

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 410/12  
2 Sa 33/11  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
21. August 2013

## URTEIL

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 21. August 2013 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtlichen Richter Dittrich und Busch für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 4. Oktober 2011 - 2 Sa 33/11 - teilweise aufgehoben und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:
  1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 10. März 2011 - 29 Ca 53/10 - teilweise abgeändert.
  2. Das Versäumnisurteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 25. November 2010 - 29 Ca 53/10 - wird aufrechterhalten, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin 211,70 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. Februar 2010 zu zahlen. Im Übrigen werden das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.
  3. Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.
- II. Im Übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.
- III. Die Kosten des Rechtsstreits, mit Ausnahme der durch die Säumnis der Beklagten am 11. November 2010 veranlassten und von ihr allein zu tragenden Kosten, werden der Klägerin zu 69 % und der Beklagten zu 31 % auferlegt.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Feiertagsentgelt und die Ausweisung von Freizeitausgleich im Dienstplan. 1

Die Beklagte betreibt ein Klinikum. Die Klägerin ist dort als Teilzeitkraft im Pflegedienst angestellt. Im Jahre 2009 bezog die Klägerin umgerechnet eine Vergütung je Arbeitsstunde iHv. 14,50 Euro brutto. 2

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet kraft einzelvertraglicher Bezugnahme der Tarifvertrag für den Krankenhausarbeitgeberverband Hamburg e. V. vom 14. Juni 2007 (*im Folgenden: TV-KAH*) Anwendung. 3

In diesem Tarifvertrag ist ua. geregelt: 4

**„§ 6.1**

**Arbeit an Sonn- und Feiertagen**

Abweichend von § 6 Abs. 3 Satz 3 und in Ergänzung zu § 6 Abs. 5 gilt für Sonn- und Feiertage Folgendes:

- (1) Die Arbeitszeit an einem gesetzlichen Feiertag, der auf einen Werktag fällt, wird durch eine entsprechende Freistellung an einem anderen Werktag bis zum Ende des dritten Kalendermonats - möglichst aber schon bis zum Ende des nächsten Kalendermonats - ausgeglichen, wenn es die betrieblichen Verhältnisse zulassen. Kann ein Freizeitausgleich nicht gewährt werden, erhält die/der Beschäftigte je Stunde 100 v.H. des auf eine Stunde entfallenden Anteils des monatlichen Entgelts der jeweiligen Entgeltgruppe und Stufe nach Maßgabe der Entgelttabelle. Ist ein Arbeitszeitkonto eingerichtet, ist eine Buchung gemäß § 10 Abs. 3 zulässig. § 8 Abs. 1 Satz 2 Buchst. d bleibt unberührt.
- (2) Für Beschäftigte, die regelmäßig nach einem Dienstplan eingesetzt werden, der Wechselschicht- oder Schichtdienst an sieben Tagen in der Woche vorsieht, vermindert sich die regelmäßige Wochenarbeitszeit um ein Fünftel der arbeitsvertraglich vereinbarten durchschnittlichen Wochenarbeitszeit, wenn sie an einem gesetzlichen Feiertag, der auf einen Werktag fällt,
  - a) Arbeitsleistung zu erbringen haben oder
  - b) nicht wegen des Feiertags, sondern dienstplanmäßig nicht zur Arbeit eingeteilt sind und deswegen an anderen Tagen der Woche ihre regelmäßige Arbeitszeit erbringen müssen.

Absatz 1 gilt in diesen Fällen nicht. § 8 Abs. 1 Satz 2 Buchst. d bleibt unberührt.

**§ 8**

**Ausgleich für Sonderformen der Arbeit**

- (1) Der/die Beschäftigte erhält neben dem Entgelt für die tatsächliche Arbeitsleistung Zeitzuschläge. ... Die

Zeitzuschläge betragen - auch bei Teilzeitbeschäftigten - je Stunde

a) ...

...

d) bei Feiertagsarbeit ohne Freizeitausgleich 135 %

bei Feiertagsarbeit mit Freizeitausgleich 35 %

(Der Freizeitausgleich muss im Dienstplan besonders ausgewiesen und bezeichnet werden. Falls kein Freizeitausgleich gewährt wird, werden als Entgelt einschließlich des Zeitzuschlags und des auf den Feiertag entfallenden Tabellenentgeltes höchstens 235 % gezahlt.)

...“

Die Klägerin wurde nach einem Dienstplan an allen Wochentagen ganzschichtig in Wechselschicht eingesetzt. In den Monaten April bis Juni 2009 arbeitete sie durchschnittlich 19,25 Stunden wöchentlich. So arbeitete sie am Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai und Pfingstmontag jeweils 7,5 Stunden. Hierfür wurde in den Dienstplänen kein Freizeitausgleich ausgewiesen. Die Beklagte vergütete einen Zuschlag iHv. 35 %.

5

Mit ihrer Klage fordert die Klägerin weitere Vergütung für die 30 an den vier Feiertagen geleisteten Arbeitsstunden zu 14,50 Euro brutto und Änderung der Dienstplangestaltung, weil die Beklagte ihr keinen Freizeitausgleich gewährt habe.

6

Die Klägerin hat beantragt,

7

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin für das Jahr 2009 435,00 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz seit Rechtshängigkeit nachzuzahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagte auch ab dem 1. Januar 2010 verpflichtet ist, den Freizeitausgleich gemäß § 8 Abs. 1 Buchst. d des TV-KAH im Dienstplan der Klägerin gesondert auszuweisen und die ausgewiesenen Tage auf die monatliche Ist-Arbeitszeit anzurechnen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Der Freizeitausgleich sei 8  
gewährt worden, indem die monatliche Sollarbeitszeit der Klägerin um  
3,85 Stunden (= 1/5 der Arbeitszeit der Klägerin) für jeden gesetzlichen Feier-  
tag, an dem die Klägerin gearbeitet habe, gekürzt worden sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsge- 9  
richt hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat zuge-  
lassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist zum Teil begründet. Das Versäumnisur- 10  
teil des Arbeitsgerichts ist nur in Höhe eines Betrags von 211,70 Euro brutto  
nebst Prozesszinsen aufrechtzuerhalten. Im Übrigen ist die Klage unter teilwei-  
ser Aufhebung des Berufungsurteils und teilweiser Abänderung des erstinstanz-  
lichen Urteils als unbegründet abzuweisen.

I. Die Klägerin hat nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Buchst. d TV-KAH Anspruch 11  
auf weitere Vergütung für die am Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai und Pfingst-  
montag 2009 geleistete Feiertagsarbeit von 14,6 Stunden (= 3,65 Stunden x 4)  
zu 14,50 Euro brutto. Denn in diesem Umfang wurde ihr kein Freizeitausgleich  
gewährt. Nach der Tarifregelung steht ihr deshalb noch ein Zuschlag iHv.  
100 % des Stundenentgelts zu. Bislang leistete die Beklagte lediglich einen Zu-  
schlag iHv. 35 %.

1. Der Klägerin ist durch die Minderung der Soll-Arbeitszeit um 12  
3,85 Stunden für jeden dieser vier gesetzlichen Feiertage Freizeitausgleich für  
insgesamt 15,4 Stunden gewährt worden. Die Kürzung der regelmäßigen Wo-  
chenarbeitszeit um ein Fünftel pro Feiertag (*also 4 x 3,85 Stunden*) gemäß  
§ 6.1 Abs. 2 TV-KAH in den Kalendermonaten April bis Juni 2009 hat der Klä-  
gerin den Vorteil vergüteter Freizeit im Umfange von 15,4 Stunden eingetragen.

2. Soweit das Landesarbeitsgericht diese Kürzung der Soll-Arbeitszeit als streitiges Vorbringen der Beklagten gewürdigt hat, ist dies rechtsfehlerhaft, denn das Bestreiten der Klägerin mit Nichtwissen war unzulässig (§ 138 Abs. 4 ZPO). Die Soll- und Ist-Daten der Dienstpläne waren Gegenstand der eigenen Wahrnehmung der Klägerin. Zudem hätte das Landesarbeitsgericht den Inhalt der von der Beklagten vorgetragenen Dienstpläne selbst auswerten können. Aus diesen schriftsätzlich erläuterten Dienstplänen ergibt sich die Kürzung der Soll-Arbeitszeit für die Arbeit an den vier gesetzlichen Feiertagen um jeweils 3,85 Stunden je Feiertag. So wurde für April 2009 anstelle der regulären Soll-Arbeitszeit von 84,7 Stunden eine Arbeitszeit von 77 Stunden vorgegeben. Für Mai 2009 lauteten diese Werte 80,85 bzw. 73,15 Stunden. Im Juni 2009 wurde die Soll-Arbeitszeit von 84,7 Stunden wegen des 1. Juni (*Pfingstmontag*) um 3,85 Stunden auf 80,85 Stunden gekürzt. 13

3. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 9. Juli 2008 (- 5 AZR 902/07 - Rn. 14 ff.) zu § 49 TVöD-BT-K, der wörtlich § 6.1 TV-KAH entspricht, entschieden, dass die wegen eines Feiertags erfolgte Reduzierung der dienstplanmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines schichtdienstleistenden Beschäftigten um ein Fünftel eine Gewährung von Freizeitausgleich darstellt. Hieran hält der Senat fest. Die dort aufgestellten Grundsätze gelten für den TV-KAH entsprechend. 14

Wie bei § 49 TVöD-BT-K belegt bereits der Wortlaut des § 6.1 Abs. 2 TV-KAH, dass die Arbeitszeitreduzierung den Freizeitausgleich bildet. Eine Minderung der Soll-Arbeitszeit führt zu vergüteter Freizeit. § 6.1 Abs. 2 TV-KAH beinhaltet wie § 49 Abs. 2 TVöD-BT-K einen institutionalisierten (*automatischen*) Freizeitausgleich, der an die Stelle eines Freizeitausgleichs an konkreten Tagen tritt (*vgl. BAG 9. Juli 2008 - 5 AZR 902/07 - Rn. 17*). Dementsprechend regelt § 6.1 Abs. 2 Satz 2 TV-KAH, dass § 6.1 Abs. 1 TV-KAH bei einer wegen eines Feiertags erfolgten Reduzierung der dienstplanmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit nicht gilt. Ein Anspruch auf (konkreten) Freizeitausgleich bzw. Zahlung nach § 6.1 Abs. 1 TV-KAH steht dem Arbeitnehmer neben § 6.1 Abs. 2 15

TV-KAH nicht zu (*BAG aaO Rn. 18; Bredemeier/Neffke/Baßler, TVöD/TV-L 4. Aufl. § 49 TVöD-BT-K Rn. 7*).

4. Nach § 6.1 Abs. 2 Satz 3 TV-KAH bleibt (*wie in § 49 Abs. 2 Satz 3 TVöD-BT-K*) § 8 Abs. 1 Satz 2 Buchst. d TV-KAH unberührt. Danach erhält auch der nach § 6 Abs. 2 TV-KAH im Schichtdienst eingesetzte Arbeitnehmer Feiertagszuschläge nur bei Feiertagsarbeit, nicht bei dienstplanmäßiger Freizeit. Die Höhe des Zuschlags richtet sich allein danach, ob ein Freizeitausgleich erfolgt. Der erhöhte Zuschlag fällt an, wenn der Arbeitgeber die Wochenarbeitszeit entgegen der Regelung des § 49 Abs. 2 Satz 1 TVöD-BT-K nicht vermindert, sondern der Arbeitnehmer voll arbeiten muss. Wird, wie im Fall der Klägerin, nur zum Teil Freizeitausgleich durch Kürzung der Soll-Arbeitszeit gewährt, ist für die nicht durch Freizeit ausgeglichenen Arbeitsstunden der erhöhte Zuschlag von 135 % zu leisten. Da die Klägerin bereits einen Zuschlag iHv. 35 % für alle 30 an den vier gesetzlichen Feiertagen geleisteten Arbeitsstunden erhalten hat, sind noch 100 % Zuschlag für 14,6 Stunden offen. 16

II. Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, den Freizeitausgleich im Dienstplan der Klägerin gesondert auszuweisen und die ausgewiesenen Tage auf die monatliche Ist-Arbeitszeit anzurechnen. Auf Arbeitnehmer, die regelmäßig nach einem Dienstplan eingesetzt werden, der Wechselschicht- oder Schichtdienst an sieben Tagen in der Woche vorsieht, findet die Dienstplan-Regelung des § 8 Abs. 1 Buchst. d TV-KAH keine Anwendung. Der Freizeitausgleich für diese Beschäftigten erfolgt durch Verminderung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit um ein Fünftel der arbeitsvertraglich vereinbarten durchschnittlichen Wochenarbeitszeit, wenn sie an einem gesetzlichen Feiertag, der auf einen Werktag fällt, arbeiten müssen. Ein besonders auszuweisender Freizeitausgleich durch vergütete Freistellung an einzelnen Tagen wird ihnen nicht geschuldet, denn durch die Minderung ihrer Soll-Arbeitszeit ist der notwendige Freizeitausgleich gewährleistet. Dementsprechend ist ein gesonderter Ausweis denknotwendig ausgeschlossen. 17

III. Prozesszinsen stehen der Klägerin erst ab dem 12. Februar 2010 zu, denn die Klage wurde der Beklagten am 11. Februar 2010 zugestellt. 18

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 und § 344 ZPO. 19

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Dittrich

Busch