

Bundesarbeitsgericht  
Sechster Senat

Urteil vom 5. Oktober 2023  
- 6 AZR 210/22 -  
ECLI:DE:BAG:2023:051023.U.6AZR210.22.0

I. Arbeitsgericht Bocholt

Urteil vom 12. August 2021  
- 4 Ca 250/21 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 2. Juni 2022  
- 18 Sa 1158/21 -

---

Entscheidungsstichworte:

AVR Caritas - Bereitschaftsdienst - Arbeitsunfähigkeit

Leitsatz:

§ 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG gestattet eine von den Vorgaben des Entgeltfortzahlungsgesetzes zu Ungunsten des Arbeitnehmers abweichende Regelung nur durch Tarifvertrag. Auf dem sog. Dritten Weg zustande gekommene Arbeitsvertragsrichtlinien sind von dieser Öffnungsklausel nicht erfasst.

# BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 210/22  
18 Sa 1158/21  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
5. Oktober 2023

## URTEIL

Schmidt-Brenner, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Oktober 2023 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Wemheuer, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Heinkel sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Kammann und Nienaber für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 2. Juni 2022 - 18 Sa 1158/21 - 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 Stundengutschriften auf einem Arbeitszeitkonto für Bereitschaftsdienste, die der Kläger aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht geleistet hat. 1

Der Kläger ist seit 1996 als Anästhesiepfleger bei der Beklagten beschäftigt. Im zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag ist auf die Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR, im Folgenden AVR Caritas) in ihrer jeweils geltenden Fassung Bezug genommen. Die für den Streitfall maßgeblichen Bestimmungen der AVR Caritas lauten auszugsweise wie folgt: 2

#### **„§ 12 Dienstbezüge**

Die Dienstbezüge bestimmen sich nach dem Abschnitt II der Anlage 1 zu den AVR.

#### **§ 12a Fürsorge bei Krankheit**

Wer durch Krankheit oder Unfall dienstunfähig wird, erhält Krankenbezüge nach Maßgabe der Anlage 1 zu den AVR.

...

#### **Anlage 1**

...

#### **II Dienstbezüge**

<sup>1</sup>Die dem Mitarbeiter monatlich zu gewährenden Dienstbezüge bestehen aus:

1. der Regelvergütung (Abschnitt III)
2. der Kinderzulage (Abschnitt V)
3. den sonstigen Zulagen (Abschnitt VIII)

<sup>2</sup>Abweichend von Unterabsatz 1 Nr. 1 und Nr. 2 bestehen die Dienstbezüge von Mitarbeitern, die von den Anlagen ..., 31, ... zu den AVR erfasst werden, aus den in ... § 12 der Anlage 31 zu den AVR ... genannten Tabellenentgelten.

...

## **XII Krankenbezüge**

(a) <sup>1</sup>Wird der Mitarbeiter durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, erhält er Krankenbezüge nach Maßgabe der Absätze b bis i.

...

(b) <sup>1</sup>Der Mitarbeiter erhält bis zur Dauer von sechs Wochen Krankenbezüge in Höhe der Urlaubsvergütung, die ihm zustehen würde, wenn er Erholungsurlaub hätte. ...

## **Anlage 14: Erholungsurlaub, Urlaubsgeld, Sonderurlaub**

### **I. Erholungsurlaub**

...

#### **§ 2 Bezüge während des Erholungsurlaubs**

(1) <sup>1</sup>Während des Erholungsurlaubs erhält der Mitarbeiter die Dienstbezüge nach Abschnitt II der Anlage 1 zu den AVR einschließlich der Zulagen, die in Monatsbeträgen festgelegt sind, die er erhalten würde, wenn er sich nicht im Urlaub befände. ... <sup>4</sup>Beim Vorliegen der Voraussetzungen erhält der Mitarbeiter zusätzlich pro Urlaubstag einen Aufschlag nach Absatz 3.

...

(3) Der Aufschlag ermittelt sich aus dem Tagesdurchschnitt der Zeitzuschläge nach

...

der Überstundenvergütung nach

...

dem Zeitzuschlag nach

...

der Vergütung für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft nach

§ 7 Abs. 5 und 6, § 9 Abs. 1, 2, 3 und 5 der Anlage 5 zu den AVR,

§ 8 und § 7 Abs. 3 der Anlage 30 zu den AVR,

§ 7 und § 6 Abs. 3 der Anlage 31 zu den AVR,

§ 7 und § 6 Abs. 3 der Anlage 32 zu den AVR,

§ 7 und § 6 Abs. 3 der Anlage 33 zu den AVR

... sowie den Aufschlagszahlungen nach dieser Vorschrift während der letzten drei Kalendermonate vor Beginn des Urlaubs.

...

### **Anlage 31: Besondere Regelungen für Mitarbeiter im Pflegedienst in Krankenhäusern**

...

#### **§ 7 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
...	...	...
III.	mehr als 40 v. H. bis 49 v. H.	90 v. H.

...

(4) Das Entgelt für die nach den Absätzen 1 und 3 zum Zwecke der Entgeltberechnung als Arbeitszeit gewertete Bereitschaftsdienstzeit bestimmt sich nach Anhang C dieser Anlage.

(5) ... [Zeitzuschläge für Bereitschaftsdienst an Feiertagen und in den Nachtstunden]

(6) <sup>1</sup>Das Bereitschaftsdienstentgelt wird gezahlt, es sei denn, dass ein Freizeitausgleich zur Einhaltung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes erforderlich ist [ab März 2021: dass ein Freizeitausgleich im Dienstplan vorgesehen ist,] oder eine entsprechende Regelung in einer [ab März 2021: einvernehmlichen] Dienstvereinbarung getroffen wird oder der Mitarbeiter dem Freizeitausgleich zustimmt. <sup>2</sup>In

diesem Fall kann anstelle der Auszahlung des Entgelts nach Absatz 4 für die nach den Absätzen 1 und 3 gewertete Arbeitszeit bis zum Ende des dritten Kalendermonats auch durch entsprechende Freizeit abgegolten werden (Freizeitausgleich).<sup>3</sup>Die Möglichkeit zum Freizeitausgleich nach Satz 2 umfasst auch die dem Zeitzuschlag nach Absatz 5 1:1 entsprechende Arbeitszeit.<sup>4</sup>Für die Zeit des Freizeitausgleichs werden das Entgelt (§ 11) und die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen fortgezahlt.<sup>5</sup>Nach Ablauf der drei Monate wird das Bereitschaftsdienstentgelt am Zahltag des folgenden Kalendermonats fällig.

(7) <sup>1</sup>Das Bereitschaftsdienstentgelt nach den Absätzen 1, 3, 4 und 5 kann im Falle der Faktorisierung nach § 9 Abs. 3 in Freizeit abgegolten werden. <sup>2</sup>Dabei entspricht eine Stunde Bereitschaftsdienst

a) nach Absatz 1 aa) in der Stufe I 37 Minuten, bb) in der Stufe II 46 Minuten und cc) in der Stufe III 55 Minuten,

...

### **§ 9 Arbeitszeitkonto**

(1) <sup>1</sup>Durch Dienstvereinbarung kann ein Arbeitszeitkonto eingerichtet werden. ...

(3) <sup>1</sup>Auf das Arbeitszeitkonto können Zeiten ... gebucht werden. <sup>2</sup>Weitere Kontingente (z.B. Rufbereitschafts-/Bereitschaftsdienstentgelte) können durch Dienstvereinbarung zur Buchung freigegeben werden. <sup>3</sup>Der Mitarbeiter entscheidet für einen in der Dienstvereinbarung festgelegten Zeitraum, welche der in Satz 1 genannten Zeiten auf das Arbeitszeitkonto gebucht werden.

(4) Im Falle einer unverzüglich angezeigten und durch ärztliches Attest nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit während eines Zeitausgleichs vom Arbeitszeitkonto (Zeiten nach Absatz 3 Satz 1 und 2) tritt eine Minderung des Zeitguthabens nicht ein.

...“

In der Vergangenheit leistete der Kläger monatlich mindestens zweimal Bereitschaftsdienst. Er entschied sich gemäß § 7 Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 der Anlage 31 AVR Caritas stets für die Gewährung von Freizeitausgleich statt der Zahlung des Bereitschaftsdienstentgelts.

3

Der Kläger war am 18. Januar 2020 im Umfang von 24 Stunden sowie am 17. März 2020 und 12. Mai 2021 im Umfang von jeweils 15,5 Stunden in den monatlich im Voraus erstellten Dienstplänen zur Leistung von Bereitschaftsdiensten der Stufe III eingeteilt. Diese wären gemäß § 7 Abs. 1 der Anlage 31 AVR Caritas zu 90 % als Arbeitszeit zu werten gewesen. Diese Dienste leistete er nicht, da er arbeitsunfähig erkrankte. Die Beklagte schrieb dem Arbeitszeitkonto des Klägers für diese Bereitschaftsdienste keine Stunden gut. Sie zahlte ihm für die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste seine verstetigten Dienstbezüge sowie den Aufschlag nach § 2 Abs. 3 der Anlage 14 AVR Caritas. Bei der Berechnung des Aufschlags berücksichtigte die Beklagte jeweils die in den letzten drei Monaten vor dem krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienst gezahlten Aufschläge und Zeitzuschläge sowie Rufbereitschafts- und Überstundenvergütungen, nicht jedoch die durch Freizeit ausgeglichenen, im Referenzzeitraum vom Kläger geleisteten Bereitschaftsdienste.

4

Der Kläger forderte die Beklagte mehrfach erfolglos auf, für die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste aus Januar und März 2020 Gutschriften im Umfang von 21,6 (24 Stunden x 90 %) und 13,95 Stunden (15,5 Stunden x 90 %) zu erteilen. Dieses Begehren hat er mit seiner Klage weiterverfolgt, die er später im Hinblick auf den Bereitschaftsdienst aus Mai 2021 um weitere 13,95 Stunden erweitert hat.

5

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er könne nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz für die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste Vergütung in dem Umfang fordern, wie diese als Arbeitszeit gewertet würden. Er sei so zu stellen, wie wenn er gearbeitet hätte. Diese Vorgaben des Entgeltfortzahlungsgesetzes seien zwingend und eine Abweichung gemäß § 4 Abs. 4 EFZG nur durch Tarifvertrag, nicht aber durch die AVR Caritas zulässig. Arbeitsvertragsrichtlinien seien kein Tarifvertrag in diesem Sinn. Bei den Bereitschaftsdiensten handele es sich auch nicht um Überstunden iSd. § 4 Abs. 1a EFZG. Er habe diese regelmäßig geleistet.

6

Der Kläger hat seine Klage erstinstanzlich im Umfang von acht Stunden für den 17. März 2020 zurückgenommen, weil die Beklagte ihm insoweit Freizeitausgleich gewährte. Aus dem gleichen Grund hat er mit seiner Berufung die vom

7

Arbeitsgericht abgewiesene Stundengutschrift für den 12. Mai 2021 nur noch im Umfang von 5,95 Stunden weiterverfolgt.

Zuletzt hat der Kläger daher nur noch beantragt, 8

die Beklagte zu verurteilen, dem Arbeitszeitkonto des Klägers 33,5 Stunden als „Iststunden“ in dem Monat, der auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Entscheidung des Streitfalls folgt, gutzuschreiben.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 9

Sie hat die Auffassung vertreten, sie habe die dem Kläger nach den AVR Caritas zustehenden Krankenbezüge ordnungsgemäß erfüllt. Die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleisteten Bereitschaftsdienste seien in dem Aufschlag nach § 2 Abs. 3 der Anlage 14 AVR Caritas enthalten. Soweit die AVR Caritas von den Vorgaben des Entgeltfortzahlungsgesetzes abwichen, sei dies nach § 4 Abs. 4 EFZG zulässig. Arbeitsvertragsrichtlinien seien Tarifverträge iSd. Norm. Jedenfalls sei diese analog auf die AVR Caritas anzuwenden. Sähe man dies anders, wäre das kirchliche Selbstbestimmungsrecht verletzt. Aber auch nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz stünden dem Kläger keine weiteren Stundengutschriften zu. Das fortzuzahlende Entgelt bestimme sich nach der regelmäßigen Arbeitszeit, wozu die Bereitschaftsdienste nicht zählten. 10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr im Umfang der Berufung des Klägers stattgegeben und die Beklagte zur Gutschrift von 33,5 Stunden verurteilt. Mit ihrer Revision möchte die Beklagte die Wiederherstellung des klageabweisenden Urteils des Arbeitsgerichts erreichen. 11

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts (§ 562 Abs. 1 ZPO). Es steht jedoch noch nicht fest, ob die zulässige Klage begründet ist. Zwar schuldet die Beklagte dem Kläger Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die wegen seiner krankheitsbedingten 12



Arbeitsunfähigkeit nicht geleisteten Bereitschaftsdienste am 18. Januar 2020, 17. März 2020 und 12. Mai 2021. Mangels ausreichender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann der Senat aber nicht abschließend entscheiden, ob diese - wie vom Kläger beantragt - in Form einer Stundengutschrift auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers zu erfolgen hat. Daher ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

I. Als Anspruchsgrundlage für das Begehren, bestimmte Zeiten auf einem Arbeitszeitkonto „gutzuschreiben“, kommt § 611a Abs. 2 BGB in Verbindung mit gesetzlichen, tariflichen, betrieblichen oder einzelvertraglichen Regelungen in Betracht (vgl. BAG 19. März 2008 - 5 AZR 328/07 - Rn. 10; vgl. auch BAG 21. März 2012 - 5 AZR 676/11 - Rn. 27, BAGE 141, 88; 10. November 2010 - 5 AZR 766/09 - Rn. 13 ff., BAGE 136, 152). Ein Arbeitszeitkonto hält fest, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht nach § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB erbracht hat oder aufgrund eines Entgeltfortzahlungstatbestands (zB § 615 Satz 1 und Satz 3, § 616 Satz 1 BGB, § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 EFZG, § 37 Abs. 2 BetrVG) nicht erbringen musste und deshalb Vergütung beanspruchen kann bzw. in welchem Umfang er noch Arbeitsleistung für die vereinbarte und gezahlte Vergütung erbringen muss. Die nachträgliche Gutschrift auf einem Arbeitszeitkonto setzt voraus, dass der Arbeitnehmer Arbeitsstunden erbrachte oder aufgrund eines Entgeltfortzahlungstatbestands nicht erbringen musste und diese bisher nicht vergütet und nicht in das Arbeitszeitkonto eingestellt wurden (vgl. BAG 19. Mai 2021 - 5 AZR 318/20 - Rn. 19; 16. September 2020 - 7 AZR 491/19 - Rn. 24; 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 20 mwN, BAGE 158, 31). Dabei setzt eine Gutschrift voraus, dass die dem Arbeitszeitkonto zugrundeliegenden Regelungen die Umwandlung in und die Buchung der betreffenden Vergütungsbestandteile als Zeit auf diesem überhaupt zulassen (vgl. BAG 30. Oktober 2019 - 6 AZR 581/18 - Rn. 16; 21. März 2012 - 5 AZR 676/11 - Rn. 20, 27, aaO; 19. März 2008 - 5 AZR 328/07 - Rn. 10 ff.; siehe auch BAG 20. November 2019 - 5 AZR 578/18 - Rn. 14 zum Abbau eines Arbeitszeitkontos). Das gilt ebenso für die Buchung von Zeitzuschlägen oder von Rufbereit-

schafts- bzw. Bereitschaftsdienstentgelten als Zeitguthaben auf einem Arbeitszeitkonto.

II. Die Klage ist nicht bereits deshalb unbegründet, weil ein Vergütungsanspruch für die krankheitsbedingt nicht geleisteten Bereitschaftsdienste nicht entstanden ist. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Kläger den Anspruch auf die Gegenleistung für diese Dienste, zu denen er eingeteilt war, gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 EFZG behalten hat. 14

1. Wird ein Arbeitnehmer unverschuldet an der Erbringung seiner Arbeitsleistung durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit verhindert (§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG), ist das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen (§ 4 Abs. 1 EFZG). Dies stellt eine Regelung des Leistungsstörungsrechts dar. Durch die Vorschriften zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall behält der Arbeitnehmer als Ausnahme zu dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ (§ 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) seinen Anspruch auf die Gegenleistung, dh. sein voller (arbeits-)vertraglicher Vergütungsanspruch einschließlich etwaiger Zuschläge für die durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit nicht erbrachte Arbeitsleistung bleibt grundsätzlich aufrechterhalten (vgl. BAG 19. Mai 2021 - 5 AZR 420/20 - Rn. 26; 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - Rn. 14, BAGE 156, 150; 14. Januar 2009 - 5 AZR 89/08 - Rn. 11 f.; 1. Dezember 2004 - 5 AZR 68/04 - zu II 4 a der Gründe; 29. September 2004 - 5 AZR 558/03 - zu I 2 b der Gründe; MHdB ArbR/Greiner 5. Aufl. Bd. 1 § 79 Rn. 2, 11 f.). Im Fall eines Zuschlags gilt dies aber nicht, wenn die Zuschlagsregelung selbst die tatsächliche Arbeitsleistung für die Zahlung des Zuschlags voraussetzt oder tarifliche Entgeltfortzahlungsbestimmungen gemäß § 4 Abs. 4 EFZG diesen Entgeltbestandteil ausklammern (vgl. BAG 14. Januar 2009 - 5 AZR 89/08 - Rn. 11; 1. Dezember 2004 - 5 AZR 68/04 - zu II 4 a und b der Gründe). 15

2. § 4 Abs. 1 EFZG legt der Entgeltfortzahlung ein modifiziertes Entgeltausfallprinzip zugrunde. Maßgebend ist allein die individuelle regelmäßige Arbeitszeit des erkrankten Arbeitnehmers. Das Gesetz stellt dem Grundsatz nach entscheidend darauf ab, welche Arbeitsleistung aufgrund der Arbeitsunfähigkeit tat- 16

sächlich ausgefallen ist. Es kommt darauf an, in welchem Umfang der Arbeitnehmer gearbeitet hätte, wenn er arbeitsfähig gewesen wäre (vgl. BAG 16. Juli 2014 - 10 AZR 242/13 - Rn. 16; 26. Juni 2002 - 5 AZR 592/00 - zu II 1 a und b der Gründe; 26. Juni 2002 - 5 AZR 500/00 - zu I 2 a und b der Gründe). Zur Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts ist die Zahl der durch die Arbeitsunfähigkeit ausfallenden Arbeitsstunden (Zeitfaktor) mit dem hierfür jeweils geschuldeten Arbeitsentgelt (Geldfaktor) zu multiplizieren (vgl. BAG 16. Juli 2014 - 10 AZR 242/13 - Rn. 17; 26. Juni 2002 - 5 AZR 592/00 - zu II 1 c der Gründe; 26. Juni 2002 - 5 AZR 500/00 - zu I 2 c der Gründe).

3. Nach der gesetzlichen Regelung hat die Beklagte für die streitgegenständlichen, krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu leisten. 17

a) Diese Bereitschaftsdienste standen aufgrund der monatlich im Voraus erfolgten Dienstplanung im Vorhinein im Einzelnen fest. Es handelt sich bei ihnen unabhängig von der Frage, in welchem Umfang Bereitschaftsdienste regelmäßig anfielen, um tatsächlich ausgefallene Arbeitszeit, die im Rahmen des Zeitfaktors zu berücksichtigen ist (vgl. BAG 13. Februar 2002 - 5 AZR 470/00 - zu I 2 b bb der Gründe, BAGE 100, 256; LAG Köln 27. April 2009 - 5 Sa 1362/08 - zu I 1 der Gründe; Sächsisches LAG 12. September 2018 - 5 Sa 434/17 - zu A II 1 b und c bb der Gründe mwN für den Fall der Abrufarbeit; HWK/Vogelsang 10. Aufl. § 4 EFZG Rn. 8; MHdB ArbR/Greiner 5. Aufl. Bd. 1 § 81 Rn. 22 mwN; Hofer ZTR 2017, 705 unter 5.2). Die im Dienstplan für die streitgegenständlichen Tage ausgewiesenen Bereitschaftsdienste waren Teil der abgeforderten und geschuldeten Arbeitsleistung des Klägers, an deren Erbringung er unverschuldet durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit verhindert war. Wäre der Kläger arbeitsfähig gewesen, hätte er die fraglichen Bereitschaftsdienste geleistet. 18

b) Entgegen der Annahme der Beklagten waren die wegen der Arbeitsunfähigkeit ausgefallenen Bereitschaftsdienste Teil der regelmäßigen Arbeitszeit des Klägers, für die das Arbeitsentgelt fortzuzahlen ist, und nicht Entgelt für „Überstunden“ iSd. § 4 Abs. 1a EFZG, das nicht fortzuzahlen wäre. Überstunden werden wegen bestimmter besonderer Umstände vorübergehend zusätzlich ge- 19

leistet. Das setzt voraus, dass die individuelle regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers überschritten wird (vgl. BAG 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 16; 26. Juni 2002 - 5 AZR 500/00 - zu I 3 b cc der Gründe). Die streitgegenständlichen Bereitschaftsdienste waren dienstplanmäßig festgelegt. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, dass der Kläger diese wegen besonderer Umstände zusätzlich zu den im Dienstplan festgelegten Diensten geleistet hat (vgl. dazu LAG Niedersachsen 14. November 2006 - 12 Sa 773/06 - zu I 2 der Gründe; Hofer ZTR 2017, 705 unter 5.2; Knorr/Krasney/v. Creytz Entgeltfortzahlung - Krankengeld - Mutterschaftsgeld § 4 EFZG Stand Januar 2019 Rn. 30b; vgl. für regelmäßige Überstunden BAG 16. März 1988 - 5 AZR 40/87 - zu I 3 c der Gründe). Ohnehin können nach den AVR Caritas dienstplanmäßig festgesetzte Arbeitsstunden keine Überstunden sein (vgl. § 4 Abs. 7 der Anlage 31 AVR Caritas).

c) Wären die Bereitschaftsdienste nicht wegen der Arbeitsunfähigkeit des Klägers ausgefallen, hätte er hierfür das Bereitschaftsdienstentgelt gemäß § 7 der Anlage 31 AVR Caritas erhalten, wobei in seinem Fall die Bereitschaftsdienstzeiten zu 90 % als Arbeitszeit zu werten gewesen wären. 20

4. Die AVR Caritas weichen nicht in zulässiger Weise von den gesetzlichen Vorgaben des Entgeltfortzahlungsgesetzes ab. 21

a) Die Regelungen zur Entgeltfortzahlung in § 12a AVR Caritas iVm. Abschnitt XII Abs. a Satz 1, Abs. b Satz 1 der Anlage 1 AVR Caritas iVm. § 2 der Anlage 14 AVR Caritas wirken nicht ausschließlich zu Gunsten der Arbeitnehmer. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer im Referenzzeitraum des § 2 Abs. 3 der Anlage 14 AVR Caritas ausschließlich Bereitschaftsdienste geleistet hat, erhält er pro Tag der Arbeitsunfähigkeit nicht das Entgelt bzw. Freizeitäquivalent für die volle ausgefallene Arbeitszeit, sondern nur einen Bruchteil davon. 22

b) Die AVR Caritas werden von der Öffnungsklausel in § 4 Abs. 4 EFZG nicht erfasst. Die zu Ungunsten der Arbeitnehmer von den gesetzlichen Anforderungen abweichende Bemessungsgrundlage in § 2 Abs. 3 der Anlage 14 AVR Caritas mit ihrer Vermischung des gesetzlichen Prinzips des modifizierten 23

Ausfallprinzips mit dem Referenzprinzip ist daher unwirksam. Die auf dem sog. Dritten Weg zustande gekommenen Arbeitsvertragsrichtlinien sind keine Tarifverträge iSd. gesetzlichen Öffnungsklausel (*ebenso HWK/Vogelsang 10. Aufl. § 4 EFZG Rn. 39; Malkmus in Feichtinger/Malkmus Entgeltfortzahlungsrecht 2. Aufl. § 4 EFZG Rn. 184; zu § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG BAG 25. März 2009 - 7 AZR 710/07 - Rn. 16 ff., BAGE 130, 146; aA Richardi KirchenArbR 8. Aufl. § 8 Rn. 8, § 15 Rn. 21; kritisch auch v. Tiling ZTR 2009, 458*).

aa) Bereits der eindeutige Gesetzeswortlaut spricht dafür, dass Arbeitsvertragsrichtlinien von der Öffnungsklausel des § 4 Abs. 4 EFZG nicht erfasst werden. Diese lässt die Festlegung einer von § 4 Abs. 1, Abs. 1a und Abs. 3 EFZG abweichenden Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts nur durch Tarifvertrag zu. Auf dem sog. Dritten Weg zustande gekommene kirchliche Arbeitsrechtsregelungen sind keine Tarifverträge iSd. § 1 Abs. 1 TVG. Ihnen fehlt deren normative Wirkung (*vgl. BAG 5. Oktober 2023 - 6 AZR 308/22 - Rn. 18, 20; 24. Mai 2018 - 6 AZR 308/17 - Rn. 23, BAGE 163, 56; HWK/Rennpferdt 10. Aufl. § 22 TzBfG Rn. 4; ähnlich BAG 9. Mai 2023 - 3 AZR 226/22 - Rn. 21; 16. Dezember 2021 - 6 AZR 377/20 - Rn. 24; 8. September 2021 - 10 AZR 322/19 - Rn. 19, BAGE 175, 367*). Das gilt ungeachtet dessen, dass bei der Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsrichtlinien (§§ 305 ff. BGB) als im Arbeitsrecht geltende Besonderheit (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) ihr Zustandekommen im Verfahren des Dritten Wegs angemessen zu berücksichtigen ist (*vgl. BAG 5. Oktober 2023 - 6 AZR 308/22 - Rn. 19*). Sie sind aus diesem Grund zwar nur daraufhin zu untersuchen, ob sie gegen die Verfassung, gegen anderes höherrangiges zwingendes Recht oder die guten Sitten verstoßen (*BAG 16. Dezember 2021 - 6 AZR 377/20 - Rn. 24; 30. Oktober 2019 - 6 AZR 465/18 - Rn. 33, BAGE 168, 254; vgl. auch BAG 14. März 2023 - 3 AZR 197/22 - Rn. 28*). Dieser im Ergebnis an Tarifverträge angeglichenen Kontrollmaßstab hat aber keine Veränderung der Rechtsnormqualität der kirchlichen Regelungen zur Folge (*BAG 30. Oktober 2019 - 6 AZR 465/18 - Rn. 51, aaO*).

24

bb) Dieser Unterschied der Rechtsnormqualität von Arbeitsvertragsrichtlinien und Tarifverträgen ist dem Gesetzgeber offenkundig bekannt. Will er eine Regelungsmaterie auch für Kirchen und öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften dispositiv ausgestalten, bringt er das dadurch zum Ausdruck, dass er diese bzw. deren Regelwerke - wie in § 7 Abs. 4 ArbZG, § 21a Abs. 3 JArbSchG, § 3 Abs. 1 Nr. 1 AltersteilzeitG, § 22 TzBfG (*dazu HWK/Rennpferdt 10. Aufl. TzBfG § 22 Rn. 1, 4*) oder § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 15, Abs. 4 NachwG (*vgl. noch zu § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG aF BAG 30. Oktober 2019 - 6 AZR 465/18 - Rn. 49 ff., BAGE 168, 254*) geschehen - ausdrücklich benennt. Tut er dies hingegen wie im Bereich der Entgeltfortzahlung nicht, folgt daraus im Umkehrschluss, dass er eine Abweichung durch kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gerade nicht ermöglichen, sondern eine solche vielmehr bewusst auf die ausdrücklich genannten Normgeber beschränken will. 25

Dem steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber die Aufnahme der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen in § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 15 NachwG (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG aF) in der Gesetzesbegründung als „Klarstellung“ bezeichnet hat (*BT-Drs. 20/1636 S. 27*). Daraus folgt entgegen der Annahme der Revision nicht, dass der Gesetzgeber generell kirchliche Arbeitsrechtsregelungen Tarifverträgen gleichsetzen will. Dieser hat vielmehr lediglich für den Geltungsbereich des Nachweisgesetzes auf die zu dieser ergangenen Entscheidung des Senats vom 30. Oktober 2019 (- 6 AZR 465/18 - BAGE 168, 254) reagiert, die im Gesetz bestehende Lücke erkannt und nur insoweit und ausschließlich für die Zukunft eindeutig geregelt („klargestellt“), dass - anders als bisher - auch kirchliche Arbeitsrechtsregelungen dieser Norm unterfallen sollen. Dies wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber Arbeitsvertragsrichtlinien im Unterschied zu Tarifverträgen nicht von der AGB-Kontrolle ausgenommen, sondern mit § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB lediglich die Möglichkeit eröffnet hat, die Besonderheiten des Dritten Wegs bei der AGB-Kontrolle zu berücksichtigen (*vgl. BAG 5. Oktober 2023 - 6 AZR 308/22 - Rn. 18 ff.*). Er hat also Arbeitsvertragsrichtlinien gerade nicht mit Tarifverträgen gleichgestellt. 26

c) Da aus den genannten Erwägungen § 4 Abs. 4 EFZG als bewusst abschließende Regelung einzuordnen ist, scheidet entgegen der Auffassung der 27

Revision jedenfalls mangels unbewusster Regelungslücke deren analoge Anwendung auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen aus.

d) Die auf Tarifverträge beschränkte Öffnungsklausel in § 4 Abs. 4 EFZG verletzt die Beklagte als eine den AVR Caritas unterfallende kirchliche Einrichtung entgegen der Annahme der Revision nicht in ihren verfassungsrechtlichen Rechten. 28

aa) Das Selbstverwaltungs- und Selbstbestimmungsrecht der Kirche (*Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV*) steht zwar nicht nur dieser selbst entsprechend ihrer rechtlichen Verfasstheit, sondern allen ihr in bestimmter Weise zugeordneten Institutionen, Gesellschaften, Organisationen und Einrichtungen, wenn und soweit sie nach dem glaubensdefinierten Selbstverständnis der Kirche ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, Auftrag und Sendung der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen (*BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - Rn. 91, 102, BVerfGE 137, 273; BAG 6. Dezember 1990 - 6 AZR 159/89 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 66, 314*), und damit auch der Beklagten zu. Es beinhaltet das Recht der Kirchen, sich selbstbestimmt dafür zu entscheiden, die Dienstverhältnisse ihrer Beschäftigten inhaltlich durch Arbeitsvertragsrichtlinien auszugestalten (*vgl. BAG 25. März 2009 - 7 AZR 710/07 - Rn. 29, BAGE 130, 146*). Damit korrespondiert die Verpflichtung der Gerichte, unter Achtung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts den Arbeitsvertragsrichtlinien zur praktischen Wirksamkeit zu verhelfen. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht geht aber nicht so weit, dass eine Ausklammerung aus der staatlichen Rechtsordnung im Sinne rechtsfreier Räume anzunehmen wäre. Die Verfassungsgarantie begründet im Gegenteil eine das kirchliche Selbstbestimmungsrecht respektierende Sonderstellung innerhalb der staatlichen Rechtsordnung (*vgl. BVerfG 9. Dezember 2008 - 2 BvR 717/08 - Rn. 4*). Bedienen sich die Kirchen jedermann offenstehender privatautonomer Gestaltungsformen, unterliegen sie daher unter Berücksichtigung ihres Selbstverwaltungs- und Selbstbestimmungsrechts den zwingenden Vorgaben staatlichen Arbeitsrechts. 29

bb) Durch die zwingenden Vorgaben hinsichtlich der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall werden offensichtlich weder das Selbstverständnis der Kirchen 30

noch die verfassungsrechtlich geschützte Eigenart des kirchlichen Dienstes berührt. Es ist nicht ersichtlich und von der Revision auch nicht näher ausgeführt, dass und ggf. wieweit die gesetzliche Ausgestaltung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall die Katholische Kirche in Deutschland und die ihr zugeordneten Einrichtungen in ihrer dem Selbstbestimmungsrecht zuzuordnenden Grundentscheidung darüber beschränkt, welche Dienste es bei ihnen geben soll und in welchen Rechtsformen sie wahrzunehmen sind. Ebenso wenig ist erkennbar, dass die uneingeschränkte Bindung kirchlicher Einrichtungen, für die die maßgeblichen arbeitsrechtlichen Regelungen auf dem Dritten Weg gefunden werden, an die Vorgaben des Entgeltfortzahlungsgesetzes die Grundentscheidung der katholischen Kirche für die Rechtsfindung auf diesem Weg in Frage stellt (*zur Gewährleistung dieses Wegs durch Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV BAG 5. Oktober 2023 - 6 AZR 308/22 - Rn. 19*). Schließlich ist nicht ersichtlich, inwieweit der Beklagten durch die in § 4 EFZG angeordnete Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall die Erfüllung der von ihr übernommenen Aufgaben erschwert wird.

cc) Diese Bindung der den AVR Caritas unterfallenden kirchlichen Einrichtungen und Träger begründet auch keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber ist nach dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot nicht verpflichtet, den Kirchen gleichermaßen wie den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit zu eröffnen, von § 4 Abs. 1, Abs. 1a und Abs. 3 EFZG zu Ungunsten der Arbeitnehmer abzuweichen. Letztlich ist es eine (rechts)politische und keine verfassungsrechtlich präjudizierte Entscheidung des Gesetzgebers, ob und in welchen Regelungsbereichen er die auf dem Dritten Weg zustande gekommenen Regelungen bei der Befugnis, von gesetzlichen Vorgaben abzuweichen, mit Tarifverträgen gleichstellen will. Diese Entscheidung unterliegt lediglich einer Willkürkontrolle (*vgl. BAG 25. März 2009 - 7 AZR 710/07 - Rn. 49, BAGE 130, 146*). Dieser Kontrolle hält § 4 Abs. 4 EFZG stand. Diese Regelung hält sich im Rahmen des dem Gesetzgeber nach Art. 3 Abs. 1 GG zustehenden Gestaltungsspielraums. Ein im kirchlichen Selbstbestimmungsrecht wurzelndes Bedürfnis, zu Lasten der Arbeitnehmer von den zwingenden Vorgaben des § 4 EFZG abzuweichen, ist nicht erkennbar. Vielmehr ist die Bindung an die gesetzlichen Vorgaben die Folge der Entscheidung, Dienstverhältnisse mittels der privatautonomen Ge-

31



staltungsform des Arbeitsvertrags zu regeln, die die Geltung des zwingenden Arbeitnehmerschutzrechts zur Konsequenz hat.

III. Das Landesarbeitsgericht hat bisher lediglich festgestellt, dass die Beklagte für den Kläger ein Arbeitszeitkonto führt. Hiervon ausgehend hat es allerdings rechtsfehlerhaft nicht geprüft, auf der Grundlage welcher Regelungen dies erfolgt und ob diese eine Buchung des Bereitschaftsdienstentgelts als Zeitguthaben überhaupt zulassen. Auch die vom Kläger vorgelegten Ausdrucke helfen insoweit nicht weiter. Aus ihnen kann ebenfalls nur auf das Bestehen eines Arbeitszeitkontos, aber nicht auf den Inhalt der diesem zugrundeliegenden Abrede geschlossen werden. 32

1. Sofern es sich bei dem unstreitig bestehenden Arbeitszeitkonto um ein Konto nach § 9 der Anlage 31 AVR Caritas handelt, wäre eine Buchung des Bereitschaftsdienstentgelts als Zeit auf diesem nicht möglich und die Klage deshalb abzuweisen. 33

a) § 9 Abs. 3 der Anlage 31 AVR Caritas legt die auf dem Arbeitszeitkonto buchbaren Zeiten abschließend fest (*dazu Beyer in Beyer/Papenheim Arbeitsrecht der Caritas Anlagen 31/32 § 9 Stand 2003 [Grundwerk] Rn. 6 ff.*). Dies sind neben den hier nicht im Streit stehenden, in Satz 1 dieser Vorschrift genannten Zeiten gemäß Satz 2 Bereitschaftsdienstentgelte nur dann, wenn diese durch Dienstvereinbarung zur Buchung freigegeben sind. Der Kläger hat nicht behauptet, dass es eine derartige Dienstvereinbarung gibt. Zudem gibt die Regelung nur das Entgelt als solches zur Buchung frei, nicht jedoch die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Das ist zulässig, da das Entgeltfortzahlungsgesetz selbst dem Arbeitnehmer zwar das Arbeitsentgelt, nicht aber auch die Möglichkeit, dieses in Freizeit umzuwandeln, sichert. Schließlich hat sich der Kläger auch nicht darauf berufen, dass unter Berücksichtigung der krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste am Ende des Durchschnittszeitraums (§ 2 Abs. 2 der Anlage 31 AVR Caritas) zu verbuchende Zeitguthaben verblieben seien. 34

b) Aus dem Umstand, dass der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts als Bereitschaftsdienstentgelt gemäß § 7 Abs. 6 der Anlage 31 AVR Caritas den Freizeitausgleich „gewählt“ hat, folgt nichts anderes. Dies besagt nur, dass der Mitarbeiter an einem anderen Tag innerhalb von drei Kalendermonaten bezahlt von der Arbeit freizustellen ist. Eine Gutschrift von Stunden auf dem Arbeitszeitkonto (die der Mitarbeiter dann zu einem späteren Zeitpunkt einbringen kann) ist damit nicht verbunden. Im Übrigen ist gemäß § 7 Abs. 6 Satz 5 der Anlage 31 AVR Caritas nach Ablauf von drei Monaten zwingend das Bereitschaftsdienstentgelt zu zahlen. Eine Zeitgutschrift schiede daher vorliegend aus. 35

2. Sofern die Parteien eine andere (individuelle) Abrede über die Führung eines Arbeitszeitkontos getroffen haben sollten, wäre deren Inhalt maßgebend für die Frage, wie das Arbeitszeitkonto ausgestaltet ist und insbesondere, welche Vergütungsbestandteile als Zeit auf diesem verbucht werden können. Feststellungen dazu hat das Landesarbeitsgericht jedoch bisher nicht getroffen. 36

3. Da die vorstehenden Überlegungen bisher weder von den Parteien noch den Vorinstanzen thematisiert worden sind, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Gebot eines fairen Verfahrens (*Art. 103 Abs. 1 GG, vgl. BAG 29. März 2023 - 5 AZR 55/19 - Rn. 29; 4. Mai 2022 - 5 AZR 474/21 - Rn. 40; 12. Oktober 2021 - 9 AZR 133/21 - Rn. 24; 18. Februar 2021 - 6 AZR 702/19 - Rn. 37, BAGE 174, 63; 7. Februar 2019 - 6 AZR 84/18 - Rn. 30; generell zum verfassungsrechtlichen Gebot eines fairen Verfahrens BVerfG 17. Januar 2006 - 1 BvR 2558/05 - Rn. 7 ff.; BAG 14. September 2020 - 5 AZB 23/20 - Rn. 27, BAGE 172, 186*) gebietet es, dem Kläger im fortgesetzten Berufungsverfahren die Möglichkeit zu eröffnen, zu der dem Arbeitszeitkonto zugrundeliegenden Vereinbarung sowie ggf. zu einer bestehenden Dienstvereinbarung iSd. § 9 Abs. 3 der Anlage 31 AVR Caritas ergänzende Ausführungen zu machen. Ebenso ist der Beklagten Gelegenheit zur Erwidern zu geben. 37

IV. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht zudem zu prüfen haben, in welchem Umfang die Beklagte für die Tage 38

der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit an den Kläger dessen Dienstbezüge sowie einen Aufschlag nach § 2 Abs. 3 der Anlage 14 AVR Caritas gezahlt hat und dadurch - unter Berücksichtigung des seitens der Beklagten gewährten und vom Kläger bei seiner Klageforderung berücksichtigten Freizeitausgleichs von jeweils acht Stunden für den 17. März 2020 sowie den 12. Mai 2021 - die von ihm geforderte weitere Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (teilweise) erfüllt sein könnte.

Spelge

Wemheuer

Heinkel

Kammann

Nienaber