

BDAktuell | JUS-Letter

**Juni 2007
Jahrgang 7
Ausgabe 2**

In dieser Ausgabe:

- 351** Bereitschaftsdienste nach TV-Ärzte/VKA und TVöD-K
- 352** Vorsicht Falle: Personaleinstellung und AGG



**Berufsverband
Deutscher Anästhesisten**
- Justitiare -
Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg

Tel.: 0911 93378 17
Tel.: 0911 93378 27
Fax: 0911 3938195

E-Mail:
BDA.Justitiare@dgai-ev.de

Internet:
www.bda.de

Bereitschaftsdienste nach TV-Ärzte/VKA und TVöD-K

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Der TVöD Besonderer Teil Krankenhäuser (TVöD-K¹) wurde im Herbst 2006 u.a. hinsichtlich der Bereitschaftsdienstregelung nachgebessert und trat rückwirkend zum 01.08.06 in Kraft. Daneben schloss der Marburger Bund mit dem VKA einen eigenständigen TV-Ärzte, der ebenfalls rückwirkend zum 01.08.06 in Kraft trat. Die Tarifwerke enthalten z.T. sehr unterschiedliche Regelungen hinsichtlich der Arbeitszeit und des Bereitschaftsdienstes.

Arbeitszeit / Stufen des Bereitschaftsdienstes

Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt nun einheitlich 40 Stunden (§ 7 Abs. 1 TV-Ärzte, § 6 Abs. 1.1. TVöD-K²). Ebenso ist die Einstufung des Bereitschaftsdienstes einheitlich geregelt (§ 12 TV-Ärzte, § 8.1 TVöD-K³):

Stufe I: bis zu 25 % Arb.lstg.
Stufe II: mehr als 25 % bis 40 %
Stufe III: mehr als 40 % bis 49 %

Übereinstimmend kennen beide Tarifverträge bei der Kombination Arbeitszeit und Bereitschaftsdienst drei Modelle: das Grundmodell, das Öffnungsmodell sowie eine Opt-out-Regelung. Dabei gibt es aber einige wesentliche Unterschiede zwischen den Tarifverträgen.

¹ TVöD/BT-K bezeichnet den Tarifvertrag im Innenverhältnis zwischen den Tarifparteien; zukünftig wird im Außenverhältnis zwischen Arbeitnehmern / Arbeitgebern nur noch von dem TVöD-K gesprochen.

² = § 44 Abs. 1 TVöD-BT/K

³ = § 46 TVöD-BT/K

Grundmodell

(§ 10 Abs. 2f. TV-Ärzte/VKA, § 7.17.1 Abs. 2 TVöD-K⁴)

Das Grundmodell kann unmittelbar durch den Arbeitgeber angeordnet werden. Es ist weder eine Betriebs-/Dienstvereinbarung noch die Zustimmung des Mitarbeiters nötig.

Der Arbeitgeber kann über das Grundmodell die tägliche Arbeitszeit verlängern. Dabei darf nur max. 8 Stunden Vollarbeit enthalten sein.

Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden ist bei dem Grundmodell weiterhin zu beachten.

TVöD-K:

Stufe I ⇒ bis max. 16 Std.,
davon mind. 8 Std. BD
Stufe II u III ⇒ bis max. 13 Std.,
davon mind. 5 Std. BD

TV-Ärzte/VKA:

Stufe I und II ⇒ bis max. 24 Std.,
davon mind 16 Std. BD
Stufe III ⇒ bis max. 18 Std.,
davon mind 10 Std. BD

Es ist aber nicht zwingend vorgeschrieben, dass die Vollarbeit am Stück zu leisten ist. Denkbar wäre folgender Ablauf: 7 ½ Std. Vollarbeit, dann Bereitschaftsdienst und anschließend ½ Stunde Vollarbeit (z.B. für Übergabe). Auch die Pausengewährung ist variabel; die Pause darf nur nicht direkt am Anfang oder Ende der Arbeitszeit gewährt werden. Möglich wäre auch die Ableistung von 1 Stunde Vollarbeit, dann die Pause und anschließend die restliche Vollarbeit sowie der Bereitschaftsdienst.

⁴ = § 45 Abs. 2 TVöD-BT/K

Es muss nicht zwingend Vollarbeit geleistet werden. Somit könnte die Gesamtarbeitszeit auch nur durch Bereitschaftsdienst abgedeckt werden.

Für Teilzeitkräfte gelten die Stundenbegrenzungen anteilig, sofern im jeweiligen Dienstvertrag keine abweichenden Regelungen getroffen wurden.

Bei der Verlängerung der täglichen Arbeitszeit legt der TVöD-K die Bruttoarbeitszeit (inklusive Pausen) zugrunde. Anders der TV-Ärzte/VKA, der auf die Nettoarbeitszeit abstellt (zuzüglich Pausen).

Im Bereich des TV-Ärzte/VKA ist das Grundmodell nur durchführbar, wenn weitere Voraussetzungen beachtet werden:

1. Prüfung alternativer Arbeitszeitmodelle
2. Belastungsanalyse (§ 5 ArbSchG)
3. Ggf. daraus resultierende Maßnahmen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes.

Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Krankenhausträger im Bereich des TV-Ärzte/VKA von dem Grundmodell Gebrauch machen. Der TVöD-K verlangt keine zusätzlichen Voraussetzungen.

Öffnungsmodell

(§ 10 Abs. 3 S.2. TV-Ärzte/VKA, § 7.17.1 Abs. 3 TVöD-K⁵)

In dem Öffnungsmodell kann die tägliche Arbeitszeit auf bis zu 24 Stunden (zuzüglich Pausen) verlängert werden. Voraussetzung ist wiederum, dass davon nur max. 8 Std. Vollarbeit geleistet werden. Ein 24-Stunden-Bereitschaftsdienst ist hingegen möglich.

Beide Tarifverträge fordern für das Öffnungsmodell eine Betriebs-/Dienstvereinbarung. Eine einseitige

Anordnung durch den Arbeitgeber ist also nicht möglich.

Zusätzlich ist nach dem TVöD-K die Prüfung alternativer Arbeitszeitmodelle, die Belastungsanalyse und ggf. Maßnahmen zum Gesundheitsschutz notwendig. Im Bereich TV-Ärzte/VKA müssen diese Voraussetzungen bereits beim Grundmodell erfüllt sein.

Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden ist weiterhin zu beachten.

Opt-out-Regelung

(§ 10 Abs. 5 TV-Ärzte/VKA, § 7.17.1 Abs. 4 TVöD-K⁶)

Die Wochenarbeitszeit kann ohne Ausgleich nur verlängert werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Betriebs- oder Dienstvereinbarung, landesbezirklicher Tarifvertrag
2. Prüfung alternativer Arbeitszeitmodelle
3. Belastungsanalyse (§ 5 ArbSchG)
4. Ggf. daraus resultierende Maßnahmen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes
5. Individuelle Vereinbarung mit Arbeitnehmer ⇒ Zustimmung.

Die Grenzen für die maximale wöchentliche Arbeitszeit sind in TVöD-K und dem TV-Ärzte/VKA unterschiedlich geregelt:

ArbZG: 48 Std.

TVöD-K:

Stufe I ⇒ max. 58 Std.

Stufe II/III ⇒ max. 54 Std.

TV-Ärzte/VKA:

Alle Stufen ⇒ max. 60 Std.

(über landesbezirklich. Tarifvertrag bis zu 66 Std. möglich).

Wichtig: Es handelt sich dabei nicht um die maximale Arbeitszeit pro Woche, sondern um die

durchschnittliche Wochenarbeitszeit. Beurteilungszeitraum ist nach TVöD-K und TV-Ärzte/VKA ein Jahr. Gemeint ist damit aber nicht das Kalenderjahr. Es wird ab jedem Zeitpunkt der Tätigkeit des Beschäftigten ein Jahr zurückgeblickt, ob der Stundendurchschnitt eingehalten worden ist.

Vorsicht Falle: Personaleinstellung und AGG

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)⁷ schützt auch Stellenbewerber vor Diskriminierungen in der Arbeitswelt.

Gerade bei der Stellenausschreibung und dem Auswahlverfahren muss der Arbeitgeber überlegt vorgehen, um nicht wegen eines Verstoßes gegen das AGG entschädigungspflichtig zu werden.

So hatte das ArbG Bonn (Urteil v. 21.03.2001, Az. 5 Ca 2781/00) folgenden Fall entschieden:

In der Stellenausschreibung suchte ein Klinikbetreiber „für sofort examinierte Krankenschwestern/examinierte Altenpflegerinnen auch für Berufswiedereinsteiger geeignet, Voll- oder Teilzeit“. Ein männlicher Bewerber, der abgelehnt wurde, fühlte sich diskriminiert und klagte erfolgreich. Der Krankenhausträger wurde zu einer Entschädigungszahlung i.H.v. ca. 1.700 Euro verurteilt.

Stellenausschreibung

Nach § 11 AGG ist der Arbeitgeber zu einer neutralen Stellenausschreibung verpflichtet. Zu beachten sind stets nur die Diskriminierungskriterien, die im AGG abschließend aufgezählt sind: Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion und Welt-

⁵ = § 45 Abs. 3 TVöD-BT/K

⁶ = § 45 Abs. 4 TVöD-BT/K

⁷ Ausführlicher: BDAktuell JUS-Letter März 2007 = AnästH Intensivmed 3/2007, S. 149 ff.

anschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität.

Auch wenn für die Stellenausschreibung und das Auswahlverfahren eine Personalagentur beauftragt wird, so hat dennoch der Auftraggeber/Arbeitgeber die Ordnungsmäßigkeit des Vorgehens zu überwachen. Denn eine etwaige Pflichtverletzung der Personalagentur wird ihm zugerechnet.

Die nachfolgenden Fälle machen deutlich, dass bei der Stellenausschreibung Vorsicht geboten ist. Die Anforderung einer klassischen Bewerbermappe mit Lichtbild ist rechtlich zwar zulässig, aber u.U. kritisch – wegen des Lichtbildes. Wird eine Bewerberin mit Kopftuch abgelehnt, so erweckt dies den Anschein einer Diskriminierung.

Unproblematisch sind Stellenanzeigen „Anästhesist/Anästhesistin gesucht“. Die Stellenausschreibung darf nur solche Anforderungen enthalten, die für die Stelle tatsächlich erforderlich sind.

Auswahl-/Einstellungsverfahren

Nicht nur bei der Stellenausschreibung, sondern auch bei der Bewerberauswahl kann der Arbeitgeber in Konflikt mit dem AGG geraten. Die Einstellungsentscheidung darf ebenfalls nicht auf eine der Diskriminierungsmerkmale gestützt werden. Deshalb ist es empfehlenswert, dass das Auswahlverfahren nach einem vorgegebenen Schema durchgeführt wird, wobei objektive und auch subjektive Auswahlkriterien für den zu besetzenden Arbeitsplatz vorab definiert werden.

Objektive Kriterien:

- Vollständigkeit und Fehlerfreiheit der Bewerbungsunterlagen, Ausbildung (z.B. Facharzt für Anästhesie),
- Zusatzausbildung (z.B. Zusatz-

Stellenanzeige

„junger, dynamischer, engagierter und belastbarer Anästhesist“

„OP-Schwester/-pfleger gesucht; schwerbehinderte Menschen werden bei gleicher Qualifikation bevorzugt“

„Sie passen in unser junges Team, wenn...“

„Gesucht: Arzt/Ärztin für Privatklinik (keine Teilzeit)“

„Anästhesieschwester/-pfleger, Alter: 18 – 40“

„Assistenzärztin/-arzt (katholisch) für Krankenhaus St. Josef“

Diskriminierung?

Ja, wegen Behinderung, Alters und Geschlechts

Nein, denn in Aussicht gestellte Bevorzugung stellt positive Maßnahme dar

Ja, weil „junges Team“ evtl. mittelbare Benachteiligung wegen Alters

Ja, weil Ausschluss von Teilzeit eine mittelbare Benachteiligung von Frauen, d.h. wegen des Geschlechts, sein kann

Ja, wegen Alters

Nein, denn Anknüpfung an Religion ist durch einen kirchlichen Träger zulässig (§ 9 AGG)

bezeichnung spezielle Intensivmedizin),

- Weitere Qualifikationen (z.B. TEE-Kurs, EDV-Kenntnisse),
- Grad der Berufserfahrung, mehrjährige Erfahrung in der für den Arbeitsplatz maßgebenden Tätigkeit oder zusätzliche Erfahrungen in anderen Tätigkeitsbereichen (z.B. spezielle Schmerztherapie, ambulante Anästhesie).

Subjektive Kriterien:

- Sympathisches Auftreten,
- Schnelle Auffassungsgabe,
- Sicherheit im Gespräch,
- Gute Körpersprache.

In dem Auswahlverfahren könnten dann zunächst alle Bewerber, die die objektiven Anforderungen nicht erfüllen, unberücksichtigt bleiben.

Bei dem Kriterium „Vollständigkeit/Fehlerfreiheit der Bewerbungsunterlagen“ ist Finger-spitzengefühl gefordert, da hier u.U. Benachteiligungsmerkmale eine Rolle spielen könnten. Sortiert beispielsweise ein Arbeitgeber alle Bewerbungen aus, in denen sich kein Foto befindet und bei denen der Vorname abgekürzt ist bzw. das Alter nicht angegeben

ist, kann dies ein Anhaltspunkt für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts oder des Alters sein. Auch das Aussortieren aller Bewerbungen, in denen der berufliche Werdegang nicht lückenlos dokumentiert ist, stellt u.U. eine Benachteiligung wegen des Geschlechts dar, da die Arbeitsbiografie von Frauen nicht selten durch Elternzeit unterbrochen ist. Bei der Durchführung der Vorstellungsgespräche werden wohl primär subjektive Auswahlkriterien den Ausschlag geben. Diese Auswahl sollte dann auch kurz für die eigenen Unterlagen begründet werden. Auch hier sind wiederum die Diskriminierungskriterien zu beachten.

Viele Arbeitgeber begründen in den Absageschreiben ihre Entscheidung. Z.B.: „Wir konnten Sie leider nicht berücksichtigen, da Sie über zu wenig Berufserfahrung verfügen“. Vorsicht! Hier kann eine Diskriminierung wegen Alters vorliegen. Deshalb ist es dringend anzuraten, die Ablehnungsschreiben kurz und knapp zu fassen. Formulierungsvorschlag: „Wir haben uns für einen anderen Bewerber entschieden“. Nur so machen Sie sich nicht angreifbar. Nicht nur die ordnungsgemäße

Durchführung, sondern auch die entsprechende Dokumentation des Auswahlverfahrens ist von essentieller Bedeutung. Immerhin können die abgelehnten Bewerber noch den Rechtsweg beschreiten. Wenn der Bewerber zur Überzeugung des Gerichts Indiztatsachen beweist, die eine Benachteiligung aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe vermuten lässt, ist der Arbeitgeber in der Beweispflicht. Er muss nun darlegen und beweisen, dass er das Auswahlverfahren benachteiligungsfrei durchgeführt hat.

Da derzeit nicht absehbar ist, welche Anforderungen die Gerichte stellen werden, empfiehlt sich eine lückenlose Dokumentation des Auswahlverfahrens.

Es besteht die Gefahr, dass Bewerber versuchen, aufgrund der Stellenausschreibung Entschädigungsansprüche zu erzielen. Es soll auch Trittbrettfahrer geben, die so eine neue Einkommensquelle erschließen möchten (sog. AGG-Hopper).

Rechtsfolge: Entschädigung

Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen, sofern er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Die Entschädigung ist bei der Nichteinstellung auf drei Monatsgehälter begrenzt (wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre).

Dazu noch ein Fall aus der Praxis, den das Amtsgericht Düsseldorf mit Urteil vom 15.11.2000 entschied. Ein Krankenhausträger schaltete folgende Anzeige:

„Für unsere Privatklinik im Zentrum von Düsseldorf suchen wir eine erfahrene Arzthelferin /OP-Schwester, die sich für den Bereich der ästhetischen Medizin interessiert. Bewerbungen bitte an....“.

Mit Schreiben vom 28. Februar 2000 bewarb sich ein examinierter Krankenpfleger auf diese Anzeige. Die Beklagte erteilte dem Kläger mit Schreiben vom 12. Mai 2000 eine Absage, in der es heißt: „... haben wir uns für eine andere Bewerberin bereits entschieden, was nicht in Zusammenhang mit Ihrer Qualifikation stand“.

Der abgewiesene Bewerber klagt auf eine angemessene Entschädigung, weil er von der Beklagten (=Klinik) bei der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses wegen seines Geschlechts benachteiligt worden sei. Es wurde zunächst eine Entschädigung in Höhe von ca. 9.000 Euro beantragt.

Nach Auffassung des Gerichts liegt eine Benachteiligung vor. In den Entscheidungsgründen heißt es:

„Dass der Kläger mit seiner Bewerbung wegen seines Geschlechts benachteiligt worden ist, ergibt sich aus der Anzeige, die die Beklagte in der S. geschaltet hat und die für die zu besetzende Stelle nur weibliche Bewerber anspricht. Es ist auch sprachlich ohne weiteres möglich, die von der Bekl. angebotene Stelle so auszuschreiben, dass männliche Bewerber nicht ausgeschlossen sind. Natürlich wäre es albern, die Bezeichnung „OP-Bruder“ zu verwenden, statt dessen lässt sich aber ohne weiteres

formulieren: „Krankenpfleger/in (OP)“. Unerheblich ist, dass es womöglich weniger Männer gibt, die den Beruf eines Arzthelfers ausüben. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechtes ist gemäß § 611 a Abs. 1 Satz 2 BGB nur zulässig, soweit ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit ist. Davon kann aber bei dem Beruf des Arzthelfers/Arzthelferin nicht die Rede sein“. Der Entschädigungsanspruch des Klägers wurde jedoch auf etwa ein Monatsgehalt (= ca. 2.000 Euro) reduziert.

Fristen

Entschädigungsansprüche müssen innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Nach § 15 Abs. 4 AGG beginnt die Frist im Falle einer Bewerbung mit dem Zugang der Ablehnung. Der Arbeitgeber sollte die Unterlagen gut zwei Monate archivieren, um im Prozess die Beweislast erfüllen zu können.

Wird keine Entschädigung geleistet, muss der Anspruch nach schriftlicher Geltendmachung spätestens innerhalb weiterer drei Monate gerichtlich geltend gemacht werden (§ 61 b ArbGG). Ein schwacher Trost: Ein abgelehnter Bewerber kann sich aber nicht über das Arbeitsgericht auf die jeweilige Stelle „einklagen“. Es besteht nach den gesetzlichen Bestimmungen kein Anspruch auf Begründung des Beschäftigungsverhältnisses. ■