

Faktorisierung.

Böser Zauber Faktorisierung

Im Arbeitsvertrag begrenzen wir unsere regelmäßige Arbeitszeit. Wir stellen dem Arbeitgeber eine bestimmte Zeit zur Verfügung. Wir tauschen Arbeitskraft und Lebenszeit gegen Geld. Manchmal stillt dieses Geschäft den Appetit des Arbeitgebers noch nicht. Er lässt uns über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus arbeiten. Dieses Mehr kommt in verwirrenden Kostümen und Masken daher: als Plusstunde, Mehrarbeit, Überstunde oder Überplanung, als Inanspruchnahme in Rufbereitschaften oder als Bereitschaftsdienst. Je mehr wir arbeiten, umso weniger Zeit bleibt für uns selbst. Je weniger Freizeit uns bleibt, umso kostbarer wird uns jede Stunde. Volkswirtschaftler fassen diese Lebenserfahrung in einen Glaubenssatz: ›Der Verlust an Freizeit steigert das *Grenzleid der Arbeit* und damit ihren Preis.‹ Doch die Verhältnisse, sie sind nicht so. Zwar gibt es mehr Geld für mehr Arbeit. Jedenfalls grundsätzlich – und neuerdings schon, wenn es um das Umkleiden oder um Teambesprechungen geht. ›Der Arbeitgeber verspricht regelmäßig die Vergütung für alle Dienste, die er dem Arbeitnehmer aufgrund seines arbeitsvertraglich vermittelten Direktionsrechts abverlangt‹²⁷⁵.

Schon wenn wir nach der Höhe dieser Vergütung fragen, werden Arbeitsrechtler kleinlaut. Und die alltägliche Erfahrung in den Kliniken lässt einen Verdacht aufkeimen: Je mehr wir arbeiten, umso weniger bekommen wir dafür.

Wundersame Wandlung

Wer eine Vergütung verspricht, muss sie zahlen. Mit jedem zusätzlichen Euro steigert sich so das *Grenzleid* der Arbeitgeber. Darum verstecken sie im Kleingedruckten unserer Arbeitsverträge und Arbeitsvertragsrichtlinien einen Gegenzauber. Statt mit Geld winken sie mit Freizeitausgleich. Wundersam wandelt sich Mammon zurück in Leben. Der Austausch Geld gegen Zeit erscheint dabei ganz unschuldig. Der Verkauf unserer Arbeitskraft war eine Zumutung. Wie kann seine Rückabwicklung etwas Böses sein?

Der Arbeitgeber setzt uns stundenweise frei und zieht uns im Gegenzug Lohn ab. Er hat dabei das Sagen. Er bestimmt, wann wir arbeiten. Er bestimmt, wann er uns dies mit Freizeit ausgleicht. Und er trifft je nach Gang seiner Geschäfte die Wahl zwischen Freizeit und Vergütung. Diese ungezügelter Flexibilisierung scheint nicht genug. Etliche

275 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 19.09.2012 – 5 AZR 678/11

Tarife und Arbeitsverträge halten noch weiter gehende Angebote bereit: Länger arbeiten für dasselbe Geld.

Arbeitsbereitschaft

Dazu stufen sie zunächst Zeiten, in denen wenig zu tun ist, zur minderen Leistung herab. Die Beschäftigten halten sich da »entspannt« im Betrieb bereit. Sie brauchen gerade genug Aufmerksamkeit, um bei Bedarf selbstständig einzugreifen. Diese vertragsgemäße Anwesenheit in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers, verbunden mit der Pflicht, bei Bedarf jederzeit berufliche Tätigkeit aufzunehmen, bleibt in vollem Umfang Arbeitszeit. Das hat das *SIMAP*-Urteil des EuGH vom 3. Oktober 2000²⁷⁶ klargestellt.

Doch AVR DD wie auch der TV DN (vormals die AVR Niedersachsen) führen ein Kunststück auf, das an die zersägte Jungfrau auf den Jahrmarktbühnen erinnert: Sie zerlegen unsere Mühen in Arbeitsleistung und bloße Arbeitsbereitschaft. Und sie dehnen und strecken dabei die geschuldete regelmäßige Arbeitszeit auf bis zu 48 Stunden im Wochendurchschnitt. Für diese Zumutung ist kein Ausgleich durch Freizeit oder zusätzliches Geld vorgesehen. Wir finden sie vor allem in der Jugend- und Behindertenhilfe. Dort bleiben Kolleginnen und Kollegen im Anschluss an die Spätschicht über Nacht, halbwach, um bei Bedarf zu helfen oder zu schlichten. Sie haben dafür den schillernden Begriff *Schlafwache* geprägt.

Falls »in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fällt«, entgrenzen die AVR.DD in § 9 (3) auch noch die werktägliche Arbeitszeit: »Durch Dienstvereinbarung kann sie auf über zehn Stunden täglich verlängert werden.« Der TV DN (vormals die AVR-K Niedersachsen) ist da komplett unbekümmert. Er spart sich und dem Dienstherrn selbst noch diese Vorgaben.

Der **TVöD** wurde im Jahr 2005 unter insgesamt bedrückenden Umständen ausgehandelt. So wurde die Tür in diesen dunklen Hinterhof nur halb geschlossen. Zunächst gab man der Ungeheuerlichkeit den neuen Namen *Bereitschaftszeit*. Dieser Versuch, sich abzusetzen, änderte an den Rechtsfolgen wenig – »Bereitschaftszeiten werden zur Hälfte als tarifliche Arbeitszeit gewertet (faktorisiert).« 18 Bereitschaftsstunden verlängern die wöchentliche Arbeitszeit so auf 48 Stunden – ebenfalls ohne einen zusätzlichen Cent.

Doch in TVöD § 9 wird der Spuk deutlicher beschränkt. Es muss sich um eine dauerhafte Arbeitsorganisation handeln, in der Zeiten ohne Arbeitsleistung überwiegen. Es bedarf einer einvernehmlichen Dienstvereinbarung oder einer Betriebsvereinba-

276 Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) 03.10.2000 - Rs. C-303/98



Der Gaukler (Hieronymus Bosch, Kopie um 1500):
Der Hütchenspieler fesselt die Aufmerksamkeit. Von hinten greift ein Taschendieb zu.

rung. Die wichtigste neue Sperre wurde leider etwas versteckt – in der abschließenden Protokollerklärung: »Diese Regelung gilt nicht für Wechselschicht- und Schichtarbeit.« Wortgleich der TV-L. Zwar bleiben Beschäftigte im Rettungsdienst, in den Leitstellen und als Hausmeister ausgenommen. Doch in Kliniken und Heimen ist dieser Dämon gebannt. Schlafwachen, Mittagsruhe-Dienste oder Freizeit-Anwesenheiten sind tarifvertragswidrig.

Schrumpf-Faktor

Noch ist der Bannkreis nicht vollkommen gezogen. Der Bereitschaftsdienst ist der böse Bruder der Arbeitsbereitschaft. Und er dringt durch alle Ritzen und Lücken, ob bei Kirchen- oder frei ausgehandelten Tarifverträgen. Anwesenheitsbereitschaft ist Arbeitszeit. Genauer: Sie wird über die regelmäßig geschuldete Arbeitszeit hinaus geleistet. Für zusätzliche Arbeit dürfen wir zusätzliche Vergütung erwarten. An diese Erwartung knüpfen die Hexenmeister an. Zum Auftakt bewerten sie den Bereitschaftsdienst einschließlich der darin geleisteten Arbeit. Wie selbstverständlich nehmen sie dabei den Maßstab *Arbeitszeit*. Wie durchtriebene Hütchenspieler schieben sie die Arbeitsleistung hin und her, vom Arbeitsschutz zur Vergütung. Was eben noch eine Stunde war, schrumpft zu Minuten.

Es war im Dienst nur gelegentlich etwas zu tun. Die Stunden im Betrieb werden darum ›zum Zwecke der Entgeltabrechnung‹ als 25 % Arbeitszeit errechnet oder ›gewertet‹, vielleicht auch als 60, 75 oder 90 %. Dann ziehen die Tarifverträge noch eine spezielle Vergütung aus dem Ärmel: das Bereitschaftsdienstentgelt. Dazu finden sich in gesonderten Anlagen Stundenvergütungen. Diese sind weit größer als die Mehrarbeits- oder Überstundenvergütung. Und sie werden auch nicht je Stunde gezahlt. Sie bilden lediglich Bezugsgrößen für weitere Umrechnungen.

Zu jedem guten Zaubertrick gehören schummriges Licht, Ablenkung, ein wenig Illusion oder die Irreführung unserer Fantasie. Haben wir den Überblick verloren, murmeln die Magier noch geheimnisvolle Worte. Diesmal hören wir nicht Abrakadabra oder Simsalabim, sondern *Faktorisierung!* Begleitet von ein wenig Theaterdonner, wird die errechnete Vergütung durch entsprechende Arbeitsbefreiung abgegolten (Freizeitausgleich). Letzten Rechtszweifeln begegnen die Arbeitgeber mit findigen Legitimationsversuchen. Mal ist ein Freizeitausgleich zur Einhaltung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes erforderlich. Dazu genügt es, die Beschäftigten im Anschluss an Bereitschaftsdienst zur Schicht einzuteilen und anschließend überrascht festzustellen, dass dies verboten ist.

Oft stellt eine unbedarfte Mitarbeitervertretung durch eine betriebliche Vereinbarung den Freibrief aus für solche Übergriffe. *Freizeitausgleich* und *Arbeitszeitverkürzung* klingen in ungeschulten Ohren offenbar zugleich unschuldig und verführerisch.

Andere Arbeitgeber verweisen auf die Zustimmung der Beschäftigten. Die haben ja mit dem Arbeitsvertrag im Kleingedruckten auch den AVR zugestimmt. Oder sie nehmen die wunderliche Wandlung stillschweigend hin. Selbst schuld, urteilte das BAG am 19. November 2009²⁷⁷.

Gegenzauber

Wie Hans im Glück verlieren die Beschäftigten bei jedem Tausch. Zum schlechten Schluss haben sie zwar nicht mehr Geld, aber mehr Stunden gearbeitet. Je nach Gang der Geschäfte und Personaldecke wählen die Arbeitgeber. Geben sie keine Freizeit, verlängern sie die Arbeitszeit noch weiter und zahlen eben – wenn auch erst Monate später. Im Kinderbuch *Räuber Hotzenplotz* kauft sich der Zauberer Petrosilius Zwackelmann den Kasperl als Diener, der für ihn Kartoffeln schälen soll. Der unwillige Kasperl lässt sich das nicht gefallen, stiehlt das Buch mit den Zaubersprüchen und kommt frei.

277 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 19.11.2009 - 6 AZR 624/08

So unwillig sind wir auch. Wir wollen uns nichts abzwacken lassen. Der bewährte Zauberspruch für die Befreiung lautet *Mitbestimmung*. Bereits die Einrichtung und Ausgestaltung der Bereitschaftsdienste ist ja nur mit Zustimmung möglich. Faktorisierte Ausgleich verschwindet dann als geheimnisvolle Kürzung in den Salden der Dienstpläne. Solch verhextem *Freizeitausgleich* kann eine umtriebige Interessenvertretung widersprechen.

Zuerst aber schaffen wir Klarheit. Der Arbeitgeber wandelt Vergütungsansprüche in Freizeit. Im Urlaubs- und Krankheitsfall erhalten die Beschäftigten nur das Entgelt als Referenz aus den Vormonaten fortgezahlt. Der Freizeitausgleich ist kein Entgelt und damit ungeschützt. Ohne Entgelt für ihre zusätzliche Arbeit läuft auch ihre Entgeltfortzahlung leer. So werden die Kolleginnen und Kollegen zum zweiten Mal betrogen. Zu Unrecht – so urteilte das Landesarbeitsgericht in Hannover.

Faktorisierte Bereitschaftsdienst (Freizeit) geht im Krankheitsfall in Entgeltfortzahlung ein. Bereitschaftsdienst ist keine ›Überstunde‹ im Sinne von EfzG § 4

Aus der Urteilsbegründung: Bei diesen Bereitschaftsdiensten handelt es sich um einen Teil der ›regelmäßigen‹ Arbeitszeit im Sinne von § 4 Abs. 1 EfzG, da der Kläger in der Regel zu fünf Bereitschaftsdiensten pro Monat herangezogen wird. [...] Damit tritt der Freizeitausgleich an die Stelle der geschuldeten Vergütung. [...] Vergütung für geleistete Bereitschaftsdienste oder der entsprechende Freizeitausgleich stellen gleichsam zwei Seiten derselben Medaille dar: Die Höhe des vom Arbeitgeber geschuldeten Freizeitausgleichs folgt den Regelungen über die an sich geschuldete Vergütung²⁷⁸.

Wir machen die Ansprüche gemeinsam mit den Beschäftigten geltend. Für jeden Urlaubs- und jeden Krankheitstag fordern wir dabei die Nachzahlung der durchschnittlichen Bereitschaftsvergütung – vor Umwandlung in Freizeitausgleich. Und wir fordern weiter: Faktorisierte Vergütungsansprüche sind in den monatlichen Entgeltabrechnungen als *Schattenentgelt* auszuweisen!

278 Landesarbeitsgericht Niedersachsen Urteil 14.11.2006 – 12 Sa773/06