

Jan Kutscher¹
RA Dr. Michael Meyer²

aktualisiert 12.02.2020

TV-Ärzte/VKA, Änderungstarifvertrag Nr. 7:

„Rechtliche Leitplanken“ für die Planung und Steuerung des ärztlichen Personaleinsatzes

Vorab-Hinweise

Am 22. Mai 2019 wurde der Änderungstarifvertrag Nr. 7 zum Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TV-Ärzte/VKA) vom 17.08.2006 in Form einer Niederschriftserklärung abgeschlossen. Nach anschließenden mehrmonatigen Redaktionsverhandlungen wurde am 21. September 2019 die finale Fassung des Änderungstarifvertrags Nr. 7 verabschiedet.

Trotz dieser langen Phase für die redaktionelle Bearbeitung der Niederschriftserklärung ist es den Tarifparteien nicht gelungen, zu diversen Bestimmungen Formulierungen zu vereinbaren, die die praktische Dienstplanung durch hinreichende Genauigkeit unterstützen. Es verbleiben dementsprechend zahlreiche Auslegungsfragen, so dass man ohne prophetische Gabe vorhersagen kann, dass ein großer Teil hiervon in den kommenden Jahren durch die Rechtsprechung konkretisiert werden wird.

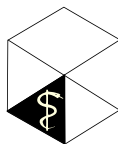
Die tarifvertraglichen Änderungen bzw. Neuerungen haben in nicht unerheblichem Umfang Bereitschaftsdienste zum Gegenstand. Offenkundig soll diese Arbeitszeitform in Richtung Regelarbeitszeit (d.h. „Vollarbeit“ im arbeitszeitschutzrechtlichen Sinne) „zurückgedrängt“ werden.

Nachstehend geben wir den Dienstplanern „Leitplanken“ an die Hand, um den ärztlichen Personaleinsatz auch mit den neuen Regeln durchführen zu können. Dabei konzentrieren wir uns zunächst auf die praxisrelevanten Auslegungsfragen bezüglich verschiedener Tarifbestimmungen, die uns in den vergangenen Monaten in den Krankenhäusern als besonders konflikträchtig berichtet wurden.

Bei unseren folgenden Hinweisen konnten wir zumeist weder auf abgestimmte Auslegungshilfen der Tarifvertragspartner noch des Schrifttums, geschweige denn auf einschlägige Urteile zurückgreifen. Es ist freilich damit zu rechnen, dass in der täglich-

¹ Partner der Arbeitszeit & Organisation im Gesundheitswesen Herrmann Kutscher Leydecker Woodruff, Berlin

² Rechtsanwalt bei Dr. Meyer Fachanwälte, Neu-Isenburg



chen Praxis weitere Probleme auftreten und dass in nächster Zeit die Arbeitsgerichte das Wort haben werden.

Wie gewohnt, werden wir bei neuen Erkenntnissen laufend berichten und Sie informieren.³

1 Aufstellung und Änderung des Dienstplans

Seit dem 1. Januar 2020 ist die Lage der Dienste der Ärzte in einem Dienstplan zu regeln, welcher spätestens einen Monat vor Beginn des jeweiligen Planungszeitraumes aufzustellen ist. Wird diese Regelungsfrist nicht eingehalten, erhöht sich die Vergütung aller Bereitschaftsdienste und Rufbereitschaften im Planungszeitraum.

Ergeben sich nach der Aufstellung des Dienstplans Gründe für eine Änderung, die auf unvorhersehbare Umstände zurückzuführen oder in der Person eines Arztes begründet sind, kann der Dienstplan geändert werden. Liegt eine solche „notwendige“ Änderung vor und beträgt die Zeitspanne zwischen Dienstplanänderung und Dienstantritt weniger als drei Tage, erhöht sich ebenfalls die Vergütung für den geänderten Bereitschaftsdienst bzw. die geänderte Rufbereitschaft.

Eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts bei der Aufstellung des Dienstplans hat die erhöhte Zahlung für die Bereitschaftsdienstbewertung bzw. das Rufbereitschaftsentgelt zur Folge.

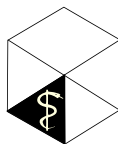
§ 10 Abs. 11 TV-Ärzte/VKA

„¹Die Lage der Dienste der Ärztinnen und Ärzte wird in einem Dienstplan geregelt, der spätestens 1 Monat vor Beginn des jeweiligen Planungszeitraumes aufgestellt wird. ²Wird die vorstehende Frist nicht eingehalten, so erhöht sich die Bewertung des Bereitschaftsdienstes gem. § 12 Abs. 1 TV-Ärzte/VKA um 10 Prozentpunkte bzw. wird zusätzlich zum Rufbereitschaftsentgelt ein Zuschlag von 10 Prozent des Entgelts gem. § 11 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA auf jeden Dienst des zu planenden Folgemoats gezahlt. [...]“

Fraglich ist, ob „aufgestellt“ auch „mitbestimmt“ oder nur „dem Betriebsrat vorgelegt“ heißt. Da der Dienstplan nach der sog. „Theorie der materiellen Wirksamkeitsvoraussetzung“ erst verbindlich wird, wenn er mitbestimmt ist⁴, wird man die Ansicht vertreten müssen, dass „mitbestimmt“ gemeint ist. Das bedeutet, ein nicht vom Betriebsrat mitbestimmter Dienstplan ist nicht „in der Welt“, also auch nicht aufgestellt. Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass der Dienstplan „fix und fertig“ mitbestimmt ist, al-

³ Unter <https://www.arbeitszeitberatung.de/krankenhaus/menue-kontakt/newsletter/> können Sie sich hierfür in unseren Newsletter eintragen.

⁴ Vgl. Fitting (29. Aufl.), § 87 Rn 599.



so den Betriebsrat rechtzeitig einbinden.⁵ Da das in der Praxis immer wieder auf Probleme stößt, sollten die Kriterien für die Dienstplanerstellung und die Zuordnung der Mitarbeiter möglichst abstrakt in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung geregelt werden, um den Mitbestimmungsprozess zu erleichtern. Dabei empfehlen sich auch längere Dienstplanlaufzeiten, um beispielsweise nicht jeden Monat neue Dienstpläne aufstellen zu müssen.⁶

Zu spät aufgestellte Dienstpläne lösen einen Strafzuschlag aus. Dies könnte vereinzelt bei Betriebsräten den Anreiz erhöhen, deswegen den Zustimmungsprozess zu verzögern. Ob man dem mit der neuen BAG-Rechtsprechung zur unzulässigen Rechtsausübung⁷ begegnen können wird, bleibt abzuwarten.

Der tarifliche Strafzuschlag sollte nicht anfallen, wenn der Dienstplan auf Wunsch des Arztes geändert wird, sondern nur dann, wenn er damit nicht einverstanden ist bzw. das gegen seinen Willen geschieht.⁸ Andernfalls wäre der gewünschte Dienstplantausch praktisch „tot“, und das kann niemand wollen. Die VKA weisen denn auch darauf hin, dass „ein einvernehmlicher Dienstplantausch auf Wunsch der Ärztinnen und Ärzte [...] von dieser Regelung nicht betroffen“⁹ ist.

Bei diesem tarifvertraglichen „Strafzuschlag“ handelt es sich ungeachtet dessen um einen individualarbeitsrechtlichen Anspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, den der Betriebsrat nicht für den Arbeitnehmer geltend machen kann. Darüber hinaus bzw. ungeachtet dessen hat der Betriebsrat bei einer Verletzung seines Mitbestimmungsrechts einen eigenen Anspruch auf Unterlassung, den er in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren gegen den Arbeitgeber geltend machen kann.

Kurzfristige Dienstplanänderungen können auch gegen den Willen des Arztes zulässig sein, ohne dass der zehnpromtente Zuschlag für Bereitschaftsdienst bzw. Rufbereitschaftsentgelt zu gewähren ist. Allerdings sind die Voraussetzungen dafür erheblich.

§ 10 Abs. 11 TV-Ärzte/VKA

„[...]“

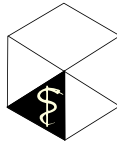
⁵ Der Marburger Bund weist zwar in seinen aktuellen Mitgliederinformationen darauf hin, dass die Mitbestimmung vom Arbeitgeber „auch noch später nachgeholt werden“ könne. Das aber ist keinesfalls zu empfehlen. Denn wird die Zustimmung nicht erteilt, verliert der Dienstplan – so die Mitgliederinformation - „rückwirkend“ seine Wirkung (15. Marburger Bund Mitglieder-Information v. 11.12.2019, S. 2.) und der Arbeitgeber hat dann u.a. Strafzuschläge zahlen. Um solcherlei Risiken zu vermeiden, muss der Dienstplan innerhalb der bestehenden Fristen mitbestimmt sein, sonst liefert sich der Arbeitgeber aus.

⁶ Vgl. Jan Kutscher und Lars Herrmann, Konstruktion von Dienstplänen mit langem Schichtplanturnus, 10/2013 (<https://www.arbeitszeitberatung.de/fileadmin/pdf-publikationen/pub127.pdf>)

⁷ BAG, Beschluss vom 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, BeckRS 2019, 9427, JA 2019, 703.

⁸ 15. Marburger Bund Mitglieder-Information v. 11.12.2019, S. 2.

⁹ Durchführungshinweise zur Umsetzung der Tarifeinigung vom 22. Mai 2019 für die Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern (VKA-Rundschreiben 108/2019) v. 09.10.2019, S. 13.



³Ergeben sich nach der Aufstellung des Dienstplanes Gründe für eine Änderung des Dienstplanes, die in der Person eines einer Ärztin / eines Arztes begründet sind oder die auf nicht vorhersehbaren Umständen beruhen, kann der Dienstplan nach Aufstellung geändert werden. ⁴Die Mitbestimmung nach der Aufstellung des Dienstplanes bleibt unberührt.“ ⁵Liegen bei einer notwendigen Dienstplanänderung nach Satz 3 zwischen der Dienstplanänderung und dem Antritt des Dienstes weniger als drei Tage, erhöht sich die Bewertung des Bereitschaftsdienstes gem. § 12 Abs. 1 Satz 1 um 10 Prozentpunkte bzw. wird zusätzlich zum Rufbereitschaftsentgelt ein Zuschlag von 10 Prozent des Entgelts gem. § 11 Abs. 3 gezahlt.

Satz 3 nennt zwei Anlässe, nämlich in der Person eines Arztes begründete sowie nicht vorhersehbare Umstände. In diesen Fällen bedarf es nicht des Einvernehmens des Arztes, wohl aber der Mitbestimmung des Betriebsrats. Die Tarifvertragsparteien haben also mit dieser Bestimmung die Möglichkeit, einen Dienstplan ohne Einvernehmen des Arztes zu ändern, erheblich eingeschränkt und folgen damit einer von Gewerkschaftsseite schon länger aufgestellten Forderung. Künftig werden sich Dienstplanänderungen gegen den Willen des Arztes nur noch in Ausnahmefällen umsetzen lassen.

Ungeachtet dessen besteht freilich auch für die Änderung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dabei sind die Betriebsparteien wegen § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG an die Vorgaben aus dem Tarifvertrag gebunden. Sie können aber die Modalitäten in einer Betriebsvereinbarung bzw. Dienstvereinbarung regeln, was auch empfehlenswert ist. So könnte man die unvorhergesehenen Fälle (tarifkonform) beschreiben bzw. definieren oder die Vorgehensweise beim Einholen des Einvernehmens beschreiben.

2 Gestaltung von Dienststruktur und Dienstfolge

Seit 1. Januar 2020 ist eine Verlängerung der täglichen Arbeitszeit im Zusammenhang mit Bereitschaftsdienst auf bis zu 24 Stunden nur noch dann möglich, wenn der an den Bereitschaftsdienst anschließende Arbeitsabschnitt im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit nicht mehr als 60 Minuten umfasst. Unverändert darf der Regelarbeitszeit- bzw. Vollarbeitsanteil maximal 8 Stunden umfassen, so dass bei der Gestaltung sog. „Sandwich-Dienste“ der dem Bereitschaftsdienst vorhergehende Arbeitsabschnitt entsprechend verkürzt werden muss. Gemäß der Protokollerklärung zu § 10 Abs. 1-5 TV-Ärzte/VKA können Übergaben auch im Bereitschaftsdienst erfolgen.

Neben der erhöhten Bewertung der Bereitschaftsdienststufen, die ab 01. Januar 2021 gilt, wurde ein Zuschlag für Bereitschaftsdienste von 15 Prozent auf die unbewertete Zeitstunde eingefügt, der nicht in Freizeit ausgeglichen werden kann. Im Gegenzug wurde der fünfprozentige Zuschlag ab der 97. Bereitschaftsdienststunde im Monat gestrichen.



Grundsätzlich hat der Arzt im Monat durchschnittlich nicht mehr als vier Bereitschaftsdienste zu leisten. Maßgeblich ist dabei die konkrete Anzahl der Dienste, nicht hingegen ihre zeitliche Dauer. Dabei werden bei der Teilung von Diensten an Wochenenden Bereitschaftsdienste bis zu maximal 12 Stunden als ein halber Dienst gewertet. Mehr als diese vier Bereitschaftsdienste im Monatsdurchschnitt sind nur zu leisten, wenn andernfalls die Gefährdung der Patientensicherheit droht. In diesen Fällen, das heißt bei Überschreitung der durchschnittlichen Bereitschaftsdienstanzahl, erhöht sich die Bewertung jedes weiteren Bereitschaftsdienstes.

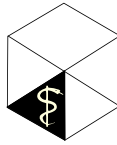
Des Weiteren hat der Arzt an mindestens zwei Wochenenden im Durchschnitt pro Monat keine Arbeitsleistung zu erbringen. Nur wenn andernfalls eine Gefährdung der Patientensicherheit droht, sind regelmäßige Arbeit, Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft zu leisten. Als freies Wochenende gilt der Zeitraum von Freitag ab 21 Uhr bis Montag 5 Uhr.

Auch bei Zustimmung des Arztes und/oder des Betriebsrates darf die Regelarbeitszeitdauer bei Verlängerung der täglichen Arbeitszeit i.V.m. Bereitschaftsdienst insgesamt acht Stunden nicht überschreiten und der Regelarbeitsblock im Anschluss an die Bereitschaftsdienstphase nicht mehr als eine Stunde betragen.

Diese Tarifvorschrift erweitert den arbeitszeitschutzrechtlichen Rahmen auf der Grundlage von § 7 Abs. 1 Nr. 1 a u. Nr. 4 a ArbZG abschließend, d.h. es gibt diesbezüglich keine weitere spezifische Öffnungsmöglichkeit etwa für die Einteilung längerer Regelarbeitsblöcke auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung. Daher ist es arbeitszeitschutzrechtlich unzulässig, von diesem bereits erweiterten Rahmen regelmäßig abzuweichen¹⁰, auch wenn dies zum Beispiel der betreffende Arzt für sich persönlich als günstiger betrachtete und der Betriebsrat dem zustimmte.

Anders verhält es sich bei Abweichungen von tarifvertraglichen Regelungen im gegenseitigen Einvernehmen, wenn diese *innerhalb* der arbeitszeitschutzrechtlichen Grenzen erfolgen: Dabei besteht kein Risiko, dass die Aufsichtsbehörde (zum Beispiel das Amt für Arbeitsschutz oder die Gewerbeaufsicht) dies als Ordnungswidrigkeit ahndet. Allerdings besteht dabei, sofern die jeweilige Abweichung im Tarifvertrag nicht ausdrücklich als zulässig deklariert ist, für den Arbeitgeber das Risiko der Sanktionierung des tarifwidrigen Verhaltens durch seinen Arbeitgeberverband bzw. – bei Abschluss eines Haustarifvertrags – des Versuchs der Gewerkschaft, die Tarifierfüllungspflicht gerichtlich durchzusetzen.

¹⁰ Etwaige dennoch bestehende Abweichungsmöglichkeiten beispielsweise auf der Grundlage von § 7 Abs. 4 TV-Ärzte/VKA i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 3 u. Nr. 4 ArbZG oder § 15 Abs. 2 ArbZG sowie im Rahmen von § 14 ArbZG (insbesondere § 14 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG) betrachten wir hier nicht.



Die Berechnung des Zuschlags bei Leistung von mehr als durchschnittlich vier Bereitschaftsdiensten pro Monat sollte zunächst auf Basis der VKA-Auslegungsvariante erfolgen.

§ 10 Abs. 10 TV-Ärzte/VKA

„¹Bei der Anordnung von Bereitschaftsdiensten gemäß der Absätze 2 bis 5 hat die Ärztin / der Arzt grundsätzlich innerhalb eines Kalenderhalbjahres monatlich im Durchschnitt nur bis zu vier Bereitschaftsdienste zu leisten. [...]“

§ 12 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA

„³Ab mehr als monatlich vier Diensten im Sinne von § 10 Abs. 10 Satz 1 erhöht sich die Bewertung des Bereitschaftsdienstes gem. § 12 Abs. 1 um 10 Prozentpunkte; dieser Zuschlag erhöht sich bei jedem weiteren Bereitschaftsdienst um weitere 10 Prozentpunkte.“

Diese Tarifbestimmung lässt diverse Auslegungsvarianten für die Berechnung des Zuschlags ab Überschreitung von durchschnittlich vier Bereitschaftsdiensten im Monat zu.¹¹ Solange keine abgestimmte Berechnungsvorschrift der Tarifparteien oder höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu vorliegt, empfehlen wir die Anwendung der kostengünstigsten Auslegungsvariante, die nach unserem Überblick die VKA-Interpretation bietet.¹²

Sowohl für die Höchstanzahl von Bereitschaftsdiensten als auch die Mindestanzahl freier Wochenenden sind nur die tatsächlich vom Arzt geleisteten Dienste relevant.

§ 10 Abs. 10 TV-Ärzte/VKA

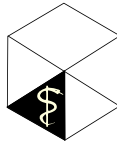
„¹Bei der Anordnung von Bereitschaftsdiensten gemäß der Absätze 2 bis 5 hat die Ärztin / der Arzt grundsätzlich innerhalb eines Kalenderhalbjahres monatlich im Durchschnitt nur bis zu vier Bereitschaftsdienste zu leisten.“

§ 10 Abs. 12 TV-Ärzte/VKA

„¹Bei der Anordnung von Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft gemäß der Absätze 2 bis 9 hat die Ärztin / der Arzt an mindestens zwei Wochenenden (Freitag ab 21 Uhr bis Montag 5 Uhr) pro Monat im Durchschnitt innerhalb eines Kalenderhalbjahres keine Arbeitsleistung (regelmäßige Arbeit, Bereitschafts- oder Rufbereitschaftsdienste) zu leisten.“

¹¹ Siehe z.B.: Durchführungshinweise zur Umsetzung der Tarifeinigung vom 22. Mai 2019 für die Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern (VKA-Rundschreiben 108/2019) v. 09.10.2019, S. 7 f.; 15. Marburger Bund Mitglieder-Information v. 11.12.2019, S. 8 ff.

¹² Durchführungshinweise zur Umsetzung der Tarifeinigung vom 22. Mai 2019 für die Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern (VKA-Rundschreiben 108/2019) v. 09.10.2019, S. 7 f.



Bezüglich der Höchstgrenzenberechnung besteht bei beiden Bestimmungen die Unklarheit, ob und inwieweit persönliche Abwesenheitszeiten wie Urlaub, Krankheit usw. dabei neutral zu stellen sind.¹³

Da in den Tarifvertragsformulierungen jeweils ausdrücklich auf die *Leistung* der Dienste Bezug genommen wird, kann davon ausgegangen werden, dass die Tarifparteien in Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) von tatsächlicher Arbeitsleistung ausgehen wollten: Danach sind nur die tatsächlich vom Arzt geleisteten Dienste relevant, es erfolgt demzufolge *keine* Neutralstellung der Abwesenheitszeiten. Denn nach ständiger BAG-Rechtsprechung wird etwa der Begriff „Arbeit leisten“ ausschließlich für das aktive Tun verwandt, so dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch Zeiten wie Urlaub oder Krankheit, in denen der Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung befreit ist, regelmäßig nicht hierunter fallen.¹⁴

Im Einvernehmen mit dem Arzt dürfen – auch ohne drohende Gefährdung der Patientensicherheit – sowohl die Höchstanzahl von Bereitschaftsdiensten als auch die Mindestanzahl freier Wochenenden überschritten werden.

§ 10 Abs. 10 TV-Ärzte/VKA

„²Darüber hinausgehende Bereitschaftsdienste sind nur zu leisten, wenn andernfalls eine Gefährdung der Patientensicherheit droht.“

§ 10 Abs. 12 TV-Ärzte/VKA

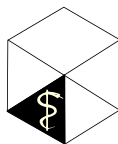
„²Darüber hinausgehende Arbeitsleistung (regelmäßige Arbeit, Bereitschafts- oder Rufbereitschaftsdienste) sind nur zu leisten, wenn andernfalls eine Gefährdung der Patientensicherheit droht.“

Unabhängig von einer ggf. drohenden Gefährdung der Patientensicherheit, bei der auch gegen den Willen des Arztes eine Einteilung zusätzlicher Bereitschaftsdienste bzw. Wochenendeinsätze erfolgen darf, stellt sich die Frage, ob im Einvernehmen mit dem Arzt die durchschnittliche monatliche Bereitschaftsdienst-Höchstgrenze

¹³ „Neutral stellen“ bedeutet, dass Abwesenheitszeiten die zulässige Höchstzahl im entsprechenden Umfang reduzieren. Beispiel: Im Kalenderhalbjahr (= 6 Monate) wäre ohne Neutralstellung der Abwesenheitszeiten an (6 Monaten x 2 Wochenenden/Monat =) 12 Wochenenden keine Arbeitsleistung zulässig. Sofern sich der Arzt in diesem Halbjahr an 3 Wochenenden im Urlaub befindet, würde sich bei Neutralstellung die Zahl auf mindestens (12 Wochenenden + 3 „Urlaubswochenenden“ =) 15 Wochenenden erhöhen, an denen keine Arbeitsleistung erbracht werden darf.

¹⁴ Siehe BAG-Urteile 4 AZR 433/03 v. 07.07.2004, 5 AZR 389/07 v. 11.06.2008, 5 AZR 547/07 v. 27.08.2008 (Rn 9), 1 AZR 178/12 v. 14.03.2013 (Rn 12).

Die beiden in der 15. Marburger-Bund-Mitglieder-Information v. 11.12.2019, S. 5 zitierten Urteile sind hingegen nicht einschlägig relevant: Im BVerwG-Urteil 8 C 13/17 v. 09.05.2018 geht es um die Berechnung der durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit i.S.d. ArbZG, also eine arbeitszeit-schutzrechtliche Fragestellung, wohingegen diese TV-Ärzte/VKA-Bestimmungen ausschließlich individualarbeitsrechtliche Bedeutung besitzen. Das BAG-Urteil 5 AZR 578/18 v. 20.11.2019, zu dem bislang lediglich die BAG-Pressemitteilung Nr. 40/19 veröffentlicht wurde, behandelte den Fall der Freistellung des Arbeitnehmers in einem gerichtlichen Vergleich.



überschritten bzw. die durchschnittliche monatliche Anzahl freier Wochenenden unterschritten werden dürfen. Diese Frage ist nicht nur für die Funktionsfähigkeit kleiner ärztlicher Abteilungen von Bedeutung, sondern wird nicht selten auch von Ärzten aufgeworfen, die beispielsweise ein persönliches Interesse daran haben, Wochenenddienste einzeln und dafür verteilt auf mehr Wochenenden abzuleisten – statt diese an weniger Wochenenden „am Stück“ eingeteilt zu bekommen. Auch gibt es Ärzte, die im Interesse der besseren Vereinbarkeit mit außerberuflichen Verpflichtungen gerne mehr Bereitschaftsdienste und dafür weniger Regeldienste übernehmen.

Unseres Erachtens ist die Frage zu bejahen, denn bei der Formulierung „sind nur zu leisten“ handelt es sich wohl nur um ein **Anordnungsverbot**, aber kein generelles **Überschreitungsverbot**. Letzteres hätte u. E. jeweils einer strikteren Formulierung wie z.B. „mehr als ... Dienste dürfen nicht geleistet werden“ bedurft. Im Einvernehmen mit dem betreffenden Arzt können daher von ihm mehr Bereitschaftsdienste geleistet bzw. ihm weniger freie Wochenenden gewährt werden.

Zu beachten ist jedoch, dass auch bei einvernehmlicher Überschreitung von mehr als durchschnittlich vier monatlichen Bereitschaftsdiensten im Kalenderhalbjahr stets der zehnpromtente Zuschlag gemäß § 12 Abs. 3 Satz 3 TV-Ärzte/VKA zu zahlen ist. Und bei einer einvernehmlichen Reduzierung der Mindestanzahl freier Wochenenden ist selbstverständlich dennoch die gesetzliche Mindestanzahl von 15 freien Sonntagen pro Jahr (§ 11 Abs. 1 ArbZG) einzuhalten.¹⁵

3 Bereitschaftsdienst-Freizeitausgleich

Stark eingeschränkt wurde die bisherige uneingeschränkte sog. Ersetzungsbefugnis des Arbeitgebers, den Bereitschaftsdienst nicht zu vergüten, sondern auf die Regelarbeitszeit anzurechnen (Bereitschaftsdienst-Freizeitausgleich).¹⁶ Auch ohne Einverständnis des Arztes darf nun nur noch Freizeitenausgleich für Bereitschaftsdienst „zum Zweck der Gewährung der gesetzlichen Ruhezeit in dem erforderlichen Umfang“ gewährt werden. Darüber hinausgehend ist Bereitschaftsdienst-Freizeitausgleich nur mit Zustimmung des Arztes möglich.

¹⁵ Der TV-Ärzte/VKA enthält keine Öffnungsklausel zur Verringerung der jährlichen beschäftigungsfreien Sonntage auf der Grundlage von § 12 Nr. 1 ArbZG.

¹⁶ Vgl. RA Dr. Christian Schlottfeldt und Jan Kutscher, Freizeitenausgleich für Bereitschaftsdienst: Arbeitszeitrechtliche Aspekte der Anrechnung von Bereitschaftsdienstzeit auf die Regelarbeitszeit, in: NZA, Heft 13, 2009, S.697-702 (<https://www.arbeitszeitberatung.de/fileadmin/pdf-publikationen/pub95.pdf>)



4 Schichtdienst

Der erforderliche Abstand von 72 Stunden zwischen einer Schicht und Bereitschaftsdienst betrifft nur Schichten mit mehr als zehn Stunden Regelarbeitszeit.

§ 7 Abs. 5 TV-Ärzte/VKA

„¹Die tägliche Arbeitszeit kann im Schichtdienst auf bis zu zwölf Stunden ausschließlich der Pausen ausgedehnt werden. [...] ³Zwischen der Ableistung von Bereitschaftsdienst und einer Schicht i.S.d. Satz 1 muss jeweils ein Zeitraum von 72 Stunden liegen.“

Diese sog. „Distanzregelung“ bezieht sich ausschließlich auf den zeitlichen Abstand zwischen Bereitschaftsdienst und einer Schicht i.S.d. Satz 1, d.h. einer Schicht, deren Arbeitszeit mehr als zehn Stunden umfasst. Schichten mit bis zu zehn Stunden Arbeitszeit können also auch innerhalb des 72-Stunden-Zeitraums liegen.

Die Tarifvertragsparteien haben für den Begriff Schichtdienst in § 7 Abs. 5 TV-Ärzte/VKA noch immer keine eigene Definition aufgestellt. Diesbezüglich kann § 9 Abs. 2 TV-Ärzte/VKA herangezogen werden.

Die Schichtverlängerung über zehn Stunden Regelarbeitszeit ist nicht auf ungeplante Überschreitungen der gesetzlichen Zehn-Stunden-Grenze anwendbar.

§ 7 Abs. 5 TV-Ärzte/VKA

„¹Die tägliche Arbeitszeit kann im Schichtdienst auf bis zu zwölf Stunden ausschließlich der Pausen ausgedehnt werden.“

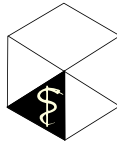
Eine *ungeplante* Überschreitung von zehn Stunden Regelarbeitszeit außerhalb des Schichtdienstes stellt grundsätzlich eine unzulässige Abweichung von § 3 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) dar, sofern nicht beispielsweise ein Ausnahmetatbestand auf der Grundlage von § 14 ArbZG vorliegt. Die aus einer solchen Überschreitung resultierende Anwendung des § 7 Abs. 5 TV-Ärzte/VKA ist daher unzulässig.

5 Teilzeit

Für Teilzeitärzte gelten dieselben Grenzen wie für Vollzeitärzte bezüglich der Höchstanzahl von Bereitschaftsdiensten und der Mindestanzahl freier Wochenenden.

§ 10 Abs. 10 TV-Ärzte/VKA

„¹Bei der Anordnung von Bereitschaftsdiensten gemäß der Absätze 2 bis 5 hat die Ärztin / der Arzt grundsätzlich innerhalb eines Kalenderhalbjahres monatlich im Durchschnitt nur bis zu vier Bereitschaftsdienste zu leisten.“



§ 10 Abs. 12 TV-Ärzte/VKA

„¹Bei der Anordnung von Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft gemäß der Absätze 2 bis 9 hat die Ärztin / der Arzt an mindestens zwei Wochenenden (Freitag ab 21 Uhr bis Montag 5 Uhr) pro Monat im Durchschnitt innerhalb eines Kalenderhalbjahres keine Arbeitsleistung (regelmäßige Arbeit, Bereitschafts- oder Rufbereitschaftsdienste) zu leisten.“

In diesen Tarifbestimmungen erfolgt keine Differenzierung in Abhängigkeit vom Umfang der vertraglichen Arbeitszeit des Arztes. Da § 10 Abs. 7 TV-Ärzte/VKA Verringerungen der Höchstgrenzen für Teilzeitkräfte im Verhältnis ihrer vertraglichen Arbeitszeit zur Vollzeit-Arbeitszeit für die Absätze 2 bis 5 – nicht jedoch für die neu hinzugefügten Absätze 10 und 12 – enthält, ist davon auszugehen, dass die Tarifparteien bezüglich der neu geregelten Absätze keine solche Verringerung vereinbaren wollten. Somit sind die Höchst- bzw. Mindestgrenzen der Absätze 10 bzw. 12 unabhängig von der individuellen vertraglichen Arbeitszeit des Arztes einheitlich anzuwenden.

Bei der Dienstenteilung sind selbstverständlich dennoch die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze im Zusammenhang mit Teilzeitarbeit zu beachten, was grundsätzlich eine nur anteilige Heranziehung von Teilzeitkräften zu Bereitschaftsdiensten und Wochenenddiensten im Verhältnis ihrer vertraglichen Arbeitszeit zur Arbeitszeitdauer eines Vollzeitbeschäftigten bedeutet. Bei Vorliegen eines sachlichen Grundes kann jedoch eine unterschiedliche Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitkräften gerechtfertigt sein. Der ansonsten drohende Verstoß gegen eine tarifvertragliche Vorschrift stellt einen solchen sachlichen Grund dar und ermöglicht die Einteilung der Teilzeitkräfte für Bereitschaftsdienste und Wochenenddienste im selben Umfang wie die der Vollzeit arbeitenden Kollegen.

6 Anrechnung von Arbeitszeiten

Nur vom Arbeitgeber autorisierte Zeiten werden als Arbeitszeit gewertet.

§ 14 TV-Ärzte/VKA

„¹Die Arbeitszeiten der Ärztinnen und Ärzte sind durch elektronische Verfahren oder auf andere Art mit gleicher Genauigkeit so zu erfassen, dass die gesamte Anwesenheit am Arbeitsplatz dokumentiert ist. ²Dabei gilt die gesamte Anwesenheit der Ärztinnen und Ärzte abzüglich der tatsächlich gewährten Pausen als Arbeitszeit. ³Eine abweichende Bewertung ist nur bei Nebentätigkeiten zulässig, die keine Dienstaufgaben sind, und bei privaten Tätigkeiten des Arztes / der Ärztin. [...]

„Protokollerklärungen:

[...]

2. Für die private Veranlassung gemäß Satz 3 trägt der Arbeitgeber nach den allgemeinen Regeln des Arbeitsrechts die Darlegungs- und Beweislast.“



Diese Bestimmung hat schon für viel Unsicherheit gesorgt. Wir schließen uns einer im Schrifttum vertretenen Ansicht an, wo dazu folgendes ausgeführt wird: „Grundsätzlich ist nur die Zeit als Arbeitszeit zu werten, die vom Arbeitgeber autorisiert und im Wege der jeweiligen Diensterteilung konkretisiert wurde. Eine eigenmächtige Arbeitsaufnahme vor dem vorgesehenen Dienstbeginn oder eine eigenmächtige Arbeitszeitverlängerung nach Dienstende ohne konkreten Grund, wie beispielsweise das Auftreten eines Notfalls, sind nicht erfasst.“¹⁷

Hervorzuheben ist allerdings, dass der Arbeitgeber gemäß der neu eingefügten Protokollerklärung Nr. 2 nach den allgemeinen Regeln des Arbeitsrechts die Darlegungs- und Beweislast für die privaten Tätigkeiten oder Nebentätigkeiten, die keine Dienstaufgaben sind, trägt. Ihm obliegt also die Beweisführung, dass der Arzt in dieser Zeit keine Aufgaben verrichtet hat, die zum Dienst gehören, sondern sich privaten Tätigkeiten oder Nebentätigkeiten ohne Bezug zum Dienst widmete. Liegt eine außerplanmäßige Überschreitung der täglichen Höchstarbeitszeit vor, haben die Ärzte dem Arbeitgeber auf Verlangen den Grund der Überschreitung mitzuteilen (Protokollerklärung Nr. 1).

Die Herausforderung aus dieser Tarifklausel für den Arbeitgeber besteht nun mehr denn je darin, Vorkehrungen zu treffen, um entsprechende Selbstdispositionen durch Ärzte und die sich daraus ergebenden Zeitverbrauchs-Automatismen auszuschließen, ohne die bei der Patientenversorgung erforderliche objektive Sorgfaltspflicht zu vernachlässigen. Dies lässt sich durch geeignete Formulierungen in Dienstanweisungen oder Betriebsvereinbarungen sicherstellen, wonach beispielsweise das „Chippen“ vor Beginn und nach Ende der dienstplanmäßigen Arbeitszeit ausschließlich eine Anwesenheitsdokumentation darstellt, ohne dass während dieser Zeiten eine Arbeitsverpflichtung besteht bzw. dass in diesen Zeiten sogar ein ausdrückliches Arbeitsverbot vorliegt. In der Dienstanweisung bzw. Betriebsvereinbarung sollte in diesem Sinne ebenfalls klar geregelt werden, dass Arbeitszeiten außerhalb der dienstplanmäßigen Arbeitszeit grundsätzlich vorab von der Führungskraft bzw. dem benannten Stellvertreter zu genehmigen sind (wobei ebenso für Ausnahmefälle umgehende Informationsverpflichtungen wie pauschale Genehmigungen größerer Spielräume für einzelne Ärzte festgelegt werden können).

¹⁷ Stier, öAT 2019, S. 244.