

15. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. am 11. Oktober 2013

Erfreulicherweise konnte - wenn auch mit einigen Terminkollisionen - die 15. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe wiederum in den Räumen der Industrie- und Handelskammer zu Bielefeld am 11. Oktober 2013 stattfinden. Referenten waren Herr Vorsitzender Richter am LAG Hamm *Peter Schmidt* und Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht *Dr. Henning Seel*. *Schmidt* referierte zum Thema „Arbeitszeiten“ und *Seel* zur Problematik „Mitbestimmung des Betriebsrats im Entleiherbetrieb bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern“.

Wenn auch aufgrund eines Organisationsproblems dieses Jahr nicht so viele Interessenten an der Veranstaltung teilnehmen konnten, so waren die Themen jedoch sehr spannend, wie die einzelnen Diskussionen zeigten. Schlussendlich mussten sogar Wortmeldungen zurückgewiesen werden, weil wir die Räumlichkeiten der Industrie- und Handelskammer verlassen mussten, damit auch der Wachdienst schließen konnte.

A. Thema: Arbeitszeiten

1. Vertragliche und kollektivrechtliche Grundlagen zu Umfang und Lage der Arbeitszeit

- a. Grundlagen zum Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit
- b. Die Lage der regelmäßigen Arbeitszeit

2. Mitbestimmung des Betriebsrates zur Lage der Arbeitszeit und bei vorübergehender Veränderung der Dauer

- a. Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG
- b. Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs.1 Nr. 2 BetrVG zur Verteilung der regelmäßigen Arbeitszeit
- c. Mitbestimmung bei der vorübergehenden Veränderung der Dauer

Vertragliche und kollektivrechtliche Grundlagen zu Umfang und Lage der Arbeitszeit

Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit

1. Der **Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit** richtet sich grundsätzlich nach der einzelvertraglichen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Fehlt eine solche ausdrückliche Vereinbarung, wird *stillschweigend* die *regelmäßige betriebsübliche* Arbeitszeit oder die tarifvertragliche Arbeitszeit in Ermangelung einer solchen als vereinbart anzusehen sein.

Dazu: Urteil des BAG vom 15.05.2013, 5 AZR 325/12

- Ist in einem Arbeitsvertrag die Dauer der Arbeitszeit nicht ausdrücklich geregelt, so gilt die betriebsübliche Arbeitszeit als vereinbart.

Damit wird bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung zum Umfang der Arbeitszeit regelmäßig nicht die arbeitszeitrechtlich höchstzulässige Arbeitszeit Vertragsinhalt. Soweit dabei die betriebsübliche Arbeitszeit Inhalt des Arbeitsvertrags geworden ist, handelt es sich bei unterschiedlichen Arbeitszeiten in verschiedenen Abteilungen/Bereichen regelmäßig um diejenige, in der der Arbeitnehmer bei Aufnahme seiner Tätigkeit eingesetzt wird. Bei der „betriebsüblichen“ Arbeitszeit wird es sich in der Regel um diejenige handeln, die zur Zeit der Arbeitsaufnahme maßgeblich ist: Inhalt des Vertrags wird daher nicht die jeweilige betriebsübliche Arbeitszeit.

Auch im Rahmen der Vereinbarung zum Umfang der Arbeitszeit sind die Anforderungen der §§ 305 ff. BGB zu beachten, soweit es sich um eine Abrede handelt, die unter die Kontrolle der genannten Bestimmungen fällt.

Zu beachten ist insbesondere das Erfordernis des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach eine unangemessene Benachteiligung des Klauselgegners, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt, auch dann vorliegt, wenn sie nicht ausreichend klar und verständlich ist

Zum Inhalt vertraglicher Vereinbarungen zur Arbeitszeit nachfolgend einige Entscheidungen, die insbesondere auch das Erfordernis ausreichend bestimmter Vereinbarungen bei Formularverträgen oder vorformulierten Vertragsbedingungen widerspiegeln:

Vertragsklauseln zum Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit

BAG 9. Juli 2008 - 5 AZR 810/07 -

- eine Vereinbarung in einem vorformulierten Arbeitsvertrag, nach der der Umfang der Arbeitspflicht *völlig offen* ist (hier: „ *Die Arbeitszeit richtet sich nach den für die Arbeitgeberin maßgeblichen Erfordernissen*“), ist nach **§ 307 Abs.1 Satz 1 BGB** unwirksam

BAG 21. Juni 2011 - 9 AZR 236/10 -

- Die Klausel in einem Formulararbeitsvertrag „Der Angestellte ist verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten“ ist *nicht hinreichend klar und verständlich*, weil der Zeitraum, der für die Ermittlung des Durchschnitts maßgeblich ist, nicht festgelegt ist
- Die Intransparenz hat die *Unwirksamkeit der gesamten Klausel* nach § 306 Abs. 1 BGB zur Folge (Rechtsfolge: Vollzeitarbeitsverhältnis unter Rückgriff auf das maßgebliche Tarifrecht, soweit vorhanden)
- Der Einsatz eines Arbeitnehmers, auch über einen längeren Zeitraum, mit einer bestimmten Arbeitszeit (über die dann maßgebliche regelmäßige Arbeitszeit) ist allein nicht geeignet, eine *einvernehmliche Vertragsänderung* (einer höheren regelmäßigen Arbeitszeit) zu begründen.

LAG Hamm 18. April 2013 - 8 Sa 1649/12 -

- Eine Klausel mit dem Inhalt „Die Arbeitszeit ist dem Arbeitnehmer bekannt“ ist auch dann intransparent, wenn der Arbeitnehmer schon vorbeschäftigt war, seine Arbeitszeit aber Schwankungen unterworfen war

Als ausreichend klar sind dagegen nachfolgende Vereinbarungen angesehen worden:

Urteil des BAG vom 23.03.2011, 10 AZR 831/09

- Eine arbeitsvertragliche Klausel „...Vollzeitstelle mit zur Zeit 38,5 Wochenstunden gemäß Tarifvertrag“ ist eine zeitdynamische Bezugnahme auf die Arbeitszeitregelungen des genannten Tarifvertrages

Urteil des BAG vom 18.04.2012, 5 AZR 195/11

- Vereinbaren die Parteien, es sei die Arbeitszeit geschuldet, die arbeitszeitrechtlich erlaubt sei, wird damit zeitdynamisch *das jeweils geltende Arbeitszeitrecht* für den Umfang der Arbeitspflicht bestimmt
- Bei Kraftfahrern im Straßentransport gilt danach, dass die nach **§ 21a ArbZG** geregelte Arbeitszeit in Bezug genommen worden ist
- Vergütungspflichtige Überstunden sind daher erst dann gegeben, wenn der *dort genannte Arbeitszeitrahmen überschritten* wird, eine kalendertägliche Betrachtung der Arbeitszeit ist daher nicht gegeben

2. Findet allerdings ein Tarifvertrag mit zwingender Wirkung auf ein Arbeitsverhältnis Anwendung, sind die dort genannten Obergrenzen für die regelmäßige Arbeitszeit zu beachten.

Die Vereinbarung einer höheren regelmäßigen Arbeitszeit als der tarifvertraglich fest-gelegten ist in einem solchen Fall regelmäßig unwirksam, soweit nicht der Tarifvertrag selbst abweichende einzelvertragliche Vereinbarungen zulässt.

Denn die Rechtsnormen des Tarifvertrages, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen, gelten nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen. Abweichende Abmachungen sind nach § 4 Abs. 3 TVG nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zu Gunsten des Arbeitnehmers enthalten. Die zwingende Wirkung des Tarifvertrages schließt dabei nicht nur den in § 4 Abs. 4 TVG ausdrücklich erwähnten Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte, sondern jegliches Umgehungsgeschäft aus.

Auffassungen, die eine Vereinbarung einer höheren als der tariflichen regelmäßigen Arbeitszeit unter dem Aspekt des Günstigkeitsprinzips für zulässig halten, sind daher abzulehnen.

3.

Hingegen lässt sich die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit in der Regel nicht durch

Betriebsvereinbarung

regeln, da § 77 Abs. 3 BetrVG einer solchen Möglichkeit entgegensteht.

Liegt eine solche Betriebsvereinbarung vor, die nachträglich durch die Tarifvertragsparteien genehmigt worden ist, kann darin allerdings die Vereinbarung einer Tariföffnungsklausel entsprechend § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG gesehen werden.

4.

Eine *einseitige Abänderung des Umfangs der regelmäßigen Arbeitszeit* ist grundsätzlich durch das in § 106 GewO genannte arbeitgeberseitige Direktionsrecht nicht gedeckt. Das allgemeine Weisungsrecht des Arbeitgebers hat stets nur eine Konkretisierungsfunktion hinsichtlich der im Arbeitsvertrag enthaltenen Rahmenarbeitsbedingungen. Der Umfang der beiderseitigen Hauptleistungspflichten (Vergütungs- und Arbeitspflicht) unterliegt nicht dem allgemeinen Weisungsrecht des Arbeitgebers. Die Regelung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten gehört zum Kernbereich des Arbeitsverhältnisses mit der Folge, dass diese Arbeitsbedingungen lediglich durch Gesetz, Kollektiv- oder Einzelarbeitsvertrag gestaltbar sind. Erhält der Arbeitnehmer eine an den Umfang der Arbeitszeit anknüpfende Vergütung, so wirken sich quantitative Veränderungen der Arbeitszeit unmittelbar auf den Umfang der beiderseitigen Hauptleistungspflichten (Vergütungs- und Arbeitspflicht) aus.

Dies wird selbst dann gelten, wenn sich der Arbeitgeber durch eine sog. „direktionsrechtserweiternde Klausel“ im Arbeitsvertrag die einseitige Abänderung vorbehalten hat.

Dies ist in der Rechtsprechung eindeutig klargestellt:

Urteil des BAG vom 23.06.2009, 2 AZR 606/08

- das Weisungsrecht erfasst
 - Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung
 - sowie die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb
- es betrifft danach die *Konkretisierung der Hauptleistungspflichten* und eine sich nach den jeweiligen Umständen ergebende *Vielzahl von Pflichten, die erforderlich sind, um den Austausch der Hauptleistungen* sinnvoll zu ermöglichen
- es erfasst *nicht die Höhe des Entgelts und den Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung*

Tarifvertragsparteien haben demgegenüber in den auch ihnen vorgegebenen verfassungsrechtlichen Grenzen die Möglichkeit, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Zusammenhang mit der Regelung des Umfangs der Arbeitsleistung –auch zu Lasten des Arbeitnehmers - abzuändern:

Urteil des BAG vom 13.10.2011, 8 AZR 514/10

- ein Eingriff in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch Tarifvertrag (hier: Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit ohne Entgeltausgleich) entzieht dem Arbeitnehmer dann keinen

verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz, wenn im tariflichen Gesamtzusammenhang dafür *Vorteile gewährt* werden (hier: Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen)

5.

Immer aber sind die Bestimmungen und Höchstgrenzen aus dem **ArbZG** zu beachten.

Dabei erhalten im Wesentlichen hinsichtlich des Umfangs und der Lage der Arbeitszeit die Bestimmungen des

- **§ 3**, wonach die werktägliche Arbeitszeit 8 Stunden regelmäßig nicht überschreiten darf, eine Verlängerung aber möglich ist, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder 24 Wochen *im Durchschnitt* 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden, wobei Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nach § 7 Absatz 1 Nr. 1 nochmals weitergehende Möglichkeiten zulassen, die Höchstarbeitszeit ohne besondere Zulassung über § 7 täglich aber 10 Stunden täglich nicht überschreiten darf
- **§ 4**, der eine Mindestdauer von im Voraus feststehenden Ruhepausen festlegt,
- **§ 5** über die Festlegung einer mindestens einzuhaltenden Ruhezeit nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit (mit Ausnahmen), wobei Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen auch hier nach § 7 Absatz 1 Nr. 3 Möglichkeiten zur Verkürzung zulassen,

Bedeutung.

Zum Merkmal einer Pause sind dabei nachfolgende Entscheidungen zu berücksichtigen:

Urteil des BAG vom 16.12.2009, 5 AZR 157/09

- **§ 4 Satz 1 ArbZG** regelt die Mindestdauer gesetzlicher Ruhepausen.
- Der Arbeitgeber kann unter Beachtung von § 106 GewO *längere Ruhepausen* anordnen (bei Betrieben mit Betriebsrat unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs.1 Nr. 2 BetrVG)
- *Bereitschaftsdienst* ist Arbeitszeit i.S.v. § 2 Abs. 1 ArbZG und als solche bei der Bestimmung der Mindestdauer gesetzlicher Ruhepausen nach § 4 Satz 1 ArbZG zu berücksichtigen.

Urteil des BAG vom 13.10.2009, 9 AZR 139/08

- Bei Ruhepausen i.S.v. § 4 ArbZG muss es sich um *im Voraus festliegende* Unterbrechungen der Arbeitszeit handeln, in denen der Arbeitnehmer weder Arbeit zu leisten noch sich dafür bereitzuhalten hat.
- Entscheidendes Merkmal der Ruhepause ist, dass der Arbeitnehmer *von jeder Arbeitsverpflichtung und auch von jeder Verpflichtung, sich zur Arbeit bereitzuhalten, freigestellt ist*.

Urteil des LAG Köln vom 03.08.2012, 5 Sa 252/12

- Die Weisung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, in Pause zu gehen, muss den Vorgaben des **§ 106 GewO** genügen.
- Sie ist daher daran zu messen, ob sie mit dem Arbeitsvertrag, den Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages und gesetzlichen Normen vereinbar ist.
- Dem Erfordernis der Festlegung »im Voraus« genügt es, *wenn zu Beginn der Pause deren zeitliche Dauer festgelegt wird*.
Nicht erforderlich ist, dass die zeitliche Lage der Ruhepause *bereits vor Beginn der tatsächlichen Arbeitszeit* bestimmt worden ist.

6.

Als Arbeitszeit im arbeitszeitschutzrechtlichen Sinn gilt dabei gemäß § 2 Abs. 1 ArbZG die Zeit vom *Beginn bis zum Ende* der Arbeit ohne die Ruhepausen

Das Vorliegen von Arbeitszeit im Sinne des ArbZG bedeutet nicht automatisch, dass dann auch eine *vergütungspflichtige* Arbeitszeit im arbeitsvertragsrechtlichen Sinne gegeben ist.

§ 611 Abs. 1 BGB knüpft an den Begriff „Leistung der versprochenen Dienste“ an und ist damit unabhängig von der arbeitszeitrechtlichen Einordnung der Zeitspanne, während derer der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung erbringt (so BAG 20.04.2011, 5 AZR 200/10).

Gleiches gilt bei Vorliegen mitbestimmungspflichtiger Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

Die Zeit *zum Erreichen des Arbeitsplatzes* gilt danach im Sinne des ArbZG nicht als Arbeitszeit, was im Übrigen regelmäßig auch für die Frage der Vergütungspflicht gilt, soweit nicht tarifliche Besonderheiten bestehen.

Für Wegezeiten von Außendienstlern gilt jedoch:

Urteil des BAG vom 22.04.2009, 5 AZR 292/08

- Wegezeiten von der Wohnung zur Arbeitsstelle sind allein Sache des Arbeitnehmers
- Fahrten eines Außendienstlers *zum ersten Kunden und vom letzten Kunden* zurück gehören als Reisetätigkeit zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten und ist damit Arbeitszeit

Zu achten ist allerdings auf eine Rechtsprechung, die eine Rufbereitschaft grundsätzlich als zu vergütende Arbeitszeit ansieht, wenn dies auch nicht in der Höhe zu erfolgen hat wie für Zeiten der Ausübung tatsächlicher Arbeitsleistung.

Nicht generell beantworten lässt sich auch die Frage, inwieweit Umkleiden und ggfs Waschen zur Arbeitszeit gehört.

Auszugehen ist von der Überlegung, dass der Arbeitnehmer während des Umkleidens regelmäßig die von ihm geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt (so BAG 22.03.1995, 5 AZR 934/93).

Nur ausnahmsweise kann bei Tätigkeiten das Umkleiden zum Inhalt der Arbeitsleistung gehören; dann gehört es auch zur Arbeitszeit.

So ist bei der Anordnung, unentgeltlich gestellte Dienstkleidung, in einem eigens dafür eingerichteten Umkleideraum zu wechseln und während des Dienstes zu tragen, sie aber nicht mit nach Hause zu nehmen, angenommen worden, damit habe der Arbeitgeber die Arbeit so organisiert, dass das Umkleiden als arbeitsvertragliche Verpflichtung anzusehen sei (BAG 28.07.1994, 6 AZR 220/94).

Zeiten für das An- und Ablegen von Sicherheitsbekleidung sind zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit gerechnet worden (LAG Baden-Württemberg 12.02.1987; BAG 11. 10.2000,5 AZR 122/99)), die Zeit des Umkleidens beim Flugpersonal hingegen nicht (LAG Berlin, 16.06.1986, 9 TaBV3/86), ebenso bei einem Koch nicht (22.03.1995, 5 AZR 934/93).

Bei der Beantwortung der Frage geht die Rechtsprechung von der Definition des Begriffs der „Arbeit“ aus: Arbeit sei jede Tätigkeit, die der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient (BAG 11. 10.2000,5 AZR 122/99)

Das Ankleiden mit vorgeschriebener Dienstkleidung etwa, die zu Hause angelegt und, weil sie nicht besonders auffällig sei, auch auf dem Weg zur Arbeitsstätte getragen werden könne, sei nicht lediglich fremdnützig. Die dafür aufgewendete Zeit sei regelmäßig keine Arbeitszeit.

Das An- und Ausziehen der Firmenkleidung, die nach einer (Gesamt) Betriebsvereinbarung zu tragen war, ist als Arbeitszeit im Sinne dieses Mitbestimmungstatbestands § 87 Abs. 1 Nr.1 BetrVG angesehen worden (BAG vom 10.11.2009,1 ABR 54/08).

Zur Arbeit gehört im Ergebnis auch das Umkleiden für die Arbeit zumindest dann, wenn der Arbeitgeber das Tragen einer bestimmten Kleidung vorschreibt und das Umkleiden im Betrieb erfolgen muss (BAG, 19.09.2012, 5 AZR 678/11).

Offen bleibt die Frage derzeit für Fallgestaltungen, dass der Arbeitnehmer beispielsweise Tätigkeiten verrichtet, die mit nicht unerheblicher Verschmutzung von Körper und Kleidung verbunden sind, ihm dabei nicht zuzumuten ist, in ungereinigtem Zustand oder unumgezogen den Weg von der Arbeit zurückzulegen.

7.

Der Umfang der Arbeitszeit kann unterschiedlich an Verteilungszeiträume angeknüpft werden, soweit nicht zwingende Bestimmungen eines Tarifvertrages entgegenstehen.

So kann eine *regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit* vereinbart werden, die dann auch innerhalb einer Kalenderwoche einzuhalten ist.

Ebenso können aber auch Regelungen getroffen werden, bei denen ein größerer Verteilzeitraum (Monat, Quartal oder gar Jahr) gewählt wird und die vereinbarte feste Dauer der Arbeitszeit erst innerhalb dieser Zeit bei möglicher ungleicher Verteilung erreicht werden muss.

Liegt die

Dauer der Arbeitszeit für einen bestimmten Bezugszeitraum

fest, ist es auch unbedenklich, dass die genaue Lage der Arbeitszeit - unter Einhaltung von Mindestarbeitszeiten am Tag und von Ankündigungsfristen - *nach Bedarf* durch den Arbeitgeber festgelegt werden kann (kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit). Bei dieser Fallgestaltung wird mit dem Arbeitnehmer ein bestimmtes Arbeitsdeputat fest vereinbart, die im Bezugszeitraum zu leistende Arbeitszeit wird im Voraus einvernehmlich festgesetzt. Dem Arbeitgeber wird lediglich das Recht eingeräumt, innerhalb dieses Zeitraums die Arbeitsleistung nach Bedarf abzurufen

Gerade bei solchen Fallgestaltungen, bei denen die Arbeitszeit ungleich verteilt wird und regelmäßig über ein Arbeitszeitkonto erfasst wird, ist zur Verrechnungsmöglichkeit auf das Erfordernis einer Regelung hinzuweisen:

Urteil des BAG vom 21.03.2012, 5 AZR 676/11

- Eine Verrechnung von Zeitguthaben auf einem Arbeitszeitkonto mit Minusstunden kommt nur in Betracht, wenn die der Führung des Arbeitszeitkontos zu Grunde liegende Vereinbarung dies ermöglicht

8.

Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, über die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit hinaus **Überstunden** zu leisten, besteht grundsätzlich nur dann, wenn

- eine solche Verpflichtung *vertraglich im Arbeitsvertrag vorgesehen* ist
- ein auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findender *Tarifvertrag eine solche vorsieht*
- oder eine *Betriebsvereinbarung* eine solche Verpflichtung schafft

Ansonsten besteht ein Verpflichtungsgrund lediglich in dem selten anzutreffenden *Notfall* im Sinne des **§ 14 ArbZG**.

Bedenklich erscheint die Annahme, eine Verpflichtung ergebe sich aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung, nur weil der Arbeitnehmer in der Vergangenheit widerspruchlos Überstundenanordnungen (ohne einen sonstigen Verpflichtungsgrund) gefolgt ist.

Sehen der Arbeitsvertrag (sofern kein Verstoß zu Lasten des Arbeitnehmers gegen tarifliche Bestimmungen vorliegt) oder ein auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findender Tarifvertrag Regularien zur Überstundenvergütung vor, sind diese maßgeblich.

Hinsichtlich der ausreichenden Bestimmtheit einer formularmäßigen Überstundenregelung ist noch auf folgende Entscheidung hinzuweisen:

Überstundenerfordernis bei „betrieblichem Erfordernis“

Urteil des BAG vom 22.02.2012, 5 AZR 765/10

- Eine Klausel, wonach der Arbeitnehmer bei „betrieblichem Erfordernis“ zu Überstunden verpflichtet ist, umschreibt schon die *Voraussetzungen*, unter denen Überstunden zu leisten sind, nur vage

Mit der Ausübung von Überstunden ist nicht notwendig auch eine Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers verbunden, wenngleich diese häufig eintritt:

Auch wenn im Arbeitsvertrag zur Bezahlung von Überstunden keine ausdrückliche Regelung enthalten ist und ein Tarifvertrag keine Anwendung findet, ergibt sich eine Zahlungsverpflichtung in Höhe zumindest der Grundvergütung regelmäßig aus **§ 612 Absätze 1, 2 BGB**.

In diesem Fall ergibt sich häufig in Folge Üblichkeit ein Anspruch auch auf prozentuale Zuschläge.

Dazu :

Urteil des BAG vom 22.02.2012, 5 AZR 765/10

- Es gibt *keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz*, dass jede Mehrarbeitszeit zu vergüten ist.
- Eine Vergütungserwartung entsprechend **§ 612 Abs.1 BGB** ist stets anhand eines *objektiven Maßstabs* unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen. Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich *Tarifverträge für vergleichbare Arbeiten* eine Überstundenvergütung vorsehen, so dass eine solche Erwartung in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein wird.
- Sie fehlt, wenn arbeitszeitbezogene und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistungen *zeitlich verschränkt* sind, wenn *Dienste höherer Art* geschuldet sind oder eine *deutlich herausgehobene Vergütung* gezahlt wird, wovon regelmäßig auszugehen ist, wenn das Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzliche Rentenversicherung überschreitet

Der Rechtsprechung lagen im Übrigen diverse Verfahren zur Zahlungspflicht bei Überstunden vor, wenn diese auf Grund vertraglicher Abreden als mit dem vereinbarten Entgelt abgegolten sein sollten.

Die Rechtsprechung erlaubt zwar grundsätzlich eine Abrede, dass Überstunden
mit der gezahlten Vergütung abgegolten

sind, stellt aber bei Formulararbeitsverträgen und vorformulierten Arbeitsbedingungen strenge Anforderungen an die ausreichende Bestimmtheit nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Siehe hierzu beispielsweise:

Urteil des BAG vom 17.08.2011, 5 AZR 406/10

- Eine AGB-Klausel, wonach „durch die zu zahlende Bruttovergütung eine etwaig notwendige Über- oder Mehrarbeit abgegolten“ ist, ist *mangels hinreichender Transparenz* nach **§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB** unwirksam
- Eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich daraus selbst ergibt, *welche Arbeitsleistungen in welchem Umfang* von ihr erfasst sein sollen

Urteil des BAG vom 16.05.2012, 5 AZR 347/11

- Eine Klausel, die eine pauschale Vergütung von Überstunden regelt, ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, *welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang* erfasst sein sollen

Vereinbarung zur Pauschalabgeltung von Reisezeiten

Urteil des BAG vom 20.04.2011, 5 AZR 200/10

- Eine Klausel, nach der „Reisezeiten, die außerhalb der normalen Arbeitszeit anfallen, mit dem Gehalt abgegolten sind“ (hier: Zeiten eines Kraftfahrers als Beifahrer), ist mangels hinreichender Transparenz nach **§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB** unwirksam
- Eine solche Klausel ist nur hinreichend klar und verständlich, wenn sich aus der vertraglichen Regelung selbst ergibt, *welche „Reisetätigkeit“ in welchem Umfang* erfasst werden soll

Die Arbeitsvertragsparteien können auch, sofern nicht eine zwingende tarifliche Regelung entgegensteht, vereinbaren, dass die Abgeltung der Überstunden statt in Geld

durch Freizeitausgleich

erfolgt.

Eine solche Ersetzungsbefugnis wird dem Arbeitgeber allerdings einseitig ohne entsprechende vertragliche Abrede oder tariflicher Bestimmung nicht zustehen.

Lage der Arbeitszeit

1.

Die **Lage der Arbeitszeit** richtet sich grundsätzlich auch nach der Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder einer Regelung eines auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findenden Tarifvertrages.

Im Rahmen der vertraglichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung ist der Arbeitgeber (vorbehaltlich der Mitbestimmung in Betrieben mit Betriebsrat) kraft seines Weisungsrechtes berechtigt, die Lage der Arbeitszeit zu konkretisieren und festzulegen.

Eine Festlegung der Lage der Arbeitszeit kommt daher nur dann durch Weisungsrecht nicht in Betracht, wenn die Lage der Arbeitszeit vertraglich vereinbart ist (BAG 17.07.2007, 9 AZR 819/06).

Die grundsätzlichen Regularien hierzu finden sich beispielsweise im:

Urteil des BAG vom 15.09.2009, 9 AZR 757/08

- der Arbeitgeber bestimmt durch Weisung kraft seines Direktionsrechts aus **§ 106 Satz 1 GewO** die Verteilung der Arbeitszeit, soweit diese nicht gesetzlich, kollektivrechtlich oder einzelvertraglich geregelt ist
- Unter der Voraussetzung der Zulässigkeit nach den Bestimmungen des ArbZG ist der Arbeitnehmer daher grundsätzlich auch verpflichtet, auf Weisung des Arbeitgebers *sonn- und feiertags* zu arbeiten, wenn das Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht vertraglich beschränkt ist.
- Regelmäßig werden im Arbeitsvertrag nur die Arbeitszeiten beschrieben, die bei Vertragsschluss im Betrieb gelten. Der Arbeitgeber darf die Arbeitszeitverteilung jedoch *durch Weisung ändern*.
- Soll das Weisungsrecht des Arbeitgebers für die Arbeitszeitverteilung *eingeschränkt* werden, müssen hierfür *besondere Anhaltspunkte* bestehen. Das gilt auch für den Ausschluss von Sonn- und Feiertagsarbeit
- Eine Konkretisierung auf eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit auf einzelne Wochentage tritt nicht allein dadurch ein, dass der Arbeitnehmer *längere Zeit in derselben Weise* eingesetzt wurde, Es müssen *besondere Umstände* zum reinen Zeitablauf hinzutreten, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer nur noch verpflichtet sein soll, seine Arbeit unverändert zu erbringen (hier: ohne Sonn- und Feiertagsarbeit)
- Die Zuweisung von Sonn- und Feiertagsarbeit muss einer Ausübungskontrolle auf billiges Ermessen i.S.v. **§ 106 Satz 1 GewO i.V.m. § 315 BGB** standhalten. Dabei sind berechnigte Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

2.

Dabei steht es den Vertragsparteien grundsätzlich frei, wie eng oder flexibel sie die Lage der Arbeitszeit fixieren wollen, sofern keine tarifvertraglichen Bestimmungen entgegenstehen.

So können sie z. B.

- lediglich die regelmäßige Wochenarbeitszeit festlegen
- die Verteilung der Arbeitszeit auf bestimmte Tage oder eine bestimmte Anzahl von Tagen festlegen
- die tägliche Arbeitszeit festlegen
- oder im Extremfall sogar auch die genaue Lage der Arbeitszeit für die jeweiligen Arbeitstage festschreiben.

3.

Hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit spielt aber der Mitbestimmungsstatbestand des **§ 87 Abs.1 Nr. 2 BetrVG** eine besondere Rolle.

Regelungen einer Betriebsvereinbarung über die Verteilung der regelmäßigen Arbeitszeit wirken gemäß § 77 Absatz 4 Satz 1 BetrVG zwingend auf die Arbeitsverhältnisse ein.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass arbeitsvertragliche Regelungen auch ohne ausdrückliche Erwähnung insoweit „betriebsvereinbarungsoffen“ sind; dies bedeutet, dass ein Arbeitnehmer in der Regel mangels anderweitiger Abrede nicht darauf vertrauen kann, eine einmal vereinbarte Lage der Arbeitszeit bleibe während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses unverändert und unterliege keinen Wandlungen.

So beispielsweise BAG 23.06.1992, 1 AZR 57/92:

- Die Vereinbarung einer Arbeitszeit hat nicht zum Inhalt, dass die so vereinbarten Zeiten Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden, dass sie nur durch eine Änderung des Arbeitsvertrages, ggfs. per Änderungskündigung geändert werden können
- Inhalt einer solchen Abrede ist lediglich, dass die vereinbarte Arbeitsleistung zu den jeweils wirksam bestimmten betrieblichen Arbeitszeiten zu erbringen ist

Um Unklarheiten vorzubeugen, kann jedoch in einem Arbeitsvertrag aufgenommen werden, dass die entsprechenden Bestimmungen durch nachfolgende Betriebsvereinbarungen geändert werden können. Lediglich dann, wenn sich aus einer ausdrücklichen Regelung oder aus besonderen Umständen entnehmen lässt, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung - meist aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers - *als günstigere Regelung immer vorgehen soll* (und daher auch nicht durch nachfolgende Betriebsvereinbarung abgeändert werden kann), ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, sich an die Regelung der Betriebsvereinbarung zu halten.

Dies gilt beispielsweise auch für die Einführung mehrschichtiger Arbeitsweise, wenn zur Zeit des Abschlusses des Arbeitsvertrages betrieblich lediglich einschichtig gearbeitet wurde und hieran die Vereinbarungen über die Lage der Arbeitszeit anknüpfen.

Mitbestimmung des Betriebsrates aus § 87 BetrVG

Gesetzes- und Tarifvorbehalt des § 87 Absatz 1 BetrVG

Für die Bereiche der gleichberechtigten Mitbestimmung des Betriebsrates in Fragen der Arbeitszeit spielen der **Gesetzes- und der Tarifvorbehalt** häufig eine Rolle.

Nach dem **Eingangssatz des § 87 Abs.1 BetrVG** besteht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht, soweit eine

- *gesetzliche* Regelung
- oder eine *tarifliche* Regelung

besteht.

Zwingende **gesetzliche Bestimmungen** über die Arbeitszeit, insbesondere aus dem ArbZG schließen daher das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, soweit sie reichen, aus.

Ein **Tarifvorbehalt** ist dann gegeben, wenn:

- die tarifliche Regelung die Angelegenheit *abschließend und zwingend* regelt und nicht nur ergänzungsbedürftige Rahmenvorschriften schafft,
- der *Arbeitgeber tarifgebunden* ist und bei (unterstellter) Tarifbindung auch für den Arbeitnehmer die Tarifregelung *unmittelbar und zwingend* wirken würde.

Befindet sich ein Tarifvertrag dabei im Stadium der Nachwirkung, ist ein Ausschluss des Mitbestimmungsrechtes nicht gegeben.

§ 77 Abs. 3 BetrVG steht demgegenüber einer Betriebsvereinbarung über die Lage der Arbeitszeit nicht entgegen. Denn bei Materien, die der zwingenden Mitbestimmung aus § 87 BetrVG unterliegen, ist eine Regelung auch bei Vorliegen einer Tarifüblichkeit nicht ausgeschlossen.

Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Lage der regelmäßigen Arbeitszeit

1.

Nach

§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

unterliegt die Festlegung von

- *Beginn und Ende* der täglichen Arbeitszeit einschließlich *Pausen*

- und *Verteilung* der Arbeitszeit auf die einzelnen *Wochentage* der Mitbestimmung des Betriebsrates

Ausgehend davon erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht erst einmal auf die immer bei der Verteilung der regelmäßigen Arbeitszeit anfallenden Regelungsgegenstände, wie:

- Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit
- Verteilung der regelmäßigen Arbeitszeit auf die Wochentage (auf welche Tage, gleichmäßig oder ungleichmäßig?)
- Lage und Dauer der Pausen (unter Beachtung der gesetzlichen Mindestgrenzen)
- Lage von Brückentagen, arbeitsfreien Tagen
- Schichtregelungen,

nicht hingegen auf die *Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit*.

Zum Überblick über den grundsätzlichen Umfang des Mitbestimmungsrechts mögen die nachfolgenden Entscheidungen beitragen:

Zum Begriff der Arbeitszeit:

Beschluss des BAG vom 15.04.2008, 1 ABR 44/07

- Arbeitszeit i.S. des § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG ist die Zeit, während der der Arbeitnehmer die von ihm geschuldete vertragliche Tätigkeit erbringen soll
- der Begriff ist *nicht auf die Hauptleistungspflicht* aus dem Arbeitsverhältnis *beschränkt*, so dass auch die vom Arbeitgeber angeordnete Teilnahme an einer Schulungs- und Fortbildungsmaßnahme „Arbeitszeit“ ist
- für den Begriff der Arbeitszeit i.S. des § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG ist es unerheblich, ob es sich *arbeitschutzrechtlich oder vergütungsrechtlich* um Arbeitszeit handelt

Zum Erfordernis des kollektiven Bezuges:

Beschluss des LAG Hamm vom 22.06.2012, 13 TaBV 16/12

- Ein Mitbestimmungsrecht nach **§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG** besteht auch bei Änderung der Lage der Arbeitszeit für die *einzig im Betrieb tätige* Reinigungskraft

Zum Umfang des Mitbestimmungstatbestandes bei Pausen:

Beschluss des BAG vom 07.02.2012, 1 ABR 77/10

- Ein Arbeitgeber verletzt seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten, wenn er Arbeit während der mit einem Betriebsrat in einem Dienstplan vereinbarten Pausen anordnet oder duldend entgegennimmt.

Große Bedeutung hat der Umfang des Mitbestimmungstatbestandes aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG insbesondere bei betrieblichen Regelungen zur Schichtarbeit und zur flexiblen Arbeitszeit. Dieser Umfang soll näher beleuchtet werden.

2.

Umfang des Mitbestimmungstatbestandes bei Schichtarbeit

Der grundsätzliche Umfang für diesen Bereich ergibt sich zuletzt aus dem **Beschluss des BAG vom 19.06.2012, 1 ABR 19/11**

- Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfasst
 1. die Frage, ob im Betrieb in mehreren Schichten gearbeitet werden soll
 2. die Festlegung der zeitlichen Lage der einzelnen Schichten
 3. die Abgrenzung des Personenkreises, der Schichtarbeit zu leisten hat
 4. den Schichtplan
 5. dessen nähere Ausgestaltung bis hin zur Zuordnung der Arbeitnehmer zu den einzelnen Schichten.

Die Entscheidung enthält im Übrigen eine Aussage zur regelmäßigen Zuständigkeit des örtlichen Betriebsrates bei mehreren Betrieben eines Unternehmens:

- In Unternehmen mit mehreren Betrieben sind im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG *regelmäßig die Einzelbetriebsräte* zuständig.
Anders kann dies sein, wenn eine Dienstleistung vom Arbeitgeber in mehreren Betrieben erbracht wird und die Arbeitsabläufe technisch-organisatorisch miteinander verknüpft sind.

Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich danach u.a. auf:

- die Einführung eines Schichtsystems
- die Art des Schichtsystems (Zweischicht / Dreischicht)
- Zeitliche Lage der Schichten
- Verteilung der Schichten auf bestimmte Tage
- Art des Einsatzes der Arbeitnehmer (wechselweiser Einsatz, Zuordnung zu nur einer Schicht), Zuordnung zu den Schichten
- Abgrenzung des Personenkreises der Schichtarbeit
(siehe zu diesen genannten Punkten z.B. BAG vom 28.05.2002, 1 ABR 40/01; BAG vom 29. September 2004, 5 AZR 559/03)
- Rhythmus von Einsatzwechseln
- Vertretungsregelungen
- Tausch von Schichten unter Arbeitnehmern
- Erstellung von Schichtplänen nach Inhalt, zeitlichem Vorlauf und Vorlage an den Betriebsrat
- Abweichen von Schichtplänen
(dazu z.B. BAG 29.09.2004, 5 AZR 559/03)
- Regelungen über Verfahrensweisen bei Nichtzustimmung des Betriebsrates zu Schichtplänen (in der Regel von Wichtigkeit, da auch die einzelnen Schichtpläne der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegen, soweit nicht in einer Betriebsvereinbarung dem Arbeitgeber die Zuteilung der Arbeitnehmer zu Schichten überlassen worden ist)
- Ankündigungsfristen gegenüber den Arbeitnehmern

Bei der Aufstellung von Schichtplänen sind Arbeitgeber und Betriebsrat grundsätzlich frei in der Entscheidung, ob sie sich im Sinne einer Rahmenregelung auf eine Festlegung von Grundsätzen der Schichtplanung beschränken wollen, oder ob sie jeden einzelnen Schichtplan selbst aufstellen wollen:

Wenn sie lediglich Kriterien und Grundsätze aufstellen, soll es grundsätzlich unbedenklich sein, die Aufstellung von Einzelschichtplänen nach diesen Vorgaben dem Arbeitgeber zu überlassen (so z.B. BAG vom 28.05.2002, 1 ABR 40/01)

In der Praxis spielt im Hinblick darauf, dass grundsätzlich nicht nur die Aufstellung eines Schichtplans, sondern auch jede Änderung des Schichtplans der Zustimmung des Betriebsrates bedarf, eine besondere Rolle, wie im Falle der Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat zu verfahren ist:

Denn nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der Betriebsrat auch darüber mitzubestimmen, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise von bereits aufgestellten Schichtplänen abgewichen werden kann (BAG 08.08.1989, 1 ABR 59/88).

Eine Möglichkeit besteht darin, im Rahmen der Betriebsvereinbarung für den Streitfall eine Einigungsstelle bereits nach Zahl der Beisitzer und Person des Vorsitzenden festzulegen, ggfs. hierzu auch Regelungen zur zeitlichen Abfolge der Einberufung und Sitzung festzulegen.

Die Einrichtung einer solchen, oft als „Feuerwehreinstellung“ bezeichneten Einigungsstelle wird aber wohl nur im Rahmen einer einverständlichen Regelung in Betracht kommen; durch Spruch wird sich das Verfahren zur Besetzung einer Einigungsstelle nach § 98 ArbGG nicht regeln lassen.

Die Einrichtung wird auch davon abhängen, für welchen Zeitraum Schichtpläne zu erstellen sind: Arbeitgeber sind häufig daran interessiert, möglichst kurze Planungszeiträume zur Verfügung zu haben. Dies macht, wenn überhaupt noch „vernünftige“ Ankündigungsfristen für Arbeitnehmer geregelt werden sollen, ein Verfahren über den Weg einer Einigungsstelle oft zeitlich schwierig.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, größere Planungszeiträume zu wählen, um diesem zeitlichen Problem zu begegnen; größere Planungszeiträume bringen aber wiederum auch eine größere Wahrscheinlichkeit mit sich, dass im Laufe der Zeit nicht absehbare Änderungen eintreten, die grundsätzlich wiederum der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen.

In der Praxis sind wiederholt Regelungen in diesem Rahmen anzutreffen, nach denen eine innerbetriebliche Schlichtungsstelle, ggfs bestehend allein aus innerbetrieblichen Mitgliedern, eine Entscheidungsbefugnis bei wechselnden Stimmgewichtungen der Mitglieder für die einzelnen Mitbestimmungstatbestände erhält: Eine solche Regelung bringt faktisch einen hohen Einigungszwang mit sich, rechtlich ist eine solche Regelung noch keiner Überprüfung unterzogen worden. Bedenken könnten insoweit bestehen, ob die Betriebsparteien befugt sind, einer solchen Stelle trotz gesetzlicher Regelung, wie im Falle der Nichteinigung zu verfahren ist, eine Entscheidung zu übertragen.

Durch Spruch einer Einigungsstelle jedenfalls wird eine solche Regelung nicht zulässig sein.

Denkbar ist es auch, bei längeren Planungszeiträumen für den Fall nachträglicher Änderungen dem Arbeitgeber eine Änderungsmöglichkeit einzuräumen, ohne dass diese der gesonderten Zustimmung des Betriebsrates bedarf.

Eine solche Möglichkeit bewegt sich in dem Konfliktfeld, dass einerseits eine handhabbare Regelung getroffen werden muss, nach der zu verfahren ist, andererseits selbst bei einer einvernehmlichen Regelung darauf zu achten ist, dass es einem Betriebsrat nicht erlaubt sich, sich seiner Mitbestimmung in wesentlichen Teilen zu entledigen, indem die Regelungsbefugnis der anderen Betriebspartei überlassen wird.

Das Mitbestimmungsrecht darf nicht in seiner Substanz beeinträchtigt werden (so BAG 29.09.2004, 5 AZR 559/03).

Dem Arbeitgeber dürfen durch Betriebsvereinbarung gewisse Entscheidungsspielräume in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten eingeräumt werden. Der Betriebsrat kann aber über sein Mitbestimmungsrecht nicht in der Weise verfügen, dass er in der Substanz auf die ihm gesetzlich obliegende Mitbestimmung verzichtet (BAG 26. April 2005 - 1 AZR 76/04).

In Betracht wird eine solche Regelung daher nur kommen, soweit mit ihr der Kernbereich des Mitbestimmungstatbestandes nicht beeinträchtigt wird. Dem Arbeitgeber wird daher eine einseitige Regelungsmöglichkeit um so eher eröffnet werden können, je geringer die Fallgestaltungen oder je begrenzter die Ausgestaltung inhaltlich ist.

Umfang des Mitbestimmungstatbestandes bei flexiblen Arbeitszeiten

Im Rahmen flexible Arbeitszeiten sind folgende, nicht abschließend aufgezählte mögliche vom Mitbestimmungsrecht gedeckte Regelungen denkbar:

- Festlegung der Wochentage, auf die die Arbeit verteilt werden soll
- Beginn und Ende der regelmäßigen Arbeitszeit
- Gründe für die Ausweitung oder Verringerung der ansonsten regelmäßigen Arbeitszeit
- Mindestarbeitszeit je Einsatztag
- Höchstarbeitszeit an Einsatztagen
- Regelung der Bandbreite von Arbeitszeiten nach unten und oben (mindestens .. Stunden in der Woche, maximal ... Stunden)
- Höchstbegrenzungen für geänderte Arbeitszeiten, z.B. nach Tagen oder Anlässen
- Ankündigungsfristen gegenüber den Arbeitnehmern für die Anordnung geänderter Arbeitszeiten
- Führung eines Arbeitszeitkontos
- Maximales Stundenguthaben / Maximale Stundenschuld auf dem Arbeitszeitkonto
- Entnahmemöglichkeiten für den Arbeitnehmer
- Abbaubefugnisse des Arbeitgebers
- Festlegung eines Zeitrahmens, innerhalb dessen die regelmäßige Arbeitszeit erreicht sein muss, soweit keine tariflichen Vorgaben bestehen
- Festlegung der „Nulllinie“

- ggfs. Übertragungsmöglichkeiten hierzu
- Verstetigung des Entgelts
- Regelungen für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Absicherung von Guthaben im Insolvenzfall
- Informations- und Kontrollrechte des Betriebsrates insoweit
- Erfassung der Einsatzzeiten

Auch im Rahmen der Regelung von flexiblen Arbeitszeiten wird sich die Problematik bei der Mitbestimmung bei der Aufstellung von Schichtplänen oder Dienstplänen in gleicher Weise stellen wie bei der Schichtarbeit.

Mitbestimmung des Betriebsrates bei vorübergehender Verlängerung oder Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit

1.

Nach

§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

steht dem Betriebsrat ein gleichfalls gleichberechtigtes Mitbestimmungsrecht zu hinsichtlich der

vorübergehenden Verlängerung oder Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit.

2.

Danach besteht das **Mitbestimmungsrecht** beispielsweise bei:

- *Schichtverkürzungen*
- *Vorholung oder Nachholung* von ausgefallenen Arbeitszeiten
- *zusätzlicher Arbeit an ansonsten arbeitsfreien Tagen*
- Einführung von *Kurzarbeit*
- Durchführung von *Überstunden*
- Arbeit außerhalb regelmäßiger Arbeitszeiten *zu Zwecken der Bestandsaufnahme*
- Einführung eines *Bereitschaftsdienstes*
- Bei der Verlängerung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten

Betriebsübliche Arbeitszeit der Teilzeitbeschäftigten ist deren regelmäßig gegenüber der Vollarbeitszeit verkürzte Arbeitszeit, und zwar auch dann, wenn nicht alle Teilzeitbeschäftigten mit einheitlicher Wochenstundenzahl arbeiten. Betriebsüblich sind dann diejenigen Arbeitszeiten, die jeweils individualrechtlich als die üblichen vereinbart wurden, so dass auch die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer grundsätzlich mitbestimmungspflichtig ist.

3.

Bei **Überstundendurchführung** ist für das Eingreifen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates ebenso erforderlich, dass ein sog.

kollektiver Bezug

gegeben ist, d. h., nicht nur der einzelne Arbeitnehmer aus allein in seiner Person liegenden Gründen betroffen ist, sondern ein *Bezug zur Belegschaft* insgesamt oder Teilen davon vorliegt.

Ein solcher kollektiver Bezug wird aber immer dann anzunehmen sein,

wenn die vorhandene und zu verteilende Arbeit in der regelmäßigen Zeit von den vorhandenen Arbeitkräften nicht erledigt werden kann,

so dass auch die Anordnung nur einer Überstunde für nur einen Arbeitnehmer dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterworfen sein kann.

Zum Erfordernis des kollektiven Bezugs:

Urteil des BAG vom 24.04.2007, 1 ABR 47/06

- Der für das Eingreifen des Mitbestimmungstatbestandes erforderliche *kollektive Tatbestand* liegt dabei dann vor, wenn zu regeln ist, ob und in welchem Umfang zur Abdeckung eines Arbeitsbedarfs Mehrarbeit geleistet wird

Für das Eingreifen des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates bei der Durchführung von Überstunden ist es **unerheblich**, ob:

- der Arbeitgeber die Überstunden *anordnet oder sie lediglich duldet*
- der einzelne Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag zu Überstunden *verpflichtet* ist
- die Arbeitnehmer "*freiwillig*" zu Überstunden bereit sind
- für die Ableistung ein *besonderes Eilbedürfnis* vorliegt

4.

Auch im Rahmen des Mitbestimmungstatbestandes nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist darauf zu achten, dass eine **Betriebsvereinbarung** zwingende Wirkung für die Arbeitnehmer des Betriebes entfaltet.

Dies bedeutet, dass der einzelne Arbeitnehmer aufgrund einer Betriebsvereinbarung auch dann zu Überstundenleistungen **verpflichtet** ist, wenn sein Arbeitsvertrag oder ein Tarifvertrag eine solche Verpflichtung nicht vorsehen.

Eine Ausnahme gilt nach dem Günstigkeitsprinzip dann, wenn der Einzelarbeitsvertrag für den Arbeitnehmer ausdrücklich günstiger in der Weise ist, dass er eine Überstundenverpflichtung - meist aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers - ausschließt.

Andererseits kann ein Arbeitgeber auch dann, wenn die Arbeitsverträge oder ein Tarifvertrag ausdrücklich Überstundenverpflichtungen vorsehen, Überstunden **nur** durchführen lassen, wenn eine **Zustimmung des Betriebsrates** gegeben ist.

Überstundenleistungen mit kollektivem Bezug sind daher - von *Notfällen* im Sinne der gesetzlichen Arbeitszeitregelung abgesehen - ohne Zustimmung des Betriebsrates nicht möglich.

5.

Da sich das Erfordernis der Durchführung von Überstunden häufig in der Praxis erst kurzfristig stellt, sind Rahmenregelungen für künftige, noch nicht konkret absehbare Fälle denkbar, in denen folgende Punkte festgelegt werden können:

- Anlässe, bei denen Überstunden ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt werden können
- Art und Inhalt der Information des Betriebsrates in diesen Fällen (nachträglich, unverzüglich; Angabe der Arbeitnehmer und der Einsatzzeiten)
- Höchstzahl von Überstunden in solchen Fällen je Arbeitnehmer am Tag
- Höchstzahl von Überstunden diesfalls innerhalb eines Zeitrahmens
- Tage und/oder Zeiten, an und zu denen solche Überstunden nicht getätigt werden dürfen
- Auswahl der Arbeitnehmer für diese Arbeiten
- Möglich auch: Alleinentscheidungsrecht des einzelnen Arbeitnehmers über die Notwendigkeit der Mehrarbeit
- Verfahrensweise zur Beteiligung des Betriebsrates bei Überstunden im Übrigen:
 - spätestester Zeitpunkt eines Zustimmungsantrags für anfallende Überstunden
 - Zeitrahmen für die Entscheidungsfindung des Betriebsrates
 - Ggfs. Zustimmungsfiktion bei Nichtäußerung binnen eines festgelegten Zeitraums ab Antragseingang
 - Einrichtung einer Einigungsstelle zum unverzüglichen Tätigwerden bei Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates
- Ankündigungsfristen gegenüber Arbeitnehmern
- Kontrollrechte des Betriebsrates

2. Thema: „Arbeitnehmerüberlassung und der Betriebsrat des Entleiherbetriebes“

Rechtsanwalt Dr. Seel stellte die Problematik informativ mit von ihm entwickelten Folien die gesamte Rechtsprechungsproblematik zur Mitbestimmung des Betriebsrates überschaubar zusammen. Insbesondere arbeitete er auch die Sanktionsmöglichkeiten heraus, die der Gesetzgeber für Verstöße vorgesehen hat bzw. gerade nicht vorgesehen hat, wie nunmehr auch der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts am 10. Dezember 2013 in seiner ersten Entscheidung zur Frage der vorübergehenden Überlassung entschieden hat. Seine Ausführungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I. Rechtliche Fragestellungen

Ein wesentlicher Aspekt des neuen AÜG betrifft die dogmatische Einordnung und den Regelungsinhalt von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Der Satz kommt harmlos daher: »Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt »vorübergehend«. Der Inhalt dieser Bestimmung war allerdings sehr unterschiedlich interpretiert und beschäftigt seit ihrem Inkrafttreten das Schrifttum und die Arbeitsgerichte. Ausgangspunkt ist dabei meist § 99 BetrVG. Der Arbeitgeber beabsichtigt, einen Leiharbeiter einzustellen, und beantragt hierfür die Zustimmung des Betriebsrats. Diesem ist die Personalpolitik des Arbeitgebers ein Dorn im Auge, er möchte direkte Einstellungen von Arbeitnehmern erreichen und widerspricht dem angedachten Leiharbeitereinsatz mit dem Argument, dieser sei nicht »vorübergehend«. Die Rechtsfragen, die sich im Hinblick auf § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG stellen, betreffen zum einen die Interpretation des Merkmals »vorübergehend«, zum anderen die rechtsdogmatische Einordnung als sog. Verbotsgesetz i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

1. Auslegung des Merkmals »vorübergehend«

Es lassen sich im Wesentlichen zwei Positionen unterscheiden. Eine breite Strömung im Schrifttum misst dem Merkmal »vorübergehend« keine inhaltliche Aussage bei und sieht darin lediglich einen Programmsatz (Lembke DB 2011, 414; Rieble/Vielmeier EuZA 2011, 475 (489); Krannich/Simon BB 2012, 1414 (1420)). Diese Auffassung hat die Gesetzesbegründung und damit die historische Auslegung für sich. Zudem vermag auch dem Wortlaut kein über eine bloße typisierende Feststellung hinausgehender Erklärungsgehalt entnommen werden (so auch Teusch/Verstege NZA 2012, 1326). Andere Autoren meinen, der Gesetzgeber habe den Leiharbeitereinsatz in zeitlicher Hinsicht beschränken wollen. Da Anhaltspunkte für die Bestimmung der (Höchst-)Überlassungsdauer in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG fehlen, wird § 14 TzBfG »analog« herangezogen. In welcher Weise die Vorgaben des Teilzeit- und Befristungsrechts übertragbar sein sollen, wird dabei wiederum unterschiedlich bewertet (vgl. im Einzelnen die Übersicht bei Teusch/Verstege (Fn. 2) 1326 (1327)).

Die Rechtsprechung - soweit sie sich mit der Interpretation des Merkmals überhaupt befasst und nicht (richtigerweise) auf die fehlende Verbotsgesetzeigenschaft i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG abstellt - ist ähnlich gespalten wie das Schrifttum. Die 17. Kammer des LAG Niedersachsen (19.09.2012, 17 TaBV 124/11; ausführliche Entscheidungsbesprechung von Seel FA 2012, 360) meint, es sei bereits dem Wortlaut zu entnehmen, dass der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitern unvereinbar mit dem AÜG sei. Gemeint sei »nur eine gewisse Zeit dauernd«. Dass dieser Ansatz nicht wirklich weiterhilft, ist offensichtlich.

Das LAG Düsseldorf (02.10.2012, 17 TaBV 48/12 NZA 2012, 1378) hat demgegenüber unter Hinweis auf Gesetzesbegründung und Entstehungsgeschichte deutlich gemacht, dass § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG keinen von vornherein zeitlich befristeten Einsatz eines Leiharbeiters verlangt. Einer Heranziehung des TzBfG bzw. seiner Wertungen hat die Kammer schon aus systematischen Gründen eine Absage erteilt und darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber - wenn er Sachgründe verlangt hätte - dies explizit in gleicher Weise wie im Befristungsrecht normiert hätte. Die 12. Kammer des LAG Niedersachsen hat der Annahme einer Höchstüberlassungsdauer ebenfalls abgelehnt (14.11.2012, 12 TaBV 62/12, 12 TaBV 63/12 und 12 TaBV 64/12 n. V.).

§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG kann keine zeitliche Beschränkung des Leiharbeitereinsatzes im Sinn einer Höchstüberlassungsdauer entnommen werden. Das Merkmal »vorübergehend« hat lediglich beschreibenden Charakter (vergleichbar wäre eine Regelung in der StVO mit dem Inhalt: »Motorräder fahren auf Autobahnen typischerweise zu schnell.« In eine derartige Bestimmung würde man kaum eine Geschwindigkeitsbeschränkung hineinlesen oder Sanktionen erwägen, wenn eine bestimmte Geschwindigkeit (welche?) überschritten wird). Insbesondere verbietet sich eine (analoge) Heranziehung des TzBfG. Dieses Gesetz betrifft Fragen der Befristung des Arbeitsvertrags und hat daher einen völlig anderen Regelungsgegenstand. Das Erfordernis eines Sachgrunds dient insbesondere dem Zweck, eine Umgehung des gesetzlichen Kündigungsschutzes gem. §§ 1 ff. KSchG zu verhindern (hierzu im Einzelnen Seel FA 2012, 360 (362)). Dieser Schutzzweck passt nicht - auch nicht der Wertung nach - auf die Konstellation eines

Leiharbeitsverhältnisses mit einer »gespaltenen« Arbeitgeberstellung. Hier besteht der Arbeitsvertrag mit dem Verleiher, allein in diesem Rechtsverhältnis findet das TzBfG Anwendung.

2. Verbotsgesetzeigenschaft

Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern gem. § 14 Abs. 3 AÜG i.V.m. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nur dann verweigern, wenn es sich bei § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG um ein Verbotsgesetz im Sinn des Zustimmungsverweigerungsstatbestands handelt. Auch in dieser Frage herrscht Uneinigkeit. Konsens besteht noch bzgl. der Definition des Verbotsgesetzes: Ein Verstoß gegen ein Gesetz i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann bei einer Einstellung nur vorliegen, wenn die Einstellung als solche durch die Gesetzesnorm hinreichend deutlich untersagt ist (BAG 01.06.2011, 7 ABR 117/09, NZA 2011, 1435). Eine etwaige Rechtswidrigkeit einzelner Vertragsbedingungen genügt nicht. Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist bei Einstellungen daher allein dann gegeben, wenn der Zweck der Verbotsnorm nur dadurch erreicht werden kann, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt (vgl. BAG 14.12.2004, 1 ABR 54/03, BAGE 113, 102). Die Subsumtion unter diese Verbotsgesetzdefinition fällt bemerkenswerterweise uneinheitlich aus. Im Einzelnen:

a) Ansichten im Schrifttum

Die wohl h.M. spricht sich gegen eine Einordnung als Verbotsgesetz aus (so u. a. Teusch/Verstege (Fn. 2) 1326 (1329); Seel (Fn. 8); Lembke BB 2012, 2497). Zur Begründung wird darauf abgestellt, dass sich § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht entnehmen lasse, welche Maßnahme untersagt sein solle. Der Inhalt der Norm gehe über eine schlichte Feststellung und Beschreibung nicht hinaus. Die Gegenauffassung sieht in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG demgegenüber ein Verbotsgesetz i.S.d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG und hält den Endeihbetriebsrat dementsprechend für berechtigt, einer »dauerhaften« Arbeitnehmerüberlassung durch Zustimmungsverweigerung einen Riegel vorzuschieben (vgl. Böhm DB 2012, 918 (921); Düwell ZESAR 2011, 449 (455); Hamann RdA 2011, 321 (327)).

b) Ansichten der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist in gleicher Weise gespalten wie das Schrifttum. Hinsichtlich der verschiedenen Entscheidungen erster Instanz wird auf die Übersicht bei Teusch/Verstege (Teusch/Verstege (Fn. 2) 1326 (1329 ff.)) verwiesen. Eindeutig stellt die 17. Kammer des LAG Niedersachsen fest, dass der Zweck der Leiharbeitsrichtlinie »mangels Regelungen im AÜG« nur dann gewahrt werden könne, wenn die Einstellung selbst unterbleibe; die 17. Kammer nimmt daher eine Verbotsgesetzeigenschaft an (LAG Niedersachsen 19.09.2012, 17 TaBV 124/11 n.V., Rechtsbeschwerde anhängig unter BAG, 7 ABR 79/12). Die 12. Kammer des LAG Niedersachsen lehnt demgegenüber ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG mangels Verbotsgesetzcharakters von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ab. Demgegenüber hat sich das LAG Berlin-Brandenburg kürzlich für eine Einordnung als Verbotsgesetz ausgesprochen (LAG Berlin-Brandenburg 19.12.2012, 4 TaBV 1163/12 n.V.).

c) Eigene Position

Der h.M. ist zu folgen. Unter Zugrundelegung der zulässigen Auslegungskriterien ist eine Einordnung als Verbotsgesetz schlichtweg nicht zu rechtfertigen. Zu diesem Ergebnis kann man nur durch eine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem kommen. Gerichte und Stimmen im Schrifttum, die in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ein Verbot »dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung« hineinlesen, lassen sich von rechtspolitischen Erwägungen und eigenen Billigkeitsvorstellungen leiten. Mit einer schlichten (gesetzeskonformen) Anwendung geltenden Rechts hat dies nichts zu tun (vgl. auch Teusch/Verstege (Fn. 2) 1326 (1330), die zutreffend darauf hinweisen, dass sich die Entscheidung der 17. Kammer des LAG Niedersachsen „in weiten Teilen eher wie ein politisches Statement“ liest.

II. Entscheidung der 12. Kammer des LAG Niedersachsen vom 14.11.2012

Eine erfreuliche Entscheidung hat inzwischen die 12. Kammer des LAG Niedersachsen getroffen und sich dabei auch zu Recht von der Sichtweise der 17. Kammer des LAG Niedersachsen distanziert (LAG Niedersachsen 14.11.2012, 12 TaBV 62/12, 12 TaBV 63/12 und 12 TaBV 64/12 n. V.).

1. Sachverhalt

Ein privater Klinikbetreiber («A-GmbH») mit mehreren Standorten in Niedersachsen deckt bestehenden Personalbedarf sowohl durch Direkteinstellungen als auch über Leiharbeit ab. Leiharbeiter werden dabei von einer Personalservicegesellschaft überlassen, die gruppenweit - d. h. auch für andere Klinikbetriebsgesellschaften in anderen Bundesländern - agiert. Insbesondere im Bereich der Pflege werden derzeit in der Regel Leiharbeiter - grundsätzlich befristet für zwei Jahre - eingestellt. Im Pflegedienst liegen die Ausfallzeiten infolge von Krankheit etc. kontinuierlich bei über 20%. Der Bedarf an Arbeitskräften ist - wie in jedem Klinikum - abhängig von den Belegzahlen (Auslastung des Krankenhauses) und unterliegt daher Schwankungen. Auf die Arbeitsverhältnisse der Leiharbeiter finden die Tarifverträge des Interessenverbands Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. (iGZ) Anwendung; ergänzend hierzu erhalten die Leiharbeiter individuelle Zulagen. Der bei der A-GmbH gebildete Betriebsrat widerspricht generell den beabsichtigten Einstellungen von Leiharbeitern. Die A-GmbH beantragt deshalb gem. § 99 Abs. 4 BetrVG jeweils die Zustimmungsersetzung; ferner werden die Maßnahmen auf der Grundlage von § 100 BetrVG vorläufig durchgeführt. Das Arbeitsgericht Osnabrück hat die verweigerten Zustimmungen ersetzt und festgestellt, dass die Beschäftigung der Leiharbeiter aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Gegen die entsprechenden Beschlüsse hat der Betriebsrat Beschwerde beim LAG Niedersachsen eingelegt.

2. Entscheidungsgründe

Die 12. Kammer des LAG Niedersachsen hat die erstinstanzliche Entscheidung (In drei Parallelverfahren hat das Gericht jeweils identisch entschieden.) bestätigt und die Beschwerde zurückgewiesen. Das Gericht hat der Einordnung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als Verbotsgesetz bereits unter Hinweis auf den Wortlaut mit deutlichen Worten eine Absage erteilt. Der vom Betriebsrat geltend gemachte Zustimmungsverweigerungsgrund liege schon deshalb nicht vor, weil es an einem der Einstellung entgegenstehenden Verbotsgesetz fehle. Auch nach der Novelle des AÜG sei § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht als Verbotsgesetz i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG auszulegen. Dagegen spreche zunächst der Wortlaut von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Systematisch widerspreche die Verortung der Bestimmung im AÜG einem Charakter als Verbotsgesetz. § 1 AÜG sei mit »Erlaubnispflicht« überschrieben, woraus gefolgert werden könne, dass der Einsatz von Fremdpersonal (nur) unter den in § 1 AÜG näher definierten Voraussetzungen als erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren sei.

Nach dieser geradezu schulmäßigen Gesetzesauslegung anhand der allgemeinen Auslegungsmethoden befasste sich die 12. Kammer des LAG Niedersachsen mit der Leiharbeitsrichtlinie und geht der Frage nach, ob diese - namentlich Art. 5 Abs. 5 - Veranlassung dazu gibt, das Auslegungsergebnis, wonach es sich um kein Verbotsgesetz handle, zu »korrigieren«. Mit deutlichen Worten lehnt die Kammer dies ab.

III. Bewertung

Die Entscheidung der 12. Kammer des LAG Niedersachsen verdient einschränkungslos Zustimmung. Die Kammer hat sich nicht zum Ersatzgesetzgeber aufgeschwungen und »Politik« gemacht, sondern sich auf die Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt besonnen und diese vorbildlich erfüllt. Das Gericht hat die Auslegungsgrundsätze schulmäßig angewandt und ist auf diese Weise zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, dass § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG kein Verbotsgesetz i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist.

IV. »Institutioneller Rechtsmissbrauch«

Die 17. Kammer des LAG Niedersachsen hat - in einer Art obiter dictum und hilfsweise - ein Zustimmungsverweigerungsrecht aus Treu und Glauben abgeleitet. Im Leitsatz des Beschlusses vom 19.09.2012 (LAG Niedersachsen 19.09.2012, 17 TaBV 124/11 n. V., Rechtsbeschwerde anhängig unter 7 ABR 79/12) heißt es wie folgt:

»Stellt der Arbeitgeber grundsätzlich nur noch Leiharbeiter ein, um die Senkung der Personalkosten zu erreichen, so kann dies unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als institutioneller Rechtsmissbrauch (§ 242 BGB) ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG begründen.«

Diese Rechtsauffassung ist aus mehreren Gründen nicht haltbar. Zum einen sieht das AÜG ein in sich abgeschlossenes Regelungs- und Sanktionssystem vor. Ein Rückgriff auf die Generalklausel scheidet daher aus. Eine unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers, neu zu besetzende Stellen ausschließlich über Leiharbeit dauerhaft zu besetzen, ist einer richterlichen Kontrolle entzogen; sie ist gem. Art. 12 GG geschützt. Dies gilt

auch dann, wenn diese Maßnahme ausschließlich der Personalkostensenkung dient (so auch Teusch/Verstege (Fn. 2) 1326 (1330)).

Die 12. Kammer des LAG Niedersachsen hat in ihrem Beschluss vom 14.11.2012 die Überlegung des »institutionellen Rechtsmissbrauchs« aufgegriffen, allerdings aus tatsächlichen Gründen im Streitfall einen Rechtsmissbrauch verneint. Es gebe keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen institutionellen Rechtsmissbrauch. Selbst die vom Betriebsrat behauptete Leiharbeitsquote im Pflegebereich von 25% spreche nicht zwingend dafür, dass eine vollständige Verdrängung der Stammebelegschaft beabsichtigt sei. Die Leiharbeit diene vielmehr der »Entwicklung flexibler Arbeitsformen« im Sinn des Ziels von Art. 2 der Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008. Letztlich könnte selbst ein aus (Personal-) Kostengründen motivierter Leiharbeitnehmereinsatz auf Dauerarbeitsplätzen kein Zustimmungsverweigerungsrecht begründen. Es fehlt -weiterhin - an einem Verbotsgesetz i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG: § 242 BGB hat ebenso wenig Verbotsgesetzcharakter wie § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG (zur fehlenden Verbotsgesetzzeigenschaft von § 242 BGB BAG Vom 21.07.2009, 1 ABR 35/08,0 NJW-Spezial, 51).

V. Fazit

Die Frage, ob § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ein Verbotsgesetz i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG darstellt, kann - wenn man die Auslegungsmethoden und das Rechtsstaatsgebot ernst nimmt -richtigerweise nur mit Nein beantwortet werden. Jedes andere Verständnis wäre weder mit dem Wortlaut noch mit der Systematik und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift vereinbar. Dieses Ergebnis ist auch nicht im Hinblick auf die Leiharbeitsrichtlinie zu »korrigieren«; die Richtlinie verhält sich nicht zu betriebsverfassungsrechtlichen Instrumenten. Es ist auch (weiterhin) zulässig, Leiharbeitnehmer auf sog. Dauerarbeitsplätzen einzusetzen. Ein (institutioneller) Rechtsmissbrauch kann darin nicht gesehen werden. Da der Gesetzgeber keine zeitliche Höchstgrenze vorgesehen hat - obschon dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre - kann eine zeitliche Limitierung der Arbeitnehmerüberlassung auch nicht in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG hineingelesen werden. Daraus folgt, dass die unbefristete Arbeitnehmerüberlassung keinen Sanktionen ausgesetzt sein darf; insbesondere scheidet die Fiktion eines Arbeitsvertrags zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer

Die nächste Veranstaltung findet voraussichtlich am **24. Oktober 2014** in Bielefeld statt. Die Referenten, die Örtlichkeit sowie die Themen werden noch rechtzeitig mitgeteilt.

Ein ausführlicherer Bericht zur Tagung (mit Praxishinweisen) kann im Internet nachgelesen werden unter: www.arbeitsgerichtsverband.de/Tagungsbericht.htm.

Prof. Dr. Heinz Gussen