



Nach der EG-Arbeitszeitrichtlinie darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit 48 Stunden nicht überschreiten. Dabei sind allerdings Ausgleichszeiträume zulässig.

Bereitschaftsdienste vier Jahre nach der Novellierung des ArbZG

Von Verbesserungen für die Beschäftigten keine Spur!

Zum 1.1.2004 wurde das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) novelliert und die Vorgabe des EuGH zu Bereitschaftsdiensten umgesetzt, wonach die dazu aufgewandte Arbeitszeit wie Arbeitszeit für andere Dienste zu berechnen ist.¹ Allerdings wurde den Tarifparteien ein sehr weites Spielraum eingeräumt, wie die Arbeitszeitfenster ausgestaltet werden können, wenn sie Bereitschaftsdienste mit beinhalten (§ 7 Abs. 2a ArbZG). In den Jahren 2005 und 2006 haben die Tarifparteien für den öffentlichen Dienst diesen Spielraum auch genutzt, wobei die weitestgehende Regelung vom Marburger Bund im Ärzte-Tarifvertrag getroffen worden ist. Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Alle Tarifparteien haben bei der tariflichen Arbeitszeitgestaltung den betroffenen Einrichtungen ein erhebliches Flexibilisierungspotential für die Gestaltung ihrer Dienstpläne verschafft.

Dies hatte zum Ergebnis, dass die vielbeschworene Kostenlawine bei Umsetzung der neuen Bereitschaftsdienst-Arbeitszeitregelung nicht eingetreten ist. Von einer erheblichen Aufstockung des Personals ist keine Rede mehr. Noch in der mündlichen Anhörung zum Fall Jaeger vor dem Europäischen Gerichtshof vertrat der deutsche Regierungsvertreter die Auffassung, der ärztliche Personalbedarf werde sich um 15 Tausend bis 27 Tausend zusätzliche Ärzte erhöhen mit einem zusätzlichen Kostenaufwand von 1,75 Mrd. €. Ähnliche Berechnungen wurden aus Großbritannien und den Niederlanden vorgestellt.² Dieses Horror-Szenario ist zumindest in Deutschland ausgeblieben. Stattdessen liest man wieder verstärkt Berichte über extensive Arbeitszeiten, vor allem in Krankenhäusern, und von wachsender Unzufriedenheit des Krankenhauspersonals über die dortigen Arbeitsbedingungen. Wie das? Durch Einbeziehung von Bereitschaftsdienstzeiten in die Zählweise von »Arbeitszeit« sollte doch eigentlich die Verweildauer am Arbeitsplatz auf das maximale Wochenar-

¹ EuGH v. 3.10.2000 C-303/98 [SIMAP], AuR 2000, 465; EuGH v. 9.10.2003 C-151/02 [Jaeger] NZA 2003, 1019.

² Zusammengefasst in einer Analyse der Kommission KOM (2003) 843 endg.

beitszeitfenster von durchschnittlich 48 Stunden begrenzt werden, das sowohl in der EG-Arbeitszeitrichtlinie als auch im deutschen ArbZG vorgesehen ist.

EG-ArbeitszeitRL und ArbZG

Nach der EG-Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG³ darf die wöchentliche Höchst Arbeitszeit 48 Stunden nicht überschreiten (Art. 6 der Richtlinie). Dabei sind Ausgleichszeiträume zulässig, d.h. eine höhere Wochenarbeitszeit muss in einem bestimmten Ausgleichszeitraum durch entsprechend niedrigere Wochenarbeitszeiten kompensiert werden.

Dieser 48-Stunden-Rahmen mit entsprechendem Ausgleichszeitraum kann auch durch Tarifverträge nicht ausgedehnt werden. Die Richtlinie sieht jedoch die Möglichkeit vor, dass der einzelne Arbeitnehmer auf diesen Zeitrahmen durch persönliche Bereitschaftserklärung verzichtet, verlangt dafür aber bestimmte Schutzmechanismen um einen Druck des Arbeitgebers auf die Arbeitnehmer auszuschließen (Art. 22 der Richtlinie). Die persönliche Einwilligung kann nach der Richtlinie bisher allerdings nicht durch Tarifverträge ersetzt werden.

Nach dem ArbZG darf die Wochenarbeitszeit ebenfalls 48 Stunden nicht überschreiten; eine Überschreitung dieser Maximalgrenze muss im Durchschnitt von 6 Monaten ausgeglichen sein (§ 3 ArbZG); die Tarifvertragsparteien können allerdings nach wie vor längere Ausgleichszeiträume (bis zu 1 Jahr) zulassen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG; § 17 Abs. 4 RL; in Deutschland wird davon regelmäßig Gebrauch gemacht, vgl. § 7 Abs. 2 TVöD).

Tarifliche Öffnungsklausel in § 7 ArbZG

Diese zeitlichen Eckpunkte des Gesetzes dürfen aber überschritten werden, wenn Bereitschaftsdienste vorliegen und die Tarifvertragsparteien sich auf längere tägliche Arbeitszeit und auf Wochenarbeitszeiten einigen. Zum einen können sie ein tägliches Arbeitszeitvolumen auch über 10 Stunden zulassen, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fallen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG). Allerdings muss hier im Ausgleichszeitraum die wöchentliche Höchst Arbeitszeit von 48 Stunden erreicht werden.

Zum ändern kann aber auch diese Wochenarbeitszeitgrenze überschritten werden, wenn a) in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt und b) durch besondere Regelungen sicher gestellt wird, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird.

Die Arbeitnehmer müssen sich ausdrücklich schriftlich mit einer solchen Ausweitung ihrer Arbeitszeit einverstanden erklären, die sie mit einer Frist von sechs Monaten schriftlich widerrufen können. Im Falle eines Widerrufs oder bei Weigerung, die Einwilligung zu erteilen, darf den betroffenen Arbeitnehmern kein Nachteil entstehen (§ 7 Abs. 7

Satz 3 ArbZG). Dies greift die Voraussetzungen der individuellen Opt-out-Klausel nach der EG-Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG auf (Art. 22).

Allerdings: Diese Ausnahmemöglichkeit war in der Arbeitszeitrichtlinie von 1993 nur für eine Erprobungsphase bis zum 23.11.2003 vorgesehen. Der deutsche Gesetzgeber hatte aber bei Verabschiedung des Arbeitszeitgesetzes im Jahr 1994 darauf verzichtet, von dieser Erprobungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Damit hatte er auf dieses Recht verzichtet und konnte es 10 Jahre später nicht mehr reanimieren (Juristen nennen das *venire contra factum proprium* = widersprüchliches Verhalten), was vom DGB⁴ und der Gewerkschaft ver.di zu Recht auch kritisiert worden war.⁵

Mit Blick auf Bereitschaftsdienste ist in § 7 Abs. 2a ArbZG damit den Tarifparteien eine Art Blanko-Scheck ausgestellt worden, jegliche werktägliche Stundenbegrenzung aufzugeben, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt. Es muss in diesem Fall lediglich sichergestellt werden, dass die Gesundheit nicht gefährdet wird und die betroffenen Arbeitnehmer ihre schriftliche Einwilligung erteilen (§ 7 Abs. 7 ArbZG).

Mit der Regelung in § 7 Abs. 2a ArbZG wird die Ausfüllung der Opt-out-Klausel in Deutschland vollständig auf die Tarifparteien übertragen.

Diese vollständige Übertragung wird von einigen Stimmen in der Literatur zu Recht kritisiert.⁶ Nach dieser Kritik soll es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt sein, die Sorge um Sicherheit und Gesundheitsschutz pauschal an die Tarifvertragsparteien zu delegieren. Der Staat müsse selbst die erforderlichen Maßnahmen zur Umsetzung des Rechts der Arbeitnehmer auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten erlassen und entsprechende Eckpunkte setzen.⁷ Wegen des Verstoßes gegen die Arbeitszeitrichtlinie dürfe § 7 Abs. 2a ArbZG im öffentlichen Dienst nicht angewandt werden.⁸

Ausfüllung durch die Tarifparteien im öffentlichen Dienst

An dieser Kritik haben sich die Tarifparteien im öffentlichen Dienst allerdings nicht gestoßen, sondern haben den ihnen eingeräumten Spielraum extensiv genutzt. Betrachtet man die Regelung zu Bereitschaftsdiensten in den Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst (den TVöD für Bund und Kommunen von 2005, den TV-L für die Länder von 2006, beide maßgeblich von ver.di mit ausgehandelt und den TV Ärzte des Marburger Bundes von 2006) dann zeigt sich, wozu das Fehlen gesetzlicher Höchst Arbeitszeitgrenzen die

3 ABl. EG L 299 v. 18.11.2003, S. 9.

4 Stellungnahme 15 (9) 614.

5 Ausschuss Drucksache 15 (9) 619 vom 19.9.2003.

6 Buschmann/Ulber, ArbZG, § 7 Rdnr. 24; Buschmann AuR 2004, 4, Däubler (Hrsg.) Arbeitsrecht, Handkommentar, 2008 § 7 Rdnr. 21.

7 EuGH v. 7.9.2006 C – 484/04, AuR 2006, 364.

8 Buschmann/Ulber ArbZG § 7 Rdnr. 24; Däubler (Hrsg.) – Ernst/Grove § 7 Rdnr. 21.

Tarifparteien verführen kann: Zu Rund-um-die-Uhr-Regelungen.

Bereitschaftsdienstregelung im TVöD von 2005

Der TVöD war praktisch der Vorreiter für die Ausfüllung der Ermächtigungsnorm in § 7 Abs. 2a ArbZG. Er enthält zunächst eine Definition von Bereitschaftszeiten, die sich an der Interpretation des EuGH⁹ orientiert: Nach § 9 TVöD-AT sind Bereitschaftszeiten die Zeiten, in denen sich die Beschäftigten am Arbeitsplatz oder einer anderen vom Arbeitgeber bestimmten Stelle zur Verfügung halten, um im Bedarfsfall die Arbeit selbstständig ggf. auch auf Anordnung aufzunehmen und in denen die Zeiten ohne Arbeitsleistung überwiegen. Solche Bereitschaftszeiten werden zur Hälfte als tarifliche Arbeitszeit gewertet (faktoriert). Die Summe aus den faktorisierten Bereitschaftszeiten und der Vollarbeitszeit darf die Arbeitszeithöchstgrenzen von 39 Stunden (Bund) bzw. 38,5 Stunden (Kommunen) nicht überschreiten. Insgesamt darf die Summe aus Vollarbeits- und Bereitschaftszeiten 48 Stunden wöchentlich nicht überschreiten. Damit scheint man sich an die Wochenarbeitsgrenze, die vom EG-Recht vorgegeben ist, zu halten. Dieser Eindruck wird schnell korrigiert, wenn man die besondere Regelung über Bereitschaftsdienste im TVöD-BT-K, also der Sonderregelung für Krankenhäuser, betrachtet. Bereitschaftsdienste werden wie auch schon in der Vergangenheit zunächst in verschiedene Stufen eingeteilt, die sich nach dem Umfang der Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes bestimmen. Bei der Stufe I dürfen nur bis zu 25 % Arbeitsleistung anfallen; bei der Stufe II zwischen 25 und 40 % und bei der Stufe III zwischen 40 % und 49 %. Beträgt die Arbeitsleistung 50 % und mehr, dann handelt es sich nicht mehr um Bereitschaftsdienste, sondern um »normale« Arbeitszeit. Bei Bereitschaftsdiensten der Stufe I dürfen bis zu insgesamt maximal 6 Stunden täglich festgelegt werden. Bei Bereitschaftsdiensten der Stufe II und III sind insgesamt max. 13 Stunden täglich erlaubt (§ 45 TVöD-BT-K). Bei Bereitschaftsdiensten der Stufe I sind schließlich wöchentliche Arbeitszeiten von bis zu maximal 58 Stunden möglich; bei Bereitschaftsdiensten der Stufen II und III eine wöchentliche Arbeitszeit von maximal 54 Stunden. Voraussetzung ist lediglich, dass zuvor alternative Arbeitszeitmodelle geprüft worden sind, eine Belastungsanalyse nach § 5 ArbSchG durchgeführt wurde und evtl. Maßnahmen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes getroffen worden sind.

Tarifvertrag der Länder (TV-L) von 2006

Im Tarifvertrag für die Länder, der ein Jahr später abgeschlossen worden ist, wird dieses Modell nahezu wort-

gleich übernommen (§ 7 TV-Ärzte [Länder]). Allerdings wurde hier für die tägliche Arbeitszeit bereits der volle 24 Stunden-Zeitraum ausgeschöpft. Eine 24 Stunden-Schicht ist bei 8 Stunden Volldienst und 16 Stunden Bereitschaftsdienst zulässig, wenn mindestens die Zeit über 8 Stunden als Bereitschaftsdienst abgeleistet wird. Auch hinsichtlich der Wochenarbeitszeitgrenze eröffnete dieser Tarifvertrag neue Flexibilisierungsspielräume. Zwar behält man die 58 bzw. 54 Stunden-Grenze in der Art und Weise bei, wie sie auch beim Bund geregelt ist. Allerdings lässt dieser Tarifvertrag es zu, dass auf Landesebene eine tarifliche Regelung getroffen werden kann, die in begründeten Einzelfällen eine durchschnittliche wöchentliche Höchst-arbeitszeit von bis zu 66 Stunden vereinbart.

Tarifvertrag Ärzte (2007)

Dieser Tarifvertrag ist dann ein Jahr später überholt worden durch den eigenständigen Tarifvertrag für Ärzte, den der Marburger Bund abschließen konnte. Hinsichtlich der Bereitschaftsdienste wurde die Vorarbeit der Tarifkommission der Länder jedoch weitestgehend übernommen. Nach § 10 TV-Ärzte (VKA) sind nun auch an kommunalen Krankenhäusern die Zeitfenster eingeführt worden, die im Jahr zuvor auf Landesebene vereinbart worden waren. Dabei setzten die Tarifparteien noch einen obendrauf:

- Tägliche Arbeitszeiten sind nunmehr bis zu 18 Stunden zulässig, wenn mindestens die 8 Stunden überschreitende Zeit als Bereitschaftsdienst abgeleistet wird. Darüber hinaus werden die Tarifparteien ermächtigt, die tägliche Arbeitszeit auch auf bis zu 24 Stunden auszuweiten nach den üblichen Präliminarien¹⁰ wie Prüfung alternativer Arbeitszeitmodelle und Belastungsanalyse
- an Wochenenden ist eine 24 Stunden-Schicht zulässig, wenn sie ausschließlich aus Bereitschaftsdienstzeiten besteht
- die Wochenarbeitszeit wird nunmehr durchschnittlich auf 60 Stunden angehoben bei entsprechendem Bereitschaftsdienstanteil; durch Tarifvertrag auf Landesebene kann dieses wöchentliche Stundenvolumen (wie im TV-L) »in begründeten Einzelfällen« auf bis zu 66 Stunden angehoben werden

Vergütungsregelung

Bei der Vergütung von Bereitschaftsdienstzeiten wird auch in den neuen Tarifverträgen im öffentlichen Dienst an dem früheren Konzept festgehalten, Bereitschaftsdienstzeiten geringer zu vergüten als echte Arbeitszeiten. Beim Vergütungsfaktor wird darauf abgestellt, wie hoch der Anteil der effektiven Arbeitsleistung ist und dazu drei Stufen gebildet (0–2 %, 25–40 % und 40–49 %). Bei der geringsten Arbeitsleistung ist der Vergütungsfaktor 60 % von dem der Arbeitszeit, bei der höchsten Arbeitsleistung 90 % (§ 46

⁹ EuGH v. 9.9.2003 (Jaeger) NZA 2003, 1019; EuGH v. 3.10.2000 (SIMAP) AuR 2000, 465.

¹⁰ Präliminarien sind Vorverhandlungen und vorläufige Abmachungen.

TVöD-BT-K, § 12 TV-Ärzte (VKA). Diese Differenzierung kollidiert auch nicht mit der EG-Arbeitszeitrichtlinie, da dort keinerlei Vergütungsvorgaben enthalten sind.

Dadurch ergibt sich jedoch ein doppelter Effekt: Bereitschaftsdienstzeiten sind aufgrund der tariflichen Regelungen kostengünstiger als »normale« Arbeitszeiten und die Tarifparteien lassen eine längere Verweildauer am Arbeitsplatz zu, wenn sie anfallen. Damit scheint eigentlich Vieles wieder beim Alten zu sein.

Revisions-Diskussion auf EU Ebene – überholt?

Dennoch findet auf EU-Ebene weiterhin eine Debatte statt, die EG-Arbeitszeitrichtlinie zu ändern. Die Kommission hat bereits 2004 Änderungen vorgeschlagen, mit denen die einheitliche Zuordnung von Bereitschaftsdiensten zur Arbeitszeit aufgehoben werden soll.

Die Arbeitszeit-Richtlinie enthält bisher keine Definition von Bereitschaftsdiensten, sondern nur eine Definition des Gegensatzpaares Arbeitszeit-Ruhezeit. Dies war der Grund, warum der EuGH Bereitschaftsdienste wegen des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Arbeitgebers der Arbeitszeit zugeordnet hat. Die Kommission versuchte den Unmut fast aller Mitgliedstaaten über dieses Ergebnis dadurch aufzufangen, dass sie einen Änderungsvorschlag für die Richtlinie vorlegte, in dem Bereitschaftsdienste ausdrücklich definiert und dabei in aktive und inaktive Zeiten aufgespalten werden (Art. 2a der Richtlinie).¹¹ Es wird klar gestellt, dass die inaktiven Zeiten während des Bereitschaftsdienstes keine Arbeitszeit sind, sondern nur Zeiten mit effektiver Arbeitsleitung.

Gleichzeitig soll die so genannte Opt-out-Klausel des jetzigen Art. 22 der Richtlinie, der eigentlich nur für eine Erprobungsphase gedacht war, im Wesentlichen beibehalten werden. Sie sieht bereits jetzt vor, dass individuelle vertragliche Abmachungen möglich und zulässig sind, in denen von den Höchstarbeitsgrenzen abgewichen werden kann. Die einzelnen Arbeitnehmer sind allerdings kaum vor Erpressungen durch die Arbeitgeber geschützt, wenn diese eine Ausweitung der Arbeitszeiten verlangen. Es gibt lediglich ein Diskriminierungsverbot im Falle einer Verweigerung durch den Arbeitnehmer, das bei fehlenden betrieblichen Interessenvertretungen kaum überwacht werden kann.

Nach dem Änderungsvorschlag soll diese Opt-out-Klausel künftig primär durch kollektive Regelungen der Tarifparteien ausgefüllt werden; allerdings soll nach wie vor eine individuelle Vereinbarung im bisherigen Umfang getroffen werden können, wenn es an einer entsprechenden kollektiven Regelung fehlt.

Das Europäische Parlament hat vor allem dem Vorschlag zu Bereitschaftsdiensten widersprochen und Bedenken geäußert hinsichtlich Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer, die regelmäßig Bereitschaftsdienst leisten. Die Kommission hat deshalb 2005 in einer geänderten Fassung eine Klarstellung vorgesehen, dass die inaktiven Zeiten

während des Bereitschaftsdienstes nicht auf die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten angerechnet werden können.¹² Auch die Opt-out-Regelung wurde vom Parlament abgelehnt. Hier versprach die Kommission, Kompromissmöglichkeiten auszuloten.¹³

Weder die eine noch die andere Regelung konnte jedoch im Ministerrat die erforderliche Mehrheit erzielen.¹⁴ Zum letzten Mal befasste sich der Ministerrat auf seiner Sitzung vom 5.12.2007 mit der Angelegenheit, dieses Mal verbunden mit einer Diskussion über die lange geplante Richtlinie zur Leiharbeit: Ohne Ergebnis.

Fazit

Die Diskussion um eine Aufspaltung der Bereitschaftszeiten in aktive und inaktive Zeiten sowie die Opt-out-Klausel stehen im Zusammenhang mit dem Bemühen, die zeitlichen Eckpunkte der Richtlinie bei Einbeziehung von Bereitschaftsdienstzeiten gewissermaßen »aufzulockern« und damit »mehr Flexibilität in der Arbeitszeitgestaltung« einzuräumen und »eine unverhältnismäßige Belastung der Unternehmen, insbesondere der KMU (zu) vermeiden«.¹⁵

Die deutschen Erfahrungen zeigen, dass auch eine tarifliche Ausgestaltung der Opt-out-Klausel nicht die Gewähr bietet, übermäßig lange Verweilzeiten am Arbeitsplatz zu verhindern. Es mutet angesichts der gegenwärtig tariflich zulässigen Maximalverweildauer von 66 Wochenstunden geradezu prophetisch an, dass in den bisherigen Beratungen ausgerechnet von den Briten, den Haupt-Befürwortern einer Opt-out-Regelung, eine Obergrenze von 65 Stunden vorgeschlagen worden war.

Die besondere Brisanz der geplanten Revision der Arbeitszeitrichtlinie liegt allerdings darin, dass durch die Einführung »inaktiver« Bereitschaftsdienstzeiten die Verweildauer am Arbeitsplatz noch weiter ausgedehnt werden kann, da diese Zeiten nicht mit dem Zeitfaktor 1 belegt werden, sondern den Zeitfaktor 0 erhalten. Damit wäre der Arbeitszeitrichtlinie endgültig der »Geist« ausgetrieben, den der EuGH bei der Auslegung von Bereitschaftsdienstzeiten als Arbeitszeit zum Maßstab genommen hatte: Verweildauer am fremdbestimmten Arbeitsort als Einschränkung persönlicher Freiheit.¹⁶ Welcome back to the 19th century!

DR. UDO R. MAYER ist Professor für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Universität Hamburg

11 Änderungsvorschlag v. 22.9.2004 KOM (2004) 607.

12 Geänderter Vorschlag v. 31.5.2005 KOM (2005) 246 endg.

13 Ebda.

14 Zum bisherigen Verlauf vgl. Reim, AiB 2006, 644.

15 KOM (2004) 607 endg.

16 EuGH v. 3.10.2000 [SIMAP] AuR 2000, 465.