

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die Amtliche Sammlung! Nein

Gesetz: BAT § 17, § 4; Sonderregelung 2 c Nr. 8; ZPO § 554

Leitsätze:

- 1) Die Zuweisung zu den einzelnen Stufen des Bereitschaftsdienstes eines angestellten Arztes in Anstalten und Heimen muß nach Nr. 8 Abs. 5 SR 2 c zum BAT durch eine konstitutive Nebenabrede erfolgen (§ 4 Abs. 2 BAT).
- 2) Die Bindung an eine Nebenabrede bis zur Kündigung mit einer Frist von drei Monaten jeweils zum Ende eines Kalenderjahres ist zulässig, da die Zuweisung zu der Stufe des Bereitschaftsdienstes nach der erfahrungsgemäß entstehenden durchschnittlichen Arbeitsleistung erfolgt. Damit wird eine pauschaliert Abgeltung des ärztlichen Bereitschaftsdienstes vorgeschrieben, die rechtlich unbedenklich ist.

Aktenzeichen: 4 AZR 77/77

Urteil des BAG vom 9. August 1978 IAG Berlin



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

4 AZR 77/77
8 Sa 146/75 Berlin

Verkündet am
9. August 1978

gez. Mißler,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

URTEIL

In Sachen

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 9. August 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Neumann, die Richter Dr. Röhslers und Dr. Gehring sowie die ehrenamtlichen Richter Willems und Dr. Apfel für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 30. November 1976 - 8 Sa 146/75 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

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
[\(mobile App\)](#)



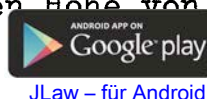
- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin war vom 1. April 1972 bis zu ihrer zum 1. September 1975 erfolgten Versetzung an das Städtische Krankenhaus "Am ..." als Assistenzärztin in der Neurologisch-Psychiatrischen Abteilung des Städtischen A Krankenhauses in B tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet der BAT nebst den einschlägigen Sonderregelungen Anwendung. Die Vergütung der Klägerin richtet sich nach VergGr. II a BAT. Für den geleisteten Bereitschaftsdienst erhielt die Klägerin - ebenso wie die anderen Ärzte der Neurologisch-Psychiatrischen Abteilung des Städtischen A Krankenhauses - aufgrund einer gem. § 4 Abs. 2 BAT am 15. Mai 1972 und am 30. Januar 1974 getroffenen Nebenabrede eine Abgeltung nach Stufe B der Sonderregelung 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT - Überstunden - (SR 2 c).

Im Dezember 1973 und Januar 1974 fertigten die Klägerin und die anderen Ärzte der Neurologisch-Psychiatrischen Abteilung schriftliche Aufzeichnungen über den Arbeitsanfall während des Bereitschaftsdienstes an. Diese Aufzeichnungen übergab die Ärztin Dr. B im Februar 1974 über die Krankenhausverwaltung dem zuständigen Bezirksamt und bat gleichzeitig namens der Ärzte der Abteilung um eine höhere Einstufung für die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes. Unter Hinweis auf die erforderliche Kündigung der Nebenabrede mit einer Frist von drei Monaten zum Jahresende gewährte daraufhin das beklagte Land ab 1. Januar 1975 eine Vergütung des Bereitschaftsdienstes nach der Stufe D der Sonderregelung.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, daß ihr der höhere Abgeltungsanspruch nach Stufe D der Sonderregelung bereits ab 1. Dezember 1973 zustehe, da sie bereits ab diesem Zeitpunkt in entsprechendem Umfang Arbeitsleistungen während des Bereitschaftsdienstes erbracht habe. Die Berufung des beklagten Landes auf die Kündigungsfrist sei rechtsmißbräuchlich. Abgesehen davon könne auch nur die kürzere Kündigungsfrist von einem Monat in Betracht kommen. Für die Zeit vom 1. Dezember 1973 bis zum 31. Dezember 1974 müsse daher das beklagte Land die Differenz zwischen den Stufen B und D der rechnerisch unstreitigen Höhe von 644,53 DM



- 3 -

brutto nachzahlen.

Die Klägerin hat beantragt, das beklagte Land zur Zahlung von 6445,39 DM brutto zu verurteilen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Das beklagte Land hat erwidert, daß nur die Tarifnorm des § 17 BAT i.S. des § 4 Abs. 1 TVG unabdingbar sei, nicht aber die Sonderregelung 2 c Nr. 8 Abs. 2 und 5, die den Abschluß einer Nebenabrede zum Zwecke der Pauschalabgeltung von Mehrarbeit während des ärztlichen Bereitschaftsdienstes vorsehe. Nach dieser rechtlich zulässigen und sinnvollen Regelung könne aber eine neue, auf Abgeltung des Bereitschaftsdienstes nach Stufe D gerichtete Nebenabrede erst abgeschlossen werden, wenn die bisherige Nebenabrede mit der tariflich hierfür vorgesehenen Frist gekündigt ist. Da dies nicht geschehen und die Berufung auf die notwendige Einhaltung der Kündigungsfrist auch nicht rechtsmißbräuchlich sei, bestehe somit für die streitbefangene Zeit kein Anspruch der Klägerin auf eine höhere Abgeltung des Bereitschaftsdienstes. Der Umfang des von der Klägerin behaupteten Arbeitsanfalles während des Bereitschaftsdienstes werde zudem bestritten. Außerdem seien die Ansprüche nach § 70 BAT teilweise verwirkt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch auf Zahlung von 6445,39 DM brutto weiter. Das beklagte Land beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig. Obwohl es an einem ausdrücklichen Revisionsantrag fehlt, genügt sie den Anforderungen des § 554 Abs. 3 ZPO, da sich aus der Revisionsbegründung eindeutig ergibt, daß die Klägerin das Urteil des Landesarbeitsgerichts in vollem Umfange anfechten und ihren in erster Instanz gestellten Leistungsantrag auf Zahlung von 6445,39 DM brutto weiterverfolgen will. Das Fehlen eines ausdrücklichen Revisionsantrages ist daher unschädlich (BAG 1, 36 [38] = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG 11,



- 4 -

225 [226] = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche; BGH NJW 1951, S. 153; BGH NJW 1975, S. 2013; Baumbach-Lauterbach-Albers, 35. Aufl., § 519 ZPO Anm. 3 B und § 554 ZPO Anm. 4 A; Thomas-Putzo, 9. Aufl., § 519 Anm. 3).

Sachlich ist die Revision jedoch nicht begründet. Denn im Ergebnis ist dem Landesarbeitsgericht darin beizupflichten, daß der Klägerin der zur Abgeltung des Bereitschaftsdienstes geltend gemachte Differenzbetrag zwischen Stufe B und Stufe D in Höhe von 6445,39 DM für die Zeit vom 1. Dezember 1973 bis zum 31. Dezember 1974 nicht zusteht.

Die Sonderregelung 2 c regelt in ihrer Nr. 8 zu § 17 BAT - Überstunden - die Verpflichtung, den Umfang und die Vergütung des ärztlichen Bereitschaftsdienstes. Diese Vorschriften sind Bestandteil des BAT (§ 2 Abs. 2 BAT). Ihren Bestimmungen kam daher die gleiche unmittelbare und zwingende Wirkung im Sinne des § 4 Abs. 1 TVG zu wie dem BAT selbst. Sie galten nach der Kündigung des BAT zum 31. Dezember 1969 im Nachwirkungszeitraum nach § 4 Abs. 5 TVG ebenfalls so weiter wie die Vorschriften des BAT. Eine Abdingung erfolgte nicht. Die Änderungen des 27. Änderungsstarifvertrages vom 23. Februar 1972, die tarifrechtlich keine Wirksamkeit erlangen konnten, weil sie zur "Weiteranwendung des gekündigten BAT" vereinbart wurden (vgl. BAG AP Nr. 6, 8 zu § 4 TVG Nachwirkung), haben die für die hier zu treffende Entscheidung maßgeblichen Bestimmungen nicht beeinflußt. Anhaltspunkte dafür, daß die Tarifvertragsparteien alle oder einzelne Bestimmungen dieser Sonderregelung von vornherein dispositiv gestaltet haben, sind nicht ersichtlich. Die gegenteilige Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist rechtsfehlerhaft. Es ist aber gleichfalls unzutreffend, deswegen mit der Klägerin anzunehmen, daß sich der Anspruch auf Abgeltung des Bereitschaftsdienstes bereits unmittelbar aus Abs. 2 der SR 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT ergäbe und der nach Abs. 5 der SR 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT abzu-

- 5 -



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



- 5 -

schließenden Nebenabrede mithin nur eine deklaratorische Bedeutung zukomme. Die Revision verkennt hierbei nämlich, daß die tarifvertragliche Regelung nur in der Weise und mit dem Inhalt zur Anwendung gebracht werden kann, wie sie von den Tarifvertragsparteien erkennbar zum Ausdruck gebracht worden ist. Diese sieht aber in Abs. 5 der SR 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT, der im Zusammenhang und in Ergänzung zu Abs. 2 der SR 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT zu sehen und anzuwenden ist, vor, daß die Zuweisung zu den einzelnen Stufen des Bereitschaftsdienstes durch eine nach § 4 Abs. 2 BAT einzelvertraglich abzuschließende Nebenabrede erfolgt. Durch den ausdrücklichen Hinweis auf § 4 Abs. 2 BAT haben die Tarifvertragsparteien unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß die Entstehung des Anspruches vom Abschluß einer solchen Nebenabrede abhängig ist und nicht bereits - wie die Klägerin meint - unmittelbar aus Abs. 2 der SR 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT folgt. Erst die schriftlich abzuschließende einzelvertragliche Nebenabrede wirkt konstitutiv und anspruchsbegründend (BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 4 BAT; Clemens-Scheuring-Steingen-Wiese, Komm. z. BAT, Bd. 2, Erl. 1 zu SR 2 c; Uttlinger-Breier, 8. Aufl., Bd. 1, § 4 BAT Erl. 5).

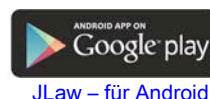
Besonders deutlich wird dies noch dadurch, daß in anderen Sonderregelungen eine dem Abs. 5 der Nr. 8 SR 2 c entsprechende Regelung fehlt. So regelt sich der Bereitschaftsdienst für Angestellte in Kranken-, Heil-, Pflege- und Entbindungsanstalten nach SR 2 a Nr. 6 B zwar nach denselben Stufen A - D, die Zuweisung erfolgt aber aufgrund bezirklicher oder örtlicher Vereinbarung. Für Angestellte in Anstalten und Heimen, die nicht unter SR 2 a fallen, wird der Bereitschaftsdienst generell mit 25 v.H. als Arbeitszeit gewertet (SR 2 b Nr. 5 Abs. 2). Nach der Sonderregelung 2 e III wird ebenfalls zwischen dem Bereitschaftsdienst der medizinisch-technischen Assistentinnen und Gehilfinnen sowie der Pflegepersonen auf der einen Seite und dem Bereitschaftsdienst der Ärzte in Lazaretten der Bundeswehr auf der anderen Seite unterschieden und nur für die Ärzte die Zuweisung zu den einzelnen Stufen des Bereitschafts-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 ff. UrhG geschützt.

- 6 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

dienstes einer Nebenabrede nach § 4 Abs. 2 BAT vorbehalten, die mit einer Frist von drei Monaten jeweils zum Ende eines Kalenderjahres kündbar ist. Das zeigt, wie tarifvertraglich sehr genau die Festlegung der Vergütung in den einzelnen Fällen des Bereitschaftsdienstes unterschieden wird. Für die Ärzte allein ist die besondere Form der konstitutiven Nebenabrede mit der grundsätzlichen Bindung für jeweils ein Jahr festgelegt. Es ist deshalb nicht möglich, für diese besondere Regelung in SR 2 c Nr. 8 allein aus Abs. 2 den Anspruch auf Zuweisung zu den einzelnen Stufen bereits unmittelbar den tatsächlichen Arbeitsleistungen zu entnehmen, weil dann die nur für die Ärzte getroffene besondere Regelung des Abs. 5 zu Unrecht unberücksichtigt bliebe.

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist die erste Nebenabrede nach Stufe B am 15. Mai 1972 und die zweite Nebenabrede, ebenfalls nach Stufe B, am 30. Januar 1974 abgeschlossen worden. Erst die dritte, am 27. September 1974 abgeschlossene Nebenabrede sieht eine Abgeltung des Bereitschaftsdienstes nach Stufe D lediglich für den Zeitraum ab 1. Januar 1975 vor. Eine Nebenabrede, die der Klägerin bereits ab 1. Dezember 1973 einen Anspruch auf Abgeltung des Bereitschaftsdienstes nach Stufe D gibt, liegt nicht vor. Von der nach Abs. 5 Satz 3 der SR 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT tarifvertraglich eingeräumten und deshalb auch rechtlich zulässigen Möglichkeit der Teilkündigung (BAG AP Nr. 1 zu § 620 BGB Teilkündigung; Hueck, 9. Aufl., § 2 KSchG Anm. 6 m.w.N.), nämlich sich von der ersten Nebenabrede mit einer Frist von einem Monat nach Ablauf von sechs Monaten zu lösen, um den Abschluß einer anderen Vereinbarung zu ermöglichen, hat die Klägerin keinen Gebrauch gemacht, obwohl in der von ihr schriftlich abgeschlossenen Nebenabrede ausdrücklich auf diese Möglichkeit hingewiesen wurde. Die Klägerin hat auch nicht versucht, unter Vermeidung einer Teilkündigung im Wege der Vereinbarung eine Änderung

- 7 -



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



- 7 -

der Nebenabrede zu ihren Gunsten herbeizuführen. Sie hat im Gegenteil trotz der zwischenzeitlich eingeholten Auskünfte und der gefertigten Aufzeichnungen über den Arbeitsanfall während des Bereitschaftsdienstes am 30. Januar 1974 eine zweite Nebenabrede nach Stufe B abgeschlossen. Mit Recht folgert daraus das Landesarbeitsgericht, daß sich die Klägerin - will sie sich nicht mit ihrem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen - nunmehr an dieser Abrede festhalten lassen muß, auch wenn die vorangegangene Nebenabrede vom 25. Mai 1972 nicht durch eine Kündigung ausgelaufen ist und sich die zweite Vereinbarung vom 30. Januar 1974 nach Auffassung der Klägerin als bloße "Routinemaßnahme" darstellt.

Beizupflichten ist dem Landesarbeitsgericht auch darin, daß es sich bei der am 30. Januar 1974 abgeschlossenen Nebenabrede nicht um die "erstmalige Vereinbarung" i.S. des Abs. 5 der SR 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT handelt, für die die verkürzte Kündigungsfrist vorgesehen ist. Denn die Frage, ob es sich um eine erstmalige oder eine nachfolgende Vereinbarung handelt, beurteilt sich nach dem tatsächlichen Vorgang und nicht nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung. Auch wenn sich die Nebenabrede vom 30. Januar 1974 mit der vom 25. Mai 1972 inhaltlich deckt, liegt i.S. des Abs. 5 der SR 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT gleichwohl eine "zweite" Nebenabrede vor, für die mithin die Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende des Kalenderjahres gilt. Selbst wenn daher unter Zurückstellung rechtlicher Bedenken in den zu den Revisionsakten gebrachten Begleitschreiben der Ärztin Dr. B vom 11. Februar 1974 auch eine im Namen der Klägerin erfolgte Kündigung der Nebenabrede vom 30. Januar 1974 erblickt werden könnte, würde diese erst zum 31. Dezember 1974 wirken und nicht mehr den Klagezeitraum erfassen.

Dahingestellt kann bleiben, ob die Klägerin möglicherweise schon ab 1. Dezember 1973 während des Bereitschaftsdienstes Arbeitsleistungen der Stufe D erbracht hat. Darauf kommt es bei der tarifvertraglichen Regelung jedenfalls solange nicht an, als die Arbeitsleistungen während des Bereitschaftsdienstes und die Vergütung hierfür nicht in einem krassen



- 8 -

Mißverhältnis zueinander stehen (§ 138 BGB). Es entspricht der Eigenart einer Pauschalierung, daß nicht nur eine konkrete Vergütungsabrechnung unterbleibt, sondern – bedingt durch den schwankenden Arbeitsanfall – die pauschalierte Vergütung teils über, teils unter der angenommenen Norm liegt, so daß sich ein Ausgleich nur in einem längeren Zeitraum ergeben kann.

Die in Abs. 2 der SR 2 c Nr. 8 zu § 17 BAT vorgesehene pauschalierte Abgeltung des ärztlichen Bereitschaftsdienstes begegnet auch sonst keinen rechtlichen Bedenken; irgendwelche zwingende und unabdingbare tarifliche oder gesetzliche Vorschriften vor allem der AZO oder unabdingbare Lohn- und Gehaltsansprüche werden nicht berührt (BAG AP Nr. 1 zu § 15 AZO; BAG AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung; BAG AP Nr. 1 zu § 1 AZO; Denecke-Neumann, 9. Aufl., § 15 AZO Anm. 23; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band 1, S. 278; Meisel-Hiersemann, 2. Aufl., § 15 AZO Anm. 68 ff.; Röhsler, Die Arbeitszeit, S. 100; Zmarzlik, § 15 AZO Anm. 32). Entgegen der von Herschel in den Urteilsanmerkungen zu AP Nr. 1 und 2 zu § 19 MTB II geäußerten Bedenken wurde bereits beim sog. Kraftfahrertarifvertrag im Zusammenhang mit Arbeitsbereitschaft eine entsprechende Pauschalierung des Lohnes ausdrücklich als unbedenklich angesehen (BAG AP Nr. 1 zu § 19 MTB II; BAG 25, 426 = AP Nr. 2 zu § 19 MTB II). Wenn schon bei Arbeitsbereitschaft, die arbeitszeitrechtlich zur Arbeitszeit gehört und lohnrechtlich dieser daher auch grundsätzlich gleichsteht (BAG 9, 147 = AP Nr. 17 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche; BAG AP Nr. 19, 20 und 25 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche; BAG 8, 63 = AP Nr. 1 zu § 13 AZO; BAG 18, 223 = AP Nr. 2 zu § 13 AZO; Röhsler, aaO, S. 32 m.w.N.), eine Pauschalierung zulässig ist, gilt dies erst recht für den nicht zur Arbeitszeit zählenden Bereitschaftsdienst, der nur entsprechend der erfahrungsgemäßen oder mutmaßlichen tatsächlichen Beanspruchung zu entlohnen ist. (BAG 8, 25 = AP Nr. 5 zu § 7 AZO; BAG AP Nr. 6 zu § 12 AZO; BAG AP Nr. 11

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 9 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Die Revision ist daher unbegründet und mußte mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden.

gez.: Dr. Neumann Dr. Gehring Dr. Rösler
 Willemss Dr. Apfel

