

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 4 Sa 62/15

4 Ca 1860/14 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 06.08.2015

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 06.08.2015 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtliche Richterinnen ... als Beisitzerinnen und d. ehrenamtliche Richterinnen ... als Beisitzerinnen

für Recht erkannt:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 21.01.2015 – 4 Ca 1860/14 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten im Wege einer negativen Feststellungsklage über die Frage, ob der Beklagte gegen die Klägerin für den Zeitraum von Januar bis Juni 2014 Anspruch auf Zahlung wegen unterbliebener Einteilung in Rufbereitschaftsdienste hat. Der Beklagte ist Arbeitnehmer der Klägerin, die in L... ein Krankenhaus betreibt.

Der Beklagte trat am 1. August 1989 in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Klägerin ein. Er ist bei der Klägerin als Facharzt in der Abteilung Anästhesie, Intensivmedizin und Schmerztherapie beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der TV-Ärzte/VKA Anwendung.

Unter dem 13. März 2000 schloss der Beklagte mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine Nebenabrede zum Arbeitsvertrag, wonach der Beklagte mit Wirkung vom 1. Januar 2000 verpflichtet ist, außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit Rufbereitschaft zu leisten. Bis zum Herbst 2011 teilte die Rechtsvorgängerin der Klägerin beziehungsweise die Klägerin ihn zur Leistung von Rufbereitschaft ein. Im Herbst 2011 legte der Beklagte der Klägerin eine fachärztliche Bescheinigung des Dr. S... vom 9.9.2011 vor, in der dieser ausführt, aus fachärztlich orthopädisch/neurochirurgischer Sicht sei der Beklagte zur Zeit für den kumulierten Dienst und anderen Dienst auf der Intensivstation auf keinen Fall länger als 3 - 4 Stunden einsetzbar, für den allgemeinen anästhesiologischen Dienst bestünden keine Einschränkungen. Wegen des weiteren Inhalts dieser Bescheinigung wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 50 d.A.).

Die Klägerin setzte den Beklagten daraufhin nicht mehr während der regelmäßigen Arbeitszeit auf der Intensivstation ein und berücksichtigte ihn auch nicht mehr bei der Rufbereitschaft.

Der Beklagte forderte die Klägerin mehrfach auf, ihn wieder zu Rufbereitschaftsdiensten einzuteilen. Schließlich machte er außergerichtlich gegenüber der Klägerin aufgrund der Nichteinteilung zu diesen Diensten mit Schreiben vom 21. Januar 2013 eine Forderung in Höhe von € 17.694,72 brutto geltend. In einem darüber geführten

Vorprozess (Arbeitsrecht Lübeck (5 Ca 389/13) erhob die Klägerin negative Feststellungsklage mit den Anträgen auf Feststellung, dass der Beklagte ihr gegenüber keinen Anspruch auf Ableisten von Rufbereitschaftsdiensten habe, solange er aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sei, drei oder mehr Stunden auf der Intensivstation tätig zu sein; weiterhin auf Feststellung, dass der Beklagte ihr gegenüber keinen Anspruch auf Zahlung von € 17.694,72 brutto habe.

Das Arbeitsgericht hat in diesem Vorprozess die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, mangels Feststellungsinteresse sei die Klage nicht zulässig, zudem aber auch nicht begründet.

Der Beklagte hat dagegen seinerzeit vor dem Landesarbeitsgericht Berufung eingelegt (6 Sa 246/13) und das Landesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 18. Dezember 2013 gemäß § 278 Abs. 6 Satz 2 ZPO das Zustandekommen eines gerichtlichen Vergleichs mit folgendem Inhalt festgestellt:

1. „ Der Beklagte erklärt, dass er gesundheitlich ohne Einschränkung in der Lage ist, Rufbereitschaftsdienst zu leisten und die gegebenenfalls auf der Intensivstation anfallenden Arbeiten zu verrichten. Der Beklagte wird der Klägerin eine ärztliche Stellungnahme eines ihn behandelnden Arztes vorlegen, die diese Erklärung des Beklagten bestätigt. Die Klägerin wird den Beklagten im Hinblick auf diese beiden Erklärungen ab Januar 2014 wieder zum Rufbereitschaftsdienst einteilen.
2. Die Klägerin zahlt an den Beklagten für bis Ende 2013 entgangene Rufbereitschaftsdienst 16.000 ,-- € brutto. Die Parteien sind sich einig, dass weitergehende Ansprüche wegen entgangener Rufbereitschaftsdienste nicht bestehen.
3. Damit ist dieser Rechtsstreit erledigt.

4. Hinsichtlich der Kosten erster Instanz bleibt es bei der Entscheidung des Arbeitsgerichts. Von den Kosten der Berufung trägt die Klägerin $\frac{3}{4}$ und der Beklagte $\frac{1}{4}$.

Der Beklagte legte der Klägerin Ende des Jahres 2013 eine fachärztliche Bescheinigung des Dr. S... vom 16. Dezember 2013 vor, die folgenden Inhalt hat:

„Herr Dr. M... kann gesundheitlich ohne Einschränkung **Rufbereitschaftsdienste** leisten und die gegebenenfalls auf der Intensivstation anfallenden Arbeiten erledigen.

So wie schon 2011 bescheinigt ist der kumulierte Dienst auf der Intensivstation auf keinen Fall länger als 3 – 4 Stunden einsetzbar. In den 12 Jahren abgeleiteter Rufdienste ist diese Situation nie entstanden.“

Auch nach Vorlage dieser fachärztlichen Bescheinigung teilte die Klägerin den Beklagten in der Zeit von Januar bis einschließlich Juni 2014 nicht zu Rufbereitschaftsdiensten ein.

Der Beklagte beehrte mit Schreiben vom 30. Juni 2014 eine Entschädigung in Höhe von 9.050,85 € wegen entgangener Rufbereitschaften in der Zeit von Januar bis Juni 2014. (Bl. 14, 15 d.A.)

Die Klägerin lehnte die Zahlung ab und hat am 30. Juli bei 2014 die streitgegenständliche negative Feststellungsklage erhoben.

In einer weiteren fachärztlichen Bescheinigung des Dr. S... vom 16. Oktober 2014 heißt es:

„Herr Dr. M... kann gesundheitlich ohne Einschränkung **Rufbereitschaftsdienste** leisten und die gegebenenfalls auf der Intensivstation anfallenden Arbeiten erledigen.

Exakt die gleiche medizinische Aussage habe ich am 16.12.2013 getroffen.“

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dem Beklagten stehe der von ihm geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht zu, denn er habe die Voraussetzungen der Ziffer 1 des Vergleichs nicht erfüllt, weil er nicht die uneingeschränkte Einsetzbarkeit auf der Intensivstation nachgewiesen habe.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, dass der Beklagte ihr gegenüber keinen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 9.050,85 € brutto für den Zeitraum Januar bis Juni 2014 hat.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, die Klage sei bereits mangels eines Feststellungsinteresses unzulässig. Auch sei sie unbegründet. Die Klägerin habe ihn zu Unrecht nicht zu Rufbereitschaftsdiensten eingeteilt. Er habe durch Vorlage der fachärztlichen Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 die Anforderung der Ziffer 1 des Vergleichs erfüllt. Dies gelte auch vor dem Hintergrund, dass ein längerer zeitlicher Einsatz als in der fachärztlichen Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 ausgewiesen auf der Intensivstation nicht zu erwarten sei. In der Vergangenheit habe der Einsatzzeitraum dort im Rahmen von Rufbereitschaften nie länger als 3 – 4 Stunden betragen. Das Vorgehen der Klägerin sei tarifwidrig, da nach den tarifvertraglichen Vorschriften Rufbereitschaft nur dann vorliege, wenn sie im zeitlichen Umfang nicht einem Regeldienst gleiche. Dies sei bei längeren Einsätzen als 3 - 4 Stunden jedoch der Fall.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Der Beklagte habe sich gegenüber der Klägerin eines Zahlungsanspruches berüht. Dies reiche für die Annahme eines Feststellungsinteresses aus. Die Klage sei auch begründet. Der Beklagte habe die Voraussetzungen nach Ziffer 1 des Vergleichs zur Wiedereinteilung zu Rufbereitschaften nicht erfüllt. Der begutachtende Facharzt habe in der Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 ausdrücklich angegeben, dass der kumulierte Dienst auf der Intensivstation auf keinen Fall länger als 3 - 4 Stunden „einsetzbar“ sei. Im Verhalten

der Klägerin liege keine Tarifwidrigkeit. Für die Annahme von Rufbereitschaftsdiensten komme es allein darauf an, dass die abzuleistenden Einsätze nicht von vornherein auf gesamte Tagesvolumina lauteten. Indes bedeute dies nicht, dass bei der bloßen Voraussetzung einer uneingeschränkten Leistungsfähigkeit des Beklagten auf der Intensivstation auch über einen Zeitraum von länger als 3 - 4 Stunden ein Regeldienst anzunehmen sei. Dies bedeute nur, dass im Falle der Auslösung einer Rufbereitschaft auf der Intensivstation sichergestellt sein müsse, dass der Beklagte bei entsprechenden medizinischen Notwendigkeiten auch für einen längeren Zeitraum als lediglich 3 - 4 Stunden einsetzbar sei.

Der Beklagte hat gegen das ihm am 2. Februar 2015 zugestellte Urteil am 23. Februar 2015 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung Berufungsbegründungsfrist bis 4. Mai 2015 am 4. Mai 2015 begründet.

Der Beklagte meint, die Klage sei unzulässig. Insoweit gelte, was das Arbeitsgericht Lübeck bereits im früheren Rechtsstreit zwischen den Parteien ausgeführt habe. Die negative Feststellungsklage sei nicht vollstreckungsfähig und daher nicht geeignet, den von der Klägerin angestrebten Rechtsfrieden herzustellen. Im Übrigen sei die Klage auch nicht begründet. Er habe die Verpflichtung aus Ziffer 1 des Vergleichs erfüllt. Der ärztlichen Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 sei zu entnehmen, dass er ohne Einschränkung Rufbereitschaftsdienste leisten könne. Der Hinweis des Dr. S... auf die maximal 3 - 4 Stunden stehe dem nicht entgegen. Denn in den letzten zwölf Jahren abgeleiteter Rufdienste sei diese Situation nie entstanden. Aufgrund dieser Erfahrungswerte sei deshalb auch von seiner uneingeschränkten Einsetzbarkeit in den Rufbereitschaftsdiensten auszugehen. Die Klägerin verkenne zudem die tariflichen Voraussetzungen für die Anordnung von Rufbereitschaftsdiensten. Diese seien nur anzuordnen, wenn erfahrungsgemäß lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfalle. Da die Klägerin dies beachten müsse, könne sie sich auch nicht darauf berufen, dass er – Beklagter - gegebenenfalls länger als 3 - 4 Stunden eingesetzt werden müsse. Wenn es jemals einen längeren Rufbereitschaftsdienst eines Facharztes auf der Intensivstation gegeben habe oder geben werde, dann dürfe die Klägerin diesen Umstand nicht durch die Anordnung von Rufbereitschaftsdienst regeln. Rufbereitschaft sei ein Hintergrunddienst. Im Vordergrunddienst seien Ärztinnen und Ärzte

permanent auf der Intensivstation tätig. Auch deshalb könne es nicht die Notwendigkeit geben, einen im Rufdienst eingeteilten Arzt stets und ständig - auch nicht in der Summe – in die Klinik zu holen, um während der Dauer der Rufbereitschaftsdienste ärztliche Arbeit auf der Intensivstation abzuleisten.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom ein 21. Januar 2015
- 4 Ca 1860/14 - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrages. Sie stellt entscheidend darauf ab, dass der Kläger ausweislich der fachärztlichen Bescheinigung vom 18. Dezember 2013 nicht uneingeschränkt einsetzbar sei, sondern nur in einem Zeitraum von bis zu 3 - 4 Stunden. Damit sei die Voraussetzung des Vergleiches nicht erfüllt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird Bezug genommen auf den Inhalt der in der Berufung gewechselten Schriftsätze.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Beklagten ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat mit zutreffender Begründung der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht bezieht sich zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts und macht sich diese zu eigen. Die Angriffe der Berufung rechtfertigen keine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

I. Die Klage ist als sogenannte negative Feststellungsklage zulässig. Das hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt.

Gemäß § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage erhoben werden auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat. Ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO besteht grundsätzlich nur, wenn dem subjektiven Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit dadurch droht, dass der Beklagte es ernstlich bestreitet oder er sich eines Rechts gegen den Kläger berühmt, und wenn das erstrebte Urteil infolge seiner Rechtskraft geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (Greger in Zöller, § 256 Rn. 7, 30. Auflage). Bei einer negativen Feststellungsklage entsteht das erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers regelmäßig aus einer vom Beklagten aufgestellten Bestandsbehauptung (Berühmung) der vom Kläger verneinten Rechtslage (ständige Rechtsprechung, BGHZ 91, 37, 41; BGH VIII ZR 351/08 vom 13.1.2010). Dabei muss das zur negativen Feststellungsklage berechtigende Berühren noch nicht einmal notwendig ausdrücklich geschehen. Berühren liegt schon vor, wenn der Gegner geltend macht, aus einem bestehenden Rechtsverhältnis könne sich unter bestimmten Voraussetzungen, deren Eintritt noch ungewiss ist, ein Anspruch ergeben (Greger in Zöller, § 256 Rn. 14 a, 30. Auflage).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze ist ohne weiteres ein Feststellungsinteresse der Klägerin anzunehmen. Denn der Beklagte hat sich ausdrücklich mit Schreiben vom 30. Juni 2014 gegenüber der Klägerin eines Zahlungsanspruches in Höhe von 9.050,85 € für entgangene Rufbereitschaftsdienste in der Zeit von Januar bis Juni 2014 berührt. Mit diesem Berühren ist für die Klägerin eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit entstanden. Die Entscheidung über die negative Feststellungsklage ist geeignet, den Streit der Parteien darüber zu klären, ob der Beklagte für die Zeit von Januar bis Juni 2014 den geltend gemachten Anspruch hat.

1) Wenn der Beklagte sich insoweit zur Verneinung eines Feststellungsinteresses auf die Entscheidung der 5. Kammer des Arbeitsgerichts Lübeck vom 26.6.2013 (5 Ca 389/13) bezieht, so ist dies unerheblich, denn die dortige Entscheidung ist prozessual fehlerhaft. Die 5. Kammer hat verkannt, dass sich das Feststellungsinteresse bereits aus dem Berühren ergibt. Überhaupt nicht nachvollziehbar ist die dortige

Argumentation, das mögliche berechnigte Interesse sei nicht identisch mit dem Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO. Wo soll der Unterschied sein? Die 5. Kammer begründet dies nicht.

2) Auch der Hinweis des Beklagten auf die mangelnde Vollstreckungsfähigkeit eines Feststellungsurteils, auf die sich die 5. Kammer in dem früheren Verfahren gestützt hat, ist unerheblich und prozessual fehlerhaft. Selbstverständlich sind Feststellungsurteile nicht vollstreckbar. Dennoch sind negative Feststellungsklagen prozessual anerkannt. Ist es aber möglich, eine negative Feststellungsklage zu erheben, so kann ihr nicht entgegengehalten werden, ihr Inhalt sei nicht vollstreckbar. Dies ergibt sich aus der Natur der Sache. Entscheidend ist, dass die negative Feststellungsklage geeignet ist, die gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit zu beseitigen. Denn die negative Feststellungsklage erwächst gemäß § 322 ZPO in Rechtskraft und ist folglich geeignet, einen bestehenden Streit beizulegen. Hat nämlich die negative Feststellungsklage Erfolg, so ist ohne weiteres dem Tenor und den Gründen des Urteils zu entnehmen, welches Recht oder Rechtsverhältnis rechtskräftig verneint wurde. Verneint werden dabei im Übrigen nicht etwa nur die in den Gründen erörterten und verneinten Entstehungsgründe, sondern das umstrittene materielle Recht schlechthin. Es kann folglich nicht in einem Zweitprozess geltend gemacht werden, das streitige Recht habe schon zur Zeit des Erstprozesses aus einem in diesem Verfahren nicht vorgetragenen Grund bestanden (Vollkommer in Zöller, § 322 ZPO Rn. 12, 30. Auflage). Wird wiederum eine negative Feststellungsklage aus Sachgründen abgewiesen, so entspricht die Rechtskraftwirkung dann derjenigen eines Urteils, das einer umgekehrten positiven Feststellungsklage des Beklagten stattgegeben hätte. Einem klagabweisenden Urteil kommt also dieselbe Rechtskraftwirkung zu wie einem Urteil, das das Gegenteil dessen, was mit der negativen Feststellungsklage begehrt wird, positiv feststellt (BAG, Urteil vom 29.8.2013 - 2 AZR 273/12 - zitiert nach juris Rn. 22; Vollkommer in Zöller, § 322 ZPO, Rn. 11, 30. Auflage). All dies hat die 5. Kammer des Arbeitsgerichts in der Entscheidung vom 26.6.2013 (5 Ca 389/13) prozessual verkannt. Das Feststellungsurteil - egal ob durch Klagstattgabe oder Klagabweisung - führt zu einer Klärung der streitigen Frage mit entsprechender Rechtskraft. Dass der Beklagte bei Klagabweisung der negativen Feststellungsklage noch keinen Leistungstitel hat, steht der Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage nicht ent-

gegen. Deren Berechtigung ergibt sich bereits daraus, dass sie geeignet ist, eine Klärung bezüglich des „berühmten Rechts“ rechtskrafftätig herbeizuführen.

Nach alledem ist die negative Feststellungsklage zulässig.

II. Die negative Feststellungsklage ist auch begründet. Auch dies hat das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt.

1. Eine negative Feststellungsklage, die einen bestimmten Anspruch leugnet, dessen sich der Klaggegner zuvor berühmt hat, darf nur abgewiesen werden, wenn der Anspruch feststeht, dessen sich der Beklagte berühmt. Bleibt hingegen unklar, ob die streitige Forderung besteht, dann muss der auf Negation gerichteten Feststellungsklage ebenso stattgegeben werden wie wenn feststeht, dass der streitige Anspruch nicht besteht. Das folgt daraus, dass bei der negativen Feststellungsklage der Beklagte die Beweislast für das Bestehen des von ihm behaupteten Anspruchs hat (BAG, Urteil vom 18.9.2014 – 6 AZR 14/13, zitiert nach juris, Rn. 59).

Bei der negativen Feststellungsklage musste also die Klägerin die Berühmung und das Vorliegen aller Prozessvoraussetzungen, der Beklagte wiederum die Berechtigung der Berühmung darlegen und beweisen. Dazu muss er – quasi wie ein Kläger - Grund und Höhe des berühmten Anspruches beweisen. Unsubstantiiertes Berühmen macht die negative Feststellungsklage begründet (Greger in Zöllner, § 256 ZPO Rn. 18 mit Hinweis auf BGH-Rechtsprechung).

2. Die negative Feststellungsklage ist begründet. Denn der Beklagte hat den Grund und die Höhe des berühmten Anspruches nicht darlegen können.

a. Die Parteien haben den bis zum Dezember 2013 zwischen ihnen bestehenden Streitpunkt, ob die Klägerin den Beklagten zu Rufbereitschaften einteilen musste, im Vergleich vom 18. Dezember 2013 in Ziffer 1 mit der Maßgabe geregelt, dass die Klägerin verpflichtet ist, den Beklagten ab Januar 2014 wieder zum Rufbereitschaftsdienst einteilen, sofern er ihr eine ärztliche Stellungnahme eines ihn behandelnden Arztes vorlegt, der seine Erklärung bestätigt, er sei gesundheitlich ohne Einschrän-

kung in der Lage, Rufbereitschaftsdienst zu leisten und die gegebenenfalls auf der Intensivstation anfallenden Arbeiten zu verrichten. Der Beklagte hat die Voraussetzungen der Ziffer 1 nicht erfüllt, denn er hat vor Januar 2014 nicht eine geeignete ärztliche Stellungnahme vorgelegt, die belegt, dass er gesundheitlich ohne Einschränkung in der Lage ist, den Rufdienst zu leisten und gegebenenfalls auf der Intensivstation anfallende Arbeiten zu verrichten.

aa. Die vom Beklagten vorgelegte Bescheinigung des Dr. S... vom 16. Dezember 2013 genügt nicht den Anforderungen der Regelung in Ziffer 1 Satz 1 und 2 des Vergleichs. Denn Dr. S... führt in dieser Bescheinigung zunächst zwar aus, der Beklagte könne gesundheitlich ohne Einschränkung Rufdienste leisten und gegebenenfalls auf der Intensivstation anfallende Arbeiten erledigen, schränkt dies allerdings in dem zweiten Satz wiederum ein mit der Maßgabe, dass wie schon 2011 bescheinigt, der kumulierte Dienst auf der Intensivstation auf keinen Fall länger als 3 - 4 Stunden andauern dürfe. Mit dieser Bescheinigung hat Dr. S... aber nichts anderes bestätigt als das, was er bereits in seiner Bescheinigung vom 9.9.2011 ausführte und was sodann Streitpunkt zwischen den Parteien war bezüglich der Frage, ob der Beklagte zu Rufbereitschaften trotz der Beschränkung auf 3 - 4 Stunden einsetzbar war. Die durch die Bescheinigung vom 9.9.2011 ausgelöste Herausnahme des Beklagten aus der Rufbereitschaft war Streitgegenstand des Vorprozesses vor dem Arbeitsgericht Lübeck (5 Ca 389/13), der sodann beigelegt wurde durch die hier zu beurteilende Vergleichsregelung vom 18. Dezember 2013. Wenn die Parteien in dem Vergleich in Ziffer 1 davon sprechen, dass der Beklagte gesundheitlich ohne Einschränkung in der Lage sein müsse, Rufbereitschaftsdienste zu leisten, so kann damit nur gemeint sein, dass die Beschränkung, die noch mit Bescheinigung vom 9.9.2011 attestiert wurde, nicht mehr besteht. Denn andernfalls würde die Vergleichsregelung keinen Sinn machen. Es ging der Klägerin gerade darum, die aus ihrer Sicht durch die Bescheinigung vom 9.9.2011 bestätigte Einschränkung zu beseitigen. Wenn es um eine uneingeschränkte Einsetzbarkeit geht, auf die sich die Parteien in dem Vergleich verständigten, so kann das nur bedeuten, dass die Beschränkung auf 3 - 4 Stunden entfallen sollte. Denn andernfalls wäre durch den Vergleich in Ziffer 1 überhaupt nichts neu geregelt und der Konflikt nicht beseitigt worden. Der Klägerin ging es aber – ohne weiteres erkennbar für den Beklagten - mit der Vergleichsregelung darum, dass

er gesundheitlich ohne Einschränkung eingesetzt werden kann, und zwar gegebenenfalls auch auf der Intensivstation. Es sollte also gerade die durch die fachärztliche Bescheinigung vom 9.9.2011 ausgelöste Problematik beseitigt werden. Wenn geregelt wird, dass er gesundheitlich ohne Einschränkung einsetzbar sein muss für den Rufbereitschaftsdienst, dann kann das nur bedeuten, dass die bisher bestehende zeitliche Begrenzung nicht mehr vorliegen durfte.

bb. Dr. S... hat mit seiner Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 erneut diese Beschränkung attestiert. Wenn er dennoch meint, der Beklagte sei gesundheitlich ohne Einschränkung in der Lage, Rufbereitschaftsdienste zu leisten und die gegebenenfalls auf der Intensivstation anfallenden Arbeiten zu erledigen, so erscheint dies nur als eine Schlussfolgerung aus der von ihm in dieser Bescheinigung auch angeführten Annahme, in den zwölf Jahren abgeleiteter Rufdienste sei eine solche Situationen nie entstanden. Darum geht es aber nicht. Die Parteien haben sich darauf verständigt, der Beklagte müsse uneingeschränkt einsetzbar sein, also ohne attestierte zeitliche Begrenzung. Gerade diese hat Dr. S... aber mit seiner Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 erneut attestiert.

Der Beklagte hat mit der Vorlage dieser Bescheinigung also nicht die Voraussetzung der Ziffer 1 Satz 1 und Satz 2 des Vergleiches erfüllt.

cc. Dem steht auch nicht die weitere Bescheinigung des Dr. S... vom 16. Oktober 2014 entgegen. Wenn er dort ausführt, er habe exakt die gleiche medizinische Aussage bereits am 16. Dezember 2013 getroffen, so ist dies nicht zutreffend. Er hat gerade in dieser Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 ausdrücklich auf die Begrenzung von 3 - 4 Stunden hingewiesen und sodann – möglicherweise schlussfolgert - dass der Kläger uneingeschränkt für Rufbereitschaftsdienste einsetzbar sei, weil es in den letzten zwölf Jahren solche längeren Einsätze nicht gegeben habe. Dies ändert aber nichts daran, dass Dr. S... in der Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 ausdrücklich auf die zeitliche Begrenzung hingewiesen hat, die bereits seit 2011 bestand. Mit anderen Worten: Gerade der Streitpunkt, der durch die Bescheinigung vom 9.9.2011 ausgelöst wurde, über den sich die Parteien dann in dem Vorprozess stritten, wurde nunmehr mit der Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 wieder auf-

gegriffen und mit der deutlichen Formulierung bestätigt, der Beklagte könne auf keinen Fall länger als 3 - 4 Stunden im kumulierten Dienst auf der Intensivstation eingesetzt werden. Folglich hat sich medizinisch ausweislich der Bescheinigung vom 16. Dezember 2013 aus Sicht von Dr. S... zum Zustand – dokumentiert durch die fachärztliche Bescheinigung vom 9.9.2011 - überhaupt nichts geändert. Der Beklagte war eben nicht gesundheitlich ohne Einschränkung einsetzbar im Sinne von Ziffer 1 Satz 1 und Satz 2 des Vergleichs vom 18. Dezember 2013.

Schon aus diesem Grund war die Klägerin nicht verpflichtet, ihm in der Zeit von Januar bis Juni 2014 Rufbereitschaftsdienste zuzuweisen, weshalb der Anspruch des Beklagten, dessen er sich in der bezifferten Höhe berührt hat, nicht bestand.

b. Dieses Ergebnis ist entgegen der Auffassung des Beklagten auch nicht tarifwidrig. Zwar ist es richtig, dass gemäß § 10 Abs. 8 Satz 3 TV-Ärzte/VKA der Arbeitgeber Rufbereitschaft nur anordnen darf, wenn erfahrungsgemäß lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt. Das bedeutet, Rufbereitschaft darf nur dann angeordnet werden, wenn Arbeit zwar gelegentlich anfallen kann, die Zeiten ohne Arbeitsanfall aber die Regel sind. Ist nach den bisherigen Erfahrungen voraussichtlich mit dem Anfall von Arbeit zu rechnen, liegt kein Ausnahmefall mehr vor. (BAG, Urteil vom 4.8.1988 - 6 AZR 48/86 –, zitiert nach juris Rn. 21). Zeigen also die Erfahrungen der Vergangenheit, dass während der angeordneten Rufbereitschaftszeiten mit einem Arbeitsanfall zu rechnen war, hat die Anordnung von Rufbereitschaft zu unterbleiben (Breier/Dassau u.a. TVöD Kommentar, § 10 TV-Ärzte/VKA Erläuterung 43.2)

Darum geht es hier jedoch nicht. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Tatbestand der Rufbereitschaft vorlag. Die Parteien streiten nicht substantiiert darum, ob die Klägerin berechtigt war, überhaupt Rufbereitschaft anzuordnen. In diesem Streit geht es lediglich darum, ob bei dem gegebenen Tatbestand der Rufbereitschaft der Beklagte für diese uneingeschränkt einsetzbar war. Mit anderen Worten: Die Frage, ob bei berechtigt angeordneter Rufbereitschaft im Einzelfall sich der Arbeitseinsatz auch auf mehr als 3 bis 4 Stunden erstrecken kann, hat keine Bedeutung für das Vorliegen von Rufbereitschaft, wenn ungeachtet dessen es dabei bleibt, dass erfahrungsgemäß lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt. Die Dauer der tatsächlich in

einem solchen Ausnahmefall anfallenden Arbeitszeit ist für die tarifrechtliche Beurteilung des Vorliegens von Rufbereitschaft daher unerheblich. Der Hinweis des Beklagten auf die Erfahrungswerte in der Vergangenheit, es sei nie vorgekommen, dass er mehr als 3 - 4 Stunden im Rahmen der Rufbereitschaft in der Intensivstation eingesetzt wurde, ist daher von keiner Bedeutung.

c. Zutreffend hat das Arbeitsgericht auch ausgeführt, dass entscheidend für das Fehlen der uneingeschränkten Einsetzbarkeit – gegebenenfalls auch für die auf der Intensivstation anfallenden Arbeiten - die Beschränkung auf maximal 3 - 4 Stunden sei. Das Arbeitsgericht hat insoweit richtig darauf hingewiesen, dass bei der bloßen Voraussetzung einer uneingeschränkten Leistungsfähigkeit des Beklagten auf der Intensivstation auch über einen Zeitraum von länger als 3 - 4 Stunden noch nicht ein Regeldienst anzunehmen ist. Es bleibt beim Ausnahmefall. Für diesen Ausnahmefall - dies ist die Konsequenz der vereinbarten uneingeschränkten Einsetzbarkeit – muss aber gewährleistet sein, dass der Beklagte gegebenenfalls auch länger als 3 - 4 Stunden tatsächlich Arbeitsleistung im Rahmen der Rufbereitschaft im Ausnahmefall erbringen kann. Wenn der Beklagte insoweit darauf hinweist, dies sei in den vergangenen zwölf Jahren und auch im Übrigen im Bereich der Intensivstation nie notwendig gewesen, so mag dies zu seinen Gunsten unterstellt werden, obwohl die Klägerin mit Beweisantritt Zeugnis Professor Dr. Sa... etwas anderes behauptet. Entscheidend ist, dass dies jedenfalls nicht auszuschließen ist für die Zukunft. Der Beklagte hat nicht substantiiert und zweifelsfrei darlegen können, dass es einen solchen Ausnahmefall zukünftig nicht geben wird. Sein Hinweis auf die dann anfallenden Tätigkeiten im OP-Dienst ist unerheblich. Warum sollte es im Einzelfall nicht auch erforderlich sein, dass er bei einem Einsatz in Rufbereitschaft auf der Intensivstation angesichts einer medizinischen Notwendigkeit zukünftig irgendwann einmal länger als 3 - 4 Stunden tatsächlich im Rahmen des Rufbereitschaftsdienstes arbeiten muss? Für das Berufungsgericht ist ein solcher Fall nicht von vornherein sicher ausschließbar.

Im Übrigen dürfte es darauf auch nicht ankommen. Denn die Parteien haben bewusst im Vergleich vom 18. Dezember 2013 vereinbart, dass der Beklagte gesundheitlich ohne Einschränkung in der Lage sei, Rufbereitschaftsdienst zu leisten und gegebenenfalls auf der Intensivstation anfallende Arbeiten zu verrichten. Es kommt daher

noch nicht einmal darauf an, ob - wie der Beklagte behauptet – auf der Intensivstation im Rahmen von Rufbereitschaft nicht zu erwarten ist, dass er einmal länger als 3 - 4 Stunden tatsächlichen Arbeitseinsatz hat. Entscheidend ist, dass diese Voraussetzung Vergleichsinhalt geworden ist. Der Beklagte kann daher von der Klägerin gemäß Satz 3 Ziffer 1 des Vergleiches die Einteilung in Rufbereitschaftsdienste nur verlangen, wenn er die vertraglich im Vergleich Satz 1 Ziffer 1 vereinbarte Voraussetzung erfüllt. Dass dies nicht der Fall war für die Zeit von Januar bis Juni 2014, ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen.

d. Letztlich zeigt auch die Regelung in § 10 Abs. 8 Satz 4 TV-Ärzte/VKA, dass einer tatsächlichen Arbeitsleistung von mehr als 3 - 4 Stunden im Rahmen von Rufbereitschaft tarifliche Regelungen oder das Arbeitszeitgesetz nicht entgegenstehen. Denn die Tarifvertragsparteien haben in § 10 Abs. 8 Satz 4 TV-Ärzte/VKA geregelt, dass durch tatsächliche Arbeitsleistung innerhalb der Rufbereitschaft die tägliche Höchst-arbeitszeit von 10 Stunden überschritten werden darf. Diese Regelung war deswegen erforderlich, weil die Rufbereitschaftsdienst leistenden Beschäftigten in aller Regel den Rufdienst nach einer täglichen Arbeitsleistung von mindestens 8 Stunden antreten. Fällt im Rahmen des Rufbereitschaftsdienstes in diesem Fall zusätzlich mehr als 2 Stunden Arbeitsleistung an, wäre dies aufgrund des § 3 ArbZG ohne die Öffnungsklausel im Tarifvertrag nicht möglich. Diese ermöglicht es, im Rufbereitschaftsdienst die notwendige anfallende Arbeit zu erledigen, ohne dass eine Begrenzung der zulässigen Stunden nach oben vorgenommen wurde (Breier/Dassau u.a. TVöD-Kommentar, § 10 TV-Ärzte/VKA Erläuterung 9 Rn. 44). Auch dies zeigt, dass mehr als 3 bis 4 Stunden tatsächlicher Arbeitseinsatz im Rahmen von Rufbereitschaft dem Tatbestand der Rufbereitschaft nicht entgegensteht, vorausgesetzt, es handelt sich weiterhin um einen Sachverhalt, bei dem erfahrungsgemäß lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt.

Nach alledem ist die Berufung des Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen. Anlass zur Zulassung der Revision besteht nicht. Insbesondere die prozessuale Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage erfordert keine höchstrichterliche Klärung. Die Rechtsprechung ist völlig eindeutig und lässt ohne jeden Zweifel

angesichts des ausdrücklichen Berühmens des Beklagten bezogen auf eine bezifferte Forderung eine solche negative Feststellungsklage zu.

gez. ...

gez. ...

gez. ...