

AGMV-Geschäftsstelle des DWBO • PF 33 20 14 • 14180 Berlin

An die  
Mitarbeitervertretungen der Mitgliedseinrich-  
tungen im DWBOAn die  
AGMV-Newsletter-Abonnentinnen  
und -Abonnenten***Geltendmachung Zusatzurlaub  
für nächtlichen Bereitschaftsdienst***

Berlin, 24. Januar 2013

Liebe Mitarbeitervertreter/innen,

liebe Mitarbeiter/innen in den Mitgliedseinrichtungen des DWBO,

strittig ist zwischen Mitarbeiter/innen und Geschäftsführungen in Mitgliedseinrichtungen des DWBO seit geraumer Zeit die Berücksichtigung nächtlicher Bereitschaftsdienste (BD) für die Gewährung von Zusatzurlaub nach § 28b AVR.DWBO.

Der AGMV-Vorstand und die Arbeitnehmerseite der AK.DWBO vertreten die Auffassung, dass nächtliche Bereitschaftsdienste nach vorausgegangenen höchstrichterlichen Urteilen zu anderen ähnlichen Tarifwerken bei der Gewährung des Zusatzurlaubs für Nachtarbeit zu berücksichtigen sind.

Die Arbeitgeber in der AK.DWBO und Geschäftsführungen der Mitgliedseinrichtungen des DWBO beharrten hingegen darauf, dass dem nicht so sei und gewährten den Zusatzurlaub auch nach entsprechender Geltendmachung nicht.

In einem dieser Fälle urteilte zunächst das Arbeitsgericht Berlin, dann das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin Brandenburg (Anlage 1), dass geleistete Nachtarbeitsstunden im Bereitschaftsdienst für die Gewährung von Zusatzurlaub anzurechnen seien.

Der betroffene Arbeitgeber begehrte Revision vor dem Bundesarbeitsgericht (BAG).

V.i.S.d.P.: Marion Gericke und Detlev Seeger • AGMV-Vorstand •

Diakonisches Werk Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz • Postfach 332014 • 14180 Berlin

Tel. (030) 82097 192 • Fax (030) 82097 193 • eMail AGMV@dwbo.de •

Website: www.agmv-dwbo.de

Das BAG stellte mit einem Schreiben vom 14.01.2013 (Anlage 2) klar, dass die Revision ohne Erfolgsaussichten sei und regte, auch zur Kostenvermeidung, eine Rücknahme derselben an.

Damit steht fest, dass auch geleistete Nachtarbeitsstunden im Bereitschaftsdienst Anspruch auf Zusatzurlaub gemäß der Staffelung des § 28b AVR.DWBO auslösen.

**Wir raten allen betroffenen Mitarbeiter/innen ihren Anspruch für das Jahr 2012 individuell geltend zu machen.** (Eine Vorlage dazu finden Sie in den Anlagen zu diesem Newsletter. Die Anlagen mit den Rechtsquellen sollten der Geltendmachung beigelegt werden!)

Ihr AGMV-Vorstand

**Mustergeltendmachung als Worddatei** auf unserer Homepage unter folgendem Link abrufbar: <http://www.agmv-dwbo.de/newsletter/newsletter/newsletter-2013>

Absender:

An die Geschäftsführung / Personalabteilung  
der/ des.....

Berlin(od. anderer Ort), den .....

### **Zusatzurlaub für geleistete nächtliche Bereitschaftsdienste 2011 und 2012**

Sehr geehrte Damen und Herren,

In den Jahren 2011 und 2012 habe ich nächtliche Bereitschaftsdienste geleistet, die bei der Berechnung des jeweils zu gewährenden Zusatzurlaubes nach § 28b AVR.DWBO keine Berücksichtigung fanden.

Durch zwischenzeitlich erfolgte Rechtsprechung (Anlage 1) und ein diesbezügliches Schreiben des BAG (Anlage 2) ist nunmehr geklärt, dass die Herausnahme von Bereitschaftsdienstzeiten aus § 28b Abs. 4 AVR.DWBO einer Überprüfung am Maßstab des § 6 Abs. 5 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) nicht standhält.

Vor diesem Hintergrund bitte ich um Nachberechnung und -gewährung des ohne die o.g. Herausnahme zustehenden Zusatzurlaubes für in 2011 geleistete und dienstplanmäßig erfasste Nachtbereitschaftsdienste.

Gleiches gilt für in 2012 geleistete und dienstplanmäßig erfasste Nachtbereitschaftsdienste und den daraus in 2013 resultierenden Zusatzurlaubsanspruch.

Mit freundlichen Grüßen

.....

(Unterschrift)

Anlagen:

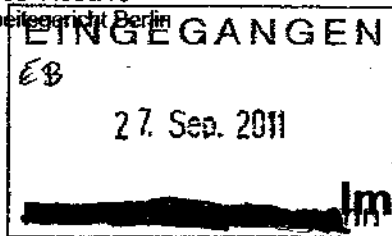
- (1) Urteil des LAG Berlin Brandenburg vom 29.06.2011
- (2) Schreiben des BAG vom 14.01.2013 bezogen auf die Revision gegen das unter (1) genannte Urteil

Geschäftszeichen (bitte immer angeben)

23 Sa 198/11

34 Ca 14980/10

Arbeitsgericht Berlin



Halbleib, Gerichtsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

**Im Namen des Volkes**

## Urteil

In Sachen

**Krankenpfleger** [REDACTED]  
[REDACTED] Berlin,

- Kläger und  
Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

**Evangelisches** [REDACTED]  
**Krankenhausbetriebs gGmbH,**  
vertreten durch den Geschäftsführer

- Beklagte und  
Berufungsbeklagte -

Berlin,

Prozessbevollmächtigter:

hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, 23. Kammer,  
auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 2011  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Przybyla als Vorsitzenden  
sowie die ehrenamtlichen Richter Frau Thielicke und Herr Litschke  
für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 07.12.2010  
- 34 Ca 14980/10 - und - 34 Ca 17211/10 - abgeändert.
- 1.1 Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger an 2 Arbeitstagen unter Fortzahlung der Vergütung  
im Umfang von jeweils 7,7 Stunden freizustellen.
- 1.2 Es wird festgestellt, dass bei der Berechnung von Zusatzurlaub im Sinne des § 28 b  
AVR.DWBO auch Bereitschaftsdienstzeiten des Klägers zwischen 20:00 Uhr und 06:00  
Uhr in vollem Umfang Berücksichtigung finden.
2. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.
3. Die Revision wird zugelassen.

Sa 1.  
leten Arbeits-  
dienst-

## TATBESTAND

Die Parteien streiten um Zusatzurlaub für nächtliche Bereitschaftsdienste.

Der am 5.2.1967 geborene Kläger ist seit dem 1.7.1989 bei der Beklagten als Krankenpfleger beschäftigt. Seine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 38,5 Stunden bei einer 5 Tage Woche. Gemäß Ziffer 2 seines Arbeitsvertrages vom 3.7.1989 i.V.m. § 1a Abs. 2 AVR des Diakonischen Werkes der EKD kommen für sein Arbeitsverhältnis die Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes Berlin – Brandenburg – schlesische Oberlausitz (AVR DWBO) zur Anwendung. Sie treffen in §§ 14, 15, 20 und 20a Regelungen zum Arbeitsentgelt, Wechsel-schicht- und Schichtzulagen sowie zu Zeitzuschlägen bzw. Überstundenentgelt. Darüber hinaus werden Leistungen für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft in der Anlage 8 geregelt. Zur Leistung von Schichtarbeit und Nachtarbeit ist in § 28 b AVR BWBO folgendes bestimmt:

### „§ 28 b

Zusatzurlaub für Wechselschichtarbeit, Schichtarbeit und Nachtarbeit

(1) Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die ihre Arbeit ständig nach einem Schichtplan (Dienstplan) zu erheblich unterschiedlichen Zeiten (in Wechselschichtarbeit, in Schichtarbeit oder im häufig regelmäßigen Wechsel mit Abweichungen von mindestens drei Stunden beginnen oder beenden, erhalten bei einer Leistung im Kalenderjahr von mindestens

110 Nachtarbeitsstunden	1 Arbeitstag,
220 Nachtarbeitsstunden	2 Arbeitstage,
330 Nachtarbeitsstunden	3 Arbeitstage
450 Nachtarbeitsstunden	4 Arbeitstage

Zusatzurlaub im Urlaubsjahr.

Unterabs. 1 gilt auch, wenn Wechselschichten (§ 9e Abs. 2 Satz 2) nur deshalb nicht vorliegen, weil der Schichtplan (Dienstplan) eine Unterbrechung der Arbeit am Wochenende von höchstens 48 Stunden vorsieht.

(2) Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht erfüllen, erhalten bei einer Leistung im Kalenderjahr von mindestens

150 Nachtarbeitsstunden	1 Arbeitstag
300 Nachtarbeitsstunden	2 Arbeitstage
450 Nachtarbeitsstunden	3 Arbeitstage
600 Nachtarbeitsstunden	4 Arbeitstage

Zusatzurlaub im Urlaubsjahr.

(4) Bei der Berechnung der Nachtarbeitsstunden nach Abs. 1 und 2 werden nur die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit (§9) in der Zeit zwischen 20 Uhr und 6 Uhr dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich geleis-

eten Arbeitsstunden berücksichtigt. Nicht berücksichtigt werden Überstunden, Zeiten eines Bereitschaftsdienstes und Zeiten einer Rufbereitschaft (einschließlich der Zeiten zur Heranziehung zur Arbeitsleistung).

....

.....“

In der Anlage 8 ist unter Abschnitt A, Abs. (3) folgendes geregelt:

„(3) Zum Zwecke der Entgeltberechnung wird die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit wie folgt als Arbeitszeit gewertet:

- a) Nach dem Maß der während des Bereitschaftsdienstes erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallenden Arbeitsleistung wird die Zeit des Bereitschaftsdienstes wie folgt als Arbeitszeit gewertet:

Stufe	Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes	Bewertung als Arbeitszeit
A	0 bis 10 v.H.	15 v.H.
B	mehr als 10 bis 25 v.H.	25 v.H.
C	mehr als 25 bis 40 v.H.	40 v.H.
D	mehr als 40 bis 49 v.H.	55 v.H.

Ein hiermit der Stufe A zugeordneter Bereitschaftsdienst wird der Stufe B zugeteilt, wenn die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter während des Bereitschaftsdienstes in der Zeit von 22:00 bis 6:00 Uhr erfahrungsgemäß durchschnittlich mehr als dreimal dienstlich in Anspruch genommen wird.

- b) Entsprechend der Zahl der von der Mitarbeiterin bzw. vom Mitarbeiter je Kalendermonat abgeleisteten Bereitschaftsdienste wird die Zeit eines jeden Bereitschaftsdienstes zusätzlich wie folgt als Arbeitszeit gewertet:

Zahl der Bereitschaftsdienste im Kalendermonat	Bewertung als Arbeitszeit
1. bis 8. Bereitschaftsdienst	25 v.H.
9. bis 12. Bereitschaftsdienst	35 v.H.
13. und folgender Bereitschaftsdienst	45 v.H.

(4) Für die nach Abs. 3 errechnete Arbeitszeit wird Überstundenentgelt gezahlt. Überstundenentgelt i.S.d. Anlage 8 Abschnitt A ist das Überstundenentgelt nach der Anlage 9 und für Ärztinnen und Ärzte nach dem Anhang 2 zu Anlage 8 a. Abweichend von § 20 a Abs. 2 Unterabsatz 3. werden für die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit an gesetzlichen Feiertagen die Zeitzuschläge gem. § 20a Abs. 1 lit c) gezahlt.

.....“

Betriebliche Regelungen zur Leistung des Bereitschaftsdienstes bei der Beklagten sind in den Dienstvereinbarungen vom 30.3.2007 und 24.3.2008 getroffen worden (Blatt 122 – 130). In der Anästhesie gewährleistet die Beklagte einen 24 Stunden Dienst. Der dort eingesetzte Kläger hat im Kalenderjahr 2009 entsprechend der (als Anlage Nr. 2, Blatt 18 der Akte) vorgelegten Aufstellung dienstplanmäßig 30 Bereitschaftsdienste im Wechsel mit der Regelarbeitszeit absolviert. Dem lag folgende Schichtabfolge zugrunde.

Sa 1  
vorgesehen  
unantw.

Frühdienst & Bereitschaft	Beginn	Ende
(Mo-Do)	Arbeitszeit	07:15 15:15
	Bereitschaft	15:15 07:00
	Arbeitszeit	07:00 07:15
(Fr)	Arbeitszeit	07:00 15:15
	Bereitschaft	15:15 07:00
	Arbeitszeit	07:00 07:15
Für Samstag und Sonntag gilt	Arbeitszeit	07:00 07:15
	Bereitschaft	07:15 07:00
	Arbeitszeit	07:00 07:15

Nach Geltendmachung gemäß Schreiben vom 10.6.2010 fordert er mit der am 1.10.2010 eingegangenen Klage, ihn wegen der im Jahr 2009 geleisteten Bereitschaftszeiten gem. § 28 b Abs.1 AVR DWBO an zwei Arbeitstagen unter Fortzahlung der Vergütung im Umfang von jeweils 7,7 Stunden freizustellen, weil eine andere Regelung des nach § 6 Abs. 5 ArbZG vorzunehmenden Ausgleichs für den Bereitschaftsdienst zur Nachtzeit nicht vorhanden und der Ausschluss des Bereitschaftsdienstes in § 28a Abs. 4 AVR DWBO von der Ausgleichsregelung nach § 307 BGB unwirksam sei.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 7.12.2010 die Klage abgewiesen. Es hat seine Entscheidung damit begründet, dass die Anlage 8 zur AVR DWBO mit der Regelung unter Abschnitt A, Abs. (3) eine angemessene Kompensation für die Bereitschaftszeiten während der Nachtzeit biete. Die dort vorgesehenen Leistungen habe der Kläger erhalten.

Gegen das ihm am 5.1.2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 25.1.2011 Berufung eingelegt und sie am 7.4.2011 begründet. Die Begründungsfrist ist durch Beschluss vom 8.3.2011 zum 7.4.2011 verlängert worden.

Der Kläger führt aus, dass entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts die Regelung der Anlage 8 keinen Ausgleich für den in der Nacht abgeleiteten Bereitschaftsdienst vorsieht. Sie beinhalte keinen Ansatz für die Annahme, dass die besonderen Belastungen durch Nachtarbeit berücksichtigt werden. Er sei auch in der Stufenregelung des Absatzes (3), Buchstabe a nicht zu finden. Soweit dort die Hochstufung aus der Stufe A in die Stufe B an die Inanspruchnahme während des Bereitschaftsdienstes in der Zeit von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr anknüpft, sei dies lediglich Ausfluss der geschätzten Arbeitsleistung. Eine entsprechende Anknüpfung bei den Stufen B, C und D fehle, so dass jedenfalls für diese Stufen kein angemessener Ausgleich vorgesehen sei. Er sei daher nach § 28 b Abs. 1 AVR DWBO vorzunehmen. Der dort in Abs. 4

vorgesehene Ausschluss von Zeiten des Bereitschaftsdienstes sei unwirksam. Er stelle eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB dar.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 7.12.2010 – 34 CA 14980/10 - / - 34 Ca 17211/10 abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger an zwei Arbeitstagen unter Fortzahlung der Vergütung im Umfang von jeweils 7,7, Stunden freizustellen;
2. festzustellen, dass bei der Berechnung von Zusatzurlaub im Sinne von 28 b AVR DWBO auch Bereitschaftsdienstzeiten des Klägers zwischen 20:00 Uhr und 6:00 Uhr in vollem Umfang Berücksichtigung finden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung und bleibt dabei, dass der Kläger mit der Gutschrift von je einem zusätzlichen Urlaubstag für jeweils 4 Bereitschaftsdienste gem. Anlage 8 Abschnitt A, Abs. (3) einen angemessenen Ausgleich für die während der Nachtzeit verbrachten Stunden erhalten habe. Die Anlage würden in Verbindung mit den Bestimmungen der AVR über das Arbeitsentgelt sowie die Zuschläge eine § 6 Abs. 5 ArbZG genügende Ausgleichregelung enthalten. Dass der Zuschlag nach der Anlage 8 Abschnitt A, Abs. (3) nicht als Nachtarbeitszuschlag bezeichnet werde, ändere nichts daran, dass er stets für den in den Nachtstunden stattfindenden Bereitschaftsdienst gezahlt werde. Eine Bezeichnung als Nachtzuschlag sei nicht erforderlich.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die zulässige Berufung des Klägers hat Erfolg. Seine Klage ist zulässig und begründet. Das Bundesarbeitsgericht hat in einem ähnlich gelagerten Fall, dem der Bundes-Angestellten-tarifvertrag in kirchlicher, für den Bereich der Evangelischen Kirche im Rheinland, der Evange-



Sa 1  
weder in der  
Gemes.  
F.

lischen Kirche von Westfalen und der Lippischen Landeskirche sowie ihrer diakonischen Werke geltenden Fassung vom 1.1.1987 zugrunde lag (BAT – KF), dem entsprechenden Leistungsantrag des Klägers stattgegeben (BAG Urteil vom 15.7.2009 – 5 AZR 867/08 – in AP Nr. 10 zu § 6 ArbZG). Die Tatsache, dass im vorliegenden Fall die AVR DWBO Anwendung finden, führt dem Grunde nach zu keinem anderen Ergebnis.

1. Die Klage auf Freistellung hat einen gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmten Antrag. Dem weiteren Feststellungsantrag fehlt nicht das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Er ist geeignet, die Berücksichtigung der Bereitschaftszeiten bei der Berechnung von Zusatzurlaub im Sinne von § 28 b AVR DWBO für die Parteien verbindlich zu klären. Bei dem Leistungsantrag zu 1 ist sie lediglich Vorfrage für eine auf das Jahr 2009 beschränkte Verpflichtung.

2. Der Kläger hat gem. § 6 Abs. 5 ArbZG einen Anspruch darauf, dass seine nächtlichen Bereitschaftszeiten bei der Berechnung von Zusatzurlaub nach § 28 b AVR DWBO in vollem Umfang Berücksichtigung finden. Dem entsprechend ist er wegen der im Jahr 2009 geleisteten nächtlichen Bereitschaftsdienste an zwei Tagen für jeweils 7.7 Stunden unter Fortzahlung der Vergütung freizustellen.

2.1 Der Kläger ist Nachtarbeitnehmer im Sinne des § 6 Abs. 5 ArbZG. Im Jahre 2009 hatte er an 30 Tagen Bereitschaftsdienst in der Zeit von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr und damit jeweils mehr als 2 Stunden Nachtarbeit im Sinne des § 2 ArbZG geleistet. Bereitschaftsdienst ist Arbeitszeit im Sinne des § 2 ArbZG (vgl. BAG Urteil vom 15.7.2009 – 5 AZR 867/08 – a.a.O.). Mit der Ableistung von Bereitschaftszeiten erfüllt der Beschäftigte seine Hauptleistungspflicht und erbringt damit Arbeitsleistung (vgl. BAG Urteil vom 28.7.2010 – 5 AZR 342/09 – in NZA-RR 2011, 28).

2.2 Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kommt keine tarifvertragliche Ausgleichsregelung zur Anwendung. Bei den Arbeitsvertragsrichtlinien der Kirchen handelt es sich nicht um tarifvertragliche Regelungen (vgl. MüArbR-Richardi, 3. Auflage, § 330 Rn 18 mit Hinweisen zur Rechtsprechung). Die Beklagte hat für die AVR DWBO nichts Gegenteiliges behauptet und auch nicht vorgetragen, dass sie unter den für Tarifverträge geltenden Voraussetzungen abgeschlossen worden sind. Die Beklagte hat daher gem. § 6 Abs. 5 ArbZG dem Kläger für die während der Nachtzeit geleisteten Bereitschaftsdienststunden einen Ausgleich zu gewähren.

2.3 Der nach § 6 Abs. 5 ArbZG vorzunehmende Ausgleich kann einzelvertraglich ausgestaltet werden. Dabei muss der Ausgleichszweck hinreichend erkennbar sein und der Ausgleich ent-

weder in der Gewährung einer angemessenen Zahl bezahlter freier Tage und/oder einem angemessenen Zuschlag auf das für die Nachtarbeit zustehende Bruttoarbeitsentgelt bestehen. Eine vertragliche Regelung kann durch Allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgen, die die gesetzlichen Anforderungen der § 305 ff BGB einzuhalten haben (vgl. BAG Urteil vom 15.7.2009 – 5 AZR 867/08 – a.a.O.).

2.4 Die Parteien haben durch die einzelvertragliche Bezugnahme auf die Regelungen der AVR DWBO einen angemessenen Ausgleich für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden vereinbart. Nach § 28 b AVR DWBO steht dem Mitarbeiter ein Anspruch auf Zusatzurlaub zu, wenn er in bestimmtem Mindestumfang Nachtarbeitsstunden leistet. Allerdings werden von der Berechnung der Nachtarbeitsstunden Zeiten eines Bereitschaftsdienstes nicht berücksichtigt. Diese Ausschlussregelung ist jedoch unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB und deshalb unwirksam.

2.4.1 Die Bestimmungen der AVR DWBO sind Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff. BGB. Die Bezugnahme Klausel auf die AVR ist in dem für eine Vielzahl von Fällen von der Beklagten vorgegebenen Vertragstext enthalten. Damit werden auch die AVR DWBO von der Beklagten i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB gestellt. Die AVR DWBO unterliegen daher der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Inhaltskontrolle gem. § 310 Abs. 1 BGB liegen nicht vor.

2.4.2 § 6 Abs. 5 ArbZG verlangt für Nachtarbeit einen angemessenen Ausgleich. Dem dient die Regelung in § 28b AVR DWB. Da auch Bereitschaftsdienst Arbeitszeit im Sinne des § 2 ArbZG ist, ist sie ebenfalls nach § 6 Abs. 5 ArbZG auszugleichen. Das ist das gesetzliche Leitbild. Seine Verwirklichung wird lediglich durch die Ausschlussklausel in § 28b Abs. 4 AVR DWBO verhindert. Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich aus der Anlage 8 Abschnitt A nichts Gegenteiliges. Sie regelt keinen Ausgleich für nächtlichen Bereitschaftsdienst. Zwar braucht die Regelung nicht ausdrücklich erfolgen. Es muss aber ein ausreichender Hinweis erkennbar sein, dass die Belastungen durch die Nachtarbeit berücksichtigt worden sind (vgl. BAG Urteil vom 18.5.2011 – 10 AZR 369/10). Das ist vorliegend nicht der Fall. Die in der Anlage 8 Abschnitt A, Abs. (3) vorgesehenen Leistungen betreffen nicht die nachts geleisteten Arbeitsstunden. Sie sind unabhängig davon vorgesehen, ob der Bereitschaftsdienst tagsüber oder nachts geleistet wird. Die von der dienstlichen Inanspruchnahme während des Bereitschaftsdienstes in der Zeit von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr abhängige Zuteilung des der Stufe A zugeordneten Bereitschaftsdienstes in die Stufe B betrifft lediglich die Stufenordnung nach dem Umfang der tatsächlichen Arbeitsleistung. Für die folgenden Stufen B, C und D ist sie nicht vorgesehen. Einem Ausgleich der nächtlichen Bereitschaftszeiten dient sie nicht. Die

Zahlung des Überstundenentgelts gem. Anlage 8 Abschnitt A, Abs. (4) betrifft nicht allein den in der Nachtzeit geleisteten, sondern den Bereitschaftsdienst allgemein. Aus den Dienstvereinbarungen der Beklagten ergibt sich nichts anderes. Dass bei der Beklagten der Bereitschaftsdienst überwiegend während der Nachtzeit geleistet wird, kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Die Regelungen der AVR DWBO stellen nicht auf die besondere Situation im Betrieb der Beklagten ab, so dass sie auch nicht allein auf ihre Situation bezogen auszulegen sind. Zudem geht der Bereitschaftsdienst bei ihr über die Nachtzeit hinaus, ohne dass die Anlage 8 A danach differenzieren würde, ob er während oder außerhalb der Nachtzeit geleistet wird. Zwar wird bei der Regelung der Wechselschicht- und Schichtzulage gem. § 20 AVR DWBO auf die Leistung von Nachtschichten abgestellt. Der Ausgleich der zusätzlichen Belastungen durch Nachtarbeit ist in der AVR DWBO nicht auf die Leistung nach § 20 AVR beschränkt. Ihm dient gerade die Regelung in § 28 b, so dass es bei der unangemessenen Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 BGB durch den Ausschluss des Bereitschaftsdienstes gemäß seinem Absatz 4 bleibt.

2.5 Mit § 28 b AVR DWBO ist das sich aus § 6 Abs. 5 ArbZG ergebende Wahlrecht abbedungen worden. Die Nachtarbeit ist insoweit in Freizeit auszugleichen. Der Ausgleich erfasst gemäß § 8 b Abs. 4 AVR DWBO die zwischen 20:00 Uhr und 6:00 Uhr geleisteten Bereitschaftszeiten. In diese Zeit fielen im Jahr 2009 insgesamt 300 Stunden. Dem Kläger sind daher unabhängig davon, ob Absatz 1 oder Absatz 2 des § 28b AVR DWBO zur Anwendung kommt, für das Jahr 2009 zwei Tage Zusatzurlaub zu gewähren.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. die Revision ist wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Rechtstreits zugelassen worden.

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten bei dem

**Bundesarbeitsgericht,  
Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt  
(Postadresse: 99113 Erfurt),**

Revision eingelegt werden.

Die Revision muss innerhalb

**einer Notfrist von einem Monat**

schriftlich beim Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Sie ist gleichzeitig oder innerhalb

**einer Frist von zwei Monaten**

schriftlich zu begründen.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgesetzten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Revision gerichtet wird und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revisionsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Revision gerichtet wird und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Prozessbevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Prozessbevollmächtigte sind insoweit zugelassen:

Rechtsanwälte,

Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder, wenn diese Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln,

juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorgeannten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet, wenn diese Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments i. S. d. § 46b ArbGG genügt. Nähere Informationen dazu finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts unter [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de).



Przybyla

Thielicke

Litschke

Hinweis der Geschäftsstelle

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung einzureichen.

Ausgefertigt  
10785 Berlin, den 26. 09. 11  
*Oliver 165*  
als Urkunde im Amt der Geschäftsstelle des  
Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg





Bundesarbeitsgericht · 99113 Erfurt

10 AZR 825/11

(Bitte bei Antwortschreiben angeben)

Erfurt, 14. Januar 2013

Telefon: 0361 2636-14 22

Frau Rechtsanwältin

Sehr geehrte

in Sachen

J.

werden die Parteien nach Vorberatung der berufsrichterlichen Mitglieder des Senats auf Folgendes hingewiesen:

Der Senat hat am 12. Dezember 2012 in den Rechtsstreiten - 10 AZR 192/11, 193/11 und 194/11 – zu einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme eines evangelischen Krankenhauses auf § 27 TVöD-K in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung entschieden, dass die Nichtberücksichtigung der in der Nachtzeit zurückgelegten Bereitschaftsdienste bei der Berechnung des Zusatzurlaubs mit § 6 Abs. 5 ArbZG nicht zu vereinbaren und damit unwirksam ist. Dementsprechend waren die Revisionen der Kläger gegen die anders lautenden landesarbeitsgerichtlichen Entscheidungen erfolgreich. Die Entscheidungen werden demnächst an die Parteien zugestellt und veröffentlicht.

Darüber hinaus hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts durch Urteil vom 15. Juli 2009 (- 5 AZR 867/08 - BAGE 131, 215) eine dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbare arbeitsvertragliche Regelung als unwirksam angesehen.

Aus Sicht der berufsrichterlichen Mitglieder des Senats dürfte die Revision der Beklagten vor diesem Hintergrund keine Erfolgsaussicht haben. Auch die Herausnahme von Bereitschaftsdienstzeiten in § 28b Abs. 4 Satz 2 AVR DWBO dürfte einer Überprüfung am Maßstab des § 6 Abs. 5 ArbZG nicht standhalten. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ergibt sich aus der Anlage 8 Abschn. A kein anderweitiger ausreichender Ausgleich für die während des Bereitschaftsdienstes geleistete Nachtarbeit (vgl. dazu BAG 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 23 f., BAGE 31, 215). Auch handelt es sich beim Kläger um einen Nachtarbeitnehmer iSv. § 2 Abs. 5 Ziff. 1 ArbZG. Der Wechselschichtbegriff in dieser Norm ist nicht identisch mit dem tariflichen Begriff der Wechselschichtarbeit, wie er beispielsweise in § 7 Abs. 1 TVöD-K/TV-L verwendet wird, oder der Definition der Wechselschichtarbeit in vergleichbaren AVR-Regelungen. Vielmehr ist nach § 2 Abs. 5 Ziff. 1 ArbZG ausreichend, wenn der Arbeitnehmer normalerweise zur Erbringung von Nachtarbeit im arbeitszeitrechtlichen Sinn verpflichtet ist. Dazu gehören auch die Bereitschaftsdienste in der Nachtzeit. Diese Voraussetzungen liegen beim Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts unzweifelhaft vor.

Vor diesem Hintergrund wird - auch zur Vermeidung weiterer Kosten - eine Rücknahme der Revision durch die Beklagte angeregt; neue Erkenntnisse sind gegenüber den demnächst veröffentlichten Entscheidungen nicht zu erwarten.

Mit freundlichen Grüßen



Reinfelder

Richter am Bundesarbeitsgericht