

Direktionsrecht - Lage der Arbeitszeit - Personelle Auswahlentscheidung

Leitsätze

1. Der Arbeitgeber kann die Lage der Arbeitszeit gemäß § 106 Satz 1 GewO nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit hierüber keine vertraglichen oder kollektivrechtlichen Vereinbarungen getroffen sind. Die Grenzen billigen Ermessens sind gewahrt, wenn der Arbeitgeber bei der Bestimmung der Zeit der Arbeitsleistung nicht nur eigene, sondern auch berechnete Interessen des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt hat. Auf schutzwürdige familiäre Belange des Arbeitnehmers hat er Rücksicht zu nehmen, soweit einer vom Arbeitnehmer gewünschten Verteilung der Arbeitszeit nicht betriebliche Gründe oder berechnete Belange anderer Arbeitnehmer entgegenstehen.
2. Erfordert die Verteilung der Arbeitszeit eine personelle Auswahlentscheidung des Arbeitgebers zwischen mehreren Arbeitnehmern, finden die Grundsätze zur sozialen Auswahl im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung keine Anwendung.

Tenor

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 28. Juli 2003 - 8 Sa 1493/02 - teilweise aufgehoben.
2. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 26. Juni 2002 - 4 Ca 2781/01 - wird insgesamt zurückgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revision noch über die Verteilung des Nachtdienstes.

Der Beklagte unterhält unterschiedliche Pflegeeinrichtungen. Die Klägerin ist bei ihm seit 1987 beschäftigt. Vom 15. Januar 1990 bis zum 31. Januar 1997 war sie Stationsleiterin. Auf ihren Wunsch hin wurde sie nach der Geburt ihres ersten Kindes ab Februar 1997 wöchentlich 35 Stunden als Altenpflegerin ausschließlich im Nachtdienst beschäftigt. Diesen leistete sie im Haus 39 auf der Station CD im Sieben-Tage-Rhythmus. Dabei hatte sie nach einem Arbeitseinsatz in sieben aufeinanderfolgenden Nächten weitere sieben Nächte frei. Ihr ebenfalls im pflegerischen Bereich beschäftigter Ehemann verrichtet dagegen Tagdienst. Er leistet nachts im Wechsel mit seinem Arbeitgeber Rufbereitschaft ebenfalls im Sieben-Tage-Rhythmus.

Im schriftlichen Anschluss-Dienstvertrag vom 3. Februar 1997 sind der Einsatz der Klägerin im Nachtdienst sowie die Verteilung der Arbeitszeit nicht geregelt. Nach § 7 des Vertrags sind Sondervereinbarungen nicht getroffen.

Die Klägerin befand sich erneut nach den am 10. Oktober 1998 beginnenden Beschäftigungsverboten vor und nach der Geburt ihres zweiten Kindes bis zum 18. November 2001 im Erziehungsurlaub (jetzt Elternzeit). Während dieser Zeit wurden auf Grund von Pflegesatzvorgaben des Kostenträgers die fünf Nachtdienststellen für Altenpfleger im Haus 39 auf vier reduziert. Nach dem Ende des Erziehungsurlaubs wurde der Klägerin wieder eine Tätigkeit im Nachtdienst zugewiesen. Diesen sollte sie im Wohnheimverbund "D" im Zwei-Tage-Rhythmus leisten. Dieser Verbund mit einem Betreuungsangebot für Menschen mit geistiger Behinderung und einem erweiterten somatischen Hilfebedarf besteht seit dem 1. Mai 1999 aus den Häusern 7, 37 und 39. Da keiner der sechs in den Häusern 37 und 39 im Sieben-Tage-Rhythmus im Nachtdienst beschäftigten Altenpflegekräfte in das Haus 7 wechseln wollte, in dem die Nachtwachen im Zwei-Tage-Rhythmus organisiert sind, und nach dem Ende des Erziehungsurlaubs der Klägerin im Haus 7 eine Nachtdienststelle mit monatlich 70 Stunden frei war, wurde ihr diese Stelle zugewiesen. Die übrige Arbeitszeit sollte sie je zur Hälfte in den Häusern 37 und 39 ebenfalls im Nachtdienst im Zwei-Tage-Rhythmus arbeiten. Der Dienstrhythmus von zwei Tagen im Haus 7 entsprach einer Empfehlung des Amtes für Arbeitsschutz, das eine sukzessive Umstellung und Reduzierung der Nachtdienstfolgen auf maximal vier Dienste befürwortet hatte.

Die Klägerin hat gemeint, der Beklagte müsse sie wie vor dem Erziehungsurlaub im Nachtdienst im Sieben-Tage-Rhythmus beschäftigen. Diese Verteilung der Arbeitszeit habe sie mit dem Beklagten vereinbart; jedenfalls habe sich ihre Arbeitspflicht auf eine Dienstfolge von sieben Tagen konkretisiert. Ungeachtet dessen sei sie wie vor dem Beginn ihres Erziehungsurlaubs zu beschäftigen. Die Anordnung eines im Zwei-Tage-Rhythmus zu leistenden Nachtdienstes sei unwirksam. Sie überschreite die Grenzen billigen Ermessens.

Die Klägerin hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt

festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin im Nachtdienst im sog. Sieben-Tage-Rhythmus zu beschäftigen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat diesem Feststellungsantrag stattgegeben und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat dem Feststellungsbegehren der Klägerin zu Unrecht entsprochen. Der Beklagte ist nicht verpflichtet, die Klägerin im Sieben-Tage-Rhythmus im Nachtdienst zu beschäftigen.

I. Entgegen der Auffassung der Revision war die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts nicht bereits mangels ordnungsgemäßer Begründung zu verwerfen. Die Berufungsbegründung entspricht den gesetzlichen Anforderungen.

1. Nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände enthalten, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Der Berufungskläger muss im Einzelnen angeben, in welchen Beziehungen und aus welchen Gründen er die rechtliche oder tatsächliche Würdigung des angefochtenen Urteils für unrichtig hält (BAG 21. November 2002 - 6 AZR 82/01 - BAGE 104, 16; 16. Juni 2004 - 5 AZR 529/03 -).

2. Dem genügt die Berufungsbegründung. Die Klägerin hat gerügt, das Arbeitsgericht habe verkannt, dass sie den im Sieben-Tage-Rhythmus verrichteten Nachtdienst auf Grund einer entsprechenden mündliche Absprache geleistet habe. Auch ihre Rüge, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht besondere Vereinbarungen zwischen dem Beklagten und den anderen im Nachtdienst beschäftigten Altenpflegern angenommen und habe übersehen, dass der Beklagte die Grenzen billigen Ermessens überschritten habe, indem er ihren Arbeitsplatz mit einer unverheirateten und kinderlosen Arbeitnehmerin besetzt habe, ist eine ausreichende Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des Arbeitsgerichts.

II. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass sich ein Anspruch der Klägerin auf Beschäftigung im Sieben-Tage-Rhythmus nicht aus einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien ergibt. Im schriftlichen Anschluss-Dienstvertrag vom 3. Februar 1997 ist die Verteilung der Arbeitszeit nicht geregelt. Nach § 7 des Vertrags wurden keine Sondervereinbarungen getroffen. Ob eine entsprechende mündliche Vereinbarung wegen des in § 8 Satz 2 des Anschluss-Dienstvertrags geregelten Schriftformgebots wirksam wäre, braucht nicht entschieden zu werden. Die Klägerin hat eine solche mündliche Abrede schon nicht schlüssig dargelegt. Entgegen ihrer Auffassung zwingt ihr vom 1. Februar 1997 bis zum 9. Oktober 1998 im Sieben-Tage-Rhythmus geleisteter Nachtdienst nicht zu der Annahme, dass eine solche Verteilung der Arbeitszeit auf eine vertragliche Abrede zurückgeht.

III. Auf Grund der Beschäftigung im Sieben-Tage-Rhythmus vom 1. Februar 1997 bis zum 9. Oktober 1998 ist auch keine Konkretisierung auf diese Verteilung der Arbeitszeit eingetreten. Eine Beschäftigungsdauer von nur ca. 20 Monaten erfüllt noch nicht das dazu erforderliche Zeitmoment. Auch fehlen besondere Umstände dafür, dass die Klägerin auch künftig nur noch im Sieben-Tage-Rhythmus eingesetzt werden sollte (vgl. BAG 7. Dezember 2000 - 6 AZR 444/99 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 61 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 23, zu III 2 der Gründe).

IV. Die Klägerin kann auch nicht verlangen wie vor Beginn ihres Erziehungsurlaubs beschäftigt zu werden. Die Anordnung des Beklagten vom November 2001, den Nachtdienst im Zwei-Tage-Rhythmus zu leisten, ist wirksam. Sie ist vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt.

1. Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Diese gesetzliche Regelung des Weisungsrechts ist allerdings erst am 1. Januar 2003 in Kraft getreten. In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war jedoch bereits anerkannt, dass das Direktionsrecht als Wesensmerkmal eines jeden Arbeitsverhältnisses es dem Arbeitgeber ermöglicht, die im Arbeitsvertrag nur

rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht im Einzelnen nach Zeit, Art und Ort zu bestimmen und dass dieses Recht nur nach billigem Ermessen iSv. § 315 Abs. 3 BGB ausgeübt werden darf (st. Rspr., vgl. 7. Dezember 2000 - 6 AZR 444/99 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 61 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 23 mwN).

2. Die Weisung des Beklagten, den Nachtdienst im Zwei-Tage-Rhythmus zu leisten, wahrt die Grenzen billigen Ermessens iSv. § 315 Abs. 3 BGB.

a) Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind (st. Rspr., vgl. BAG 13. März 2003 - 6 AZR 557/01 - AP BGB § 611 Arzt-Krankenhaus-Vertrag Nr. 47 = EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 1, zu II 1 der Gründe; 7. Dezember 2000 - 6 AZR 444/99 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 61 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 23, zu IV 1 der Gründe; 25. Oktober 1989 - 2 AZR 633/88 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 30, zu II 2 b aa der Gründe). Bei der vorzunehmenden Abwägung ist auf die Interessenlage der Parteien im Zeitpunkt der Ausübung des Direktionsrechts abzustellen (BAG 7. Dezember 2000 - 6 AZR 444/99 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 61 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 23, zu IV 2 der Gründe; 21. Januar 2004 - 6 AZR 583/02 - AP MTA-O § 12 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 2 d bb der Gründe). Ob eine solche Maßnahme billigem Ermessen entspricht, unterliegt der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle (BAG 11. Oktober 1995 - 5 AZR 1009/94 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 45 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 16, zu I 1 der Gründe; 24. April 1996 - 5 AZR 1031/94 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 48 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 18, zu 1 der Gründe; 17. Dezember 1997 - 5 AZR 332/96 - BAGE 87, 311, zu IV 1 der Gründe).

b) Das Interesse der Klägerin als Altenpflegerin in einer Einrichtung, in der im Tages- und Nachtdienst gearbeitet wird, geht zunächst dahin, dass die Verteilung ihrer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden es ihr ermöglicht, ihre beruflichen wie familiären Aufgaben zu erfüllen. Im Interesse der Klägerin liegt deshalb eine Arbeitszeit, die es ihr erlaubt, im Wechsel mit ihrem Ehemann ihre beiden minderjährigen Kinder zu beaufsichtigen und zu betreuen. Da ihr ebenfalls im pflegerischen Bereich tätiger Ehemann im Tagdienst arbeitet, ist das Interesse der Klägerin, ausschließlich im Nachtdienst beschäftigt zu werden, schutzwürdig. Der Beklagte hat dieses Interesse der Klägerin ausreichend berücksichtigt. Er hat die Arbeitszeit der Klägerin so bestimmt, dass diese ausschließlich Nachtdienst zu leisten hat.

c) Die Arbeitszeitverteilung des Beklagten überschreitet auch den Rahmen billigen Ermessens nicht, soweit sie einen Zwei-Tage-Rhythmus festlegt. Mit dieser Verteilung der Arbeitszeit kam der Beklagte einer Empfehlung des Amtes für Arbeitsschutz nach. Ein Zwei-Tage-Rhythmus schließt es zwar nicht aus, dass die Klägerin auch an Tagen zum Nachtdienst herangezogen wird, an denen ihr Ehemann nachts zur Rufbereitschaft eingeteilt ist. Die Klägerin hat jedoch erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 20. Februar 2003 behauptet, dass eine Abstimmung der von ihrem Ehemann nachts zu leistenden Rufbereitschaft mit dem von ihr zu verrichtenden Nachtdienst bei einem Zwei-Tage-Rhythmus erschwert oder unmöglich sei. Soweit das Landesarbeitsgericht auf Grund der Zeugenaussage des Ehemannes vom 20. Februar 2003 festgestellt hat, dass dieser im Wechsel mit seinem Arbeitgeber nachts im Sieben-Tage-Rhythmus zur Rufbereitschaft herangezogen wird und sein Arbeitgeber nicht zu einer Änderung der Rufbereitschaftseinteilung bereit ist, hat es zu Unrecht auf die Interessenlage der Parteien im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt. Bei der Ausübung seines Weisungsrechts und der darauf zurückgehenden Neuverteilung der Arbeitszeit nach dem Ende des Erziehungsurlaubs der Klägerin im November 2001 waren dem Beklagten die näheren Umstände der vom Ehemann der Klägerin zu leistenden Rufbereitschaft nicht bekannt. Er konnte sie deshalb nicht berücksichtigen (vgl. BAG 21. Januar 2004 - 6 AZR 583/02 - AP MTA-O § 12 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 2 d bb der Gründe). In ihrem an den Beklagten gerichteten Schreiben vom 4. Oktober 2001 hatte die Klägerin sich nur allgemein darauf berufen, eine Tätigkeit im Wohnheim "D" mit insgesamt drei Häusern und in wechselnden Einsatzschichten sei ihr wegen ihrer Kinder nicht zumutbar.

d) Auch soweit dem Beklagten bereits im November 2001 die besondere arbeitsvertragliche Beanspruchung des Ehemannes der Klägerin bekannt gewesen wäre, hätte die Verteilung der Arbeitszeit der Klägerin billigem Ermessen entsprochen.

aa) Dafür ist zunächst maßgebend, dass nach dem Ende des Erziehungsurlaubs der Klägerin auf Grund von Pflegesatzvorgaben des Kostenträgers eine Nachtdienststelle mit Sieben-Tage-Rhythmus im Haus 39 weggefallen war und im Haus 7, in dem die Nachtwachen im Zwei-Tage-Rhythmus organisiert sind, ein Arbeitsplatz frei war. Eine Besetzung dieses freien Arbeitsplatzes ohne größere Organisationsänderungen und unter Aufrechterhaltung der Lage der Arbeitszeit der anderen Altenpfleger lag im berechtigten Interesse des Beklagten. Hätte allerdings ein in den Häusern 37 oder 39 im Sieben-Tage-Rhythmus im Nachtdienst beschäftigter Altenpfleger mit entsprechender wöchentlicher Arbeitszeit mit der Klägerin den Arbeitsplatz tauschen und in den Zwei-Tage-Rhythmus im Haus 7

wechseln wollen, hätte der Beklagte ein solches Angebot bei der Neufestsetzung der Arbeitszeit der Klägerin beachten müssen. Zu einem solchen Tausch war jedoch kein Altenpfleger bereit.

bb) Die Berücksichtigung schutzwürdiger Belange des Arbeitnehmers bei der Ausübung des Direktionsrechts kann allerdings auch eine personelle Auswahlentscheidung des Arbeitgebers gegen den Willen eines anderen Arbeitnehmers erfordern, dessen Interessen weniger schutzwürdig sind. Bei der Verteilung der Arbeitszeit kommt deshalb auch ein vom Arbeitgeber ohne Einverständnis des Betroffenen angeordneter Arbeitsplatztausch in Betracht. Für eine solche personelle Auswahlentscheidung gelten jedoch nicht die Grundsätze zur sozialen Auswahl im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung (BAG 21. Januar 2004 - 6 AZR 583/02 - AP MTA-O § 12 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 2 d bb der Gründe). Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht deshalb angenommen, der Arbeitgeber habe bei der Ausübung seines Direktionsrechts wie beim Ausspruch einer Änderungskündigung nach § 2 KSchG eine soziale Auswahl in entsprechender Anwendung von § 1 Abs. 3 KSchG zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmern durchzuführen. Bei der Beurteilung, ob eine Leistungsbestimmung des Arbeitgebers kraft seines Direktionsrechts billigem Ermessen entspricht, ist maßgebend, ob nicht nur die Interessen des Arbeitgebers, sondern auch die des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt worden sind. Für die Feststellung, ob die Grenzen billigen Ermessens gewahrt oder überschritten sind, kommt es damit nicht unmittelbar auf eine Abwägung der Interessenlage verschiedener Arbeitnehmer an. Die Ausübung des Direktionsrechts berührt auch nicht wie bei einer betriebsbedingten Kündigung oder Änderungskündigung den Bestand oder den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses. Auch dann, wenn berechnete Belange eines von einer Anordnung des Arbeitgebers betroffenen Arbeitnehmers geringfügig schutzwürdiger sind als die eines von der Weisung nicht betroffenen Arbeitnehmers, kann die Ausübung des Direktionsrechts noch billigem Ermessen entsprechen, wenn der Arbeitgeber ein anzuerkennendes eigenes Interesse verfolgt. Dazu zählt auch, eine absehbare Beeinträchtigung des Betriebsfriedens zu vermeiden.

cc) Daran gemessen hatte der Beklagte entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht einer 1947 geborenen und seit Mai 1972 bei ihm beschäftigten Altenpflegerin gegen ihren Willen den Nachtdienst im Wohnheimverbund "D" zuzuweisen, um der Klägerin einen Nachtdienst im Sieben-Tage-Rhythmus zu ermöglichen. Er durfte ohne die Grenzen billigen Ermessens zu verletzen bei der getroffenen personellen Auswahlentscheidung berücksichtigen, dass jene Altenpflegerin im Gegensatz zur Klägerin nicht nur ca. 20 Monate lang, sondern bereits seit August 1988 und damit seit mehr als 13 Jahren im Sieben-Tage-Rhythmus im Nachtdienst beschäftigt war. Ungeachtet einer möglichen Konkretisierung der Arbeitspflicht dieser Arbeitnehmerin auf einen Nachtdienst im Sieben-Tage-Rhythmus, welche die Klägerin für sich schon nach ca. 20 Monaten beansprucht hat, und einer möglichen nicht im Interesse des Beklagten liegenden Auseinandersetzung darüber, ist es nicht zu beanstanden, wenn der Beklagte bei seiner personellen Auswahlentscheidung Rücksicht auf die langjährige Gewöhnung der Arbeitnehmerin an den Sieben-Tage-Rhythmus und auf eine entsprechende Lebensplanung genommen hat.

Schmidt Dr. Armbrüster Brühler D. Knauß Oye