
Datum: 10.07.2008
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 16. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 16 Sa 44/08
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2008:0710.16SA44.08.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Siegen, 3 Ca 1128/07
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 993/08
Schlagworte: Ausgleichsanspruch für Bereitschaftsdienste in der Zeit von 23.00 Uhr bis 6.00 Uhr
Normen: § 6 V AZG
Leitsätze:

Unabhängig davon, ob die Vorschriften des BAT-KF tarifvertraglichen Regelungen

gleichzustellen sind, stehen sie Ausgleichsansprüchen nach § 6 V AZG nicht entgegen. Sie gewähren keinen Ausgleich für die während der Nachtarbeit geleisteten Arbeitsstunden.

Führende Parallelsache zu: 16 Sa 45/08, 269/08 und 271/08!

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Siegen vom 23.11.2007 - 3 Ca 1128/07 - unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und wie folgt gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin an 3 Tagen unter Fortzahlung der Vergütung im Umfang von jeweils 7,7 Stunden freizustellen. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits zu 1/3, die Klägerin zu 2/3.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

- | | |
|--|---|
| | 1 |
| Die Parteien streiten über Ausgleichsansprüche wegen nachts geleisteter Bereitschaftsdienste der Klägerin. | 2 |
| Die Klägerin ist seit mehreren Jahren bei der Beklagten als Krankenschwester tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Bundesangestelltentarifvertrag – Kirchliche Fassung (BAT-KF) Anwendung. Die Klägerin arbeitet regelmäßig an fünf Tagen 38,5 Stunden je Woche und verdient durchschnittlich 3.000,00 € brutto. | 3 |
| Neben ihrer regulären Arbeitszeit setzt die Beklagte die Klägerin im Bereitschaftsdienst ein. Er beginnt im Anschluss an die jeweils durchzuführende Schicht und endet am darauffolgenden Tag um 7.00 Uhr. Der Bereitschaftsdienst findet jedenfalls zwischen 23.00 Uhr und 6.00 Uhr statt. Im Jahre 2004 absolvierte die Klägerin 54, im Jahre 2005 62 und im Jahre 2006 68 nächtliche Bereitschaftsdienste, wobei sie im Oktober 2006 und im November 2006 jeweils sieben und im Dezember 2006 sechs Bereitschaftsdienste leistete. | 4 |
| Nach der Anlage SR 2 a BAT-KF wird der Bereitschaftsdienst nach dem Maß der erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallenden Arbeitszeit in die Stufen A bis D eingeteilt und eine anteilige Bewertung als Arbeitszeit vorgenommen (Nr. 6 B (2) a). Außerdem gibt es eine zusätzliche Bewertung als Arbeitszeit entsprechend der Zahl der je Kalendermonat abgeleisteten Bereitschaftsdienste (Nr. 6B2b) die von 25 % bei eins bis acht Bereitschaftsdiensten bis 45 % bei 13 und mehr Bereitschaftsdiensten reicht. Nach Abs. 5 der oben genannten Bestimmung erfolgt die Zuweisung zu den einzelnen Stufen des Bereitschaftsdienstes als Nebenabrede zum Arbeitsvertrag. Der Bereitschaftsdienst der Klägerin ist der Stufe B zugeordnet. | 5 |
| Mit Schreiben von September 2006, der Beklagten im Oktober 2006 zugegangen, machte die Klägerin für das Jahr 2005 einen Zusatzurlaub von neun Tagen geltend. Dabei bezog sie sich auf § 6 Abs. 5 AZG und zog die Bestimmung des § 48 a BAT-KF zur Bestimmung der Höhe der Urlaubstage heran. Hierauf erwiderte die Beklagte mit Schreiben vom 11.10.2006, dass derzeit im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens geklärt werde, ob die Ableistung von Bereitschaftsdienst tatsächlich zu einem Anspruch auf Zusatzurlaub gem. § 48 a BAT-KF führe. Vom Ausgang dieses Verfahrens werde es abhängen, ob der Anspruch tatsächlich bestehe oder nicht. Sie könne wegen des schwebenden Verfahrens nicht über den Antrag der Klägerin entscheiden, nehme ihn aber fristwahrend zur Personalakte und werde die Klägerin, sobald das Arbeitsgerichtsverfahren rechtskräftig abgeschlossen sei, darüber informieren. Mit Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 29.03.2007 wurde die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen, da der notwendige Beschwerdewert nicht erreicht war. Mit einem an alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Ärztlichen Dienstes, des Funktionsdienstes, des Zentrallabors und der Radiologie gerichteten Schreiben vom 11.07.2007 (Bl. 33 d.A.) teilte die Beklagte mit, dass es nach ihrer Auffassung keine Rechtsgrundlage für den von einigen Mitarbeitern beantragten Zusatzurlaub für geleistete | 6 |

Bereitschaftsdienstzeiten gebe. Sie bezog sich auf eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Siegen, das einen solchen Anspruch anerkannt hatte, und verwies darauf, dass es sich um eine erstinstanzliche Einzelfallentscheidung handele, die nicht zur Klärung der Rechtslage führen würde. Außerdem erklärte sie mit Verweis auf weitere arbeitsgerichtliche Verfahren, dass Anträge auf Zusatzurlaub für Bereitschaftsdienst in den Nachtstunden ohne weitere Maßnahmen berücksichtigt würden, sobald eine höchstrichterliche Entscheidung (Bundesarbeitsgericht) in der Sache vorliege oder eine ausdrückliche Tarifregelung erfolge. Mit ihrer am 17.08.2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage begehrt die Klägerin die Gewährung von neun zusätzlichen Urlaubstagen für die Jahre 2004, 2005 und 2006. Mit Schriftsatz vom 08.10.2007 hat die Beklagte erklärt, dass, sollte wider Erwarten einem Anspruch der Klägerin dem Grunde nach entsprochen werden, sie das ihr nach § 264 Abs. 2 BGB zustehende Wahlrecht insoweit ausübe, dass etwaige Ansprüche in Freizeit abgegolten würden.

Durch Urteil vom 23.11.2007, auf das wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, etwaige Ansprüche für den Zeitraum 2004 bis einschließlich 2006 seien jedenfalls aufgrund der im BAT-KF enthaltenen Ausschlussklauseln verfallen. Mangels anderer Anhaltspunkte sei von einer sofortigen Fälligkeit der Ausgleichsansprüche im jeweilig erarbeiteten Umfang auszugehen, sodass die sechsmonatige Ausschlussfrist am Tag, der auf den Zeitpunkt des Bereitschaftsdienstes folge, zu laufen beginne und sechs Monate später ende. Dem stehe der Charakter einer Wahlschuld nicht entgegen, da der Gläubiger ihm Rechnung tragen könne, indem er beantrage, den Schuldner nach dessen Wahl zur Zahlung einer bestimmten Summe oder Freistellung für eine bestimmte Zeitspanne zu verurteilen. Wäre der Anspruch mangels Wahl des Schuldners noch nicht fällig, könne der Schuldner trotz bestehenden Anspruchs nicht erfolgreich Klage erheben, sie würde vielmehr als derzeit unbegründet abgewiesen. Damit könne der Schuldner durch Untätigkeit den Anspruch bzw. dessen Durchsetzung de facto verhindern. Richterweise werde der Anspruch vielmehr ohne zuvor getroffene Wahl fällig. Etwaige Ansprüche für im Jahre 2004 geleistete Nacharbeit hätte die Klägerin bis spätestens Ende Juni 2005 schriftlich gegenüber der Beklagten geltend machen müssen. Die Ausgleichsansprüche für das Kalenderjahr 2005 seien durch das Schreiben vom 27.09.2006 nicht gewahrt. Die Ausgleichsansprüche für das Jahr 2006 seien ebenfalls verfallen, da die Klägerin sie erstmalig mit der vorliegenden Klage geltend gemacht habe. Durch die schriftliche Geltendmachung Ende September 2006 habe sie die nachfolgenden Ansprüche nicht wahren können. § 70 Abs. 2 BAT-KF komme nicht zum Zuge, da ein einheitlicher Sachverhalt, bei dem auch später fällig werdende Leistungen durch die Geltendmachung erfasst würden, nicht vorliege. Soweit die Beklagte erklärt habe, dass sie sich gegebenenfalls vorbehalte, auf die Einrede der Verjährung gemäß § 70 BAT-KF zu berufen, komme es hierauf nicht an, da Ausschlussfristen von Amts wegen zu beachten seien. Treuwidrig im Sinne des § 242 BGB verhalte sie sich nicht.

7

Gegen dieses, ihr am 18.12.2007 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 09.01.2008 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist fristgerecht begründet.

8

Sie rügt, dass das Arbeitsgericht ihr Schreiben vom 27.09.2006 nicht zumindest für ihre Ansprüche seit April 2006 und fortlaufend als ausreichend für eine Geltendmachung angesehen habe. Außerdem habe sie ihre Ansprüche nicht in eindeutiger Weise geltend machen können, solange das Wahlrecht nicht ausgeübt worden sei, also vor dem 08.10.2007. Der Höhe nach habe sie sich an den für Vollarbeit geltenden Ausgleichsansprüchen gemäß § 48 a BAT-KF orientiert.

9

Die Klägerin beantragt,	10
das Urteil des Arbeitsgerichts Siegen vom 23.11.2007 – 3 Ca 1128/07 – abzuändern und	11
die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin an neun Tagen unter Fortzahlung der Vergütung im Umfang von jeweils 7,7 Stunden freizustellen.	12
Die Beklagte beantragt,	13
die Berufung zurückzuweisen.	14
Sie hält die geltend gemachten Ansprüche nach § 70 BAT-KF für verfallen. Außerdem verweist sie darauf, dass die Sonderregelung SR 2 a BAT-KF einen konkreten Ausgleich für zusätzliche Inanspruchnahmen während der Nachtarbeit regelt. Im Übrigen ist sie der Ansicht, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass Bereitschaftsdienst arbeitsschutzrechtlich als Arbeitszeit und nicht als Ruhezeit anzusehen sei, für die Frage der Vergütung ohne Belang sei.	15
Zum weiteren Sachvortrag der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	16
<u>Entscheidungsgründe</u>	17
Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet.	18
Die Klägerin besitzt dem Grunde nach einen Ausgleichsanspruch gemäß § 6 Abs. 5 AZG. Dieser Anspruch ist teilweise verfallen.	19
I	20
1) Anspruchsgrundlage für die begehrte Ausgleichsleistung ist allein § 6 Abs. 5 AZG.	21
a) Zwar ist nach § 48 a Abs. 3 und 4 BAT-KF unter den dort genannten Voraussetzungen Zusatzurlaub unter anderem für Nachtarbeit zu gewähren. Diese Vorschrift gilt jedoch nicht für Bereitschaftsdienste, wie dem Abs. 6 zu entnehmen ist. Danach werden nur die "im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit (§ 15 Abs. 1 bis 4 und die entsprechenden Sonderregelungen hierzu)" in der Zeit zwischen 20.00 Uhr und 6.00 Uhr dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich geleisteten Arbeitsstunden berücksichtigt. Nach § 15 Abs. 6 a BAT-KF ist der Bereitschaftsdienst aber gerade dadurch definiert, dass er außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit stattfindet, wenn sich der Angestellte nämlich auf Anordnung des Arbeitgebers eben außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufzuhalten hat, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihren Anspruch auch nicht mehr auf § 48 a BAT-KF gestützt.	22
b) § 6 Abs. 5 AZG scheidet nicht deshalb, wie die Beklagte meint, als Anspruchsgrundlage aus, weil die Qualifizierung von Bereitschaftsdiensten als reguläre Arbeitszeit nicht zu zusätzlichen Vergütungsansprüchen führe (vgl. BAG vom 05.06.2003, 6 AZR 114/02, NZA 2004, 164). Bei § 6 Abs. 5 AZG handelt es sich nicht um eine Vergütungsregelung im engeren Sinne. Die Vorschrift ist vielmehr Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes. Sie begründet Ausgleichsansprüche für die mit der Nachtarbeit verbundenen Belastungen, insbesondere gesundheitlichen Beeinträchtigungen (BAG vom 05.09.2002, 9 AZR 2002/01 NZA 2004, 164). Dass es sich nicht um eine Vergütungsregelung handelt, wird auch daran deutlich, dass Freizeitgewährung und Zahlung eines Zuschlags	23

gleichwertig nebeneinander stehen. Durch diese Zusatzleistungen soll der Umfang der Nachtarbeit so gering wie möglich gehalten werden (vgl. hierzu auch BAG vom 31.08.2005, 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324).

2) Die Klägerin ist Nachtarbeitnehmerin im Sinne der gesetzlichen Vorschrift. Dies folgt bereits aus § 2 Abs. 5 Nr. 2 AZG. Sie hat in den Kalenderjahren 2004 bis 2006 mit 54 bzw. 62 bzw. 68 Bereitschaftsdiensten in der Zeit von 23.00 Uhr bis 6.00 Uhr (§ 2 Abs. 3 AZG) Nachtarbeit geleistet. Ob die Klägerin zugleich deshalb Nachtarbeitnehmerin ist, weil sie aufgrund der Arbeitszeitgestaltung normalerweise Nachtarbeit in Wechselschicht zu leisten hat (§ 2 Abs. 5 Nr. 1 AZG), kann im Einzelnen nicht festgestellt werden. Die Parteien haben zum regelmäßigen Einsatz der Klägerin nicht vorgetragen. 24

Bereitschaftsdienst stellt Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes dar. Dies hat der Gesetzgeber durch die am 01.01.2004 in Kraft getretene Änderung des Arbeitszeitgesetzes in § 7 Abs. 1 Nr. 1 a AZG klargestellt. Die zur früheren Gesetzeslage nach der sogenannten SIMAP-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10.2000 (Rs. C 303/98, NZA 2000, 1227) ergangene Rechtsprechung ist für den vorliegenden Rechtsstreit demnach nicht von Bedeutung. Die Übergangsregelung des § 25 AZG erfasst die vorliegende Fallgestaltung nicht. Sie betrifft die Überschreitung des gesetzlich festgelegten Höchstrahmens, nicht aber die Definition der Nachtarbeit (vgl. auch BAG vom 16.03.2004 – 9 AZR 93/03 – NZA 2004, 928). 25

3) Tarifvertragliche Ausgleichsregelungen bestehen nicht. 26

a) Dies gilt unabhängig davon, ob die in der Sonderregelung 2 a zum BAT-KF getroffenen Bestimmungen, bei denen es sich nicht um einen Tarifvertrag handelt, einem solchen gleichzustellen sind. Hierfür könnte zum einen sprechen, dass sowohl in § 7 Abs. 4 AZG als auch im § 25 Satz 2 AZG eine solche Gleichstellung vorgenommen worden ist. Hierdurch wollte der historische Gesetzgeber dem Recht der Religionsgemeinschaften, ihre Angelegenheit selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes zu verwalten, Rechnung tragen (vgl. hierzu BAG vom 16.03.2004, aaO.). Das Fehlen eines ausdrücklichen Hinweises auf die kirchlichen Regelungen im § 6 Abs. 5 AZG könnte deshalb ein Redaktionsversehen darstellen. Jedoch stellen die Bestimmungen der Sonderregelung 2 a zum BAT-KF, soweit sie den Bereitschaftsdienst betreffen, keine Ausgleichsregelungen dar. 27

aa) Allerdings kann das Arbeitsentgelt bereits einen angemessenen Zuschlag im Sinne des § 6 Abs. 5 AZG enthalten. So können die Arbeitsvertragsparteien auf eine gesonderte Zuschlagsregelung verzichten und stattdessen den Grundlohn wegen der vereinbarten Nachtarbeit entsprechend erhöhen. Hiervon kann jedoch nur ausgegangen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Pauschalierung der Ausgleichsleistung vorliegen. Dafür muss jedenfalls ein Bezug zwischen der zu leistenden Nachtarbeit und der Lohnhöhe hergestellt sein. Diese Anforderung ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 5 AZG. Der für geleistete Nachtarbeit geschuldete angemessene Zuschlag ist danach "auf" das dem Arbeitnehmer hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren (vgl. BAG vom 05.09.2002, 9 AZR 202/01, NZA 2003, 563; vom 27.05.2003, 9 AZR 180/02, AP Nr. 5 zu § 6 AZG; zu tariflichen Regelungen BAG vom 26.08.1997, 1 AbR 16/97, NZA 1998, 441). 28

bb) Die Regelungen des BAT-KF über die Vergütung des Bereitschaftsdienstes enthalten keine Zuschläge für Nachtarbeit. 29

Ausgangspunkt ist § 15 Abs. 6 a Satz 3 BAT-KF. Danach wird zum Zwecke der Vergütungsberechnung die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten 30

Arbeit entsprechend dem Anteil der erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallenden Zeit der Arbeitsleistung als Arbeitszeit bewertet und mit der Überstundenvergütung vergütet. Diese wiederum setzt sich nach § 35 Abs. 3 Unterabs. 2 BAT-KF aus der Stundenvergütung zuzüglich eines Zeitzuschlags nach Abs. 1 Satz 2 Buchstabe a des § 35 BAT-KF zusammen, enthält somit keinen Zuschlag für Nachtarbeit. Die Bezahlung in Höhe des Satzes für Überstundenvergütung ist auch deshalb sachgerecht, weil die Klägerin den Bereitschaftsdienst im Anschluss an ihre regelmäßige Arbeitszeit leistet. Zusätzlich honoriert wird damit die Dauer der Arbeitszeit. Für die Nachtarbeit in der Zeit zwischen 20.00 Uhr und 6.00 Uhr geleistete Arbeit ist demgegenüber ein weiterer fester Satz vorgesehen (§ 35 Abs. 1 e BAT-KF), der aber im Bereitschaftsdienst nicht anfällt.

Auch die Sonderregelung 2 a BAT-KF, die in Nr. 6 Teil B unter anderem Bestimmungen zu § 15 Abs. 6 a bis 6 c BAT-KF enthält, lässt keine Anhaltspunkte dafür erkennen, dass für geleistete Nachtarbeit ein angemessener Zuschlag "auf" das Bruttoentgelt gewährt wird. Es handelt sich vielmehr um eine pauschalisierte Form der Vergütungsberechnung, die bei Bereitschaftsdiensten allgemein üblich ist. Geregelt wird allein der Zeitfaktor für die Berechnung der Bereitschaftsdienstvergütung. Nicht die tatsächlichen Stunden des Bereitschaftsdienstes werden mit dem maßgeblichen Stundensatz vergütet, sondern ein Arbeitsanteil, der an die zu erwartende Vollzeitarbeit anknüpft. Zu vergüten ist nicht nur die während des Bereitschaftsdienstes erbrachte Vollarbeit, sondern auch die Leistung, die der Arbeitnehmer in der Ruhezeit gegenüber dem Arbeitgeber dadurch erbringt, dass er in seinem Aufenthalt beschränkt ist und mit jederzeitiger Arbeitsaufnahme rechnen muss. Die Vergütungsvereinbarung berücksichtigt nicht nur die Zeiten der Heranziehung zu Vollarbeit, sondern auch den Verlust an Freizeit angemessen (vgl. hierzu BAG vom 28.01.2004, 5 AZR 530/02, NZA 2004, 556). Dem tragen die Bewertungsvorschriften der Sonderregelung 2 a Rechnung, indem sie bei der Bewertung als Arbeitszeit in den einzelnen Stufen über die erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallenden Arbeitsleistungen hinausgehen. Wäre dies nicht der Fall, so würde lediglich in pauschalierter Form die tatsächliche Arbeitsleistung vergütet, nicht aber die Leistung, die dadurch erbracht wird, dass der Arbeitnehmer in seinem Aufenthalt beschränkt ist und mit jederzeitiger Arbeitsaufnahme, wenn auch unter 50 %, rechnen muss. Des Weiteren hängt die Bewertung von Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit von der Anzahl der Bereitschaftsdienste ab. Auch mit diesem Gesichtspunkt wird anfallende Nachtarbeit nicht zusätzlich honoriert.

4) Als angemessenen Ausgleich hat das Gericht einen Nachzuschlag in Höhe von 10 % angesehen. Insoweit sind die Gesichtspunkte maßgebend, die das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 31.08.2005 (5 AZR 545/04 aaO.) für den dortigen Fall, bei dem es um Arbeitsbereitschaft ging, zugrunde gelegt hat. Durch den Zuschlag soll die gerade mit der Nachtarbeit verbundene Erschwernis abgegolten werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Bereitschaftsdienst die Zeit ohne Arbeitsleistung definitionsgemäß überwiegt. Hinzu kommt, dass auch für die Tätigkeit der Klägerin der mit dem Zuschlag verbundene Zweck, Nachtarbeit einzuschränken, nicht erreichbar ist. Die in Frage stehenden Dienste erfordert der Versorgungsauftrag des Krankenhauses auch in der Nacht. Ein Verzicht auf Nachtarbeit ist in diesem Bereich ebenso ausgeschlossen wie im Rettungsdienst. Ein Zuschlag in Höhe von 10 % erscheint unter diesen Umständen angemessen. Dies gilt nicht nur für die Leistung in Geld, sondern auch für die Festsetzung bezahlter freier Tage. § 6 Abs. 5 AZG stellt die Möglichkeit der Zahlung und der Freizeitgewährung gleichwertig nebeneinander, was dafür spricht, die Angemessenheit nach einem einheitlichen Maßstab zu beurteilen. Der Umfang der Ausgleichsverpflichtung soll nicht davon abhängen, für welche Art des Ausgleichs sich der Arbeitgeber entscheidet. Sein Wahlrecht ist nur sinnvoll, wenn sich die jeweiligen Leistungen nach ihrem Wert grundsätzlich entsprechen. Dabei muss der Anspruch auf freie

Tage geeignet sein, der Nachtarbeit im Rahmen des Gesetzeszweckes Beschränkungen aufzuerlegen, denen nicht ohne weiteres eine deutlich geringere Wirkung als den alternativ zu leistenden Zuschlägen zukommt (vgl. BAG vom 01.02.2006, 5 AZR 422/04, NZA 2006, 494).

Die von der Klägerin begehrten drei arbeitsfreien Tage für jedes Jahr, in dem an mehr als 48 Tagen Nachtarbeit angefallen ist, überschreitet den oben skizzierten Rahmen nicht. Soweit in der mündlichen Urteilsbegründung von einem Tag die Rede war, handelte es sich um ein Versehen. Die Kammer ist bei ihrer Entscheidung von 10 % ausgegangen. 33

II 34

Die der Klägerin dem Grunde nach für jedes Kalenderjahr zustehenden Ansprüche sind jedoch teilweise verfallen. 35

Nach § 70 Abs. 1 BAT-KF verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit vom Angestellten oder vom Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden, soweit nicht durch besondere Arbeitsrechtsregelungen etwas anderes bestimmt ist. Gegen die wirksame Vereinbarung dieser Vorschrift bestehen keine Bedenken, solche sind von der Klägerin auch nicht geltend gemacht worden. 36

1) Erstmalig mit Schreiben vom 27.09.2006, bei der Beklagten am 05.10.2006 eingegangen, hat die Klägerin Ansprüche nach § 6 Abs. 5 AZG erhoben, dies allerdings für das Jahr 2005. Ansprüche für das Jahr 2004 hat sie weder vorher noch bis zur Klageerhebung schriftlich geltend gemacht. Bezogen auf die Jahre 2004 und 2005 ist damit die Frist des § 70 Abs. 1 BAT-KF nicht eingehalten worden. 37

Es ist sowohl hinsichtlich dieses Schreibens als auch hinsichtlich des im Folgenden zitierten Antwortschreibens der Beklagten davon auszugehen, dass es sich um ein Schreiben wie im Verfahren 16 Sa 45/08 zur Gerichtsakte gereicht bzw. zitiert handelt. Beide Parteien legen dies ihren Ausführungen im Berufungsverfahren zugrunde, es ist deshalb als unstreitig anzusehen. 38

a) Dem Verfall der Ansprüche steht nicht entgegen, dass sich die Beklagte in ihrem Antwortschreiben vom 11.10.2006 auf ein arbeitsgerichtliches Verfahren bezogen und erklärt hat, dass sie wegen des schwebenden Verfahrens nicht über den Antrag entscheiden werde, sondern ihn fristwährend zur Personalakte der Klägerin nehmen werde. Zu diesem Zeitpunkt waren die Ansprüche der Klägerin für die Jahre 2004 und 2005 bereits verfallen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit dieser Erklärung bereits untergegangene Ansprüche neu geschaffen werden sollten (vgl. BAG vom 18.02.1992, 9 AZR 611/90, NZA 1992, 881). 39

b) § 70 Abs. 1 BAT-KF stellt für den Beginn der Frist auf die Fälligkeit eines Anspruchs ab. Hierbei handelt es sich um den Zeitpunkt, von dem ab der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Insoweit gilt nach § 271 Abs. 1 BGB, dass die Leistungszeit entweder von den Parteien bestimmt wird oder den Umständen zu entnehmen ist bzw., wenn beides nicht der Fall ist, der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken kann. Für den vorliegenden Fall ist § 2 Abs. 5 AZG zur Bestimmung der Leistungszeit heranzuziehen. Jedenfalls dann, wenn sich wie im Fall der Klägerin der Status als Nacharbeitnehmer daraus ergibt, dass Nacharbeit an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr geleistet wird, ist davon auszugehen, dass die Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs erst mit Ablauf des Kalenderjahres 40

eintritt. Ist dies aber der Fall, so war am 27.09.2006 die sechsmonatige Verfallfrist verstrichen, ohne dass es darauf ankommt, wann sie genau beginnt. Jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie erst am 27.03.2006 zu laufen angefangen hat.

c) Freilich besteht für den Anspruch nach § 6 Abs. 5 AZG die Besonderheit, dass es sich um eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB handelt (vgl. BAG vom 05.09.2002, aaO.). Diese Besonderheit steht der Annahme, die Ansprüche der Klägerin seien spätestens mit Ablauf des Kalenderjahres fällig geworden, jedoch nicht entgegen. Zwar hatte sich die Wahlschuld zu diesem Zeitpunkt wegen des von der Beklagten nicht ausgeübten Wahlrechts noch nicht auf eine der geschuldeten Leistungen – bezahlte Freistellung oder Zahlung eines Zuschlags – konkretisiert. Die Beklagte hat vielmehr erst mit Schriftsatz vom 08.10.2007 ihr Wahlrecht ausgeübt. Nach § 263 Abs. 2 BGB gilt damit die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete. Dies bedeutet, dass der Ausübung des Wahlrechts Rückwirkung zukommt. Die Rückwirkung bedeutet, dass der Schuldner nicht nur von der Zeit der Wahl an auf die gewählte Leistung beschränkt wird, sondern dass es so angesehen wird, als sei er von Anfang an hierauf beschränkt gewesen. Die Rückwirkung enthält eine gesetzliche Fiktion. Sie führt dazu, dass Forderungen mit Ausübung des Wahlrechts verjährt sein können. Dies ist allgemein anerkannt (Staudinger/Bittner (204) § 263 RdNr. 11-12; MüKo/Krüger, BGB, 5. Aufl., RdNr. 7).

41

Diese Rechtsfolge der Ausübung des Wahlrechts benachteiligt den Gläubiger nicht unangemessen. Er hat es, worauf das Arbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, in der Hand, seine Rechte zu wahren, indem er alternativ auf Bewirkung der einen oder anderen Leistung klagt. Erst mit Beginn der Zwangsvollstreckung wird, wie sich aus § 264 Abs. 1 BGB ergibt, das Wahlrecht des Schuldners beschnitten. Diese Möglichkeit, seine Rechte wahrzunehmen, ermöglicht es dem Gläubiger auch, eine Ausschlussfrist einzuhalten.

42

d) Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt § 70 Abs. 2 BAT-KF nichts anderes. Diese Vorschrift bestimmt, dass die einmalige Geltendmachung für denselben Sachverhalt ausreicht, um die Ausschlussfrist auch für die später fällig werdenden Leistungen unwirksam zu machen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen nicht vor, weil sich die von der Klägerin beanspruchten Leistungen nicht aus "demselben Sachverhalt" ergeben. Dies ist der Fall, wenn bei unveränderter rechtlicher und tatsächlicher Lage Ansprüche aus einem bestimmten Tatbestand herzuleiten sind (vgl. BAG vom 10.07.2003, 6 AZR 283/02, EzA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 168). Daran fehlt es. Die Klägerin hat unterschiedlich viele Nachtdienste geleistet. Ihr Anspruch ist nicht einmal davon abhängig, dass sie Nachtdienste geleistet hat, sondern davon, in welchem Umfang dies geschehen ist. Ohne Bedeutung ist es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass die Partei nicht über die Zahl und Dauer der geleisteten Nachtdienste gestritten haben, sondern lediglich Meinungsverschiedenheiten über deren Einordnung als Nachtarbeit und der Begründung von Ausgleichsleistungen bestanden. Von einer Ausschlussfrist erfasste Ansprüche verfallen auch dann, wenn über die rechtserzeugenden Tatsachen kein Streit besteht. Es geht um den Zweck, Ansprüche rasch zu klären und nicht darum, ob der zur Entstehung des Anspruchs vorausgesetzte Tatbestand und die Bewertung der rechtserzeugenden Tatsachen streitig ist.

43

2) Allerdings hat die Klägerin Ansprüche des Jahres 2006 ausdrücklich erstmalig mit ihrer Klageschrift vom 16.08.2007, der Beklagten am 28.08.2007 zugestellt, schriftlich geltend gemacht. Zu diesem Zeitpunkt war hinsichtlich der Ansprüche aus dem Jahre 2006 die sechsmonatige Verfallfrist – erneut – verstrichen. Jedoch ist es der Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Ausschlussfrist zu berufen.

44

a) Eine gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) unzulässige Rechtsausübung stellt die Berufung auf eine Ausschlussfrist dar, wenn zum Verfall von Ansprüchen führende Untätigkeit des Arbeitnehmers durch ein Verhalten des Arbeitgebers veranlasst worden ist (st. Rspr. vgl. BAG vom 05.06.2003, 6 AZR 249/02, zit. nach JURIS m.w.N.; s. auch BAG vom 10.10.2002, 8 AZR 8/02, NZA 2003, 329). Der Schuldner muss demnach den Gläubiger von der Geltendmachung des Anspruchs bzw. der Einhaltung der Verfallfrist abgehalten haben. Dies wird unter anderem auch dann angenommen, wenn der Schuldner den Eindruck erweckt hat, der Gläubiger könne darauf vertrauen, dass der Anspruch auch ohne Wahrung einer tariflichen Ausschlussfrist erfüllt werde. Dies ist vorliegend der Fall.

b) In ihrem Schreiben vom 11.10.2006, mit dem sie auf die Geltendmachung der Klägerin bezüglich der Ansprüche aus dem Jahre 2005 geantwortet hat, hat die Beklagte sich nicht auf Ausschlussfristen berufen, sondern im Gegenteil, erklärt, dass sie den Antrag der Klägerin fristwährend zur Personalakte nehmen und sie informieren werde, sobald das zu der zwischen den Parteien streitigen Frage geführte Arbeitsgerichtsverfahren rechtskräftig abgeschlossen sei. Schon diese Erklärung spricht dafür, dass die Klägerin nicht verpflichtet sein sollte, Ansprüche, hinsichtlich derer die Verfallfrist noch nicht abgelaufen war, gesondert geltend machen zu müssen. Wie oben ausgeführt, waren die ausdrücklich von der Klägerin für das Jahr 2005 geltend gemachten Ansprüche bereits verfallen. Wird, wie geschehen, zugunsten der Beklagten davon ausgegangen, dass sie mit ihrem Antwortschreiben bereits verfallene Ansprüche nicht mehr entstehen lassen wollte, so kann sich die Formulierung "fristwährend" nur auf Ansprüche des Jahres 2006 beziehen. Mit diesem Schreiben hat die Beklagte, wie sich auch aus dem weiteren Zusammenhang ergibt, in dem sie auf den Ausgang des arbeitsgerichtlichen Verfahrens veweist, zum Ausdruck gebracht, dass eine weitere Geltendmachung nicht erforderlich ist. 46

Das in Bezug genommene Verfahren ist durch Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 29.03.2007, in dem die Revision nicht zugelassen wurde, abgeschlossen worden. Mit Schreiben vom 11.07.2007, in dem sich die Beklagte wegen der Streitfrage an die betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter richtete und in dem sie erneut erklärt hat, dass Anträge auf Zusatzurlaub für Bereitschaftsdienste in den Nachtstunden ohne weitere Maßnahmen berücksichtigt würden, sobald eine höchstrichterliche Entscheidung in der Sache vorliege oder eine ausdrückliche Tarifregelung erfolge, hat sie erneut zum Ausdruck gebracht, dass die Geltendmachung weiterer Forderungen nicht erforderlich sei. Dies lag auch insoweit in ihrem Interesse, weil sie andernfalls eine Vielzahl von Anträgen einzelner betroffener Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hätte behandeln müssen, wohingegen sie bei abschließender Klärung der Streitfrage gegebenenfalls eine Gesamtabwicklung durchführen kann. Am 11.07.2007 dürften im Übrigen die Ansprüche der Klägerin für das Jahr 2006 noch nicht verfallen gewesen sein. Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BAT-KF ist Zahltag der 16. eines jeden Monats. § 36 Abs. 1 Satz 5 BAT-KF bestimmt, dass der Teil der Bezüge, der nicht in Monatsbeträgen festgelegt ist, sich nach der Arbeitsleistung des Vormonats bestimmt. Wird auf den 16.01. oder, was naheliegender ist, da der Monat Dezember zu erfassen gewesen wäre, auf den 16.02.2007 abgestellt, so war das Schreiben vom 11.07.2007 objektiv geeignet, die Klägerin an der Wahrung der bis dahin noch nicht abgelaufenen Ausschlussfrist zu hindern. 47

III 48

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO. 49

Die Revision wurde gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zugelassen. 50

