

Betriebliche Übung und betriebsübliche Arbeitszeit bei Gleitzeit

1. Soll die jahrelang praktizierte Arbeitsfreistellung am Karnevalsdienstag für die Zukunft aufgehoben werden, liegt darin jedenfalls keine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit iSd § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

2. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG umfasst die Befugnis des Betriebsrats, initiativ zu werden, um für einen bestimmten Tag im Jahr Ausnahmen von der regulären Arbeitszeitregelung vorzusehen. Dafür kommt es nicht darauf an, ob die Arbeitnehmer individualrechtliche Ansprüche auf Arbeitsbefreiung an diesem Tag besitzen.

BAG vom 26.10.2004, 1 ABR 31/03 (A)

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Arbeitgeberin Arbeitsanweisungen für den Karnevalsdienstag zu unterlassen hat.

Die Beschäftigten der Arbeitgeberin in der Zweigniederlassung K. haben seit Jahrzehnten am Karnevalsdienstag dienstfrei. Für die Beschäftigten der AGIS gilt dies seit deren Gründung gleichermaßen.

Im Jahr 1971 wurde in der Zweigniederlassung eine Regelung über gleitende Arbeitszeiten eingeführt. Aus diesem Anlass teilte die Arbeitgeberin den Beschäftigten mit, ihr Arbeitszeitkonto werde für den freien Karnevalsdienstag mit 5,5 Stunden belastet. Der Umfang der vertraglich geschuldeten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit belief sich seinerzeit auf 40 Stunden. Seit November 1975 wurden die Arbeitszeitkonten für den Karnevalsdienstag mit vier Stunden, ab dem Jahr 1991 - nach der Reduzierung der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit auf 38 Stunden - mit nur noch 3,8 Stunden belastet. In einem Schreiben an die Mitarbeiter vom 24. Januar 1995 führte die Arbeitgeberin aus:

“(Wir) weisen ... ausdrücklich darauf hin, dass diese Karnevals-Gleitzeitregelung eine freiwillige, jederzeit widerrufliche Leistung der Gesellschaft ist. Sie begründet keinen Rechtsanspruch für die kommenden Jahre, auch nicht durch wiederholte gleichartige Handhabung.”

In den Folgejahren erhielten die Beschäftigten vor Beginn der Karnevalstage Schreiben zur “Arbeitszeitregelung Karneval” mit näheren Angaben zur Dienstzeitgestaltung. Die Schreiben waren auch vom Betriebsrat unterzeichnet.

Im Juni 1999 schloss die Arbeitgeberin mit dem Betriebsrat Zweigniederlassung eine “Betriebsvereinbarung über die Flexible Arbeitszeit” (BV Arbeitszeit). Nach deren Nr. 1 ist der Betrieb “an Werktagen (Montag bis Freitag) von 6.30 Uhr bis 20.00 Uhr geöffnet”. Nach Nr. 6.1, 6.7 der “Anlage zur Ziffer 6” kann jeder Mitarbeiter innerhalb der Öffnungszeiten Beginn und Ende seiner persönlichen Arbeitszeit selbst bestimmen. Ferner heißt es dort, die “tägliche Mindestarbeitszeit für Vollzeitmitarbeiter” betrage 3,8 Stunden.

Im Jahr 2001 unterrichtete die Arbeitgeberin die antragstellenden Betriebsräte davon, dass ab dem Jahr 2003 am Karnevalsdienstag regulär gearbeitet werden solle. Diese widersprachen. Verhandlungen der Beteiligten führten zu keinem Ergebnis. Im Dezember 2001 richtete die Arbeitgeberin an die Beschäftigten ein Schreiben mit auszugsweise folgendem Wortlaut:

“Vor dem Hintergrund eines zunehmenden Serviceverlangens unserer Kunden und eines schärfer werdenden Wettbewerbs lässt sich die bisherige großzügige Arbeitsbefreiung während der Karnevalstage und Schließung unserer Häuser nicht weiter im vollen Umfang aufrechterhalten. ...

Am Karnevalsdienstag ... werden die bisher geschlossenen Häuser geöffnet und im gesamten Innendienst in NRW kehren wir an diesem Tag zur Regelarbeitszeit zurück und erfüllen unsere Arbeits- und Serviceverpflichtung auf der Basis der Betriebsvereinbarung zur Flexiblen Arbeitszeit.

Um Ihnen ... den Einstieg in die neue Situation zu erleichtern, wird diese Regelung erstmalig im Jahr 2003 wirksam. ...”

Mit Schreiben vom 8. März 2002 leiteten die Betriebsräte das vorliegende Beschlussverfahren ein. Mit ihm haben sie begehrt, der Arbeitgeberin die Anordnung von

Arbeit am Karnevalsdienstag zu untersagen. Sie haben die Auffassung vertreten, die einseitige Aufhebung der Arbeitsbefreiung verletze ihr Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 BetrVG. Die Arbeitsbefreiung am Karnevalsdienstag sei für die Mitarbeiter Inhalt einer betrieblichen Übung geworden.

Die Betriebsräte haben beantragt,

1. der Arbeitgeberin zu untersagen, in der K. Niederlassung ab 2003 je für den Karnevalsdienstag die betriebsüblichen Arbeitszeiten (7,6 Stunden auf der Grundlage der Betriebsvereinbarung über die Flexible Arbeitszeit) anzuordnen, solange nicht sie - die Betriebsräte - der Maßnahme zugestimmt haben oder ein die Arbeitszeit an Karnevalsdienstagen betreffender rechtskräftiger Spruch der Einigungsstelle vorliegt;
2. der Arbeitgeberin für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung aus Ziff. 1 ein Ordnungsgeld bis zu 100.000,00 Euro anzudrohen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, mit der neuen Regelung für den Karnevalsdienstag habe sie keine mitbestimmungspflichtige Entscheidung getroffen. Sie sei lediglich zur betriebsüblichen Arbeitszeit zurückgekehrt. Eine betriebliche Übung sei schon deshalb nicht entstanden, weil die Regelungen zur Arbeitsbefreiung am Karnevalsdienstag auf Vereinbarungen mit dem Betriebsrat beruht und deshalb kollektiven Charakter besessen hätten. Unabhängig davon hätten diese stets nur von Jahr zu Jahr gegolten. In jedem Fall habe ihr Schreiben aus dem Jahr 1995 eine mögliche betriebliche Übung für die Zukunft beseitigt.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag zu 1. stattgegeben, ohne über den Antrag zu 2. zu entscheiden. Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin hat das Landesarbeitsgericht beide Anträge abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehren die Betriebsräte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung und die Androhung eines Ordnungsgelds entsprechend ihrem Antrag zu 2. mit Wirkung ab dem Jahr 2004.

Auszug aus den Gründen

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats Zweigniederlassung ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend entschieden. Dem Betriebsrat Zweigniederlassung steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu. Zwar hat er ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bei der Entscheidung darüber, ob am Karnevalsdienstag gearbeitet werden soll. Dies gilt unabhängig davon, ob die Beschäftigten auf Grund betrieblicher Übung individualrechtlich einen Anspruch auf Dienstbefreiung erworben haben. Der Betriebsrat hat aber sein Mitbestimmungsrecht durch Abschluss der BV Arbeitszeit ausgeübt. Diese sieht für den Karnevalsdienstag keine Ausnahme von der Mindestanwesenheitspflicht der Beschäftigten vor.

II. Die Anträge des Betriebsrats Zweigniederlassung sind zulässig.

1. Der Unterlassungsantrag bedarf der Auslegung.

a) Mit ihm begehrt der Betriebsrat, der Arbeitgeberin aufzugeben, es zu unterlassen, für Karnevalsdienstage "die betriebsüblichen Arbeitszeiten (7,6 Stunden auf der Grundlage der Betriebsvereinbarung über die Flexible Arbeitszeit) anzuordnen". Mit dieser Formulierung könnte sich die Anordnung von weniger als sechs Stunden Arbeitszeit ebenso vertragen wie die Anordnung von noch längerer Arbeitszeit. Beides würde dem Anliegen des Betriebsrats indessen nicht gerecht. Dieses geht ersichtlich dahin, der Arbeitgeberin aufzugeben, die Anordnung jeglicher Arbeitszeit am Karnevalsdienstag zu unterlassen, solange er nicht zugestimmt hat. Die Antragsformulierung greift lediglich die Ankündigung der Arbeitgeberin im Schreiben vom Dezember 2001 auf, es solle künftig im Umfang der "Regelarbeitszeit auf der Basis der Betriebsvereinbarung zur flexiblen Arbeitszeit" gearbeitet werden. Dem Betriebsrat geht es nicht um eine geringere Dauer der Anwesenheitszeit am Karnevalsdienstag, sondern um die Beibehaltung der vollständigen Dienstbefreiung.

2. Mit diesem Inhalt ist der Antrag zu 1. hinreichend bestimmt. Dies gilt ebenso für den Antrag zu 2. Dieser - erkennbar nur für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. gestellte - Antrag ist dahin zu verstehen, dass nicht schon ein Ordnungsgeld in bestimmter Höhe, sondern der mögliche Höchstbetrag eines erst bei tatsächlicher Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgelds angedroht werden möge.

III. Der Antrag zu 1. des Betriebsrats Zweigniederlassung ist nicht begründet. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht nicht.

1. Zwar kann sich der Betriebsrat gegen zu erwartende Verstöße des Arbeitgebers gegen ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 BetrVG unabhängig von den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG im Wege eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs wehren. Auch hat der Betriebsrat darüber mitzubestimmen, ob im Betrieb am Karnevalsdienstag gearbeitet werden soll oder nicht. Im Streitfall hat der Betriebsrat dieses Mitbestimmungsrecht aber mit Abschluss der BV Arbeitszeit bereits ausgeübt. Diese sieht eine Ausnahme von der 3,8-stündigen Mindestanwesenheitspflicht für den Karnevalsdienstag nicht vor. Daran ist der Betriebsrat, solange diese Betriebsvereinbarung gilt, gebunden.

2. Mit der Anordnung an die Beschäftigten, am Karnevalsdienstag die Regelarbeitszeit auf der Basis der BV Arbeitszeit einzuhalten, hat die Arbeitgeberin nicht gegen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG verstoßen. Danach hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit. Beides liegt nicht vor.

a) Betriebsübliche Arbeitszeit iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist die im Betrieb regelmäßig geleistete Arbeitszeit. Sie wird bestimmt durch den vertraglich geschuldeten regelmäßigen zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung und die für ihn erfolgte Verteilung auf einzelne Zeitabschnitte. Sie muss im Betrieb nicht einheitlich, sondern kann für verschiedene Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen unterschiedlich sein. Ist die Verteilung des vertraglich für einen bestimmten Zeitraum regelmäßig geschuldeten Arbeitszeitumfangs bis auf einzelne Wochentage vorgenommen worden, so ist die betriebsübliche Arbeitszeit die Dauer dieser regelmäßigen täglichen Arbeitszeit. Bei der genauen Festlegung ihres täglichen Umfangs und ihrer tageszeitlichen Lage hat der Betriebsrat mitzubestimmen nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, bei der vorübergehenden Verlängerung ihres so bestimmten regelmäßigen Zeitumfangs besteht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Bei diesem geht es um die Frage, ob vorübergehend überhaupt weniger oder mehr als betriebsüblich gearbeitet werden soll und von wem, und ggf. um die Festlegung des zeitlichen Umfangs der von den Arbeitnehmern abweichend vom Üblichen geschuldeten Arbeitsleistung.

b) Im Streitfall entspricht die betriebsübliche Arbeitszeit in der Zweigniederlassung der Verteilung der regelmäßig geschuldeten wöchentlichen Arbeitszeit von 38 Stunden auf die Tage von Montag bis Freitag nach Maßgabe der BV Arbeitszeit. Danach sind die Beschäftigten berechtigt, bis zu einer täglichen Höchstarbeitszeit von zehn Stunden innerhalb des Zeitrahmens von 6.30 Uhr bis 20.00 Uhr den Umfang ihrer Arbeitszeit selbst zu bestimmen. Vollzeitbeschäftigte haben allerdings eine tägliche Mindestarbeitszeit von 3,8 Stunden einzuhalten. Eine Ausnahme von der Mindestanwesenheitspflicht für den Karnevalsdienstag ist nicht vorgesehen. Gleichwohl war der Karnevalsdienstag seit Jahrzehnten und auch noch nach Abschluss der BV Arbeitszeit bis zum Jahr 2002 von einer Arbeitspflicht ausgenommen. Ob die Arbeitsbefreiung am Karnevalsdienstag auf Grund dieser jahrelangen Praxis ebenfalls betriebsüblich geworden ist, kann im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dahinstehen. Wäre die Betriebsüblichkeit zu bejahen, so würde die Anordnung von Arbeit am Karnevalsdienstag zwar die Verlängerung der für die Karnevalstage betriebsüblichen Arbeitszeit darstellen. Diese Verlängerung sollte jedoch nicht nur vorübergehend gelten.

aa) Eine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit liegt vor, wenn es sich um eine Abweichung von dem allgemein geltenden Zeitvolumen mit anschließender Rückkehr zur betriebsüblichen Dauer der Arbeitszeit handelt. Ob eine Verlängerung der Arbeitsleistung vorübergehend oder dauerhaft erfolgt, hängt davon ab, ob sie die regelmäßige betriebliche Arbeitszeit in ihrer Regelmäßigkeit und als die "normale" betriebliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer unverändert lässt oder gerade diese Norm ändert und zu einer neuen regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit führt. Maßgeblich ist damit, ob die bisherige

betriebsübliche Arbeitszeit die "übliche" bleibt und die Arbeitszeitverteilung bezüglich der einzelnen Arbeitnehmer weiterhin prägt.

bb) Hier sollte, geht man mit dem Betriebsrat vom Bestehen einer entsprechenden Betriebsüblichkeit aus, die für die Karnevalstage übliche Arbeitszeit dauerhaft geändert werden. Nach den Vorstellungen der Arbeitgeberin soll sich die Arbeitszeit auf den Karnevalsdienstag nicht nur ausnahmsweise, sondern auf unabsehbare Zeit erstrecken. Damit ist der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht eröffnet.

3. Die Arbeitgeberin hat auch nicht gegen ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verstoßen. Danach hat der Betriebsrat mitzubestimmen über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage. Das hat der Betriebsrat hier durch Abschluss der BV Arbeitszeit bereits getan.

a) Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 Nr. 2 BetrVG umfasst sämtliche mit der Lage und Verteilung der Arbeitszeit verbundenen Fragen. Es dient dem Zweck, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage ihrer Arbeitszeit und damit zugleich ihrer freien und für die Gestaltung des Privatlebens nutzbaren Zeit zur Geltung zu bringen. Dem Mitbestimmungsrecht unterliegt es deshalb auch, ob von einer regulären Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage im Einzelfall abgewichen werden soll. Dabei hat der Betriebsrat nicht nur mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber von der regulären Verteilung abweichen will. Der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG umfasst vielmehr auch ein darauf gerichtetes Initiativrecht des Betriebsrats. Dieser kann verlangen, dass Ausnahmen von der regulären (mitbestimmten) Verteilung vorgesehen werden; können sich die Betriebsparteien nicht verständigen, entscheidet die betriebliche Einigungsstelle.

c) Für das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts kommt es - anders als die Vorinstanzen und die Beteiligten gemeint haben - nicht darauf an, ob die Arbeitnehmer - etwa auf Grund betrieblicher Übung - individualrechtlich einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung an einem bestimmten Tag des Jahres erworben haben. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG besteht unabhängig davon, ob die Beschäftigten vertraglich eine bestimmte Arbeitszeitgestaltung verlangen können. Erst bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die kollektiven Arbeitszeitregelungen auch individualrechtlich umsetzbar sein müssen. So mag es für den Arbeitgeber unzumutbar sein, sich auf eine kollektive Arbeitszeitregelung einzulassen, die mit betriebsvereinbarungsfesten Vertragspositionen von Arbeitnehmern kollidiert, die nur durch Änderungskündigung beseitigt werden könnten.

Im Streitfall könnten deshalb vertragliche, aus betrieblicher Übung resultierende Ansprüche der Arbeitnehmer auf Dienstbefreiung am Karnevalsdienstag allenfalls dazu führen, dass diese auch kollektivrechtlich beachtet werden müssten. Sie stünden dagegen nicht schon dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrat als solchem entgegen. Bestehen solche Ansprüche nicht, ist das Mitbestimmungsrecht durch sie nicht einmal inhaltlich berührt.

d) Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG umfasst nicht die Frage, ob eine mögliche Dienstbefreiung an einem bestimmten Tag des Jahres mit einer entsprechenden Herabsetzung des vertraglich geschuldeten Arbeitszeitvolumens einhergeht. Der zeitliche Umfang der von den Arbeitnehmern vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung ist Bestandteil des mitbestimmungsfreien Synallagmas der Arbeitsverträge. Falls insoweit vertragliche Minderungsansprüche der Arbeitnehmer bestehen sollten, könnten sie nur von diesen selbst geltend gemacht werden.

e) Im vorliegenden Fall hat der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG durch den Abschluss der BV Arbeitszeit bereits ausgeübt. Diese regelt abschließend Fragen der Arbeitszeit in der Zweigniederlassung K. Sie sieht Ausnahmen von der Mindestarbeitszeit von 3,8 Stunden für den Karnevalsdienstag nicht vor. Mit der Anordnung an die Beschäftigten, an diesem Tag regulär zu arbeiten, weicht die Arbeitgeberin von der bestehenden und mitbestimmten Arbeitszeitregelung nicht ab, sondern verlangt deren Einhaltung. Das vermag Unterlassungsansprüche des Betriebsrats nicht zu begründen.