

**Stichworte:** Bereitschaftsdienst, Abgeltung des Bereitschaftsdienstes, Freizeitausgleich, Krankenschwester, TVöD-Ka.F., TVöD,

## **Vereinbarung über Abgeltung von geleistetem Bereitschaftsdienst in Freizeit verstößt nicht gegen TVöD-K a.F.**

**Betroffene Normen:** TVöD-K § 8; TVG § 4 Abs. 3

### **Leitsätze des Bearbeiters:**

- 1. Die Vereinbarung, dass der von einer Krankenschwester geleistete Bereitschaftsdienst zu 100 % in Freizeit ausgeglichen wird, verstößt auch nicht gegen den TVöD-K a.F. Eine einvernehmliche Regelung über Freizeitausgleich wird durch diese Norm weder verboten noch gestattet.**
- 2. Die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags deutet aber auf den Willen der Tarifparteien hin, vertragliche Regelungen nicht auszuschließen, da diese auch bei normativer Geltung eines Tarifvertrages zulässig sind, sofern sie eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten.**

**Gericht, Datum, Aktenzeichen, (Alternativ: Fundstelle):** LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 23.06.2008 – 4 Sa 3/08 (Vorinstanz: ArbG Stuttgart, Urt. v. 16.11.2007 – 13 Ca 503/06)

### **Kurzdarstellung:**

Vergütungsrechtliche Fragen lösen immer wieder gerichtliche Auseinandersetzungen aus. Hier streiten die Parteien darüber, ob der beklagte Landkreis zur Vergütung des von der Klägerin geleisteten Bereitschaftsdienstes verpflichtet ist.

Das Landesarbeitsgericht hatte insbesondere zu entscheiden, ob die zwischen dem Arbeitgeber und dem Personalrat vorgenommene Vereinbarung, dass bei Neueinstellungen und Änderungen im Beschäftigungsumfang die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes auf vollen Freizeitausgleich umgestellt wird und somit der von der Klägerin geleistete Bereitschaftsdienst zu 100 % in Freizeit ausgeglichen werden kann, gegen den TVöD-K a.F. verstößt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückgewiesen.

### **Auszüge aus der redaktionell bearbeiteten Entscheidung:**

#### **Der Fall**

Die im Jahre 1958 geborene Klägerin ist seit 01.04.1979 in dem vom beklagten Landkreis betriebenen O.-Klinikum als Krankenschwester tätig. Dem Arbeitsverhältnis liegt ein Arbeitsvertrag vom 18.04.1979 zugrunde. Hiernach richtet sich das Arbeitsverhältnis nach den Vorschriften des Bundes-Angestelltentarifvertrags (BAT) vom 23.02.1961 und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen. Das Arbeitsverhältnis wurde zum 01.10.2005 in den TVöD übergeleitet. Derzeit ist die Klägerin in die Entgeltgruppe 9a eingruppiert.

Die Klägerin war ursprünglich vollzeitbeschäftigt. Nach der Geburt ihrer beiden Kinder verringerte sie die Arbeitszeit auf 50 % der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. Soweit die Klägerin damals Bereitschaftsdienst leistete, wurde dieser teilweise vergütet und teilweise in Freizeit ausgeglichen. Mit Schreiben vom 07.07.2003 bat die Klägerin um eine Aufstockung ihrer Arbeitszeit auf 65 % der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. Hierbei teilte die Pflegedirektion der Klägerin mit, dass dies nur bei einer 100%igen Abgeltung des geleisteten Bereitschaftsdienstes in Freizeit möglich sei. Zwischen dem Arbeitgeber und dem Personalrat bestand damals die Vereinbarung, dass bei Neueinstellungen und Änderungen im Beschäftigungsumfang die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes auf vollen Freizeit-

ausgleich umgestellt wird. Ab dem 01.08.2003 wurde der von der Klägerin geleistete Bereitschaftsdienst zu 100 % in Freizeit ausgeglichen.

Mit Schreiben vom 08.05.2006 wies die Klägerin darauf hin, dass ihr für den geleisteten Bereitschaftsdienst ein Zuschlag von 25 % zustehe. Sie bat um rückwirkende Vergütung seit Oktober 2005. Mit Schreiben vom 08.06.2006 bat die Klägerin um die Vergütung des Bereitschaftsdienstes zu 100 %.

Mit ihrer am 23.11.2006 eingegangenen Klage hat die Klägerin zunächst die Zahlung des Zuschlags ab Oktober 2005 und die Vergütung des Bereitschaftsdienstes ab Juni 2006 geltend gemacht. Nachdem zum 01.08.2006 der Änderungstarifvertrag Nr. 1 zum TVöD-BT-K in Kraft trat, hat die Klägerin ab August 2006 die Zahlung des Bereitschaftsdienstentgelts mit geänderter Berechnung begehrt. Insgesamt belief sich die Forderung der Klägerin für den Zeitraum vom 01.10.2005 bis 31.05.2007 auf 4.195,26 € brutto. Die Klägerin hat vorgetragen, es sei mit ihr nicht vereinbart worden, dass der Bereitschaftsdienst zu 100 % in Freizeit ausgeglichen werde. Anders als der BAT setze der TVöD die Zustimmung des Arbeitnehmers zum Freizeitausgleich voraus. Bei dieser Zustimmung handele es sich um ein temporär auszuübendes Gestaltungsrecht. Selbst wenn es eine Vereinbarung gäbe, verstoße diese gegen den Tarifvertrag.

Der beklagte Landkreis ist der Klage entgegengetreten. Er hat vorgetragen, nach der früheren Regelung des § 15 Abs. 6a BAT in Verbindung mit Nr. 6 SR 2a BAT sei der Anspruch auf Vergütung des Bereitschaftsdienstes entfallen, wenn der Arbeitgeber Freizeitausgleich gewährt habe. Neben dem Anspruch auf Freizeitgewährung habe auch kein zusätzlicher Anspruch auf Zahlung des Zeitzuschlags bestanden. Allein der Arbeitgeber habe nach den dienstlichen Notwendigkeiten bestimmt, ob er den Bereitschaftsdienst vergüte oder in Freizeit ausgleiche. Nach Inkrafttreten des TVöD seien die maßgeblichen Regelungen in § 46 TVöD-BT-K zusammengefasst. Hiernach betrage das Bereitschaftsdienstentgelt der Klägerin rechnerisch 17,34 € inkl. des Zeitzuschlags. Auch aus dem TVöD ergebe sich keine Regelung, dass für Bereitschaftsdienste ein zusätzlicher Zuschlag zu zahlen sei. Da die Parteien vereinbart hätten, dass der Bereitschaftsdienst vollständig in Freizeit ausgeglichen werde, stünden der Klägerin keine Zahlungsansprüche mehr zu. § 46 Abs. 7 TVöD-BT-K sehe kein nur temporär auszuübendes Gestaltungsrecht vor. Vielmehr gelte die vertragliche Vereinbarung grundsätzlich für die gesamte Vertragsdauer. Bei einer Auslegung der Regelung im Sinne der Klägerin sei eine Dienstplanung nicht mehr möglich.

Mit Urteil vom 16.11.2007 hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung führte das Arbeitsgericht aus, der beklagte Landkreis sei berechtigt gewesen, den Bereitschaftsdienst vollständig durch Freizeitausgleich auszugleichen. Die Parteien hätten im Jahr 2003 einen Vertrag geschlossen, wonach die Arbeitszeit der Klägerin gemäß ihren Wünschen abgeändert und der Bereitschaftsdienst zukünftig zu 100 % in Freizeit ausgeglichen werde. Dass im Geltungsbereich des BAT keine Zustimmung der Klägerin zum Freizeitausgleich erforderlich gewesen sei, führe nicht dazu, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien nicht als eine solche anzusehen sei. Die getroffene Vereinbarung entfalle auch nicht automatisch dadurch, dass nunmehr andere Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung fänden. Nach dem BAT sei die Interessenlage der Parteien die gleiche gewesen wie nach dem TVöD. Die Vereinbarung verstoße auch nicht gegen das Tarifrecht. Unterstelle man, dass der Freizeitausgleich ungünstiger sei als die Vergütung des Bereitschaftsdienstes, so sei die Abweichung vom Tarifvertrag dennoch wirksam, weil der TVöD in § 46 Abs. 7 TVöD-BT-K eine Öffnungsklausel vorsehe. Die hiernach erforderliche Zustimmung des Arbeitnehmers stelle kein temporär auszuübendes Gestaltungsrecht dar. Denn der Arbeitgeber habe ein erhebliches und schützenswertes Interesse an Planungssicherheit.

Gegen das ihr am 03.01.2008 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 22.01.2008 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 02.04.2008 begründet. Sie verfolgt ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiter und trägt vor, es treffe zu, dass sie eine Veränderung ihres monatlichen Beschäftigungsumfangs gewünscht und die beklagte Partei damit nur einverstanden gewesen sei, wenn sie einem 100 %-igen Freizeitausgleich zustimme. Das Arbeitsgericht habe jedoch übersehen, dass es sich bei dieser Vereinbarung um eine formbedürftige Nebenabrede nach § 4 Abs. 2 BAT gehandelt habe. Es fehle jedoch an der erforderlichen Schriftform. Darüber hinaus habe die bis zum 01.08.2006 geltende Fassung des § 46 TVöD-BT-K überhaupt keinen Freizeitausgleich vorgesehen, von der Einrichtung eines Arbeitszeitkontos abgesehen. Nach der jetzigen Fassung der Norm bedürfe der Freizeitausgleich der Zustimmung des Beschäftigten. Die Auslegung der Vorschrift

ergebe, dass die Zustimmung ein sich auf den jeweiligen Zeitraum beziehendes Gestaltungsrecht darstelle. Soweit das Arbeitsgericht auf die Planungssicherheit für den Arbeitgeber verweise, sei zu beachten, dass es für den Arbeitnehmer um eine vernünftige Planung in geldlicher Hinsicht gehe.

Der beklagte Landkreis trägt vor, bei der Vereinbarung über den Freizeitausgleich handele es sich nicht um eine Nebenabrede im Sinne von § 4 Abs. 2 BAT, weil die Vereinbarung die Hauptpflichten aus dem Vertrag betreffe. Abweichend vom ursprünglichen Wunsch der Klägerin hätten die Parteien zum 01.04.2006 vereinbart, dass der Bereitschaftsdienst zu 100 % in Freizeit ausgeglichen werde. Diese Vereinbarung verstoße nicht gegen § 46 TVöD-BT-K. Der Arbeitnehmer könne die nach § 46 Abs. 7 TVöD-BT-K erforderliche Zustimmung im Wege der vertraglichen Vereinbarung erklären. Wenn die Tarifparteien ein Wahlrecht des Arbeitnehmers nach jedem Bereitschaftsdienst hätten einführen wollen, hätten sie dieses Wahlrecht auch als solches bezeichnet.

Die Kammer hat mit Verfügung des Vorsitzenden vom 15.04.2008 die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände und die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di um eine Tarifauskunft gebeten. Die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände hat die Tarifauskunft mit Schreiben vom 21.05.2008 erteilt. Von der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ging keine Nachricht ein.

## Die Entscheidung

I. Die Berufung der Klägerin ist gemäß § 64 Abs. 2 Buchst. b ArbGG statthaft. Sie ist auch gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden. Gegenstand der Berufung sind die Ansprüche der Klägerin auf Vergütung des geleisteten Bereitschaftsdienstes in der Zeit vom 01.10.2005 bis zum 31.05.2007. Obwohl die Klägerin die geltend gemachten Ansprüche in den verschiedenen Zeitabschnitten unterschiedlich berechnet hat (01.10.2005 bis 31.03.2006: nur 25 %-igen Zuschlag; 01.06.2006 bis 31.07.2006: Zuschlag und Vergütung, 01.08.2006 bis 31.05.2007: Bereitschaftsdienstentgelt), handelt es sich um einen einheitlichen Streitgegenstand. Die Parteien streiten darüber, ob der beklagte Landkreis verpflichtet ist, der Klägerin das Bereitschaftsdienstentgelt in Höhe von 17,34 € (01.10.2005 bis 31.07.2006) bzw. 15,45 € (01.08.2006 bis 31.05.2007) zu zahlen. Es ist deshalb unerheblich, dass sich weder das Arbeitsgericht noch die Klägerin mit dem im Klageantrag Ziff. 1 enthaltenen 25 %-igen Zuschlag im Urteil bzw. in der Berufungsbegründung gesondert auseinandergesetzt haben.

II. Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zutreffend entschieden, dass der Klägerin in der Zeit vom 01.10.2005 bis 31.05.2007 kein Anspruch auf Zahlung von Bereitschaftsdienstentgelt zusteht.

1. Für die vergütungsrechtliche Behandlung des Bereitschaftsdienstes waren bzw. sind unterschiedliche, zeitlich aufeinanderfolgende Tarifregelungen maßgebend.

a) Bis zum 30.09.2005 richtete sich die Vergütung des geleisteten Bereitschaftsdienstes nach § 15 Abs. 6a BAT in Verbindung mit der Sonderregelung 2a Nr. 6 B BAT. Nach Unterabs. 2 des § 15 Abs. 6a BAT wurde die Zeit des Bereitschaftsdienstes zum Zwecke der Vergütungsberechnung einschließlich der geleisteten Arbeit entsprechend dem Anteil der erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallenden Zeit der Arbeitsleistung als Arbeitszeit gewertet und mit der Überstundenvergütung (§ 35 Abs. 3 Unterabs. 2 BAT) vergütet. Die danach errechnete Arbeitszeit konnte stattdessen bis zum Ende des 3. Kalendermonats auch durch entsprechende Freizeit abgegolten werden. Für die Zeit des Freizeitausgleichs wurde die Vergütung (§ 26 BAT) und die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen fortgezahlt.

Nach der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts konnte der Arbeitgeber nach diesen Regelungen zwischen Vergütung und Freizeitausgleich wählen. Es bestand kein Anspruch des Arbeitnehmers allein auf Vergütung oder allein auf Freizeitausgleich. Vielmehr hatte der Arbeitgeber die Pflicht, je nach den dienstlichen Notwendigkeiten entweder die Überstundenvergütung zu zahlen oder entsprechenden Freizeitausgleich zu gewähren (BAG 16.02.1989 – 6 AZR 325/87 – Juris; BAG 20.07.1989 – 6 AZR 774/87 – Juris; BAG 12.12.1990 – 4 AZR 269/90 – AP AVR Caritasverband Anlage 5 Nr. 1). Wählte der Arbeitgeber den Freizeitausgleich, so standen dem Arbeitnehmer keine Zeitzuschläge gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a BAT zu (BAG 19.09.1991 – 6 AZR 165/89 – Juris). Diese Auslegung hatte im Schrifttum allgemein Zustimmung gefunden (Böhm/Spiertz, BAT, § 15

Rz 80k; Clemens/Scheuring, BAT, § 15, Anm. 18b; Uttlinger/Breier, BAT, § 15 Anm. 25). Dies bedeutete, dass im Falle der Vergütung des Bereitschaftsdienstes der Stundensatz der Klägerin zuletzt 17,34 € brutto (13,87 € zuzüglich 25 %) betragen hätte, während im Falle des Freizeitausgleichs kein Zeitzuschlag zu berücksichtigen war.

b) Zum 01.10.2005 wurde das Arbeitsverhältnis der Klägerin in den TVöD übergeleitet. Die Vergütung des Bereitschaftsdienstes richtete sich nunmehr nach § 46 TVöD-BT-K in der Fassung vom 13.09.2005 (im Folgenden zitiert nach der durchgeschriebenen Fassung vom 07.02.2006: § 8.1 TVöD-K). Nach § 8.1 TVöD-K Abs. 4 bestimmte sich das Bereitschaftsdienstentgelt nach der Anlage G. Im Falle der Klägerin (eingruppiert in die Vergütungsgruppe Kr. VI) belief es sich auf 17,34 € brutto, also auf den bis zum 30.09.2005 geltenden Stundensatz. Zur Abgeltung des Bereitschaftsdienstentgelts sah § 46 Abs. 5 TVöD-K vor, dass es im Falle der Faktorisation nach § 10 Abs. 3 im Verhältnis 1:1 in Freizeit abgegolten werden könne. Hiernach können Bereitschaftsdienstentgelte durch Betriebs-/Dienstvereinbarung zur Buchung auf einem Arbeitszeitkonto freigegeben werden.

c) Mit Wirkung zum 01.08.2006 trat der Änderungstarifvertrag Nr. 1 vom 01.08.2006 zum TVöD-BT-K in Kraft. Dieser sieht in § 46 Abs. 1 (= § 8.1 in der durchgeschriebenen Fassung) eine geänderte Bewertung der Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes vor. Das Bereitschaftsdienstentgelt bestimmt sich nach § 8.1 Abs. 4 nach wie vor nach der Anlage G; der Stundensatz beträgt in der Entgeltgruppe 9a nunmehr 15,45 €. Was die Abgeltung in Freizeit angeht, so wurde der bisherige § 8.1 Abs. 5 in geänderter Fassung in einen Absatz 8 überführt. Neu eingefügt wurden die Regelungen in § 8.1 Abs. 6 (betreffend Ärzte) und Abs. 7 (alle übrigen Angestellten). Bei dem zweitgenannten Personenkreis ist der Bereitschaftsdienst grundsätzlich zu vergüten. Eine Ausnahme besteht dann, wenn ein Freizeitausgleich zur Einhaltung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes erforderlich ist oder eine entsprechende Regelung in einer Betriebs- oder einvernehmlichen Dienstvereinbarung getroffen wird oder der Beschäftigte dem Freizeitausgleich zustimmt.

2. Die Parteien haben vor dem Hintergrund der dargestellten Tarifnormen die Vereinbarung getroffen, dass der von der Klägerin geleistete Bereitschaftsdienst zu 100 % in Freizeit ausgeglichen wird.

a) Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien wurde die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin ab dem 01.08.2003 von 50 % auf 65 % der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit erhöht. Der Wunsch auf Aufstockung der Arbeitszeit ging hierbei von der Klägerin aus. Aus Anlass der dadurch erforderlichen Vertragsänderungen wurde die Klägerin mit dem Ansinnen des Arbeitgebers konfrontiert, dass der geleistete Bereitschaftsdienst künftig in Freizeit ausgeglichen werden solle. Nach dem unbestrittenen Vorbringen des beklagten Landkreises beruhte dieses Ansinnen auf einer – informellen – Verständigung zwischen Arbeitgeber und Personalrat, bei Neueinstellungen und Änderungen im Beschäftigungsumfang die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes auf vollen Freizeitausgleich umzustellen.

Im Falle der Klägerin erfolgte die Abgeltung des geleisteten Bereitschaftsdienstes bis 01.08.2003 teils durch Vergütung und teils in Freizeit. Im Zusammenhang mit der von der Klägerin gewünschten Aufstockung ihrer Arbeitszeit bestand die Pflegedirektion auf einem 100 %-igen Freizeitausgleich. Dem stimmte der Personalrat am 24.07.2003 zu. Im Änderungsvertrag vom 25.07.2003 wurde lediglich die Anhebung der Arbeitszeit schriftlich festgehalten.

b) Das Arbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass bei dem dargestellten Geschehensablauf eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien über die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes anzunehmen ist. Die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien enthalten alle Bestandteile eines Vertrages im Sinne von §§ 145 ff. BGB. Die Klägerin unterbreitete dem beklagten Landkreis das Angebot, ihre Arbeitszeit aufzustocken. Der beklagte Landkreis nahm das Angebot unter der Abänderung an, dass der Bereitschaftsdienst zu 100 % in Freizeit ausgeglichen werden solle (§ 150 Abs. 2 BGB). Dieses geänderte Angebot nahm die Klägerin ihrerseits dadurch an, dass sie in Kenntnis des geänderten Angebots am 25.07.2003 den Änderungsvertrag unterschrieb. Auch wenn der Freizeitausgleich nicht Gegenstand des Änderungsvertrags war, ändert dies nichts am Vertragsschluss. Arbeitsvertraglich bedurfte die Vereinbarung nicht der Schriftform, auch wenn die Parteien in § 7 des Arbeitsvertrags vom 18.04.1979 eine (einfache) Schriftformklausel vereinbart hatten. Der Formulararbeitsvertrag befasste sich mit der Frage des Bereitschaftsdienstes und seiner Vergütung überhaupt nicht, sondern verwies umfassend auf den BAT. Selbst wenn man eine arbeitsvertragliche Formbedürftigkeit anneh-

men würde, hätten die Parteien die vereinbarte Schriftform durch mündliche Vereinbarung und Praktizierung des Freizeitausgleichs konkludent abbedungen (zuletzt BAG 19.12.2007 – 5 AZR 1008/06 – NZA 2008, 464; zur tarifrechtlichen Formbedürftigkeit der Abrede siehe 3.a).

c) Der Annahme einer vertraglichen Vereinbarung über den Freizeitausgleich steht auch nicht entgegen, dass nach § 15 Abs. 6a BAT bis zum 30.09.2005 die Wahl zwischen Vergütung und Freizeitausgleich dem einseitigen Bestimmungsrecht des Arbeitgebers unterlag. Besitzt der Arbeitgeber ein einseitiges Recht zur Gestaltung der Vertragsbedingungen, so werden hierdurch vertragliche Vereinbarungen nicht ausgeschlossen. Die Rücksichtnahme auf die Belange der Beschäftigten oder wie hier Absprachen mit dem Personalrat können dazu führen, dass der Arbeitgeber auf sein einseitiges Bestimmungsrecht verzichtet. Der Annahme einer vertraglichen Vereinbarung steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin dem 100 %igen Freizeitausgleich nur deswegen zustimmte, um die Aufstockung ihrer Arbeitszeit durchsetzen zu können. Solange der Erklärende nicht zur Abgabe einer Willenserklärung durch widerrechtliche Drohung bestimmt wird, sind Abreden mit Kompromisscharakter eine typische Ausprägung der Vertragsfreiheit.

3. Die Vereinbarung zwischen den Parteien verstößt nicht gegen tarifliche Vorschriften.

a) Bei der Abrede, den geleisteten Bereitschaftsdienst zu 100 % in Freizeit auszugleichen, handelt es sich nicht um eine Nebenabrede im tariflichen Sinn nach § 4 Abs. 2 BAT bzw. § 2 Abs. 3 TVöD-K. Die Vereinbarung bedurfte daher aus tarifrechtlichen Gründen nicht der Schriftform.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 17.12.1997 – 5 AZR 178/97 – Juris; BAG 07.05.1986 – 4 AZR 456/83 – AP BAT § 4 Nr. 12) sind Vereinbarungen über den Kern des Arbeitsverhältnisses im Geltungsbereich des BAT bzw. TVöD formlos gültig. Den Kern des Arbeitsverhältnisses betreffen Regelungen über die beiderseitigen Hauptrechte und Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag nach § 611 BGB, also insbesondere die Fragen der Arbeitsleistung und des Arbeitsentgelts. Für andere Gegenstände gilt § 4 Abs. 2 BAT bzw. § 2 Abs. 3 TVöD, so z. B. für Vereinbarungen über Fahrtkostenersatz und Verpflegungszuschüsse, Trennungsschadigungen, Zuschüsse zur Krankenversicherung und Essenzzuschüsse. In allen diesen Fällen betrifft die Vereinbarung Gegenstände, die für ein Arbeitsverhältnis weder wesentlich notwendig noch von besonderer Bedeutung sind.

bb) Im vorliegenden Fall betrifft die Vereinbarung die Frage, ob geleisteter Bereitschaftsdienst vergütet oder in Freizeit ausgeglichen wird. Sie steht damit in unmittelbarem Zusammenhang mit der grundsätzlichen Hauptpflicht des Arbeitgebers nach § 611 Abs. 1 BGB, die vereinbarte Vergütung zu gewähren. Nach der Vereinbarung tritt an die Stelle der Vergütung der Freizeitausgleich. Sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber ist diese Vereinbarung von erheblicher Bedeutung. Für den Arbeitgeber hat die Vereinbarung eine Einsparung von Personalkosten zur Folge. Für den Arbeitgeber bedeutet die Vereinbarung den Verlust von Einkommen, aber den Gewinn an Freizeit. Angesichts dieser wichtigen Bedeutung der Abrede für beide Vertragsparteien lässt sich die Vereinbarung nicht als Nebenabrede im tariflichen Sinn verstehen.

b) Die Vereinbarung ist entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht deswegen nichtig, weil während der vom 01.10.2005 bis zum 31.07.2006 geltenden Rechtslage die einvernehmliche Vereinbarung von Freizeitausgleich unzulässig war.

aa) Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, in der Zeit vom 01.10.2005 bis 31.07.2006 habe die einzige Möglichkeit zur Abgeltung in Freizeit durch die Vereinbarung eines Arbeitszeitkontos bestanden (§ 8.1 Abs. 5 TVöD-K a.F.). Nach § 10 Abs. 1 TVöD-K kann ein Arbeitszeitkonto durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung eingerichtet werden. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien in der Berufungsverhandlung besteht beim O.-Klinikum eine derartige Vereinbarung nicht.

Der beklagte Landkreis hat – wie die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände hat in ihrer Stellungnahme vom 21.05.2008 – hingegen die Auffassung vertreten, die Tarifparteien hätten anlässlich der Vereinbarung des TVöD die Möglichkeit, durch Direktionsrecht des Arbeitgebers den Freizeitausgleich anzuordnen, nicht beseitigt. Diese Möglichkeit bestehe jedoch nach wie vor neben dem Verfahren, in zeitungewandelte Bereitschaftsdienstentgelte gemäß § 10 Abs. 3 TVöD-K auf ein Arbeitszeitkonto zu buchen.

bb) Es bedarf keiner Entscheidung, ob nach Inkrafttreten des TVöD-K Freizeitausgleich nach wie vor im Wege des Direktionsrechts angeordnet werden konnte. Jedenfalls verstößt nach Auffassung der Kammer eine einvernehmliche Regelung der Arbeitsvertragsparteien nicht gegen § 8.1 TVöD-K a.F. Dies ergibt die Auslegung der Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck.

(1) Die Auslegung des normativen Teils von Tarifverträgen folgt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Auszugehen ist vom Tarifwortlaut. Zu erforschen ist der maßgebliche Sinn der Erklärung, ohne am Wortlaut zu haften. Der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien und damit der von ihnen beabsichtigte Sinn und Zweck der Tarifnorm ist mit zu berücksichtigen, soweit sie in den tariflichen Normen ihren Niederschlag gefunden haben. Auch auf den tariflichen Gesamtzusammenhang ist abzustellen. Im Zweifel ist die Tarifauslegung zu wählen, die zu einer vernünftigen, sachgerechten und praktisch brauchbaren Lösung führt (vgl. nur BAG 24.10.2007 – 10 AZR 878/06 – NZA 2008, 131).

(2) Nach diesen Auslegungsgrundsätzen ist im ersten Schritt der Auslegung festzuhalten, dass § 8.1 TVöD-K a.F. einvernehmliche Regelungen über Freizeitausgleich weder verbietet noch gestattet. Die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags deutet eher auf den Willen der Tarifparteien hin, vertragliche Regelungen nicht auszuschließen. Denn es war die bewusste Absicht der Tarifparteien, das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes einfacher und übersichtlicher zu gestalten sowie überflüssigen Ballast zu beseitigen. Dies spricht dafür, dass jedenfalls vertragliche Vereinbarungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden sollten. Denn vertragliche Abreden sind auch bei normativer Geltung eines Tarifvertrages zulässig, sofern sie eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten (§ 4 Abs. 3 TVG).

Der Sinn und Zweck der Tarifnorm unterstützt diese Auslegung. Hätte der Freizeitausgleich ausschließlich über die Einrichtung eines Arbeitszeitkontos vorgenommen werden können, so hätte dies nicht zu einer sachgerechten und praktisch brauchbaren Lösung geführt. Die Tarifparteien haben in § 10 TVöD-K erstmalig für den Bereich des öffentlichen Dienstes die Grundlage für die Einrichtung von Arbeitszeitkonten geschaffen. Ob von dieser Einrichtung Gebrauch gemacht wird, ist von dem Arbeitgeber einerseits und dem Personalrat/Betriebsrat andererseits zu entscheiden. Kommt es nicht zur Einrichtung von Arbeitszeitkonten, so könnte nach der Auslegung der Klägerin ein Freizeitausgleich selbst dann nicht vorgenommen werden, wenn dies dem ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers entspricht. Eine solche Auslegung erscheint nicht sachgerecht. Sie würde zudem dem arbeitsvertraglichen Günstigkeitsprinzip widersprechen. Die Frage, ob die Vergütung des Bereitschaftsdienstes oder dessen Ausgleich in Freizeit günstiger ist, ist zwar keiner objektiven Betrachtung zugänglich. Insoweit ist der Sachverhalt vergleichbar mit der Frage, ob eine längere oder eine kürzere Arbeitszeit günstiger ist (vgl. dazu nur Fitting, BetrVG, 23. Aufl., § 77 Rz 202; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. § 4 Rz. 317 ff.). Bei einer derartigen Fallgestaltung ist im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Möglichkeit einräumt. Allein die Möglichkeit, ein Wahlrecht auszuüben, kann ein rechtlicher Vorteil sein (BAG, 07.11.1989 – GS 3/85 – AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 46).

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass der Arbeitnehmer bei Wahl von Freizeitausgleich schlechter „vergütet“ werde als bei der Wahl der Zahlung des Bereitschaftsdienstentgelts. Soweit der beklagte Landkreis hierzu die Auffassung vertreten hat, die Gewährung von Freizeitausgleich habe nach Inkrafttreten des TVöD-K am 01.10.2005 den 25 %-igen Zuschlag nicht 1:1 umfasst, kann die Kammer dem nicht folgen. Nach § 8.1 Abs. 4 TVöD-K a.F. richtete sich die Höhe des Bereitschaftsdienstentgelts nach der Anlage G; der Stundensatz betrug 17,34 €, was einen 25 %-igen Zuschlag auf die Grundvergütung einschließt. Im Falle des Freizeitausgleichs durch einvernehmliche Regelung musste die Abgeltung 1:1 erfolgen. Eine § 15 Abs. 6a Unterabs. 3 BAT entsprechende Regelung, wonach der Freizeitausgleich auf der Grundlage der Grundvergütung erfolgt, war nicht mehr vorgesehen.

c) Die Vereinbarung über Freizeitausgleich steht auch nicht in Widerspruch zu der ab 01.08.2006 geltenden Tarifregelung, wonach Freizeitausgleich vorgenommen werden kann, wenn der Beschäftigte dem Freizeitausgleich zustimmt (§ 8.1 Abs. 7 TVöD-K). Die Auslegung der Tarifnorm ergibt, dass es sich bei der „Zustimmung“ nicht um ein temporär geltendes Gestaltungsrecht des Arbeitnehmers handelt. Die Vorschrift lässt auch generelle, auf Dauer angelegte Vereinbarungen zu.

aa) Die Klägerin hat sich für ihre Auffassung auf das Zusammenspiel zwischen den Absätzen 6 und 7 des § 8.1 TVöD-K berufen. Der systematische Zusammenhang ist jedoch für die Auslegung unergie-

big. Insbesondere kann aus dem in Abs. 6 geregelten 3-monatigen Ausgleichszeitraum nicht gefolgert werden, dass die „Zustimmung“ des Beschäftigten nur temporär ausgeübt werden könne. Denn durch den 3-monatigen Ausgleichszeitraum soll lediglich verhindert werden, dass der Arbeitgeber den Freizeitausgleich „schiebt“. Darüber hinaus legt das Wort „Zustimmung“ nahe, dass die Initiative für die Wahl zwischen Vergütung und Freizeitausgleich vom Arbeitgeber ausgehen muss. Denn eine „Zustimmung“ setzt eine vorherige Erklärung der Gegenseite voraus. Für ein Wahlrecht des Arbeitnehmers gibt der Wortlaut also nichts her.

bb) Evident haben die Tarifparteien das Wort „Zustimmung“ auch nicht im Sinne der §§ 182 ff. BGB verstanden. Denn die maßgebliche Zustimmung bezieht sich nicht auf ein fremdes Rechtsgeschäft. Wenn die Tarifparteien den Freizeitausgleich an die Zustimmung des Beschäftigten gebunden haben, so deutet der Vergleich mit der früheren Rechtslage nach § 15 Abs. 6a BAT darauf hin, dass sie von der früheren Regelung Abstand nehmen wollten, wonach der Freizeitausgleich dem einseitigen Bestimmungsrecht des Arbeitgebers unterlag. Damit ist das Wort „Zustimmung“ daher im Sinne von „Einvernehmen“ auszulegen.

Für die weitere Frage, welche Anforderungen an das „Einvernehmen“ zu stellen sind, gibt der Tariftext keinen weiteren Aufschluss. Für die Auslegung, das „Einvernehmen“ könne auch im Wege einer generellen, auf Dauer angelegten Vereinbarung hergestellt werden, spricht der Gesichtspunkt der Planungssicherheit bei der Aufstellung von Dienstplänen. Wie in der Berufungsverhandlung erörtert, werden die Dienstpläne im O.-Klinikum mit einem mehrwöchigen Vorlauf erstellt. Müsste nach jedem geleisteten Bereitschaftsdienst Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hergestellt werden, ob Vergütung und Freizeitausgleich gewählt wird, so wäre eine Erstellung von Dienstplänen erheblich erschwert. Auf der anderen Seite gewährt eine generelle, auf Dauer angelegte Regelung auch dem Arbeitnehmer Planungssicherheit. Hat er etwa dem Freizeitausgleich generell zugestimmt, so kann er sich in finanzieller Hinsicht hierauf einrichten.

cc) Hiergegen kann nicht eingewandt werden, dass sich der Arbeitnehmer nach der hier vertretenen Auslegung auf Dauer an den Freizeitausgleich binde. Dies trifft zwar zu; für den Arbeitgeber gilt aber nichts anderes. Insofern besitzen beide Parteien Planungssicherheit. Will sich eine Partei von der Abrede lösen, so kann dies nur mit den dafür vorgesehenen arbeitsrechtlichen Instrumenten erfolgen. Es ist eine andere Frage, ob diese Lösung sachgerecht ist. Der Kammer hätte es sinnvoller erschienen, wenn sich Arbeitgeber und Personalrat zu einer generellen Regelung in einer Dienstvereinbarung entschlossen hätten. In einer Dienstvereinbarung hätten Regelungen getroffen werden können, die eine einfachere Anpassung der getroffenen Vereinbarung an geänderte Verhältnisse ermöglichen. Die Frage, ob es sinnvollere Regelungsmöglichkeiten gibt oder nicht, unterliegt jedoch nicht der Beurteilung der Gerichte für Arbeitsachen.

dd) Schließlich führt der Umstand, dass die Vereinbarung der Parteien noch unter der Geltung des § 46 TVöD-K a.F. getroffen wurde, nicht dazu, dass die Vereinbarung nach Inkrafttreten des Änderungsstarifvertrags Nr. 1 am 01.08.2006 entfallen wäre. Dies hat das Arbeitsgericht bereits im Einzelnen begründet. Die Klägerin hat in der Berufung hiergegen keine Rügen erhoben.

### **Praxistipp:**

Der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ist zuzustimmen.

Das Landesarbeitsgericht gelangt zu der richtigen Feststellung, dass die zwischen dem Arbeitgeber und dem Personalrat vorgenommene Vereinbarung, dass bei Neueinstellungen und Änderungen im Beschäftigungsumfang die Abgeltung des Bereitschaftsdiensts auf vollen Freizeitausgleich umgestellt wird und somit der von der Klägerin geleistete Bereitschaftsdienst zu 100 % in Freizeit ausgeglichen werden kann, nicht gegen den TVöD-K a.F. verstößt.

Die Begründung hierfür ist nachvollziehbar und durchaus überzeugend.

Für zukünftige ähnliche Fälle kann auf den neuen § 8.1 TVöD-K verwiesen werden. Denn nachdem § 8.1 Abs. 6 TVöD-K lediglich eine Freizeitausgleichsregelung für Ärzte gefunden hat, stellt Absatz 7 klar, dass für die anderen Beschäftigten (also auch die im Krankenhaus beschäftigten Pflegefachkräfte) das Bereitschaftsdienstentgelt gezahlt werden muss, es sei denn,

- dass der Freizeitausgleich zur Einhaltung der arbeitszeitgesetzlichen Vorgaben erforderlich ist,

- auf Betriebsebene eine entsprechende Regelung getroffen worden ist (so vorliegend) oder
- der Beschäftigte einer Freizeitausgleichsregelung zustimmt.

In diesen Fällen darf Absatz 6 analog angewendet werden. Dies bedeutet allerdings auch, dass das Bereitschaftsdienstentgelt, trotz einer entsprechenden Freizeitausgleichsregelung bzw. -vereinbarung, im darauf folgenden Kalendermonat zu Auszahlung zu bringen ist, wenn der Freizeitausgleich nicht innerhalb von 3 Monaten erfolgt ist (vgl. § 8.1 Abs. 6 Satz 4 TVöD-K).

Fraglich ist lediglich, ob durch die zwischen dem Arbeitgeber und dem Personalrat vorgenommene Vereinbarung, dass bei Neueinstellungen und Änderungen im Beschäftigungsumfang die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes auf vollen Freizeitausgleich umgestellt wird, die Grundsätze billigen Ermessens im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB verletzt worden sind. Angesichts der Krise, in denen sich unsere Krankenhäuser befinden, scheinen jedoch vorliegend die Grundsätze billigen Ermessens nicht verletzt zu sein, wenn der beklagte Landkreis die Bedingungen für alle bereitchaftsdiensthabenden Beschäftigten eines Krankenhauses in der vorgenommenen Art und Weise (Freizeitausgleich statt Abgeltung des Bereitschaftsdienstes) ändert (so auch für den Rufbereitschaftsdienst LAG Köln, Urt. v. 17.01.2006 – 9 Sa 1242/05).

(Bearbeitet von Rechtsanwalt Prof. Robert Roßbruch)

**Anm. der Redaktion:** Das Landesarbeitsgericht hat die Revision zugelassen.