

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 299/10  
3 Sa 465/09  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
23. Februar 2011

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungs- und Anschluss-  
berufungskläger, Revisionskläger und Revisionsbeklagter,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungs- und Anschlussberufungs-  
beklagte, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen  
Verhandlung vom 23. Februar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bun-

desarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder und Mestwerdt sowie die ehrenamtliche Richterin Zielke und den ehrenamtlichen Richter Züfle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision beider Parteien wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 16. Dezember 2009 - 3 Sa 465/09 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Zahlung einer tariflichen Theaterbetriebszulage. 1

Der Kläger ist seit dem 1. Dezember 1998 für die Beklagte als Arbeiter im Bereich der Bühnen- und Beleuchtungstechnik tätig. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) sowie der Landesbezirkliche Tarifvertrag vom 19. Dezember 2006 zum TVöD im Bereich des KAV NW (TVöD-NRW) Anwendung. 2

Der TVöD-NRW regelt in Teil V (Verwaltung) Nr. 4 (Beschäftigte an Theatern und Bühnen [zu Anlage C. 11 TVöD-V]) auszugsweise: 3

#### **„§ 3**

##### **Arbeitszeit, Zeitzuschläge und Theaterbetriebszulage**

- (1) Ergänzend und in Ausführung zu Nr. 4 der Anlage C. 11 zum TVöD-V gelten nachfolgende Regelungen.
- (2) Die Beschäftigten erhalten Zeitzuschläge nach § 8 Abs. 1 TVöD-V.
- (3) Wird ein Beschäftigter an seinem dienstplanmäßig freien Tag, der als Ausgleich für dienstplanmäßige Sonntagsarbeit festgesetzt ist, ausnahmsweise zur Arbeit herangezogen, erhält er für die Arbeitsstunden

am Ersatzsonntag an Stelle des Zeitzuschlags nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a TVöD-V einen Zeitzuschlag von 50 v. H. Die Ausgleichstage sind im Dienstplan auszuweisen.

- (4) Die Beschäftigten erhalten neben den Zeitzuschlägen nach den vorstehenden Absätzen 2 und 3 eine Theaterbetriebszulage in Höhe von € 5,93 arbeitstäglich zur Abgeltung der mit dem Dienst im Theater verbundenen Aufwendungen und besonderen Erschwernisse durch
- a) die üblicherweise unregelmäßige tägliche Arbeitszeit und
  - b) die nicht nur gelegentliche Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit sowie
  - c) die sonstigen theatertypischen Anforderungen.

Nicht zu den anspruchsbegründenden Aufwendungen und besonderen Erschwernissen zählt das Mitwirken bei Proben und Vorstellungen auf offener Bühne in Kostüm und/oder Maske. Beschäftigte, welche die in Satz 1 genannten Aufwendungen und besonderen Erschwernisse nur teilweise erfüllen, erhalten je Arbeitstag eine hälftige Theaterbetriebszulage. Bei Teilzeitbeschäftigung gilt § 24 Abs. 2 TVöD-V entsprechend.

**Protokollerklärung zu Abs. 4 Buchst. a):**

Üblicherweise unregelmäßige tägliche Arbeitszeiten liegen vor, wenn

- Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit in nicht unerheblichem Umfang variieren oder
  - geplante und tatsächliche Arbeitszeiten häufig voneinander abweichen und regelmäßig mit Änderungen in der Dienstplangestaltung aufgrund der Besonderheiten des Theaterbetriebs zu rechnen ist oder
  - geteilte tägliche Arbeitszeit geleistet wird.
- (5) Beschäftigte, die eine Theaterbetriebszulage erhalten, haben keinen Anspruch auf Wechselschicht- oder Schichtzulagen/-zuschläge (§ 8 Abs. 5 und 6 TVöD-V bzw. § 23 Abs. 2 Satz 1 TVÜ-VKA).“

§ 24 Abs. 2 TVöD-V bestimmt:

4

„Soweit tarifvertraglich nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist, erhalten Teilzeitbeschäftigte das Tabellenent-

gelt (§ 15) und alle sonstigen Entgeltbestandteile in dem Umfang, der dem Anteil ihrer individuell vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit an der regelmäßigen Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter entspricht.“

Bis zum 30. November 2008 setzte die Beklagte den Kläger mit einer 5  
regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 30 Stunden ein, seit dem  
1. Dezember 2008 beträgt die wöchentliche Arbeitszeit 27 Stunden. Der Kläger  
hat üblicherweise unregelmäßige tägliche Arbeitszeiten und unterliegt den  
sonstigen theatertypischen Anforderungen. Er leistet in erheblichem Umfang  
Sonntagsarbeit. Vom 1. August 2007 bis zum 31. Januar 2008 fiel Feiertags-  
und Nachtarbeit nicht an. Im Zeitraum vom 1. Februar 2008 bis 31. Januar 2009  
leistete der Kläger an drei Tagen Feiertags- und an acht Tagen Nachtarbeit.

Die Beklagte überprüft die tariflichen Voraussetzungen für die Zahlung 6  
der Theaterbetriebszulage jeweils für den Zeitraum eines halben Jahres. Sie  
zahlte dem Kläger vom 1. August 2007 bis zum 31. Januar 2008 keine und vom  
1. Februar 2008 bis zum 31. Januar 2009 die hälftige Zulage.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stehe die ungekürzte Zu- 7  
lage zu. Das Tarifmerkmal nicht nur gelegentlicher Sonn-, Feiertags- und  
Nachtarbeit nach Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 Buchst. b TVöD-NRW sei erfüllt.  
Ausreichend sei die nicht nur gelegentliche Erbringung von Sonn- und Feier-  
tags- oder von Nachtarbeit. Die Kürzung der Zulage wegen seiner Teilzeit-  
beschäftigung verstoße gegen § 4 Abs. 1 TzBfG.

Der Kläger hat in der Revisionsinstanz Klage und Revision teilweise zu- 8  
rückgenommen. Er begehrt noch Zahlung der Zulage für 269 Arbeitstage im  
Zeitraum vom 1. November 2007 bis zum 31. Januar 2009 unter Berück-  
sichtigung darauf erbrachter Zahlungen in Höhe von 563,46 Euro.

Der Kläger hat, soweit noch von Interesse, beantragt, 9  
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.031,71 Euro brutto  
nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem  
Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und die Auffassung vertreten, alle tariflich genannten Sonderformen der Arbeit müssten kumulativ vorliegen, um einen Anspruch auf die Zulage auszulösen. Sofern einzelne Sonderformen der Arbeit nicht in dem tariflich geforderten Zeitmaß geleistet seien, bestehe ein Anspruch auf die hälftige Zulage. Ein Anteil von mehr als 20 % entspreche dem Tatbestandsmerkmal „nicht nur gelegentlich“.

Das Landesarbeitsgericht hat dem Zahlungsantrag teilweise stattgegeben. Der Kläger verfolgt mit seiner Revision diesen Antrag, soweit er abgewiesen wurde, weiter. Die Beklagte verfolgt mit ihrer Revision das Ziel, die Klage insgesamt abzuweisen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revisionen beider Parteien sind, soweit über sie noch zu entscheiden ist, begründet. In welcher Höhe der Kläger einen Anspruch auf Zahlung der Theaterbetriebszulage hat, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Die Sache ist deshalb an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

I. Die Revision der Beklagten ist begründet. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hatte der Kläger zwar üblicherweise unregelmäßige tägliche Arbeitszeiten iSv. Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 Buchst. a TVöD-NRW; sein Dienst im Theater war auch mit Erschwernissen durch sonstige theater-typische Anforderungen iSv. Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 Buchst. c TVöD-NRW verbunden. Der Anspruch auf die volle Theaterbetriebszulage setzt nach Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 Buchst. b TVöD-NRW entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts aber voraus, dass im Prüfungszeitraum kumulativ Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit geleistet wird. In einem zweiten Schritt ist im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung festzustellen, ob insgesamt in dem tariflich bestimmten Zeitmaß „nicht nur gelegentlich“ Arbeit zu ungünstigen

Zeiten angefallen ist. Nicht erforderlich ist, dass jede einzelne Sonderform der Arbeit in diesem Umfang geleistet wurde.

1. Der Wortlaut von Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 Buchst. b TVöD-NRW, 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*), verlangt den nicht nur gelegentlichen Anfall von „Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit“. Die Verwendung der Konjunktion „und“ spricht dafür, dass für die Zahlung der vollen Theaterbetriebszulage kumulativ alle Sonderformen der Arbeit vorliegen müssen. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, ausreichend könne auch der Anfall einzelner Sonderformen der Arbeit sein, ist mit dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Tarifnorm nicht in Übereinstimmung zu bringen. 14

2. Dies bestätigt die Tarifsystematik. Nach Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 5 TVöD-NRW hat der Beschäftigte, der eine Theaterbetriebszulage erhält, keinen Anspruch auf eine Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-V. Die Theaterbetriebszulage soll erkennbar die Wechselschichtzulage ersetzen, die in Ermangelung von Wechselschichten iSv. § 7 Abs. 1 TVöD-V im Theaterbetrieb regelmäßig nicht ausgelöst wird. Folgerichtig entsprach sie der Höhe nach in vorherigen Tarifverträgen (*vgl. nur § 20 Abs. 5 Buchst. b cc BZT-G/NRW idF des 56. Änderngstarifvertrags vom 9. Juli 1992*) dem anteiligen Schichtlohnzuschlag für ständige Wechselschichtarbeit. Da die Zahlung der Wechselschichtzulage die Leistung von Nachtarbeit voraussetzt, kann nicht angenommen werden, dass im Regelungszusammenhang von Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 Buchst. b TVöD-NRW darauf verzichtet werden sollte. Dies gilt umso mehr, als die volle Theaterbetriebszulage bei einem monatlichen Vergleich höher ist als die Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-V. 15

Der tarifliche Regelungszusammenhang von Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 TVöD-NRW steht allerdings einer Auslegung entgegen, dass das tariflich bestimmte Zeitmaß „nicht nur gelegentlich“ für jede einzelne Sonderform der Arbeit festzustellen ist. Die Gliederung zeigt, dass mit der Theaterbetriebszulage drei Arten von Aufwendungen und besonderen Erschwernissen abgegolten 16

werden sollen. Jeder Erschwernis ist ein gesonderter Gliederungsbuchstabe zugewiesen. Unter Buchst. b wird einheitlich die Erschwernis durch Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit und damit durch die Arbeit zu ungünstigen Zeiten aufgeführt. Daraus folgt nach vorstehenden Erwägungen zwar nicht, dass der Tarifvertrag auf das kumulative Vorliegen aller Sonderformen der Arbeit verzichtet; die Systematik legt aber eine Auslegung nahe, dass das Vorliegen des tariflich bestimmten Zeitmaßes insgesamt im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung festzustellen ist.

3. Sinn und Zweck der Theaterbetriebszulage bestätigen dies. Sie dient der pauschalen Abgeltung der mit dem Theaterbetrieb typischerweise einhergehenden und in Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 Buchst. a bis c TVöD-NRW näher aufgeführten Erschwernisse und Aufwendungen. Nicht nur gelegentliche Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit erschwert die Gestaltung der Freizeit und des Familienlebens. Ein Mitarbeiter, der überwiegend an Sonntagen und regelmäßig in der Nacht arbeitet, aber nur gelegentlich an Feiertagen eingesetzt wird, ist nicht geringeren Erschwernissen ausgesetzt als der Mitarbeiter, der das tariflich bestimmte Zeitmaß in Bezug auf alle Sonderformen der Arbeit gerade erfüllt. Es ist deshalb geboten, im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung festzustellen, ob durch Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit die tariflich bestimmte Erheblichkeitsschwelle „nicht nur gelegentlich“ insgesamt überschritten wird. 17

4. Dieses Verständnis der Norm führt zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung. Zufälligkeiten der Dienstplangestaltung, die zu einer nur gelegentlichen Leistung von Feiertagsarbeit führen können, bewirken dann keine Kürzung der Zulage, wenn bei einer Gesamtbetrachtung das tariflich bestimmte Zeitmaß insgesamt überschritten wird. Beschäftigte, die nicht alle Sonderformen der Arbeit geleistet oder das tarifliche Zeitmaß bei einer Gesamtbetrachtung nicht erreicht haben, erhalten nach Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 3 TVöD-NRW je Arbeitstag die hälftige Theaterbetriebszulage (*zur vorherigen Regelung für Angestellte in § 5* 18

*Abs. 3 Buchst. a BZT-A/NRW vgl. BAG 24. September 1986 - 4 AZR 400/85 - AP BAT § 2 Nr. 2).*

5. Das Landesarbeitsgericht hat die gebotene Gesamtbetrachtung nicht vorgenommen. Dies wird nachzuholen sein. Im Hinblick auf das Vorliegen des tariflich bestimmten Zeitmaßes „nicht nur gelegentlich“ kommt den Tatsacheninstanzen ein Beurteilungsspielraum zu (*BAG 24. September 1986 - 4 AZR 400/85 - aaO*). Die Tarifregelung setzt zudem einen Bezugszeitraum voraus, ohne selbst Anhaltspunkte für dessen Bestimmung zu geben. Es ist zunächst Sache des Arbeitgebers, entsprechend den Besonderheiten des Theaterbetriebs zu bestimmen, innerhalb welchen Zeitraums die tarifliche Erheblichkeitsschwelle geprüft wird. Bei dessen Überprüfung kommt den Tatsacheninstanzen ein Beurteilungsspielraum zu. Gegen den von der Beklagten gewählten Halbjahreszeitraum bestehen revisionsrechtlich keine Bedenken. 19

II. Die Revision des Klägers ist begründet. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann die Theaterbetriebszulage nicht wegen der Teilzeittätigkeit des Klägers gekürzt werden. 20

1. Nach Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 4 TVöD-NRW gilt bei Teilzeitbeschäftigung § 24 Abs. 2 TVöD-V entsprechend. Danach erhalten Teilzeitbeschäftigte das Tabellenentgelt (§ 15 TVöD-V) und alle sonstigen Entgeltbestandteile in dem Umfang, der dem Anteil ihrer individuell vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit an der regelmäßigen Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter entspricht, soweit tariflich nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist. Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Eine geringere Arbeitszeit darf daher grundsätzlich nur quantitativ, nicht aber qualitativ anders abgegolten werden als Vollzeitarbeit (*BVerfG 27. November 1997 - 1 BvL 12/91 - zu B II 2 a aa der Gründe, BVerfGE 97, 35; Senat 24. September 2008 - 10 AZR 634/07 - Rn. 13, BAGE 128, 21*). 21



2. Die Theaterbetriebszulage nach Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 TVöD-NRW wird arbeitstäglich gezahlt. Die Kürzung einer arbeitstäglich gezahlten Zulage entsprechend § 24 Abs. 2 TVöD-V setzt voraus, dass die tägliche Arbeitszeit des Teilzeitbeschäftigten die tägliche Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter unterschreitet. Entsprechen sich die täglichen Arbeitszeiten vergleichbarer Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigter, arbeitet der Teilzeitbeschäftigte aber an weniger Arbeitstagen, ist eine Kürzung ausgeschlossen. Andernfalls würde die arbeitstägliche Zulage wegen der Teilzeit in doppelter Weise gekürzt. Der Teilzeitbeschäftigte erhielte die Zulage nur für die geringere Anzahl an Arbeitstagen und sie würde entsprechend der vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit ein weiteres Mal gekürzt. Dem Teilzeitbeschäftigten würde insgesamt eine geringere Vergütung gezahlt, als sie dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten entspricht. Darin läge ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 TzBfG (*vgl. Senat 24. September 2008 - 10 AZR 634/07 - Rn. 13, BAGE 128, 21*).

3. Das Landesarbeitsgericht hat auf der Grundlage der vom Kläger im Streitzeitraum geleisteten Arbeitstage die Zulage berechnet und in einem zweiten Schritt entsprechend dem Anteil der vereinbarten Teilzeitarbeit des Klägers im Verhältnis zur wöchentlichen Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten die Zulage gekürzt. Dies wäre nur bei einer gleichmäßigen Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit von Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten auf eine identische Anzahl von Wochenarbeitstagen richtig. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit keine Feststellungen getroffen. Es hat nicht festgestellt, ob der Kläger an einer geringeren Anzahl von Wochentagen eingesetzt wurde oder ob seine tägliche Arbeitszeit geringer war als die eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Dies wird nachzuholen sein. Zu bedenken ist dabei, dass Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 1 TVöD-NRW eine bestimmte tägliche Mindestarbeitszeit nicht anordnet. Auch die Dauer der täglichen Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten oder die Anzahl seiner wöchentlichen Arbeitstage kann variieren, ohne dass dies auf die Höhe der arbeitstäglich zu zahlenden Zulage Einfluss hat. Beiden Parteien wird deshalb zunächst Gelegenheit zum Vortrag gegeben

werden müssen, ob der Kläger an weniger Arbeitstagen eingesetzt wurde und/oder seine tägliche Arbeitszeit geringer war als die eines Vollzeitbeschäftigten. Ergibt sich, dass der Kläger sowohl an weniger Wochentagen gearbeitet hat als ein Vollzeitbeschäftigter als auch seine tägliche Arbeitszeit geringer war als die eines Vollzeitbeschäftigten, so käme eine Kürzung der gezahlten Zulage nur entsprechend seiner geringeren täglichen Arbeitszeit in Betracht. Diese Anwendung der Kürzungsregel des § 24 Abs. 2 TVöD-V auf die Zahlung der arbeitstäglich zu zahlenden Theaterbetriebszulage entspricht Teil V Nr. 4 § 3 Abs. 4 Satz 4 TVöD-NRW; danach gilt bei Teilzeitbeschäftigung § 24 Abs. 2 TVöD-V „entsprechend“.

Mikosch

W. Reinfelder

Mestwerdt

Zielke

Züfle