

**Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst:
Arbeitszeitrechtliche Aspekte der Anrechnung
von Bereitschaftsdienstzeit auf die Regelarbeitszeit**
(erschieden in: NZA, Heft 13, 2009, S.697-702)

Die Einführung europarechtskonformer Arbeitszeitmodelle einerseits und der Abschluss berufsgruppenspezifischer Tarifverträge andererseits wirft in der betrieblichen Praxis zunehmend Fragen der Zulässigkeit und der Ausgestaltung des Freizeitausgleichs für Bereitschaftsdienste auf. Im nachfolgenden Beitrag stellen die Autoren auf der Grundlage einer arbeitsrechtlichen Einordnung des Freizeitausgleichs als arbeitgeberseitiger Ersetzungsbefugnis die rechtlichen und praktischen Probleme des Freizeitausgleichs dar. Dabei arbeiten sie in Auseinandersetzung mit den Entscheidungen einiger Arbeitsgerichte unter anderem heraus, dass die Gewährung von Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst auch gegen den Willen des Arbeitnehmers* und auch während gesetzlicher Ruhezeiten zulässig ist, sofern sich dies im Einklang mit den jeweiligen tarifvertraglichen Bestimmungen befindet.

1 Was ist Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst?

Als *Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst* bezeichnet man die Anrechnung der von einem Arbeitnehmer geleisteten Bereitschaftsdienstzeit auf die von ihm zu erbringende Regelarbeitszeit (meist „regelmäßige Arbeitszeit“² oder auch „durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit“³ genannt). Typische Anwendungsfälle des Freizeitausgleichs für Bereitschaftsdienst sind Arbeitszeitmodelle in Krankenhäusern sowie in Pflege- und Betreuungseinrichtungen, in denen bis zu 24 Stunden lange Bereitschaftsdienste geleistet werden, an die sich ein arbeitsfreier Tag anschließt. Während dieses arbeitsfreien Tages wird häufig Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst gewährt, wenn andernfalls (ohne vorherigen Bereitschaftsdienst) regelmäßige Arbeitszeit geleistet worden wäre.

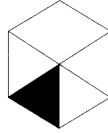
Zwei übliche tarifvertragliche Formulierungen zum Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst sind nachstehend wiedergegeben. Diese sehen die Möglichkeit vor, statt der Auszahlung des Bereitschaftsdienstentgelts einen Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienststunden in einem definierten Zeitraum in Form der Anrechnung der Bereitschaftsdienststunden auf die Regelarbeitszeit zu gewähren. Der Bereitschaftsdienst

¹ Herr Schlottfeldt ist Rechtsanwalt in Berlin (www.arbeitszeitkanzlei.de).

* Hier und im Folgenden wird ausschließlich im Interesse der Lesefreundlichkeit jeweils nur die männliche Form verwendet.

² § 6 Abs. 1 TVÖD-K; § 7 Abs. 1 TV-Ärzte/VKA; § 1 Abs. 1 der Anlage 5 zu den AVR Caritas; § 6 Abs. 1 BAT-KF.

³ § 6 Abs. 1 TV-Ärzte/Universitätskliniken; § 5 Abs. 1 TV-Ärzte/Diakonie



wird dabei je nach Stufe mit einem tarifvertraglich bestimmten Vergütungsfaktor bewertet (sog. Faktorisierung).

So heißt es in § 8.1. Abs. 6 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst für den Dienstleistungsbereich Krankenhäuser im Bereich der kommunalen Arbeitgeberverbände v. 1. August 2006 (TVÖD-K):

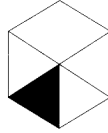
¹Anstelle der Auszahlung des Entgelts nach Absatz 4 für die nach den Absätzen 1 und 3 gewertete Arbeitszeit kann diese bei Ärztinnen und Ärzten bis zum Ende des dritten Kalendermonats auch durch entsprechende Freizeit abgegolten werden (Freizeitausgleich). ²Die Möglichkeit zum Freizeitausgleich nach Satz 1 umfasst auch die dem Zeitzuschlag nach Absatz 5 1:1 entsprechende Arbeitszeit. ³Für die Zeit des Freizeitausgleichs werden das Entgelt (§ 15) und die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen fortgezahlt. ⁴Nach Ablauf der drei Monate wird das Bereitschaftsdienstentgelt am Zahltag des folgenden Kalendermonats fällig.

In § 12 Abs. 4 des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern im Bereich der kommunalen Arbeitgeberverbände v. 17. August 2006 (TV-Ärzte/VKA) heißt es:

¹Die nach Absatz 1 errechnete Arbeitszeit kann bei Ärztinnen und Ärzten, einschließlich der eines ggf. nach Absatz 3 zu zahlenden Zeitzuschlags 1:1 entsprechenden Arbeitszeit, anstelle der Auszahlung des sich nach den Absätzen 1 bis 3 ergebenden Entgelts bis zum Ende des dritten Kalendermonats auch durch entsprechende Freizeit abgegolten werden (Freizeitausgleich). ²Für die Zeit des Freizeitausgleichs werden das Entgelt (§ 18) und die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen fortgezahlt.

2 Freizeitausgleich in traditionellen Bereitschaftsdienstmodellen

Im traditionellen Bereitschaftsdienstmodell (Regel-Frühdienst mit anschließendem Bereitschaftsdienst bis zum Beginn des folgenden Regel-Frühdienstes) erfolgt(e) der Freizeitausgleich am Arbeitstag nach dem Bereitschaftsdienst, wenn die Regelarbeitszeit des folgenden Tages auf Grund der arbeitszeitgesetzlich zwingend einzuhaltenen Ruhezeit nicht geleistet werden kann. Bei einer typischen Grundverteilung der regelmäßigen Arbeitszeit beträgt die anteilige vertragliche Arbeitszeit („Soll-Arbeitszeit“) also beispielsweise an Werktagen Montag bis Freitag je ein Fünftel der vertraglichen Wochenarbeitszeit.



Ein einfaches Beispiel:

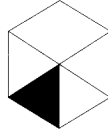
Montag	8:00 Uhr – 16:00 Uhr	7,5 Stunden Regelarbeitszeit (zzgl. 30 Minuten Pause)
Montag- Dienstag	16:00 Uhr – 7:30 Uhr	15,5 Stunden Bereitschaftsdienst
Dienstag	7:30 Uhr – 8:00 Uhr	0,5 Stunden Regelarbeitszeit (Übergabe)

Der Arbeitnehmer hat in diesem Arbeitszeitmodell von Montag auf Dienstag somit 8,0 Stunden Regelarbeitszeit und 15,5 Stunden Bereitschaftsdienst erbracht. Bei einer angenommenen Bewertung des Bereitschaftsdienstes in Höhe von 90 Prozent als Arbeitszeit entsprechen die 15,5 Bereitschaftsdienststunden 13,95 bewerteten („faktorierten“) Arbeitsstunden.

Bei einer anteiligen Arbeitszeit von jeweils 8,0 Stunden an Werktagen Montag bis Freitag (40-Stunden-Woche), geriete der Arbeitnehmer am Tag nach dem Bereitschaftsdienst (im Beispiel der Dienstag) bei voller Auszahlung des Bereitschaftsdienstes als Zusatzvergütung gegenüber seinen (Regel-)Arbeitszeitverpflichtungen ins „Minus“. Denn er leistet ja an den Tagen Montag und Dienstag lediglich insgesamt 8,0 Regelarbeitsstunden, obwohl er für beide Tage insgesamt 16,0 Stunden Regelarbeitszeit schuldet. Würde man seine Regelarbeitszeit auf einem Konto saldieren, so stünde dieses Konto am Ende des Dienstags bei -8,0 Stunden.

Zur Kompensation des „Regeldienst-Minus“ werden die geleisteten Bereitschaftsdienststunden nunmehr auf die Regelarbeitszeit soweit angerechnet, bis ein vollständiger Ausgleich des Regelarbeitszeitkontos auf 0 Stunden erreicht wird. Bei einem Vergütungsfaktor von 90% für den Bereitschaftsdienst und einem „Regeldienst-Minus“ von 8,0 Stunden werden $(8,0 \text{ Stunden} : 0,9 =) 8,89$ Stunden Bereitschaftsdienst für die Anrechnung auf den Regeldienst gebraucht. Da der Arbeitnehmer im Beispielsfall von Montag auf Dienstag 15,5 Stunden Bereitschaftsdienst geleistet hat, steht ausreichend Bereitschaftsdienst zum „Auffüllen“ der fehlenden Regelarbeitszeit zur Verfügung. Bei Anrechnung von 8,89 Stunden Bereitschaftsdienst verbleiben sogar noch $(15,5 \text{ Stunden} - 8,89 \text{ Stunden} =) 6,61$ Stunden Bereitschaftsdienst zur Auszahlung als Zusatzvergütung. Bei Bewertung mit dem Vergütungsfaktor 90% entspricht das 5,95 „vollen“ Arbeitsstunden.

Der Freizeitausgleich bzw. die Anrechnung der bewerteten Bereitschaftsdienststunden auf die Regelarbeitszeit verhindert also, dass der Arbeitnehmer Minusstunden auf seinem Regelarbeitszeitkonto anhäuft, die er nicht mehr ausgleichen bzw. nacharbeiten kann. Als arbeitsrechtliche „Nebenwirkung“ des Freizeitausgleichs ergibt sich eine entsprechende Verminderung der Bereitschaftsdienstbezüge, da ja der Bereitschaftsdienst nicht in vollem Umfang als Zusatzvergütung ausgezahlt wird.



3 Freizeitausgleich als Ersetzungsbefugnis des Arbeitgebers

Die Befugnis des Arbeitgebers, im Rahmen seines Direktionsrechts Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst anzuordnen, stellt arbeitsrechtlich eine Ersetzungsbefugnis dar, durch deren Gebrauch der Arbeitgeber die Leistung des Bereitschaftsdienstes an die Stelle der Leistung der an sich geschuldeten regelmäßigen Arbeitszeit treten lässt (Leistung an Erfüllungs Statt, § 364 Abs. 1 BGB). Die Ersetzungsbefugnis bezieht sich also darauf, den grundsätzlich auf Barvergütung gerichteten Anspruch für die aus dem Bereitschaftsdienst resultierenden Vergütungen durch Freistellung von den arbeitsvertraglichen Leistungspflichten bei fortlaufendem Entgelt zu ersetzen.

Die tarifvertraglich vereinbarte (in der Regel geringere) vergütungsrechtliche Bewertung des Bereitschaftsdienstes wird dadurch berücksichtigt, dass der Arbeitnehmer in entsprechend längerem Maß Bereitschaftsdienst leisten muss, um von seinen Regelarbeitszeitverpflichtungen befreit zu werden.

Würde es an einer entsprechenden tarif- oder arbeitsvertraglichen Regelung fehlen, stünde dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Auszahlung des Bereitschaftsdienstes als Zusatzvergütung ohne Abzüge zu.⁴ Die Gefahr, dass der Arbeitnehmer seine Regelarbeitszeitverpflichtungen wegen der gesetzlich geforderten Ruhezeiten nicht erbringen kann, träfe dann den Arbeitgeber in Form des Annahmeverzuges (§ 615 Satz 1 i.V.m. § 300 BGB). Allerdings hätte der Arbeitgeber Anspruch darauf, dass das „Regeldienst-Minus“ zu anderen Zeiten durch verlängerte oder zusätzliche Dienste ausgeglichen wird.

Im Extremfall kann es sogar vorkommen, dass ein Arbeitnehmer seine vertragliche (Regel-)Arbeitszeit so erbringt, dass er ausschließlich auf die Regelarbeitszeit anzurechnenden Bereitschaftsdienst leistet. Hierbei handelt es sich meist um teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter, die beispielsweise ausschließlich am Wochenende Bereitschaftsdienst leisten, der durch entsprechende Freistellung an Werktagen Montag-Freitag ausgeglichen wird.⁵

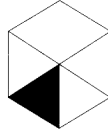
4 Abgrenzung des Freizeitausgleichs für Bereitschaftsdienst von der Verlängerung regelmäßiger Arbeitszeit durch (Arbeits-)Bereitschaft

Vom Freizeitausgleich durch Bereitschaftsdienst zu unterscheiden ist die Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit durch Arbeitsbereitschaft als „wache Achtsamkeit im Zustand der Entspannung“⁶, wie sie typischerweise bei Hausmeistern, Pförtnern oder bei Rettungsdiensten und Feuerwehren auftritt. Je nach geltender tarifvertraglicher Regelung kann der Arbeitnehmer beispielsweise eine durchschnittliche wöchentliche Wochenarbeitszeit von 48 Stunden Arbeitsbereitschaft leisten, für die er eine

⁴ Vgl. BAG (18.9.2001), NZA 2002, 268 = NJW 2002, 1739.

⁵ Eventuelle kurze Regelarbeitszeiten während der Übergaben bleiben hier außer Betracht; zur Frage der Abgrenzung regelhafter Tätigkeiten von Bereitschaftsdienst vgl. Schlottfeldt/Herrmann, Arbeitszeitgestaltung in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen – rechtskonforme Bereitschaftsdienstmodelle, 2008, Ziff. 1.1.2..

⁶ Schlottfeldt, in: Ignor/Rixen (Hrsg.): Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl., 2008, § 9, Rz. 19 m.w.N.



Vergütung auf der Basis der tarifvertraglichen Regelarbeitszeit von zum Beispiel 38,5 Stunden erhält. Er arbeitet dann zu einem durchschnittlichen „Regelarbeitszeitfaktor“ von ca. $([38,5 \text{ Stunden} : 48 \text{ Stunden}] \times 100 =) 80,2$ Prozent. Man könnte also sagen, dass hier im Ergebnis für die Arbeitsbereitschaft ein vollständiger Freizeitausgleich erfolgt, da ja sämtliche Arbeitsbereitschaftsstunden auf die Regelarbeitszeit angerechnet werden.

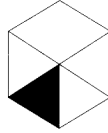
Arbeitsrechtlich liegt der Fall jedoch insofern anders, als in der Regel keine bestimmte Zeitspanne des Freizeitausgleichs im Verrechnungsfall bestimmt wird. Vielmehr wird die vergütungsrechtlich geschuldete (Regel-)Arbeitszeit mit Blick auf die vergütungsrechtlich geringerwertigen Arbeitsbereitschaftsleistungen verlängert.

Die begriffliche Problematik des *Freizeitausgleichs für Bereitschaftsdienst* wird auch in rechtskonformen Arbeitszeitmodellen mit Bereitschaftsdienst deutlich. Hier hängt zunächst das Volumen der auf die Regelarbeitszeit anzurechnenden Bereitschaftsdienststunden von den Spezifika der jeweiligen Dienststruktur ab, weil etwa Regelarbeitszeiten am Samstag und Sonntag in einer *Arbeitszeit-Gesamtbilanz* zu berücksichtigen sind. I.d.R. weicht daher das Anrechnungsvolumen im rechtskonformen Arbeitszeitmodell mit Bereitschaftsdiensten von dem herkömmlichen Prinzip – „für Montag bis Freitag (ohne Feiertage) wird für Dienste mit Arbeitsausfall am Folgetag jeweils ein Fünftel der wöchentlichen Regelarbeitszeit Freizeitausgleich gewährt“ – ab.

5 Praktische Umsetzung des Freizeitausgleichs für Bereitschaftsdienst in neuen Arbeitszeitmodellen

Die im Zuge der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben für Bereitschaftsdienstmodelle zunehmend zu beobachtende Abkehr vom traditionellen Regeldienst-/Bereitschaftsdienstschema wirft Fragen nach der Handhabung des Freizeitausgleichs in neuen Arbeitszeitmodellen auf. Dabei kristallisieren sich in der Praxis eine Reihe möglicher Varianten der Gewährung des Freizeitausgleichs heraus, die als so genannte *Bereitschaftsdienst-Abrechnungsregeln* nachstehend genauer erläutert werden:

1. Freizeitausgleich „klassisch“: Es erfolgt (wie im o.g. Beispielsfall) jeweils so viel Anrechnung von Bereitschaftsdienst auf die Regelarbeitszeit, wie jeweils zur Auffüllung der am Tag des Bereitschaftsdienstes bzw. folgenden Arbeitstag fehlenden Regelarbeitszeit erforderlich ist. In dieser Variante wird der Arbeitnehmer in Bezug auf seine Regelarbeitszeit-Verpflichtungen „plusminusnull“ gestellt und erhält ein eventuell überschießendes Guthaben aus Bereitschaftsdienstzeiten, die nicht für den Freizeitausgleich gebraucht werden, ausgezahlt.
2. Freizeitausgleich „prozentual“: Es erfolgt eine prozentuale Anrechnung von Bereitschaftsdienst auf die Regelarbeitszeit: in *allen* Diensten mit Bereitschaftsdienst wird derselbe Anteil der Bereitschaftsdienstzeit (z.B. 50 Prozent) durch Freizeit ausgeglichen bzw. als Zusatzvergütung ausgezahlt.
3. Freizeitausgleich „linear“: In allen Diensten mit Bereitschaftsdienst wird ein bestimmter Stundenwert als Freizeitausgleich angesetzt oder umgekehrt ein



bestimmter (gleichbleibender) Stundenwert des Bereitschaftsdienstes als Zusatzvergütung ausgezahlt.

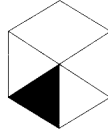
4. Freizeitausgleich „differenziert“: Für die einzelnen Bereitschaftsdienste erfolgt eine unterschiedliche Anrechnung der Bereitschaftsdienstzeit auf die Regelarbeitszeit (dies kann eine präferenzgerechte Verteilung der Dienste erleichtern).
5. Freizeitausgleich „per Saldo“: Hier werden die Bereitschaftsdienste für einen bestimmten Zeitraum (i.d.R. ein Monat) individuell abgerechnet, indem die geleisteten Regelarbeits- und faktorisierten Bereitschaftsdienstzeiten auf einem Regeldienst- bzw. Bereitschaftsdienstkonto zunächst separat addiert werden. Am Ende dieses Zeitraums erfolgt eine Saldierung gegenüber der im Betrachtungszeitraum zu leistenden Regelarbeitszeit: Ein eventuelles „Regeldienst-Minus“ wird zunächst aufgefüllt; der die Soll-Arbeitszeit übersteigende Saldo wird ausgezahlt. Im Unterschied zu den vorstehend genannten Abrechnungsregeln fällt es hier allerdings schwerer, im Nachhinein noch eine bestimmte (Uhr-)Zeitspanne des Freizeitausgleichs anzugeben. Dieses Verfahren bietet sich an, wenn eine sehr stark individualisierte Einteilung der Dienste und Dienstfolgen erfolgt (zum Beispiel bei Berücksichtigung familiärer Verpflichtungen der Mitarbeiter, bei mehreren unterschiedlichen vertraglichen Arbeitszeitdauern oder instabiler Besetzungsstruktur auf Grund von Fluktuation). Es ist insbesondere dann mit einem zusätzlichen Zeitverbrauchsrisiko verbunden, wenn von den geplanten Diensten abweichende Regeldienstüberschreitungen in die Saldierung einbezogen werden. Daher sollte dieses Verfahren nur i.V.m. einem entsprechenden Arbeitszeitcontrolling praktiziert werden.

Bei identischen Dienstdauern bestehen somit völlig verschiedene Möglichkeiten der Anrechnung von Bereitschaftsdienstzeit auf die Regelarbeitszeit. Das heißt, der Freizeitausgleich für den einzelnen Dienst hängt maßgeblich von der Wahl der konkreten Bereitschaftsdienst-Abrechnungsregel ab, worauf wir noch näher eingehen.

6 Einseitige Anordnung des Freizeitausgleichs für Bereitschaftsdienst

In den eingangs beispielhaft zitierten Tarifformulierungen besteht die Möglichkeit des arbeitgeberseitig angeordneten Freizeitausgleichs für Bereitschaftsdienst. Eine Zustimmung des Arbeitnehmers ist jedenfalls in den meisten Regelungen nicht erforderlich.⁷ Der Gebrauch dieser Ersetzungsbefugnis ist tarifvertraglich in der Regel nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft. Insbesondere sehen die entsprechenden Regelungen i.d.R. keine individuelle Zustimmung oder ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers vor. Der Gebrauch der Ersetzungsbefugnis ist üblicherweise auch nicht an

⁷ Dies ist für die nichtärztlichen Beschäftigten im Geltungsbereich des TVöD-K jedoch anders: Für diese Beschäftigten ist grundsätzlich Barvergütung des Bereitschaftsdienstentgelts vorgesehen; ein Freizeitausgleich ist jedoch dann zulässig, wenn dies zur Einhaltung der Vorschriften des ArbZG erforderlich ist oder eine entsprechende Regelung in einer einvernehmlichen Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung hierzu getroffen wurde oder der Beschäftigte dem Freizeitausgleich zustimmt (§ 8.1. Abs. 7 TVöD-K).



die Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats oder der Mitarbeitervertretung gebunden. Auch ist der Abschluss einer entsprechenden Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung i.d.R. nicht erforderlich.⁸

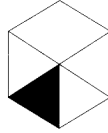
Sieht der Tarif- oder Arbeitsvertrag die Möglichkeit des Freizeitausgleichs vor, steht es dem Arbeitgeber grundsätzlich frei, die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes im Rahmen des Direktionsrechts auf diesem Wege vorzunehmen. Dabei kommen die allgemeinen Maßstäbe der Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts zum Tragen. Dies bedeutet insbesondere, dass der Arbeitgeber willkürfrei und unter Beachtung berechtigter Belange des Arbeitnehmers sowie des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes handeln muss. Er darf also keine sachwidrige Entscheidung treffen, sondern muss beim Gebrauch der Ersetzungsbefugnis in Form der Anordnung von Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst als einer Maßnahme des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts „billiges Ermessen“ walten lassen (§ 315 Abs. 2 BGB).

Dabei entspricht es grundsätzlich billigem Ermessen, wenn der Freizeitausgleich deshalb erfolgt, weil ohne Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst die vom Arbeitnehmer geschuldete (Regel-)Arbeitszeit nicht erreicht werden kann bzw. betriebsbedingte (Änderungs-)Kündigungen erforderlich wären, weil die Regelarbeitszeit ohne Freizeitausgleich innerhalb des betrieblichen Arbeitszeitmodells nicht erreicht werden kann. Es besteht also kein Anspruch des Arbeitnehmers, die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit „freizeitausgleichsfrei“ ableisten zu können und eventuelle Bereitschaftsdienste in vollem Umfang ausgezahlt zu bekommen. Ein solches Recht würde eine tarifvertraglich vereinbarte Ersetzungsbefugnis des Arbeitgebers faktisch zunichte machen, wenn der Arbeitnehmer dem Freizeitausgleich stets widerspräche.

Unbillig dürfte es dagegen sein, wenn einem vollzeitbeschäftigten ärztlichen Weiterbildungsassistenten mit einer entsprechenden vertraglichen Zusicherung seiner Weiterbildung in übermäßigem Umfang Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst gewährt würde, so dass sich dadurch seine Weiterbildung in erheblichem Maß verzögerte.⁹ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Heranziehung zu Bereitschaftsdiensten typischerweise als Nebenleistung von Weiterbildungsassistenten zu erbringen ist, so dass sich Verzögerungen der Weiterbildung infolge der bei Bereitschaftsdiensten zwingend zu beachtenden gesetzlichen Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten keine Vertragsverletzung seitens des Arbeitgebers darstellen. Bei einer gleichmäßigen Verteilung des Freizeitausgleichs auf die Angehörigen einer Dienstgruppe dürfte billiges Ermessen grundsätzlich gewahrt sein. Allerdings kann es geboten sein, auf Arbeitnehmer mit

⁸ Anders hingegen beispielsweise Abs. 9 der Anlage C. IV. zu den Arbeitsvertragsrichtlinien der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen für Einrichtungen, die sich dem ARRGD angeschlossen haben (AVR-K): Dort ist festgelegt, dass der Arbeitnehmer im Voraus für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten über den Freizeitausgleich entscheidet, „sofern der Arbeitgeber keine dringenden betrieblichen Belange entgegen hält, über die er vorher mit der Mitarbeitervertretung Einvernehmen erzielt hat.“ Von diesem Wahlrecht kann der Arbeitnehmer keinen Gebrauch machen, wenn die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes in einer Dienstvereinbarung geregelt ist.

⁹ In der Praxis kann es durchaus vorkommen, dass Weiterbildungsassistenten im Gegenteil ein besonders hohes Interesse an der Erbringung von Bereitschaftsdiensten haben, etwa weil sie während dieser Zeit höhere Chancen haben, an Operationen oder Funktionsuntersuchungen beteiligt zu werden. Auf die Beleuchtung diesbezüglicher organisatorischer Aspekte können wir im vorliegenden Rahmen jedoch nicht eingehen.



besonderen persönlichen Einschränkungen (Behinderungen, Familienpflichten) stärker Rücksicht zu nehmen.

7 Anspruch auf Barvergütung des Bereitschaftsdienstes aus betrieblicher Übung?

Insbesondere in Krankenhäusern kommt es mitunter zu Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit Änderungen von Bereitschaftsdienst-Abrechnungsregeln – vor allem dann, wenn durch höheren Freizeitausgleich die Barvergütung des Arbeitnehmers sinkt. Dies kann etwa im Zuge einer Optimierung der Dienstbesetzungen oder zum Ausgleich von Beschäftigungsschwankungen (z. B. aus Beschäftigungssicherungsgründen) erfolgen. In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer auch weiterhin Anspruch darauf hat, dass er den Bereitschaftsdienst in bisherigem Umfang in bar vergütet erhält – und somit, ob die bisherige Bereitschaftsdienstabrechnung eine Leistung des Arbeitgebers darstellt, auf deren Fortbestand der Arbeitnehmer vertrauen durfte.

Die fortgesetzte Gewährung einer arbeitgeberseitigen Leistung kann unter dem Gesichtspunkt einer so genannten „betrieblichen Übung“ einen Fortsetzungsanspruch begründen. Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen der Arbeitnehmer schließen kann, ihm solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus diesem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das vom Arbeitnehmer in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen.

Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte.¹⁰

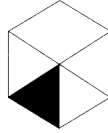
Es ist somit insbesondere zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Arbeitgeber gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer auf sein Recht, Barvergütung oder Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst zu gewähren, verzichtet hat.

Allein die Tatsache, dass der Arbeitgeber über Jahre hinweg eine Barvergütung gewährt hat, führt jedoch nicht zu einer betrieblichen Übung. So hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden, dass der Arbeitgeber unter Umständen noch nach Jahren sein Direktionsrecht ausüben kann, wenn er bei Abschluss des Arbeitsvertrages lediglich auf die diesbezüglichen betrieblichen Regelungen verwiesen hat.¹¹

Ein Verweis auf betriebliche Regelungen oder ein sonstiger Vorbehalt ist nicht erforderlich, wenn die tarifvertragliche Regelung insoweit völlig eindeutig ist und dem

¹⁰ vgl. BAG (11.12.2001), NZA 2002, 965; BAG (24.6.2003), NZA 2003, 1145 = NJW 2003, 3725; BAG (20.5.2008), NZA 2008, 1233 = NJW 2009, 316.

¹¹ BAG (7.12.2000), NZA 2001, 780; vgl. auch BAG, Urt. v. 16.2.1989 – 6 AZR 325/87, BeckRS2009, 56087, auf das wir am Ende des folgenden Abschnitts noch eingehen.



Arbeitgeber hinsichtlich aller Vergütungsansprüche aus Bereitschaftsdiensten ein Wahlrecht bezüglich der Form der Vergütung gewährt. Es bedürfte dann besonderer Anhaltspunkte oder einer vom Tarifvertrag zu Gunsten der Arbeitnehmer abweichenden betrieblichen Regelung, um einen Anspruch auf Fortsetzung der bisherigen Vergütungspraxis zu begründen. So begründet beispielsweise die fortgesetzte Hinnahme einer über dem tatsächlichen Bedarf liegenden Tagesbesetzung keinen Vertrauensstatbestand auf Seiten der Arbeitnehmer dahingehend, dass sie darauf vertrauen konnten, der Arbeitgeber werde auch um den Preis einer unwirtschaftlichen Organisationsstruktur die bisherige Barvergütung des Bereitschaftsdienstes beibehalten. Gerade in Fragen der betrieblichen Organisation sind an das Vorliegen einer betrieblichen Übung hohe Anforderungen zu stellen, da ein Arbeitgeber sich typischerweise in diesem Bereich gerade *nicht* arbeitsvertraglich auf eine bestimmte Organisationsform festlegen will.

8 Freizeitausgleich während gesetzlicher Ruhezeiten

In der Frage des Freizeitausgleichs haben in jüngster Zeit Musterschreiben auf Seiten der Arbeitgeber für Verunsicherung gesorgt, mit denen Arbeitnehmer die Zulässigkeit des angeordneten Freizeitausgleichs in Frage stellen und Ansprüche auf volle Vergütung des Bereitschaftsdienstes unter Berufung auf zwei erstinstanzliche arbeitsgerichtliche Entscheidungen geltend machen.

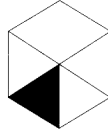
- So vertrat die 27. Kammer des Arbeitsgerichts Hamburg¹² die Auffassung, dass die Anordnung des Freizeitausgleichs nur in den Zeitspannen zulässig sei, in denen der Arbeitnehmer auch tatsächlich hatte arbeiten können:

„An den Freitagen, die der Kläger seinem Vergütungsanspruch zugrunde legt, bestand keine Arbeitspflicht. Der Beklagte konnte daher auch nicht Freizeitausgleich praktizieren. Die fehlende Arbeitspflicht ergibt sich daraus, dass der Kläger nach den Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes am Freitag nicht arbeiten durfte, weil nach dem Bereitschaftsdienst in der Nacht von Donnerstag auf Freitag die nach § 5 Arbeitszeitgesetz vorgeschriebene Ruhezeit nicht mehr eingehalten werden konnte.“

- Das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven¹³ entschied in Auslegung des § 12 TV-Ärzte/VKA, dass es sich bei den Zeitgutschriften für geleistete Bereitschaftsdienste nicht lediglich um vorweggenommene Arbeitsleistungen handele, für die das Bundesarbeitsgericht den Freizeitausgleich für Überstunden anerkannt hätte. Darüber hinaus argumentiert die Kammer, dass die Tarifvertragsparteien es als Regelfall angesehen hätten, dass von Ärzten geleistete Bereitschaftsdienste zusätzlich vergütet werden. Die Unzulässigkeit der im betreffenden Verfahren streitigen Anrechnung von zehn Stunden Bereitschaftsdienst auf neun Stunden Regelarbeitszeit begründet das Gericht weiter damit, dass dieses Ergebnis letztlich auch aus dem „traditionellen Verständnis“ des

¹² ArbG Hamburg, Urt. vom 07.10.2002 - 27 Ca 603/01 (nicht rechtskräftig).

¹³ ArbG Bremen-Bremerhaven, Urt. v. 28.05.2008 - 11 Ca 11030/08 (nicht rechtskr.) unter Hinweis BAG, Urt. v. 13.02.1992 - 6 AZR 638/89.



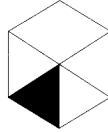
Beschäftigungsverhältnisses eines Arztes folge, da dem Arzt die Möglichkeit eingeräumt wird, über das Ableisten von Bereitschaftsdiensten ein höheres Einkommen zu erzielen. Es seien „keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der TV-Ärzte/VKA eine diesen überlieferten Grundsätzen zuwider laufende Regelung schaffen wollte. Und schließlich werde auch aus § 12 Abs. 4 Satz 2 TV-Ärzte/VKA deutlich, „dass auch der Freizeitausgleich gewissermaßen ‚on Top‘ zu der regelmäßigen Vergütung zu leisten ist“, weil dieser Satz festlege, dass für die Zeit des Freizeitausgleichs das Entgelt nach § 18 TV-Ärzte/VKA und die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen fortzuzahlen seien.

Die Argumentation beider Arbeitsgerichte vermag – auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) – nicht zu überzeugen:

Zur Frage des Arbeitsausfalls auf Grund der zwingenden Einhaltung gesetzlicher Ruhezeiten (auf der das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg maßgeblich basiert) existiert eine gefestigte BAG-Rechtsprechung.¹⁴ Nach Auffassung des BAG ist der – insoweit vergleichbare Fall – des Arbeitsausfalls aufgrund der Einhaltung zwingender Ruhezeiten kein Fall des Annahmeverzuges gemäß § 615 BGB. Denn bei diesem Arbeitsausfall handele es sich um eine von keiner Partei des Arbeitsvertrages zu vertretende Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung. Annahmeverzug setze aber notwendig voraus, dass die Arbeitsleistung an sich möglich sei. Die Ruhezeit am Tag nach dem Bereitschaftsdienst entbindet also gerade nicht von der an sich zu erbringenden Arbeitsleistung. Dies verkennt offenbar das Arbeitsgericht Hamburg im zitierten Urteil, wenn es darauf abstellt, dass der Arbeitnehmer am Tag nach dem Bereitschaftsdienst nicht zur Arbeit herangezogen werden konnte. Dies ist zwar zutreffend, soll aber nach dem Willen der Tarifvertragsparteien, die die Möglichkeit des Freizeitausgleichs für Bereitschaftsdienst vereinbart haben, eben gerade nichts am arbeitsrechtlichen Synallagma – also dem Gegenseitigkeits- bzw. Austauschverhältnis zweier Leistungen beim Vertrag – ändern. Denn Ziel des Instruments des Freizeitausgleichs ist es, in Bereitschaftsdienstmodellen die Einhaltung der Regelarbeitszeit zu erleichtern, die ohne Freizeitausgleich unter Umständen modellspezifisch abgesenkt werden müsste.

Dabei kann dahinstehen, ob dem Recht des Arbeitgebers zur Anordnung von Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst eine Pflicht korrespondiert, diesen Freizeitausgleich ganz bestimmten Dienstzeiten zuzuordnen. Wie oben ausgeführt, ist dies vor allem dann schwierig, wenn der Freizeitausgleich per (Monats-)Saldo vorgenommen wird, um individuellen Präferenzen der Arbeitnehmer besser Rechnung tragen zu können. Selbst wenn eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers bejaht würde und selbst wenn man mit dem Arbeitsgericht Hamburg darüber hinaus annähme, dass als Tage des Freizeitausgleichs nur Arbeitstage mit „zulässiger Arbeit“ in Frage kämen, würde dies im Ergebnis an der Ersetzungsbefugnis nichts ändern. Denn der Arbeitgeber könnte in diesem Fall die am freien Tag nach dem Bereitschaftsdienst ausfallende Regelarbeitszeit an einem anderen Werktag zunächst zum „Nachholen“ ansetzen (z.B. am sonst regeldienstfreien Samstag) und sodann Freizeitausgleich an diesem (prinzipiell

¹⁴ Vgl. zuletzt BAG (13.12.2007), NZA-RR 2008, 418 Rdnr. 25; erstmals BAG (05.07.1976), AP AZO § 12 Nr. 10.



möglichen) Arbeitstag anordnen. Warum der Arbeitgeber aber den Weg über derartige „Phantomdienste“ wählen soll, die nur deshalb angesetzt werden, damit Freizeitausgleich außerhalb gesetzlicher Ruhezeiten erfolgen kann, ist nicht ersichtlich. Wenn es, wie ausgeführt, beim Freizeitausgleich um die Aufrechterhaltung des arbeitsrechtlichen Synallagmas geht, spricht nichts dagegen, diesen während der Ruhezeit oder sogar ohne konkrete Bezeichnung der genauen Zeitspanne „per Saldo“ zu gewähren. Diese Auffassung wird durch eine neuere Entscheidung des BAG gestützt, die dem Arbeitgeber das Recht zubilligte, Freizeitausgleichsansprüche des Arbeitnehmers zum Ausgleich eines Minussaldos auf dem Arbeitszeitkonto heranzuziehen.¹⁵

Dem Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven ist entgegenzuhalten, dass gerade die Möglichkeit des „Auffüllens“ der am (freien) Tag nach Bereitschaftsdienst ausfallenden Regelarbeitszeit im Wege des Freizeitausgleichs für Bereitschaftsdienst ein traditionelles Strukturmerkmal ärztlicher Arbeitszeitmodelle ist. Für eine Änderung dieses Prinzips finden sich im TV-Ärzte/VKA keinerlei Anhaltspunkte.

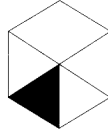
Die relevanten Passagen zum Bereitschaftsdienst-Freizeitausgleich etwa im TV-Ärzte/VKA entsprechen zudem im Wesentlichen denen der Sonderregelungen 2a und 2c des Bundesangestellten-Tarifvertrags und der entsprechenden kollektivkirchenrechtlichen Regelungen, mit denen sich das BAG bekanntermaßen häufig befasst hat. So sah das BAG beispielsweise auch keinen Beanstandungsgrund, als eine neue Dienstzeitregelung vermehrten Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst vorsah, wodurch sich der Mutterschutzlohn der Klägerin gemäß § 11 Abs. 2 des Gesetzes zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (MuSchG) nach Ablauf des Berechnungszeitraums des § 11 Abs. 1 MuSchG entsprechend reduzierte (5 AZR 924/98 v. 20.09.2000). Das BAG hat in der Urteilsbegründung u.a. festgestellt, dass die neue Dienstzeitregelung inhaltlich den Vorgaben der Anlage 5 zu den AVR Caritas entspreche, in der auch der Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst geregelt ist. Konsequenterweise ist das Urteil des ArbG Bremen-Bremerhaven vom LAG Bremen aufgehoben worden. Das LAG hat dabei maßgeblich darauf abgestellt, dass der TV-Ä/VKA dem Arbeitgeber das Recht zur Faktorisierung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit einräume. Die an sich bestehende Arbeitspflicht des Arbeitnehmers am Tag nach dem Bereitschaftsdienst werde durch die gesetzliche Ruhezeit nicht in Frage gestellt.¹⁶

Und auch schon mit einem früheren Urteil¹⁷ hat das BAG – wiederum zu den AVR Caritas bei ausdrücklichem Hinweis auf die gleichlautenden entsprechenden Formulierungen im damaligen Bundesangestellten-Tarifvertrag – die Erhöhung des Freizeitausgleichs und die damit verbundene Vergütungsabsenkung im Zuge einer Erhöhung des Personalbestands für rechtmäßig erklärt. Dabei hat das BAG u.a. sowohl die Einhaltung der Grenzen billigen Ermessens unterstrichen als auch die Entstehung einer betrieblichen Übung verneint. Darüber hinaus sah das BAG den Dienstgeber auch nicht zur Einhaltung eines Stufenplans zur Abfederung des finanziellen Verlusts verpflichtet, da er sich beim Freizeitausgleich für den Bereitschaftsdienst an der jeweiligen Personalsituation ausrichten müsse.

¹⁵ BAG (11.2.2009 – 5 AZR 341/08), BeckRS 2009, 60032

¹⁶ LAG Bremen, Ur. V. 4.11.2008 – 11 Ca 11030/08.

¹⁷ BAG (20.9.2000), NZA 2001, 657 = NJW 2001, 2194.



9 Freizeitausgleich zur Einhaltung arbeitszeitschutzrechtlicher Grenzen

Ein Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst kann im Übrigen zur Einhaltung arbeitszeitgesetzlicher Vorgaben auch ohne explizite tarifvertragliche Vereinbarung dann erforderlich sein, wenn sonst die zulässige werktägliche Höchst Arbeitszeit von durchschnittlich 8 Stunden pro Werktag (§§ 3 Satz 2, 6 Abs. 2 ArbZG) nicht eingehalten werden kann.¹⁸ Der Freizeitausgleich ist dann jedoch nicht bereitchaftsdienstspezifisch. Er müsste nämlich auch für Überschreitungen der durchschnittlichen wöchentlichen Höchst Arbeitszeitgrenze durch Vollarbeit erfolgen, damit der Ausgleich hergestellt wird:

Wenn zum Beispiel ein Arbeitnehmer in einer Woche an sechs Tagen jeweils zehn Stunden – insgesamt 60 Stunden – arbeitet, die er zur Einhaltung der 48-Stunden-Woche dadurch ausgleicht, dass er in der Folgeweche lediglich (48 Stunden – [60 Stunden – 48 Stunden] =) 36 Stunden arbeitet, hat er analog durch einen Freizeitausgleich für Vollarbeit die 48-Stunden-Durchschnittsgrenze eingehalten.

Beruft sich der Arbeitgeber darauf, dass der angeordnete Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst zwecks Einhaltung zwingender gesetzlicher Ruhezeiten erforderlich sei, so setzt das voraus, dass die tarifvertraglich normierten Voraussetzungen des Bereitschaftsdienstmodells – etwa der Abschluss einer Dienst- oder Betriebsvereinbarung – erfüllt sind.¹⁹

10 Bereitschaftsdienst-Freizeitausgleich und Ausfallzeiten

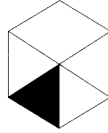
Gemäß § 4 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) ist dem Arbeitnehmer das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Für die in bar ausgezahlten Bereitschaftsdienstvergütungen enthalten die Tarifverträge in der Regel Sonderregelungen, die eine anteilige Gewährung der Zusatzvergütung für entgeltfortzahlungspflichtige Arbeitstage auf der Basis einer Durchschnittsbetrachtung vorsehen.²⁰

Fraglich ist dagegen, wie die infolge von Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst zu gewährenden Anrechnungen auf die Regelarbeitszeit zu behandeln sind. Grundsätzlich sind nach unserer Rechtsauffassung solche Anrechnungen als Bestandteil der Entgeltfortzahlung zu berücksichtigen. Der Arbeitnehmer ist während der Entgeltfortzahlungsperiode so zu stellen, als hätte er tatsächlich entsprechend der geplanten Arbeitszeit gearbeitet (so genanntes Ausfallprinzip: „wie gearbeitet worden wäre“). Würde nun beispielsweise der prozentuale Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst am Krankheitstag *nicht* angerechnet, erhielte der Arbeitnehmer eine geringere Zeitgutschrift, als wenn er gearbeitet hätte. Er müsste dann einen Teil der krankheitsbedingt ausgefallenen Regelarbeitsstunden nachleisten. Dies widerspricht dem Grundgedanken des Entgeltfortzahlungsrechts, das vergütungsrechtliche Nachteile zwischen gesunden und kranken Arbeitnehmern während der Entgeltfortzahlungsfrist vermeiden

¹⁸ BAG, Urt. V. 16.2.1989 – 6 AZR 325/87, BeckRS 2009, 56087.

¹⁹ LAG Niedersachsen (21.7.2008 – 6 Sa 5/08), BeckRS 2008, 56437.

²⁰ Vgl. etwa § 22 Satz 2 TV-Ärzte/VKA.



will, soweit es sich um Gegenleistungen für regelmäßig erbrachte Arbeitsleistungen handelt.

Allerdings könnten auf der Grundlage von § 4 Abs. 4 EFZG in Tarifverträgen eigene Regelungen auch für die entgeltfortzahlungsrechtliche Behandlung des Freizeitausgleichs vereinbart werden. Ist dies nicht der Fall, sind die allgemeinen Grundsätze des EFZG anzuwenden.

Dies hat vielfach zur Folge, dass im Entgeltfortzahlungsfall der durch Freizeit ausgeglichene Anteil der Bereitschaftsdienststunden bezüglich der Anrechnung auf die Regelarbeitszeit anders zu behandeln ist als hinsichtlich der Vergütungshöhe. Dies sei wieder mit Hilfe unseres Bereitschaftsdienstbeispiels veranschaulicht: Nach der festgelegten Abrechnungsregel werden von den 13,95 bewerteten Bereitschaftsdienststunden 8,0 Stunden durch Freizeit ausgeglichen und 5,95 Stunden zusätzlich in bar vergütet. Besteht zum Beispiel auf Grund einer Erkrankung Entgeltfortzahlungspflicht, hat der Arbeitnehmer unserer Auffassung nach Anspruch auf „Gutschrift“ der vorgesehenen 8,0 Stunden Freizeitausgleich und erhält dafür das Tabellenentgelt und die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen (z. B. § 18 TV-Ärzte/VKA) fortgezahlt. Demgegenüber erhält der Arbeitnehmer als Zusatzvergütung nur den sich bei Anlegung des Berechnungsmaßstabs des § 22 Satz 2 TV-Ärzte ergebenden (Durchschnitts-)Betrag.

Anders läge es bei einer vollen Auszahlung des Bereitschaftsdienstes, bei der der Arbeitnehmer am Tag nach dem Bereitschaftsdienst „ins (Regeldienst-)Minus geht“, das er beispielsweise durch Regeldienste am Wochenende wieder aufholt. In diesem Fall wäre der Tag nach dem Bereitschaftsdienst ein dienstplanmäßig arbeitsfreier Tag. Bei Krankheit fällt die Arbeit an diesem Tag nicht wegen des Bereitschaftsdienstes, sondern wegen der Dienstplanfolge aus. Dies hat zur Folge, dass an diesem Tag kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Form zeitlicher Anrechnungen besteht.