

# Öffentlicher Dienst

## Widerruflichkeit einer Zulage?

Mit Wirkung zum 15.2.2011 wurde der Klägerin die Funktion der Vorarbeiterin übertragen und sie erhielt für die Dauer des Einsatzes eine Vorarbeiterzulage gemäß landesbezirklichem Tarifrecht. Aufgrund von Vorwürfen gegenüber der Beschäftigten zu Pflichtverletzungen am Arbeitsplatz wurde ihr daraufhin im Jahr 2018 die Funktion der Vorarbeiterin entzogen und die Zahlung der Vorarbeiterzulage eingestellt. Sie klagte vor dem ArbG auf Zahlung der Zulage und obsiegte.

Durch die Übertragung der Vorarbeitertätigkeit – so das ArbG – sei der Arbeitsvertrag inhaltlich qualitativ aufgewertet worden, sodass das Direktionsrecht nicht mehr den Entzug der Vorarbeitertätigkeit umfasse. Es bedürfe mithin einer Änderungskündigung. Das Hessische LAG entschied anders (Urt. v. 25.8.2020 – 8 Sa 1381/19, n. rk.). Die Bestellung zur Vorarbeiterin und die Gewährung der Zulage seien ohne Änderung des Arbeitsvertrags möglich, ebenso wie es umgekehrt zum Widerruf keiner Änderungskündigung und damit keiner Veränderung des Arbeitsvertrags bedürfe. Dies regelt der Lohn tariff für Arbeiter/Arbeiterinnen gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe im Land Hessen (HLT). Der Widerruf der Bestellung der Klägerin zur Vorarbeiterin und damit das Entfallen der Zulage wahre die Grenzen billigen Ermessens i. S. d. § 315 Abs. 1 BGB, da die von der Klägerin begangenen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen den Entzug der Vorarbeiterstellung rechtfertigten. So seien die durch die Klägerin begangenen Pflichtverletzungen geeignet, ihre Eignung als Vorarbeiterin völlig infrage zu stellen.

Für die Praxis schafft die Entscheidung Sicherheit, auch wenn noch die Entscheidung des BAG abgewartet werden muss. Soweit das billige Ermessen gewahrt wurde, kann in tarifvertraglichen Regelungen der Zulagenwideruf geregelt werden.

## Kleinteiliger Arbeitsvorgang

Der klagende Beschäftigte übt die Stelle des Sachgebietsleiters im Ordnungsamt aus und ist ständiger Stellvertreter der Leiterin des Bau- und Ordnungsamtes der Gemeinde. Mit seiner Klage begehrte er die Eingruppierung nach EG 10, hilfsweise nach EG 9c. Der Arbeitgeber bildete für

diese Tätigkeit vier Arbeitsvorgänge: I. Übernahme und Wahrnehmung von Leitungsaufgaben (39,0 %); II. eigenverantwortliche Erledigung von allgemeinen und speziellen ordnungsbehördlichen Verwaltungsaufgaben (33,5 %); III. eigenverantwortliche Erteilung von Erlaubnissen sowie Durchführung von Untersuchungs-, OWi-, Bußgeld-, Widerrufsverfahren und Wahrnehmung von Überwachungsaufgaben (26,0 %); IV. Personalratstätigkeit (PR-Vorsitzender) (1,5 %).

ArbG und LAG Berlin-Brandenburg (Urt. v. 7.8.2020 – 8 Sa 13/20, rk.) bestätigten dies und beriefen sich – entgegen der häufig zu großen einheitlichen Arbeitsvorgängen führenden BAG-Rechtsprechung (vgl. Urt. v. 9.9.2020 – 4 AZR 195/20) – auf den Tarifwortlaut der Protokollerklärung zu § 12 Abs. 2 TVöD:

Aus der Verwendung des Wortes „oder“ werde deutlich, dass auch die Tarifvertragsparteien jedenfalls grundsätzlich im Rahmen der Erstbescheidung eines Antrags einerseits und der Widerspruchsbescheidung andererseits grundsätzlich und ausgehend vom jeweiligen Arbeitsergebnis her von der Möglichkeit unterschiedlicher Arbeitsvorgänge ausgehen.

Und diese Entscheidung ist zu begrüßen. Die Wertigkeiten der Einzeltätigkeiten sind zwar letztlich entscheidend für die Entgeltgruppe. Aber über die Bildung von Arbeitsvorgängen werden wichtige Weichen gestellt: Denn zu große Arbeitsvorgänge blockieren Entgeltgruppen mit 1/5- oder 1/3-Merkmalen.

## Zusatzurlaub trotz Arbeitsunfähigkeit

Der Kläger wird vom Arbeitgeber in einer Viertageweche in ständiger Wechselschicht eingesetzt, das Arbeitsverhältnis unterliegt dem TVöD. Vom 12.5. bis 15.8.2016 war er arbeitsunfähig erkrankt, die Entgeltfortzahlung erfolgte bis 23.6.2016. Danach zahlte der beklagte Arbeitgeber gem. § 22 Abs. 2 TVöD den Krankengeldzuschuss. Aufgrund des Arbeitsunfähigkeitszeitraums kürzte der Arbeitgeber den Zusatzurlaub auf drei zusätzliche Urlaubstage. Dabei setzte er die zusammenhängenden Monate als Bemessungszeiträume fest, sparte jedoch die Arbeitsunfähigkeitszeiten aus.

Nach § 27 Abs. 1 Buchst. a) TVöD ergäben sich dann für je vier zusammenhängende Monate und eine Viertageweche insgesamt drei Urlaubstage. Der Kläger begehrte weitere zwei Tage Zusatzurlaub, da aus seiner Sicht die krankheitsbedingte

Arbeitsunfähigkeit keine Auswirkungen auf den Anspruch auf Zusatzurlaub habe.

Das BAG (Urt. v. 26.5.2020 – 9 AZR 129/19) sah dies anders und bejahte den Einsatz in ständiger Wechselschicht, da der Kläger zwar arbeitsunfähig abwesend war, jedoch die Protokollerklärung zu § 27 Abs. 1 und 2 TVöD die Arbeitsunfähigkeit in den Grenzen des § 22 TVöD als unschädlich deklarieren. Im nächsten Schritt prüfte das BAG den Anspruch auf Wechselschichtzulage gem. § 8 Abs. 5 TVöD i. V. m. § 21 TVöD. Diese unterliege als „sonstiger in Monatsbeträgen festgelegter Entgeltbestandteil“ dem Entgeltausfallprinzip. Wäre der Kläger nicht arbeitsunfähig erkrankt, wäre er im Wechselschichtdienst eingesetzt worden. Damit erfüllt er auch für die Monate Mai und Juni 2016 die tariflichen Voraussetzungen der Wechselschichtzulage.

Das BAG wandte sodann die Umrechnungsregelung des § 26 Abs. 1 Satz 3 TVöD auch auf den § 27 TVöD an, sodass sich im Jahr 2016 für die Monate Januar/Februar, März/April, Mai/Juni, August/September und Oktober/November für die Viertageweche anteilig 4/5 von fünf Zusatzurlaubstagen ergaben, mithin vier zusätzliche Urlaubstage.

## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



**Sebastian Günther**

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner der Kanzlei Hahn | Kroll | Günther Rechtsanwälte, Stellvertretender Geschäftsführer der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA), Berlin