

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 20. Januar 2016
- 6 AZR 742/14 -
ECLI:DE:BAG:2016:200116.U.6AZR742.14.0

I. Arbeitsgericht Halle

Urteil vom 28. Juni 2012
- 1 Ca 3579/09 -

II. Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt

Urteil vom 5. Juni 2014
- 3 Sa 353/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst - Anrechnung auf Sollarbeitszeit

Bestimmungen:

Arbeitsvertragsrichtlinien für Einrichtungen des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland - Fassung Ost - idF vom 1. Juli 2007 § 9 Abs. 1, Anlage 8 Abschn. A Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4, Abs. 5, Abs. 10

BUNDEARBEITSGERICHT



6 AZR 742/14
3 Sa 353/12
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Januar 2016

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel sowie den ehrenamt-

lichen Richter Klapproth und die ehrenamtliche Richterin Peter für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird unter Verwerfung der Revision im Übrigen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 5. Juni 2014 - 3 Sa 353/12 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Halle vom 28. Juni 2012 - 1 Ca 3579/09 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt gefasst:
Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 88,92 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. November 2009 zu zahlen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten - soweit für die Revision noch von Bedeutung - über die Vergütung der im Rahmen des ärztlichen Bereitschaftsdienstes von der Klägerin von Juli bis Oktober 2007 sowie im Dezember 2007 geleisteten Arbeitsstunden. 1

Die Klägerin war bis zum 31. Dezember 2007 in dem von der Beklagten betriebenen Krankenhaus als Oberärztin beschäftigt. Gemäß § 3 des Dienstvertrags vom 20. April 1995 galten für das Arbeitsverhältnis die Arbeitsvertragsrichtlinien für Einrichtungen des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland - Fassung Ost - (künftig AVR) einschließlich der jeweils in Kraft gesetzten Nachträge. 2

Zur Arbeitszeit sowie zum Bereitschaftsdienst bestimmten die AVR in der für den streitbefangenen Zeitraum maßgeblichen Fassung vom 1. Juli 2007: 3

„§ 9 Arbeitszeit [in der Fassung der Sonderregelung AVR
- Fassung Ost -]

(1) Die regelmäßige Arbeitszeit einer vollbeschäftigten
Mitarbeiterin bzw. eines vollbeschäftigten Mitarbeiters be-
trägt ausschließlich der Pausen durchschnittlich 40 Stun-
den wöchentlich. ...

...

(3) ...

Für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Bereitschafts-
dienst ... gilt Anlage 8.

...

§ 9b Arbeitszeitkonten

(1) Die Dienstgeberin bzw. der Dienstgeber richtet für jede
Mitarbeiterin und jeden Mitarbeiter ein Jahresarbeitszeit-
konto ein und führt dieses. ...

...

Anlage 8

BEREITSCHAFTSDIENST UND RUFBEREITSCHAFT

A. Regelung für Ärztinnen, Ärzte, ...

(1) Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind verpflichtet,
sich auf Anordnung der Dienstgeberin bzw. des Dienstge-
bers außerhalb der vertraglichen Soll-Arbeitszeit an einer
von der Dienstgeberin bzw. vom Dienstgeber bestimmten
Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzuneh-
men (Bereitschaftsdienst). ...

...

(3) Zum Zwecke der Entgeltberechnung wird die Zeit des
Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit
wie folgt als Arbeitszeit gewertet:

- a) Nach dem Maß der während des Bereitschafts-
dienstes erfahrungsgemäß durchschnittlich an-
fallenden Arbeitsleistung wird die Zeit des Be-
reitschaftsdienstes wie folgt als Arbeitszeit ge-
wertet:

Stufe	Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes	Bewertung als Arbeitszeit
-------	---	---------------------------

...

D	mehr als 40 bis 49 v.H.	55 v.H.
---	-------------------------	---------

...

- b) Entsprechend der Zahl der von der Mitarbeiterin bzw. vom Mitarbeiter je Kalendermonat abgeleiteten Bereitschaftsdienste wird die Zeit eines jeden Bereitschaftsdienstes zusätzlich wie folgt als Arbeitszeit gewertet:

Zahl der Bereitschaftsdienste im Kalendermonat	Bewertung als Arbeitszeit
--	---------------------------

1. bis 8. Bereitschaftsdienst	25 v.H.
-------------------------------	---------

...

(4) Für die nach Abs. 3 errechnete Arbeitszeit wird das Überstundenentgelt gezahlt. Überstundenentgelt i.S.d. Anlage 8 A. ist das Überstundenentgelt nach Anlage 9.

(5) Die nach Abs. 3 errechnete Arbeitszeit kann bis zum Ende des dritten Kalendermonats auch durch entsprechende Arbeitsbefreiung abgegolten werden (Freizeitausgleich). ...

...

(10) Für die Zeiten eines Freizeitausgleichs nach Abs. 5 ... werden das Entgelt (§ 14 Abs. 1) und die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen fortgezahlt.

...

Anmerkungen

1. zu Anlage 8 A. Abs. 1 und Anlage 8 B. Abs. 1:

Der im Anschluss an die dienstplanmäßige Arbeitszeit angeordnete Bereitschaftsdienst beginnt nach Beendigung der Vollarbeit. Kann eine Tätigkeit zum dienstplanmäßigen Ende der Vollarbeit nicht unterbrochen werden, ist die anschließende Zeit als Vollarbeit bis zur Beendigung der begonnenen Tätigkeit zu werten.

...

Anlage 8a

ÄRZTINNEN UND ÄRZTE

...

§ 3 Oberärzte [in der Fassung der Sonderregelung AVR - Fassung Ost -]

...

(2) Das Stundenentgelt für Oberärztinnen und Oberärzte beträgt 28,09 €. Das Stundenentgelt zur Berechnung von Bereitschaftsdienstvergütungen beträgt davon abweichend 34,87 €. ...“

Die Klägerin leistete im streitbefangenen Zeitraum neben den Normal- 4
diensten regelmäßig Bereitschaftsdienst. Dabei wurde allein mit den planmäßi-
gen Diensten die Sollarbeitszeit nicht erreicht. Im Einzelnen erbrachte die Klä-
gerin folgende Normaldienst- und Bereitschaftsdienststunden:

	Sollarbeitszeit	Normaldienst- stunden	Bereitschafts- dienststunden
Juli 2007	176 Stunden	107,5 Stunden	108,0 Stunden
August 2007	184 Stunden	119,0 Stunden	107,0 Stunden
September 2007	160 Stunden	119,5 Stunden	54,0 Stunden
Oktober 2007	168 Stunden	124,5 Stunden	68,0 Stunden
Dezember 2007	136 Stunden	75,0 Stunden	113,5 Stunden

Die Beklagte wertete die von der Klägerin geleisteten Bereitschafts- 5
dienste gemäß Anlage 8 Abschn. A Abs. 3 Buchst. a Stufe D und Buchst. b
(1. bis 8. Bereitschaftsdienst) AVR zu insgesamt 80 % als Arbeitszeit. Die so
faktorierte Arbeitszeit verwendete sie zur „Auffüllung der Soll-Arbeitszeit“ der
Klägerin und vergütete die dafür eingesetzten Stunden mit 28,09 Euro brutto.
Die verbleibenden Bereitschaftsdienststunden vergütete sie mit dem Überstun-
denentgelt von 34,87 Euro brutto je Stunde. Zur Feststellung des Saldos ver-
wendete sie eine Excel-Tabelle, die von der Klägerin ausgefüllt wurde.

Die Klägerin begehrt im Revisionsverfahren noch die Differenz zum 6
Überstundenentgelt für 319,25 bereits faktorierte Bereitschaftsdienststunden,
die die Beklagte im Zeitraum von Juli bis Oktober 2007 sowie im Dezember

2007 zum Ausgleich für die im jeweiligen Kalendermonat fehlenden Sollarbeitsstunden in Ansatz gebracht hat. Dies führt zu einer Teilforderung von insgesamt 2.164,52 Euro brutto. Darüber hinaus begehrt sie weitere 88,92 Euro brutto als Vergütung für 2,55 von ihr im Dezember 2007 geleistete Bereitschaftsdienststunden.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe die „teuren“ Bereitschaftsdienststunden faktorisiert und zum Ausgleich der „günstigen“ Normalarbeitszeit genutzt, ohne die Differenz zur Bereitschaftsdienstvergütung zu zahlen. Das führe bei Gewährung von Freizeitausgleich zu einer Doppelbenachteiligung. Die Bereitschaftsdienststunden würden faktorisiert und zudem nur mit dem normalen Stundensatz vergütet. Das sei von der Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR nicht gedeckt. Für eine Abgeltung von Bereitschaftsdienststunden durch Freizeitausgleich müsse dem Mitarbeiter im Vorfeld seiner Arbeitspflicht Arbeitsbefreiung gewährt werden. Freizeitausgleich könne nicht dadurch erfolgen, dass rückwirkend auf den zurückliegenden Kalendermonat Minusstunden verrechnet würden, die aus einer fehlenden Arbeitszuweisung entstanden seien. Dafür sei ein Arbeitszeitkonto erforderlich, das jedoch gerade nicht geführt worden sei.

7

Die Klägerin hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - zuletzt beantragt,

8

die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.253,44 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags geltend gemacht, ihre Verfahrensweise sei von Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR gedeckt. Dabei handele es sich um eine Spezialregelung zu Anlage 8 Abschn. A Abs. 4 AVR. Letztlich habe der Dienstgeber das Wahlrecht, ob er geleistete Bereitschaftsdienstzeiten faktorisiert mit der Überstundenvergütung entlohne oder auf die Sollarbeitszeit anrechne. Insoweit bestehe eine Ersetzungsbefugnis.

9

Die Vorinstanzen haben der Klage im zuletzt noch streitbefangenen Umfang stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, aus Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 AVR folge, dass der Dienstgeber Bereitschaftsdienst nur außerhalb der vertraglichen Sollarbeitszeit anordnen dürfe. Die Beklagte sei deshalb verpflichtet gewesen, der Klägerin zunächst so viele „reguläre Dienste“ zuzuweisen, dass ihre vertragliche wöchentliche Sollarbeitszeit ausgefüllt gewesen sei. Soweit dies nicht geschehen sei, sei sie mit der Annahme der Dienste der Klägerin in Verzug geraten. Die Voraussetzungen für ein Jahresarbeitszeitkonto lägen nicht vor. Die betriebliche Praxis der Beklagten stelle sich als Missbrauch der Möglichkeit des Freizeitausgleichs dar. 10

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren auf Klageabweisung weiter. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 88,92 Euro brutto für 2,55 von der Klägerin im Dezember 2007 geleistete und von der Beklagten nicht vergütete Bereitschaftsdienststunden wendet. Im Übrigen ist die Revision begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die begehrte Überstundenvergütung für die im Wege des Freizeitausgleichs auf die Sollarbeitszeit angerechneten Bereitschaftsdienststunden. 12

A. Die Revision ist nicht wegen einer fehlenden Vollmacht des Vertreters der Beklagten unzulässig. 13

I. Allerdings datiert die im Revisionsverfahren auf Rüge der Klägerin vorgelegte Vollmacht erst vom 19. Dezember 2014, während die Revision bereits am 17. November 2014 eingelegt worden ist. Die Frage, ob das Mandatsverhältnis nach der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts von der Beklagten gekündigt worden ist oder ob es im Zeitpunkt der Einlegung der Revision noch 14

bestand, ist für die Zulässigkeit der Revision unerheblich. Sollte eine Kündigung des Mandatsverhältnisses erfolgt sein, wäre diese mangels Anzeige an das Bundesarbeitsgericht unter Bestellung eines neuen Prozessbevollmächtigten gegenüber dem Gericht nicht wirksam geworden (§ 87 Abs. 1 Alt. 2 ZPO). Eine etwaig fehlende Vertretungsmacht hätte allein im Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem rechtliche Bedeutung, nicht jedoch im Prozessrechtsverhältnis gegenüber dem Gericht (vgl. zum Ganzen: BAG 8. Dezember 1981 - 7 AZN 441/81 -; BVerwG 20. November 2012 - 4 AV 2.12 - Rn. 9; vgl. auch BAG 19. November 1996 - 3 AZR 461/95 - zu A 1 der Gründe).

II. Zudem wäre durch die Erteilung der Vollmacht vom 19. Dezember 2014 ein etwaiger Mangel der Vollmacht bei der Einlegung der Revision gemäß § 89 Abs. 2 ZPO durch Genehmigung der Beklagten mit rückwirkender Kraft geheilt worden. Wegen ihrer Rückwirkung braucht eine solche Genehmigung nicht innerhalb der Frist erklärt zu werden, die für die genehmigte Verfahrenshandlung gilt (BGH 10. Januar 1995 - X ZB 11/92 - zu B I 1 der Gründe, BGHZ 128, 280). Die Genehmigung kann bis zu dem Zeitpunkt erfolgen, in dem ein das Rechtsmittel als unzulässig verwerfendes Prozessurteil vorliegt (BGH 26. Januar 2006 - III ZB 63/05 - Rn. 17, BGHZ 166, 117). 15

B. Hinsichtlich einer Teilforderung von 88,92 Euro brutto als Entgelt für 2,55 Stunden, die die Klägerin im Wege des Bereitschaftsdienstes im Dezember 2007 geleistet hat, ist die Revision unzulässig und das angefochtene Urteil rechtskräftig geworden. 16

I. Die Rechtshängigkeit dieses Anspruchs ist nicht nach § 321 ZPO entfallen, obwohl das Landesarbeitsgericht sich damit in den Gründen nicht auseinandergesetzt hat. 17

1. Zwar ist das Urteil auf Antrag zu ergänzen, wenn ein nach dem Tatbestand erhobener Haupt- oder Nebenanspruch ganz oder teilweise übergegangen worden ist (§ 321 Abs. 1 ZPO). Wird der Antrag auf Urteilsergänzung nicht innerhalb der Frist des § 321 Abs. 2 ZPO gestellt, entfällt die Rechtshängigkeit 18

des übergangenen Anspruchs (*BAG 15. November 2012 - 6 AZR 373/11 - Rn. 24*). Eine Urteilsergänzung nach § 321 Abs. 1 ZPO ist aber nur möglich, wenn das Gericht über den Anspruch nicht entschieden hat. Hat es dagegen im Tenor über den Antrag positiv oder negativ erkannt, schweigen jedoch die Gründe dazu, warum dies geschehen ist, liegt kein Fall des § 321 ZPO vor (*BAG 17. November 1960 - 2 AZR 29/57 - zu III der Gründe; MüKoZPO/Musielak 4. Aufl. § 321 Rn. 6; Thomas/Putzo/Reichold 36. Aufl. § 321 Rn. 2*). Allein der Urteilstenor bestimmt das Maß der Zu- oder Aberkennung des geltend gemachten Anspruchs (*vgl. Baumgärtel Anm. AP ArbGG 1953 § 67 Nr. 1*).

2. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil, das der Klägerin auch das Entgelt für die 2,55 bisher nicht vergüteten Bereitschaftsdienststunden zugesprochen hatte, in vollem Umfang und uneingeschränkt zurückgewiesen. Es hat damit im Tenor auch über die 88,92 Euro brutto als Entgelt für diese Stunden entschieden, so dass für § 321 ZPO kein Raum ist. Der Rechtsfehler kann allein mit Rechtsmitteln, hier der Revision, geltend gemacht werden. 19

II. Die Revision greift zwar das Berufungsurteil in vollem Umfang an. Sie setzt sich jedoch mit ihrer Verurteilung zur Vergütung der 2,55 Bereitschaftsdienststunden aus Dezember 2007 nicht auseinander. Dieser Teilanspruch war ein eigenständiger Streitgegenstand, weil er einen anderen Lebenssachverhalt als die Zahlung des Überstundenentgelts für Bereitschaftsdienststunden, die auf die Sollarbeitszeit angerechnet wurden, betraf. Zwischen diesen Streitgegenständen bestand auch keine rechtliche Abhängigkeit, die eine gesonderte Auseinandersetzung mit den Gründen der Abweisung der Klage entbehrlich gemacht hätte (*vgl. BAG 18. November 2010 - 6 AZR 273/10 - Rn. 34*). Die Beklagte hätte diesen Anspruch daher gesondert angreifen müssen, um die Revision insoweit zulässig zu machen (*st. Rspr., vgl. nur BAG 29. Januar 2014 - 6 AZR 943/11 - Rn. 16*). Allerdings kann vom Rechtsmittelführer nicht mehr an Begründung verlangt werden als vom Gericht seinerseits aufgewendet (*BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 190/12 - Rn. 11, BAGE 147, 60*). Für die Zulässigkeit der Revision hätte jedoch der Rechtsfehler zumindest aufgezeigt, dh. gel- 20

tend gemacht werden müssen, dass ein Anspruch zugesprochen worden ist, ohne dass sich aus den Gründen ergibt, warum dies geschehen ist. Daran fehlt es.

C. Es kann dahinstehen, ob das Landesarbeitsgericht bei seiner Begründung, warum es der Klage auf Zahlung der Überstundenvergütung für die von der Beklagten im Wege des Freizeitausgleichs auf die Sollarbeitszeit angerechneten Bereitschaftsdienststunden stattgegeben hat, die Grenzen des Streitgegenstands noch gewahrt hat. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre und deshalb die von der Revision der Sache nach angenommene Verletzung des § 308 Abs. 1 ZPO vorgelegen hätte, wäre dieser Verstoß dadurch geheilt worden, dass die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt und sich dadurch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts zu eigen gemacht hat. Ohnehin kann der Senat auf der Grundlage des festgestellten und unstrittigen Sachverhalts den Rechtsstreit abschließend entscheiden, so dass es auch bei einer Verletzung des § 308 Abs. 1 ZPO keiner Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht bedürfte, sondern die Entscheidungskompetenz dem Revisionsgericht zukäme (*BAG 25. April 2013 - 6 AZR 800/11 - Rn. 13 f.*) 21

D. Die Revision rügt aber im Ergebnis mit Erfolg, dass das Landesarbeitsgericht bei seiner Auslegung der Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 AVR das Wesen des durch Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR ausdrücklich eröffneten Freizeitausgleichs und die getroffene Entgeltregelung für die durch Freizeitausgleich abgegoltenen Bereitschaftsdienststunden in Anlage 8 Abschn. A Abs. 10 AVR nicht hinreichend beachtet hat. Es hat nicht erkannt, dass entgegen seiner Ansicht die Verfahrensweise der Beklagten keinen Missbrauch der Möglichkeit des Freizeitausgleichs darstellt, sondern Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 iVm. Abs. 10 AVR die Möglichkeit eröffnet, Bereitschaftsdienststunden durch die Gewährung von Freizeitausgleich auf die Sollarbeitszeit anzurechnen und mit dem Entgelt nach § 14 Abs. 1 AVR zu vergüten. Auf die weiteren Rügen der Revision kommt es deshalb ebenso wenig an wie darauf, ob die Klage schlüssig war. 22

I. Die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes sehen als Voraussetzung für die Anordnung von Bereitschaftsdienst in der Regel vor, dass diese Arbeitsform 23

„außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit“ zu leisten ist (vgl. nur § 7 Abs. 3 TVöD/TV-L, § 41 Nr. 4 Ziff. 2 Abs. 3 TV-L, § 7 Abs. 4 TV-Ärzte (Länder), § 10 Abs. 1 TV-Ärzte/VKA sowie § 9 Abs. 1 der für Ärztinnen und Ärzte geltenden Anlage 8a der aktuellen Fassung der AVR). Dies geht auf das frühere Verständnis des Bereitschaftsdienstes als Ruhezeit (vgl. dazu BAG 18. Februar 2003 - 1 ABR 2/02 - zu B IV 3 b bb, BAGE 105, 32) zurück. Mit der Formulierung „außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit“ wurde verdeutlicht, dass Bereitschaftsdienst nicht als regelmäßige Arbeitszeit betrachtet wurde (BAG 21. November 2006 - 9 AZR 176/06 - Rn. 23). Zugleich wurde eine Rechtsgrundlage für die Heranziehung zum Bereitschaftsdienst geschaffen (vgl. BAG 5. Juni 2003 - 6 AZR 114/02 - zu A II 1 c bb der Gründe, BAGE 106, 252). Angestoßen durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH 3. Oktober 2000 - C-303/98 - [Simap] Slg. 2000, I-7963; 9. September 2003 - C-151/02 - [Jaeger] Slg. 2003, I-8389; Einzelheiten s. EUArbR/Gallner RL 2003/88/EG Art. 2 Rn. 8) ist jedoch nach der nunmehr geltenden Rechtslage Bereitschaftsdienst auch während seiner inaktiven Zeiten Arbeitszeit iSd. Arbeitszeitrechts (EUArbR/Gallner aaO). Ob seitdem diese tarifliche Formulierung dahin zu verstehen ist, dass Bereitschaftsdienst nur zusätzlich zur regelmäßigen Arbeitszeit angeordnet werden darf (in diesem Sinne: BeckOK TV-L/Dannenbergs Stand 1. Januar 2013 § 41 Nr. 4 Rn. 14; Spengler in Hahn/Pfeiffer/Schubert Arbeitszeitrecht § 7 TVöD Rn. 19; Burger in Burger TVöD/TV-L 3. Aufl. § 7 Rn. 36) oder ob lediglich bei Teilzeitbeschäftigten der Bereitschaftsdienst nur außerhalb der individuell vereinbarten Arbeitszeit angeordnet werden darf (in diesem Sinne wohl: BAG 21. November 1991 - 6 AZR 551/89 - zu II 1 der Gründe, BAGE 69, 85; BeckOK TVöD/Goodson Stand 1. Juni 2008 TVöD-AT § 7 Rn. 13), während im Übrigen damit nur zum Ausdruck gebracht werden soll, dass während des Bereitschaftsdienstes nicht dauerhaft die volle Arbeitsleistung erbracht werden muss (BeckOK TVöD/Goodson aaO Rn. 14), muss der Senat nicht entscheiden. Ebenso wenig muss er entscheiden, welche Bedeutung insoweit der teilweise - zT nur bei Einrichtung eines Arbeitszeitkontos - eröffneten Möglichkeit des Freizeitausgleichs (vgl. zB § 9 Abs. 2 Satz 5 TV-Ärzte (Länder), § 8 Abs. 6 Satz 3 TV-L, § 41 Nr. 5 Ziff. 4 Abs. 6 Satz 6 TV-L,

§ 12 Abs. 6 TV-Ärzte/VKA, § 10 Abs. 3 Satz 2 TVöD, § 8.1 Abs. 7 TVöD-K) zukommt (vgl. für eine dadurch faktisch eröffnete Anrechnung von Bereitschaftsdienstzeiten auf die regelmäßige Arbeitszeit BeckOK TV-L/Dannenberg aaO Rn. 15; zur Möglichkeit der Gewährung des Freizeitausgleichs nach § 12 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/VKA aF in der gesetzlichen Ruhezeit BAG 22. Juli 2010 - 6 AZR 78/09 - BAGE 135, 179).

II. Die Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 AVR eröffnet die Möglichkeit der Anordnung von Bereitschaftsdienst dagegen nur „außerhalb der vertraglichen Soll-Arbeitszeit“. Das macht durch die Abweichung von den für die Anordnung von Bereitschaftsdiensten üblichen tariflichen Bestimmungen des öffentlichen Dienstes, an denen sich die Anlage 8 im Übrigen orientiert, deutlich, dass im Geltungsbereich dieses Abschnitts Bereitschaftsdienst grundsätzlich nur zusätzlich zur vertraglich vereinbarten Sollarbeitszeit angeordnet werden kann, nicht aber anstatt der Sollarbeitszeit (KGH EKD 10. November 2008 - II-0124/N69-07 - zu II 2 b der Gründe; Adamek Erläuterung zu Anlage 8 A. zu Abs. 1; Scheffer/Mayer Kommentar zu den Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland 4. Aufl. Stand Mai 2006 Anlage 8 Erläuterung 2). Das hat das Landesarbeitsgericht im Ausgangspunkt richtig erkannt. Das führt jedoch entgegen seiner Ansicht (ebenso KGH EKD 10. November 2008 - II-0124/N69-07 - aaO; Scheffer/Mayer aaO) nicht uneingeschränkt dazu, dass Bereitschaftsdienst nur angeordnet werden darf, wenn sichergestellt ist, dass die vertragliche Sollarbeitszeit ohne Bereitschaftsdienste erreicht wird. Das Landesarbeitsgericht hat dabei die durch die AVR eröffnete Möglichkeit des Freizeitausgleichs für geleistete Bereitschaftsdienststunden und die Entgeltregelung für die insoweit abgegoltenen Stunden in Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 und Abs. 10 AVR nicht hinreichend berücksichtigt.

24

1. Nach Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 Satz 1 AVR kann innerhalb der dort genannten Frist die nach Anlage 8 Abschn. A Abs. 3 AVR faktorisierte, im Wege des Bereitschaftsdienstes erbrachte Arbeitszeit durch entsprechende Arbeitsbefreiung (Freizeitausgleich) abgegolten werden. Freizeitausgleich wird dadurch gewährt, dass der Dienstgeber den Mitarbeiter von seiner vertraglichen

25

Pflicht, Arbeitsleistungen zu erbringen, freistellt und so dessen Sollarbeitszeit reduziert. Der bei Ableistung von Bereitschaftsdiensten entstehende Entgeltanspruch wird dadurch erfüllt, dass der Dienstgeber gegenüber dem Mitarbeiter auf sein vertragliches Recht auf Leistung der geschuldeten Dienste in einem bestimmten Umfang verzichtet, der Entgeltanspruch für diese Zeit jedoch fortbesteht. Im Ergebnis wird die geleistete Bereitschaftsdienstzeit auf die Sollarbeitszeit angerechnet und - falls nicht abweichende Regelungen bestehen - entsprechend vergütet. Der Mitarbeiter erhält bezahlte Freizeit statt arbeiten zu müssen (vgl. BAG 22. Juli 2010 - 6 AZR 78/09 - Rn. 12, BAGE 135, 179; Schlottfeldt/Kutscher NZA 2009, 697, 698). Die Leistung des Bereitschaftsdienstes tritt an die Stelle der an sich geschuldeten regelmäßigen Arbeitszeit (Meinel Anm. AP TVG § 1 Tarifverträge: Arzt Nr. 14 zu 2.). Freizeitausgleich führt damit wesensimmanent zur Absenkung der Sollarbeitszeit. Er soll die Einhaltung der Regelarbeitszeit erleichtern, wenn der Dienstgeber Bereitschaftsdienst anordnet (vgl. BAG 22. Juli 2010 - 6 AZR 78/09 - Rn. 18, aaO). Das hat das Landesarbeitsgericht übersehen und das berücksichtigt auch der Kirchengerichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland nicht, wenn er annimmt, die Regelung in Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR beziehe sich nur auf den Bereitschaftsdienst und die in ihm bei Bedarf aufgenommene Arbeit, nicht aber auf die Berechnung [gemeint sein dürfte „Verrechnung“] von Arbeitszeit im Bereitschaftsdienst mit der vertraglich vereinbarten Sollarbeitszeit (KGH EKD 10. November 2008 - II-0124/N69-07 - Rn. 49).

2. Die Arbeitsrechtliche Kommission hat die Wechselwirkung von Freizeitausgleich und Absenkung der Sollarbeitszeit erkannt. Gemäß Anlage 8 Abschn. A Abs. 10 AVR sind für die Zeiten eines Freizeitausgleichs nur das Entgelt nach § 14 Abs. 1 AVR, also das Grundentgelt und der Kinderzuschlag, sowie die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen zu zahlen. Diese Bestimmung verdrängt als *lex specialis* die Regelung in Anlage 8 Abschn. A Abs. 4 AVR, wonach für Bereitschaftsdienststunden an sich das Überstundenentgelt zu zahlen ist. Die Kommission wollte dadurch offenkundig verhindern, dass sich das Entgelt auch dann erhöht, wenn Bereitschaftsdienst durch Freizeitausgleich abgegolten wird. Es soll nur das für das Erbringen der vertraglichen Sollarbeits-

26

zeit geschuldete Entgelt gezahlt werden. Dies bringt ihren Willen zum Ausdruck, Zeiten des Freizeitausgleichs zur Absenkung der Sollarbeitszeit zu verwenden, sie also insoweit auf die Sollarbeitszeit anzurechnen. Nur dann macht die Beschränkung der Entgeltzahlungspflicht auf das Entgelt nach § 14 Abs. 1 AVR statt des nach Anlage 8 Abschn. A Abs. 4 AVR eigentlich für die faktorisierten Bereitschaftsdienststunden zu leistenden Überstundenentgelts Sinn. Bereitschaftsdienst ist durch die Entgeltregelung in Anlage 8 Abschn. A Abs. 10 AVR bei Anordnung von Freizeitausgleich entgeltrechtlich dem Erfüllen der Sollarbeitszeit gleichgestellt.

3. In der Gesamtschau der Regelungen in Anlage 8 Abschn. A Abs. 1, Abs. 3, Abs. 5 und Abs. 10 AVR hat die Beschränkung der Befugnis des Dienstgebers zur Anordnung von Bereitschaftsdiensten auf die Zeit „außerhalb der vertraglichen Soll-Arbeitszeit“ in Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 AVR nur die Bedeutung, dass der Dienstgeber auch im Wege des Freizeitausgleichs dem Mitarbeiter nicht so viele Bereitschaftsdienste und so wenig Normaldienste zuweisen darf, dass der Mitarbeiter infolge der Faktorisierung nach Anlage 8 Abschn. A Abs. 3 iVm. Abs. 5 AVR die vertragliche Sollarbeitszeit nicht mehr erreichen kann. Mittelbar stellt Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 AVR damit sicher, dass es durch das Anordnen von Bereitschaftsdienst nicht zu einem Unterschreiten des vertraglich geschuldeten Entgelts und damit nicht zu einer Annahmeverzugssituation kommt. Das ist insbesondere für Bereitschaftsdienste der Stufe A von Belang, die gemäß Anlage 8 Abschn. A Abs. 3 und Abs. 5 AVR für die Vergütung zu höchstens 60 % als Arbeitszeit zu werten sind. Wiese der Dienstgeber in einem solchen Fall dem Mitarbeiter wöchentlich 48 Stunden Bereitschaftsdienst zu, würden von den im Monat zu leistenden 207,1 Stunden höchstens 60 % und damit 124,24 Stunden erbracht und zu vergüten sein. Das schließt Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 AVR aus. 27

4. Mit dieser Auslegung verliert Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 AVR nicht seinen Sinn. Gewährt der Dienstgeber keinen Freizeitausgleich, reduziert Abs. 1 die Anzahl der von ihm anzuordnenden Bereitschaftsdienste, weil zunächst die Sollarbeitszeit durch Normaldienste erreicht sein muss und Bereitschaftsdienst 28

nur zusätzlich dazu angeordnet werden darf, wobei die arbeitszeitrechtlichen Höchstgrenzen einzuhalten sind. Will der Dienstgeber in einem darüber hinausgehenden Umfang Bereitschaftsdienste anordnen, zwingt ihn die Regelung in Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 iVm. Abs. 5 AVR dazu, für Bereitschaftsdienste Freizeitausgleich zu gewähren, was die Reduzierung der Sollarbeitszeit und damit der Möglichkeit, den Mitarbeiter zu Normaldiensten einzuteilen, zur Folge hat. Zudem bietet die Anlage 8 Abschn. A AVR durch die Entgeltregelung in Abs. 10 dem Dienstgeber einen zusätzlichen Anreiz, Freizeitausgleich zu gewähren. In jedem Fall führt Abs. 1 damit zu einer Verringerung der zeitlichen Inanspruchnahme der Mitarbeiter in der Summe von Normal- und Bereitschaftsdiensten und erfüllt darum den damit offenkundig verfolgten arbeitschutzrechtlichen Zweck, die Arbeitszeiten zu begrenzen und die Mitarbeiter vor Überlastung zu schützen (*vgl. zu diesem Zweck BAG 16. Oktober 2013 - 10 AZR 9/13 - Rn. 58*).

5. Aus der Anmerkung Nr. 1 zu Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 und Abschn. B Abs. 1 AVR folgt nichts anderes. Danach beginnt der „im Anschluss an die dienstplanmäßige Arbeitszeit angeordnete“ Bereitschaftsdienst nach Beendigung der Vollarbeit. Dabei ist die zur Beendigung einer begonnenen Tätigkeit, die nicht unterbrochen werden kann, erforderliche Zeit als Vollarbeit zu werten. Diese Regelung hat allein Bedeutung für die Abgrenzung von Vollarbeit und Bereitschaftsdienst bei Tätigkeiten, die vom Normaldienst in die Zeit des Bereitschaftsdienstes hineinreichen. Abweichend von der früheren Regelung in § 15 Abs. 6a Unterabs. 1 Satz 1 BAT, die vorsah, dass sich der Angestellte auf Anordnung des Dienstgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Dienstgeber bestimmten Stelle aufzuhalten hatte, um im Bedarfsfalle die Arbeit aufzunehmen (Bereitschaftsdienst), verlangt die Anmerkung Nr. 1 mit dem Abschluss der noch zur Zeit der angeordneten Vollarbeit begonnenen Tätigkeit eine Zäsur zwischen Vollarbeit und Bereitschaftsdienst (*vgl. zur abweichenden Rechtslage nach dem BAT BAG 25. April 2007 - 6 AZR 799/06 - Rn. 19, BAGE 122, 225*). Insoweit enthält die Anlage 8 AVR in Anmerkung Nr. 1 eine eigenständige Regelung, die dem Dienstgeber die Möglichkeit verwehrt, die während des Normaldienstes nicht beendete Tätigkeit im Bereitschafts-

29

dienst beenden zu lassen. Die hierfür anfallenden Zeiten gelten als Vollarbeit (*Scheffer/Mayer AVR-Kommentar 5. Aufl. Stand Januar 2011 Anlage 8 Erläuterung 2*). Weiter gehende Bedeutung kommt dieser Anmerkung nicht zu.

E. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. 30

I. Die von der Beklagten vorgenommene Gewährung des Freizeitausgleichs im Wege der Saldierung ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts und der Klägerin von Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR gedeckt. 31

1. Freizeitausgleich muss entgegen der Annahme der Klägerin nicht zwingend im Vorfeld der Arbeitspflicht gewährt werden. Freizeit ist im arbeitsrechtlichen Sinn lediglich das Gegenteil von Arbeitszeit (*BAG 22. Juli 2010 - 6 AZR 78/09 - Rn. 20, BAGE 135, 179*). „Ausgleich“ bedeutet Ersatz, Gegenleistung, Gegenwert, Äquivalent (*Duden Das Synonymwörterbuch 5. Aufl.*) bzw. Bezahlung (*Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.*). Das von der Klägerin dem Begriff „Freizeitausgleich“ entnommene zukunftsbezogene Element gibt es nicht. Eine der danach von Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR gedeckten Möglichkeiten zur Gewährung des Freizeitausgleichs ist die Saldierung. Dabei werden zunächst die Stunden der Normaldienste einerseits und der Bereitschaftsdienste andererseits erbracht und separat addiert. Am Ende des festgelegten Zeitraums wird ein etwaiges Minus bei der durch die Normaldienste geleisteten Sollarbeitszeit durch die nach Anlage 8 Abschn. A Abs. 3 iVm. Abs. 5 AVR faktorisierten Bereitschaftsdienststunden abgedeckt und die Bereitschaftsdienststunden auf diese Weise abgegolten, die verbleibenden Stunden werden ausbezahlt (*vgl. BAG 22. Juli 2010 - 6 AZR 78/09 - Rn. 19, aaO; Schlottfeldt/Kutscher NZA 2009, 697, 699*). In dieser Weise ist die Beklagte vorgegangen und hat dabei den in Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR festgelegten Ausgleichszeitraum beachtet. 32

2. Anders als das Landesarbeitsgericht annimmt, bedurfte es auch keiner ausdrücklichen Anordnung, an welchen Tagen für wie viele Stunden Freizeitausgleich gewährt wird. Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR gibt dem Dienstgeber ein Wahlrecht, ob er den Bereitschaftsdienst vergütet, wobei er in diesem Fall 33

bei der Anordnung die Beschränkung des Abs. 1 der Anlage 8 Abschn. A AVR beachten muss, oder ob er dafür Freizeitausgleich gewährt. Insoweit kommt ihm eine Ersetzungsbefugnis zu (vgl. BAG 22. Juli 2010 - 6 AZR 78/09 - Rn. 11, BAGE 135, 179; Meinel Anm. AP TVG § 1 Tarifverträge: Arzt Nr. 14 zu 2.). Zur Ausübung dieser Ersetzungsbefugnis ist lediglich eine Erklärung erforderlich, durch die er auf sein vertragliches Recht auf Leistung der geschuldeten Dienste in einem bestimmten Umfang verzichtet und damit die entsprechende Dienstleistungspflicht zum Erlöschen bringt (vgl. BAG 12. Dezember 1990 - 4 AZR 269/90 -). Umfang und Zeitpunkt der Arbeitsbefreiung ergaben sich aus der von der Klägerin auszufüllenden Excel-Tabelle. Das genügt den Anforderungen der Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR (vgl. BAG 7. Dezember 1989 - 6 AZR 129/88 - zu II 2 a der Gründe).

II. Es kann dahinstehen, ob die Verfahrensweise der Beklagten mit der Verpflichtung, gemäß § 9b Abs. 1 AVR ein Jahresarbeitszeitkonto einzurichten, in Einklang steht. Anlage 8 Abschn. A Abs. 5 AVR lässt einen Freizeitausgleich nicht nur dann zu, wenn ein Jahresarbeitszeitkonto eingerichtet ist. Dies hätte einer entsprechenden unzweideutigen Anordnung bedurft (vgl. BAG 17. Dezember 2009 - 6 AZR 716/08 - Rn. 15). An einer solchen Anordnung fehlt es. 34

III. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts und der Klägerin ist dieser durch die Verfahrensweise der Beklagten kein „Doppelnachteil“ entstanden, weil die Bereitschaftsdienststunden zum einen faktorisiert und zum anderen nur mit dem normalen Stundensatz vergütet wurden. Es ist auch zu keinem von Anlage 8 Abschn. A AVR nicht gedeckten „Einkommensverlust“ gekommen. Das Landesarbeitsgericht hat übersehen, dass Anlage 8 Abschn. A AVR Bereitschaftsdienststunden nicht nur, wie von ihm angenommen, in Abs. 3 zum Zwecke der Entgeltberechnung, sondern in Abs. 5 auch zum Zwecke des Freizeitausgleichs faktorisiert. Dies begegnet keinen entgeltrechtlichen Bedenken. Eine besondere Entgeltregelung für unterschiedliche Formen der Arbeit wie Vollarbeit, Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft kann nicht nur durch Tarifvertrag, sondern auch durch Arbeitsvertrag und damit wie vorliegend durch zum Bestandteil des Arbeitsvertrags gewordene kirchliche Arbeitsrechtsregelungen 35

getroffen werden (vgl. BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR 877/12 - Rn. 23). Dabei ist eine Faktorisierung wie die in Anlage 8 Abschn. A Abs. 3 iVm. Abs. 5 AVR erfolgte entgeltrechtlich rechtswirksam, weil während Bereitschaftsdienstzeiten in der Regel ein Wechsel von Arbeits- und Ruhephasen vorliegt. Diese geringere Arbeitsintensität rechtfertigt die im Ergebnis durch die Faktorisierung abgesenkte Vergütung (vgl. BAG 16. Oktober 2013 - 10 AZR 9/13 - Rn. 58; 17. Juli 2008 - 6 AZR 505/07 - Rn. 20; Meinel Anm. AP TVG § 1 Tarifverträge: Arzt Nr. 14 zu 2.). Das gilt auch, soweit Anlage 8 Abschn. A AVR für den Fall des Freizeitausgleichs in Abs. 10 als lex specialis zu Abs. 4 die Vergütung der faktorisierten Bereitschaftsdienststunden lediglich mit dem für die Sollarbeitszeit geschuldeten Entgelt und nicht mit dem Überstundenentgelt regelt. Die Klägerin übersieht bei ihrer Argumentation ebenso wie das Landesarbeitsgericht, dass sie durch den Freizeitausgleich weniger Normaldienste als zur Erfüllung der Sollarbeitszeit erforderlich hat leisten müssen. Eine Rechtsgrundlage für den von der Klägerin reklamierten Anspruch, alle geleisteten Bereitschaftsdienste in vollem Umfang mit dem Überstundenentgelt nach Anlage 8 Abschn. A Abs. 4 AVR ausgezahlt zu bekommen und den Dienstgeber zu zwingen, von einem Freizeitausgleich abzusehen, besteht nicht. Anlage 8 Abschn. A AVR gewährt den davon erfassten Mitarbeitern weder einen Rechtsanspruch auf Freizeitausgleich noch einen Anspruch auf Zahlung des Überstundenentgelts für die geleisteten Bereitschaftsdienste, sondern überlässt es dem Dienstgeber, sein ihm insoweit zukommendes Wahlrecht in die eine oder die andere Richtung auszuüben, soweit er die ihm durch Anlage 8 Abschn. A Abs. 1 AVR auferlegten Beschränkungen beachtet (vgl. BAG 7. Dezember 1989 - 6 AZR 129/88 - zu II 2 a der Gründe; Schlottfeldt/Kutscher NZA 2009, 697, 700).

F. Der Rechtsstreit ist zur Entscheidung reif. Der umfangreiche neue Tatsachenvortrag der Revision dazu, ob die Klägerin die im streitbefangenen Zeitraum für den Freizeitausgleich herangezogenen Bereitschaftsdienststunden im Anschluss an die Normaldienste geleistet hat, ist unbeachtlich. Einer Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht zur Aufklärung dieses von der Klägerin streitig gestellten Sachverhalts bedarf es deshalb nicht.

36

G. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

37

Fischermeier

Spelge

Krumbiegel

Klapproth

Cl. Peter