

Abschrift

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 579/09
9/11 Sa 2240/08
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Februar 2011

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

, vertreten

durch den Geschäftsführer

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
Prozessbevollmächtigter:

gegen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,
Prozessbevollmächtigter:

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Februar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht

Reinfelder und Mestwerdt sowie die ehrenamtliche Richterin Zielke und den ehrenamtlichen Richter Züfle für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 7. Mai 2009 - 9/11 Sa 2240/08 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger 2.647,88 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. September 2010 zu zahlen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz über die Abgeltung eines 1
Anspruchs auf Zusatzurlaub für Nachtarbeitsstunden, die der Kläger im Jahr
2007 geleistet hat.

Die Beklagte betreibt in ihrem Gesundheits- und Pflegezentrum eine 2
Klinik für Gynäkologie und Geburtshilfe. Der Kläger war dort als Arzt be-
schäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand kraft beiderseitiger Tarif-
bindung der Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Kranken-
häusern im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände
vom 17. August 2006 (*TV-Ärzte/VKA*) Anwendung. Dieser Tarifvertrag regelte
im Streitzeitraum ua. wie folgt:

„§ 9

Sonderformen der Arbeit

...

- (3) Nachtarbeit ist die Arbeit zwischen 21 Uhr und 6 Uhr.

...

§ 10

Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft

- (1) Die Ärztin/Der Arzt ist verpflichtet, sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer von Arbeitgeber bestimmten Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen (Bereitschaftsdienst). Der Arbeitgeber darf Bereitschaftsdienst nur anordnen, wenn zu erwarten ist, dass zwar Arbeit anfällt, erfahrungsgemäß aber die Zeit ohne Arbeitsleistung überwiegt.
- ...

§ 11

Ausgleich für Sonderformen der Arbeit

- (1) Die Ärztin/Der Arzt erhält neben dem Entgelt für die tatsächliche Arbeitsleistung Zeitzuschläge. Die Zeitzuschläge betragen - auch bei teilzeitbeschäftigten Ärztinnen und Ärzten - je Stunde
- a) für Überstunden 15 v. H.,

...

des auf eine Stunde entfallenden Anteils des Tabellenentgelts der Stufe 3 der jeweiligen Entgeltgruppe; ... Die Zeitzuschläge betragen für Nachtarbeit 1,28 Euro und für Arbeit an Samstagen von 13 Uhr bis 21 Uhr, soweit diese nicht im Rahmen von Wechselschicht- oder Schichtarbeit anfällt, 0,64 Euro je Stunde. ...

...

§ 12

Bereitschaftsdienstentgelt

- (1) Zum Zwecke der Entgeltberechnung wird die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit nach dem Maß der während des Bereitschaftsdienstes erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallenden Arbeitsleistungen wie folgt als Arbeitszeit gewertet:

Stufe	Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes	Bewertung als Arbeitszeit
I	bis zu 25 v. H.	60 v. H.
II	mehr als 25 bis 40 v. H.	75 v. H.
III	mehr als 40 bis 49 v. H.	90 v. H.

Die Zuweisung zu den einzelnen Stufen des Bereitschaftsdienstes erfolgt als Nebenabrede (§ 2 Abs. 3) zum Arbeitsvertrag. ...

...

- (3) Die Ärztin/Der Arzt erhält zusätzlich zu dem Entgelt nach den Absätzen 1 und 2 für jede nach Absatz 1 als Arbeitszeit gewertete Stunde, die an einem Feiertag geleistet worden ist, einen Zeitzuschlag in Höhe von 25 v. H. des Stundenentgelts nach Absatz 2. Weitergehende Ansprüche auf Zeitzuschläge bestehen nicht.

...

§ 27

Erholungsurlaub

- (1) Ärztinnen und Ärzte haben in jedem Kalenderjahr Anspruch auf Erholungsurlaub unter Fortzahlung des Entgelts (§ 22). ...
- (2) Im Übrigen gilt das Bundesurlaubsgesetz mit folgenden Maßgaben:
- a) Im Falle der Übertragung muss der Erholungsurlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres angetreten werden. Kann der Erholungsurlaub wegen Arbeitsunfähigkeit oder aus betrieblichen/dienstlichen Gründen nicht bis zum 31. März angetreten werden, ist er bis zum 31. Mai anzutreten.

...

§ 28

Zusatzurlaub

- (1) Ärztinnen und Ärzte, die ständig Wechselschichtarbeit nach § 9 Abs. 1 oder ständig Schichtarbeit nach § 9 Abs. 2 leisten und denen die Zulage nach § 11 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 5 Satz 1 zusteht,

erhalten

- a) bei Wechselschichtarbeit für je zwei zusammenhängende Monate und
- b) bei Schichtarbeit für je vier zusammenhängende Monate

einen Arbeitstag Zusatzurlaub.

- (2) Im Falle nicht ständiger Wechselschichtarbeit und nicht ständiger Schichtarbeit soll bei annähernd gleicher Belastung die Gewährung zusätzlicher Urlaubstage durch Betriebs-/Dienstvereinbarung geregelt werden.

- (3) Ärztinnen und Ärzte erhalten bei einer Leistung im Kalenderjahr von mindestens

150 Nachtarbeitsstunden	1 Arbeitstag
300 Nachtarbeitsstunden	2 Arbeitstage
450 Nachtarbeitsstunden	3 Arbeitstage
600 Nachtarbeitsstunden	4 Arbeitstage

Zusatzurlaub im Kalenderjahr. Nachtarbeitsstunden, die in Zeiträumen geleistet werden, für die Zusatzurlaub für Wechselschicht- oder Schichtarbeit zusteht, bleiben unberücksichtigt.

...

- (5) Im Übrigen gilt § 27 mit Ausnahme von Absatz 2 Buchst. b entsprechend.

Protokollerklärung zu den Absätzen 1 und 2:

Der Anspruch auf Zusatzurlaub bemisst sich nach der abgeleiteten Schicht- oder Wechselschichtarbeit und entsteht im laufenden Jahr, sobald die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt sind. ..."

In der Klinik für Gynäkologie und Geburtshilfe leisten die Ärzte außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit Bereitschaftsdienste. Die regelmäßige Arbeitszeit nach Dienstplan liegt montags bis donnerstags von 7:30 Uhr bis 16:45 Uhr und freitags von 7:30 Uhr bis 14:00 Uhr. Hieran schließt sich ein Bereitschaftsdienst bis zum nächsten Morgen an. An Wochenenden werden ausschließlich Bereitschaftsdienste geleistet. An Feiertagen erfolgt die Einteilung zum Bereitschaftsdienst wie an Sonntagen.

3

Der Kläger leistete im Jahr 2007 an 80 Tagen Bereitschaftsdienst, von denen er 720 Stunden im Zeitraum zwischen 21:00 Uhr und 6:00 Uhr erbrachte. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2007 hat er einen Anspruch auf vier Tage Zusatzurlaub für 2007 geltend gemacht. Im Verlauf des Revisionsverfahrens ist das Arbeitsverhältnis beendet worden. Der in den Vorinstanzen eingeklagte Anspruch auf Zusatzurlaub entspricht einem Abgeltungsanspruch von 2.647,88 Euro brutto. Diesen Betrag begehrt der Kläger nunmehr mit dem Hauptantrag. 4

Er hat die Auffassung vertreten, auch Bereitschaftsdienststunden seien Nachtarbeitsstunden im Sinne von § 28 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA. Hilfsweise macht der Kläger einen Anspruch aus § 6 Abs. 5 ArbZG geltend. 5

Der Kläger hat beantragt, 6

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.647,88 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. September 2010 zu zahlen;
2. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihm wahlweise sechs bezahlte freie Arbeitstage zu gewähren bzw. einen Ausgleich für geleistete Nachtarbeitszeit in Höhe von 4.795,03 Euro brutto zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und die Auffassung vertreten, Bereitschaftsdienstzeiten lösten den Anspruch aus § 28 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA nicht aus. 7

Die Vorinstanzen haben der Klage auf Gewährung von Zusatzurlaub stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf Klageabweisung weiter. 8

Entscheidungsgründe

I. Die Revision ist unbegründet. Der Kläger hat aus § 28 Abs. 3, Abs. 5, § 27 Abs. 2 TV-Ärzte/VKA iVm. § 280 Abs. 1 Satz 1, § 286 Abs. 1, § 249 Abs. 1 9

BGB, § 7 Abs. 4 BUrlG einen Anspruch auf Abgeltung des Ersatzzusatzurlaubs für die im Jahr 2007 geleistete Nacharbeit.

1. Die Änderung des Sachantrags auf Abgeltung des Ersatzzusatzurlaubsanspruchs ist zulässig. Zwar sind Änderungen und Erweiterungen des Sachantrags in der Revisionsinstanz grundsätzlich unzulässig. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Veränderung des Klageantrags unter § 264 Nr. 2 oder 3 ZPO fällt und auch der neue Antrag auf unstreitiges oder festgestelltes tatsächliches Vorbringen gestützt werden kann (*BAG 19. Februar 2002 - 3 AZR 589/99 - zu II der Gründe; GMP/Müller-Glöge ArbGG 7. Aufl. § 74 Rn. 44*). So ist es hier. Der Kläger verfolgt nach seinem Ausscheiden anstelle eines Anspruchs auf Gewährung von Ersatzzusatzurlaub einen Anspruch auf Abgeltung dieses Urlaubs in rechnerisch unstreitiger Höhe. 10

2. Bereitschaftsdienststunden, die in der Zeit zwischen 21:00 Uhr und 6:00 Uhr geleistet werden, sind Nacharbeitsstunden iSv. § 28 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA, die einen Anspruch auf Zusatzurlaub auslösen. Dies ergibt die Auslegung der Norm. 11

- a) Der Wortlaut der tariflichen Regelung, von dem bei der Tarifauslegung vorrangig auszugehen ist (*vgl. Senat 24. Februar 2010 - 10 AZR 1035/08 - Rn. 15, AP TVG § 1 Auslegung Nr. 220*), ist nicht eindeutig. Danach löst die Leistung einer bestimmten Anzahl von Nacharbeitsstunden den Anspruch auf Zusatzurlaub aus. Der Tarifvertrag definiert nicht diesen Begriff, sondern in § 9 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA den der Nacharbeit als Arbeit zwischen 21:00 Uhr und 6:00 Uhr. Geleistet werden in dieser Zeitspanne sowohl regelmäßige Arbeitsstunden wie auch Bereitschaftsdienststunden, in denen nach § 10 Abs. 1 Satz 2 TV-Ärzte/VKA regelmäßig Arbeit anfällt. 12

- b) Auch der tarifliche Gesamtzusammenhang ergibt kein eindeutiges Ergebnis. Der Tarifvertrag differenziert zwischen den in § 9 TV-Ärzte/VKA geregelten Sonderformen der Arbeit einschließlich der Nacharbeit und dem Bereitschaftsdienst, der in § 10 TV-Ärzte/VKA geregelt ist. § 28 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA greift diese Differenzierung nicht auf. Dies kann bedeuten, dass nur 13

innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit geleistete Nachtarbeit den Anspruch auf Zusatzurlaub auslöst; denkbar ist aber auch ein tarifliches Verständnis, dass sämtliche Bereitschaftsdienststunden oder zumindest in diesem Rahmen tatsächlich anfallende Arbeitsstunden den Anspruch auslösen sollen.

c) Sinn und Zweck der Vorschrift verdeutlichen jedoch, dass nächtliche Bereitschaftsdienststunden Nachtarbeitsstunden iSv. § 28 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA sind. 14

aa) Ein tariflicher Zusatzurlaub etwa entsprechend der früheren Vorschrift des § 48a BAT/BAT-O dient dem Ausgleich der durch Wechselschicht-, Schicht- und Nachtarbeit verursachten besonderen Belastungen (vgl. BAG 17. November 2009 - 9 AZR 923/08 - Rn. 21, AP TVöD § 46 Nr. 1 [Schichtarbeit, zu § 46 Nr. 7 TVöD-BT-V]; 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 19, AP ArbZG § 6 Nr. 10 = EzA ArbZG § 6 Nr. 7 [Nachtarbeit, zu § 48a BAT-KF]; 7. November 2007 - 7 AZR 820/06 - Rn. 21, BAGE 124, 356 [Wechselschichtarbeit, zu § 48a BAT]). § 28 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA regelt den tariflichen Ausgleich iSv. § 6 Abs. 5 ArbZG für die Belastung durch Nachtarbeit. Nach diesem Zweck ist der Auslegung der Norm der arbeitsschutzrechtliche Arbeitsbegriff zugrunde zu legen. Bereitschaftsdienst, den ein Arbeitnehmer in Form persönlicher Anwesenheit im Betrieb des Arbeitgebers leistet, ist nach der Rechtsprechung des EuGH und nach der hieran anknüpfenden Neufassung des ArbZG in vollem Umfang als Arbeitszeit iSv. Art. 2 der Richtlinie 2003/88/EG anzusehen, ohne Rücksicht darauf, welche Arbeitsleistung der Betroffene während dieses Bereitschaftsdienstes tatsächlich erbringt (EuGH 1. Dezember 2005 - C-14/04 - [Dellas] Rn. 46, Slg. 2005, I-10253; 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - [Pfeiffer ua.] Rn. 93, Slg. 2004, I-8835; 9. September 2003 - C-151/02 - [Jaeger] Rn. 75, Slg. 2003, I-8389; 3. Oktober 2000 - C-303/98 - [Simap] Rn. 52, Slg. 2000, I-7963). Das hat der Senat bereits entschieden (23. Juni 2010 - 10 AZR 543/09 - Rn. 20 ff., AP ArbZG § 7 Nr. 4 = EzA ArbZG § 7 Nr. 8). Bereitschaftsdienst in der Nachtzeit ist in seiner gesamten Dauer nach § 6 Abs. 5 ArbZG auszugleichen, unabhängig davon, in welchen Arbeitsstunden tatsächlich Arbeitsleistung erbracht wurde (vgl. BAG 15

15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 21, AP ArbZG § 6 Nr. 10 = EzA ArbZG § 6 Nr. 7). Für jede Stunde des nächtlichen Bereitschaftsdienstes besteht deshalb ein gesetzlicher Anspruch auf einen Belastungsausgleich, der durch § 28 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA näher bestimmt wird.

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten wird dieser Ausgleich tariflich nicht anderweitig gewährt. Das Bereitschaftsdienstentgelt nach § 12 TV-Ärzte/VKA enthält keinen entsprechenden Ausgleichsfaktor (zu § 48a BAT-KF bereits BAG 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 24, AP ArbZG § 6 Nr. 10 = EzA ArbZG § 6 Nr. 7). Seine Höhe ist nicht davon abhängig, ob Bereitschaftsdienste tagsüber oder während der Nachtzeit geleistet werden. Auch durch § 11 Abs. 1 Satz 3 TV-Ärzte/VKA wird kein Ausgleich gewährt; der Zuschlag je Nachtarbeitsstunde wird gemäß § 12 Abs. 3 Satz 2 TV-Ärzte/VKA während des Bereitschaftsdienstes nicht gezahlt. 16

d) Schließlich spricht die Entstehungsgeschichte der Tarifnorm, auf die bei etwaigen Auslegungszweifeln zurückgegriffen werden kann (Senat 24. Februar 2010 - 10 AZR 1035/08 - Rn. 29, AP TVG § 1 Auslegung Nr. 220), dafür, dass Bereitschaftsdienststunden in der Zeit zwischen 21:00 Uhr und 6:00 Uhr als Nachtarbeitsstunden anzusehen sind und den tariflichen Anspruch auf Zusatzurlaub auslösen. Der in der Vorgängernorm des § 48a Abs. 6 Satz 1 BAT/BAT-O enthaltene Vorbehalt, dass nur im Rahmen regelmäßiger Arbeitszeit geleistete Arbeitsstunden berücksichtigt werden, ist in § 28 TV-Ärzte/VKA nicht mehr enthalten. 17

e) Nach § 28 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA erhalten Ärztinnen und Ärzte für eine Leistung von jeweils 150 Nachtarbeitsstunden einen Arbeitstag Zusatzurlaub. Dieser Ausgleich entspricht einem Zuschlag von etwa fünf Prozent und ist für Bereitschaftsdienstzeiten nicht unangemessen (vgl. BAG 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 22, AP ArbZG § 6 Nr. 10 = EzA ArbZG § 6 Nr. 7). 18

3. Die weiteren Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs (vgl. BAG 21. September 2009 - 9 AZR 486/09 -) und des Abgeltungsanspruchs nach § 7 Abs. 4 BUrlG liegen vor. Der Anspruch auf 19

Zusatzurlaub für das Jahr 2007 ist nach § 28 Abs. 5, § 27 Abs. 2 Buchst. a TV-Ärzte/VKA, § 7 Abs. 3 BUrlG spätestens mit Ablauf des 31. Mai 2008 verfallen. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger mit Schreiben vom 11. Dezember 2007 die Gewährung des Zusatzurlaubs verlangt und die Beklagte gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verzug gesetzt. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Ersatzzusatzurlaub in der zwischen den Parteien rechnerisch unstreitigen Höhe abzugelten.

- | | | |
|-----|---|----|
| 4. | Der Zinsanspruch folgt aus § 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 288 BGB. | 20 |
| II. | Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. | 21 |

Mikosch

W. Reinfelder

Mestwerdt

Zielke

Züfle