

Arbeitsbereitschaft.

Ein Auge offen

Im Schlaf wachen? Das klingt zunächst paradox. Die Wachheit ist ja das Gegenstück zum Schlaf. In Jugend- und Behindertenheimen handelt es sich angeblich um Bereitschaftsdienst, doch ohne Anspruch auf Mindestlohn. Viel mehr spricht für Arbeitsbereitschaft, mit vollem Entgeltanspruch!

Vor einigen Wochen erreichte die Schichtplan-Fibel ein Hilferuf:

In meinen nächtlichen Bereitschaftsdiensten drücken die behinderten Bewohner ihre Notklingel, oder sie schreien laut, weil sie in einen Streit geraten oder nur schlecht geträumt haben. Sehr häufig klopfen sie an die Dienstzimmertür, weil sie über Sorgen sprechen wollen oder Schmerzen haben oder Konflikte mit ihren Mitbewohnern. Oder, oder, oder ...

Eigentlich ist es nachts genauso wie in den Tagschichten – der Arbeitgeber hält sich raus, und ich muss wissen, was ich wie zu tun habe. Doch in der Nacht verdiene ich dabei kaum fünf Euro die Stunde, also weniger als den gesetzlichen Mindestlohn. Die Mitarbeitervertretung hat das seit Jahren so hingegenommen, obwohl die Kolleginnen sich wiederholt beschwerten.

Kann ich meinem Arbeitgeber nun sagen, dass dies kein Bereitschaftsdienst ist?
Liebe Grüße – Paul

Paul vermutet richtig – es handelt sich nicht lediglich um Bereitschaftsdienst! Es handelt sich deutlich um mehr. Alles spricht dafür, dass hier Arbeitsbereitschaft angeordnet und geleistet wird.

Arbeitsbereitschaft ist die ›zeitweise Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung‹²⁶⁶. Ebenfalls verständlich ist die Formel: ›Bereithalten zur Arbeitstätigkeit, um ggf. von sich aus tätig zu werden.‹²⁶⁷

266 Buschmann/Über, in: Arbeitszeitgesetz § 2 Rn. 16; ebenso Harald Schliemann, in: ArbZG § 2 Rn. 52, sowie in: Das Arbeitsrecht im BGB § 611 Rn. 613.

267 Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG § 2 Rn. 40.

| | Arbeitsbereitschaft | Bereitschaftsdienst |
|--|---|---|
| Dienstleistungspflicht, Vergütungspflicht | andauernde mindere Arbeitsleistung sowie bereit zur selbstständigen Arbeitsaufnahme | Anwesenheit ohne Arbeitsleistung, Arbeitsaufnahme auf Aufforderung |
| Beanspruchung (Gesundheitsschutz) | Zeiten der achtsamen ›Entspannung‹ belasten weniger als Vollarbeit, mehr als Bereitschaftsdienst | belastet weniger als Arbeitsbereitschaft; die Arbeit ruht; andere Form der Arbeitszeit – weder Pause noch Ruhezeit |
| ArbZG | Arbeitszeit im Sinne des Gesundheitsschutzes | Arbeitszeit im Sinne des Gesundheitsschutzes |
| | Begriffsbestimmung fehlt | Begriffsbestimmung fehlt |
| TVöD / TV-L | § 9: Bereitschaftszeit verlängert die Zeitschuld (regelmäßige Arbeitszeit); um ›im Bedarfsfall die Arbeit selbstständig, ggf. auch auf Anordnung, aufzunehmen; unzulässig bei Schichtarbeit (Ausnahme Rettungsdienst) | § 7 (3) (Bereitschaftsdienst): ›außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen.‹ |
| TV DN | § 8- Arbeitsbereitschaft ist die Zeit minderer Arbeitsleistung innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit, in der die Arbeitnehmerin sich zeitweise lediglich zum Eingreifen bereit zu halten hat. | § 8 – Bereitschaftsdienst: sinn- gleich zum TVöD |
| AVR C Anl. 30-33 | § 8 – wie TVöD | § 4 (3) – wie TVöD |
| AVR.DD | § 9 (3) und § 9f (3) : Ohne eigene Definition Achtung: Arbeitsbereitschaft schließt Zulagen und Urlaub für Schicht- und Wechselschichtarbeit aus. | Anlage 8: ›um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen‹ |
| AVR J | § 11 (4) und § 11e (2) : Ohne eigene Definition. Achtung: Arbeitsbereitschaft schließt Zulagen und Urlaub für Schicht- und Wechselschichtarbeit aus. | § 11g: ›um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen‹ |
| BAT-KF | ohne Verpflichtung, Definition oder Vergütung | § 7 (3) – fast wortgleich zum TVöD |
| AVR Bayern | ohne Verpflichtung, Definition oder Vergütung | § 16 (10) – sinn- gleich zum TVöD |

Bereitschaftsdienst gilt als *Arbeitszeit*. Dazu wurde Ende 2003 das Arbeitszeitgesetz nachgebessert. Dadurch wurde allerdings die Unterscheidung zwischen Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst schwieriger. In der Begründung ihrer Gesetzesänderung schreiben die Fraktionen der SPD und Grünen:

›Arbeitsbereitschaft ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, am Arbeitsplatz anwesend zu sein und er zwar keine Vollarbeit leisten muss, in der Regel jedoch gewisse Kontroll- und Beobachtungspflichten hat, die ihn in die Lage versetzen, die Arbeit jederzeit und ohne Aufforderung von dritter Seite aus eigener Entscheidung aufzunehmen.²⁶⁸

Arbeitsrechtliche Begriffe müssen trennscharf abgrenzen. Dann können wir mit ihnen Streitfälle lösen. Wo genau verläuft die Grenze zwischen Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst?

Dazu ist zum einen aufzuklären, um welche Belastung es sich handelt. Denn das Arbeitszeitgesetz schützt uns deutlich abgestuft bei Vollarbeit, weniger bei Arbeitsbereitschaft und noch weniger beim Bereitschaftsdienst.

Doch zunächst und gesondert müssen wir untersuchen, was für eine Dienstpflicht der Arbeitgeber abverlangt. Denn der Arbeitsvertrag oder die AVR bestimmen für eine geringere Leistung als Ausgleich auch eine geringere Vergütung.

Abgrenzen der Pflichten

Der Arbeitsrechtler Walter Kaskel grenzte vor knapp hundert Jahren den Begriff Arbeitsbereitschaft erstmals und sehr gründlich ein²⁶⁹: In Zeiten ohne Arbeitsleistung, also auch dem Bereitschaftsdienst, wird von den Beschäftigten nicht das ›positive Verhalten‹ abgefordert, das sonst ihr Arbeitsvertrag verlangt. Die Arbeitsbereitschaft dagegen besteht gerade in einer ›Aktivität, einer Bewegung, einer Anspannung der Muskeln oder Nerven der physischen Organe oder Denkfunktion bzw. der Sinne‹.

Kaskel beschreibt dies als ›eine gewisse Achtsamkeit bzw. Wachsamkeit‹.

Vielleicht nickt Paul an seinem nächtlichen Arbeitsplatz ein. Doch es ist nicht der Arbeitgeber, der Paul aufweckt, wenn er gebraucht wird.

Manchmal schreckt Paul durch ein ungewohntes Geräusch hoch. Ist da nur Sonja wieder aus dem Bett gefallen, und er sollte sie zurückhieven, oder hat Werner einen Krampfanfall? Riecht es lediglich deshalb verbrannt, weil Karl wieder seine Stumpen raucht? Streiten sich Ahmed und Ilja, oder haben sie den Fernseher zu laut gedreht?

268 Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, Drucksache 15/1204, 10.09.2003.

269 Walter Kaskel, in einem Gutachten, veröffentlicht in: Das Schlichtungswesen (Zeitschr.) im Jahre 1926, S. 75; nachzulesen auf www.arbeitsbereitschaft.schichtplanfibel.de.

Doch die Bewohner oder Klienten erteilen Paul keine Anordnungen. Paul muss selbst erkennen, ob sein Eingreifen gebraucht wird. Er wacht über seine Schützlinge. Dieses Wachen schlägt sich im Begriff *Schlafwache* nieder.

Der Arbeitgeber dagegen beschränkt sich offensichtlich darauf, eine unausgesprochene, recht allgemeine, aber andauernde Arbeitsaufgabe zu stellen: »Halten Sie sich im Arbeitsbereich auf und wachen darüber, ob Sie eingreifen müssen oder ob Bewohner Sie brauchen.« So gibt er selbst nachts keine aktuellen Anweisungen.

Alles erinnert uns an einen Verkäufer, der etwas dösig in einer Ecke des Ladens auf den nächsten Kunden wartet, der durch die Ladentür tritt und dabei ein Türsignal auslöst. Oder an eine Pförtnerin, die auf das nächtliche Klingeln eines anliefernden LKW-Fahrers am Betriebstor hin die Schranke bedienen soll.

Zwischenbilanz: Wer »im Bedarfsfalle die Arbeit von sich aus [...] aufzunehmen« hat, leistet zumindest Arbeitsbereitschaft²⁷⁰.

Belastung messen

Trotz des Wach-Auftrags darf Paul sich in der Nacht entspannen. Ja, er darf sogar schlafen. Das genau steckt im ersten Teil der sonderbaren Dienstart *Schlafwache*. Dies betrifft nun nicht mehr die Dienstpflichten. Der Gesundheitsschutz wird nicht von Paul verlangt, sondern ihm gestattet. Ob er schlafen kann und wie er schläft, das bleibt ihm überlassen.

So wird es fast unmöglich, den Grad dieser Entspannung zu bestimmen. Wer ist wach, wer schläft, wie tief? Die Entspannung lässt sich weder beurteilen noch regeln. Hier zuckt das Arbeitsrecht etwas hilflos mit den Achseln und wendet sich der Belastung zu.

Für die Beurteilung der festgestellten dienstlichen Inanspruchnahme kommt es auf »die Art und Weise, auf die gesamten dafür bedeutsamen Umstände sowie insbesondere auf deren Intensität« an.²⁷¹ Dies betrifft die Verantwortung, die Häufigkeit, Dauer und Taktung der Inanspruchnahmen innerhalb der Arbeitsbereitschaft und ihren Einfluss auf den Lebensrhythmus, ebenso die Störungen am Aufenthaltsort.

Seit Oktober 2013 schreibt ArbSchG § 5 dem Arbeitgeber zwingend die Erfassung und Beurteilung der psychischen Belastungen der Arbeitsplätze vor. Wurden sie mitbestimmt durchgeführt? Wurden die dabei als erforderlich erkannten Maßnahmen zum

270 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 18.11.2015 — 5 AZR 761/13, Rn. 13.

271 BVerwG, Urteil 29.03.1974 - VI C 21.71.

Gesundheitsschutz zwischen den Betriebsparteien gemeinsam vereinbart?

Manche Arbeitgeber geraten da in Beweisnot. Denn sie haben ihre Hausaufgaben nicht gemacht.

Eine tatsächliche Arbeitsruhe, so Walter Kaskel, verpflichtet die Beschäftigten nur ›zur körperlichen Anwesenheit‹. Genauer: Die Arbeitsleistung ruht, doch es handelt sich seit dem Jahre 2004 um *Arbeitszeit* im Sinne von ArbZG § 2.

Dürfen die Schlafwachen auf dem Betriebsgelände frei herumlaufen? Oft engt der Arbeitgeber den Aufenthalt auf die unmittelbare Nähe zu den Bewohner/innen ein. Denn nur dort kann aus deren Rufen, Klingeln und aus den Nebengeräuschen die Notwendigkeit zum Handeln zeitnah erkannt werden.

Bereitschaftsdienst ist selbst keine Pausenzeit; Arbeitsbereitschaft erst recht nicht²⁷². Spätestens jeweils nach sechs Stunden Arbeitszeit müssen Arbeitgeber eine Pause gewähren (ArbZG § 4 Satz 3). Eine solche Pause stellt auch von der Verpflichtung frei, sich in einem vom Arbeitgeber bestimmten Bereich aufzuhalten, um bei Bedarf die Arbeit aufzunehmen. Haben die ›Schlafwachen‹ also wenigstens spätestens alle sechs Stunden frei, dürfen sie bis zum Kiosk und Zigaretten kaufen?

Zwischenbilanz: Die nächtliche, pausenlose Alleinarbeit, verantwortlich für Hilfloose, belastet auch dann, wenn es überwiegend ›keine Vorkommnisse‹ gibt.

Der TVöD wie TV-L schützen bereits in ihrem § 9 vor allzu leichtfertigen Anordnungen. Arbeitsbereitschaft ist da nur als Bereitschaftszeit erlaubt, weil jemand ›selbstständig, ggf. auch auf Anordnung‹ Arbeitsbedarfe bewältigen muss. Wer durch Schichtarbeit belastet ist, darf nicht noch zusätzlich zu solch einer Bereitschaftszeit herangezogen werden (Protokollerklärung zu TVöD § 9, ebenso zu TV-L § 9)²⁷³.

Mindervergütung oder Mindestlohn?

Die Vergütung finden wir im Arbeitsvertrag. Doch die AVR.DD, AVR J, BAT-KF oder zum Beispiel AVR Bayern regeln nur das verminderte Entgelt im Bereitschaftsdienst. Zur Arbeitsbereitschaft fehlt da alles – von der Verpflichtung bis hin zur Vergütung. Etwas bizarr und robust beschränken sich die kirchlichen Vergütungsordner darauf, Ansprüche durch Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst auf Schicht- und Wech-

272 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 16.12.2009 – 5 AZR 157/09;
Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 05.05.1988 – 6 AZR 658/85.

273 Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg Urteil 21.01.2019 – 1 Sa 9/18: So eine so ausgeschlossene Arbeitsbereitschaft sei rechtswirksam umgemünzt in einen Bereitschaftsdienst (in Revision)

selschichtzulagen sowie Zusatzurlaube auszuschließen.

Zwischenbilanz: In den meisten Fällen ist die Arbeitsbereitschaft mit dem durchschnittlichen Stundenentgelt zu vergüten.

Die 2. Verordnung über das Mindestentgelt in der Pflegebranche (PflegeArbbV) gestattet, Bereitschaftsdienst im Verhältnis vier zu eins mit der regelmäßigen Zeitschuld zu verrechnen. Für Arbeitsbereitschaft fehlt eine solche empörende Ausnahme.

In Betreuungsheimen greift nicht das PflegeArbbV, sondern das Mindestlohngesetz. Es stellt im Jahr 2020 auf brutto 9,35 Euro je Zeitschuld ab²⁷⁴.

Der Mindestlohn unterliegt seit Januar 2015 keiner Ausschlussfrist.

Zwischenbilanz: Für angeblichen Bereitschaftsdienst kann hilfsweise der Mindestlohn je Zeitschuld geltend gemacht werden.

Doch die vertraglich vereinbarte Stundenvergütung ist deutlich höher. Diese Ansprüche verfallen – weil die AVR und Tarifverträge hier eine sechsmonatige Ausschlussfrist ziehen. Wir raten darum Paul, rasch und rückwirkend, schriftlich und zusammen mit seinen Kolleginnen den Arbeitgeber unter Druck zu setzen:

Schlafen auf der Richterbank: unschädlich

Amtlicher Leitsatz: Kurzfristiges ›Einnicken‹ eines beisitzenden Richters am LSG [Landessozialgericht] während einer länger dauernden Verhandlung ist im Allgemeinen unschädlich und stellt keinen Revisionsgrund dar.

(Bundessozialgericht 28.03.1985 – 2 BU 240/84)

²⁷⁴ Bundesarbeitsgericht Urteil 11.10.2017 – 5 AZR 591/16 - Bereitschaftsdienst und Vollarbeit sind als gemeinsamer Durchschnitt zu betrachten

Geltendmachung meiner Ansprüche TVöD-B

Kopie: Betriebsrat/Mitarbeitervertretung

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie haben mir in den Monaten Mai, Juni, Juli, August, September und Oktober 2016 geplante nächtliche Arbeitszeit angeordnet. Sie haben mich dabei beauftragt, pausenlos und eigenständig mögliche Bedarfe zur Arbeitsaufnahme zu erkennen, zu beurteilen und abzuarbeiten. Ich mache zunächst die monatliche Differenz der Schichtzulage (40 Euro) zur Wechselschichtzulage (105 Euro) – also 65 Euro – für jeden dieser Kalendermonate schriftlich geltend, zusammen mit der Verzugspauschale von 40 Euro (BGB § 288 Abs. 5).

Ich mache weiterhin die Vergütung der geleisteten Überplanung als Mehrarbeit am Ende jedes Schichtplanturnus – März, April, Mai, Juni, Juli, August – geltend, fällig jeweils zwei Kalendermonate nach dem Entstehen. Die genaue Anzahl der jeweiligen Überplanungsstunden habe ich Ihnen anliegend aufgelistet. Auch hier mache ich die Verzugspauschale von 40 Euro geltend.

Länger als sechs Stunden hintereinander möchte ich nicht ohne Ruhepause beschäftigt werden (ArbZG § 4). Bitte legen Sie diese zusammen mit dem Betriebsrat (BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 2) / der Mitarbeitervertretung (MVG § 40d) fest.

Mit freundlichen Grüßen
(Paul)

Schlafen auf der Richterbank: schädlich

Nach verspätetem Eintreffen und Platznehmen im Sitzungssaal sei er mit auf die Brust gesunkenem Haupt sofort eingeschlafen und habe tief sowie hörbar geatmet. Wegen des verspäteten Eintreffens dieses ehrenamtlichen Richters habe der erkennende Senat des LSG das Urteil in der streitbefangenen Sache nicht nach Beratung am Ende der mündlichen Verhandlung, sondern erst am Ende des Sitzungstages verkündet. Der ehrenamtliche Richter sei am Ende der Verhandlung jedoch nicht orientiert gewesen und habe erst durch die R in LSG H. darauf hingewiesen werden müssen, dass er sitzen bleiben könne, weil sogleich weiterverhandelt werde. Es habe sich ersichtlich nicht nur um eine kurzfristige Ablenkungs- und Ermüdungserscheinung gehandelt. [...]

Allerdings sind Zeichen einer großen Ermüdung, Neigung zum Schlaf und das Kämpfen mit der Müdigkeit noch kein sicherer Beweis dafür, dass der Richter die Vorgänge in der Verhandlung nicht mehr wahrnehmen konnte. Auch das Schließen

der Augen und das Senken des Kopfes auf die Brust, selbst wenn es sich nicht nur auf wenige Minuten beschränkt, beweist noch nicht, dass der Richter schläft. Diese Haltung kann vielmehr auch zur geistigen Entspannung oder besonderen Konzentration eingenommen werden. Deshalb kann erst dann davon ausgegangen werden, dass ein Richter schläft oder in anderer Weise »abwesend« ist, wenn andere sichere Anzeichen hinzukommen, wie beispielsweise tiefes, hörbares und gleichmäßiges Atmen oder gar Schnarchen oder ruckartiges Aufrichten mit Anzeichen von fehlender Orientierung (vgl BVerwG Beschluss vom 19.7.2007 – 5 B 84/06 - Buchholz 310 § 133 (nF) VwGO Nr 88 – Juris RdNr 2).

(Bundessozialgericht 12.04.2017 – B13 R 289/16 B).

Aufklären und mitbestimmen!

Es geht um sehr viel Geld. Wir rechnen also mit Widerstand. Egal ob als Mitarbeitervertretung oder als Betriebsrat – wir beschränken uns nicht darauf, die Kolleginnen aufzuklären und bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche zu unterstützen. Wir bestimmen mit.

Der Dienstplan darf nur dann Bereitschaftsdienst dokumentieren, wenn der Arbeitgeber dabei seine Anordnung klar und tatsächlich beschränkt: »Ich will ihre bloße Anwesenheit im Arbeitsbereich; stellen Sie sicher, dass ich Sie da erreichen kann, und nehmen Sie dann unmittelbar die Arbeit auf.«

Die kirchlichen AVR und die Tarifverträge regeln nicht die Vergütung von Arbeitsbereitschaften. Das MVG schließt in § 36 Abs. 1 den Abschluss von Dienstvereinbarungen zu Arbeitsentgelten ausdrücklich aus, ebenso BetrVG § 77 und BPersVG § 75 Abs. 5. Damit bleibt nur, die gesamte Arbeitszeit während der Schlafwache auf die regelmäßige wochendurchschnittliche Zeitschuld voll anzurechnen.

Interessenvertretungen ohne Bindung an eine AVR oder einen Tarifvertrag finden auf www.mitbestimmen.schichtplanfibel.de auch einen Entwurf für eine Betriebsvereinbarung. Diese kann allenfalls den Übergang zu einem Drei-Schicht-Modell gestalten.

Das gelöste Paradox

Der Widerspruch in den *Schlafwachen* lässt sich also auflösen:

- die Erlaubnis zum Schlaf soll die nächtliche Belastung erträglicher machen,
- der Auftrag zur Wache fordert zugleich das jederzeitige Erkennen und Entscheiden über den Bedarf zum Eingreifen.

i www.arbeitsbereitschaft.schichtplanfibel.de

