

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 1 Sa 359/08**

3 Ca 647 a/08 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 07.04.2009

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 07.04.2009 durch die Präsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen ... und den ehrenamtlichen ...

### **für Recht erkannt:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 06.08.2008 - 3 Ca 647 a/08 - abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin für das Jahr 2007 drei zusätzliche Urlaubstage zu gewähren.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, einen Ausgleich für Bereitschaftsdienste zu gewähren, wenn die Klägerin mehr als 48 Bereitschaftsdienste pro Jahr leistet, die einen Zeitraum von mindestens 2 Stunden in der Nacht zwischen 23:00 und 6:00 Uhr umfassen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Die Revision wird zugelassen.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

#### binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

#### zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revision und Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Revisionschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Über-

tragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de).

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

### **Tatbestand**

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Gewährung zusätzlichen Urlaubs, hilfsweise einen angemessenen finanziellen Ausgleich für das Ableisten von Nacharbeit während des Bereitschaftsdienstes.

Die Klägerin ist Krankenpflegerin: Seit 12 Jahren ist sie bei der Beklagten als Anästhesie-Schwester beschäftigt und erhält eine Vergütung von rund 2.400,00 Euro brutto monatlich. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Vorschriften des TVöD Anwendung. Die Klägerin ist in Vollzeit beschäftigt und muss Bereitschaftsdienst leisten. Sie wird jährlich zu 52 Diensten eingeteilt, so auch in den Jahren 2006 und 2007. Der Bereitschaftsdienst beginnt nach Ende der Tagesschicht gegen 16:00 Uhr bzw. 17:30 Uhr und dauert bis zum nächsten Morgen um 7:30 Uhr bzw. 9:00 Uhr, abhängig vom jeweiligen Wochentag. Der Dienst umfasst auch die Nachtzeit von 21:00 Uhr bis 6:00 Uhr.

In den Jahren 2006 und 2007 war die Klägerin zu jeweils 52 Bereitschaftsdiensten eingeteilt und leistete davon im Jahre 2006 50 Bereitschaftsdienste und im Jahr 2007 43 Bereitschaftsdienste ab. An den übrigen eingeteilten Diensten war sie arbeitsunfähig erkrankt. Ein Zusatzurlaub für die in der Nachtzeit angefallenen Stunden des Bereitschaftsdienstes bzw. ein entsprechender finanzieller Ausgleich wurde der Klägerin nicht gewährt. Die Klägerin forderte für die im Jahr 2006 geleisteten Bereitschaftsdienste von der Beklagten erstmalig mit Schreiben vom 18.09.2007 einen Ausgleich. Für das Jahr 2007 hat sie dies mit Klagerhebung vom 07.04.2008 vorgenommen.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie könne für die abgeleisteten Bereitschaftsdienste Zusatzurlaub für Nachtarbeit gemäß § 53 TVöD-BT-K verlangen. Danach erhielten Beschäftigte, die mindestens 150 Nachtarbeitsstunden leisteten, einen Arbeitstag, bei 300 Nachtarbeitsstunden zwei Arbeitstage und ab 450 Nachtarbeitsstunden drei Arbeitstage Zusatzurlaub. Nachtarbeit sei im Sinne des Tarifvertrages gemäß § 7 Abs. 5 TVöD die Arbeitszeit zwischen 21:00 Uhr abends und 6:00 Uhr morgens. Im Jahre 2006 seien mithin 450 Nachtarbeitsstunden und im Jahr 2007 387 Nachtarbeitsstunden angefallen, für die Zusatzurlaub zu gewähren sei. Sollte der Tarifvertrag keinen Ausgleich für die während der Bereitschaftsdienstzeit erbrachten Nachtdienste vorsehen, stehe der Klägerin hilfsweise ein Anspruch nach § 6 Abs. 5 Arbeitszeitgesetz auf eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen finanziellen Ausgleich zu.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin für die Jahre 2006 und 2007 jeweils drei zusätzliche Urlaubstage zu gewähren, hilfsweise einen angemessenen finanziellen Ausgleich.
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin einen Ausgleich für Bereitschaftsdienste zu gewähren, wenn die Klägerin mehr als 48 Bereitschaftsdienste pro Jahr leistet, die einen Zeitraum von mindestens zwei Stunden in der Nachtzeit zwischen 23:00 Uhr und 6:00 Uhr umfassen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Meinung vertreten, der maßgebliche Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis sei nicht der TVöD-BT-K, sondern nur der TVöD-K. Gemäß dessen § 27 Abs. 3.1 u. 3.2 erhielten Beschäftigte Zusatzurlaub nur für die Nachtarbeitsstunden, die während der regelmäßigen Arbeitszeit gemäß § 6 TVöD-K geleistet sind. Gemäß § 8.1 Abs. 5 TVöD-K erhielten Beschäftigte für Bereitschaftsdienste nur Feiertagszuschläge im Übrigen aber keine weiteren. Auch ein Anspruch aus § 6 Abs. 5 Arbeitszeitgesetz bestehe nicht. Denn ein finanzieller Ausgleich auch für während des Bereitschaftsdienstes geleistete Nachtdienste sei in § 8.1 TVöD-K bereits enthalten. Eventuelle Ansprüche der Klägerin für 2006 seien im Übrigen gemäß § 37 TVöD-K verfallen.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 06.08.2008 die Klage abgewiesen und ausgeführt, es sei der TVöD-K anzuwenden, der einen Ausgleich für im Bereitschaftsdienst geleistete Nachtstunden nicht vorsehe. § 8 TVöD-K stelle eine Ausgleichsregelung i.S. des § 6 Abs. 5 ArbZG dar. Gegen dieses am 12.09.2008 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 30.09.2008 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist am 12.12.2008 begründet.

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt sie vor, sie mache Ansprüche für das Jahr 2006 nicht mehr geltend, verlange aber einen Ausgleich für das Jahr 2007 und Klarstellung für die Zukunft. Ein Anspruch ergebe sich aus § 27 TVöD-K, wonach für Nachtarbeit Zusatzurlaub zu gewähren sei. Bereitschaftsdienst gehöre ebenfalls zur regelmäßigen Arbeitszeit. Folge man dieser Auffassung nicht, ergebe sich der Anspruch zumindest aus § 6 Abs. 5 ArbZG. Eine tarifliche Ausgleichsregelung gebe es dann nämlich nicht. Der Ausschluss von Ansprüchen stelle nicht eine angemessene Ausgleichsregelung dar. Die Argumentation, dass § 35 BAT für Bereitschaftsdienste Überstundenvergütung vorgesehen habe, erlaube nicht den Schluss, dass damit auch die Belastungen der Nachtarbeit abgegolten sein sollten. Bereitschaftsdienste fielen außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an und stellten somit bei Vollzeitkräften regelmäßig Überstunden dar. Damit stelle der Überstundenzuschlag keinen Ausgleich für Nachtarbeit dar. Auch die Art der Bewertung der Bereitschaftsdienstzeiten als Arbeitszeit stelle keinen Ausgleich dar. Eine Ausgleichsregelung sei seinerzeit im BAT auch nicht notwendig gewesen, weil Bereitschaftsdienstzeit als Ruhezeit betrachtet worden sei. Auch die Pauschalierung erlaube nicht den Schluss, dass die besonderen Belastungen der Nachtarbeit abgegolten werden sollten. Auch die Änderung der Pauschalen nach Einführung des TVöD spreche nicht für eine Berücksichtigung. Sie sei vielmehr darauf zurückzuführen, dass die Bewertung der Arbeitsleistung von vier auf drei Stufen geändert worden sei.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin für das Jahr 2007 drei zusätzliche Urlaubstage zu gewähren, hilfsweise einen angemessenen finanziellen Ausgleich zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, einen Ausgleich für Bereitschaftsdienste zu gewähren, wenn die Klägerin mehr als 48 Bereitschaftsdienste pro Jahr leistet, die einen Zeitraum von mindestens zwei Stunden in der Nacht zwischen 23.00 Uhr und 06.00 Uhr umfassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, die Tarifvertragsparteien hätten mit der Höhe der Bereitschaftsdienstvergütung pauschal alle Erschwernisse des Bereitschaftsdienstes abgelden wollen. Der finanzielle Ausgleich für die Nacharbeit sei im TVöD-K bereits berücksichtigt. Bereitschaftsdienst zähle nicht zur regelmäßigen Arbeitszeit. Überstunden seien als Vollzeitarbeit zu leisten, während der Bereitschaftsdienst auch Zeiten ohne Arbeitsleistung enthalte. Daher sei zwischen Bereitschaftsdienst und Überstunden zu unterscheiden. Schon vor Inkrafttreten des ArbZG am 01.01.2004 habe die Bereitschaftsdienstvergütung einen Ausgleich für Dienste zu ungünstigen Zeiten enthalten. Eine Anpassung der Formulierung sei daher nicht erforderlich gewesen. Aus der Höhe der Bereitschaftsdienstvergütung lasse sich ohne Weiteres ableiten, dass auch die besondere Belastung der Beschäftigten berücksichtigt worden sei. Anders lasse sich nicht erklären, dass jemand, der nicht einmal die Hälfte der Zeit arbeite, ein Entgelt erhalte, das 90 % der Vollzeitbeschäftigung entspreche. Selbst bei Zusammenrechnen aller möglichen Zuschlagsarten ohne Feiertagsvergütung komme man nicht auf eine Verdoppelung der Entgelte.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg.

Die Klage ist zu beiden Anträgen zulässig und begründet. Das gilt auch für den Antrag zu 2., für den ein Feststellungsinteresse besteht. Angesichts der wechselseitigen Positionen der Parteien ist es notwendig, auch für die Zukunft zu klären, inwieweit ein Ausgleich für Nachtdienste während des Bereitschaftsdienstes zu leisten ist.

Der Anspruch der Klägerin ergibt sich aus § 6 Abs. 5 ArbZG. Danach hat der Arbeitgeber, soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, dem Nachtarbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung besteht nicht.

Maßgeblich für das Arbeitsverhältnis der Parteien ist der TVöD-K, der in § 27 Abs. 3.1 zwar vorsieht, dass Beschäftigte für Nachtarbeitsstunden einen Ausgleich erhalten, was jedoch nach § 27 Abs. 3.2 nur für die im Rahmen der „regelmäßigen Arbeitszeit“ in der Zeit zwischen 21 und 6 Uhr dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich geleisteten Nachtarbeitsstunden gilt. Da die Definition der regelmäßigen Arbeitszeit“ in § 6 TVöD-K die Bereitschaftsdienststunden nicht erfasst, ist nach § 27 TVöD-K ein Ausgleich für während der Bereitschaftsdienststunden geleistete Nachtarbeit ausgeschlossen.

Dass Bereitschaftsdienst nicht zur regelmäßigen Arbeitszeit gehört, folgt zum einen aus der Natur der Sache, zum anderen daraus, dass § 6 Abs. 5 die Beschäftigten im Bedarfsfall verpflichtet, verschiedene zusätzliche Dienste zu verrichten, darunter Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft, Überstunden und Mehrarbeit. Die Aneinanderreihung dieser verschiedenen Dienste, von denen jedenfalls Überstunden und Mehrarbeit nicht zur regelmäßigen Arbeitszeit gehören, lässt deutlich werden, dass die Bereitschaftsdienste nach dem Willen der Tarifvertragsparteien ebenfalls nicht als regelmäßige Arbeitszeit betrachtet werden sollte. Daher kann auch vorliegend trotz der hohen Anzahl (52 Dienste jährlich) nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin ihre Bereitschaftsdienste innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit geleistet hat.

Die Klägerin war im Jahr 2007 Nachtarbeitnehmerin i.S. des § 2 Abs. 5 ArbZG, wobei allerdings Nachtarbeit i.S. dieses Gesetzes lediglich in der Zeit von 23:00 bis 6:00 Uhr anfällt.

Tarifvertragliche Ausgleichsregelungen bestehen nicht. Entgegen der Auffassung der Beklagten sehen die Regelungen im TVöD-K nicht einen Ausgleich für Nachtarbeit während des Bereitschaftsdienstes vor.

Nach § 27 Abs. 3.2 TVöD-K ist ein Zusatzurlaub für Nachtarbeit während der Bereitschaftsdienste nicht vorgesehen. Eine Erhöhung der Vergütung zum Ausgleich der Nachtarbeit, was zulässig wäre, ist auch nicht erfolgt.

Eine Ausgleichsregelung ergibt sich auch nicht aus der Höhe des Bereitschaftsdienstentgelts, § 8.1 TVöD. Hier wird die während des Bereitschaftsdienstes erbrachte Arbeitsleistung je nach zeitlicher Inanspruchnahme mit einer bestimmten Quote, die zwischen 60 und 90 % liegt, als Arbeitszeit gewertet.

Soweit die Beklagte sich darauf beruft, dass die Bewertung des Bereitschaftsdienstes gegenüber dem BAT angehoben worden ist, kann dies nicht begründen, dass ein Ausgleich für Nachtarbeit berücksichtigt ist. Mit der Vereinbarung des neuen Tarifvertrages wurde die Zahl der Bereitschaftsdienststufen um eine reduziert, so dass schon deshalb Änderungen geboten waren.

Der Beklagten ist zuzugestehen, dass in der Stufe III eine rund doppelt so hohe Bewertung der Inanspruchnahme erfolgt, nämlich bei einer Arbeitsleistung von 40 bis 49 % erfolgt eine Bewertung als Arbeitszeit mit 90 %. Diese pauschale Bewertung berücksichtigt aber nicht, dass Bereitschaftsdienste üblicher Weise auch zu anderen Zeiten als nachts, namentlich wochenends und an Feiertagen, geleistet werden. Für die Feiertagsarbeit ist ausdrücklich ein Zeitzuschlag vorgesehen, § 8.1 Abs. 5 TVöD-K, während für die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit Zeitzuschläge nach § 8 TVöD-K nicht gezahlt werden. Hinzu kommt, dass auch die Anlage G zum TVöD-K, nach der das Entgelt für die Bereitschaftsdienstzeit zu ermitteln ist, § 8 Abs. 4 TVöD-K, nicht zwischen Bereitschaftsdienstarbeit während der Nacht und des Tages unterscheidet.

Auch der Vergleich zur Vorgängerregelung lässt nicht deutlich werden, dass die Tarifvertragsparteien die Nachtarbeit mit der Bereitschaftsdienstvergütung ausgleichen wollten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der BAT einen Ausgleich vorsah. Die tarifvertragliche Struktur ist gerade im Bereich der Vergütung der Bereitschaftsdienste von den Tarifvertragsparteien so umgestaltet worden, dass sich aus früheren Regelungen nicht Erkenntnisse zur heutigen Regelung gewinnen lassen.

Insgesamt lässt sich daher nicht feststellen, dass die Tarifvertragsparteien mit dem Bereitschaftsdienstentgelt einen Ausgleich der Nachtarbeit geregelt haben.

Der Anspruch der Klägerin ergibt sich danach aus § 6 Abs. 5 ArbZG: Danach ist die Beklagte verpflichtet, für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Die Beklagte, der das Recht, die Leistung zu bestimmen, zusteht, hat sich hierzu nicht geäußert. Sie hat weder die Art des von der Klägerin gewünschten Ausgleichs noch den Umfang in Frage gestellt. In Ermangelung anderer Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte, sofern ein Anspruch überhaupt besteht, Art und Umfang des von der Klägerin gewünschten Ausgleichs für angemessen hält.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 ZPO.

Die Revision ist wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Streitsache zuzulassen.

Gez. ...           gez. ...           gez. ...