

Bereitschaftsdienst.

Nachtarbeit ist Nachtarbeit

›Die Nacht ist nicht allein zum Schlafen da.« So schmettert es im Schlager von O. E. Hesse aus dem Jahr 1938. Doch Arbeit in der Nacht kostet mehrere Lebensjahre. Da kommt zusätzliches Frei als Ausgleich grad recht. Viel zu oft scheinen wir mit Blindheit geschlagen, wenn die gute Gelegenheit vor unseren Augen liegt. Wenn überkommene Denkgewohnheiten unseren Blick verstellen, übersehen wir das Offensichtliche. ›Bereitschaftsdienst ist Arbeitszeit.« Abgestumpft wiederholen wir dies, statt voll Entdeckerfreude nachzuboahren: Wie geht das mit den Pausen im Bereitschaftsdienst und was wird da aus den Feiertagen? Und was ist mit der Bereitschaft in der Nacht?

Seit 10 Jahren ist es entschieden – jedenfalls für die Arbeitsrichter. Die vertragsgemäße Anwesenheit in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers, verbunden mit der Pflicht, bei Bedarf jederzeit berufliche Tätigkeit aufzunehmen, ist in vollem Umfang Arbeitszeit.²⁵⁷

Was die europäischen Arbeitsrichter als Schutz für die Beschäftigten meinten, kam bei denen ganz anders an. Denn die Obergrenze beim Arbeiten deckelt bei vielen auch das Geldverdienen.

Bereitschaftsdienst in Kombination mit Vollarbeit darf insgesamt nicht länger als 24 Stunden dauern. Bei starken Belastungen im Bereitschaftsdienst sind sogar nur noch 13- bis 18-stündige Schichten möglich. Doch für die Kolleginnen und Kollegen ist das wenig hilfreich. Statt zum Beispiel einmal für 24 Stunden an einem Samstag oder Sonntag im Monat anzufahren, sollen sie sich nun mit gleich zwei, wenn auch nur 12-stündigen Diensten je ein Wochenende verderben.

Nicht nur die Betroffenen, auch ihre Arbeitgeber mochten sich in den 10 Jahren nicht wirklich auf kürzere Arbeitszeiten einlassen. Denn sie ahnten, wie im nächsten Schritt zusätzliche Beschäftigte einzustellen wären. Wenn niemand richtig hinschauen mag, bleibt manches unentdeckt. Schauen wir also noch einmal genauer nach!

257 *SIMAP*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 03.10.2000 – Rs. C-303/98

Nachtarbeit

Tags schlafen und nachts arbeiten – das bringt die allermeisten Menschen durcheinander. Die Internationale Agentur für Krebsforschung (IARC) stufte im Jahre 2007 Schichtarbeit und insbesondere Nachtschichtarbeit als »wahrscheinlich krebserregend beim Menschen« ein. Viel früher, im Jahr 1891, brauchte es noch keine wissenschaftlichen Studien: Die Gesetzgeber verboten damals zumindest für Frauen und Kinder die Nachtarbeit. Die Kohl-Regierung hat dies 1994 für Frauen wieder aufgehoben. Ein wenig einschränken wollten die Gesetzgeber die Arbeit gegen den Rhythmus aber doch. Das Ergebnis finden wir in § 2 und § 6 Arbeitszeitgesetz.

Nacht, das ist die Zeit zwischen 23:00 und 6:00 Uhr. »Nachtarbeit im Sinne dieses Gesetzes ist jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit umfasst.« Bereitschaftsdienste schließen regelmäßig gerade diese nächtlichen Stunden mit ein. Bereitschaftsdienst ist Nachtarbeit.

Leider beschränkt ArbZG § 6 seinen Schutz fast ausschließlich auf Nachtarbeitnehmer. Und die werden durch die Begriffsbestimmung in ArbZG § 2 sehr eng gefasst:

- (5) Nachtarbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeitnehmer, die
1. aufgrund ihrer Arbeitszeitgestaltung normalerweise Nachtarbeit in Wechselschicht zu leisten haben oder
 2. Nachtarbeit an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr leisten.

Wir achten auf einige Feinheiten. Wechselschicht im Sinne des Arbeitszeitgesetzes ist etwas anderes als das, was Tarifvertrag oder Arbeitsvertragsrichtlinie darunter verstehen. Das Arbeitszeitgesetz wird bei unklaren Begriffen mithilfe der EU-Richtlinie 2003/88/EG vom 4. November 2003 ausgedeutet. Die verschiedenen Gesetzeskommentatoren sind sich ungewohnt einig: Wer in Schichten arbeitet, könnte ja auch dauernd nur Spätschichten machen. Es kommt also auf einen Wechsel der Schichtarten an. Dies fügt der Schichtarbeit die eigentliche Belastung hinzu. Sie wird dabei zur Wechselschicht.

Es genügt noch nicht, wenn die Wechsel dabei nur als Ausnahme auftreten (vertretungsweise). *Normalerweise* wechseln Schichten im Rahmen der allgemeinen Schichtplanung. Ob es sich dabei zugleich um Wechsel von der regelmäßigen Vollarbeit zu Bereitschaftsdiensten handelt, ist bedeutungslos. Die Beschäftigten brauchen diese Wechsel nicht einmal tatsächlich auszuhalten. Die bloße Einteilung zum Wechsel genügt (»zu leisten haben«); Urlaub oder Krankheit sind also unschädlich.

In Einzelfällen sind auch Sonderarbeitsverhältnisse denkbar. So können studentische Aushilfen ausschließlich für nächtliche Bereitschaftsdienste eingesetzt werden.

Weil es hier zu keinem Wechsel kommt, muss dann mitgezählt werden. Denn erst mit dem 48. Dienst in einem Kalenderjahr werden diese Beschäftigten vom besonderen Schutz erfasst. Freie Schichten an Feiertagen, im Urlaub oder während einer Krankheit bleiben dabei unbeachtet (›leisten‹).

Halten wir bis hierhin fest: Beschäftigte, die zu Bereitschaftsdienst über die Nacht hinweg eingeteilt werden, sind regelmäßig Nachtarbeitnehmer.

Angemessener Ausgleich

Nachtarbeitnehmer stehen unter dem Schutz von ArbZG § 6. In Diakonie und Caritas elektrisiert uns sein Versprechen besonders:

(5) Soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, hat der Arbeitgeber dem Nachtarbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren.

Wiederholt haben die Bundesarbeitsrichter festgestellt: Bei Arbeitsvertragsrichtlinien handelt es sich um keine tarifvertragliche Regelung. In den AVR.DD, den AVR der Caritas oder dem BAT-KF fehlt zudem jeder Hinweis, dass sie Nachtarbeit in Form von Bereitschaftsdienst irgendwie pauschal abgelten. Solche konkreten Anhaltspunkte wären den Bundesarbeitsrichtern wichtig²⁵⁸.

›Angemessen‹ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Im Streitfall hilft das Gericht bei der Rechtsfindung. Für Nachtstunden von Dauernachtwachen hielt die letzte Instanz einen 30 %-Aufschlag für angemessen, für Nachtarbeit in Wechselschicht nur 25 %²⁵⁹. Für nächtliche Arbeitsbereitschaft im Rettungsdienst fand es 10 % Zuschlag in Ordnung. Richter können sich sogar damit abfinden, dass beim Abschluss des Arbeitsvertrags gemeinsam gewählt wird²⁶⁰. So regelt AVR.DD § 20a: ›Für die Zeit des Bereitschaftsdienstes [...] werden Zeitzuschläge nicht gezahlt.‹ Das ist erlaubt. Denn der Verzicht beschränkt lediglich das Wahlrecht des Arbeitgebers. Es bleibt beim angemessenen Ausgleich durch freie Tage. Ob Geld oder freie Tage – am Maßstab ändert sich nichts. ›Der angemessene Umfang der bezahlten Freizeit beträgt 25 % der geleisteten Nachtarbeitsstunden‹, stellte das BAG fest²⁶¹. Leider entschied es zugleich, dass mit

258 Bundesarbeitsgericht (BAG) Beschluss 26.08.1997 – 1 ABR 16/97

259 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 27.05.2003 – 9 AZR 180/02

260 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 15.07.2009 – 5 AZR 867/08

261 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 01.02.2006 – 5 AZR 422/04

der Wahl zwischen Zuschlag oder freien Tagen der geschuldete Ausgleich fällig wird. Dies setzt damit die regelmäßig vereinbarte 6-monatige Ausschlussfrist in Gang. Und danach geht der Anspruch unter, falls er nicht geltend gemacht wurde.

Betriebliche Interessenvertretungen stehen daher vor der Aufgabe, all die Betroffenen bei der schriftlichen Geltendmachung zu unterstützen. Aus neuen Nachtarbeitsstunden erwachsen neue Ausgleichsansprüche. Diese sollten alle 6 Monate auch wieder aufs Neue geltend gemacht werden. Ein Musterschreiben hierfür lässt sich unter www.nachtausgleich.schichtplanfibel.de herunterladen.

Zusatzurlaub?

Tageweiser Freizeitausgleich ist nicht dasselbe wie ein Urlaubstag. Doch nicht nur das verstört an der jüngsten Entscheidung des BAG in dieser Frage. Sein Urteil bezieht sich auf den BAT-KF, eine Richtlinie für einzelne Arbeitsverträge der evangelischen Kirche und ihrer Einrichtungen in NRW. Darin waren für nächtlichen Bereitschaftsdienst sowohl der Zeitzuschlag als auch die Berücksichtigung beim Zusatzurlaub ausgeschlossen. Das Erste hielten die Richter für zulässig, das Zweite nicht. Im ersten Schritt strichen sie darum schlicht den ausdrücklichen Ausschluss vom Zusatzurlaub:

Die Parteien haben mit § 48a BAT-KF für Nachtarbeit ein als angemessen und interessengerecht erkanntes Ausgleichssystem selbst vereinbart. Der darin geregelte Freizeitausgleich dient dem Gesundheitsschutz und kann vom Arbeitgeber auch tagsüber ohne die Verpflichtung zur Zahlung weiterer Zuschläge gewährt werden. Ob es sich dabei um einen Ausgleich für dienstplanmäßig und regelmäßig geleistete Nachtarbeit oder für nächtliche Bereitschaftsdienste handelt, ist unerheblich. Die Verwirklichung des gesetzlichen Leitbilds wird lediglich durch die in § 48a Abs. 6 BAT-KF enthaltene Ausschlussklausel verhindert. Damit ist die in § 48a Abs. 6 BAT-KF enthaltene Klausel nicht anzuwenden.²⁶²

Die neue Rechtsprechung ging da einen verstörenden Schritt. Sie deutete mit der Streichung die vertragliche Regelung in ihr Gegenteil um. Mit der übrig gebliebenen neuen Vertragsfassung sei es nichts mehr mit der gesetzlich normierten angemessenen Zahl Ausgleichstage. Stattdessen sei nun lediglich noch die bescheidene Zahl von bis zu 4 Zusatzurlaubstagen vereinbart. Dieser Zusatzurlaub verfiere noch dazu automatisch am Ende des Kalenderjahrs.

262 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 15.07.2009 – 5 AZR 867/08

Mitbestimmung

Individuelle Ansprüche sind etwas Feines. Doch im betrieblichen Alltag erreichen wir meist mehr, wenn wir nicht individuell, sondern kollektiv den Hebel ansetzen. Das Handwerkszeug der Mitarbeitervertreter ist dem der Personal- und Betriebsräte nachempfunden. Darum sind zahlreiche Entscheidungen zum Betriebsverfassungsgesetz auf den kirchlichen Sonderraum übertragbar. Dem Gesundheitsschutz aus § 87 (1) Nr. 7 BetrVG entspricht dabei MVG § 40 Buchstabe b oder MAVO § 36 Nr. 10. Und genau mit diesem Gesundheitsschutz kommen wir von der Zuschauerbank raus auf das Spielfeld:

1. Bei der Entscheidung des Arbeitgebers darüber, ob ein Ausgleich für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG durch bezahlte freie Tage oder durch Entgeltzuschlag zu gewähren ist, hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen.
2. Die Zahl der freien Tage und die Höhe des Zuschlags sind hingegen eine Frage der Billigkeit. Da der Arbeitgeber insoweit rechtlich gebunden ist, besteht hier kein Mitbestimmungsrecht.
3. Die Regelungsfrage entfällt nach § 6 Abs. 5 ArbZG, soweit eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung besteht [...].²⁶³

Das Bundesarbeitsgericht musste es Arbeitgebern wiederholt erläutern:

§ 6 Abs. 5 ArbZG überlässt die Ausgestaltung des vom Arbeitgeber geschuldeten Ausgleichs für Nachtarbeit grundsätzlich den Tarifvertragsparteien. Diese können eine Ausgleichsregelung i.S.v. § 6 Abs. 5 ArbZG ausdrücklich oder stillschweigend treffen. Bei der Ausgestaltung des vom Arbeitgeber geschuldeten Freizeitausgleichs hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich auch auf eine Regelung, nach der sich ein Freizeitausgleichsanspruch in einen Entgeltanspruch umwandelt, wenn aus betrieblichen Gründen die Gewährung von Freizeitausgleich innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht möglich ist.²⁶⁴

²⁶³ Bundesarbeitsgericht (BAG) Beschluss 26.08.1997 – 1 ABR 16/97

²⁶⁴ Bundesarbeitsgericht (BAG) Beschluss 26.04.2005 – 1 ABR 1/04

Mehr Geld für Nachtarbeit – diese Wahlmöglichkeit über den Entgeltzuschlag hat der Betriebsrat²⁶⁵. Sie bleibt den Mitarbeitervertretern versperrt. Mehr freie Tage, das ist sowieso die gesündere und bessere Wahl für alle.

Interessenvertreter/innen bestimmen also mit, damit der Arbeitgeber als Ausgleich zusätzliche freie Tage wählt. Und sie bestimmen mit, wann die Einzelnen ihren Ausgleichstag nehmen dürfen. Denn bei der Festlegung der Lage der einzelnen Tage schlägt die große Stunde der Mitarbeitervertretung. Sie stimmt einem Schichtplan mit nächtlichen Bereitschaften nur zu, wenn zum Beispiel auf jede 10. Nacht gleich ein solcher Ausgleichstag zur Erholung folgt. Wir rechnen damit, dass etliche Kolleginnen und Kollegen nicht glauben mögen, was ihnen das Gesetz verspricht. Wir müssen sie gewinnen, ihre Ansprüche auf Ausgleich mit der Interessenvertretung zusammen durchzusetzen. Denn wir rechnen ja auch mit dem ungläubigen Staunen des Arbeitgebers. Vielleicht sogar mit seiner Uneinsicht.

›Die Nacht ist nicht allein zum Schlafen da, die Nacht ist da, dass was gescheh!‹, so sang es Gustav Gründgens im Film *Tanz auf dem Vulkan*. Doch die Nazis versuchten damals, den Schlager zu unterdrücken, wegen seiner Zeilen: ›Wenn der Morgen endlich graut durch die dunst'gen Scheiben und die Männer ohne Braut beieinander bleiben, schmieden sie im Flüsterton aus Gesprächen Bomben. Rebellion, Rebellion in den Katakomben!‹

 www.nachtausgleich.schichtplanfibel.de

265 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) § 87 (1) Nr. 10