

Arbeitszeit

Die Stiftung als Arbeitgeber hat regelmäßig ein Interesse daran, die Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter so flexibel wie möglich zu halten. Dem steht in der Regel diametral der Wunsch der Mitarbeiter¹ nach Planungssicherheit gegenüber.

Arbeitgeber
– Stiftung

1. Festlegung durch die Stiftung

Der Arbeitgeber kann im Rahmen seines Direktionsrechts u.a. auch die Zeit der Arbeitsleistung des Mitarbeiters nach billigem Ermessen festlegen. Das umfasst in erster Linie die Lage der Arbeitszeit und in engen Grenzen auch deren Dauer. Das Direktionsrecht wird beschränkt durch Regelungen im Arbeitsvertrag oder einen einschlägigen Tarifvertrag. Ist darin bspw. festgelegt, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit von Montag bis Freitag zu erbringen hat, ist der Stiftung die einseitige Anordnung von Samstagsarbeit nicht gestattet. Vielmehr ist dann eine einvernehmliche (ggf. auch mündliche) Änderung des Arbeitsvertrages oder eine Änderungskündigung erforderlich.² Darüber hinaus sind Arbeitnehmerschutzrechte, insb. das Arbeitszeitgesetz zu beachten.³ Es bietet sich an, im Arbeitsvertrag zwar die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewünschte Festlegung zur Arbeitszeit aufzunehmen, darüber hinaus aber ausdrücklich klarzustellen, dass das Direktionsrecht der Stiftung bestehen bleibt und folglich Änderungen erfolgen können. Zur Festschreibung von Arbeitsbedingungen durch Zeitablauf („Konkretisierung“) siehe Stichwort „Direktionsrecht“.

Direktionsrecht
des Arbeitgebers

Arbeitnehmerschutzrechte
Arbeitsvertrag

1 Im folgenden Artikel ist bei Formulierungen wie „Mitarbeiter“ die weibliche Form immer eingeschlossen, nur wegen der besseren Lesbarkeit im Text nicht immer aufgeführt.

2 S. zum Direktionsrecht auch das entsprechende Stichwort.

3 S. unten Ziffer 5.

Klauselvorschlag: *Die regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers beträgt 38 Wochenstunden. Beginn und Ende der Arbeitszeit, die Lage der Pausen und die Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage werden durch die Stiftung nach billigem Ermessen unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben festgelegt.*

a) Lage der Arbeitszeit

Enthält der Arbeitsvertrag nicht bereits eine bindende Regelung zur Lage der Arbeitszeit (ohne dass sich die Stiftung ihr Direktionsrecht in zulässiger Weise vorbehalten hat) kann sie die Lage der Arbeitszeit des Arbeitnehmers nach billigem Ermessen festlegen bzw. ändern.

Arbeitszeit

Beispiele:

- Einführung von Gleitzeit
- Einführung von Samstagsarbeit
- Festlegung einer Kernarbeitszeit
- Festlegung konkreter Arbeitszeiten.

Abwägung
gegen schutz-
würdige Interes-
sen des Mit-
arbeiters

Da die Stiftung ihr Direktionsrecht nur nach billigem Ermessen ausüben darf, muss sie bei ihren Festlegungen auch die Interessen des jeweiligen Mitarbeiters beachten und gegen die eigenen Interessen abwägen. Schutzwürdige Interessen des Mitarbeiters können bspw. die Pflege von Angehörigen, die ungünstigen Öffnungszeiten des Kindergartens der Kinder oder sonstige wichtige familiäre Verpflichtungen sein. In diesem Fall muss die Stiftung dieses Interesse des Mitarbeiters an einer bestimmten Arbeitszeit (z.B. nur vormittags) sorgfältig gegen das Interesse der Stiftung an einer veränderten Arbeitszeit abwägen. Stehen betriebliche Gründe einer Berücksichtigung der schutzwürdigen

Belange aller Arbeitnehmer entgegen, hat die Stiftung eine personelle Auswahlentscheidung zu treffen, in die sie eigene Interessen wie die einer Vermeidung einer möglichen Beeinträchtigung des Betriebsfriedens einstellen kann.¹

Beispiel:

Die A-Stiftung beschäftigt zwei Buchhalterinnen jeweils in Teilzeit zu 20 Wochenstunden. Beide Buchhalterinnen haben bislang vormittags gearbeitet. Durch eine Umstellung des Geschäftsbetriebes der Stiftung ist es nun erforderlich, dass auch nachmittags die Buchhaltung besetzt ist. Beide Mitarbeiterinnen wollen aber weiterhin vormittags arbeiten. Buchhalterin A hat jedoch zwei kleine Kinder und ist alleinerziehend. Ihre Kinder werden in einer Kita betreut werden, die nur vormittags geöffnet hat. Buchhalterin B ist kinderlos, möchte aber lieber vormittags arbeiten, „um noch was vom Tag zu haben“. Hier werden die Interessen der Buchhalterin A an einer Beschäftigung am Vormittag überwiegen. Die Stiftung wird sich daher im Rahmen ihres billigen Ermessens für Buchhalterin B entscheiden, die künftig nachmittags arbeitet.

Es ist grundsätzlich Aufgabe der Stiftung als Arbeitgeber, die Mitarbeiter/-innen zur Arbeit einzuteilen. Im Bereich der Pflege erfolgt dies in der Regel durch Dienstpläne. Unterlässt die Stiftung jedoch eine Einteilung zur Arbeit (ohne dass bereits der Arbeitsvertrag eine Einteilung vorsieht oder diese dem Mitarbeiter selbst überlässt) oder weist sie den anwesenden Mitarbeitern keine Arbeit zu, entbindet sie das nicht von der Zahlung der vereinbarten Vergütung. Eine Verpflichtung zur Nacharbeit besteht ohne entsprechende arbeitsvertragliche Regelung nicht.

1 BAG, NZA 2005, 359.

Sonntagsarbeit Ist nach dem Arbeitszeitgesetz in der Stiftung die **Arbeit auch an Sonntagen** gestattet¹, z.B. in Museen, so kann die Stiftung aufgrund des Direktionsrechts auch Sonntagsarbeit einführen. Weitere Voraussetzung ist aber, dass das Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht vertraglich beschränkt ist, z.B. durch die verbindliche Festlegung anderer Arbeitstage.²

b) Dauer der Arbeitszeit

Der zeitliche Umfang der Arbeitszeit ist einer der Hauptbestandteile eines Arbeitsvertrages. In der Regel hat die Dauer der Arbeitszeit Auswirkung auf die Höhe der gezahlten Vergütung. Sie ist daher grundsätzlich der Disposition des Arbeitgebers entzogen.³ Eine einseitige Veränderung der Arbeitszeitdauer ist nur in den Fällen möglich, in denen der Arbeitsvertrag (oder ein einschlägiger Tarifvertrag) eine zulässige Regelung zur Flexibilisierung vorsieht.⁴

Arbeitszeitkonto Denkbar sind zunächst arbeitsvertragliche Regelungen zur Einführung eines Arbeitszeitkontos. Darin werden Arbeitsstunden, die über die vereinbarte Arbeitszeit hinausgehen, gutgeschrieben. Leistet der Mitarbeiter eine geringere Anzahl an Arbeitsstunden als geschuldet, wird das Arbeitszeitkonto insoweit belastet. Insbesondere diese Belastung des Arbeitszeitkontos mit Minusstunden bedarf einer ausdrücklichen und klaren arbeitsvertraglichen Regelung. Ferner muss der Arbeitgeber auch diese Minusarbeitsstunden im Rahmen einer verstetigten Vergütung bereits vorschussweise vergütet haben.⁵

1 S. hierzu unten Ziffer 5. b).

2 BAG, NZA 2009, 1333.

3 LAG Düsseldorf, NZA-RR 2003, 407; HWK/Thüsing, § 611 BGB Rn. 307.

4 ErfK/Preis, § 106 GewO Rn. 20.

5 BAG, NZA 2011, 640.

Beispiel:

Der Arbeitsvertrag zwischen der Stiftung und der Mitarbeiterin C sieht eine feste Vergütung von 1.200 € brutto pro Monat und eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden vor. Weitere Regelungen zur Arbeitszeit und deren Einteilung enthält der Arbeitsvertrag nicht. Aufgrund des schwankenden Bedarfs der Arbeitskraft von Frau C erfolgt ihr Arbeitseinsatz nur nach entsprechender Aufforderung durch die Stiftung. Frau C kündigt ihr Arbeitsverhältnis mit der Stiftung zum Jahresende. Die Stiftung errechnet daraufhin, dass Frau C in der Vergangenheit in einem zeitlich geringeren Umfang als wöchentlich 20 Stunden zur Arbeit eingeteilt wurde und kommt auf einen Betrag von 90 Minusstunden. Die Stiftung verlangt nun von Frau C die Rückzahlung der für diese 90 Stunden gewährten Vergütung.

Frau C muss diesen Ausgleich nicht vornehmen. Zwar ist die Stiftung mit der festen monatlichen Vergütung faktisch in Vorleistung getreten und hat eine Gegenleistung von Frau C in Form der Erbringung von Arbeitsleistung nicht erhalten. Die Stiftung besand sich jedoch im Annahmeverzug hinsichtlich der Arbeitsleistung von Frau C. Die Stiftung wäre verpflichtet gewesen, Frau C in dem arbeitsvertraglich geregelten zeitlichen Umfang zur Arbeit einzuteilen. Das hat sie nicht getan.

Die Stiftung kann mit dem Arbeitnehmer ein Arbeit auf Abruf Modell arbeitsvertraglich vereinbaren. So kann vereinbart werden, dass eine festgelegte Regelarbeitszeit um maximal 25 % überschritten werden kann. Alternativ kann auch eine Regelung aufgenommen werden, wonach die festgelegte Regelarbeitszeit um maximal 20 % unterschritten werden darf. Denkbar ist auch eine Kombination, also eine Schwankungsbreite nach oben und unten, wenn die Prozentangaben entsprechend angepasst werden, z.B. 12,5% Überschreitung und 10% Unterschreitung.

Dabei kann entweder eine unveränderbare monatliche Vergütung oder eine Vergütung auf Basis der tatsächlichen Arbeitszeit innerhalb der Bandbreite der Flexibilisierung vereinbart werden.¹

Beispiel:

Bei einer Regel- bzw. Mindestarbeitszeit von 30 Stunden pro Woche kann die Arbeitszeit auf Abruf maximal 37,5 Stunden (+ 25%) **oder** minimal 24 Stunden (- 20%) pro Woche betragen.

Klauselvorschlag: Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Arbeitnehmerin beträgt ____ [z.B. 30] Stunden (Regelarbeitszeit). Die Arbeitnehmerin wird auf Aufforderung der Stiftung je nach Arbeitsanfall bis zu ____ [+ max. 25% = 37,5 Stunden bei 30 Stunden Regelarbeitszeit] Stunden wöchentlich arbeiten. Die Aufforderung soll gegenüber der Arbeitnehmerin mindestens vier Tage im Voraus erfolgen [z.B. durch Einteilung im Dienstplan]. Jede Arbeitsstunde, die die Arbeitnehmerin über die Regelarbeitszeit hinaus leistet, wird mit _____ € brutto vergütet.

alternativ:

Die Arbeitgeberin ist berechtigt, je nach Arbeitsanfall die wöchentliche Arbeitszeit der Arbeitnehmerin auf bis zu ____ [- max. 20% = 24 Stunden bei 30 Stunden Regelarbeitszeit] Stunden zu verringern. In diesem Fall reduziert sich die Vergütung entsprechend der verringerten wöchentlichen Arbeitszeit um _____ € brutto je Stunde. Die Stiftung soll der Arbeitnehmerin die Verringerung der Regelarbeitszeit mindestens vier Tage im Voraus mitteilen [z.B. durch Einteilung im Dienstplan].

¹ BAG, NZA 2006, 423.

2. Überstunden

a) Anordnung von Überstunden

Arbeitnehmer sind nur verpflichtet Überstunden zu leisten, wenn dies arbeitsvertraglich (oder in einem einschlägigen Tarifvertrag) vorgesehen ist. Ohne eine ausdrückliche arbeitsvertragliche Regelung besteht eine solche Verpflichtung nur in Not- und Katastrophenfällen.¹ Die Anordnung von Überstunden durch die Stiftung darf nur unter Beachtung der arbeitsvertraglichen Regelungen und innerhalb der Grenzen des Arbeitszeitgesetzes² erfolgen. Um Überstunden handelt es sich, wenn der Arbeitnehmer Arbeitsleistung über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus erbringt. Durch die Abforderung von Überstunden soll eine dauerhafte Erhöhung der Arbeitszeit nicht erfolgen. Die Anordnung von Überstunden auch über einen längeren Zeitraum hinweg führt grundsätzlich nicht zu einer dauerhaften Erhöhung der Arbeitszeit.³

Verpflichtung zur
Leistung von
Überstunden

Klauselvorschlag: Der Arbeitnehmer ist verpflichtet im Ausnahmefall Überstunden zu leisten.

b) Überstundenvergütung

Das Gesetz enthält keine ausdrücklichen Regelungen zur Überstundenvergütung. Der Arbeitnehmer kann nur dann eine Vergütung für die Überstunden beanspruchen, soweit:

Anspruch auf
Vergütung

- er tatsächlich Überstunden geleistet hat

und

¹ *ArbG Leipzig*, DB 2003, 1279; *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 663.

² S. unten Ziffer 5.

³ *BAG*, DB 2009, 1652.

- die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt oder geduldet worden sind oder (auch ohne angeordnet worden zu sein) notwendig waren

und

- die Ableistung der Überstunden den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Der Arbeitnehmer muss also im Streitfall im Einzelnen darlegen, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus tätig geworden ist.¹ Das beinhaltet auch eine Darstellung der Tätigkeiten, die er in dieser Zeit erledigt hat. Alleine aus der Tatsache, dass ein Büroangestellter nach Feierabend noch am Arbeitsplatz ist, kann noch nicht geschlossen werden, dass er in dieser Zeit tatsächlich (für die Stiftung) arbeitet – so kann er zum Beispiel eine private Reise buchen. Die Beweislast liegt beim Mitarbeiter.²

Beweispflicht
beim Mitarbeiter

Er muss ferner nachweisen, dass die Überstunden von der Stiftung angeordnet oder zur Erledigung der ihm obliegenden Arbeit notwendig oder von der Stiftung gebilligt oder geduldet worden sind.³ Eine **Anordnung** von Überstunden setzt eine ausdrückliche oder zumindest erkennbare Weisung eines Vorgesetzten des Mitarbeiters voraus. Unter der **Billigung** von Überstunden wird das spätere, erkennbare Einverständnis mit bereits geleisteten Überstunden durch den Arbeitgeber verstanden. Ohne Kenntnis des Arbeitgebers von den Überstunden, kann er mit ihnen auch nicht einverstanden sein. Selbst in einer widerspruchsfreien Entgegennahme von Arbeitszeitaufzeichnungen liegt regelmäßig keine Billigung geleisteter Überstunden.⁴ **Dulden** bedeutet Kenntnis der Überstunden und ihre Zulassung. Der Unterschied zur Billigung liegt nicht darin, dass für die Duldung eine Kenntnis nicht erforderlich wäre. Vielmehr liegt

1 BAG, NZA 2002, 1340.

2 BAG, Urt. v. 29.5.2002 – 5 AZR 370/01, BeckRS 2002, 41005.

3 BAG, NZA 1994, 837.

4 BAG, Urt. v. 25.5.2005 – 5 AZR 319/04, AP TVG § 1 Tarifverträge: Gebäudereinigung Nr. 17.

der Unterschied in der Verhaltensweise des Arbeitgebers. Im Falle der Billigung genehmigt der Arbeitgeber geleistete Überstunden, von denen er Kenntnis erlangt hat, nachträglich ausdrücklich oder konkludent, wohingegen er im Falle der Duldung die Leistung von Überstunden, von denen er Kenntnis erlangt hat, lediglich hinnimmt, also keine Vorkehrungen trifft, diese für die Zukunft zu unterbinden.

Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Überstunde oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es nicht. Die **Vergütungserwartung** ist deshalb 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, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme. Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Bereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen.¹ Eine – objektive – Vergütungserwartung wird in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein.² Insbesondere aber, wenn der Arbeitnehmer Dienste höherer Art schuldet (z.B. leitende Angestellte) oder insgesamt eine deutlich herausgehobene Vergütung gezahlt wird, kann nicht ohne weiteres von einer Vergütungserwartung ausgegangen werden.³ Von einer herausgehobenen Vergütung wird regelmäßig auszugehen sein, wenn die Bruttovergütung des Arbeitnehmers die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.⁴ Der Arbeitnehmer muss das Bestehen einer Vergütungserwartung im Streitfall beweisen.

Viele Arbeitsverträge enthalten Klauseln, wonach mit der gezahlten Vergütung für die regelmäßig geschuldete Arbeitszeit auch alle Überstunden ausgeglichen sein sollen. Solche pau-

1 *NJW*, NZA 2012, 552.

2 *BAG*, NZA 2012, 861.

3 *NJW*, NZA 2012, 552.

4 *BAG*, NZA 2012, 861; die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung liegt im Jahr 2013 bei 5.800 € (West) bzw. 4.900 € (Ost) pro Monat.

schalen Abgeltungsklauseln sind unwirksam. Der Arbeitnehmer muss hinreichend deutlich erkennen können, in welchem Umfang er ohne zusätzliche Vergütung Überstunden zu leisten hat.¹

Klauselvorschlag: Mit der Vergütung sind Überstunden im Umfang von 10% der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers abgegolten.

Zulässig wäre aber auch, im Arbeitsvertrag statt einer Vergütung für geleistete Überstunden ausschließlich (oder anteilig) einen Freizeitausgleichsanspruch vorzusehen. Fehlt indessen eine solche Regelung, ist die Stiftung nicht berechtigt, einem (berechtigten) Anspruch auf Überstundenvergütung entgegen zu halten, der Mitarbeiter könne freigestellt werden.² Ein Anspruch auf Zuschläge zum Gehalt für Überstunden besteht nur, wenn dies mit dem Mitarbeiter vereinbart wurde oder ein einschlägiger Tarifvertrag Zuschläge vorsieht.

Praxistipp:

Fordert ein Mitarbeiter – zu Recht – die Bezahlung für in der Vergangenheit geleistete Überstunden, kann dies für die Stiftung eine hohe, zusätzliche Belastung darstellen. Der Mitarbeiter kann berechnete Ansprüche auf Überstundenvergütung grundsätzlich bis an die Grenze der Verjährung geltend machen. Die Stiftung kann dieses Risiko durch die Vereinbarung zulässiger Verfallklauseln im Arbeitsvertrag verringern; s. hierzu das Stichwort „Verfallklauseln“.

¹ BAG, NZA 2012, 861; BAG, NZA 2012, 552.

² BAG, NZA 2002, 268.