

# Das Direktionsrecht des Arbeitgebers bei der Arbeitszeiteinteilung

in der individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Perspektive

## Übersicht

*In diesem Beitrag geht es um die Frage, wie Arbeitnehmer in ihrer Lebensgestaltung und bei der Umsetzung von privaten Wünschen und Interessen vor den Zumutungen durch kurzfristige auftretende betriebliche Arbeitsanforderungen geschützt sind.*

*Mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrages steht dem Arbeitgeber ein Direktionsrecht zur Verfügung, das arbeitsrechtlich nur unpräzise beschrieben ist. Es äußert sich in einer zunehmend flexibler werdenden Arbeitswelt häufig in Form von Ein- und Übergriffen in die Lebenswelt der Beschäftigten. Dies ist der Ansatzpunkt für den vorliegenden Text: Wir blicken auf die Möglichkeiten des Rückzugs, die sich für abhängig Beschäftigte bieten, die ihr Privatleben und ihre Gesundheit verteidigen möchten.*

*Über bestehende gesetzliche und tarifliche Regelungen hinaus hat ein Betriebsrat recht weit reichende Instrumente zur Verfügung, um ein akzeptables Umfeld für die sozialen und privaten Belange der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu sichern. Das setzt allerdings gute Fach- und Rechtskenntnisse, stabile Nerven und auch einen guten Rückhalt seitens der Beschäftigten voraus. Kundenorientierung, Anpassungsfähigkeit und Flexibilität sind heute unvermeidbar, aber sie sind kein ehernes, nicht zu hinterfragendes Gesetz. Die Bedingungen des Lebens und Arbeitens sollen und können im bestehenden rechtlichen Rahmen durch die Beteiligten im Betrieb sozialverträglich gestaltet werden.*

## Inhalt

1	Arbeitsvertragliche Grundlage (Gewerbeordnung § 106).....	2
2	Gesetzliche Präzisierungen und Ergänzungen .....	2
2.1	Arbeitszeitgesetz § 6.....	2
2.2	Teilzeit- und Befristungs-Gesetz § 12 .....	3
2.2.1	Übersicht über das Konzept „Arbeit auf Abruf“ .....	3
2.2.2	Mindeststandards für die kurzfristige Ausübung des Direktionsrechts.....	4
2.2.3	Gilt die Regelung nach § 12 TzBfG auch für „normale“ Arbeitsverhältnisse?.....	6
2.3	Handlungsoptionen von Arbeitnehmern bei „überzogener“ Ausübung des Direktionsrechts8	
3	Tarifvertragliche Regelungen.....	8
4	Mitbestimmung des Betriebsrats .....	10
4.1	Grundsatz der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziffer 2/3 BetrVG.....	10
4.1.1	Gesetzlicher und tariflicher Regelungsvorbehalt .....	10
4.1.2	Mitbestimmung bei der Schicht-, Dienst und Einsatzplanung .....	11
4.1.3	Flexible Einsatzpläne? .....	11
4.1.4	Teilausübung des Mitbestimmungsrechts? .....	12
4.1.5	Praxislücken bei der Durchführung der kollektiven Mitbestimmung?.....	12
4.1.6	Rechtswirkung der Mitbestimmung für den Arbeitnehmer.....	13
4.2	Die Bedeutung der Mitbestimmung bei Abrufarbeit .....	13
4.2.1	Rechtsgrundlage .....	13
4.2.2	Kollektiver Bezug?.....	14
4.2.3	Optionen für die Gestaltung eines Abrufsystems.....	14
4.3	Kollektiver Zwang für individuelle Abrufarbeit? .....	17
4.3.1	Bedeutung des arbeitsvertraglichen Vorbehalts .....	17

4.3.2	Konfliktfeld: Anordnung Überstunden.....	17
4.3.3	Regelungen zu Freiwilligkeitsvorbehalten, Ankündigungsfristen, Vergütungs- und Zuschlagsansprüche .....	18

# 1 Arbeitsvertragliche Grundlage (Gewerbeordnung § 106)

- Gemäß Gewerbeordnung kann und muss die Ausübung des Weisungsrechts (bei der Arbeitszeiteinteilung) „nach billigem Ermessen“ erfolgen. Die Wahrung billigen Ermessens setzt voraus, dass die wesentlichen Umstände des Einzelfalls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden.<sup>1</sup>

Verlangt wird eine „Abwägung der wechselseitigen Interessen nach den verfassungsrechtlichen und gesellschaftlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. Dies gebietet eine Berücksichtigung und Verwertung der Interessen unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls.“<sup>2</sup>

Dazu gehört eine Berücksichtigung der jeweiligen Vor- und Nachteile einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Arbeitsvertragsparteien, soziale Lebensverhältnisse und familiäre Pflichten, Unterhaltsverpflichtungen und ggf. auch Vermögens- und Einkommensverhältnisse.

Unbillig ist, wenn der Arbeitgeber – in der Person des jeweiligen mit dem Direktionsrecht ausgestatteten direkten Vorgesetzten – allein seine Interessen durchzusetzen versucht. In besonderer Weise muss er auf familiäre Belange Rücksicht nehmen<sup>3</sup> und bei seiner jeweiligen Ermessensentscheidung Behinderungen des Arbeitnehmers einbeziehen.
- Im Prinzip kann der Arbeitgeber ansonsten in diesem Rahmen die Lage und Verteilung der Arbeitszeit des Arbeitnehmers recht frei gestalten, auch was den Wechsel zwischen Tages- und Nachtarbeitszeiten, Arbeit am Sonntag und am Wochenende und die Gestaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Pausen angeht. Allerdings muss der Arbeitgeber bzw. der weisungsbefugte Vorgesetzte ihm bekannte Einschränkungen der zeitlichen Verfügbarkeit des Arbeitnehmers bei seinen Anordnungen berücksichtigen. Das gilt insbesondere, wenn der Arbeitnehmer durch weitere Beschäftigungsverhältnisse vertraglich und zeitlich gebunden ist. Der Vorgesetzte darf insofern keine Arbeitsleistungen anordnen, die der Arbeitnehmer nicht erfüllen kann.<sup>4</sup>
- In jedem Fall unterliegt die Ausübung des Weisungsrechts der Einschränkung, dass „die Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind“.<sup>5</sup> Das dem Arbeitgeber zustehende Weisungsrecht kann also durch einzelvertragliche oder kollektivrechtliche Vereinbarungen sowohl begrenzt und konkretisiert als auch erweitert werden. Nach der gängigen Rechtsauffassung entsteht – ohne eine ausdrückliche vertragliche Festlegung – üblicherweise kein „Gewohnheitsrecht“ des Arbeitnehmers, nur in einer bestimmten – über einen längeren vorausgehenden Zeitraum genutzten – zeitlichen Spanne eingesetzt zu werden und davon abweichende Anweisungen des Arbeitgebers ablehnen zu dürfen. Das kann nur unter ganz besonderen Umständen eintreten, die dann das „billige Ermessen“ beeinflussen.

## 2 Gesetzliche Präzisierungen und Ergänzungen

### 2.1 Arbeitszeitgesetz § 6

- Eine Einschränkung des Direktionsrechts ergibt sich aus § 6 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz (ArbZG). Danach ist die Arbeitszeit von Nacht- und Schichtarbeitnehmern nach den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen festzulegen. Eine zentrale Erkenntnis besteht dabei darin, dass in Schichtsystemen eine möglichst lange Vorausplanbarkeit der Einsatzzeiten sowohl der gesundheitlichen Erholung als auch dem sozialen Schutz von Schichtarbeitnehmern dienlich ist.

Die von der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) herausgegebenen „Arbeitswissenschaftlichen Empfehlungen“ benennen als einen von 11 zentralen Merksätzen: „Schichtpläne sollen vorhersehbar und überschaubar sein. Einmal aufgestellte Schichtpläne sollten von betrieblicher Seite möglichst eingehalten werden. Die Freizeitaktivitäten bzw. das Privatleben müssen für die Beschäftigten planbar bleiben. Individuelle Wünsche und Präferenzen bei der Schichtplangestaltung sollten berücksichtigt werden.“<sup>6</sup>

In einer vom Länderausschuss für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI) zusammengestellten Rechtsinformation zur Arbeitszeitgestaltung in Krankenhäusern<sup>7</sup> wird auf eine Arbeitszeitstudie aus dem Jahr 2010 verwiesen, die Beschwerden in dieser Hinsicht aufschlüsselt: „Neben Schichtarbeit wirken weitere Arbeitszeitmerkmale (z. B. variable Arbeitszeiten, Arbeit an Abenden oder am Wochenende) in ähnlicher Weise wie die Dauer der Arbeitszeit auf das gesundheitliche Wohlbefinden. Je variabler die Arbeitszeit ist und je öfter z. B. abends oder am Wochenende gearbeitet werden muss, desto höher sind die gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Weiterhin nehmen die Beschwerden mit der Arbeitszeitdauer zu. Die Vorhersehbarkeit der Arbeitszeiten spielt ebenso eine wichtige Rolle für das gesundheitliche Wohlbefinden, da eine schlechte Planbarkeit i. d. R. mit erhöhten Beschwerden zusammenhängt.“<sup>8</sup>

Der ebenfalls von der BAuA herausgegebene „Arbeitszeitreport 2016“<sup>9</sup> verweist auf unterschiedliche Studien, in denen berichtet wird, dass Beschäftigte, deren Arbeitszeit sich häufig ändert, einen schlechteren Gesundheitszustand aufweisen und insgesamt unzufriedener mit ihrer Arbeit sind als Beschäftigte mit planbaren Einsatzbedingungen. „Betriebliche Aspekte der Arbeitszeitflexibilität, die den Beschäftigten vornehmlich als Anforderung gegenüberreten, können (...) eine Belastung darstellen, die sich negativ auf die Gesundheit auswirkt.“

Das bedeutet zusammengefasst: Eine kurzfristige Verfügbarkeit von Arbeitnehmern nach den Einsatzwünschen des Arbeitgebers ist nach den arbeitswissenschaftlichen Empfehlungen zu vermeiden. Angeordnete Einsatzzeiten, die gegen arbeitszeitrechtliche Bestimmungen verstoßen oder die zulässige Spannbreite der arbeitswissenschaftlichen Empfehlungen verlassen, sind als Verstoß gegen § 6 Abs. 1 ArbZG und gleichzeitig auch gegen § 106 GewO unzulässig.

## **2.2 Teilzeit- und Befristungs-Gesetz § 12**

### **2.2.1 Übersicht über das Konzept „Arbeit auf Abruf“**

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) regelt in § 12 den arbeitsrechtlichen Sonderfall der „Arbeit auf Abruf“. Dieses vom Gesetzgeber eröffnete arbeitsrechtliche Sondermodell der Einsatzplanung ermöglicht dem Arbeitgeber einen über die Bestimmungen des § 106 GewO hinausgehenden Zugriff auf die zeitliche Nutzung der Arbeitskraft. Dies muss (im Einklang mit bestehenden kollektivrechtlichen Regelungen) im Einzelfall ausdrücklich arbeitsvertraglich (in Schriftform) vereinbart sein.

Der § 12 TzBfG sieht Schutzbestimmungen vor, die dabei dem Zugriff des Direktionsrechts auf die völlig flexible Nutzbarkeit der Arbeitskraft Grenzen setzen sollen. Da der Gesetzgeber bei der Freigabe der „Abrufarbeit“, oft auch KAPOVAZ genannt, arbeitsrechtliches Neuland betreten hat, sind die Meinungen und Kommentare in der Literatur recht vielfältig und die Interpretation einzelner Detailregelungen oft umstritten.<sup>10</sup>

Zu diesen gesetzlichen Schutzbestimmungen gehört, dass die täglichen Einsatzzeiten in der Regel drei zusammenhängende Stunden nicht unterschreiten dürfen, es sei denn, es besteht eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung über kürzere Einsatzzeiten.

Der Umfang der Wochenarbeitszeit muss vertraglich vereinbart sein, ansonsten gilt eine wöchentliche Mindestarbeitszeit von 10 Stunden und ein daran gebundener Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers als vereinbart. Die tatsächliche Einsatzzeit kann dabei durchaus – entsprechend der einzelvertraglichen Regelung – im Jahresverlauf schwanken. Es sind also auch ganze Wochen komplett ohne Arbeitseinsätze möglich. Dem Arbeitnehmer steht allerdings ein kontinuierlicher Vergütungsanspruch auf Basis der vereinbarten Wochenarbeitszeit zu. Sofern es dem Arbeitgeber nicht gelingt, die vereinbarte Arbeitszeit im festgelegten Ausgleichszeitraum abzurufen, bleibt die Vergütung des Arbeitnehmers nach dem Prinzip des Annahmeverzugs unangetastet.

- 10 Bei der Festlegung des zeitlichen Volumens der Arbeitszeit (im wechselseitigen Zusammenhang mit der zeitlichen Flexibilität des Einsatzzeitpunkts bei der Abrufarbeit) hat das BAG im Jahre 2005 einen Kurswechsel vollzogen. Bis dahin galt das arbeitsrechtliche Prinzip, dass die feste Vereinbarung der Dauer der (Wochen-)Arbeitszeit konstitutiv ist für ein Arbeitsverhältnis. Jede flexibilisierte Arbeitszeitdauer wurde als Versuch einer Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes bewertet.<sup>11</sup> Nach der seit 2005 geänderten und äußerst umstrittenen Rechtsauffassung des BAG kann die Arbeitszeit in einem Abrufvertrag als Mindestdauer definiert werden, mit der Option auf zeitweilige Ausweitung des Arbeitsvolumens, oder auch als Bandbreitenvertrag, der eine situationsbezogene Abweichung von einer vereinbarten Arbeitszeitdauer um bis zu 20 v. H. nach unten und um bis zu 25 v. H. nach oben vorsehen kann.

**2.2.2 Mindeststandards für die kurzfristige Ausübung des Direktionsrechts**

- 11 Die Mindestankündigungsfrist nach § 12 Abs. 2 TzBfG für Arbeitseinsätze im Vertragsmodell der Abrufarbeit beträgt 4 Tage. Diese Frist ist unabdingbar, sie kann weder durch einzelvertragliche Vereinbarung noch durch Betriebsvereinbarung verkürzt werden. Lediglich durch Tarifverträge kann durch die in § 12 Abs. 3 TzBfG enthaltene Öffnungsklausel eine kürzere Frist vereinbart werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit und die anzuwendende Vorankündigungsfrist vorsieht.

**2.2.2.1 Fristberechnung**

- 12 Die im Gesetz genannte Fristbestimmung ist eine „Rückwärtsfrist“ entsprechend den Bestimmungen der §§ 186ff BGB. Der Tag, an dem der Arbeitsabruf dem Arbeitnehmer zugeht, zählt nicht mit. Der Tag, an dem der Arbeitseinsatz stattfinden soll, zählt ebenfalls nicht mit. Gezählt werden die dazwischen liegenden Tage.

Der erste Zähltag der Frist ist der Tag vor dem geplanten Einsatz. Von dort aus wird rückwärts gezählt. Tage innerhalb der Frist sind grundsätzlich alle Kalendertage. Fällt jedoch ein Tag, an dem die Ankündigung spätestens erfolgen müsste, auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, so muss der Abruf bereits an dem davor liegenden Werktag erfolgen. Daraus ergibt sich folgende Übersicht:

Mitteilung							Einsatz
	<b>Mi &gt;</b>	Do	Fr	Sa	So		<b>&lt; Mo</b>
	<b>Do &gt;</b>	Fr	Sa	So	Mo		<b>&lt; Di</b>
	<b>Fr &gt;</b>	Sa	So	Mo	Di		<b>&lt; Mi</b>
	<b>Fr &gt;</b>	Sa	So	Mo	Di	Mi	<b>&lt; Do</b>
<b>Fr &gt;</b>	Sa	So	Mo	Di	Mi	Do	<b>&lt; Fr</b>
	<b>Mo &gt;</b>	Di	Mi	Do	Fr		<b>&lt; Sa</b>
	<b>Di &gt;</b>	Mi	Do	Fr	Sa		<b>&lt; So</b>

**2.2.2.2 Zugang der Mitteilung**

- 13 Der Zugang des Arbeitsabrufs ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, aber der Arbeitgeber muss den (rechtzeitigen) Zugang nachweisen. Es handelt sich um eine einseitige empfangsbedürftige Gestaltungserklärung im Sinne des § 315 BGB, durch die der Arbeitgeber das ihm eingeräumte Recht ausschöpft, die bisher noch unregelte Arbeitszeit des Arbeitnehmer nunmehr für einen einzelnen Arbeitstag hinsichtlich ihrer Dauer und Lage festzulegen.

Der Arbeitnehmer kann unmittelbar mündlich im Betrieb, zu Hause telefonisch, per Mobiltelefon oder per E-Mail, Telefax oder Messenger-Dienste kontaktiert werden, soweit es der betrieblichen Übung entspricht und der Arbeitnehmer erreicht wird. Denkbar sind auch Bekanntmachungen über einen Aushang im Betrieb an geeigneter Stelle, über das Intranet oder das Internet, soweit die ange-

sprochenen Arbeitnehmer einen zeitaktuellen Zugang zu den entsprechenden Stellen und Informationsmedien haben und deren Nutzung jeweils einvernehmlich abgestimmt worden ist.

Der Umstand, dass ein Arbeitnehmer mit einem Abrufvertrag ständig auf eine Information zur Konkretisierung seiner Arbeitspflicht gefasst sein muss, kann die Abwägung des Verteilungsprinzips zwischen der „Bringschuld“ des Arbeitgebers beim Ausspruch des Abrufs und der „Holschuld“ des Arbeitnehmers beim Zugang zu den entsprechenden Informationsquellen beeinflussen.

14

Der Arbeitsabruf kann sich auf einzelne Arbeitstage beziehen, aber auch eine Zeitspanne umfassen, für die entsprechende Ankündigungen an den Arbeitnehmer ergehen. Er ist für den Arbeitnehmer aber nur dann verbindlich, wenn er ausreichend konkret ist, also alle notwendigen Informationen über Einsatztag, Arbeitsbeginn und Arbeitsende sowie die vorgesehene Arbeitszeitdauer eindeutig bestimmt.

Der Arbeitsabruf wird wirksam, wenn er ordnungsgemäß und fristgerecht vom Arbeitgeber oder den dafür berechtigten Vorgesetzten ausgeführt worden und dem Arbeitnehmer zugegangen ist. Er bedarf insofern keiner Empfangsbestätigung oder einer ausdrücklichen Einwilligung des Arbeitnehmers.

### 2.2.2.3 Rechtswirkung der Frist

Unterhalb der 4-Tage-Frist muss der Arbeitnehmer dem Arbeitsabruf nicht folgen; das Direktionsrecht ist also insoweit eingeschränkt. Einhellig wird in der juristischen Literatur dem Arbeitnehmer im Falle der Fristunterschreitung ein Leistungsverweigerungsrecht zugebilligt, das keinerlei Begründungspflicht unterworfen ist.<sup>12</sup> Im präzisen juristischen Verständnis ist die nicht fristgerechte Mitteilung eines gewünschten Einsatzes nach § 134 BGB unwirksam und entfaltet keinerlei rechtsgestaltende Wirkung. Der Arbeitnehmer ist insoweit auch nicht verpflichtet, seine Nichtannahme des Arbeitsangebots zurückzumelden, sofern ihn die verspätete Erklärung des Arbeitgebers nur einseitig erreicht. Nur auf ausdrückliche Nachfrage des Arbeitgebers ist er verpflichtet, seine Nichtannahme des Arbeitsangebots (begründungsfrei) zu verdeutlichen.

15

Auch wenn der Arbeitnehmer in der Vergangenheit häufiger trotz der verspätet ergangenen Ankündigung des Arbeitgebers die Arbeit aufgenommen hat, kann daraus nicht zwingend eine betriebliche Übung abgeleitet werden. Auch eine ausbleibende Rückmeldung oder reines Schweigen des Arbeitnehmers in einer spezifischen persönlichen Situation berechtigt den Arbeitgeber nicht zu Sanktionen, weil er meinte, auf die Einwilligung des Arbeitnehmers vertrauen zu können.<sup>13</sup> Nur wenn der Arbeitnehmer erkennen kann, dass die Fristversäumnis auf betrieblichen Ablaufstörungen beruht oder der Arbeitgeber offenkundig mit dem Arbeitseinsatz plant, soll er zu einer Absage verpflichtet sein, damit dem Arbeitgeber eine andere Organisationslösung ermöglicht wird.

16

Eine vom Arbeitgeber durchgeführte Festlegung des Leistungszeitpunkts kann dieser nachträglich nur noch einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer wieder ändern. Ansonsten droht er in Annahmeverzug zu geraten, wenn der Arbeitnehmer zu dem angegebenen Zeitpunkt seine Leistung bereitstellt. Es ist rechtlich umstritten, inwieweit der Arbeitgeber einen bereits (längerfristig) erfolgten Abruf nachträglich wieder absagen oder ändern kann, wenn er dabei seinerseits die 4-Tage-Ankündigungsfrist einhält. Dass dies innerhalb einer bereits laufenden 4-Tage-Frist nicht möglich ist, ist allgemeiner rechtlicher Konsens.

17

Einerseits wird (unter Wahrung der 4-Tage-Frist) ein Widerruf eines bereits erfolgten Abrufs oder dessen Abänderung für zulässig gehalten, weil der Arbeitgeber in der Ausübung des ihm nach § 106 GewO zustehenden Direktionsrechts – in den Grenzen billigen Ermessens – die Freiheit zustehen müsse, einmal erteilte Weisungen auch wieder zu ändern.<sup>14</sup> Andererseits wird der Ausübung einer Arbeitsabrufs eine rechtsgestaltende und damit unwiderrufliche Rechtswirkung zugeordnet, durch die das Leistungsbestimmungsrecht verbraucht wird.<sup>15</sup> Dies ändert sich auch nicht durch einen mit längerer Vorlauffrist erfolgten Abruf.

18

Dabei ist es selbstverständlich, dass der Arbeitnehmer, so wie ihm auch eine freiwillige Annahme eines vom Arbeitgeber ausgesprochenen Arbeitsangebots mit verkürzter Ankündigungsfrist möglich ist, jederzeit eine einvernehmliche Änderung eines bereits erteilten Arbeitsabrufs mit dem Arbeitgeber vereinbaren kann.



### **2.2.3 Gilt die Regelung nach § 12 TzBfG auch für „normale“ Arbeitsverhältnisse?**

- 19 Sind die Regelungen über Abrufarbeit nur für Teilzeitarbeitsverhältnisse anzuwenden? Wurde für Vollzeitverträge und bei Arbeitsverträgen ohne Abrufklausel ein Schutzbedarf des Gesetzgebers nicht gesehen? Kann man den Umkehrschluss ziehen, dass die Vorankündigungsfrist bei der Ausübung des Direktionsrechts bei solchen „normalen“ Arbeitsverhältnissen deutlich länger als 4 Tage sein muss, auch wenn dies vom Gesetzgeber nicht präzisiert worden ist?

#### **2.2.3.1 Gültigkeit für Voll- und Teilzeitarbeitsverhältnisse?**

- 20 Im Teilzeit- und Befristungsgesetz findet sich an keiner Stelle eine eindeutige Festlegung, ob dessen Bestimmungen im Geltungsbereich nur auf Teilzeitverträge oder auch auf Vollzeitarbeitsverhältnisse anzuwenden ist. Es gibt dazu in der juristischen Diskussion unterschiedliche Meinungen.<sup>16</sup> Umstritten ist, ob für die Anwendung von Abrufarbeit bei Vollzeitarbeitsverträgen überhaupt Raum ist, ohne die Anforderungen an das „billige Ermessen“ zu überschreiten. Andererseits gibt es durchaus in der Praxis Einsatzbedingungen bei Vollzeitbeschäftigten, für die man die Anwendung der Schutzbedingungen nach § 12 TzBfG in Erwägung ziehen könnte.
- 21 Ein schwer zu widerlegendes Argument in der Diskussion ist, dass es bei der Definition von Vollzeit- und Teilzeitverträgen keine trennscharfe Abgrenzung gibt. Schon eine Unterschreitung der betriebsüblichen Regelarbeitszeit um nur eine Stunde könnte den Status der Teilzeitarbeit bewirken und damit die Schutzfunktion des TzBfG auslösen. Während der Umfang der Wochenarbeitszeit von z. B. 37 Stunden in einigen Wirtschaftsbereichen schon als Vollarbeitszeit zählt, wäre ein nach den Tarifverträgen des Gesundheitswesens beschäftigter Arzt ggf. schon mit 40 Stunden pro Woche teilzeitbeschäftigt.

Auch wenn man für die Absicherung der Vertragsbedingungen, wie sie in § 12 Abs. 1 TzBfG vorgesehen sind, bei Vollzeitbeschäftigten kaum Bedarf sieht: Die Gewährung von gleichen Rahmenbedingungen für Vollzeit- und Teilzeitkräfte bei den Ankündigungszeiten für flexible Arbeitsabrufe nach § 12 Abs. 2 TzBfG sollte als Ziel anerkannt werden, wie es auch in einem Teil der Literatur der Fall ist.<sup>17</sup>

<sup>18</sup>

#### **2.2.3.2 Restriktive Auslegung von Flexibilität im normalen Arbeitsverhältnis?**

- 22 Was ist nun von der eingangs aufgeworfenen Frage zu halten, ob Arbeitnehmer, die ohne Abrufklausel auf Grundlage eines normalen Arbeitsvertrags beschäftigt werden, keinen Schutzbedarf haben? Sind über das einseitige Direktionsrecht des Arbeitgebers gesteuerte Einsatzformen, bei der sich die Arbeitszeiten einseitig und ausschließlich am kurzfristigen Abruf ausrichten, rechtlich unzulässig? Kann man in einem Umkehrschluss aus dem in § 12 TzBfG formulierten Schutzkonzept für Abrufarbeit ableiten, dass eine kurzfristige Verfügung über die Einsatzzeiten eines Mitarbeiters ohne ausdrückliche vertragliche Regelung dem „billigen Ermessen“ widerspricht?

Die statistischen Angaben zur Verbreitung hochflexibler Arbeitszeitmodelle in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen<sup>19</sup> legen die Vermutung nahe, dass über die faktischen Macht- und Wirtschaftsbedingungen in breitem Maße kurzfristige Abrufkonditionen praktiziert werden. Das tatsächliche Ausmaß des Problems ist also größer, als es die auf eine theoretische Rechts- und Vertragskonstruktion ausgerichteten Eckpunkte des TzBfG nahelegen würden. Die statistischen Erhebungen lassen auch erkennen, dass die im TzBfG durch die 4-Tage-Frist vorgesehenen Bedingungen der zeitlichen Vorankündigung vielfach unterschritten werden.

Das erlaubt zunächst die naheliegende Schlussfolgerung, dass auch ohne eine ausdrückliche einzelvertragliche Verständigung über Abrufarbeit die grundsätzlichen Regelungsziele des § 12 TzBfG als allgemeingültige arbeitsrechtliche Leitlinien zur Anwendung kommen müssten. Das vom Gesetzgeber vorgesehene Schutzziel muss auch dann zum Tragen kommen, wenn der Arbeitsvertrag keine KA-POVAZ-Klausel enthält und damit formal den Anforderungen des TzBfG nicht entspricht, aber die tatsächliche kurzfristige Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber die angesprochenen Bedingungen faktisch erfüllt. Und dieses selbstverständlich – diskriminierungsfrei in jede Richtung – ohne Unterscheidung zwischen Vollzeit- und Teilzeitarbeitsverhältnissen.

Wen man den angestrebten Schutzzweck des TzBfG zu Grunde legt, kann man sogar zu dem Ergebnis kommen, dass die Arbeitnehmer, die keine vertraglichen Abreden zur Abrufbarkeit getroffen haben, sich für die Ausgestaltung ihres Arbeitsverhältnisses auf einen erkennbaren qualitativen Abstand zu dem Schutzniveau des § 12 TzBfG berufen können. Die Wahrung des billigen Ermessens nach § 106 GewO müsste also zum einen auf einer überwiegenden und verlässlichen Vertragsgrundlage von fest zu verplanenden Einsatzzeiten beruhen und auch bei einer ggf. verbleibenden Restgröße von flexiblen Einsatzmodellen eine deutlich länger auszugestaltende Ankündigungsfrist als lediglich 4 Tage aufweisen. 23

Dazu gehört auch eine Absicherung von Rahmenbedingungen zur Stabilität von getroffenen Entscheidungen zur Einsatzplanung. Wie es bereits in RN 17 zur Abrufarbeit ausgeführt wurde, muss von einer vom Arbeitgeber durchgeführten und dem Arbeitnehmer mitgeteilten Dienstplanung eine Bestandssicherheit ausgehen. Es sollte als gesichert angesehen werden, dass der Arbeitgeber einen bereits verbindlich festgelegten Leistungszeitpunkt nachträglich nur noch einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer wieder ändern kann. Diese Bestandssicherheit wird in kollektivrechtlich normierten Arbeitsverhältnissen überwiegend durch die Mitbestimmung des Betriebsrates gewährleistet. 24

Es stellt sich aber auch auf der individualrechtlichen Ebene die Frage, wie die rechtliche Verlässlichkeit einer Einsatzplanung für einen Mitarbeiter zu bewerten ist, der ausdrücklich keine Vereinbarung über Abrufarbeit unterzeichnet hat. Die in Teilen der arbeitsrechtlichen Literatur vertretene Auffassung, nach der ein Widerruf einer bereits erfolgten Arbeitszeiteinteilung bzw. deren Abänderung für zulässig gehalten wird, überzeugt keineswegs. Es fällt zum Teil hinter die bei der geregelten Abrufarbeit angestrebten Schutzziele weit zurück, wenn Arbeitnehmer ihre auf Grundlage vorliegender Planungen getroffenen privaten und sozialen Lebensarrangements fortlaufend an geänderte Planungsstände des Betriebs anpassen müssen. Das gilt insbesondere in Systemen mit Schicht-, Nacht- und Wochenendarbeit, wie es ja bereits in den RN 4 bis 7 begründet worden ist.

Es ist insoweit in der juristischen Einordnung unzureichend, wenn der Arbeitgeber das ihm nach § 106 GewO zustehende Direktionsrecht – obwohl in die Grenzen billigen Ermessens eingebunden – beliebig häufig ausüben kann und über eine weitgehend unbeschränkte Freiheit verfügen soll, einmal erteilte Weisungen auch wieder zu ändern. Hier ist eher der bereits oben (RN 18) dargestellten Rechtsauffassung zu folgen, die einer aus der Ausübung des Direktionsrechts folgenden Einsatzplanung für bestimmte Einsatzstage oder Planungsabschnitte eine rechtsgestaltende und damit unwiderprüfliche Rechtswirkung zuordnet, mit der das nach § 106 GewO zugestandene Leistungsbestimmungsrecht verbraucht wird. 25

Selbst wenn man dieser Rechtsauffassung nicht folgen kann, sollte es unumstritten sein, dass ein Arbeitgeber immer mindestens die 4-Tage-Ankündigungsfrist nach § 12 Abs. 2 TzBfG einzuhalten hat, wenn er gegenüber einem Arbeitnehmer, der keine Abrufvereinbarung unterzeichnet hat, eine Änderung der Einsatzplanung einfordert. Gegenüber denkbaren Einwendungen, dass eine derartige „restriktive“ Auslegung des Direktionsrechts den Anforderungen von modernen Unternehmen, flexiblen Arbeitsmärkten und harten Wettbewerbsbedingungen nicht genügt, ist dreierlei entgegenzuhalten: 26

- (1) Die Regelungsmöglichkeiten nach § 12 TzBfG stehen zur Verfügung. Es gibt keinen Bedarf, ohne den entsprechenden (begrenzten) arbeitsrechtlichen Schutz der Betroffenen parallele Umsetzungsmodelle in die Systematik des Normalarbeitsverhältnisses hineinzutragen.
- (2) Einer nachträglich auftretenden Bedarfslage zur Änderung von Einsatzplanungen stehen vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten offen, die nicht über das einseitige Direktionsrecht, sondern über einvernehmliche Lösungen mit den beteiligten Mitarbeitern umgesetzt werden können. Hier sind für den erreichbaren Erfolg sowohl das Betriebsklima und die Führungskultur als auch ggf. weitere (materielle) Stimulationsmittel zu prüfen.
- (3) Moderne Arbeitssysteme berücksichtigen den potentiell auftretenden Bedarf zur Änderung von Einsatzmodellen bereits im Vorfeld durch entsprechende Managementkonzepte. Dazu gehören systematische Personalbedarfskalkulationen, Ausfall-, Eifall- und Notfallmanagement und ggf. auch Bereitschaftsdienst- oder Rufbereitschaftsmodelle.

## 2.3 Handlungsoptionen von Arbeitnehmern bei „überzogener“ Ausübung des Direktionsrechts

- 27 Die voranstehenden Ausführungen münden in die naheliegende Fragestellung, welche Handlungsoptionen Arbeitnehmern zur Verfügung stehen könnten, wenn ein Arbeitgeber das Direktionsrecht in einer den gesetzlichen Handlungsrahmen überdehnenden Weise ausübt. Leider war hier der Gesamttenor der arbeitsrechtlichen Diskussion, gestützt auf die Rechtsprechung des BAG, in ähnlicher Weise unbefriedigend wie bereits voranstehend in RN 24 umrissen. Das Risiko der Befolgung oder Nichtbefolgung von „unbilligen“ Entscheidungen des Arbeitgebers wurde weitgehend einseitig auf den Arbeitnehmer übertragen.<sup>20</sup>
- 28 Allerdings hat sich die Rechtslage durch die neuere Rechtsprechung des BAG gewandelt. Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat auf die Anfrage des 10. Senats mitgeteilt, dass er an seiner vorausgegangenen Rechtsauffassung nicht mehr festhält.<sup>21</sup> Entsprechend ist ein Arbeitnehmer nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB nicht – auch nicht vorläufig – an eine Weisung des Arbeitgebers gebunden, die die Grenzen billigen Ermessens nicht wahrt (unbillige Weisung).
- 29 Der Arbeitnehmer muss derartigen Weisungen nicht Folge leisten, geht allerdings, wenn er sich einer nach seinem Verständnis „unbilligen“ Entscheidung widersetzt, das Risiko ein, dass er ggf. eine Abmahnung erhält und im Extremfall, wenn sich derartige Vorgänge wiederholen, auch eine verhaltensbedingte Kündigung, wenn seine „gefühlte“ Rechtsauffassung sich am Ende nicht bestätigt. Aber immerhin steht ihm jetzt ein „vereinfachter“ Rechtsweg zur Verfügung: Er kann der ergangenen Abmahnung widersprechen und die Unbilligkeit der Arbeitgeberanordnung in einer Feststellungsklage vor dem Arbeitsgericht prüfen lassen, die nicht fristgebunden ist. Dem Arbeitgeber obliegt nach eingereicherter Klage des Arbeitnehmers die Darlegungs- und Beweislast, dass es sich nicht um eine unbillige Anordnung gehandelt hat.

Trotz dieser leichten Verbesserung der arbeitsrechtlichen Interpretation des § 106 GewO führt eine Gesamtbewertung zu dem Fazit, dass die individualrechtliche Position des Arbeitnehmers unter den Bedingungen der immer flexibleren praktischen Ausgestaltung des Direktionsrechts, im Lichte der vorhandenen arbeitsrechtlichen Leitlinien und unter dem Blickwinkel sozialstaatlicher Gerechtigkeit unzureichend ausgestaltet ist. Wir müssen also im Weiteren fragen, ob und wie mit den Möglichkeiten der kollektivrechtlichen Regulierung von Arbeitszeitsystemen eine Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes erreicht werden kann.

## 3 Tarifvertragliche Regelungen

- 30 Tarifverträge sehen neben der Festlegung der Wochenarbeitszeit und der zu zahlenden Vergütung in der Regel begleitende Regelungen zur Handhabung und Vergütung von Arbeitsleistungen zu ungünstigen Zeiten vor, also Schicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagszuschläge.
- Eher selten finden sich dort aber Bestimmungen zur Aufstellung von Schicht- und Dienstplänen und über die vom Arbeitgeber einzuhaltenden Vorankündigungsfristen bei der Ausübung des Direktionsrechts. Allenfalls Definitionen von Überstunden, die über die regelmäßig zu leistende Arbeitszeit hinausgehen und die dort jeweils zur Anwendung kommenden Zuschläge und deren Bezahlung oder ggf. deren Freizeitausgleich sind ein übliches Regelungsfeld.
- Wir wollen uns nachfolgend mit der Ausgestaltung von Tarifbestimmungen des öffentlichen Dienstes (TVöD; und damit weitgehend identisch auch: TV-L) näher befassen, weil diese für weite Bereiche des Gesundheitswesens die bestimmenden kollektivrechtlichen Normen sind, soweit dort überhaupt auf solche zurückgegriffen wird.
- 31 Der TVöD ermöglicht über die Grunddefinitionen zur Arbeitszeit im § 6 ein sehr weit gefasstes Spektrum an Möglichkeiten zur flexiblen Gestaltung von Arbeitszeitmodellen in unterschiedlichen Einsatzgebieten des öffentlichen Dienstes. Besonders hervorzuheben ist dabei, dass der Tarifvertrag sogar eine spezifische Erweiterung des Direktionsrechts vorsieht, indem er in § 6 Abs. 5 sagt: „Die (Vollzeit-)Beschäftigten sind im Rahmen begründeter betrieblicher/dienstlicher Notwendigkeiten zur Leistung



von Sonntags-, Feiertags-, Wechselschicht-, Schichtarbeit sowie (...) zu Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft, Überstunden und Mehrarbeit verpflichtet.“

Um Risiken der Diskriminierung einzugrenzen, sehen die aktuellen Tarifverträge nunmehr in der Nachfolge des früheren BAT eine spezifische Schutzklausel für Teilzeitbeschäftigte vor. Diese sind zur Ableistung der letztgenannten Sonderformen der Arbeit (Rufbereitschaft, Bereitschaftsdienst, Überstunden, Mehrarbeit) nicht automatisch verpflichtet, sondern nur, wenn sie sich im Einzelfall dazu bereit erklären, oder falls es in ihrem Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart ist.<sup>22</sup> Eine solche Regelung muss ausdrücklich schriftlich gefasst sein, ansonsten können Teilzeitbeschäftigte eine Zuordnung zu den genannten Dienstformen ablehnen, ohne diese Ablehnung begründen zu müssen. Auch bei zeitweiliger Teilnahme an solchen Diensten entsteht keine betriebliche Übung, die den Teilzeitarbeitnehmer dauerhaft darauf verpflichten würde.

Bei denjenigen Vollzeitbeschäftigten, die schon mit Begründung des Arbeitsverhältnisses prinzipiell verpflichtet werden, Bereitschaftsdienste und/oder Rufbereitschaft sowie ggf. Überstunden zu leisten, sieht der Tarifvertrag einige begleitende Rahmenbedingungen für die Anwendung solcher Diensten vor. Der Schwerpunkt liegt allerdings bei der Vergütung dieser Dienste, weniger bei deren konkreter Ausgestaltung. Dies bleibt – immerhin vom Tarifvertrag auch so gefordert – der Umsetzung durch die betriebliche Mitbestimmung vorbehalten.

Die tariflich vereinbarte Grundarbeitszeit kann bei allen Umsetzungsmodellen im Jahresverlauf als unterschiedlich lange Wochenarbeitszeit flexibel verteilt werden. Erst im jährlichen Ausgleichszeitraum muss sie sich in der Gesamtbilanz ausgleichen. Hinsichtlich der Ausübung des Direktionsrechts bei dieser Flexibilität und insbesondere bei der Anordnung von kurzfristigen Arbeitseinsätzen sehen die Tarifverträge keine ausdrücklichen Regelungen vor, bis auf den Hinweis, dass die betriebliche Mitbestimmung für die Details zuständig ist.

Allenfalls für die Anwendung bei Schicht- und insbesondere bei Wechselschichtarbeit kommt man zu konkreteren Aussagen.<sup>23</sup> Schicht- und Wechselschichtarbeit beruht auf definierten, jeweils wiederkehrenden Schichtwechselrhythmen; dabei muss im Dienstplanmodell der in diesem Zyklus jeweils erwartete und zu leistende Anteil der Wochenarbeitszeit im SOLL-Plan ausgewiesen und auch am Ende geleistet und abgerechnet werden.

Schichtarbeit setzt immer eine Systematik der Abfolge von Einsatzzeiten voraus, zu denen die Beschäftigten „eingeteilt“ werden. Arbeit im Schichtmodell sieht also bereits in seiner Grunddefinition den Mechanismus des Planens der Arbeitszeit vor. Die Flexibilität, mit der der Arbeitgeber sein Direktionsrecht ausüben kann, ist eingeschränkt durch die Anforderung, die Schichteinsätze der Arbeitnehmer im Rahmen einer systematischen „Planung“ zu verteilen.

Wechselschicht als solche wird definiert als Arbeit in unterschiedlichen Schichtmodellen, die den gesamten Tagesverlauf von 24 Stunden einschließen und jeweils rollierend (gleichmäßig) auf alle im Wechselschichtmodell einbezogenen Mitarbeiter verteilt werden. Die von jedem Mitarbeiter zu leistenden Arbeitseinsätze, die den gesamten Zeitraum eines Tages und einer Woche umfassen können, sollen durch den SOLL-Plan bereits vor dem Beginn des Planungszyklus transparent ausgewiesen und bekannt gemacht werden.

Diese Definition von Wechselschichtarbeit schließt in ihrer tariflichen Grundkonzeption die flexible Verfügbarkeit des Mitarbeiters aus, der Arbeitgeber kann nicht nach eigenem Entscheidungsrecht auf die ggf. kurzfristig sich ändernde Besetzungsbedürfnisse reagieren und unter Rückgriff auf ein allgemeingültiges Direktionsrecht jenseits des Tarifvertrages tätig werden.

Teilzeitbeschäftigte können sich der Einbeziehung in die Einsatzmodelle von Schicht- und Wechselschichtarbeit nicht entziehen. Sie müssen allerdings auch, um jeglichem Diskriminierungsverdacht vorzubeugen, in gleicher Weise „systematisch“ verplant werden wie die Vollzeitbeschäftigten. Eine in vielen Einrichtungen des Gesundheitswesens geübte Praxis, Teilzeitbeschäftigte als „flexible Reserve“ in die Planungsabläufe einzubauen – ohne dass diese in der Regel eine „Abrufvereinbarung“ nach § 12 TzBfG unterschrieben hätten –, liegt offenkundig im Grenzbereich des vom Tarifvertrag vorgegebenen Rechtsrahmens.

- 38 Die Vergütungsbedingungen der unterschiedlichen flexiblen Zeitmodelle werden in § 7 TVöD geregelt. Beim Arbeitseinsatz im Rahmen von Wechselschichtarbeit werden ausgleichende Bedingungen in Form von Zusatzurlaubsansprüchen, Schichtzuschlägen und Wechselschichtzulagen vorgesehen, insbesondere für geleistete Arbeitseinsätze in Form von Nachtarbeit.
- 39 Interpretationsbedürftige Aussagen enthält der Tarifvertrag bei der Definition von „Überstunden“ (in der Abgrenzung zu „Mehrarbeit“) und deren jeweiliger arbeits- und tarifrechtlichen Herleitung und vergütungsrechtlichen Umsetzung.<sup>24</sup> Das Leitprinzip der tariflichen Regelungen ist es, für die Ableistung von Überstunden einen möglichst zeitnahen Ausgleich in Freizeit vorzusehen. Eine Vergütung und Zuschlagsberechnung für Überstunden kommt in vielen Feldern der betrieblichen Praxis nur in Frage, wenn der zeitnahe Abbau der Mehrstunden nicht gelingt und/oder wenn geschaffene Pufferlösungen über Zeitkonten bereits erschöpft sind. Diese Regelungskonzeption mag in sich grundsätzlich zulässig und stimmig sein, sie erscheint aber unzureichend, wenn die Möglichkeiten der (kurzfristigen) Anordnung von Mehrarbeitszeiten nicht näher spezifiziert sind und wenn dem Arbeitgeber bei Abbau von Mehrarbeitszeiten Handlungsvollmachten zuwachsen, die dem eigentlichen tariflichen Ziel der gleichmäßigen und geplanten Verteilung der Arbeitszeit nicht entsprechen.
- 40 Es erscheint offensichtlich, dass mit der Möglichkeit, kurzfristig Überstunden oder Mehrarbeit anzuordnen, die entweder bezahlt oder in Freizeit ausgeglichen werden, und die entweder mit Zuschlägen bewertet oder als zuschlagsfreie Mehrarbeit definiert und in Anspruch genommen werden, für den Arbeitgeber ein weites Feld von zweifelhaften bis willkürlichen Anwendungsformen eröffnet wird. Angesichts der rechtlichen Komplexität der Zusammenhänge kann dies aber hier nicht vertieft behandelt werden.<sup>25</sup>

Insbesondere für Teilzeitbeschäftigte treten hier Herausforderungen auf, die zwar eigentlich unter Hinweis auf die in RN 32 beschriebene Schutzklausel nicht bestehen dürften, für die aber angesichts vorhandener arbeits- und tarifrechtlicher Regelungslücken nur über die kollektivrechtliche Gestaltung im Betrieb Auffanglösungen ermöglicht werden können.

## 4 Mitbestimmung des Betriebsrats

### 4.1 Grundsatz der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziffer 2/3 BetrVG

- 41 Das dem Arbeitgeber nach der Gewerbeordnung zustehende Weisungsrecht bei der Arbeitseinteilung wird in Betrieben mit einer gewählten Interessenvertretung insofern konkretisiert und eingeschränkt, als der Arbeitgeber dieses nur in ausdrücklicher Übereinstimmung mit den Organen der Interessenvertretung ausüben kann. Kollektivrechtlich verhandelte betriebliche Vorgaben sollen die dem Arbeitgeber zustehende einseitige Gestaltungsmacht zurückdrängen sowie zum Schutz der Arbeitnehmer die Möglichkeiten begrenzen, seinen Handlungsspielraum durch individualvertraglich ausgehandelte Regeln zu erweitern.

#### 4.1.1 Gesetzlicher und tariflicher Regelungsvorbehalt

- 42 Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats setzt nach dem Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG voraus, dass eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. Nach Ansicht des Gesetzgebers entfällt das Bedürfnis nach einer Mitwirkung des Betriebsrats zum Schutz der Arbeitnehmer, wenn der betroffene Gegenstand bereits durch Gesetz oder Tarifvertrag verbindlich geregelt ist. Darüber hinaus soll der Ansatz für eine betriebliche Vereinbarung dort fehlen, wo der Arbeitgeber selbst ohnehin nichts mehr bestimmen kann.

Wir werden im weiteren Argumentationsverlauf erkennen, dass die zu klärenden Fragen bei der Arbeitszeiteinteilung im Betrieb vielfältige Herausforderungen für die Arbeitnehmer und die Betriebsparteien bieten, die durch gesetzliche und tarifvertragliche Formulierungen in aller Regel nicht abschließend beantwortet werden. Dennoch ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass ein Betriebsrat nicht im Betrieb Regelungen zulassen oder gar selbst vereinbaren kann, die hinter den Regelungshorizont bestehender höherrangiger Schutznormen zurückfallen.

Vielfach sehen aber die Gesetze, wie z. B. das Arbeitszeitgesetz, ausdrücklich vor, dass der Betriebsrat bei dessen Anwendung und bei der Überprüfung der Umsetzung einzubeziehen ist.

#### 4.1.2 Mitbestimmung bei der Schicht-, Dienst und Einsatzplanung

Das dem Betriebsrat zustehende Mitbestimmungsrecht bei Beginn und Ende der Arbeitszeit einschließlich der Pausen bezieht sich auf alle Formen der Einsatzplanung, also die Festlegung der einzelnen Schichtzeiten und Schichtmodelle als auch deren Zusammenfassung in Form von zyklisch sich wiederholenden Dienstplan-Modellen und durchlaufenden rotierenden Schichtplänen. Das Mitbestimmungsrecht schließt die Einführung von Schichtarbeit, die Durchführung der Schichtpläne und auch eine Rückführung von Schichtplänen oder die Abschaffung von Schichtarbeit ein. Die Zusammenarbeit der Betriebsparteien kann dabei in drei typischen Konstellationen stattfinden.<sup>26</sup> 43

##### a. Mitbestimmung bei jedem Einzelplan

Jeder einzelne Schichtplan wird dem Betriebsrat vor seiner Einführung vorgelegt und von diesem ausdrücklich durch Beschluss bestätigt. Die Ausübung der Mitbestimmung kann in Form einer Betriebsvereinbarung erfolgen oder in der schwächeren Form der Regelungsabrede gestaltet sein. Die Einsatzzeiten aller Mitarbeiter werden in namentlicher Nennung im Schichtplan ausgewiesen. Jede Änderung dieses Schichtplans ist an eine erneute Beteiligung des Betriebsrats gebunden. 44

##### b. Einzelpläne auf der Grundlage von Gestaltungskriterien

Die Betriebsparteien vereinbaren Grundregeln für die Durchführung von Schichtarbeit, an die sich der Arbeitgeber, also die jeweils zuständigen Vorgesetzten und Schichtplaner, halten müssen. Die Regelungsform sollte dabei eine Betriebsvereinbarung sein. Die Gestaltungsrichtlinien und Kriterien müssen hinreichend konkret und verbindlich sein, auch die Zuordnung des einzelnen Mitarbeiters im Schichtplan muss daraus hervorgehen. Die jeweils aktuellen Schichtpläne, die diesen Richtlinien entsprechen, müssen dann nicht noch gesondert dem Betriebsrat vorgelegt werden. Ggf. werden sie dem Betriebsrat als Information zur Kenntnis gegeben oder der Betriebsrat hat ein Vetorecht, wenn ihm einzelne Aspekte eines Schichtplans nicht zusagen. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers ist durch die vereinbarten Richtlinien eingegrenzt. 45

##### c. Verfahrensregelungen und Organisationsprozesse zur Schichtplangenehmigung

Die Betriebsparteien vereinbaren – in dem Wissen, dass regelmäßig und in größerer Zahl neue Schicht- und Dienstpläne zur Genehmigung anstehen werden – einen Arbeitsprozess, der Formate der zu genehmigenden Dienstpläne festlegt, Stichtage für die Erstellung, Vorlage und Genehmigung und die abschließende Bekanntgabe in den jeweiligen Organisationsbereichen. Der Schicht- oder Dienstplan wird erst dann verbindlich, wenn die Genehmigung durch den Betriebsrat erteilt worden ist. Eventuell enthält die Übereinkunft, sinnvollerweise als Betriebsvereinbarung abgeschlossen, einen Mechanismus für die Konfliktklärung, falls über die Genehmigungsfähigkeit unterschiedliche Vorstellungen bestehen. 46

#### 4.1.3 Flexible Einsatzpläne?

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber dem Betriebsrat Schichtpläne vorschlagen und vorlegen, in denen die Wochenarbeitszeit (von Vollzeitbeschäftigten) nicht in jeder Woche gleich ist, sondern erst am Ende des Schichtplanturnus oder sogar nur über einen Ausgleich am Ende eines Abrechnungszeitraums erreicht wird. Die Betriebsparteien müssen sich hier an den tariflichen Rahmenbedingungen orientieren, die oft eine unterschiedliche Verteilung der zu planenden Wochenarbeitszeiten im festgelegten Ausgleichszeitraum zulassen. Wie der Ausgleich durchgeführt und überprüft wird, ist dabei jeweils mit dem Betriebsrat zu vereinbaren. Die erreichten Arbeitszeitsalden müssen in den jeweils zu erstellenden SOLL-Plänen dargestellt und anschließend in einem ebenfalls überprüfaren Arbeitszeitkonto die tatsächlich abzurechnenden Arbeitszeiten dokumentiert werden. Es ist jeweils mit dem Betriebsrat zu vereinbaren, in welchem Umfang Arbeitszeitabweichungen in einzelnen Schichtplänen auftreten und in welchen Saldogrenzen solche Abweichungen in Arbeitszeitkonten auftauchen dürfen. 47

Allerdings ändert die flexible Verteilung der Jahresarbeitszeit und deren Abbildung in Arbeitszeitkonten nichts daran, dass die Planung und Verteilung dieser Arbeitszeiten in einem unterjährigem Planungszyklus, insbesondere in dem der Wechselschichtarbeit zu Grunde liegenden SOLL-Planungszeitraum, vollumfänglich dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziffer 2 unterworfen sind und bleiben. 48

Der Betriebsrat kann unter besonderen Bedingungen, etwa wie in RN 45 beschrieben, davon absehen, dieses Mitbestimmungsrecht fortlaufend konkret und in jedem Einzelfall wahrzunehmen. Er könnte mit ausdrücklicher Entscheidung für bestimmte Zeiträume oder einzelne betriebliche Organisationsbereiche dulden, dass das Mitbestimmungsrecht in eine Ausübung von Informationsrechten transformiert wird, wenn er sich davon überzeugt hat, dass der Arbeitgeber daraus keine übermäßige und unangemessene Form der Ausübung seines Direktionsrechts ableitet.

#### **4.1.4 Teilausübung des Mitbestimmungsrechts?**

- 49 Den rechtlichen „Graubereich“ beschreitet ein Betriebsrat, der sich bei der Genehmigung von SOLL-Plänen (auf der Grundlage einer bestehenden Betriebsvereinbarung) nur noch auf eine Teilfestlegung von Arbeitszeiten beschränkt und dem Arbeitgeber ansonsten ein mehr oder weniger eingeschränktes „Rest-Direktionsrecht“ bei der SOLL-Planung und den danach erfolgenden Entscheidungsprozessen einräumt. Ob derartige Regelungen, wenn sie in Vertragsform gefasst werden sollten, mit den tarifrechtlichen und betriebsverfassungsrechtlichen Grundlagen vereinbar sind, muss im Einzelfall geprüft werden.

In jedem Fall dürfte ein der SOLL-Planung nachgelagertes „Rest-Direktionsrecht“ des Arbeitgebers wiederum der Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfen sein. Das bedeutet, dass jede auf einzelne Arbeitsphasen, einzelne Organisationsabläufe und einzelne Mitarbeiter bezogene nachträgliche Festlegung von Arbeitszeiten immer nur über ein durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats „gezügeltes“ Direktionsrecht des Arbeitgebers umgesetzt werden könnte.

- 50 Auf die Ausübung dieses Mitbestimmungsrechts könnte zwar der Betriebsrat tagesaktuell verzichten, aber er könnte nicht rechtlich belastbar zusagen, davon auch zukünftig keinen Gebrauch zu machen. Niemals kann ein Betriebsrat rechtsverbindlich erklären oder vereinbaren, dass er auf die Ausübung von Mitbestimmungsrechten permanent verzichten werde und dem Arbeitgeber insoweit dauerhaft ein nicht zu hinterfragendes Direktionsrecht jenseits der kollektivrechtlichen Normen einräumen.

#### **4.1.5 Praxislücken bei der Durchführung der kollektiven Mitbestimmung?**

- 51 Grundsätzlich gewährleisten § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG eine umfassende, uneingeschränkte Mitbestimmung des Betriebsrats über die Arbeitszeitlage und jedwede Veränderung. Allerdings hat sich die Rechtsprechung des BAG hier mit der Frage beschäftigt, ob es ein legitimes Interesse des Arbeitgebers geben kann, in Situationen eines kurzfristigen Entscheidungsbedarfs, den sogenannten Not- und Eilfällen, der zeitlich verzögerten Entscheidung der Interessenvertretung vorzugreifen oder dafür mit dem Betriebsrat entsprechende Rahmenregelungen zu vereinbaren.<sup>27</sup>

##### **4.1.5.1 Notfälle**

- 52 Bei Notfällen, die der engen Definition nach § 14 ArbZG entsprechen, wird dem Arbeitgeber unter Bezugnahme auf die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Betriebsparteien (§ 2 BetrVG) der Handlungsspielraum eingeräumt, eine vorläufige und angemessene Regelung zu treffen. Solche Notfälle sind plötzlich auftretende, nicht vorhersehbare und schwerwiegende Situationen, die u. U. mit erheblichen und unumkehrbaren Schäden für Menschen oder Sachgüter verbunden sein können, und die insoweit dem landläufigen Begriff von Katastrophen entsprechen. Der Betriebsrat muss unverzüglich unterrichtet werden. Wenn der Betriebsrat der Maßnahme widerspricht, muss der Arbeitgeber die Einigungsstelle einberufen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber ohnehin nach § 14 ArbZG in Verbindung mit § 16 ArbZG eine Dokumentation erstellen muss, aus welchem Grund welche Arbeitnehmer wie lange beschäftigt worden sind. Diese Dokumentation kann der Betriebsrat im Zusammenhang mit der Bewertung der ihm vorliegenden Grundinformationen überprüfen. Im Falle einer stattfindenden Prüfung durch die Aufsichtsbehörde ist der Betriebsrat in den Klärungsprozess einzubeziehen.

##### **4.1.5.2 Eilfälle**

- 53 Abweichend von den „Notfällen“ sind „Eilfälle“ andere, weniger dramatische, aber dennoch wichtige und eilbedürftige Situationen, die inner- oder außerbetrieblich verursacht sein können und in denen für den Arbeitgeber ein schnelles Handeln – auch aus rein wirtschaftlichen Gründen – sachlich geboten

ten oder wünschenswert sein kann. Hier entfällt aber die Pflicht zur vorherigen Einbeziehung des Betriebsrats nicht. Der Arbeitgeber kann keine einseitigen vorläufigen Anordnungen treffen.

Er kann aber versuchen, mit dem Betriebsrat eine vorausschauende Rahmenvereinbarung abzuschließen, in der die jeweils dem Begriff „Eilfall“ zuzuordnenden Sachverhalte hinreichend präzise beschrieben und jeweils geeignete Verfahren der kurzfristigen Beteiligung des Betriebsrats vereinbart werden. Der Betriebsrat seinerseits kann keine Vereinbarung treffen, in der er grundsätzlich auf sein Mitbestimmungsrecht in solchen Zusammenhängen verzichtet. Er kann aber im Einzelfall mit dem Arbeitgeber formlose Regelungsabreden treffen und Übergangslösungen zustimmen.

54

Wenn der Betriebsrat nicht zustimmt, muss der Arbeitgeber ein Einigungsstellenverfahren einleiten oder auf die geplante Maßnahme verzichten. Beide Betriebsparteien können sich auf die Einrichtung einer sogenannten „ständigen Einigungsstelle“ verständigen, die bei Bedarf auch kurzfristig zur Lösungsfindung zusammentreten kann. Rechtlich umstritten ist, ob eine dauerhafte Rahmenregelung über den Umgang mit „Eilfällen“ und dabei insbesondere das am besten geeignete Schlichtungsinstrument als durchsetzungsfähiger Anspruch über den Spruch einer Einigungsstelle selbst erzwingbar ist.

55

#### **4.1.6 Rechtswirkung der Mitbestimmung für den Arbeitnehmer**

Aus Sicht des einzelnen Mitarbeiters, der sich in einem kollektivrechtlich durch einen Betriebsrat vertretenen Organisationszusammenhang eingesetzt sieht, bedeutet dies, dass er das Recht hat, sich vor dem Inkrafttreten einer – angeblich vom Weisungsrecht des Arbeitgebers getragenen – Einsatzplanung davon zu überzeugen, dass die dem Betriebsrat zustehenden Mitbestimmungsrechte ausgeübt worden sind.

56

Nach der geltenden Auslegung des Betriebsverfassungsrechts sind im Rahmen des Weisungsrechts ausgeübte Maßnahmen des Arbeitgebers, die nicht vorher dem rechtlich bestehenden Mitbestimmungsvorbehalt des Betriebsrats unterworfen worden sind, schwebend unwirksam. Arbeitnehmer können deren Befolgung teilweise oder vollständig verweigern, ohne rechtliche Sanktionen befürchten zu müssen.

Daneben stehen natürlich dem Betriebsrat selbst unter Inanspruchnahme rechtlicher Unterstützung die entsprechenden betriebsverfassungsrechtlichen Klärungsinstrumente zur Verfügung.

## **4.2 Die Bedeutung der Mitbestimmung bei Abrufarbeit**

57

In konsequenter Anwendung der voranstehend erläuterten Sachverhalte ist sich die Rechtsprechung dahingehend einig, dass die Einführung und Ausgestaltung von Abrufarbeit im Betrieb – also eines Systems, bei dem das Direktionsrecht eine spezifische Erweiterung erfahren soll – in vollem Umfang der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt.<sup>28</sup> Ergänzend zu den einzelvertraglichen Regelungen, die sich der Arbeitgeber für die Nutzung von Abrufarbeit im Betrieb konzeptionell ausgewählt hat, muss er die konkrete Ingangsetzung dieser Arbeitsverträge und die praktische Durchführung des Abrufmodells mit dem Betriebsrat abstimmen. Dabei können Formen der Abrufarbeit eigenständig organisiert sein oder auch als Ergänzung zum bestehenden System der geregelten Arbeitszeitmodelle konzipiert werden.

### **4.2.1 Rechtsgrundlage**

Die erzwingbare Mitbestimmung greift, sofern es einen Betriebsrat gibt, in einem frühen Stadium, schon vor dem ersten Einsatz eines einzelnen Mitarbeiters im Abrufmodell. Aus dem Recht, über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen, folgt sachlogisch nach Rechtsprechung des BAG und des überwiegenden Teils der Literatur auch die Berechtigung, mit zu entscheiden, ob überhaupt Arbeitnehmer nur zu festen Zeiten oder auch nach Bedarf beschäftigt werden sollen.<sup>29</sup>

58

Es ist für dieses Beurteilungsergebnis unerheblich, dass der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG grundsätzlich nur die Lage der Arbeitszeit betrifft, nicht aber deren Dauer. Die Dauer der Arbeitszeit ist bei Mitarbeitern im Abrufmodell sachlogisch zwingend mit der Arbeits-



zeitlage an den einzelnen Wochentagen und mit dem Beginn und Ende der jeweiligen täglichen Arbeitszeit verknüpft.

- 59 Zwar kann der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag als mitbestimmungsfreie Arbeitszeitdauer den durchschnittlichen Wochenstundenwert vereinbaren, den er gern variabel entsprechend dem Arbeitsanfall abfordern will. Aber die Frage des „ob“ und der Umfang einer grundsätzlich zulässigen Flexibilisierungsspanne ist dem kollektiven Regelungsvorbehalt unterworfen. Das gilt ebenso für die Konkretisierung der Arbeitszeit eines Mitarbeiters im Einzelfall.

Die Bedeutung des kollektiven Mitbestimmungstatbestands wächst gerade mit dem zunehmenden Grad der Flexibilisierung und schränkt das Weisungsrecht des Arbeitgebers in hochvariablen Systemen entsprechend erheblich ein. Grundsätzlich kann ein Betriebsrat – auch wenn er erst im Nachhinein in einem Betrieb gebildet wird – kraft seines Initiativrechts darauf hinwirken, einige Komponenten eines bereits eingeführten KAPOVAZ-Systems wieder zu ändern oder auch ganz abzuschaffen und zu festen Arbeitszeiten zurückzukehren.

#### **4.2.2 Kollektiver Bezug?**

- 60 Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats könnte in Frage gestellt sein, wenn die Abrufarbeit nur einzelne Arbeitnehmer in einem Betrieb beträfe und diese sich ggf. „auf ausdrücklichen Wunsch“ für das Modell der Abrufarbeit entschieden hätten. Zu klären wäre also, wo hier die „Einzelfallentscheidung“ (bei der der Betriebsrat nicht einzubeziehen ist) endet und der „kollektive“ Bezug beginnt. Ein kollektiver Bezug wird immer dann angenommen, wenn eine Angelegenheit nicht nur das Einzelverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft, sondern die Interessen der ganzen Belegschaft oder einer spezifischen Mitarbeitergruppe berührt sind. Entscheidend ist, ob sich die Maßnahme nach ihrem Inhalt und in ihren Auswirkungen und Folgen auf andere Beschäftigte auswirkt.<sup>30</sup>

Es liegt also dann ein „kollektiv bestimmter Einzelfall“ vor, wenn die „Verteilungsgerechtigkeit“ unter und zwischen den Mitarbeitern berührt ist. Das gilt auch, wenn der Arbeitgeber einen oder einzelne Mitarbeiter aus einer Gruppe auswählt, deren Mitglieder eigentlich alle als potentielle Adressaten der Anordnung in Betracht kommen.

- 61 Ein Einsatz eines Arbeitnehmers im Rahmen eines Abrufsystems berührt regelmäßig einen kollektiven Tatbestand. Arbeitszeitvereinbarungen mit einem einzelnen Arbeitnehmer betreffen in ihrer Wechselwirkung innerhalb einer arbeitsteiligen Organisation immer auch die Arbeits- und Einsatzbedingungen der anderen Arbeitnehmer. Der Zeitpunkt, zu dem ein Mitarbeiter „abgerufen“ wird, erfüllt gerade nicht das spezifische Bedürfnis dieses Mitarbeiters, zu dieser Zeit zu arbeiten, sondern er dient ausdrücklich einem betrieblichen Bedürfnis nach einem flexiblen, bedarfsorientierten Personaleinsatz.

Sofern mehrere Arbeitnehmer in einem Abrufmodell eingesetzt werden, wirkt sich die „individuelle Entscheidung“ für einen bestimmten Arbeitnehmer kollektiv auf die anderen Arbeitnehmer aus, die nicht zu diesem, sondern zu einem anderen Zeitpunkt zum Einsatz kommen werden.

#### **4.2.3 Optionen für die Gestaltung eines Abrufsystems**

- 62 Wenn ein Betriebsrat die Notwendigkeit eines Abrufsystems grundsätzlich anerkennt und dem Arbeitgeber die Zulässigkeit gewähren will, greift trotzdem das Mitbestimmungsrecht auch in Bezug auf die Umsetzung im Detail. Es gilt, dafür Regeln zu finden und diese mit dem Arbeitgeber in Form einer Betriebsvereinbarung niederzulegen. Wie voranstehend beschrieben, bietet der Mitbestimmungstatbestand Abrufarbeit für die Betriebspartner ein weit gefächertes Arbeitsgebiet, um in einer konsenspflichtigen Angelegenheit zu einer tragfähigen Vereinbarung zu kommen.

##### **4.2.3.1 Rahmenregelung**

- 63 Gemäß Rechtsprechung des BAG darf die Rahmenbetriebsvereinbarung das notwendige Beteiligungsrecht nicht "in seiner Substanz" beeinträchtigen.<sup>31</sup> Die Grenze zum funktionswidrigen Mitbestimmungsverzicht ist jedenfalls dann überschritten, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Alleinentscheidungsbefugnis über eine Angelegenheit i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG eröffnet. Der Betriebsrat hat seine Kompetenzen eigenverantwortlich wahrzunehmen. Er kann die Konkretisierung der Arbeitszeit nicht uneingeschränkt auf den Arbeitgeber delegieren.

Ebenso wenig darf die Mitbestimmung einer bloßen Beratung im Einzelfall weichen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers muss sich aus einer unter direkter Mitwirkung des Betriebsrats aufgestellten abstrakten Ordnung ableiten, die geeignet ist, der Schutz und Ordnungsfunktion des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG Rechnung zu tragen.

Eine Rahmenvereinbarung muss zwar nicht notwendig alle im Interesse der Arbeitnehmer liegenden Fragen abschließend beantworten. Sie hat aber diejenigen Aspekte vorab zu strukturieren, die über die nur im Einzelfall regelbaren Details hinausreichen und einer generellen Lösung zugänglich sind. 64

#### **4.2.3.2 Arbeitszeitlage, Arbeitstage und Ausgleichszeitraum**

Ein zentraler Mitbestimmungstatbestand umfasst die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage, an denen die Arbeitnehmer unter den Bedingungen von Abrufbarkeit beschäftigt werden dürfen. Mitbestimmungspflichtig ist der Umgang mit den Rahmenbedingungen und Grenzen des ArbZG, also der zulässigen Sonn- und Feiertagsarbeit, die Einbeziehung des Samstags oder der Abend- und Nachtzeiten in das Abrufmodell, die Festlegung arbeitsfreier Wochentage ebenso wie die Frage, ob und wann an welchen Tagen kürzer oder länger gearbeitet werden soll. 65

Die Mitbestimmung über Arbeitsbeginn und -ende erstreckt sich auf den Mindest- und/oder Höchstumfang der täglichen Arbeitszeit. Sie umfasst die Lage und Dauer von bezahlten oder unbezahlten Pausen und auch die Frage, ob die Arbeitszeit zusammenhängend abgeleistet werden soll oder mehrere Blöcke (geteilte Dienste) an einem Tag zulässig sind.

Auch wenn dem Arbeitgeber die Auswahlmöglichkeit verbleibt, mit welcher wöchentlichen Arbeitszeitdauer Arbeitnehmer in das Abrufmodell einbezogen werden sollen, muss die Betriebsvereinbarung sicherstellen, dass die Verteilung des Arbeitsvolumens nach bestimmten Regeln gleichberechtigt und transparent erfolgt. 66

Die Länge des Bezugszeitraums, in dem das Arbeitsstundenkontingent abgefordert werden muss und kann, liegt nicht in der einseitigen Regelungsmacht des Arbeitgebers, sondern muss mit dem Betriebsrat abgestimmt werden. Der Zeitrahmen für den Stundenausgleich entscheidet darüber, ob das wöchentliche Arbeitsvolumen einen bloßen Durchschnittswert beschreibt oder ob es innerhalb einer klar zu erkennenden zeitlichen Grenze zu erreichen ist.

Für das Abrufsystem folgt aus diesen Überlegungen, dass die Rahmenbetriebsvereinbarung nicht nur die beteiligten Arbeitnehmer festlegen, sondern darüber hinaus Grundregeln für den Personaleinsatz aufstellen muss. Hierzu zählen: 67

- der Bezugszeitraum der Wochenarbeitszeit einschließlich einer etwaigen Zeitspanne für die Übertragung von Arbeitszeitguthaben und -defiziten,
- die Höchstzahl der auf den einzelnen Abrufarbeitsnehmer entfallenden Arbeitstage pro Woche,
- die Mindest- und Höchstdauer der täglichen, bei längeren Bezugszeiträumen auch der wöchentlichen bzw. monatlichen Arbeitszeit,
- der frühestmögliche Beginn und das spätestmögliche Ende der täglichen Arbeitszeit,
- die Lage und Bandbreite von Pausen
- der Ausschluss oder die zeitlichen Grenzen von geteilten Diensten.

#### **4.2.3.3 Festlegung der Abruf- und Einsatzzeiten**

Eine schwierige Aufgabe für die Betriebsparteien ist es, den Abruf der Arbeitseinsätze selber in einer Betriebsvereinbarung in rechtlich zuverlässiger und für beide Seiten akzeptabler Weise zu regeln. Grundsätzlich gelten hier die bereits in den RN 53 bis 55 beschriebenen Zusammenhänge: Dem Betriebsrat steht immer bei einem kurzfristig aus betrieblichen Gründen ausgelösten Arbeitsabruf ein Mitbestimmungsrecht zu. Ein Arbeitsabruf müsste in jedem Einzelfall mit dem Betriebsrat abgestimmt und im Konfliktfall der Einigungsstelle vorgelegt werden. 68

Dies würde das Abrufverfahren allerdings systemwidrig verbürokratisieren. Der Arbeitgeber hätte nicht nur die viertägige Ankündigungsfrist nach § 12 Abs. 2 TzBfG zu wahren, sondern faktisch verlängerte sich diese Frist um eine unkalkulierbare Zeitspanne des Zustimmungsverfahrens. Ob eine verbindlich innerbetrieblich niedergelegte Regelung, nach der ein Betriebsrat unter den Bedingungen 69

von Abrufarbeit auf sein konkretes Recht der Mitbestimmung verzichtet und sich mit anderen begleitenden Rahmenbedingungen zufriedengibt, rechtlich bestandsfest ist, wird sich letztlich nur im Rahmen einer Prüfung des Einzelfalls feststellen lassen.

#### **4.2.3.4 Mitbestimmung bei der Ankündigungsfrist von Arbeitsabrufen?**

- 70 Rechtlich umstritten ist, inwieweit die in § 12 Abs. 2 TzBfG geregelte Mindestankündigungsfrist für Arbeitsabrufe eigener Regelungsgegenstand einer betrieblichen Vereinbarung sein könnte. Abweichend von der überwiegenden Auffassung in der Literatur<sup>32</sup> dürfte einer Erweiterung der Abkündigungsfrist auf mehr als 4 Tage, die also dem Direktionsrecht des Arbeitgebers Grenzen setzt bzw. den freiwilligen Entscheidungsspielraum des Arbeitnehmers erweitert, der in Abrufarbeit einbezogen ist, keine rechtlichen Grenzen entgegenstehen.
- 71 Sicher erwägenswert ist dabei, ob dieser Regelungsbereich der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfen ist, also auch Entscheidungsgegenstand einer Einigungsstelle sein könnte. Das würde bedeuten, dass der Betriebsrat den Arbeitgeber zwingen könnte, günstigere als die gesetzlichen Vorgaben hinzunehmen. Auch offen ist die rechtliche Erwägung, ob ein Arbeitgeber, falls er die gesetzlich vorgeschriebene Frist von sich aus zugunsten der Arbeitnehmer verlängern will, hinsichtlich des Ausmaßes dieser Besserstellung an den Konsens des Betriebsrats gebunden ist.
- 72 Rechtlich unbestreitbar sind den Betriebsparteien Grenzen auferlegt, wenn sie den Ankündigungszeitraum nach § 12 Abs. 2 TzBfG unterschreiten würden oder den dort gesicherten Freiwilligkeitsvorbehalt des konkreten Einsatzes in Frage stellen würden.

#### **4.2.3.5 Belastungsspezifische Regelungen**

- 73 Denkbar wären betriebliche Regelungen, die den von kurzfristigen Arbeitsabrufen ausgelösten Belastungscharakter durch materielle Erschwerniszuschläge kompensieren oder die fortlaufenden Störungen des privaten Lebens durch entsprechende Freizeitgutschriften auszugleichen versuchen.
- Dabei könnten sowohl längere – über die 4-Tage-Frist hinausgehende – Ankündigungszeiträume in Betracht gezogen werden, als auch, bei Unterschreitung der 4-Tage-Frist, unter Wahrung des Freiwilligkeitsvorbehalts, entsprechend hohe Ausgleichsgutschriften, die eine Heranziehung von geeigneten Fachpersonen aus betrieblicher Sicht unterstützen würden.
- 74 Spezifische, im Abruffall gesondert abzuwägende soziale, familiäre und persönliche Arbeitnehmerinteressen sind zu präzisieren und gewichten.

Die Betriebspartner können die Abrufbereitschaftsphase reduzieren, indem sie die potentiellen täglichen oder wöchentlichen Einsatzzeiten, etwa prozentual abhängig vom vereinbarten Stundenvolumen, beschränken. Sie haben sich über einen gleichberechtigten Einsatz der Abrufkräfte zu verständigen.

#### **4.2.3.6 Systembegleitung**

- 75 Mit einer Zustimmung zu einem Abrufsystem, wenn auch durch sorgfältig ausgearbeitete Rahmenvorgaben unterstützt, akzeptiert der Betriebsrat einen partiellen Machtverlust. Die generellen Regeln fließen zwar in die Detailentscheidungen des Arbeitgebers bei der Ausübung des Direktionsrechts ein, aber es verbleibt ihm stets ein gewisser – erweiterter – Ermessensspielraum.

In einem solchen einseitig arbeitgeberorientierten Abrufsystem müssen dem Betriebsrat auf der zweiten Ebene, bei der Systembegleitung, Interventions- und Korrekturmöglichkeiten verbleiben. Die dezentral ausgeübte Rechtssetzung durch den Arbeitgeber ist zumindest partiell durch systembegleitende Steuerungsmechanismen zu kompensieren.

##### **4.2.3.6.1 Korrekturmaßnahmen**

- 76 Es ist anzunehmen, dass das Abrufsystem einem Anpassungsprozess unterliegt. Erst wenn KAPOVAZ tatsächlich praktiziert wird, offenbaren sich betriebsspezifische Fallgestaltungen und Umsetzungsschwierigkeiten, die im Planungs- und Einführungsstadium nicht vorhersehbar waren.

Die Rahmenbetriebsvereinbarung muss den Betriebsrat in den Korrekturprozess einbeziehen, indem sie beide Betriebsparteien dazu anhält, die Funktionsfähigkeit des Abrufsystems kontinuierlich zu beobachten und den jeweils anderen Teil über festgestellte Fehlverläufe zu unterrichten.

#### 4.2.3.6.1.2 Kontrollinstrumente

Der Betriebsrat muss darüber wachen, dass die Abrufpraxis den Grundsätzen der Rahmenregelung entspricht. Der Arbeitgeber muss deshalb den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über die Umsetzung der Rahmenvereinbarung informieren und auf Verlangen die erforderlichen Unterlagen aushängen. Dazu zählen:

77

- Aufstellungen über monatlich erfasste Anwesenheitszeiten, bezahlte Arbeitszeit
- Dokumentation über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit
- Alle Formen von elektronischen oder auf anderem Wege geführten Arbeitszeitkonten

Alle dem Arbeitgeber bekannten besonderen persönlichen Umstände einzelner Arbeitnehmer sind dem Betriebsrat mitzuteilen, damit dieser seine Informations- und Kontrollaufgaben wahrnehmen kann.

#### 4.2.3.6.1.3 Konfliktlösung

Das Abrufmodell ist nur dann voll funktionsfähig, wenn auftretende Streitigkeiten einer kurzfristigen und systemverträglichen Lösung zugänglich sind und daraus produktive Schlussfolgerungen gezogen werden können. Unter diesem Gesichtspunkt ist ein zeit- und kostenintensives arbeitsgerichtlichen Verfahren wenig geeignet.

78

Den Betriebspartnern steht es frei, bereits in der Rahmenregelung eine systemkonforme Konfliktlösung vorzubereiten. Hier bietet es sich an, ein Mediationsverfahren unter der Leitung einer von beiden Betriebspartnern fachlich wie menschlich anerkannten Person vorzusehen.

Die paritätische Besetzung eines innerbetrieblichen Moderationsausschusses mit Betriebsratsmitgliedern und Führungskräften, die bereits in die Entwicklung des Abrufsystems eingebunden waren, verspricht eine sachverständige und zielorientierte Problembewältigung.

Tritt eine Pattsituation auf, fällt die Angelegenheit automatisch an die Betriebsparteien zurück. Die Betriebsparteien können sich bereits in der Rahmenbetriebsvereinbarung über die Einrichtung und Besetzung einer ständigen Einigungsstelle verständigen, und auch deren Befugnisse eingrenzen, insbesondere wenn es z. B. darum geht, eine vorläufige Regelung zu treffen.

79

### 4.3 Kollektiver Zwang für individuelle Abrufarbeit?

#### 4.3.1 Bedeutung des arbeitsvertraglichen Vorbehalts

80

In dem voranstehend umrissenen Konzept eines kollektivrechtlich begleiteten Abrufsystems wurde (in RN 64) verdeutlicht, dass der Betriebsrat den in das System einbezogenen Personenkreis zum einen mitbestimmen kann und diesen zum anderen auch in einer Vereinbarung entsprechend eindeutig bezeichnen und abgrenzen muss. Problematisch wäre es allerdings, wenn er hier seine kollektivrechtlichen Befugnisse überziehen und zum Nachteil von Arbeitnehmern in deren arbeitsvertraglichen Status eingreifen würde.

Der Betriebsrat kann nicht durch Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber kollektivrechtlich allgemeinverbindliche oder obligatorische Praktiken einer Arbeitszeitflexibilität einführen, die den gesetzlichen Rahmen des Direktionsrechts nach § 106 GewO erweitern und sich den Einsatzbedingungen von Abrufarbeit nach § 12 TzBfG nähern, ohne dass entsprechende einzelvertragliche Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und den einzelnen Beschäftigten vorliegen.

#### 4.3.2 Konfliktfeld: Anordnung Überstunden

Auch wenn eine Flexibilisierung der zu leistenden Grundarbeitszeiten eines Arbeitnehmers nicht individuell vereinbart und auch nicht über kollektive Regelungen eingeführt worden ist, kommt für die kurzfristige Anpassung von Einsatzzeiten an betriebliche Erfordernisse immer die Anordnung von Überstunden in Betracht. Jede derartige Verlängerung (oder Verkürzung) von geplanten Arbeitszei-

81

ten unterliegt wiederum dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziffer 3 BetrVG. Das kollektive Mitbestimmungsrecht steht hier eigenständig neben dem individualrechtlichen Vergütungsanspruch des/der beteiligten Arbeitnehmer.

- 82 Unter Beachtung der in RN 53 bis 55 beschriebenen Zusammenhänge kann der Arbeitgeber jederzeit – auch kurzfristig – dem Betriebsrat Anträge zur Anordnung und Durchführung von Überstunden und Sonderschichten vorlegen. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die Arbeitnehmer gezwungen sind, im Falle einer vorliegenden Zustimmung des Betriebsrats einer – dann im Rahmen des Direktionsrechts erfolgenden – Anordnung des Arbeitgebers Folge zu leisten.
- 83 Hier ist zunächst an das Recht der Schwerbehinderten zu denken, die sich von Mehrarbeit ausnehmen lassen können. Auch auf die Regelungen des Tarifvertrags oder auf eventuelle Einzelinhalte eines Arbeitsvertrags ist zu achten, wenn es um die Zulässigkeit einer derartigen Anordnung geht. Letztlich ist die Prüfung des „billigen Ermessens“ durch den Arbeitgeber auch dann durchzuführen, wenn er eine Zustimmung des Betriebsrats zu einer gewünschten Maßnahme erhalten hat.

#### **4.3.3 Regelungen zu Freiwilligkeitsvorbehalten, Ankündigungsfristen, Vergütungs- und Zuschlagsansprüche**

- 84 Der Betriebsrat kann allerdings seine kollektivrechtlich erfolgende (Zustimmungs-)Entscheidung an einen zusätzlichen individuellen (und nicht begründungspflichtigen) Freiwilligkeitsvorbehalt seitens der in Frage kommenden Mitarbeiter binden. Das ist immer dann zu empfehlen, wenn die individualrechtlichen Hintergründe einer Überstundenanordnung unübersichtlich oder in den Reihen des beschließenden Betriebsrats umstritten sind. Der Freiwilligkeitsvorbehalt ist auch insofern das „kleinere Übel“, als er die betriebspolitische Position des Betriebsrats bei einer umstrittenen Sachfrage etwas entschärft.

Sofern die Durchführung von (kompletten) Sonderschichten unter der Bedingung von Freiwilligkeit nicht erfolgversprechend ist, sollte sich der Betriebsrat bei der Durchführung der Überstunden-Anordnung das Recht zusichern lassen, dass eine soziale Schutzklausel zur Anwendung kommt und der Betriebsrat bei der Prüfung von Entscheidungen im Rahmen des „billigen Ermessens“ als Beteiligter mit am Tisch sitzt.

- 85 Tarifverträge sehen für die Durchführung von Überstunden und Sonderschichten je nach zeitlicher Lage, Dauer und Häufigkeit des Auftretens unterschiedliche Zuschlagsregelungen vor. Der Betriebsrat kann in freiwilligen Vereinbarungen, nicht im erzwingbaren Verfahren vor einer Einigungsstelle, betrieblich angemessene Anpassungen solcher Zuschlagsregelungen aushandeln. Im Zusammenhang mit dem hier zuvor erörterten Thema „Abrufarbeit“ wäre es auch bei der Durchführung von Mehrarbeit sinnvoll, wenn bei kurzfristig betrieblich veranlassten Arbeitszeitausweitungen einerseits der Freiwilligkeitsvorbehalt umso dringlicher festgeschrieben, und andererseits die Höhe der zusätzlichen Vergütung entsprechend höher bemessen würde, je unangekündigter solche Überstundenanordnungen erfolgen.
- 86 Bereits in RN 73 wurde die Frage aufgegriffen, in welchem Umfang die Betriebsparteien bei der Festlegung von Ankündigungsfristen einen Handlungsspielraum haben, der über die 4-Tage-Frist nach § 12 Abs. 2 TzBfG hinausgeht. Es sind hier unterschiedliche betriebliche Regelungen denkbar, die den von kurzfristigen Arbeitsabrufen ausgelösten Belastungscharakter durch materielle Erschwerniszulagen kompensieren oder die fortlaufenden Störungen des privaten Lebens durch entsprechende Freizeitgutschriften auszugleichen versuchen.
- Dies sollte dann für alle Arbeitnehmer in gleicher Weise gelten, für Vollzeit- wie Teilzeitbeschäftigte und auch unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung zur Anwendung oder zum Ausschluss von Abrufarbeit bzw. KAPOVAZ.



### **Norbert Engelhardt**

TEMPI GmbH - Niederlassung Göttingen

fon: +49-551-57790 - mobil: +49-172-2859991 - fax: +49-551-541499

email: [engelhardt@tempi.de](mailto:engelhardt@tempi.de)

TEMPI - Gesellschaft für ganzheitliche Arbeitszeitberatung mbH

Handelsregister Bielefeld HRB 37130

Geschäftsführer: Karl-Hermann Böker, Norbert Engelhardt

Sitz: 33604 Bielefeld - Hartlager Weg 61a - Internet: [www.tempi.de](http://www.tempi.de)

- 
- 1 Müller-Glöge, Preis, Schmidt; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht; 17. Auflage, München 2017; RN 6 zu § 106 Gewerbeordnung
  - 2 a.a.O. unter Verweis auf Urteil des BAG vom 21. Juli 2009
  - 3 a.a.O. unter Verweis auf Urteil des BAG vom 23. September 2004
  - 4 a.a.O. RN 19 zu § 106 GewO
  - 5 Wortlaut nach § 106 GewO; Satz 1
  - 6 Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA): Leitfaden zur Einführung und Gestaltung von Nacht- und Schichtarbeit; 9. unveränderte Auflage, Dortmund/Berlin 2005
  - 7 Länderausschuss für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI); Arbeitszeitgestaltung in Krankenhäusern (LV 30), überarbeitete Auflage Juni 2012; Seite 45f
  - 8 Wirtz; Gesundheitliche und soziale Auswirkungen langer Arbeitszeiten; BAuA 2010
  - 9 BAuA Forschungsprojekt: Arbeitszeitreport 2016, Dortmund/Berlin/Dresden 2016, Seite 66ff
  - 10 Eine recht umfassende Übersicht dazu findet sich in: Wiebke Kiene: Arbeit auf Abruf; Dissertation, Hannover/Köln/Baden-Baden 2010
  - 11 Vgl. ausführlich Wiebke Kiene a.a.O., Seite 75ff mit Einordnung und Erläuterungen zum BAG-Urteil vom 7. Dezember 2005 (5 AZR 535/04)
  - 12 Vgl. Müller-Glöge u.a., Erfurter Kommentar, RN 29 zu § 12 TzBfG
  - 13 siehe dazu Wiebke Kiene a.a.O., Seite 169f
  - 14 Vgl. Müller-Glöge u.a., Erfurter Kommentar, RN 28 zu § 12 TzBfG
  - 15 Vgl. Wiebke Kiene a.a.O., Seite 163
  - 16 dazu ausführlich Wiebke Kiene a.a.O., Seite 58f sowie Seite 123ff
  - 17 Müller-Glöge u.a., Erfurter Kommentar, RN 4 zu § 12 TzBfG sieht keine Anwendbarkeit des TzBfG für Vollzeitverhältnisse. Er hält die Bestimmungen des § 106 GewO und die AGB-Kontrolle nach § 307ff BGB für ausreichend.
  - 18 Wiebke Kiene a.a.O., Seite 123ff Sie verweist insbesondere auf den mit § 12 TzBfG angestrebten Schutzzweck, der unter den Bedingungen zunehmend kapazitätsgesteuerter und saisonal flexiblierter Arbeitsmodelle eine erhöhte Bedeutung sowohl für Teilzeit- als auch für Vollzeitverhältnisse habe.
  - 19 siehe dazu BAuA Forschungsprojekt: Arbeitszeitreport 2016, Dortmund/Berlin/Dresden 2016, Seite 67
  - 20 Müller-Glöge u.a., Erfurter Kommentar, RN 7a zu § 106 GewO. Er bezieht sich dabei auf einen Beschluss des BAG vom 22.02.2012.
  - 21 BAG, Beschluss vom 14.09.2017 (5 AS 7/17) sowie ebenfalls BAG, Urteil vom 18.10.2017 (10 AZR 330/16)

- 22 Genaue Erläuterungen dazu bei: Burger u.a.; Kommentar zu den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes, 3. Auflage, Baden-Baden 2016 RN 62ff zu § 6 TVöD/TV-L
- 23 ebenda RN 2ff zu § 7 TVöD/TV-L mit genaueren Ausführungen zur Begriffsbestimmung von Wechselschicht- und Schichtarbeit.
- 24 Eine drastische Kritik an den unklaren und unverständlichen Formulierungen im TVöD übte das BAG in seiner Entscheidung vom 25.04.2013 (6 AZR 800/11).
- 25 Eine seit langer Zeit anstehende Klarstellung der Rechtsposition von Teilzeitbeschäftigten bei der Handhabung von angeordneten Mehrleistungszeiten vollzog das BAG in seiner Entscheidung vom 23.03.2017 (6 AZR 161/16).
- 26 Siehe dazu: Althoff / Gänslar: Arbeitszeit im Betrieb – Arbeitshilfen...; München 2017; Seite 20f
- 27 Zusammenfassung dazu in: Fitting u.a.; Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 28. Auflage; München 2016. RN 23ff zu § 87 BetrVG. Erwähnt werden hier die Entscheidungen des BAG vom 02.03.1982 (1 ABR 74/79); vom 08.08.1988 (1 ABR 59/88); vom 17.11.1998 (1 ABR 12/98); vom 26.04.2005 (1 AZR 76/04); vom 09.07.2013 (1 ABR 19/12)
- 28 Vgl. Müller-Glöge u.a., Erfurter Kommentar, RN 36 zu § 12 TzBfG, hier insbesondere mit einem Hinweis auf das einschlägige BAG-Urteil vom 28.09.1988 (1 ABR 41/87)
- 29 Vgl. ausführlich Wiebke Kiene a.a.O., Seite 204ff (RN 1214 bis 1216) mit Erläuterungen zum BAG-Urteil vom 28.09.1988 (1 ABR 41/87) und entsprechende Literaturverweise
- 30 BAG vom 16. März 2004 (9 AZR 323/03)
- 31 siehe ausführlich Wiebke Kiene a.a.O., Seite 216ff mit Hinweis auf BAG vom 29.09.2004 (5 AZR 559/03)
- 32 siehe ausführlich Wiebke Kiene a.a.O., Seite 202f (RN 1199 bis 1205) und entsprechende Literaturverweise.