bisherige Tarifrecht auch dann ersetzt, wenn arbeitsvertragliche Bezugnahmen nicht ausdrücklich den Fall der ersetzenden Regelung beinhalten. An diese Bestimmung seien die (nicht tarifgebundenen) Arbeitsvertragspartner nicht gebunden. Gleichwohl ergibt sich die Anwendung des neuen Tarifrechts jedoch aus einer ergänzenden Vertragsauslegung.

Hierzu wird bemerkt:

- Die arbeitsvertragliche Vereinbarung wonach sich die Vergütung nach dem (im konkret entschiedenen Fall) "BAT Bund/TdL in der jeweils gültigen Fassung" richtet, stellt eine sog. kleine dynamische Bezugnahme auf den Tarifvertrag dar.

- Zwar trage der Wortlaut der als Allgemeine Geschäftsbedingung auszulegenden Vertragsklausel eine Erstreckung auf den TVöD bzw. TV-L nicht: der neue Tarifvertrag (TVöD bzw. TV-L) ist keine "gültige Fassung" des BAT. Die Bezugnahmeklausel sei jedoch seit der Ersetzung des BAT durch den TVöD bzw. TV-L lückenhaft. Der BAT wurde für den Bund und die VKA durch den TVöD zum 1.10.2005, für die Länder durch den TV-L zum 01.11.2006 ersetzt. Dabei handele es sich nicht um einen Tarifwechsel im Sinne des Wechsels zu einem anderen Tarifvertrag, sondern um eine sog. Tarifsukzession: Gewerkschaft und Arbeitgeberseite ersetzen übereinstimmend ein Tarifwerk durch ein anderes Tarifwerk.

Durch diese Tarifsukzession sei die zeitdynamisch ausgestaltete Bezugnahme auf den BAT im Arbeitsvertrag letztlich zu einer statischen Bezugnahme geworden, weil das in Bezug genommene Objekt – der BAT – von den Tarifvertragsparteien nicht mehr weiterentwickelt werde.

- Die entstandene Regelungslücke sei mittels ergänzender Vertragsauslegung regelmäßig dahingehend zu schließen, dass sich die Vergütung nach dem den BAT ersetzenden Tarifvertrag richten soll. Aus der dynamischen Ausgestaltung der Bezugnahmeklausel ergebe sich der Wille der Arbeitsvertragsparteien, die Vergütung nicht in einer bestimmten Höhe festzuschreiben, sondern sie dynamisch an der jeweiligen Höhe der Vergütung der Angestellten im öffentlichen Dienst auszurichten. Ein "Einfrieren" der Vergütung auf den Zeitpunkt der Tarifsukzession entspreche nicht den Interessen der Arbeitsvertragsparteien. Nach Auffassung des BAG haben sich die Arbeitsvertragsparteien mit der dynamischen Ausgestaltung der Bezugnahme auf den BAT für die Zukunft der Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes anvertraut. Die mit der Einführung des TVöD/TV-L verbundene Änderung der Tarifwerke (Zitat) "wirkt nicht anders auf den Arbeitsvertrag ein als eine (tiefgreifende) inhaltliche Änderung des im Arbeitsvertrag benannten Tarifvertrags". Mit dem Nachvollziehen der Tarifsukzession auf arbeitsvertraglicher Ebene würden die Parteien nicht anders gestellt, als sie stünden, wenn die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes den BAT reformiert und ihm einen neuen Inhalt gegeben hätten.

Durch ergänzende Vertragsauslegung ist weiter zu bestimmen, welches neue Tarifwerk als Nachfolgeregelung Anwendung findet. Im Zweifel ist anzunehmen, dass die Arbeitsvertragsparteien das Vergütungssystem gewählt hätten, das gelten würde, wenn die betrieblichen Tätigkeiten innerhalb des öffentlichen Dienstes erbracht würden.

5. Faktische Dynamisierung durch Überleitung (ohne Grundlage)

Frage: Welche Wirkung hat eine abweichend vom Vertrag und Beschluss vorgenommene Dynamisierung?

- Sofern die **normative Wirkung** des Tarifrechts greift (also bei beiderseitiger Tarifbindung oder bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Themen mit einseitiger Tarifbindung des Arbeitgebers) ist die vertragliche Umsetzung wegen der unmittelbaren Geltung nur eine deklaratorische Folge, aber auch eine notwendige Umsetzung der Schriftlichkeit (s.u. Nr. 10).
- Liegt nur **Tarifbindung beim Arbeitgeber** vor und ist eine faktische Dynamisierung zwar eingetreten, aber keine vertragliche, müssten die Arbeitsverhältnisse differenziert betrachtet werden. Bei Inhaltsnormen reicht eine faktische Dynamisierung nicht aus, um Leistungen nach dem neuen Tarifrecht zu begründen.

Beispiel: Im Arbeitsvertrag wurde zwar - entsprechend dem Grundsatzbeschluss des GR - die Anwendung eines Tarifvertrags (z.B. BAT) vereinbart, nicht aber diesen ersetzende Tarifverträge (wie z.B. TVöD); dennoch wird auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse faktisch der ersetzende Tarifvertrag angewendet (z. B. Überleitung in den TVöD; Entgelt nach TVöD). Für die Anwendung des ersetzenden Tarifvertrags fehlt es an der arbeitsvertraglichen Grundlage. Auch im Innenverhältnis legitimiert der GR-Beschluss nicht zur Anwendung des ersetzenden TV.

6. "Reine" (privatautonome) BGB-Arbeitsverträge

Frage: Welches Recht gilt, wenn die Kommune weder KAV-Mitglied ist noch ein Grundsatzbeschluss über die Rechtsverhältnisse der Beschäftigten vorliegt?

Das Arbeitsrecht ist Zivilrecht und umfasst alle Gesetze, Verordnungen und sonstigen verbindlichen Bestimmungen zur unselbständigen, abhängigen Erwerbstätigkeit. Sofern keine Tarifbindung beim Arbeitgeber besteht und auch keine Selbstbindung durch entsprechende Beschlüsse, scheidet ein Rückgriff auf das Kollektivarbeitsrecht (Verhältnis zwischen Gewerkschaften, Betriebsräten bzw. Personalräten auf der einen Seite und den Arbeitgeberverbänden und Arbeitgebern auf der anderen Seite) und es gilt allein das Individualarbeitsrecht (Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer).

Frage: Leitet sich aus der Formulierung des § 24 Abs. 1 Satz 1 GemO eine Verpflichtung ab, einen Grundsatzbeschluss zu fassen?

Der GR besitzt nach der Regelung die Grundsatzkompetenz. Zu den daraus resultierenden Grundsatzbeschlüssen zählen insbesondere die Gemeindeentwicklungsplanung, die mittelfristige Finanzplanung, die Haushaltsplanung und die Bauleitplanung (Klaus Ade in Praxis der Kommunalverwaltung, Sept. 2009). Insoweit ist davon auszugehen, dass der **GR nicht verpflichtet** ist, einen Grundsatzbeschluss zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Beschäftigten zu fassen, wie dies bisher immer wieder in Prüfungsfeststellungen gefordert wurde. Die Bestimmung regelt auch nicht den Umfang der Grundsatzentscheidungen. Etwas Anderes ist es, aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität eine entsprechende Empfehlung auszusprechen.

§ 39 Abs. 2 GemO (hier Nr. 7 Regelung der allgemeinen Rechtsverhältnisse der Gemeindebediensteten) ist eine Zuständigkeitsregelung, die für besonders bedeutsame Aufgabengebiete abschließend festlegt, dass bei diesen die Entscheidungszuständigkeit nicht auf einen beschließenden Ausschuss und insoweit auch nicht auf den BM (§ 44 Abs. 2 Satz 3 GemO) übertragen werden kann. Verpflichtungen ergeben sich aus ihr nicht.

Frage: Sind bei der Vertragsgestaltung (insbes. durch den BM, aber auch durch den GR) die Privatautonomie begrenzende kommunalrechtliche Faktoren beachtet worden?

Bei der Ausgestaltung der Arbeitsverträge gilt im Prinzip die Vertragsfreiheit. Diese können also grundsätzlich in allen Punkten (Arbeitszeit, Entgelt, Zulagen, etc.) frei verhandelt werden (vom BM oder GR – je nach Zuständigkeit).

Dabei besteht ein größerer kommunaler Spielraum, der „nur“ durch die folgenden Punkte begrenzt ist.

- **Zuständigkeitsgrenze laut Hauptsatzung** (siehe auch B 1): Werden dem BM kraft HS - obwohl das Tarifrecht ja nicht gilt - z.B. „alle Ernennungen, Einstellungen und Entlassungen und sonstigen personalrechtlichen Entscheidungen von Beschäftigten der Entgeltgruppen 1-8 TVöD ...“ übertragen, entspricht dieser Verweis einer geldbetragsmäßigen Zuständigkeitsobergrenze von EG 8 St. 6 TVöD = derzeit 3.097,26 € brutto/Monat x 12. Das durch den BM vereinbarte Bruttojahresgehalt darf, inkl. sämtlicher Zulagen, Zuschläge, Einmalzahlungen etc., 37.167,12 € nicht übersteigen.
- **Gesetzliche Mindestanforderungen:** Vor allem Regelungen des BGB zu privatrechtl. Arbeitsverhältnissen sowie öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzgesetze z.B. BUrlG, AGG, ArbZG, TzBfG etc.

Für die folgenden begrenzenden Faktoren - das Thema **Willkür und Wirtschaftlichkeit** hängen eng zusammen - bedarf es einer Gesamtschau, ohne die Anforderungen zu eng zu fassen. Es geht darum, klare ungerechtfertigte Fälle, die ohne jede Begründung (also willkürlich) vom Tarifniveau abweichen, auszusortieren.

Hinweis: Unterscheide davon begründete, verfahrensmäßig korrekt zustande gekommene übertarifliche Leistungen (in den Fällen, in denen das Tarifrecht greift).

- **Willkürverbot:** In der Personalakte sind als zahlungsbegründende Unterlagen zumindest das Zustandekommen der wesentlichen Vertragsbestandteile (Entgelt, Arbeitszeit, Urlaub vgl. § 2 Nr. 6-8 NachweisG) zu dokumentieren. An die Plausibilität der Personalentscheidung und der Akte sind jedoch keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Fehlt es an einer plausiblen Dokumentation, ist die Personalakte entsprechend zu ergänzen.
Beispiel: In welcher Form sollen die Nachweise im Rahmen der Prüfung eingefordert werden? Genügt z.B. ein Aktenvermerk mit dem Hinweis, „Stelle musste dringend besetzt werden, der ausgewählte Bewerber war nur bereit, zu diesen Konditionen die Stelle anzutreten. Andere geeignete Bewerber waren nicht vorhanden.“? Es sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Ein entsprechender AV kann ausreichen.
- **Wirtschaftlichkeit:** Das Tarifrecht spiegelt grundsätzlich ein ausgewogenes Verhältnis der Interessen des AG und der Arbeitnehmer (AN) wider. Eine deutliche Abweichung vom Tarif zugunsten des AN kann unter Beachtung der finanziellen Leistungskraft der Kommune im Widerspruch zu § 77 Abs. 2 GemO stehen.

Beispiel:

Wie kann die Wirtschaftlichkeit beurteilt werden, insbesondere bei Einstellung neuer AN, wenn keine Stellenbewertungen vorhanden sind? Ist die Bezahlung einer Sekretärin (mit zusätzlichen Verwaltungsaufgaben) nach EG 10 TVöD, eines Bauhofmitarbeiters nach EG 7 TVöD, einer Verwaltungskraft im Bereich der Buchführung in EG 9, einer Verwaltungskraft im Bereich Presse- und Öffentlichkeitsarbeit in EG 9 unwirtschaftlich?

Im Tarifrecht existiert der Grundsatz der Tarifautomatik, wonach der Beschäftigte (nach § 12 Abs. 2 TVöD) in die Entgelt-/ Vergütungsgruppe eingruppiert ist, deren Tätigkeitsmerkmalen die gesamte, von ihm nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit entspricht. Die Bewertung der Dienstposten ist damit unabdingbarer Bestandteil des o.g. ausgewogenen Verhältnisses und damit auch einzufordern, wenn die abgeschlossenen BGB- Verträge „Dimensionen sprengen“, weil ansonsten ein Verstoß gegen § 77 Abs. 2 GemO nicht ausgeschlossen werden kann.

In erster Linie geht es hier darum, dass die im Prinzip tarifunabhängige Entgeltentscheidung des BM plausibel und aktenkundig ist. Darüber hinaus - also jenseits von konkreten Stellenbewertungen vor Ort - verbleiben als Maßstab nur überörtliche Erfahrungs- und Vergleichswerte, insbes. in Personalfällen, in denen relativ eindeutige Eingruppierungsmerkmale im TVöD gelten. Vergleichsgrundlagen wären dabei die Endstufe der Entgeltgruppe sowie die regelmäßigen Zulagen. Ferner reichen dafür i.d.R. ein oder zwei Vorgänge nicht aus. Vielmehr ist dies für eine namhafte Beschäftigtengruppe aufzuzeigen. Die örtliche Leistungsfähigkeit spielt zwar auch eine gewisse Rolle (bei begründeten übertariflichen Leistungen), aber kann keine rein willkürlichen Leistungsniveaus rechtfertigen.

- **Gleichbehandlungsgrundsatz:** Zu vermeiden ist die unbegründete Schlechterstellung, nicht aber unbedingt die Besserstellung einzelner AN.

7. Gleichbehandlungsgrundsatz

Frage: Welche Forderungen ergeben sich ggf. aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz?

Rechtsgrundlage: Art 3 Abs. 1 GG, § 24 Abs. 1 GemO

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, alle Arbeitnehmer, die sich jeweils in einer vergleichbaren Lage befinden, bei Anwendung einer selbst geschaffenen Regelung gleich zu behandeln. Er verbietet nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung. Das Arbeitsrecht kennt neben dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz spezielle Vorschriften, die eine Differenzierung der Beschäftigten aufgrund bestimmter Merkmale verbietet. Zu nennen sind § 75 Abs. 1 BetrVfG, §§ 611 a, b, 612 Abs. 3 BGB – Gleichbehandlung Frauen und Männer, § 4 TzBfG Gleichbehandlung Teilzeit- und befristet Beschäftigter, und § 81 Abs. 2 SGB IX Gleichbehandlung behinderter Menschen.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist ein Rechtssatz des Privatrechts, der inhaltlich durch den allg. Gleichheitssatz (Art 3 Abs. 1 GG) bestimmt wird. Er ergibt sich nicht direkt aus dem Grundgesetz (die Vertragsparteien sind als Grundrechtsträger nicht Adressaten des GG), sondern aus anerkanntem Gewohnheitsrecht. Sein Zweck besteht u.a. in der Herbeiführung und Erhaltung des betrieblichen Friedens.

Die wichtigste Rolle spielt der Gleichbehandlungsgrundsatz bei zusätzlichen Entgeltleistungen bzw. Sondervergütungen des Arbeitgebers (z.B. Weihnachtsgeld, Bonus-Zahlungen, usw.). Der Arbeitgeber muss diese Leistungen grundsätzlich so gewähren, dass kein Arbeitnehmer ungerechtfertigt (d.h. ohne sachlichen Grund) benachteiligt wird. Außerdem ist er für die Grundsatzbeschlüsse von Bedeutung und für die Gestaltung der Arbeitsverträge im Einzelnen, wenn gar keine anderweitigen Vorgaben bestehen.

Allerdings spielt der Grundsatz bei vollinhaltlicher Anwendung des Tarifs keine Rolle. Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz kann ferner auch nicht die Unzulässigkeit von zusätzlichen oder Mehrleistungen begründet werden – wenn solche gewährt werden, dann soll das für alle vergleichbaren Fälle gelten und nicht umgekehrt. Aus diesem Grund spielt er für die Prüfung nur eine geringe Rolle.

8. Betriebliche Übung

Die betriebliche Übung setzt keinen GR-Beschluss voraus, kann sich aber mit einem solchen im Widerspruch befinden (im Innenverhältnis).

Frage: Werden übertarifliche Leistungen gewährt, die ihre Rechtsgrundlage in einer betrieblichen Übung haben?

Rechtsgrundlage: §§ 611, 242 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag + betriebl. Übung

Durch betriebl. Übung können **freiwillige Leistungen** des Arbeitgebers zu verpflichtenden werden, denen sich der Arbeitgeber nicht mehr einseitig entziehen kann. Die betriebliche Übung begründet Rechtsansprüche auf solche Leistungen, wo für das geltend gemachte Recht keine andere Anspruchsgrundlage besteht. Eine betriebliche Übung entsteht aus einem fortgesetzten, die Arbeitnehmer begünstigenden Verhalten des Arbeitgebers, das bei den begünstigten Arbeitnehmern unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) den verständlichen Eindruck vermittelt, der Arbeitgeber wolle sich durch diese günstigere und vorbehaltlose Verhaltensweise oder Leistung auch in Zukunft an ein derartiges Verhalten binden.

Es kann **keine betriebliche Übung** entstehen, wenn sich der Anspruch / die Leistung bereits aus dem Gesetz, einem Tarifvertrag oder dem Arbeitsvertrag ergibt (weil bereits hierin die Anspruchsgrundlage bestünde) oder wenn ein solcher Anspruch gegen Gesetze verstößt oder tarifvertraglich oder einzelvertraglich ausgeschlossen ist (BAG Urteil vom 27.06.1985 - 6 AZR 392/81).

Eine betriebliche Übung tritt **ferner nicht** ein, wenn der Arbeitgeber sich **irrtümlich** zu einer Leistung verpflichtet hat / eine Leistung gewährt und die Beschäftigten diesen Irrtum erkennen konnten bzw. erkannt haben, dass der Arbeitgeber sich lediglich normgerecht verhalten wollte.

Beispiel: Brachte ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes unzweideutig zum Ausdruck, dass er eine Leistung nur im Rahmen der gesetzlichen oder tariflichen Normen gewähren wollte, bedeutet dies, dass er die Rechtsnorm anwenden wollte und nur irrtümlich außer- oder übertarifliche Leistungen gewährt hat. Der Arbeitgeber kann einen solchen Fehler auch nach langjähriger Übung noch mit Wirkung für die weitere Zukunft korrigieren (BAG, Urt. v. 06.03.1984 – 3 AZR 340/80).

Voraussetzungen für das Entstehen einer betrieblichen Übung und einen arbeitsrechtlichen Anspruch auf die entsprechenden Leistungen:

- Der Arbeitgeber gewährt **freiwillig und vorbehaltlos zusätzliche Leistungen** oder sonstige Vertragsänderungen (zum Vorteil der Beschäftigten).
Ausreichend ist in jedem Fall, dass der Arbeitgeber bewusst bestimmte Leistungen erbringt und hierdurch bei den Beschäftigten einen Vertrauenstatbestand dahingehend schafft, dass der Arbeitgeber sich dauerhaft binden will.
- Der Arbeitgeber zeigt ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten, indem er die **Leistungen mehrmals hintereinander gewährt** (bei drei Wiederholungen ist in der Regel die betriebliche Übung gegeben). Dies wirkt auch gegenüber neu in den Betrieb eintretenden Beschäftigten. Dabei entsteht ein Vertrauenstatbestand grundsätzlich nur dann, wenn der Arbeitgeber mindestens dreimal beispielsweise eine Gratifikation vorbehaltlos gewährt hat (BAG, Urt. v. 16.04.1997 – 10 AZR 705/96). Das Verhalten enthält eine Willenserklärung des Arbeitgebers, in seinem Betrieb eine bestimmte Übung einführen zu wollen, zu der ihn weder ein Gesetz noch ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung verpflichten. Diese Willenserklärung des Arbeitgebers wird von den Beschäftigten regelmäßig stillschweigend angenommen (§ 151 BGB).
- Der Arbeitnehmer kann **berechtigterweise darauf vertrauen**, diese Leistung auch künftig zu erhalten und war damit, wenn auch nur stillschweigend, durch **Entgegennahme der Leistungen** einverstanden. Eine für den Arbeitnehmer erkennbar auf das jeweilige Kalenderjahr bezogene Zusage einer Leistung begründet keine Ansprüche der Leistungsempfänger aus einer betrieblichen Übung. Für zukünftige Jahre ist insoweit ein Widerrufsvorbehalt bzw. die Mitteilung, dass die Leistung freiwillig erfolgt, nicht erforderlich, um Ansprüche für die Zukunft zu beseitigen bzw. überhaupt nicht entstehen zu lassen (BAG Urteil vom 16.04.1997 - 10 AZR 705/96).
- Eine betriebliche Übung kann auch die Gewährung **tarifvertraglicher Leistungen an nicht tarifgebundene Beschäftigte** (d. h. nicht gewerkschaftlich organisierte) zum Inhalt haben. Diese Beschäftigten nehmen die betriebliche Übung durch Entgegennahme der tarifvertraglichen Leistungen (z. B. Tariflohn, Urlaubsgeld) an.

9. Betriebliche Übung im öffentlichen Dienst

Frage: Ergeben sich Einschränkungen durch das Kommunalrecht bzw. Haushaltsrecht?

Bei Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes kann eine betriebliche Übung - wenn überhaupt - nur in **seltenen Ausnahmefällen** entstehen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG muss der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst in aller Regel davon ausgehen, sein an die Grundsätze des Haushaltsrechts gebundener Arbeitgeber wolle nur die Leistungen gewähren, zu denen er rechtlich verpflichtet sei, da den Beschäftigten des öffentlichen Dienstes bekannt sei, dass eine übertarifliche Bezahlung eine Ausnahme sei. Dies stehe von vorneherein und prinzipiell der Annahme einer betrieblichen Übung entgegen (BAG, Urt. v. 26.05.1993 – 4 AZR 130/93; BAG, Urt. v. 24.03.1993 – 5 AZR 16/92).

Die Beschäftigten dürfen selbst bei langjährigen Leistungen nicht ohne besonderen Grund annehmen, das übertarifliche Entgelt sei Vertragsbestandteil geworden. Es müssen zusätzliche konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die sich je nach den Umständen aus den Erklärungen des Arbeitgebers oder einer Verwaltungspraxis ergeben können und die aus der Sicht der Beschäftigten den Schluss rechtfertigen, ein gezahltes übertarifliches Entgelt oder die Gewährung sonstiger Vergünstigungen seien Vertragsbestandteile geworden und würden auf Dauer weiter gewährt.

Diese (engen) Grundsätze über das Entstehen einer betrieblichen Übung im öffentlichen Dienst gelten auch bei Eigengesellschaften einer Kommune (BAG Urteil vom 23.06.1988 – 6 AZR 137/86) – nicht notwendigerweise, aber erst recht, wenn der dem Privatrecht unterliegende Arbeitgeber als Mitglied eines Arbeitgeberverbands selbst auch noch tarifgebunden ist.

Auch eine Gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH, z.B. ein Kreiskrankenhaus, das als gGmbH organisiert ist, ist hinsichtlich der Grundsätze für das Entstehen einer betrieblichen Übung dem Öffentlichen Dienst zuzurechnen, wenn die Gesellschafterstruktur und die öffentliche Aufgabe weiterhin dem öffentlichen Dienst zuzurechnen sind. Untermauert wird dies auch dadurch, dass die gGmbH ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt und an Haushaltsvorgaben der Gesellschafter oder sonstiger öffentlicher Kostenträger gebunden ist (LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 03.03.2001 – 1 Sa 646 b/00).

10. Nachwirkung der Tarifbindung

Frage: Wie lange gilt die Tarifbindung?

Rechtsgrundlage: §§ 3, 4 TVG

Die Tarifbindung von Mitgliedern der Tarifvertragsparteien bleibt bestehen, solange der Tarifvertrag gilt (§ 3 Abs. 3 TVG). Dies ist dann der Fall, wenn der Tarifvertrag nicht geändert wird (BAG Urt. v. 07.11.2001, 4 AZR 703/00). Endet der Tarifvertrag, gelten seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden (§ 4 Abs. 5 TVG). Die Nachwirkung kann tarif- sowie arbeitsvertraglich ausgeschlossen werden.

Frage: Welche Folgen resultieren aus dem KAV - Austritt?

Mitglieder eines tarifschließenden Verbands, die aus diesem ausscheiden, bleiben gem. § 3 Abs. 3 TVG an die zu diesem Zeitpunkt geltenden Tarifverträge gebunden. Damit verhindert ein Austritt aus dem KAV:

- die Tarifbindung nur für die Zukunft und
- beseitigt nicht die Tarifbindung für zum Zeitpunkt des Austritts bestehende Arbeitsverhältnisse.

Frage: Wie verhält es sich bei einem Betriebsübergang?

Rechtsgrundlage: § 613 a BGB

Sofern ein Betrieb oder Betriebsteil (z. B. Kindergarten) durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übergeht, tritt dieser gem. § 613 a Abs. 1, Satz 1 u. 2 BGB in die Rechte und Pflichten aus den zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein (einschl. tarifvertraglicher Bestimmungen oder einer Betriebsvereinbarung).

Die Vorschrift hat keine große Prüfungsrelevanz:

- bei der **Ausgliederung** auf private Träger tritt die Wirkung ggf. dort ein; die externen Arbeitsverhältnisse werden aber nicht geprüft
- bei der **Ausgliederung** auf kommunaleigene Gesellschaften des Privatrechts tritt faktisch derselbe Zustand ein, weil i.d.R keine Gesellschaftsprüfungen stattfinden
- bei der **Eingliederung** von Betriebsteilen in den Kommunalhaushalt (einschl. ihrer Eigenbetriebe) tritt die Bindungswirkung grundsätzlich ein. Da aber auf Seiten der geprüften Kommune sehr häufig Tarifbindung besteht, tritt der neue Tarifvertrag gem. § 613 a Abs. 1, Satz 3 BGB sofort an Stelle des alten, ohne Bindungsfrist bzw. Veränderungssperre.

Frage: Wie wirkt es sich aus, wenn der bisherige Arbeitsvertrag in Teilen vom bisher einschlägigen Tarifvertrag abgewichen ist - also bisher übertarifliche Leistungen vorlagen?

Ist der neue Arbeitgeber tarifgebunden, greift gem. § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB im Prinzip der Tarifvertrag im Bereich des neuen Arbeitgebers. Abweichungen im alten Arbeitsvertrag, die zum Vorteil des Arbeitnehmers sind (im Vergleich zum neuen Tarif), bleiben jedoch erhalten, weil sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis übergehen und das neue Kollektivrecht nur das alte verdrängen kann, aber nicht individualrechtlich vereinbarte Leistungen. Letztlich entspricht dies auch dem Günstigkeitsprinzip, das sozusagen mit übergeht.

Frage: Welche Folgen hat es, wenn der neue Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist?

Ist der neue Arbeitgeber nicht tarifgebunden, gelten die bisherigen kollektiv- und / oder einzelvertragsrechtlichen Bedingungen im Sinne einzelvertraglicher Regelungen weiter. Bestand beim früheren Arbeitgeber Tarifbindung, greift die einjährige Veränderungssperre (§ 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB). Individualvertragliche Abweichungen im alten Arbeitsvertrag, die zum Vorteil des Arbeitnehmers sind, bleiben auch in diesem Fall nach dem Günstigkeitsprinzip erhalten.

Bisherige einzelvertragliche Regelungen (nicht tarifgebundene Verträge) gelten ohne Veränderungssperre weiter (§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die einjährige Veränderungssperre greift nicht, wenn der (seitherige) Tarifvertrag nicht mehr gültig oder beide Parteien nicht tarifgebunden sind und sie im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags dessen Anwendung vereinbaren (§ 613 a Abs. 1, Satz 4 BGB).

B. Beschäftigungsverhältnis; Abgrenzungsfragen

Ob und inwieweit eine „Arbeitsbeziehung“ mit der Kommune in einem unselbständigen Beschäftigungsverhältnis nach § 611 BGB (Dienstvertrag) besteht, in dessen Zusammenhang das Tarifrecht nur anzuwenden ist oder ob andere rechtliche Grundlagen gelten, kann in der Abgrenzung schwierig sein.

Der **Dienstvertrag** ist ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag, durch den sich die eine Seite (Dienstverpflichteter) dazu verpflichtet, eine vereinbarte Leistung (Leistung bestimmter Dienste) zu erbringen und die Gegenseite (Dienstberechtigter) dazu, diese Leistung entsprechend zu entlohnen. Der Dienstverpflichtete erklärt sich nur dazu bereit, „tätig“ zu werden und nicht dazu, einen bestimmten Erfolg zu erzielen (s.u. Werkvertrag).

1. Zuständigkeit, Schriftlichkeit von Arbeitsverträgen

Frage: Welche Stelle / welches Organ ist zuständig?

Rechtsgrundlage: §§ 24, 39, 44 Abs. 2 GemO

Intern wird über den Vertrag bzw. seine Änderung im Einzelfall von der nach der Gemeindeordnung und der Hauptsatzung zuständigen Stelle entschieden. Nach außen, d.h. auch gegenüber dem Beschäftigten, wird der Vertrag vom BM ausgefertigt (unterschrieben) (§§ 43 Abs. 1, 42 Abs. 1 Satz 2 GemO). Geschieht dies durch einen Bediensteten, der hierzu nicht ermächtigt ist, ist der Vertrag bis zur Genehmigung durch den BM schwebend unwirksam (§ 177 Abs. 1 BGB). Eine Übersicht zur Zuständigkeit für personalrechtliche Entscheidungen im Beschäftigtenbereich enthält Punkt A der Einleitung.

Frage: Weichen einzelne Regelungen einer Hauptsatzung (HS) zur Personalverwaltungszuständigkeit von den gesetzl. Bestimmungen ab? Wie sind die Zuständigkeiten im Detail geregelt und hält sich die Personalverwaltung daran?

Grundsätze

- Für alle **entgeltrelevanten Entscheidungen** ist im Prinzip der GR zuständig. Für die Sachentscheidungen, auf denen die Entgeltfestsetzung beruht gilt dies ohnehin. Für die Entgeltfestsetzung als solche gilt das, sofern ein Entscheidungsspielraum besteht und nicht nur die reine Tarifautomatik greift.
- Alle Aufgaben die unter § 24 Abs. 2 Satz 1 GemO fallen, sind aber auf den BM **übertragbar**, außer bei leitenden Bediensteten.

- Alle dienstrechtlichen Entscheidungen, die nicht unter den GR-Vorbehalt des § 24 Abs. 2 Satz 1 GemO fallen, obliegen dem BM kraft seiner Funktion als Leiter der Verwaltung und Dienstvorgesetzter (**gesetzliche Zuständigkeit**).
- Als **Geschäft der laufenden Verwaltung** kommen einmalige (ggf. wiederkehrende) oder vorübergehende Tatbestände in Betracht, die außerdem einen hohen Regelmäßigkeits- und Wiederkehrensgrad aufweisen, von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung sind und standardmäßig abgewickelt werden. In Personalsachen ist das i.d.R. nicht der Fall (z.B. Hess. LAG, Urteil v. 04.11.2005 - Az.: 3 Sa 1993/04 - hinsichtlich einer Zusage zur unbefristeten Beschäftigung) (a.A. Aker GemO, Rdnr. 28 zu § 44: „... in größeren Städten stellen die Personalentscheidungen in den unteren Entgelt- und Besoldungsgruppen ein Geschäft der laufenden Verwaltung dar.“).
In Betracht kommen z.B. die **vorübergehende** Übertragung einer anders bewerteten Tätigkeit (einschl. der entspr. Zulage, § 14 TVöD), die vertragliche „Entgeltfestsetzung“ bei **tarifrechtl. Anspruch** (wobei dies im Prinzip nur deklaratorischer Natur ist, weil die eigentliche Sachentscheidung in der dauerhaften Übertragung der höherwertigen Tätigkeit mit der daraus folgenden Eingruppierung liegt), Aushilfsverträge.
- Die **Hauptsatzung** kann Aufgaben der (Personal-) Verwaltung nicht zu Aufgaben der laufenden Verwaltung bestimmen; sie kann sie - im eben dargestellten Umfang - ledigl. deklaratorisch benennen. Eine fehlerhafte Benennung (die § 44 Abs. 2 GemO nicht entspricht) ist damit unbeachtlich, weil Satzungsrecht höherwertige Bestimmungen der GemO nicht brechen kann. Lediglich in finanzieller Hinsicht kann die HS Weichen stellen, in dem Sinne, was für die Kommune im Allgemeinen von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung ist.
- Eine **Übertragung der § 24-er Aufgaben auf den BM**, die sich an einer tariflichen Entgeltgruppe (z.B. „alles bis EG 12“) orientiert, ist gängig und zulässig.
 - Bei tarifgebundenen und tarifanwendenden Kommunen schließt der Verweis auf die Entgeltgruppe alle Zahlungen von tariflichen Zulagen / Entgeltbestandteilen mit ein, allerdings i.d.R. nur, soweit auf sie ein Anspruch besteht, wenn die jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind. Sofern sich die Zuständigkeit des BM auch auf Leistungen beziehen soll, auf die kein Anspruch besteht (z.B. Arbeitsmarktzulage als übertarifliche Leistung), muss dies - auf Grundlage eines allg. GR-Beschlusses darüber - in der HS explizit benannt werden.
 - bei privatautonomen (reinen BGB-) Verträgen ist eine entgeltgruppenbezogene Zuständigkeitsregelung (wenn keine weiteren Angaben gemacht sind) am max. Tabellenentgelt (brutto in EUR / Jahr) zu orientieren.

- Zur Entgeltfestsetzung gehört auch die **Stufenbestimmung**. Das bedeutet, dass eine generelle Zuständigkeit des GR gegeben ist, soweit bei der Stufenbestimmung Ermessen ausgeübt wird. Die Übertragung der Zuständigkeit auf den BM (anhand einer Entgeltgruppe) schließt die Stufenbestimmung aber konkludent mit ein. Die Anerkennung einer höheren Stufe ist keine Freiwilligkeitsleistung, sondern Ausfluss der Festsetzung des Tabellenentgelts.

Beispiel - Hauptsatzung einer tarifgebundenen Kommune:

„Der GR / Ausschuss ist zuständig für Einstellungen der EG 13 und höher und die nicht nur vorübergehende Übertragung einer anders bewerteten Tätigkeit. Der BM ist für Einstellungen bis EG 12 zuständig und insoweit, d.h. bis EG 12, auch für die Übertragung nicht nur vorübergehender anders bewerteter Tätigkeiten. Vorübergehend kann er bei allen Tarifbeschäftigten höher bewertete Tätigkeiten übertragen.“

- Einstellung ist die Begründung des Arbeitsverhältnisses, einschließlich der wahrzunehmenden Funktion und der entsprechenden Eingruppierung in eine bestimmte Entgeltgruppe. Bis EG 12 macht das der BM alleine, einschl. aller tariflichen entgeltrelevanten Entscheidungen (Stufenfestsetzung, § 16 TVöD; Zulagen; etc.), die keiner Ermessensentscheidung unterliegen.
- Bei höheren Entgeltgruppen ist der GR / Ausschuss zuständig, allerdings nur für die Einstellung und die Tarifautomatik auslösende Übertragung höherwertiger Aufgaben. Für alle anderen Personalsachen (auch im tariflichen Entgelt- und Vergütungsbereich, insbes. in laufenden Verträgen) ist der BM zuständig, weil § 24 Abs. 2 Satz 1 GemO keine entsprechende Einschränkung enthält und dies insoweit zu den gesetzlichen Aufgaben des BM gehört (nicht unbedingt laufende Verwaltung!).

Die Gewährung übertariflicher Leistungen (z. B. Arbeitsmarktzulage) wird in dieser HS gar nicht angesprochen. Damit ist der GR für alle Entgeltgruppen zuständig, weil dies ein Abweichen vom Grundsatz bedeutet, nach Tarif zu zahlen und weil die Arbeitsmarktzulage als Entgeltbestandteil gilt, auf die kein Anspruch besteht (§ 24 Abs. 2 Satz 1 GemO). Dasselbe gilt im Prinzip für Ermessensentscheidungen über Entgeltbestandteile. Die Möglichkeit bestünde, in einem weiteren Grundsatzbeschluss des GR die Eckpunkte der Arbeitsmarktzulage zu beschließen (z. B. wer, wann, wie lange, wieviel) und dem BM in diesem Rahmen die Einzelfallbefugnis zu übertragen (z. B. bis EG 12).

- Ab EG13 ist der GR / Ausschuss zuständig, allerdings nur für Einstellungen (mit den o.g. Faktoren) und die dauerhafte Übertragung höherwertiger Tätigkeiten. Die Zuständigkeit des GR für übertarifliche Leistungen ergibt sich - wie gesehen - aus dem Gesetz und der grundsätzlich beschlossenen Tarifbindung (ohne dass dies in der HS erwähnt werden muss).

Soll der BM auch in diesem Bereich, z. B. zur Bindung des Beschäftigten an die Kommune, Arbeitsmarktzulagen gewähren können, müsste dies allg. ermöglicht sein und explizit auf diesen Entgeltbereich ausgedehnt werden.

Beispiel - Hauptsatzung einer nicht tarifgebundenen Kommune (privatautonome, „reine“ BGB-Verträge):

Die HS überträgt dem BM - obwohl das Tarifrecht ja nicht gilt - „alle Ernennungen, Einstellungen, Entlassungen und sonstigen personalrechtlichen Entscheidungen von Beschäftigten der Entgeltgruppen 1-8 TVöD.“

- Der Verweis auf die EG entspricht einer geldbetragsmäßigen Zuständigkeitsobergrenze von EG 8 St. 6 TVöD = 3.097,26 € brutto/Monat x 12. Das durch den BM vereinbarte Bruttojahresgehalt darf, inkl. sämtlicher Zulagen, Zuschläge, Einmalzahlungen etc., 37.167,12 € nicht übersteigen.

Wie geht es weiter?

Der BM entscheidet z. B. im Jahr 2008 über die Einstellung eines Mitarbeiters entspr. EG 6 Stufe 6 TVöD. Im Jahr 2014 soll eine „Höhergruppierung“ auf das Niveau von EG 8 erfolgen, wodurch das Jahreseinkommen, inkl. aller Zeitzuschläge etc., aufgrund der zwischenzeitlichen Entgeltentwicklung im TVöD, über die dem BM übertragene, seinerzeitig jährliche Verfügungsmasse steigen würde. Muss der GR über die Gehaltserhöhung und künftigen Entgeltanpassungen entscheiden?

- Die Zuständigkeitsentscheidung knüpft - ohne dass das Tarifrecht insgesamt zum Zuge kommt - an die Entgeltgruppen im TVöD an. Die Grenze bildet also ein zeitaktueller Eurobetrag, im Vergleich zu dem alle zum Entscheidungszeitpunkt zu gewährenden monetären Leistungen einzurechnen sind. Der Anbindung an den TVöD ist allerdings „das Mitgehen“ der Gehaltsentwicklungen immanent, der absolute Eurobetrag ist daher - bei künftigen Entwicklungen - immer anhand der aktuellen Entgelttabelle zu ermitteln (ansonsten hätte der GR die Grenze gleich auf xx EUR bestimmen können/müssen).
- Was passiert bei künftigen tariflichen Anpassungen / Entgelterhöhungen / Stufensteigerungen? Was passiert, wenn der Mitarbeiter die EG 8 Stufe 6 (also den maximal zulässigen Betrag der BM-Zuständigkeit) erreicht hat, gleichwohl aber weiterhin Zeitzuschläge, Einmalzahlungen usw. anfallen?

Wird der aktuell gültige Eurobetrag überschritten, kann der BM keine weiteren Zahlungen in seiner Zuständigkeit gewähren.

Frage: In welcher Form ist der Vertrag abzuschließen?

**Rechtsgrundlage: § 54 Abs. 1 GemO; § 2 Abs. 1 NachwG, § 2 Abs. 1 TVöD,
§ 126 BGB, §§ 177 ff BGB**

Ein Arbeitsvertrag muss, um wirksam zu sein, nach zivilrechtl. Grundsätzen nicht unbedingt schriftlich geschlossen werden („Formfreiheit des Arbeitsvertrags“). Allerdings ergibt sich für die Kommunen, aus unterschiedlichen Gründen, gleichwohl das Erfordernis einer zumindest teilweisen Schriftlichkeit bzw. Dokumentation.

- Bei Tarifbindung und BGB-Verträgen mit arbeitsvertraglicher Inbezugnahme auf den TVöD folgt die Schriftlichkeit aus § 2 TVöD, allerdings ohne dass sich das Fehlen der Schriftlichkeit – außer bei Nebenabreden – auf die Wirksamkeit des Vertrags auswirken würde. Für den verpflichtenden Teil der Arbeitsverträge (auch reine BGB-Verträge) folgt das Schriftformerfordernis aus § 54 Abs. 1 GemO. Dies ist insoweit die „stärkere Vorschrift“, weil das Fehlen der Schriftform nach § 177 BGB zur schwebenden Unwirksamkeit der vertraglichen Erklärungen führt. In der Prüfung ist auf die formrichtige Erklärung zu Heilung des Fehlers hinzuweisen.
- Schriftformklauseln dürften in der Praxis häufig ins Leere gehen, weil sie individualvertraglich abbedungen wurden (auch durch konkludentes Verhalten). Beinhalten die arbeitsvertraglichen Veränderungen jedoch Verpflichtungen des „Arbeitgebers Kommune“, setzt sich auch hier gem. § 54 Abs. 1 GemO das Schriftformerfordernis durch. Die konkludent zustande gekommene Vereinbarung ist schwebend unwirksam und muss nach den Vorschriften der Vertretung ohne Vertretungsmacht abgewickelt werden (insbes. und nach Möglichkeit durch Heilung – weitergehende zivilrechtliche Betrachtungen stellt die Prüfung nicht an).
- Unabhängig von der Tatsache, dass für das Entstehen einer betrieblichen Übung im Öffentlichen Dienst ohnehin erhöhte Anforderungen bestehen (siehe oben Nr. A. 9), sind jedenfalls im Bereich der Nebenabreden aus tarifrechtlichen Gründen oder wegen der gängigen individualvertraglichen Bezugnahmen auf den TVöD betriebliche Übungen quasi ausgeschlossen.

Frage: Sind mehrere Arbeitsverhältnisse beim gleichen Arbeitgeber zulässig?

Rechtsgrundlage: § 2 Abs. 2 TVöD-V

Sozialversicherungsrechtlich werden mehrere Arbeitsverhältnisse als Einheit betrachtet.

Nach § 2 Abs. 2 TVöD-V können mehrere Arbeitsverhältnisse beim selben Arbeitgeber nur begründet werden, wenn die übertragenen Tätigkeiten nicht in einem unmittelbaren Sachzusammenhang stehen. Liegt dieser vor, gelten sie als ein Arbeitsverhältnis.

2. Unselbständige Tätigkeit

Frage: Ist ein Arbeitsverhältnis gegeben?

Worin unterscheidet sich der Arbeitsvertrag vom Vertrag über selbständige Dienstleistungen?

Rechtsgrundlage: § 611 ff. BGB

Hauptanwendungsfall des unselbständigen Dienstvertrags ist der Arbeitsvertrag.

Er unterscheidet sich vom selbständigen Dienstvertrag darin, dass:

- in der vertraglichen Grundlage die Begriffe Arbeitnehmer/Beschäftigter sowie Arbeitgeber verwandt werden,
- er detailliertere Pflichten und Rechte anführt,
- die Leistungserbringung durch vorgegebene Arbeitszeiten gesteuert wird,
- der Leistende kein wirtschaftliches Risiko trägt,
- der Leistende in die Organisationsstruktur des Arbeitgebers eingebunden ist,
- Weisungsgebundenheit besteht,
- die Leistung im Namen des Leistungsempfängers Dritten gegenüber erbracht wird.

Zur Abgrenzung zur Selbständigkeit kann auch auf § 7 Abs. 1 SGB IV zurückgegriffen werden. Danach gilt: „Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

3. Selbständige Tätigkeit

Frage: Handelt es sich um eine selbständige Tätigkeit?

Merkmale selbständiger Tätigkeit sind:

- das wirtschaftliche Risiko liegt nicht bei der Körperschaft;
- Kosten der Arbeitsausführung werden nicht direkt von der gepr. Körperschaft getragen;
- Aufgabenerfüllung erfolgt weitgehend weisungsunabhängig;
- die Arbeit wird nicht im Namen der Körperschaft am Markt angeboten;
- Arbeitszeit ist nicht konkret u. bindend vorgegeben;
- die handelnde Person ist nicht unmittelbar in den Arbeitsablauf u. die Organisation der Körperschaft integriert;
- Formulierungen wie Auftraggeber u. Auftragnehmer werden im zugrundeliegenden Vertrag verwandt.

Frage: Liegt ein selbständiger Dienstvertrag vor?

Rechtsgrundlage: § 611 Abs. 1 BGB

Unter Berücksichtigung der o.g. Merkmale ist der **Honorarvertrag** ein prüfungsrelevanter Anwendungsfall des selbständigen Dienstvertrags (Beispiele: Musikschullehrer, Familienhelfer). Geschlossen wird der Vertrag durch eine einvernehmliche Willenserklärung, er ist formlos möglich. Es gelten folgende Grundsätze: Privatautonomie, Selbstverwaltungsrecht, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit.

Frage: Liegt ein Werkvertrag vor?

Rechtsgrundlage: § 631 BGB

Nach § 631 BGB wird durch den **Werkvertrag** die Herstellung eines Werkes, d.h. die Herstellung oder Veränderung einer Sache bzw. eines herbeizuführenden Erfolgs vereinbart. Hierbei kann es sich klassisch um ein Werkstück handeln, ausreichend ist aber, dass der Auftraggeber am Ende der Tätigkeit ein bestimmtes Ergebnis erhält. Auch Werkverträge unterliegen den o.g. Grundsätzen, sie sind personalwirtschaftlich in der Regel unbedeutend. Relevant ist die Frage, ob (ggf. ungewollt) tatsächlich ein Werkvertrag oder ggf. ein unselbständiges unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt. Weitere Feststellungen können sich wegen der Zahlungen aus der Kassen- und Rechnungsprüfung ergeben sowie im Rahmen der Prüfung des Vergabewesens.

Frage: Liegt ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vor?

Rechtsgrundlage: § 12 a TVG

Die Information zu diesem Thema erfolgt im Blick darauf, dass Arbeitnehmer, die fälschlicherweise als Selbständige eingeordnet sind (z.B. im Bereich Künstler, Dozierende an Weiterbildungsinstituten, Dozierende an Volkshochschulen) bei bestehendem Vertragsverhältnis eine sog. Statusklage gegen ihren Auftraggeber bei den Arbeitsgerichten (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG) erheben können und vom kommunalen Arbeitgeber i.d.R. das Ziel verfolgt wird, eine selbständige Tätigkeit zu regeln. Der Begriff wurde im Rahmen der Abgrenzung zur Scheinselbständigkeit entwickelt.

Maßgebliche Kriterien sind nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI:

- die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer
- sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig.

Im Regelfall wird die Tätigkeit durch Dienst- oder Werkvertrag geregelt.

Bei Vorliegen der Kriterien handelt es sich i.d.R. nicht um Arbeitnehmer, sondern um Selbständige, die arbeitnehmerähnlich zu behandeln sind. Eine abschließende Entscheidung, ob eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, die nicht Aufgabe der überörtlichen Prüfung wäre, kann sowohl vom Auftraggeber wie auch vom Auftragnehmer schriftlich in allen Fällen bei der Deutschen Rentenversicherung beantragt werden. Maßgeblich ist hierfür, dass die Frist für die Antragstellung (innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit, mit Zustimmung des Beschäftigten) in den geprüften Fällen regelmäßig verstrichen sein dürfte, die Auffangregelung in § 7 a Abs. 6 SGB IV.

4. Zivilrechtliches Ehrenamt

Die öffentlich-rechtliche ehrenamtliche Tätigkeit (Gemeinderat, Zweckverbandsvorsitzende, Ortsvorsteher, etc.) ist hier nicht gemeint.

Frage: Liegt eine ehrenamtliche Tätigkeit vor?

Rechtsgrundlage: §§ 15-19 GemO; 11-15 LKrO, 13 Abs. 6, 16 Abs. 4 GKZ

Eine **ehrenamtliche Tätigkeit** ist kein Arbeitsverhältnis entschied das Bundesarbeitsgericht im April 2013; das Ehrenamt entspreche einem Auftragsverhältnis, das jederzeit beendet werden könne (Aktenzeichen 10 AZR 499/11).

Hilfsweise kann auch die Definition für das „Öffentliche Ehrenamt“ in § 1 LNTVO und /oder die Definition für die „Ehrenamtliche Betätigung“ nach § 1 der Verordnung über die ehrenamtliche Betätigung von Arbeitslosen herangezogen werden. Indiziert ist eine ehrenamtliche Tätigkeit ferner, wenn z. B. für das gewährte Entgelt der Begriff Aufwandsentschädigung verwandt wird und keine vertragliche Regelung vorliegt. Auch die ehrenamtliche Tätigkeit ist personalwirtschaftlich nicht von Bedeutung; der Prüfungsblickwinkel kann auch hier ein kas- senrechtlicher sein.

5. Faktisches Arbeitsverhältnis

Frage: Wann liegt ein faktisches Arbeitsverhältnis vor (Voraussetzungen)?

Rechtsgrundlage: § 611 BGB (gesetzlich nicht geregelt, Rechtsprechung)

Ein faktisches Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn eine rechtsgültige Grundlage für die Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht besteht (Arbeitsvertrag von vornherein nichtig oder durch Anfechtung rechtsunwirksam), der Arbeitnehmer die Arbeit aber bereits aufgenommen hat (s.u.a. BAG, Urteil vom 15.01.1986 – 5 AZR 237/84, BAG, Urteil vom 03.11.2004 – 5 AZR 592/03 und Gabler Wirtschaftslexikon). Der durchgeführte Arbeitsvertrag darf nicht an einem besonders schweren Mangel leiden (z.B. Sittenwidrigkeit, Gesetzesverstoß).

Frage: Rechtsfolgen eines faktischen Arbeitsvertrags?

Das Arbeitsverhältnis ist für den Zeitraum, in dem es trotz der ihm anhaftenden Mängel in Funktion gesetzt war, wie ein fehlerfrei zustande gekommenes Arbeitsverhältnis zu behandeln. Hat der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbracht, kann er die ursprünglich vereinbarte Vergütung verlangen. Es sind auch die arbeitsrechtlichen Schutznormen ohne Einschränkung anzuwenden (ständige BAG-Rechtsprechung).

Statt der Kündigung genügt zur Beendigung des faktischen Arbeitsverhältnisses die einseitige form- und fristlose Beendigungserklärung. Es endet mit Zugang dieser Erklärung.

6. Personalgestellung

Rechtsgrundlage: § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

Bei der Arbeitnehmerüberlassung (Synonyme: Zeitarbeit, Leiharbeit, Mitarbeiterüberlassung oder Personalleasing) wird ein Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) von seinem Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) zumeist gegen ein Entgelt zur Arbeitsleistung überlassen. Aus der Zweierbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entsteht so zwischen dem Verleiher, dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer eine Dreiecksbeziehung, in der die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers teilweise auf den Entleiher übertragen werden. Der Entleiher nutzt die Arbeitsleistung des Leiharbeitnehmers, ohne dass ihm arbeitsrechtliche Ansprüche entstehen. Die Weisungsgebundenheit des Leiharbeitnehmers durch den Entleiher ist ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zu einer Werkvertragstätigkeit.

Frage: Liegt eine Entleiherung durch einen gewerblichen Verleiher vor?

Nach § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz v. 03.02.1995 zul. geändert am 21.02.2017 findet das Gesetz Anwendung auf Verleiher, die im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit Leiharbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen. Es regelt das Erlaubnisverfahren für den Entleiher, evtl. Lohnuntergrenzen sowie in Teilen das Leiharbeitsverhältnis. Die Vorgänge sind im Rahmen der Personalausgabenprüfung nicht prüfungsrelevant.

Frage: Handelt es sich um eine Verwaltungsleihe zwischen einem Zweckverband und einem oder mehreren Mitgliedern?

Rechtsgrundlage: §§ 5, 6 Abs. 2 Nr. 4 GKZ

Zur Verwaltungsleihe, die nach wie vor zwischen Zweckverbänden und den Mitgliedern häufig anzutreffen ist, hatte der außer Kraft getretene RdErl zu § 1 GKZ v. 22.10.1976 ausgeführt, dass der ZV sich bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben geeigneter Bediensteter und sächlicher Verwaltungsmittel eines oder mehrerer Verbandsmitglieder bedienen kann, um sich den Aufwand eines eigenen Verwaltungsapparats zu sparen. Die Bediensteten des Verbandsmitglieds üben, soweit sie für den ZV tätig werden, ihre Tätigkeit nach Weisung des Verbandsvorsitzenden aus; die Zuständigkeit des Dienstvorgesetzten bleibt unberührt. Einzelheiten sind in einer Vereinbarung zwischen dem ZV und dem Verbandsmitglied zu regeln. Durch die Verwaltungsleihe wird es entbehrlich, die Arbeit eines Bediensteten eines Verbandsmitglieds für den ZV als Nebentätigkeit auszugestalten. Eine Verwaltungsleihe muss nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 in der Verbandssatzung vorgesehen sein.

Das AÜG findet keine Anwendung, da die Entleihung keine wirtschaftliche Tätigkeit des betreffenden Verbandsmitglieds ist. Die Personalausgaben werden bei dem Arbeitgeber geprüft, mit dem der Arbeitsvertrag abgeschlossen ist.

Mit der Vereinbarung über die Verwaltungsleihe, deren Möglichkeit und Umfang in der rechtsetzenden Verbandsatzung ausdrücklich und mittels Beschluss der Verbandsversammlung geregelt werden muss, übernimmt das Verbandsmitglied gegenüber dem Verband die Verpflichtung, das notwendige Personal dem Verband zur Verfügung zu stellen. Insoweit wird dieses zu Recht im Stellenplan des Mitglieds nachgewiesen, die Bereitstellung ist auch nicht über § 56 Abs. 1 GemO zu beanstanden, da diese mit Eingehen der Verpflichtung zur Aufgabe des Verbandsmitglieds wird.