

**Umfassend informiert.**

## **In der stillen Kammer**

*Gesetze und die Bestimmungen in den Verträgen überfordern bereits die Vorgesetzten. So viele Entscheidungen! Und wenig später folgen die ersten Änderungen. Das Mitbestimmen dieser Dienstpläne ist eine praktische Herausforderung.*

Das Mitbestimmen und Anordnen der Arbeitszeiten ist voller Widersprüche. Viele sind betroffen, viele wollen mitreden. Dies erschwert den Überblick. Mitarbeitervertretungen und Betriebsräte fühlen sich überfordert. Sie beschränken sich stattdessen freiwillig und kümmern sich um einfachere Maßnahmen, um Einstellungen, um Telefonanlagen oder das Schlichten in Streitfällen. Dies ist wohl die Mehrzahl.

Arbeitgeber finden in § 106 der Gewerbeordnung<sup>51</sup> ihr Recht, die Lage der Arbeitszeit zu bestimmen. Das erleben auch die Beschäftigten in ihrem betrieblichen Alltag. Die Vorgesetzten schreiben die Pläne und meist hängen sie diese an der Wand aus. Die Beschäftigten hören und lesen die Anweisungen genau. Denn sie greifen tief in ihre private Lebensplanung ein.

Nun versuchen wir ein kleines Gedankenexperiment.

Wir stellen uns vor, eine Arbeitgeberin ist müde von all den Briefen, Anrufen und Störungen. Sie flüchtet sich in eine stille Kammer<sup>52</sup>. Sie nimmt einen Stapel Gesetzesbücher unter den Arm und Dienstplanformulare. Sie hängt noch schnell an die Tür ein Schild »Nicht stören!« und verriegelt sie dann fest hinter sich. Die Kammer ist wirklich still, ohne Fenster, ohne Telefon, ohne Intranet.

In ihrer selbstgewählten Abgeschlossenheit entwirft die Arbeitgeberin nun die Dienstpläne. Etwa alle vier Wochen schiebt sie diese unter der Tür durch nach außen.

---

51 Gewerbeordnung (GewO) § 106, siehe Seite 42

52 Jesaja 26 Vers 20: »Gehe hin, mein Volk, in deine Kammer und schließ die Tür nach dir zu; verbirg dich einen kleinen Augenblick, bis der Zorn vorübergehe.«

Matthäus 6 Vers 6: »Wenn aber du betest, so gehe in dein Kämmerlein und schließ die Tür zu und bete zu deinem Vater im Verborgenen; und dein Vater, der in das Verborgene sieht, wird dir's vergelten öffentlich.«

Können solche Pläne gesetzeskonform sein? Können sie also rechtswirksam angeordnet werden? Wahrscheinlich sind etliche der gesetzlichen Mindestvorgaben eingehalten. Dies lässt sich mit einem schnellen, ersten Blick auf den Plan überprüfen. Sind die Schichten nicht überlang? Folgt ihnen eine ausreichende Ruhezeit? Werden Teilzeitbeschäftigte nur anteilig mit Wochenendarbeit belastet? Werden sie – auf das Kalenderjahr betrachtet – nur anteilig zu Feiertagsarbeit herangezogen?<sup>53</sup>

## Billiges Ermessen

Schon beim genaueren Blick keimen Zweifel. Schichtarbeit belastet die Gesundheit und das Privatleben. ArbZG § 6 Abs. 1 stellt alle Schichtarbeiter/innen unter besonderen Schutz. Er verpflichtet dazu die Arbeitgeberin, ihre Anordnungen menschengerecht zu gestalten. Sie muss die arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse umsetzen. Dies ist eine zwingende und zugleich noch unbestimmte Richtschnur. Die Arbeitgeberin soll zwischen unterschiedlichen Möglichkeiten der Arbeitszeit-Organisation wählen und sie immer wieder neu ausrichten. Bei dieser Auswahl kommt es nicht nur auf die Schwere der Arbeit an. Die Menschen, denen die Arbeitszeiten gerecht werden sollen, sind selbst sehr konkret. Auch ihr Können und Wollen ist also zu berücksichtigen. Es unterscheidet und ändert sich, je nach Lebensentwurf und Lebensphase. Folgt spätestens nach fünf bis sieben Arbeitstagen ein freier Tag? Und wenn nicht – ist diese Arbeitszeitmassierung die Folge von konkret geäußerten Freizeitwünschen? Wird Dauernachtarbeit vermieden? Und falls nicht – möchte die Kollegin dies gerade so und nicht anders?

Und auch im Übrigen steht die rechtswirksame Anordnung des Dienstplans unter dem wichtigen Vorbehalt des *billigen Ermessen*<sup>54</sup>. Ohne Abwägung der wechselseitigen Interessen unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit bleibt die Anordnung unwirksam.<sup>55</sup>

Ob Schutz der Gesundheit, ob Abwägen betrieblicher und privater Interessen, ob Rücksicht auf Behinderungen – unsere Arbeitgeberin kann in ihrer stillen Kammer nichts davon leisten. Darum brauchen die Beschäftigten den dort entstandenen und ausgehängten Dienstplänen nicht folgen. Diese gelten dann als gar nicht angeordnet und darum unbeachtlich.<sup>56</sup>

Ändern wir darum unseren gedanklichen Versuchsaufbau. Die Arbeitgeberin wechselt das Schild an der Tür ihrer Klausur. Sie schreibt – »Arbeitszeit- und Freizeitwünsche bitte

53 Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil 20.08.2015 - 26 Sa 2340/14

54 Gewerbeordnung (GewO) § 106, siehe Seite 42

55 Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil 26.08.2015 - 3 Sa 157/15

56 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 315 Abs. 3. siehe Seite 42

mit kurzer Begründung hier schriftlich einreichen!«. Und sie malt einen dicken Pfeil darunter, der auf einen Briefkastenschlitz in der Tür zeigt.

Nicht allein die Wünsche selbst interessieren, sondern ebenso ihre Gründe. Ohne sie wäre ja ein Abwägen schwerlich möglich. So kann die Arbeitgeberin nun rechtswirksame und damit für alle Beteiligten verbindliche Anordnungen der Arbeitszeit erreichen.

## Mitbestimmen

Vielleicht werden nicht alle Wünsche der Beschäftigten erfüllt. Vielleicht sind auch nicht alle Kolleginnen mit dem Ergebnis der Erwägungen in der stillen Kammer einverstanden. Wir nehmen also eine weitere Änderung im Versuchsaufbau vor –

Die Belegschaft wählt sich eine gesetzliche Interessenvertretung.

Ob das ein Betriebsrat, ein Personalrat oder eine Mitarbeitervertretung ist, macht in unserem Gedankenexperiment keinen Unterschied. Zunächst kommt es auch nicht darauf an, ob die Frischgewählten sich zur Mitbestimmung der Dienstpläne durchringen. Die Existenz des Gremiums allein schon ändert die Rechtslage erheblich.

Ohne Zustimmung oder wenigstens die Ersetzung dieser Zustimmung durch eine Einigungsstelle gerät die Arbeitgeberin mit ihren Plänen in eine Krise. »Eine Maßnahme des Arbeitgebers, die der notwendigen Mitbestimmung entbehrt, ist rechtswidrig und unwirksam.«<sup>57</sup> So rüsteten die Bundesarbeitsrichter § 87 des Betriebsverfassungsgesetzes mit zarten Milchzähnen nach: »Die Rechtsunwirksamkeit von arbeitsvertraglichen Maßnahmen und Abreden soll eine Sanktion dafür sein, dass der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verletzt hat.«<sup>58</sup> Dasselbe gilt erst recht dort, wo es ausdrücklich genauso geregelt ist – im MVG § 38 Abs. 1, in der MAVO § 33 Abs. 1 oder etwa im BPersVG § 69 Abs. 1.

---

57 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 11.06. 2002 – 1 AZR 390/01 (Rn. 29) - »Dies gilt sowohl für einseitige Maßnahmen, die in Ausübung des Direktionsrechts vorgenommen wurden, als auch für einzelvertragliche Vereinbarungen. Die tatsächlich durchgeführte Mitbestimmung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen zum Nachteil des Arbeitnehmers.«

58 Bundesarbeitsgericht (BAG) Beschluss 16.09.1986 – GS 1/82 (Rn. 96)

Wir dürfen darum unsere Versuchsanordnung erweitern.

Die Arbeitgeberin richtet direkt neben ihrer Kammer eine zweite ein. Hier darf nun die Interessenvertretung einziehen. Und – widerwillig – bittet die Arbeitgeberin die Haushandwerker, für sie eine schmale Durchreiche zwischen diesen Kammern in die Mauer zu brechen. Auf diesem Weg kann sie alle vier Wochen die von ihr entworfenen Dienstpläne der Mitbestimmung zuführen. Sie klebt einen kleinen gelben Zettel hinzu: »Bitte zustimmen!«

Der Ball liegt damit bei der Interessenvertretung. Einigen im Gremium ist unwohl. »Wer zustimmt, macht sich mitverantwortlich für das Elend. Sollen die Dienstpläne doch rechtsunwirksam bleiben. Das ist nur gut für die Kolleginnen. Die brauchen dann nicht arbeiten. Pech für den Chef.«

Eine Mitarbeitervertretung mag die Dienstplanung in den Händen der Vorgesetzten belassen. Die Pläne bleiben dann zwar rechtsunwirksam, aber nicht unwirksam. Die Tatsachen sprechen für sich. Die Kolleginnen in den Arbeitsbereichen richten sich auch nach rücksichtslosen Plänen. Und sie fühlen sich im Stich gelassen, weil ihre gewählten Vertreter sich so klug und vornehm zurückhalten. Die angebliche Sanktion der Arbeitgeberin, die Bestrafung durch Unwirksamkeit, wird von ihr schmerzlos ertragen.

Das Gremium ringt sich deshalb zum kleinen Beschluss durch, in Form einer Erlaubnis: »Wir stimmen Ihrer Absicht zu, die vorliegenden Pläne anzuordnen.« Ein weitergehender Alternativbeschluss macht kaum mehr Mühe, aber gleich Nägel mit Köpfen: »Wir beauftragen unsere Vorsitzende, mit Ihnen die Anordnung der vorliegenden Pläne zu vereinbaren.« Mit der Unterschrift der Vorsitzenden und der Arbeitgeberin wird so aus den Plänen eine Dienst- bzw. Betriebsvereinbarung. Diese begründet für die Kolleginnen unmittelbare Ansprüche.

Damit jedoch ist kaum mehr erreicht als ein wenig Rechtsklarheit. Die Arbeitgeberin darf oder muss nun genau diese Pläne anordnen. Ob sie dabei verbindlich werden, das hängt unverändert davon ab, ob sie sich im gesetzlichen und vertraglichen Rahmen halten. Unbillige Weisungen brauchen die Kolleginnen nicht ausführen.<sup>59</sup>

---

59 Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil 17.03.2016 - 17 Sa 1660/15: Eine nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksame, lediglich unbillige Weisung des Arbeitgebers begründet nicht die Verpflichtung des Arbeitnehmers, ihr vorläufig bis zur Rechtskraft eines Gestaltungsurteils nach § 315 Abs. 2 Satz 2 BGB Folge zu leisten. Der Arbeitgeber ist deshalb nicht berechtigt, wegen der Weigerung des Arbeitnehmers, der Weisung nachzukommen, eine Abmahnung auszusprechen, und ist verpflichtet, Annahmeverzugslohn zu leisten (entgegen BAG 22.02.2012 - 5 AZR 249/11; die Revision wurde eingelegt.)

Vielleicht kommt unsere Interessenvertretung jetzt auf den Geschmack und in die Gänge. Sie greift zum Äußersten und beginnt, mitzubestimmen. Doch schon beim ernsthaften Blick auf die vorgelegten Pläne bleibt sie ratlos. Es macht ja wenig Sinn, auf das bloße Ergebnis der Abwägungen der Arbeitgeberin zu glotzen. Also –

Die Arbeitgeberin erhält Post. Stirnrunzelnd liest sie einen wohlgesetzten Brief. »Wir wollen Ihre Pläne mitbestimmen. Dazu benötigen wir die vollständigen Informationen, welche Sie zu Ihren Vorschlägen führten. Dies betrifft

- die Behinderungen und Schwerbehinderungen, die Sie zu berücksichtigen haben,
- die vorgelegten Wünsche unserer Kolleginnen mitsamt deren Begründungen und
- Ihre betrieblichen Interessen und Einsatzkonzepte (Mindestbesetzung der Schichten), die Sie gegen diese Wünsche abgewogen haben.«

Besonders die Sache mit der *Mindestbesetzung* gefällt uns gut. Doch wir wollen nicht in einer Zettelflut ertrinken. So viele Kolleginnen werden verplant, so viele Wünsche geäußert, so viele Besonderheiten der Arbeitsbereiche beachtet. Da ist es clever, die Kolleginnen vor Ort unmittelbar mit einzubeziehen. Die Mitarbeitervertretung verteilt darum ein Rundschreiben:

»Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir bestimmen die Dienstpläne in Ihren einzelnen Arbeitsbereichen mit. Die Entwürfe für diese Pläne sollen dazu rechtzeitig ausgehängt werden. Denn Sie können aus der Nähe am besten beurteilen, ob Ihre Wünsche darin richtig umgesetzt werden und niemand überlastet wird. Wenn Sie Probleme sehen, benachrichtigen Sie uns bitte darüber zeitnah; wir wollen dann Änderungen erreichen. Wo keine Probleme bekannt werden, werden wir auf die zeitnahe Anordnung der Pläne drängen.«