

Für das Nachschlagewerk!
Für die Sammlung!
Für die Fachpresse!

2. Dez. 1959
ja
ja
ja

Gesetz: BGB § 612; VO über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten vom 13. Februar 1924: §§ 1, 2 Abs. 1; Rahmentarifvertrag für die im öffentlichen Dienst von Berlin stehenden Beschäftigten (RTV) vom 24. Januar 1949: § 9 Ziff. 1, 3, 4, § 27 Ziff. 1; KrT § 4 Abs. 1 Buchst. a; ADO Nr. 3 zu § 2 TO.A

Leitsätze:

1. Die regelmäßige, wöchentliche Arbeitszeit der Röntgenassistentinnen beträgt auch im Bereich des Rahmentarifvertrags für den öffentlichen Dienst in Berlin gemäß § 4 Abs. 1 Buchst. a) KrT 42 Wochenstunden.
2. Die gesetzliche Höchstarbeitszeit für Röntgenassistentinnen bei den als gemeinnützig anerkannten Krankenpflegeanstalten beläuft sich gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 in Verb. mit § 1 der VO über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten vom 13. Februar 1924 grundsätzlich auf 60 Wochenstunden.
3. § 9 Ziff. 4 RTV, wonach, soweit bei Beschäftigten regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft vorliegt, Näheres über ihre Bewertung als Arbeitszeit unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse bestimmt werden kann, enthält keine Ermächtigung des Arbeitgebers zur einseitigen Festsetzung einer Vergütung für Arbeitsbereitschaft, sondern hat nur arbeitszeitrechtliche Bedeutung.
4. Regelmäßige Überstunden i.S. der Nr. 3 Buchst. B ADO zu § 2 TO.A liegen nur vor, wenn von dem einzelnen Arbeitnehmer Überstunden in jeder von mindestens drei aufeinanderfolgenden Wochen verrichtet worden sind.
5. Tariflich oder gesetzlich verbotene Mehr- (Über-) arbeit, die mit Wissen und Willen des Arbeitgebers geleistet wird, ist grundsätzlich nach den gleichen Regeln zu behandeln, wie sie für zulässige Überstunden gelten. Die Höhe der Vergütung richtet sich, sofern Tarifnormen eingreifen, nach diesen, im übrigen nach dem, was vereinbart oder für solche Arbeit angemessen ist.
6. Bei der Auslegung einer Tarifnorm hat eine bestehende Tarifübung Berücksichtigung zu finden.

Aktenzeichen: 4 AZR 400/58
Urteil des BAG vom 2. Dezember 1959

LAG Berlin



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. AZR 400/58
Sa 65/58 Berlin
Verkündet
am 2. Dezember 1959
Herrn Mißler,
angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

in Sachen

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund
der mündlichen Verhandlung vom 2. Dezember 1959 durch den
Senatspräsidenten Dr. Poelmann, die Bundesrichter Dr. Martel
und Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Zwerenz
und Werner für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 22. Juli 1958
- 3 Sa 65/58 - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

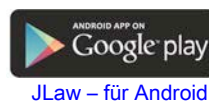
Die Klägerin steht seit 1945 als Röntgenassistentin beim Städtischen Krankenhaus Am Urban, einem Unfallkrankenhaus, im Dienst des Beklagten. Für ihr Arbeitsverhältnis gelten kraft einzelvertraglicher Vereinbarung die Tarifbestimmungen für den Berliner öffentlichen Dienst, insbesondere der Rahmentarifvertrag vom 24. Januar 1949 (RTV). Die Klägerin erhält Vergütung nach VergGr. VI b T0.A und ist auf Grund tariflicher Regelung versorgungsberechtigt.

In der Zeit vom 1. April bis 31. Dezember 1955 war die Klägerin im Wechsel mit den übrigen im Krankenhaus tätigen Röntgenassistentinnen über ihren üblichen Dienst von 42 Wochenstunden hinaus zur Bereitschaft, die vom Schluß des normalen Arbeitstages (14 Uhr) bis zum Arbeitsbeginn am nächsten Tag (8 Uhr) dauerte, eingeteilt, um die in dieser Zeit anfallenden Röntgenarbeiten auszuführen. Die dabei in durchschnittlich 4 - 6 Fällen notwendig werdende Tätigkeit wurde mit 7 Stunden veranschlagt und durch eine entsprechende Freizeit am folgenden Tage abgegolten. Ob und in welchem Umfang sich die Klägerin im übrigen während ihrer Bereitschaft noch mit anderen Arbeiten aus ihrem Aufgabenbereich befassen mußte, ist streitig. Soweit sie nicht in Anspruch genommen war, konnte sie schlafen oder sonst ihre Zeit nach Belieben verwenden, mußte aber im Krankenhaus anwesend sein. Die von der Klägerin zwischen dem 1. April und 31. Dezember 1955 in Bereitschaft verbrachte Zeit, für die sie Freizeit nicht erhalten hat, beläuft sich auf 403 1/4 Stunden.

Die Klägerin ist der Ansicht, bei dieser Inanspruchnahme handele es sich um Mehrarbeit, die nach Nr. 3 ADO zu § 2 TQ_{je}.A und dem Tarifvertrag vom 19. Dezember 1953 mit 2,40 DM/ Stunde zu vergüten sei. Die Klägerin hat beantragt:

den Beklagten zu verurteilen, an sie 967,80 DM
nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung zu zahlen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er macht geltend, die 42 Wochenstunden überschreitende, durch Frei-



zeit nicht abgegoltene Anwesenheit der Klägerin im Krankenhaus sei keine Arbeitsleistung, sondern eine Bereitschaft in der Form der Schlafwache. Es lägen daher keine Überstunden vor, für deren Vergütung im übrigen auch die tariflichen Voraussetzungen fehlten. Die Verlängerung der Gesamtbeschäftigungszeit der Klägerin, die der Beklagte in Ausübung des ihm durch den RTV eingeräumten Ermessens vorgenommen habe, sei nach der Verordnung über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten vom 13. Februar 1924 zulässig. Als Vergütung sei ein Satz von 1,50 DM je Stunde angemessen, so daß der Klägerin für den Klagezeitraum nur noch ein Betrag von 43,50 DM zustehe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die hiergegen vom Beklagten eingelegte Berufung hat das Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 22. Juli 1958 zurückgewiesen.

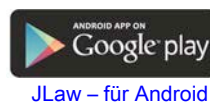
Mit der zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Der Beklagte stellt, da die Klägerin aus dem angefochtenen Urteil vollstreckt hat, ferner den Zwischenantrag, die Klägerin zu verurteilen, den an sie gezahlten Betrag von 1001,46 DM an den Beklagten zurückzuzahlen. Die Klägerin beantragt Zurückweisung des Inzidentantrages.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

Bei den 403 1/4 Stunden, die die Klägerin im Klagezeitraum ohne Abgeltung durch Freizeit über eine Arbeitszeit von 42 Wochenstunden hinaus auf Grund ihrer Heranziehung zur Bereitschaft geleistet hat, handelt es sich um Überstunden. Gemäß § 9 Ziff. 3 erster Halbsatz RTV, der auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien Anwendung findet, ist Mehrarbeit diejenige Arbeit, die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistet wird ("Überstundenarbeit" im Sinne des Urteils vom 10. Juni 1959, AP Nr. 5 zu § 7 AZO). Ob und in welchem Umfang die Klägerin Mehrarbeit erbracht hat, hängt also davon ab, welches die für ihr Arbeitsverhält-



nis regelmäßige Arbeitszeit ist.

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin als Röntgenassistentin in einem Krankenhaus des Beklagten unterliegt, wie das angefochtene Urteil richtig ausführt, der Tarifordnung für Belegschaftsmitglieder in den Kranken-, Heil- und Pflegeanstalten des Reichs, der Länder, der Gemeinden (Gemeindeverbände) und der Träger der Reichsversicherung (KrT) vom 2. Dezember 1939 i. d. F. der 3. Änderung vom 18. Juni 1944.

(RABl. 1940, S. IV 73; 1944, S. IV 174) gemäß § 1 Abs. 1 aaO. Nach § 4 Abs. 1 Buchst. a) KrT beträgt bei Röntgenassistentinnen die regelmäßige Arbeitszeit ausschließlich der Pausen täglich 7 1/2 und wöchentlich 42 Stunden, soweit sie in erheblichem Umfang im Röntgendienst beschäftigt sind. Das ist bei der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsurteils der Fall.

Dem Landesarbeitsgericht ist auch darin beizupflichten, daß § 4 Abs. 1 Buchst. a) KrT nicht durch § 9 Ziff. 1 in Verbindung mit § 27 Ziff. 1 RTV und § 9 TVG für Groß-Berlin vom 12. September 1950 (GVBl. S. 417) verdrängt worden ist. Durch § 27 Ziff. 1 RTV wird klargestellt, daß durch die entsprechenden Neuregelungen des Tarifvertrags die ATO und die dem RTV entgegenstehenden Bestimmungen der TO.A und der KrT gemäß § 9 Abs. 1 TVG außer Kraft getreten sind und die zur TO.A und KrT ergangenen Vorschriften der ADO, GDO und BDO für die unter den Tarifvertrag fallenden Angestellten und Arbeiter mittelbar ihre Geltung insoweit verloren haben, als die entsprechenden Materien nunmehr tarifvertraglich geregelt worden sind. Ob dazu auch § 4 Abs. 1 Buchst. a) KrT gehört, richtet sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden sachlichen Umfang der Regelung des § 9 Ziff. 1 S. 1 RTV (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Bd. II, § 19 II 4b; Hueck-Nipperdey-Tophoven, TVG, 3. Aufl., § 9 Anm. 2). Zwar setzt diese Vorschrift entsprechend dem in § 1 Ziff. 1 umschriebenen Geltungsbereich des RTV ihrem Wortlaut nach die regelmäßige Arbeitszeit für alle bei den öffentlichen Verwaltungen, Anstalten und Betrieben des Beklagten tätigen Angestellten auf 48 Wochenstunden fest.



Zu beachten ist jedoch, daß § 9 Ziff.1 RTV an die Stelle des § 8 Abs.1 ATO getreten ist. Neben der allgemeinen Arbeitszeitregelung dieser Bestimmung gilt § 4 Abs.1 Buchstabe a KrT als Sondervorschrift für einen bestimmten Beruf. Wenn in Abänderung dieser Rechtslage für den Bereich des RTV auch die genannte KrT-Norm durch die allgemeine Arbeitszeitregelung des § 9 Ziff.1 S.1 RTV ersetzt werden sollte, so hätte das im Tarifvertrag deutlich erkennbar zum Ausdruck gebracht werden müssen. Das ist aber nicht geschehen. Gegen die Fortgeltung des § 4 Abs.1 Buchst. a KrT spricht nicht § 9 Ziff. 1 S.2 und Ziff.2 RTV. Denn wenn dort einerseits eine kürzere Arbeitszeit als in Ziff.1 S.1 zum Schutze der Jugendlichen bis zu 18 Jahren festgesetzt und andererseits für einzelne Berufszweige eine längere als die 48-Stundenwoche zugelassen ist, so folgt daraus noch nicht, daß nach dem Willen der Tarifvertragsparteien andere Abweichungen von der Regel des § 9 Ziff.1 S. 1 aaO, insbesondere die in Rede stehende, ausgeschlossen sein sollten. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in der gerade hinsichtlich der hier zu beantwortenden Frage bestehenden Tarifübung, die zwar nicht, wie das Landesarbeitsgericht meint, die Arbeitsgerichte bindet, aber doch bei der Auslegung des § 9 Ziff.1 S.1 RTV zu berücksichtigen ist (vgl. RAG 14, 10 167; 16, 129 1367 Hueck-Nipperdey, aaO, Bd.II § 18 V2e). Wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, sind nämlich die Tarifvertragsparteien selbst in jahrelanger Übung von dem Fortbestand der Arbeitszeitregelung des § 4 Abs.1 Buchst. a KrT als einer durch die Arbeitszeitregelung des RTV nicht angetasteten tariflichen Sonderregelung ausgegangen (vgl. hierzu auch Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14.Aufl., Erster Halbband, § 13 III, 1 und § 60 I, 3).

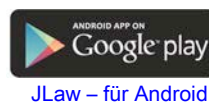
Gilt demnach für das Arbeitsverhältnis der Klägerin die 42-Stundenwoche als die regelmäßige Arbeitszeit, so sind die im Klagezeitraum darüber hinaus geleisteten 403 1/4 Stunden gemäß § 9 Ziff. 3 RTV Mehrarbeit (Überstun-



den), wie das Landesarbeitsgericht insoweit zutreffend angenommen hat.

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils ist die Klägerin unstreitig im Besitze einer Anwartschaft auf eine über die reichsgesetzliche Versicherungspflicht hinausgehende Alters- und Hinterbliebenenversorgung unter Beteiligung des Arbeitgebers. Aus den Verweisungen des § 9 Ziff.3 RTV, wonach der Ausgleich von Mehrarbeit nach den besonderen, für den einzelnen Arbeitnehmer geltenden tariflichen Bestimmungen vorzunehmen ist, sowie aus § 2 Abs.1 KrT und der ADO hierzu folgt, daß im vorliegenden Falle für eine Vergütung von Überstunden nur die Nr. 3 Buchst. B ADO zu § 2 TO.A in Betracht kommt. Der sich im Rahmen der KrT mit der Abgeltung von Überstunden befassende § 6 gilt für den Personenkreis des § 4 KrT, zu dem die Klägerin gehört, nicht. Mit Recht nimmt das Landesarbeitsgericht an, daß gegen die Fortgeltung der Nr. 3 ADO zu § 2 TO.A keine Bedenken bestehen. Insbesondere ist diese Vorschrift nicht durch die KPDir. Nr. 26 vom 26. Januar 1946 (vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des Senats vom 8. Juli 1959 - 4 AZR 274/58-) und das ZEGes. Nr. 56 vom 30. Juni 1947 (vgl. BAG 5, 86 [189] 7) außer Kraft gesetzt worden. Sie ist schließlich nicht gemäß § 27 Ziff.1 RTV verdrängt worden, weil dieser Tarifvertrag keine selbständige Vergütungsregelung für Mehrarbeit im Sinne des Tarifs enthält.

Fehlerhaft ist es aber, wenn das Berufungsgericht der Klage stattgibt, ohne zu prüfen, ob die Klägerin überhaupt in den geltend gemachten Überstunden zu berufsentsprechenden Arbeiten verwendet worden ist. Denn ein Anspruch auf Überstundenvergütung gemäß der Nr. 3 Buchst. B ADO zu § 2 TO.A ist nur insoweit gegeben, als die Überarbeit in den vertraglich geschuldeten Dienstleistungen besteht (vgl. AP Nr. 5 zu § 7 AZO). Das Landesarbeitsgericht verkennt auch den Begriff der "regelmäßigen Überstunden" i.S. der angeführten Tarifbestimmung, indem es weiter ausführt, hierfür



genüge es, daß der öffentliche Arbeitgeber zur Erfüllung seiner normalen Aufgaben nach einem Dienstplan, sei es auch außerhalb dreier zusammenhängender Wochen, regelmäßig und allgemein von seinen Arbeitnehmern im Wechsel die Ableistung von Überstunden verlange.

Wenn Nr. 3 Buchst. B ADO zu § 2 TO.A einen Vergütungsanspruch von der Ableistung regelmäßiger, d.h. nach dieser Vorschrift solcher Überstunden abhängig macht, die für die Zeit von mindestens drei zusammenhängenden Wochen gefordert worden sind, so kommt es dabei nämlich nicht auf die in einem Dienstplan, sei es ganz oder zum Teil, zusammengefaßte Belegschaft, wie das Landesarbeitsgericht anscheinend glaubt, sondern nur auf den einzelnen Arbeitnehmer an. Das folgt daraus, daß sich die Leistung und Abgeltung von Überstunden wie die Vergütung geleisteter Arbeitsstunden überhaupt, mit deren Regelung sich die Nr. 3 ADO einschließlich des Buchstaben B befaßt, immer nur vom einzelnen Arbeitnehmer her bestimmen läßt. In der Person des einzelnen Arbeitnehmers müssen daher jeweils die Voraussetzungen des Buchst. B aaO erfüllt sein, wenn ein Vergütungsanspruch aus dieser Bestimmung erwachsen soll. Es reicht infolgedessen nicht aus, wenn bei allgemein für die Belegschaft angeordneter Mehrarbeit ein Arbeitnehmer etwa nach einem sich über mehr als drei Wochen erstreckenden Dienstplan im Wechsel mit seinen Berufskollegen zu Überstundenleistungen herangezogen wird, sofern seine Inanspruchnahme nicht in jeder von mindestens drei aufeinanderfolgenden Wochen stattfindet, wie es die Nr. 3 Buchst. B ADO für ihren Begriff der regelmäßigen Überstunden einschränkend verlangt. Eine andere Auffassung dieser als Ausnahmenvorschrift anzusehenden und daher eng auszulegenden Bestimmung würde entgegen der Nr. 3 Buchst. A b ADO dazu führen, daß im Ergebnis jede Überstunde abzugelten wäre. Das ist aber unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 S. 2 TO.A nur für solche Bedienstete vorgesehen, die weder nach §§ 11 - 14 AVG versicherungsfrei sind noch eine Anwartschaft auf Versorgung der dort näher bezeichneten Art haben.



- 8 -

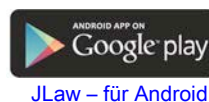
Im Einzelfall kann allerdings die Nichtberücksichtigung von Unterbrechungen eines sonst durchweg mit Überstunden i.S. der Nr. 3 Buchst. B ADO angefüllten Zeitraums nach Treu und Glauben geboten sein, wenn die Unterbrechungen etwa auf Krankheit, Urlaub oder einem gleichzustellenden Grunde beruhen oder vom Arbeitgeber absichtlich zur Einsparung von Überstundenvergütungen unter bewußter Umgehung der genannten ADO -Vorschrift herbeigeführt worden sind. Ein Vergütungsanspruch besteht aber auch dann, wenn die Mehrarbeit als tarifwidrig verlangt und erbracht anzusehen ist, weil die Arbeitszeit der Klägerin nach § 4 Abs.1 Buchst. a KrT wöchentlich 42 Stunden nicht überschreiten darf. Die Vereinbarung tariflich verbotener Mehr- (Über-)arbeit ist zwar gemäß § 134 BGB nichtig (vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, Bd.II, § 15 II 5 d). Der Arbeitnehmer kann ihre Leistung verweigern. Wenn und solange er sie aber mit Wissen und Willen des Arbeitgebers durchführt, kann dieser sich auf die Nichtigkeit der Vereinbarung, die eine Bindung nur für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit ausschließt, nicht berufen, um dadurch seiner Pflicht zur Vergütung der empfangenen Leistungen zu entgehen. Tarifwidrig geleistete Mehr-(Über-)arbeit ist vielmehr grundsätzlich nach den gleichen Regeln zu behandeln, wie sie für tariflich zulässige Überstunden gelten. Die Höhe der Vergütung richtet sich, sofern Tarifnormen eingreifen, nach diesen, im übrigen nach dem, was vereinbart oder für solche Arbeit angemessen ist (vgl. Nipperdey in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", 1929, Bd.IV S.210; Hueck-Nipperdey, aaO, Bd.I, §§ 21 IV 4, 32 III 3, 40 III 4 b, ee; Bd.II § 15 II 5 d Anm. 78; Nikisch, ArbR, 2.Aufl., Bd.I, §§ 23 II 5, 6, III 1, 29 V 6).

Entsprechendes gilt, sofern die Klägerin etwa auch zu Dienstleistungen über die Grenzen der für sie geltenden gesetzlichen Höchstarbeitszeit hinaus herangezogen worden ist (vgl. die gerade angeführte Literatur). Diese bestimmt

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



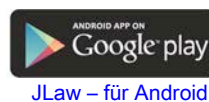
sich für Röntgenassistentinnen bei den als gemeinnützig anerkannten Krankenpflegeanstalten, zu denen nach dem Erlaß des Preußischen Ministers für Volkswohlfahrt vom 25.März 1925 (MinBl. der Handels- und Gewerbeverwaltung 1925, S. 157) auch die Krankenhäuser der Stadt Berlin gehören, nach § 2 Abs.1 S. 1 in Verbindung mit § 1 der Verordnung über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten vom 13.Februar 1924 (RGBl. I, S.66). Danach beträgt die gesetzliche Höchstarbeitszeit der Klägerin einschließlich der Sonn- und Feiertage, die Pausen nicht eingerechnet, wöchentlich 60 Stunden, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist. Daß eine solche in der Verordnung vorgesehene Vereinbarung getroffen worden ist, ist nicht ersichtlich. Ob im Sinne des § 2 Abs.1 S. 1 aaO auch durch Tarifordnung etwas Abweichendes über die Höchstarbeitszeit bestimmt werden konnte, kann hier dahingestellt bleiben. Denn die im vorliegenden Fall allein in Betracht kommende KrT besagt über die Höchstarbeitszeit im Sinne des § 2 Abs.1 Satz 1 aaO von Röntgenassistentinnen nichts.

Soweit die Bereitschaft der Klägerin nach den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts darin bestand, im Krankenhaus anwesend zu sein, um etwa notwendig werdende (durch Freizeit abgegoltene) Röntgenarbeiten zu verrichten, wobei sie außerhalb der Zeiten tatsächlicher Inanspruchnahme schlafen oder sich nach Belieben beschäftigen konnte, handelt es sich nicht um eine für die Klägerin normale vertragliche Arbeitsleistung. Daß darin keine "Rufbereitschaft", die für den Bereich des öffentlichen Dienstes bisher offenbar nur in § 62 Nr.30 des Bundesmanteltarifvertrags für die Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe vom 22.Mai 1953 tariflich geregelt ist, erblickt werden kann, weil die Klägerin in der Wahl ihres Aufenthaltsorts nicht frei, sondern an das Krankenhaus gebunden war, hat das Berufungsgericht richtig erkannt. Entgegen der Ansicht des angefochtenen Urteils liegt aber auch keine "Arbeitsbereitschaft" vor. Diese besteht nämlich, wie der Senat bereits mehrfach ausgesprochen hat (vgl.AP Nr.5



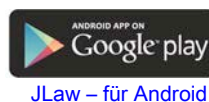
zu § 7 AZO und das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil vom 8. Juli 1959 - 4 AZR 274/58 -), nur in Zeiten, in denen vom Arbeitnehmer eine wache Achtsamkeit, wenn auch im Zustand der Entspannung, verlangt wird. Das trifft für die hier in Rede stehende Bereitschaftsaufgabe der Klägerin nicht zu. Denn dafür, daß sie sich auch dann, wenn sie keine Röntgen- oder sonstigen Arbeiten ausführen mußte, stets in "wacher Achtsamkeit" befunden hat, ergeben die Feststellungen des Berufungsurteils keinen Anhalt. Vielmehr handelt es sich nach der Rechtsprechung des Senats in Fällen, in denen sich der Arbeitnehmer, wie hier, an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle innerhalb (oder außerhalb) des Betriebes aufzuhalten hat, damit er erforderlichenfalls seine volle Arbeitstätigkeit aufnehmen kann, um "Bereitschaftsdienst". Die durch solchen Dienst entstandenen Überstunden sind, weil sie keine volle vertragliche Arbeitsleistung enthalten, nicht gemäß Nr. 3 Buchst. B ADO zu § 2 TO.A abzugelten (vgl. AP Nr. 5 zu § 7 AZO).

Ihre Vergütung ist im vorliegenden Falle auch nicht durch § 9 Ziff. 4 RTV in der Weise geregelt, daß etwa die Bewertung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit und damit zugleich ihre Bewertung als Arbeitsleistung hinsichtlich der Vergütung in das pflichtgemäße Ermessen des Beklagten gestellt ist, wie die Revision anscheinend geltend machen will. Nach § 9 Ziff. 4 aaO kann, soweit bei Beschäftigten regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft vorliegt, über ihre Bewertung als Arbeitszeit Näheres unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse bestimmt werden. Selbst wenn man unterstellt, daß hier die "Arbeitsbereitschaft" den "Bereitschaftsdienst" mit umfaßt, setzt die Anwendung dieser Vorschrift ebenso wie § 8 Abs. 3 ATÖ, mit dem sie auch in Wortlaut weitgehend übereinstimmt, nach ihrem Zusammenhang mit den Bestimmungen des § 9 über die regelmäßige Arbeitszeit voraus, daß die Arbeitsbereitschaft in diese regelmäßige Arbeitszeit fällt. Davon kann aber nach den Feststellungen des Berufungsurteils keine Rede sein. Darüber hinaus besitzt § 9 Ziff. 4 RTV - wie § 9



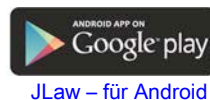
überhaupt – nur rein arbeitszeitrechtliche, nicht aber unmittelbar vergütungsrechtliche Bedeutung. Denn für § 9 Ziff.4 gilt auch in dieser Beziehung nichts anderes als für § 8 Abs.3 ATO, den er ersetzt. Diese Vorschrift überläßt die Bestimmung, in welchem Umfang Arbeitsbereitschaft arbeitszeitrechtlich als echte Arbeitszeit anzusehen ist, mit Rücksicht auf die Vielfalt und die Verschiedenartigkeit der im Einzelfall zu berücksichtigenden Umstände der Regelung durch Arbeitsvertrag oder Dienstordnung. Damit bestimmt die ATO aber nicht zugleich auch, daß die Festsetzung der Vergütung für die Arbeitsbereitschaft durch Arbeitsvertrag oder Dienstordnung erfolgen solle. Denn dazu hatte die Tarifordnung keinen Anlaß, weil eine solche Festsetzung ohnehin schon auf Grund der Vertragsfreiheit durch die Arbeitsvertragsparteien oder in einer Dienstordnung gemäß § 16 AOGÖ erfolgen konnte, soweit keine tarifliche Regelung bestand. In gleicher Weise enthält auch der dem § 8 Abs.3 ATO nachgebildete § 9 Ziff.4 RTV keine Ermächtigung des Beklagten zur Festsetzung einer Vergütung für Arbeitsbereitschaft. Daher kommt diese Vorschrift zur Beantwortung der Frage, wie der von der Klägerin geleistete Bereitschaftsdienst abzugelten ist, überhaupt nicht in Betracht. Was der Klägerin für die Ableistung des Bereitschaftsdienstes außerhalb der regelmäßigen tariflichen Arbeitszeit geschuldet wird, richtet sich nach dem, was vereinbart worden ist, oder mangels einer vereinbarten Vergütung nach § 612 BGB; dies gilt auch dann, wenn der Bereitschaftsdienst tariflich oder gesetzlich verboten war, wie schon des näheren oben ausgeführt worden ist.

Aus dem angefochtenen Urteil ist aber nicht ersichtlich, inwieweit die Klägerin in den geltend gemachten Überstunden, wie sie behauptet und der Beklagte bestreitet, Aufgaben erledigt hat, die zu ihren normalen vertraglichen Dienstleistungen gehören, also sog. Vollarbeit sind (z.B. Entwickeln, Trocknen, Beschneiden, Beschriften von Röntgenaufnahmen u.ä.), und inwieweit es sich lediglich um die



Ableistung von reinem Bereitschaftsdienst gehandelt hat. Ebenso fehlt es an Feststellungen darüber, ob die Überstunden jeweils für die Zeit von drei zusammenhängenden Wochen erbracht worden sind. Darauf kommt es aber nach den vorstehenden Ausführungen an. Da das Revisionsgericht nicht in der Lage ist, die fehlenden Feststellungen selbst vorzunehmen, mußte das angefochtene Urteil nicht nur aufgehoben, sondern die Sache auch zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden (§§ 564 Abs.1, 565 Abs.1 ZPO).

Bei der Prüfung, ob und inwieweit der Klägerin Überstundenvergütung für Vollarbeit zusteht, wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß ein Anspruch zwar die Anordnung von Überstunden durch den Arbeitgeber oder seinen weisungsbefugten Vertreter voraussetzt, daß hierzu aber die Zuweisung von Arbeit, die in der normalen Arbeitszeit nicht erledigt werden kann (vgl. BAG 5, 86 [92 f.]), u.U. auch die Duldung der Überarbeit durch den Arbeitgeber oder seinen Vertreter in Kenntnis derselben genügt. Im übrigen wird das Landesarbeitsgericht, soweit eine Vereinbarung über die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes nicht vorliegt, davon auszugehen haben, daß gemäß § 612 Abs.1 BGB eine Vergütung allein dann als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Bei der Prüfung, ob das für die Klägerin zutrifft, wird das Landesarbeitsgericht nicht übersehen dürfen, daß Nr. 3 Buchst. B ADO zu § 2 TO.A selbst bei Verrichtung der vollen vertraglichen Arbeit nur unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere nur bei Ableistung der Überstunden in mindestens drei zusammenhängenden Wochen, einen Abgeltungsanspruch gewährt. Das wird im Rahmen des § 612 Abs.1 BGB erst recht gelten, wenn die Vergütung lediglich von Bereitschaftsdienst in Frage steht. Ist an sich ein Anspruch zu bejahen, so wird schließlich zu beachten sein, daß nach der Rechtsprechung des Senats nur eine angemessene Vergütung geschuldet wird, die unter billiger Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse festzustellen ist.



Das Berufungsgericht wird schließlich auch über den in der Revisionsinstanz gestellten, im Verfahren vor den Arbeitsgerichten gleichfalls zulässigen (vgl. Dersch-Volkmar, ArbGG, 6.Aufl., § 62 Anm.27; Dietz-Nikisch, ArbGG, § 62 Anm.14; Stein-Jonas-Schönke, ZPO, 18.Aufl., § 717 Anm. VII 2) Inzidentantrag des Beklagten zu entscheiden haben (vgl. Stein-Jonas-Schönke, aaO, § 717 Anm. III, 1; Wieczorek, ZPO, § 717 Anm. D III f.).

gez. Dr. Poelmann

Wichmann

Dr. Martel

Dr. Zwörner

F. Werner

