

Aktenzeichen: 9 AZR 176/06
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 21. November 2006
- 9 AZR 176/06 -

I. Arbeitsgericht
Koblenz

Urteil vom 7. Januar 2005
- 2 Ca 787/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Urteil vom 18. August 2005
- 6 Sa 289/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Schwerbehinderter Arbeitnehmer - Freistellung von Mehrarbeit

Gesetze:

ArbZG §§ 2, 3, 6, 7, 12, 25; SGB IX § 124; BGB § 134; AVR Anlage 5
§§ 7, 8, 9

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 176/06
6 Sa 289/05
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. November 2006

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 21. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke, den Richter am Bundesarbeitsgericht Böck sowie die ehrenamtlichen Richter Furcht und Faltyn für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 18. August 2005 - 6 Sa 289/05 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Koblenz vom 7. Januar 2005 - 2 Ca 787/04 - abgeändert.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin als Heilerziehungspflegerin in der Einrichtung „B“ in M im Umfang von nicht mehr als acht Stunden werktäglich (einschließlich der Nachtbereitschaft) unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ruhezeiten vollschichtig zu beschäftigen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, in welchem zeitlichen Umfange die Klägerin wöchentlich zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. 1

Die Klägerin ist seit 1. Juli 1994 bei der Beklagten in dem von dieser betriebenen Jugendhilfezentrum B in M als Heilerziehungspflegerin beschäftigt. Kraft vertraglicher Vereinbarung gelten für das Arbeitsverhältnis die „Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes“ (AVR) in ihrer jeweils geltenden Fassung. 2

Die Klägerin ist mit einem Grad der Behinderung von 60 schwerbehindert. Ihre vertragliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 38,5 Stunden. Sie ist entsprechend den Bestimmungen der AVR darüber hinaus zur Erbringung von Bereitschaftsdiensten verpflichtet. Anhand von monatlichen Dienstplänen wird die Klägerin zu normalen Dienstleistungen und zum Bereitschaftsdienst, den die Beklagte als „Nachtbereitschaft“ bezeichnet, herangezogen. 3

Mit Schreiben vom 14. November 2003 verlangte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin, sie „von Mehrarbeit im arbeitsrechtlichen Sinne“ freizustellen. Er vertrat die Auffassung, dass die „Nachtbereitschaften“ als Arbeitszeiten zählen und „in die Gesamtarbeitszeit in den Einsatzplänen eingearbeitet werden“ müssten. Diesem Ansinnen folgte die Beklagte nicht. 4



Vom 16. Februar 2004 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht war die Klägerin durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Auf Anfrage des Senats vom 22. Mai 2006 hat die Klägerin am 6. Juni 2006 mitgeteilt, dass sie zwischenzeitlich wieder arbeitsfähig geworden sei. Mit Schreiben vom 7. Juni 2006 teilte sie dann mit, dass sie seit dem 6. Juni 2006 an Gürtelrose erkrankt sei.

5

Die Klägerin hat beantragt

6

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin als Heilerziehungspflegerin in der Einrichtung B in M im Umfang von nicht mehr als acht Stunden werktäglich unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ruhezeiten vollschichtig zu beschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie beruft sich darauf, nach den AVR seien Zeiten des Bereitschaftsdienstes nicht der Arbeitszeit zuzurechnen. Auch wenn Bereitschaftsdienst nach der Neufassung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) als Arbeitszeit gelte, hätten die abweichenden Bestimmungen der AVR nach der Übergangsregelung des § 25 ArbZG zumindest bis zum Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist Bestand.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

8

Entscheidungsgründe

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: § 124 SGB IX, der schwerbehinderten Menschen einen Anspruch gibt, vom Bereitschaftsdienst freigestellt zu werden, greife bis zum 31. Dezember 2005 zu Gunsten der Klägerin nicht ein. Zwar sei nach § 124 SGB IX jede über acht Stunden hinausgehende werktägliche Arbeitszeit Mehrarbeit. Dieser Begriff der Mehrarbeit bestimme sich nach § 3 Satz 1 ArbZG. Die Klägerin sei verpflichtet, auch Nachtarbeit nach § 6 ArbZG und Bereitschaftsdienste zu leisten, wenn insoweit keine Mehrarbeit damit verbunden sei. Diese gesetzlichen Grenzen seien jedoch nach § 25 Satz 2, § 7 Abs. 1, § 6 Abs. 2 ArbZG noch gültig bis zum

9



31. Dezember 2005. Die Übergangsvorschrift des § 25 Satz 2 ArbZG sei nicht europarechtswidrig. Sie entspreche der Richtlinie 93/104/EG.

- Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 10
- B. Die Klägerin hat Anspruch darauf, werktätlich - einschließlich des Bereitschaftsdienstes - nicht mehr als acht Stunden unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ruhezeiten vollschichtig beschäftigt zu werden. 11
- I. Die Klage ist zulässig. 12
1. Die Nichtdurchführung des durch § 22 AVR vorgeschriebenen Schlichtungsverfahrens führt nicht zur Unzulässigkeit der Klage. Nach § 22 Abs. 4 AVR schließt die Behandlung eines Falles vor der Schlichtungsstelle die fristgerechte Anrufung des Arbeitsgerichts nicht aus. Damit ist den Arbeitsvertragsparteien ein Wahlrecht eingeräumt, ob sie die Schlichtungsstelle anrufen oder sogleich vor dem Arbeitsgericht Klage erheben wollen (*Senat 3. Dezember 2002 - 9 AZR 462/01 - BAGE 104, 73*). Von diesem Wahlrecht hat die Klägerin Gebrauch gemacht, indem sie sofort ihre Klage erhoben hat. 13
2. Der Klageantrag ist auslegungsbedürftig und -fähig. Das eigentliche Klageziel ist nicht, die Feststellung zu erreichen, dass die Klägerin nicht mehr als acht Stunden werktätlich beschäftigt werden darf. Darüber herrscht zwischen den Parteien kein Streit. Vielmehr geht es der Klägerin darum, dass auch der als „Nachtbereitschaft“ bezeichnete Bereitschaftsdienst als „Beschäftigung“ im Sinne ihres Klageantrags berücksichtigt wird. 14
3. Für die erhobene Feststellungsklage besteht das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Hierzu reicht es aus, wenn nur ein Teil des bestehenden Rechtsverhältnisses streitig ist und die gerichtliche Klärung geeignet ist, diesen Streit zu klären (*st. Rspr. vgl. Senat 3. Dezember 2002 - 9 AZR 462/01 - BAGE 104, 73*). Vorliegend ist im Rahmen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses umstritten, in welchem zeitlichen Umfange die Beklagte der Klägerin Arbeiten zuweisen darf und ob die „Nachtbereitschaft“ als Arbeitszeit gilt. Damit ist ein Teil des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses im Streit. Die begehrte gerichtliche Feststellung über den Umfang des zeitlichen Direktionsrechts der Beklagten ist geeignet, eine Klärung zwischen den Parteien herbeizuführen. 15



Das Feststellungsinteresse entfällt nicht dadurch, dass die Klägerin seit dem 16. Februar 2004 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht durchgehend arbeitsunfähig erkrankt war. Aus dem Sachvortrag der Parteien und den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin auf Grund einer Erkrankung auf Dauer daran gehindert ist, ihre Arbeitsleistung als Heilerziehungspflegerin bei der Beklagten zu erbringen. Damit ist lediglich von einer, wenn auch möglicherweise längeren Arbeitsunfähigkeit der Klägerin auszugehen. Auch während einer solchen hat diese ein berechtigtes Interesse an der alsbaldigen Feststellung (§ 256 ZPO), in welchem zeitlichen Umfange sie nach Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit durch die Beklagte zur Arbeitsleistung herangezogen werden darf.

II. Die Klage ist begründet.

Die Klägerin hat gem. § 124 SGB IX Anspruch, auf ihr Verlangen hin von der Beklagten nicht mehr als acht Stunden werktäglich beschäftigt zu werden, wobei die Ableistung der „Nachtbereitschaft“ als Arbeitszeit auf diese Beschäftigung anzurechnen ist.

1. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat mit Schreiben vom 14. November 2003 verlangt, die Klägerin von „Mehrarbeit im arbeitsrechtlichen Sinne“ freizustellen. In diesem Zusammenhang wurde die Beklagte auch darauf hingewiesen, dass nach der Auffassung der Klägerin die „Nachtbereitschaft“ als Arbeitszeit zählt. Damit hat die Klägerin von ihrem Recht Gebrauch gemacht, als schwerbehinderter Mensch auf ihr Verlangen hin von Mehrarbeit freigestellt zu werden, § 124 SGB IX. Es ist zulässig, dass sie diese Freistellung von Mehrarbeit für einen unbestimmten Zeitraum verlangt hat. Dieses Verlangen muss nicht für jeden Arbeitstag oder jede Arbeitswoche wiederholt werden. Eine solche Beschränkung lässt sich dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen und dient auch nicht dem Interesse des Arbeitgebers, dem ansonsten eine längerfristige Personalplanung und Dienstplangestaltung unmöglich wäre, zumal § 124 SGB IX keine Erklärungsfrist vorsieht (*Senat 3. Dezember 2002 - 9 AZR 462/01 - BAGE 104, 73*).

2. Mehrarbeit iSd. § 124 SGB IX ist jede über acht Stunden hinausgehende werktägliche Arbeitszeit.

Diese Norm definiert den Begriff „Mehrarbeit“ nicht. Nach dem arbeitsrechtlichen Sprachgebrauch ist Mehrarbeit diejenige Arbeit, die über die gesetzliche Ar-



beitszeit hinausgeht. Das Bundesarbeitsgericht hat demzufolge als Mehrarbeit iSd. § 46 SchwbG und des § 3 AZO die Arbeit angesehen, welche über die normale gesetzliche Arbeitszeit von acht Stunden werktäglich hinausgeht (*BAG 8. November 1989 - 5 AZR 642/88 - BAGE 63, 221*). Dem hat sich der Senat (*Urteil vom 3. Dezember 2002 - 9 AZR 462/01 - BAGE 104, 73*) mit ausführlicher Begründung auch zum Begriff der „Mehrarbeit“ iSd. § 124 SGB IX (in Kraft seit 1. Juli 2001) angeschlossen und als normale Arbeitszeit gemäß § 3 Satz 1 ArbZG eine solche von werktäglich acht Stunden angesehen. Dabei hat der Senat klargestellt, dass die individuell vereinbarte oder tarifliche regelmäßige Arbeitszeit keinen geeigneten Maßstab für die Bestimmung des Begriffes der Mehrarbeit iSd. § 124 SGB IX darstellt und dass auch die Möglichkeit, nach § 3 Satz 2 ArbZG die Arbeitszeit auf bis zu zehn Stunden täglich zu verlängern, außer Betracht bleibt.

3. Als Arbeitszeit iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 ArbZG gilt seit der Neufassung des Arbeitszeitgesetzes durch Art. 4b des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3002) mit Wirkung ab 1. Januar 2004 auch der Bereitschaftsdienst (*Senat 16. März 2004 - 9 AZR 93/03 - BAGE 110, 60*). Unstreitig handelt es sich bei der von der Klägerin zu leistenden „Nachtbereitschaft“ um einen solchen Bereitschaftsdienst. Damit ist dieser auf die gesetzliche Höchstarbeitszeit iSd. § 3 Satz 1 ArbZG anzurechnen.

Daran ändert auch § 7 Abs. 1 der Anlage 5 zu den AVR nichts, der bestimmt, dass „die Mitarbeiter außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit Dienstleistungen in der Form des Bereitschaftsdienstes“ zu erbringen haben. Damit legen die AVR fest, dass Bereitschaftsdienst nicht als regelmäßige Arbeitszeit betrachtet wird. Aus diesem Verständnis erklären sich auch die besonderen Regelungen der §§ 8 und 9 der Anlage 5 zu den AVR über die finanzielle Abgeltung von geleisteten Bereitschaftsdiensten.

Diese Regelung der AVR, dass Bereitschaftsdienst keine Arbeitszeit darstellt, ist wegen Verstoßes gegen § 3 Satz 1 ArbZG nichtig (§ 134 BGB), soweit dadurch die gesetzliche Arbeitszeit iSd. § 3 Satz 1 ArbZG verlängert wird.

Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts greift zu Gunsten der Beklagten weder die vom Landesarbeitsgericht angewandte noch die im Laufe des Verfahrens geänderte Fassung der Übergangsvorschrift des § 25 ArbZG ein. Die zum Zeitpunkt der Revisionsverhandlung geltende Fassung vom 22. Dezember 2005, gül-



tig ab 31. Dezember 2005, lautet:

„Enthält ein am 1. Januar 2004 bestehender oder nachwirkender Tarifvertrag abweichende Regelungen nach § 7 Abs. 1 oder 2 oder § 12 Satz 1, die den in diesen Vorschriften festgelegten Höchststrahlen überschreiten, bleiben diese tarifvertraglichen Bestimmungen bis zum 31. Dezember 2006 unberührt. Tarifverträgen nach Satz 1 stehen durch Tarifvertrag zugelassene Betriebsvereinbarungen sowie Regelungen nach § 7 Abs. 4 gleich“.

Die Regelung der unter § 7 Abs. 4 ArbZG fallenden AVR, dass Bereitschaftsdienst nicht der Arbeitszeit zugerechnet wird, wird von der Übergangsvorschrift des § 25 ArbZG nicht erfasst (vgl. BAG 24. Januar 2006 - 1 ABR 6/05 - AP ArbZG § 3 Nr. 8 = EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 8, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Diese privilegiert nur die Überschreitung derjenigen gesetzlichen Höchststrahlen, welche in den in § 25 Satz 1 ArbZG ausdrücklich genannten Vorschriften des § 7 Abs. 1, § 7 Abs. 2 und § 12 Satz 1 ArbZG - und nicht in anderen Vorschriften des ArbZG - festgelegt sind. Damit ist die Übergangsregelung des § 25 ArbZG keine Rechtsgrundlage für die Erhöhung der gesetzlichen Regelarbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG durch die AVR. Nach dem Inhalt der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen AVR würde die Klägerin zusätzlich zum normalen Dienst auch zum Bereitschaftsdienst verpflichtet, so dass sich deren individuelle Arbeitszeit über die gesetzliche Regelarbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG hinaus verlängern würde. Sie wäre verpflichtet, neben ihrer normalen Arbeitszeit von 38,5 Stunden/Woche auch noch die „Nachtbereitschaften“ zu leisten, die nach dem neugefassten ArbZG als Arbeitszeit gelten.

26

Nach der Rechtsprechung des Senats (3. Dezember 2002 - 9 AZR 462/01 - BAGE 104, 73) ist jede über acht Stunden hinausgehende werktägliche Arbeitszeit Mehrarbeit iSd. § 124 SGB IX (vgl. B II 2 der Gründe). Demzufolge hat der Senat in dieser Entscheidung ausdrücklich klargestellt, dass auch die durch § 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Anlage 5 zu den AVR erlaubte Verlängerung der Arbeitszeit auf zehn Stunden am Tag, wenn innerhalb des dort vorgesehenen Ausgleichszeitraums eine durchschnittliche werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden nicht überschritten ist, Mehrarbeit iSd. § 124 SGB IX darstellt.

27

4. Die Klägerin ist seit der berechtigten Geltendmachung ihres Anspruchs auf Freistellung von Mehrarbeit nicht mehr zur Leistung von Mehrarbeit verpflichtet. Einer

28



besonderen Freistellungserklärung der Beklagten bedurfte es nicht. Nach der Regelung des § 124 SGB IX tritt die Rechtsfolge der Freistellung bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzung allein mit dem Zugang des Verlangens des schwerbehinderten Menschen ein (*Senat 3. Dezember 2002 - 9 AZR 462/01 - BAGE 104, 73*).

III. Die Beklagte hat nach § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

29

Düwell

Reinecke

Böck

Furche

Faltyn



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)