

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 1 Sa 69/13**

ö. D. 2 Ca 1766 b/11 ArbG Kiel  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 22.10.2013

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 22.10.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 15.01.2013 - ö. D. 2 Ca 1766 b/11 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

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 2636-2000 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 beigefügt 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 Übertragungssoftware 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 Parteien streiten über Ansprüche der Klägerin betreffend die Auszahlung von Überstunden sowie den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld.

Die Klägerin ist seit dem 01.09.2009 bei der Beklagten auf Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrags (Bl. 10 f. d. A.) beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich

ausweislich § 2 des Arbeitsvertrags nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) einschließlich der besonderen Regelungen für die Verwaltung (TVöD-BT-V). Die Klägerin war zuletzt eingesetzt als 3. Nautischer Offizier auf dem Betriebsstofftransporter „S.“.

Bis zum 13.09.2010 leistete die Klägerin 407,75 Überstunden, die auf ihrem Zeitkonto gutgeschrieben wurden. Vom 14. bis 28.09.2010 war sie arbeitsunfähig erkrankt. Mit Schreiben vom 20.09.2010 zeigte sie der Beklagten ihre Schwangerschaft an; voraussichtlicher Entbindungstermin war der 25.05.2011.

Aufgrund der Schwangerschaft und der daraus folgenden fehlenden Seediensttauglichkeit bestand für die Klägerin nach § 4 Abs. 1 MuSchG an Bord von Schiffen ein Beschäftigungsverbot.

Mit Schreiben vom 27.09.2010 (Bl. 44 f. d. A.) teilte die Beklagte der Klägerin mit, ein Einsatz an Bord der „S.“ sei nicht weiter möglich, andere Beschäftigungsmöglichkeiten würden geprüft. Ab Wiedergenesung würden die noch nicht abgegoltenen Überstunden „mit Freizeit abgegolten“.

Ende September 2010 fand darüber hinaus zwischen der Klägerin und der zuständigen Sachbearbeiterin W. der Beklagten ein Telefonat über weitere Einsatzmöglichkeiten für die Klägerin statt. Die Klägerin bat darum, in der Nähe ihres Wohnortes P. verwendet zu werden. Frau W. teilte der Klägerin in diesem Gespräch mit, bis zu einer Entscheidung über ihren weiteren Einsatz solle die Klägerin Überstunden abbauen. Ob hierüber eine Vereinbarung getroffen wurde, ist zwischen den Parteien streitig.

Vom 08. bis 19.11.2010 gewährte die Beklagte Erholungsurlaub, ab dem 25.11.2010 bestand ein absolutes Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG. In die Zeit vom 29.09. bis 07.11. sowie vom 20. bis 24.11.2010 fielen 242,25 Arbeitsstunden, die die Beklagte vom Stundenkonto der Klägerin abzog. Vom 13.04. bis 25.05.2011 zahlte die Beklagte Zuschuss zum Mutterschaftsgeld an die Klägerin.

Tatsächlich war die Klägerin ab dem 14.09.2010 nicht mehr tätig; eine konkrete anderweitige Tätigkeit wurde ihr von der Beklagten nicht zugewiesen. Die Beklagte zahlte an die Klägerin neben der fortlaufenden Vergütung bis zum Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 MuSchG Vergütung für 165,5 Überstunden aus.

Die Klägerin ist der Auffassung, ihr stehe noch ein Anspruch auf Auszahlung weiterer 242,25 Überstunden, entsprechend 3.585,30 € brutto zu.

Hierzu hat sie die Auffassung vertreten, die Beklagte habe nicht einseitig den Abbau von Überstunden durch Freizeitausgleich anordnen können. Da für sie keine Arbeitspflicht bestanden habe, habe sie hiervon zum Abbau von Überstunden auch nicht befreit werden können. Die Klägerin hat behauptet, eine Vereinbarung über den Abbau von Überstunden sei in dem Telefonat mit Frau W. Ende September nicht getroffen worden.

Weiter hat die Klägerin in erster Instanz gemeint, die nicht gezahlte Überstundenvergütung sei bei der Berechnung des „Mutterschaftsgeldes nach § 200 Abs. 2 S. 1 RVO“ zu berücksichtigen. Insoweit stehe ihr ein weiterer Anspruch von 1.654,74 € brutto zu.

Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe in dem Telefonat mit Frau W. dem Abbau von Überstunden zugestimmt. Im Übrigen sei die Zuweisung einer konkreten Tätigkeit vor Anordnung des Freizeitausgleichs für Überstunden nicht erforderlich. Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf die Akte Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Beklagte habe nach § 43 TVöD-BT-V die Klägerin einseitig zur Abgeltung von Überstunden freistellen dürfen. Einer konkreten vorherigen Arbeitszuweisung habe es nicht bedurft. Freizeitausgleich für Überstunden könne selbst dann angeordnet werden, wenn die Klägerin gar nicht habe beschäftigt werden können. Damit bestehe auch kein Anspruch auf „Nachzahlung von Mutterschaftsgeld“.

Gegen dieses ihr am 18.01.2013 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 21.01.2013 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 18.04.2013 am 18.04.2013 begründet.

Sie wiederholt und vertieft ihren Vortrag und ihre Rechtsansichten aus erster Instanz. Im Berufungstermin hat sie klargestellt, dass sie nicht die Zahlung von Mutterschaftsgeld nach § 200 Abs. 2 RVO begehrt, sondern einen erhöhten Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 MuSchG.

Die Klägerin trägt ergänzend vor:

Für sie habe keine Arbeitspflicht bestanden. Deswegen habe sie auch von einer Arbeitspflicht durch Überstundenabgeltung nicht befreit werden können. An Bord der „S.“ habe sie nicht beschäftigt werden dürfen, eine andere Tätigkeit sei ihr nicht zugewiesen worden. Die Beklagte sei auch tatsächlich nicht in der Lage gewesen ihr eine andere Beschäftigung zuzuweisen. Sie bestreite weiterhin, dass die Beklagte überhaupt einen geeigneten Arbeitsplatz für sie gehabt hätte. Folge man der Auffassung des Arbeitsgerichts trage sie als Arbeitnehmerin das Betriebsrisiko des Arbeitgebers. Es sei dessen Sache dafür zu sorgen, dass eine Arbeitnehmerin beschäftigt werden könne. In der Zeit vom 29.09. bis 07.11. und vom 20. bis 24.11.2010 habe sich die Beklagte im Annahmeverzug befunden.

Eine Vereinbarung über die Gewährung von Freizeitausgleich sei nicht getroffen worden. Ihre Auffassung stehe auch in Übereinstimmung mit einer neueren Entscheidung des BAG (6 AZR 696/11). Bei der Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld sei nach § 14 Abs. 1 S. 2 MuSchG auch die gezahlte Überstundenvergütung zu berücksichtigen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 15.01.2013 (Az.:  
ö. D. 2 Ca 1766 b/11) abzuändern und wie folgt zu erkennen:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.240,04 €  
brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem

Basiszinssatz der EZB seit dem 12.10.2011 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie erwidert:

Sie bleibe bei ihrer Behauptung, zwischen der Klägerin und ihrer Mitarbeiterin W. sei telefonisch eine Vereinbarung darüber getroffen worden, dass die Klägerin nach Ende ihrer Krankheit zunächst Überstunden abbauen solle. Hierauf komme es aber nicht entscheidend an, weil das Arbeitsgericht zu Recht erkannt habe, dass sie den Freizeitausgleich einseitig anordnen könne. Sie sei auch nicht verpflichtet gewesen, der Klägerin vor der Freistellung zunächst eine Beschäftigung zuzuweisen. Denn bei Gewährung von Arbeitsbefreiung reduziere sich das vom Arbeitnehmer zu leistende Soll an Arbeitsstunden. Mangels Leistungsverpflichtung der Klägerin sei sie daher auch nicht verpflichtet, der Klägerin vor Anordnung des Freizeitausgleichs Arbeit zuzuweisen. Auch die Voraussetzungen des Annahmeverzugs lägen bei Wegfall der Arbeitsverpflichtung der Arbeitnehmerin nicht vor. Das widerspreche auch nicht der Betriebsrisikolehre, da sie ihrer Verpflichtung zur Arbeitszuweisung bereits durch Zuweisung derjenigen Tätigkeiten, die die Überstunden in der Vergangenheit ausgelöst hätten, nachgekommen sei.

Die Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld durch die Klägerin sei im Übrigen offensichtlich fehlerhaft.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die gemäß § 64 Abs. 2 b ArbGG statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und begründete und damit zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Zahlungsansprüche nicht zu.

**I.**

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Abgeltung weiterer 242,25 Arbeitsstunden in Höhe von 3.585,30 € brutto zu.

Der unstreitig durch entsprechende Arbeitsleistungen in der Vergangenheit entstandene Anspruch auf Ausgleich von 242,25 Stunden ist von der Beklagten zulässiger Weise durch Freizeitausgleich nach § 43 Abs. 1 S. 1 TVöD-BT-V erfüllt worden. Ein Auszahlungsanspruch nach § 43 Abs. 1 S. 2 TVöD-BT-V besteht danach nicht.

Nach den genannten Vorschriften sind Überstunden grundsätzlich durch entsprechende Freizeit auszugleichen. Nur wenn dies innerhalb bestimmter Fristen nicht möglich ist, kommt eine Auszahlung in Betracht. Die Klägerin hat Freizeitausgleich durch die Beklagte erhalten.

1. Zur Vorgängerregelung des § 43 Abs. 1 TVöD-BT-V, nämlich zu § 17 Abs. 5 BAT hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die dort geregelte „Arbeitsbefreiung“ die Freistellung von einer an sich bestehenden Arbeitspflicht bedeute und durch entsprechende Erklärung des Arbeitgebers, durch die er auf sein vertragliches Recht auf Leistung der geschuldeten Dienste in einem bestimmten Umfang verzichte und damit die entsprechende Dienstleistungspflicht des Arbeitnehmers zum Erlöschen bringe, erfolge (Urteil vom 20.07.1989 - 6 AZR 774/87 - Juris, Rn 46). Ferner hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass ein nach der Freistellungserklärung des Arbeitgebers eintretender Wegfall der Leistungspflicht aus anderen Gründen (im entschiedenen Fall: Arbeitsunfähigkeit) nicht dazu führe, dass die Freistellungserklärung unwirksam werde (Urteil vom 04.09.1985 - 7 AZR 531/82 - Juris, Rn 22). Die Frage ob eine Freistellung dann nicht möglich ist, wenn eine Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt der Freistellungserklärung bereits feststeht, hat das BAG ausdrücklich nicht entschieden (a. a. O., Rn 32).



Die Festlegung des Freizeitausgleichs hat durch den Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts nach billigem Ermessen zu erfolgen (Breier/Dassau, Lose Blatt, § 8 TVöD-V, Rn 6).

**2.** Nach diesen Grundsätzen konnte die Beklagte die Klägerin von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung einseitig befreien, obwohl für die Klägerin auf ihrem bisher wahrgenommenen Arbeitsplatz ein Beschäftigungsverbot nach § 4 Abs. 1 MuSchG bestand und die Beklagte der Klägerin zuvor keine anderweitigen Tätigkeiten zugewiesen hatte.

**a)** Die entsprechende Freistellungserklärung hat die Beklagte mit Schreiben vom 27.09.2010 abgegeben. Auf S. 2 dieses Schreibens heißt es ausdrücklich, dass die Klägerin ab ihrer Genesung, das war hier der 29.09.2011, die noch nicht abgeholzten Überstunden mit Freizeit abgegolten erhält.

**b)** Die Klägerin war auch grundsätzlich weiterhin zur Arbeitsleistung verpflichtet, so dass sie von einer bestehenden Arbeitspflicht befreit werden konnte.

Das Beschäftigungsverbot nach § 4 Abs. 1 MuSchG verbietet nur die Beschäftigung mit bestimmten Arbeitstätigkeiten (vgl. nur Bulla/Buchner, MuSchG, 8 Aufl. 2008, § 4, Rn 8). Es hebt die Arbeitspflicht der Arbeitnehmerin, anders als ein Beschäftigungsverbot nach § 3 MuSchG nicht generell auf. Der Arbeitgeber darf vielmehr der Arbeitnehmerin, die von einem Beschäftigungsverbot nach § 4 MuSchG betroffen ist, eine zumutbare Ersatztätigkeit zuweisen (vgl. nur BAG, Urteil vom 22.04.1998 - 5 AZR 478/97 - Juris, Rn 18).

Mit Eintritt eines Beschäftigungsverbots nach § 4 Abs. 1 MuSchG ist der Arbeitgeber damit berechtigt, sein Direktionsrecht auszuüben, entweder in dem Sinne, dass er der Arbeitnehmerin eine andere Tätigkeit zuweist oder dass er sie - mangels anderweitiger Tätigkeit oder aus sonstigen Gründen - von ihrer Arbeitspflicht befreit. § 43 Abs. 1 S. 1 TVöD-BT-V erlaubt ihm in diesem Fall die Ausübung des Direktionsrechts auch in Form von Freizeitausgleich anzuordnen. Der Tarifvertrag sieht ausdrücklich den Vorrang des Freizeitausgleichs vor der Auszahlung von Überstundenentgelt vor.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts kommt es insoweit nicht darauf an, ob der Arbeitgeber tatsächlich eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für die Arbeitnehmerin hat. So lange noch ein Guthaben auf dem Stundenkonto besteht und der Arbeitnehmer grundsätzlich zur Arbeit verpflichtet ist, erlaubt der Tarifvertrag die Ausübung des Direktionsrechts durch die Anordnung von Freizeitausgleich. Das hat weder etwas mit der Verlagerung des Betriebsrisikos noch mit Fragen des Annahmeverzugs zu tun. Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass sie ihrer Pflicht zur Zuweisung von Arbeiten an die Klägerin bereits dadurch nachgekommen ist, dass sie in der Vergangenheit die die Überstunden auslösenden Tätigkeiten zugewiesen hat. Ein Arbeitszeitkonto dient ja gerade dazu schwankenden Beschäftigungsbedarf auszugleichen und insoweit dem Arbeitgeber einen Teil des Betriebsrisikos abzunehmen.

Hinzukommen im vorliegenden Fall Umstände, die nach Treu und Glauben dazu führen, dass die Freistellung der Klägerin zulässig ist. Diese hatte unstreitig telefonisch selbst darum gebeten, möglichst heimatnah eingesetzt zu werden und nicht an den von der Beklagten angedachten Einsatzorten in W. oder K.. Wenn die Beklagte auch unter diesem Aspekt die Klägerin zunächst freistellt, um eine ortsnahe Verwendung zu prüfen, handelt die Klägerin auch rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich jetzt auf die Unzulässigkeit der Freistellung vor Zuweisung einer konkreten Tätigkeit beruft.

Die von der Klägerin in der Berufung zitierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (6 AZR 696/11) verhält sich zum vorliegenden Sachverhalt nicht.

**c)** Dass die Klägerin bei der Festlegung des Freizeitausgleichs billiges Ermessen gewahrt hat, ist zwischen den Parteien nicht bestritten. Der Klägerin selbst war an einer Freistellung im unmittelbaren Anschluss an ihre Arbeitsunfähigkeit gelegen.

**2.** Nach Vorstehendem ist auch der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf weiteren Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 MuSchG unbegründet. Da die Klägerin die Auszahlung weiterer Überstunden nicht beanspruchen kann, sind diese auch bei der Berechnung des Zuschusses nicht zu berücksichtigen.

Im Übrigen ist der Anspruch auch jedenfalls deswegen unbegründet, weil es sich beim Zuschuss zum Mutterschaftsgeld um einen Nettobetrag handelt. Die Klägerin macht hier aber eine Bruttoforderung geltend.

**3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.**

Die Kammer hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Angelegenheit zugelassen. Eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage, ob eine Freistellung im Bereich des öffentlichen Dienstes auch dann möglich ist, wenn dem Arbeitnehmer konkret keine Tätigkeit zugewiesen wurde, liegt bislang ersichtlich nicht vor.

gez. ...

gez. ...

gez. ...y