# Oberverwaltungsgericht NRW, 4 A 2803/12

| | |
|---|---|
| **Datum:** | 23.06.2016 |
| **Gericht:** | Oberverwaltungsgericht NRW |
| **Spruchkörper:** | 4. Senat |
| **Entscheidungsart:** | Urteil |
| **Aktenzeichen:** | 4 A 2803/12 |
| **ECLI:** | ECLI:DE:OVGNRW:2016:0623.4A2803.12.00 |

| | |
|---|---|
| **Vorinstanz:** | Verwaltungsgericht Köln, 1 K 4015/11 |
| **Schlagworte:** | Klinikärzte Höchstarbeitszeit Ausgleichstage Arbeitszeitrichtlinie |
| **Normen:** | ArbZG § 1; ArbZG § 3; ArbZG § 7; ArbZG § 12; ArbZG § 17; TV Ärzte § 5;; TV Ärzte § 6; TV Ärzte § 7; TV Ärzte § 26; BUrlG § 1; BUrlG § 3; RL 2003/88/EG; Art 1; RL 2003/88/EG Art. 6; RL 2003/88/EG § 7; RL 2003/88/EG § 15; |

**Leitsätze:**

Bei der Berechnung der nach dem Arbeitszeitgesetz und nach tarifvertraglicher Regelung zulässigen jahresdurchschnittlichen Höchstarbeitszeit für Ärzte in Universitätskliniken dürfen Tage des bezahlten Jahresurlaubs, auch soweit sie über den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch hinausgehen, nicht als Ausgleichstage berücksichtigt werden.

**Tenor:**

Die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 22.11.2012 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Der Kläger ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Auf die Arbeitsverhältnisse der bei ihm beschäftigten Ärzte findet – bis auf wenige Ausnahmen – der Tarifvertrag für Ärzte und Ärztinnen an Universitätskliniken vom 30.10.2006, der nunmehr in der Fassung des Änderungstarifvertrags Nr. 5 vom 17.4.2015 gilt (im Folgenden nur noch: TV-Ärzte), entweder direkte oder entsprechende Anwendung. 2

Die tariflichen Ansprüche der Ärzte auf Erholungsurlaub sind in § 26 TV-Ärzte geregelt. Gemäß § 26 Abs. 1 Satz 2 TV-Ärzte a. F. hatten Ärzte bis zum vollendeten 30. Lebensjahr einen Erholungsurlaubsanspruch unter Fortzahlung des Entgelts von 26 Arbeitstagen, bis zum vollendeten 40. Lebensjahr von 29 Arbeitstagen und nach dem vollendeten 40. Lebensjahr von 30 Arbeitstagen. Seit dem 1.1.2016 beträgt der entsprechende Urlaubsanspruch nach § 26 Abs. 1 Satz 2 TV-Ärzte generell 30 Arbeitstage. 3

Der Kläger führt für seine Beschäftigten, insbesondere für die am Bereitschaftsdienst teilnehmenden Ärzte, sogenannte Arbeitszeitschutzkonten. Auf diesen werden die wöchentliche Höchstarbeitszeit als Soll verbucht und die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden als Haben erfasst. An den Tagen des gesetzlichen Mindesturlaubs entspricht der Sollwert dem zugebuchten Habenwert. Urlaubstage, die über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehen, und auf Werktage fallende gesetzliche Feiertage wurden als Ausgleichstage mit einer geleisteten Arbeitszeit von null Stunden gebucht. Zwischen den Beteiligten ist seit November 2008 streitig, ob diese Verfahrensweise rechtmäßig ist. 4

Im August 2009 wies die Bezirksregierung L. den Kläger auf Folgendes hin: Mit Blick auf den Durchführungserlass des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 3.3.2008 zum Arbeitszeitgesetz und die Neufassung der LASI-Veröffentlichung LV 30 „Arbeitszeitgestaltung in Krankenhäusern“ (Ausgabe Juni 2009) seien Urlaubs- und Krankheitstage sowie gesetzlich anerkannte Feiertage nicht als Ausgleichstage heranzuziehen. Sie bitte, ab sofort entsprechend zu verfahren. 5

Hierauf erwiderte der Kläger unter Berufung auf zwei Rechtsgutachten sowie die Rechtsauffassung der Deutschen Krankenhausgesellschaft, dass zur Berechnung der zulässigen Höchstarbeitszeit nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ArbZG übergesetzliche (tarifliche) Urlaubstage und gesetzliche Feiertage als Ausgleichstage herangezogen werden dürften. 6

Im Juni 2010 machte der wissenschaftliche Personalrat des Klägers gegenüber der Bezirksregierung L. unter Berufung auf ein von ihm eingeholtes Gutachten geltend, dass die Umstellung der Arbeitszeitschutzkonten hinsichtlich der Anrechenbarkeit von Urlaubs-, Krankheits- und Feiertagen als Ausgleichstage gesetzes- und tarifwidrig sei. Hierauf erklärte der Kläger unter Bezugnahme auf von ihm eingeholte Gutachten, dass er an seiner bisherigen Rechtsauffassung festhalte. 7

Sodann teilte das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen der Bezirksregierung L. mit: Es bleibe bei der in der LASI-Veröffentlichung dargestellten Auffassung, wonach Urlaubs- und Krankheitstage sowie gesetzlich anerkannte Feiertage nicht als Ausgleichstage anzurechnen seien. Eine Anrechnungsmöglichkeit ergebe sich auch nicht aus § 7 Abs. 8 ArbZG, der ausschließlich die Länge des Ausgleichszeitraums regele. Gemäß Art. 16 der EU-Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG (im Folgenden: RL 2003/88/EG) müsse bezahlter Jahresurlaub tatsächlich zu einer Freistellung des Arbeitnehmers führen. Dem stehe auch nicht der Verweis auf Art. 7 RL 2003/88/EG 8

entgegen, der nur die Länge des Mindesturlaubs regele. Für eine Anrechenbarkeit der Sonn- und Feiertage als Ausgleichstage spreche auch nicht, dass die RL 2003/88/EG für diese Tage keine Einschränkungen vorsehe. Die Richtlinie werde hinsichtlich der Urlaubs- und Krankheitstage herangezogen, weil das Arbeitszeitgesetz hierzu keine Regelungen enthalte. Zu den Sonn- und Feiertagen lägen aber nationale richtlinienkonforme Vorschriften vor.

Nach Anhörung des Klägers teilte dieser mit, er habe die Wertung von Wochenfeiertagen und tariflichen übergesetzlichen Urlaubstagen als Ausgleichstage EDV-technisch umgesetzt. Bevor er eine erneut sehr aufwendige Umstellung vornehme, sei er an einer abschließenden rechtlichen Prüfung einer europarechtskonformen Berechnung der Höchstarbeitszeit interessiert. Hierauf ordnete die Bezirksregierung L. mit Bescheid vom 16.6.2011 an: 9

„Alle Urlaubstage, auch soweit sie über die 4 Wochen des gesetzlichen Urlaubs nach dem Bundesurlaubsgesetz hinausgehen, sind bei den Ausgleichsregelungen des § 3 Satz 2 und des § 7 Abs. 8 ArbZG mit ihrer Regelarbeitszeit zu berücksichtigen. Sie dürfen nicht als Ausgleichstage herangezogen werden. Ebenso sind die gesetzlichen Feiertage nicht als Ausgleichstage heranzuziehen.“ 10

Zudem drohte die Bezirksregierung L. für den Fall, dass der Kläger der Anordnung nicht bis zum 1.8.2011 nachkommen sollte, für jeden Fall der Überschreitung der durchschnittlichen Arbeitszeit gemäß § 3 ArbZG (innerhalb des Ausgleichszeitraums) ein Zwangsgeld in Höhe von 5.000,00 EUR je Mitarbeiter an. Zur Begründung führte sie aus: Die angeordnete Maßnahme beruhe auf § 17 Abs. 2 ArbZG und sei erforderlich, damit der Kläger seine Pflicht zur Einhaltung der arbeitszeitgesetzlichen Höchstgrenzen erfülle. Die Anrechnung von Feiertagen und über den Mindesturlaubsanspruch hinausgehenden Urlaubstagen als Ausgleichstage sei rechtswidrig. Zwar sei im Arbeitszeitgesetz nicht geregelt, ob und inwieweit Urlaubs- und Krankheitstage und Tage sonstiger Arbeitsbefreiung in die Berechnung des Zeitausgleichs nach §§ 3, 7 ArbZG einbezogen werden könnten. Nach Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG blieben aber die nach Art. 7 RL 2003/88/EG gewährten Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs sowie Krankheitszeiten unberücksichtigt oder seien neutral. § 3 ArbZG sei daher richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass sich Urlaubs- und Krankheitstage bei der Durchschnittsberechnung nicht auswirken dürften. 11

Der Kläger hat Klage erhoben, zu deren Begründung er geltend gemacht hat: Die zutreffende richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitszeitgesetzes ergebe, dass übergesetzliche Urlaubstage als Ausgleichstage für bereits geleistete Arbeit heranzuziehen seien. Das Arbeitszeitgesetz enthalte keine Regelungen dazu, ob und inwieweit übergesetzliche Urlaubstage als Ausgleichstage zu berücksichtigen seien. Gemäß Art. 16 RL 2003/88/EG blieben die nach Art. 7 gewährten Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs sowie die Krankheitszeiten bei der Berechnung des Durchschnitts unberücksichtigt oder seien neutral. Da in Art. 7 RL 2003/88/EG nur der jährliche Mindesturlaub von 4 Wochen geregelt werde, der in § 3 BUrlG umgesetzt worden sei, verbiete der hierauf verweisende Art. 16 RL 2003/88/EG nicht, übergesetzlichen tariflichen Urlaub als Ausgleichszeit heranzuziehen. Die Länge des tariflich ausgehandelten Urlaubs hänge häufig nicht nur von den Erwägungen des Gesundheitsschutzes ab, sondern von einem „Gesamtpaket Vergütung im Verhältnis zur Arbeitszeit“. Übergesetzlicher Urlaub diene nicht zwingend dem Schutz vor Überlastung. Im Übrigen müsse der durch das Arbeitszeitgesetz gewährte Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer einheitlich für die jeweilige Berufsgruppe erfolgen. Es sei nicht sachgerecht, den Gesundheitsschutz davon abhängig zu machen, ob Tarifverträge Anwendung fänden. Auch der TV-Ärzte verbiete nicht, tarifliche Urlaubstage bei der Führung von Arbeitszeitschutzkonten als Ausgleichstage heranzuziehen. Gesetzliche Feiertage seien 12

ebenfalls als Ausgleichstage heranzuziehen, da sie die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit, auf die § 7 Abs. 8 ArbZG abstelle, minderten. Mit der Anknüpfung an die wöchentliche Arbeitszeit in § 7 Abs. 8 ArbZG bringe der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass gesetzliche Feiertage nicht zusätzlich als Ruhetage zu berücksichtigen seien. Im Übrigen stelle der Erlass des MAGS vom 3.3.2008 lediglich eine verwaltungsinterne allgemeine Anweisung dar. Sofern sich diese Auslegung durchsetze, müsse der Kläger etwa 40 neue Arztstellen schaffen.

Der Kläger hat beantragt, 13

den Bescheid der Bezirksregierung L. vom 16.6.2011 (Az.: 56.4-8435-Bf) aufzuheben. 14

Der Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Er hat unter anderem geltend gemacht: Der Kläger überschreite mit der Anrechnung des übergesetzlichen Urlaubsanspruchs und der gesetzlichen Feiertage als Ausgleichstage die höchst zulässige Arbeitszeit nach § 3 ArbZG. Urlaub diene grundsätzlich der Erholung und Vermeidung von Überlastung der Arbeitnehmer. Eine Differenzierung zwischen gesetzlichem und übergesetzlichem Urlaub sei nicht verständlich. Im Übrigen könne ein Feiertag schon deshalb nicht als Ausgleichstag herangezogen werden, weil das Arbeitszeitgesetz für die Arbeit an solchen Tagen besondere Ausgleichsregelungen (Ersatzruhetage) vorsehe. 17

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Der Kläger verstoße mit der Anrechnung der gesetzlichen Feiertage und der tariflichen Urlaubstage, die über den gesetzlichen Urlaubsanspruch nach § 3 BUrlG hinausgingen, als Ausgleichstage gegen die gesetzlichen Regeln zur Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit nach § 3 ArbZG. Urlaubs- und Feiertage müssten bei den Ausgleichsregelungen des § 3 Satz 2 und des § 7 Abs. 8 ArbZG unberücksichtigt bleiben. Im Arbeitszeitgesetz und im TV-Ärzte sei zwar nicht geregelt, ob und welche Urlaubstage sowie Tage sonstiger Arbeitsbefreiung in die Berechnung des Zeitausgleichs einbezogen werden könnten. Nach Art. 7 RL 2003/88/EG betrage aber der zwingend zu gewährende bezahlte Mindestjahresurlaub vier Wochen. Auch gebiete Art. 15 RL 2003/88/EG, die Anwendung von für Arbeitnehmer günstigeren Regelungen zu fördern oder zu gestatten. Fehlten tarifvertragliche gestaltende Regelungen, sei der tarifliche Mehrurlaub wie eine Verlängerung des Mindesturlaubs zu behandeln. Der Urlaub diene grundsätzlich der Erholung, was auch für den über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Urlaub gelte. Demnach blieben die Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs bei der Berechnung des Durchschnitts der geleisteten Arbeitsstunden insgesamt unberücksichtigt oder seien neutral, wie es Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG für den Mindesturlaub zwingend bestimme. Gleiches gelte für die gesetzlichen Feiertage. 18

Mit seiner Berufung wendet sich der Kläger gegen die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass der übergesetzliche Urlaubsanspruch wie der Mindesturlaub zu behandeln sei. Art. 15 RL 2003/88/EG stünde der Berücksichtigung von übergesetzlichen Urlaubstagen als Ausgleichstage nur entgegen, wenn die Tarifvertragsparteien eine entsprechende Regelung getroffen hätten, was aber nicht der Fall sei. § 26 TV-Ärzte diene nicht dem Gesundheitsschutz, sondern regele schlicht die Arbeitszeit, die dem Verdienst gegenüberstehe. Ebenso seien gesetzliche Feiertage als Ausgleichstage heranzuziehen. Zwar sehe § 11 Abs. 1 ArbZG grundsätzlich vor, dass bei einer Beschäftigung an Feiertagen Ersatzruhetage zu gewähren seien. Diese Regelung sei jedoch gemäß § 12 ArbZG 19

tarifdispositiv. Aus § 6 Abs. 3 TV-Ärzte folge, dass für Arbeitszeit an einem gesetzlichen Feiertag, der auf einen Werktag falle, nicht zwingend ein Ersatzruhetag zu gewähren sei, sondern bei Nichtinanspruchnahme des Ersatzruhetags aus betrieblichen Gründen auch ein entsprechendes Entgelt ausgezahlt werden könne. Folglich gehe der TV-Ärzte selbst davon aus, dass an Feiertagen gearbeitet werden könne und diese damit auch als Ausgleichszeitraum zur Verfügung stünden.

Der Kläger beantragt, 20

das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 12.11.2012 abzuändern und den Bescheid der Bezirksregierung L. vom 16.6.2011 (Az.: 56.4.-8435-Bf) aufzuheben. 21

Der Beklagte beantragt, 22

die Berufung zurückzuweisen. 23

Er hält an der angefochtenen Ordnungsverfügung fest und macht ergänzend geltend: Die Verrechnungsmethode der Klägerin sei keine im Vergleich zur RL 2003/88/EG günstigere Regelung für die Ärzte. Sie bewirke, dass nicht nur die Arbeitszeit an einem Tag erhöht werde, sondern zugleich der Ausgleichstag faktisch entfalle. Auch würden die Arbeitszeiten auf das Jahr gesehen unzulässig erhöht. 24

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und des beigezogenen Verwaltungsvorgangs des Beklagten Bezug genommen. 25

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 26

Die Berufung des Klägers ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. 27

Die Anfechtungsklage ist zulässig, jedoch nicht begründet. Die Ordnungsverfügung der Bezirksregierung L. vom 16.6.2011 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). 28

I. Rechtsgrundlage für die angefochtene Verfügung ist § 17 Abs. 2 ArbZG. Nach dieser Vorschrift kann die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Maßnahmen anordnen, die der Arbeitgeber zur Erfüllung der sich aus dem Arbeitszeitgesetz und den auf Grund des Arbeitszeitgesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten zu treffen hat. Mit dieser Vorschrift sollen der Aufsichtsbehörde in Form einer Generalklausel die notwendigen Befugnisse eingeräumt werden, um die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes sicherzustellen und durchzusetzen. 29

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 10.5.2011 – 4 A 1403/08 –, NWVBl. 2012, 112 = juris, Rn. 26 f., 30

m. w. N. 31

1. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 ArbZG liegen vor. Die Anordnungen in der angefochtenen Ordnungsverfügung für die bei dem Kläger als Arbeitnehmer beschäftigten und nicht vom Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes nach § 18 ArbZG ausgenommenen Ärzte, 32

33

„Alle Urlaubstage, auch soweit sie über die 4 Wochen des gesetzlichen Urlaubs nach dem Bundesurlaubsgesetz hinausgehen, sind bei den Ausgleichsregelungen des § 3 Satz 2 und des § 7 Abs. 8 ArbZG mit ihrer Regelarbeitszeit zu berücksichtigen. Sie dürfen nicht als Ausgleichstage herangezogen werden. Ebenso sind die gesetzlichen Feiertage nicht als Ausgleichstage heranzuziehen.“,

sind angesichts der in der Vergangenheit tatsächlich erfolgten Ausgestaltung der Arbeitszeitschutzkonten durch den Kläger und seiner ausdrücklichen Ankündigung, diese nach einer Klärung der Rechtslage gegebenenfalls wieder aufgreifen zu wollen, zur Einhaltung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit der Ärzte erforderlich. Der Kläger ermöglichte bei der Beschäftigung seiner Ärzte, dass deren nach §§ 3, 7 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 8 ArbZG, § 6 TV-Ärzte a. F. (nunmehr in der Fassung des Änderungstarifvertrags Nr. 5 vom 17.4.2015, im Folgenden nur noch: TV-Ärzte) höchst zulässige Arbeitszeit überschritten wurde, indem er auf sogenannten Arbeitszeitschutzkonten Urlaubstage, die über den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch von vier Wochen hinausgingen, und generell alle auf einen Werktag fallenden gesetzlichen Feiertage als sogenannte Ausgleichstage mit einer geleisteten Arbeitszeit von null Stunden anrechnete. Entgegen der Auffassung des Klägers müssen sämtliche Urlaubstage – und zwar unabhängig davon, ob der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende Mehrurlaub tariflich oder durch Individualarbeitsvertrag vereinbart wurde – und grundsätzlich auch die auf Werktage fallenden gesetzlichen Feiertage bei der Berechnung der geleisteten Durchschnittsarbeitszeit im Sinne der §§ 3 Satz 2, 7 Abs. 8 ArbZG entweder (von vornherein) unberücksichtigt bleiben oder neutral sein. Denn an diesen Tagen besteht unter Fortzahlung des Entgelts keine Arbeitsverpflichtung. Dies ist bei der Führung der Arbeitszeitschutzkonten, auf denen die wöchentliche Höchstarbeitszeit als Soll und die tatsächliche geleistete Arbeitszeit als Haben verbucht werden, anders als in der früheren EDV-technischen Umsetzung entsprechend zu berücksichtigen. 34

Nach den hier maßgeblichen Regelungen des Arbeitszeitgesetzes dürfen bestimmte – grundsätzlich werktägliche – Höchstarbeitszeitgrenzen nicht überschritten werden; ohne schriftliche Einwilligung zu einer abweichenden tarifvertraglichen Bestimmung oder hierauf beruhenden Betriebs- oder Dienstvereinbarung nach §§ 7 Abs. 2a und Abs. 7 ArbZG insbesondere betreffend ein besonderes Bereitschaftsdienstmodell (sogenanntes „Opt-out“) darf die Arbeitszeit in keinem Fall 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von 12 Kalendermonaten überschreiten (§ 7 Abs. 8 Satz 1 ArbZG). Im Einzelnen ist bestimmt: Gemäß § 3 Satz 1 ArbZG darf die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer (grundsätzlich) 8 Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu 10 Stunden nur verlängert werden, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden (§ 3 Satz 2 ArbZG). Hiervon abweichend kann die Arbeitszeit (u. a.) in einem Tarifvertrag auf über 10 Stunden werktäglich verlängert werden, wenn – wie hier – in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt [§ 7 Abs. 1 Nr.1 lit. a) ArbZG, § 7 Abs. 4 TV-Ärzte], und ein anderer Ausgleichszeitraum festgelegt werden [§ 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ArbZG]. Werden Regelungen (u. a.) nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG zugelassen, darf die Arbeitszeit 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von 12 Kalendermonaten nicht überschreiten (§ 7 Abs. 8 Satz 1 ArbZG). 35

Nur wenn der Arbeitnehmer schriftlich eingewilligt hat, kann auf der Grundlage einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung oder hierauf beruhenden Betriebs- oder Dienstvereinbarung die werktägliche Arbeitszeit auch ohne Ausgleich über acht Stunden verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt und durch besondere Regelungen 36

sichergestellt wird, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird (§ 7 Abs. 2a und Abs. 7 ArbZG). § 7 Abs. 5 TV-Ärzte erlaubt auf dieser Grundlage unter zusätzlichen Voraussetzungen in der Bereitschaftsdienststufe I eine wöchentliche Arbeitszeit von bis zu maximal 58 Stunden und in der Bereitschaftsdienststufe II eine wöchentliche Arbeitszeit von 54 Stunden, jeweils im Durchschnitt von einem Jahr.

§ 7 Abs. 8 ArbZG, der durch Art. 4b Nr. 2 lit. f) des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 (BGBl. I S. 3002) eingeführt wurde, setzt durch die Verlängerung des Bezugszeitraums auf zwölf Monate Art. 19 Abs. 2 RL 2003/88/EG um und relativiert damit die Auswirkungen der in Art. 6 RL 2003/88/EG an sich für einen Siebentageszeitraum vorgesehenen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden. Hierdurch soll den Tarifpartnern eine weitere Flexibilisierung ermöglicht werden, ebenso wie mit der zeitgleich eingeführten, auf Art. 22 RL 2003/88/EG beruhenden Möglichkeit nach § 7 Abs. 2a und Abs. 7 ArbZG, mit Einwilligung des Arbeitnehmers die werktägliche Arbeitszeit auch ohne Ausgleich über acht Stunden hinaus zu verlängern. 37

Vgl. BT-Drs. 15/1587, S. 14 ff. und 30 f.; Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 107, 141, 149. 38

Bei der den Vorgaben der §§ 3 Satz 2, 7 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 8 ArbZG bzw. des § 7 Abs. 5 TV-Ärzte i. V. m. § 7 Abs. 2a und Abs. 7 ArbZG entsprechenden Berechnung der Durchschnittsarbeitszeit dürfen als Ausgleichstage für geleistete überdurchschnittliche Mehrarbeit grundsätzlich nur solche Tage berücksichtigt werden, an denen der Arbeitnehmer nicht arbeitet, obwohl er an sich zur Arbeit verpflichtet ist. Deshalb dürfen bei der Führung von Arbeitszeitschutzkonten bezahlte Urlaubstage (dazu unten a) und gesetzliche Feiertage, auch wenn sie auf einen Werktag fallen, nicht als Ausgleichstage angerechnet werden (dazu unten c). Für Urlaubstage, die über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehen, ist dieses Normverständnis auch unionsrechtlich geboten (dazu unten b). 39

a) Bei der Berechnung der Durchschnittsarbeitszeit scheiden bezahlte (Erholungs-)Urlaubstage als (Freizeit-)Ausgleichstage aus. Dies gilt sowohl für den gesetzlichen Mindesturlaub, der bei einer 6-Tage-Woche 24 Werktage und damit vier Wochen beträgt (vgl. § 3 Abs. 1 BUrlG), als auch für den gemäß § 26 Abs. 1 Satz 2 TV-Ärzte tariflich oder durch Individualarbeitsvertrag vereinbarten Mehrurlaub. 40

Zwar regelt das Arbeitszeitgesetz nicht unmittelbar, dass Urlaubstage bei der Berechnung der höchstzulässigen Arbeitszeit nicht als Ausgleichstage angerechnet werden dürfen. Einer solchen Regelung bedurfte es aber auch nicht. Eine Berücksichtigung von Urlaubstagen als Ausgleichstage, d. h. ihre Bewertung als Arbeitstage mit nicht geleisteter Arbeitszeit (Eintrag mit „null Stunden“), scheidet schon deshalb aus, weil sowohl der Mindesturlaub als auch der übergesetzliche tarifliche oder individualvertragliche Erholungsurlaub die Arbeitnehmer unter Fortzahlung des Entgelts von der Arbeitspflicht zur Erholung generell befreit, ohne dass insoweit die Pflicht zur Nacharbeit vereinbart ist. Die damit nicht als Arbeitszeit anzusehenden Tage des Erholungsurlaubs müssen deshalb beim Arbeitszeitausgleich unberücksichtigt bleiben. 41

Vgl. in diesem Sinn LAG Brandenburg, Urteil vom 27.5.2005 – 5 Sa 141/04 –, NZA-RR 2005, 626 = juris, Rn. 28; siehe auch BVerwG, Urteil vom 17.9.2015 – 2 C 26.14 –, ZBR 2016, 199 = juris, Rn. 63. 42

Der Arbeitnehmer ist während dieser Zeit unter Fortzahlung seiner Vergütung (vgl. § 1 BUrlG, § 26 Abs. 1 Satz 1 TV-Ärzte) bereits von der vertraglich geschuldeten Arbeitsverpflichtung 43

freigestellt. Die Erfüllung eines Anspruchs auf Erholungsurlaub setzt voraus, dass der Arbeitnehmer durch sog. Freistellungserklärung des Arbeitgebers zu Erholungszwecken von seiner sonst bestehenden Arbeitspflicht befreit wird.

Vgl. BAG, Urteil vom 15.1.2013 – 9 AZR 430/11 –, m. w. N., BAGE 144, 150 = juris, Rn. 20. 44

Ausgehend davon darf der Ausgleich von Mehrarbeit an einzelnen Arbeitstagen nur durch Minderarbeit an anderen Arbeitstagen, nicht aber durch fingierte Arbeitszeit in Zeiten bezahlten Erholungsurlaubs erfolgen. Eine solche Anrechnung von Urlaub führte letztlich im Übrigen dazu, dass es sich nicht mehr um bezahlten Urlaub handelte, weil die hierdurch freigestellte Zeit wieder herausgearbeitet werden müsste. Schließlich führte sie zu einer Verdichtung der verbleibenden Arbeitszeit über das Ausmaß hinaus, das § 7 Abs. 8 ArbZG bzw. § 7 Abs. 5 TV-Ärzte i. V. m. § 7 Abs. 2a und Abs. 7 ArbZG äußerstenfalls zulassen. Diese Bestimmungen schützen – ebenso wie § 3 ArbZG – die Arbeitnehmer aber gerade, wenn auch infolge der zugestandenen Durchschnittsbildung nur mittelbar, vor einer übermäßigen Verdichtung der Arbeitszeit an einzelnen Arbeitstagen. Die Einberechnung von bezahltem Urlaub, unabhängig davon, ob er auf Gesetz, Tarifvertrag oder Individualabrede beruht, in die durchschnittliche Höchstarbeitszeit ließe eine solche Verdichtung der Arbeitszeit an den verbleibenden Arbeitstagen zu und führte damit zu einer weiteren Belastung der Arbeitnehmer, die § 7 Abs. 8 ArbZG bzw. § 7 Abs. 5 TV-Ärzte jedenfalls ausschließen. 45

Dem steht nicht entgegen, dass sowohl der Erholungsurlaub (vgl. § 1 BUrlG), auch soweit er über die gesetzliche Mindestdauer hinausgeht, als auch der gesetzliche Arbeitszeitschutz (vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG) der Erholung sowie Gesunderhaltung des Arbeitnehmers dienen. Die grundsätzliche Vergleichbarkeit der Zielrichtung in beiden gesetzlichen Regelungen hat nicht zur Folge, dass die Arbeitszeit, die infolge Urlaubs nicht zu leisten ist, nochmals dem Arbeitszeitausgleich dient. Denn der gesetzliche Arbeitszeitschutz und das gesetzliche Urlaubsrecht stehen bei gleichgerichtetem Schutzziel nebeneinander und ergänzen sich gegenseitig. 46

Vgl. Schliemann, ArbZG, 2. Aufl. 2013, § 3 ArbZG, Rn. 87. 47

Die hiervon abweichend vertretene Auffassung, wonach Urlaubstage wegen des vergleichbaren Schutzzwecks in vollem Umfang als Ausgleichstage herangezogen werden können sollen, 48

vgl. Dobberahn, Das neue Arbeitszeitgesetz in der Praxis, 2. Aufl. 1996, Rn. 31, 49

berücksichtigt nicht ausreichend den Zweck des Erholungsurlaubs, die Arbeitnehmer unter Fortzahlung des Entgelts von der Arbeitspflicht ersatzlos freizustellen. 50

Unerheblich ist der Einwand des Klägers, Schutzzweck des § 26 TV-Ärzte sei gerade nicht der Gesundheitsschutz. Unabhängig davon, ob nur der gesetzliche (Mindest-)Urlaubsanspruch in einem engeren Sinne dem Gesundheitsschutz dient oder auch der Anspruch auf tariflichen Mehrurlaub, ist der Arbeitnehmer in beiden Fällen jedenfalls zu Erholungszwecken von seiner Arbeitsverpflichtung freigestellt. 51

Offen bleiben kann, ob und gegebenenfalls wie Tarifparteien Abweichendes vereinbaren können. Jedenfalls ist hier für einen Regelungswillen der Tarifparteien, den Mehrurlaub bei der Berechnung der zulässigen Höchstarbeitszeit anders – und zwar für den Arbeitnehmer ungünstiger – zu verrechnen als den gesetzlichen Urlaubsanspruch, nichts ersichtlich. Zwar 52

enthalten die §§ 6-11, 26 TV-Ärzte keine Regelungen dazu, wie Urlaubstage bei der Berechnung der Durchschnittsarbeitszeit zu behandeln sind. § 26 TV-Ärzte differenziert jedoch seinem Wortlaut nach nicht zwischen dem gesetzlichen Mindest- und dem tariflichen Mehrurlaub, sondern spricht allgemein von „Erholungsurlaub“. Fehlen indes – wie hier – Anhaltspunkte für einen Regelungswillen der Tarifparteien, den Anspruch auf tariflichen Mehrurlaub anders zu behandeln als den gesetzlichen Urlaubsanspruch, ist von einem „Gleichlauf“ beider Ansprüche auszugehen.

Vgl. zum Begriff des „Gleichlaufs“ bei der Befristung und Übertragung bzw. beim Verfall des Urlaubs: BAG, Urteil vom 22.5.2012 – 9 AZR 575/10 –, PersR 2012, 411 = juris, Rn. 12. 53

Entgegen der Auffassung des Klägers liegt in der Gleichbehandlung beider Urlaubsansprüche auch keine ungerechtfertigte arbeitszeitrechtliche Besserstellung derjenigen Ärzte, für die der TV-Ärzte gemäß § 1 (nur) deshalb gilt, weil ihr Arbeitgeber Mitglied der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) oder eines Mitgliedsverbandes der TdL ist. Der Kläger wendet den TV-Ärzte ungeachtet des Fehlens einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG auf sämtliche bei ihm beschäftigten Ärzte an, die die Voraussetzungen des § 1 TV-Ärzte erfüllen, auch wenn sie keine Mitglieder des Marburger Bundes sind. Jedenfalls betrifft die Frage, ob ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Mehrurlaub hat, aber allein das tarifvertragliche Urlaubsrecht. In diesem und in der Tarifvertragsfreiheit sind unterschiedliche Urlaubslängen gerade angelegt, ohne dass darin ein Gleichheitsverstoß liegt. Davon abzugrenzen ist die hier streitgegenständliche Frage, wie tarifliche bzw. individualvertraglich vereinbarte Ansprüche auf Mehrurlaub arbeitszeitrechtlich zu behandeln sind. Das Arbeitszeitrecht setzt der (Tarif?)Vertragsfreiheit teils zwingende Grenzen, teils lässt es abweichende tarifvertragliche Regelungen zu (vgl. §§ 7, 12 ArbZG). Es lässt aber keinen Raum dafür, die arbeitszeitrechtlichen Mindestanforderungen als Folge tarif- bzw. individualvertraglicher Unterschiede bei der Urlaubslänge zu unterschreiten. 54

b) Auch eine an der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG orientierte Auslegung der §§ 3 Satz 2, 7 Abs. 8 ArbZG bzw. des § 7 Abs. 5 TV-Ärzte i. V. m. § 7 Abs. 2a und Abs. 7 ArbZG verlangt, dass bei der Berechnung der Durchschnittsarbeit die Tage des (tariflichen bzw. durch Individualabrede vereinbarten) Mehrurlaubs nicht als Ausgleichstage berücksichtigt werden dürfen. 55

Vgl. zum Erfordernis, das der nationalen Regelung zugrunde liegende Richtlinienrecht bei der Auslegung zu berücksichtigen, z. B. EuGH, Urteil vom 19.1.2010 – C-555/07 –, NJW 2010, 427 = juris, Rn. 48. 56

Gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind. Das Recht der Mitgliedstaaten, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigere Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen oder die Anwendung von für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigeren Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern zu fördern oder zu gestatten, bleibt unberührt (Art. 15 RL 2003/88/EG). Nach Art. 16 Satz 1 lit. b) RL 2003/88/EG können die Mitgliedstaaten für Art. 6 (wöchentliche Höchstarbeitszeit) einen Bezugszeitraum bis zu vier Monaten vorsehen, der im Wege eines Tarifvertrags oder aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern verlängert werden kann, aber ohne Einwilligung des Arbeitnehmers auf keinen Fall 12 57

Monate überschreiten darf (Art. 18, 19 Satz 2 und 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG). Nach Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG bleiben die nach Art. 7 gewährten Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs sowie die Krankheitszeiten bei der Berechnung des Durchschnitts unberücksichtigt oder sind neutral.

Zweck der Arbeitszeitrichtlinie ist es, in den Mitgliedstaaten die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung zu verbessern. Die Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz stellen Zielsetzungen dar, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfen (vgl. Erwägungsgründe 2 und 4 der RL 2003/88/EG). 58

Aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 und 2 lit. a), Art. 7 Abs. 1 und Art. 15 RL 2003/88/EG geht zudem hervor, dass die Richtlinie sich auf die Aufstellung von Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung beschränkt und die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lässt, für den Schutz der Arbeitnehmer günstigere nationale Vorschriften anzuwenden. 59

Vgl. EuGH, Urteil vom 3.5.2012 – C-337/10 –, NVwZ 2012, 688 = juris, Rn. 18 und 35. 60

Ausgehend hiervon sind nach Art. 6, 16 Satz 2, 18, 19 Satz 2 und 22 RL 2003/88/EG die §§ 3 Satz 2, 7 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 8 ArbZG bzw. § 7 Abs. 5 TV-Ärzte i. V. m. § 7 Abs. 2a und Abs. 7 ArbZG so auszulegen, dass Zeiten bezahlten Jahresurlaubs, auch soweit sie über die gesetzliche Mindestdauer hinausgehen, nicht als Ausgleichszeiträume herangezogen werden dürfen. Richtlinie und das sie umsetzende Arbeitszeitgesetz regeln jeweils die „Arbeitszeitgestaltung“ (Art. 1 Abs. 1 RL 2003/88/EG, § 1 Nr. 1 ArbZG) und lassen keinen Raum, Erholungsurlaub als Arbeitszeit zu betrachten und deshalb in deren Gestaltung einzubeziehen. Dementsprechend schreibt Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG vor, die nach Art. 7 RL 2003/88/EG gewährten Zeiten bezahlten Jahresurlaubs müssten bei der Berechnung der durchschnittlichen Höchstarbeitszeit im Bezugszeitraum unberücksichtigt bleiben oder neutral sein. Nach ihrem Wortlaut kann sich die Formulierung „nach Art. 7 gewährten Zeiten bezahlten Jahresurlaubs“ entweder auf die Urlaubszeiten beziehen, die unter Beachtung der Mindestvorgaben des Art. 7 tatsächlich gewährt werden, oder nur auf den mindestens zu gewährenden Urlaub von vier Wochen. Allerdings entspricht dem vom Arbeitszeitgesetz geteilten Sinn und Zweck der Richtlinie, die jedenfalls einzuhaltende Mindestvorgaben für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung trifft, nur ein Verständnis, wonach Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG auch auf weitergehenden, den Mindestjahresurlaub übersteigenden, nach innerstaatlichem Recht gewährten bezahlten Erholungsurlaub anzuwenden ist. 61

So im Ergebnis auch für einen Fall fehlender Umsetzung der RL 2003/88/EG: BVerwG, Urteil vom 17.9.2015 – 2 C 26.14 –, ZBR 2016, 199 = juris, Rn. 16 ff., 62 f. 62

Dies gilt unabhängig davon, ob der Mehrurlaub auf Gesetz, Tarifvertrag oder Individualarbeitsvertrag beruht. 63

Art. 7 RL 2003/88/EG enthält nach seinem Wortlaut zum Schutz des Arbeitnehmers (lediglich) eine Mindestvorschrift für die Länge des zu gewährenden Erholungsurlaubs und steht gemäß Art. 15 RL 2003/88/EG Ansprüchen auf Jahres- bzw. Erholungsurlaub, soweit das nationale Recht einen derartigen Anspruch für mehr als vier Wochen begründet, nicht entgegen. Der Europäische Gerichtshof hat bereits entschieden, dass die RL 2003/88/EG Bestimmungen des nationalen Rechts erlaubt, die einen Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub von mehr als vier Wochen vorsehen, der unter den in diesen nationalen 64

Bestimmungen niedergelegten Bedingungen für die Inanspruchnahme und Gewährung eingeräumt wird.

Vgl. EuGH, Urteil vom 3.5.2012 – C-337/10 –, NVwZ 2012, 688 = juris, Rn. 34, unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 24.1.2012 65

– C-282/10 –, NJW 2012, 509 = juris, Rn. 47 ff. 66

Den Mitgliedstaaten steht es daher frei, Arbeitnehmern zusätzlich zu dem Anspruch auf einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen weitere Ansprüche auf bezahlten Urlaub einzuräumen und die Bedingungen für die Inanspruchnahme und Gewährung des Mehrurlaubs nach nationalem Recht festzulegen. Ebenso können Tarifvertragsparteien Urlaubsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG gewährleisteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln. 67

Vgl. BAG, Urteil vom 22.5.2012 – 9 AZR 575/10 –, PersR 2012, 411 = juris, Rn. 10, m. w. N. 68

Ist hiernach in § 26 TV-Ärzte („Erholungsurlaub“) bzw. durch entsprechende Individualabrede richtlinienkonform ein über Art. 7 RL 2003/88/EG, §§ 1, 3 BUrlG hinaus gehender Urlaubsanspruch und damit (grundsätzlich) eine für die angestellten Ärzte des Klägers günstigere Regelung vereinbart, widerspricht es dem gemeinsamen Schutzzweck von Richtlinie und Arbeitszeitgesetz, die Tage des Mehrurlaubs abweichend von Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG als Ausgleichstage anzurechnen. Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG stellt sicher, dass die in Übereinstimmung mit Art. 7 und 15 RL 2003/88/EG gewährten Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs dem Arbeitnehmer in vollem Umfang zum Zweck der Erholung zur Verfügung stehen. Er bezweckt, dass ein Freizeitausgleich für geleistete Mehrarbeit außerhalb der Urlaubszeit erfolgen muss, d. h. in Zeiten, in denen der Arbeitnehmer an sich zur Arbeit verpflichtet ist. Nur Arbeitszeiten und nicht auch Urlaubszeiten dürfen Gegenstand der „Arbeitszeitgestaltung“ sein. 69

Die Richtlinie beschränkt sich – wie dargelegt – auf die Aufstellung von Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung und lässt gemäß Art. 15 RL 2003/88/EG die Anwendung günstigerer nationaler Bestimmungen ausdrücklich zu. Regelungen und praktische Handhabungen, die zu Ungunsten des Arbeitnehmers von dem durch die Richtlinie gewährleisteten Mindestschutz abweichen, sind unzulässig. Die Anrechnung der (richtlinienkonform vereinbarten) Tage des übergesetzlichen Mehrurlaubs als Ausgleichstage stellt im Vergleich zu Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG eine ungünstigere Handhabung dar. Denn sie liefe der auf die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zielenden Ausrichtung des Arbeitszeitrechts zuwider. Die Berücksichtigung des Mehrurlaubs als Ausgleichszeit hat für den Arbeitnehmer belastenden Charakter, weil sich hierdurch im jährlichen Bezugszeitraum die maximal zulässige Arbeitsleistung um die Zahl der Ausgleichstage erhöht und die vermehrte Arbeitsleistung an den verbleibenden Arbeitstagen nicht nur erbracht werden darf, sondern grundsätzlich auch erbracht werden muss. Der Sache nach werden diese Zeiten des arbeitsfreien bezahlten Jahresurlaubs zum Zweck des Arbeitszeitausgleichs aufgebraucht. Hierdurch würde die Arbeitszeit stärker verdichtet als dies durch die Begrenzung der absoluten wöchentlichen Höchstarbeitszeit auf 48 Stunden im Durchschnitt von zwölf Kalendermonaten zulässig ist, sofern kein Einverständnis mit einer höheren Wochenstundenzahl vorliegt (Art. 22 Abs. 1 RL 2003/88/EG). Es ist aber kein sachlicher, nicht nur rein wirtschaftlichen Interessen dienender, Grund ersichtlich, der es gebieten könnte, abweichend vom Schutzzweck der Richtlinie und des Arbeitszeitgesetzes auf den in § 26 TV-Ärzte bzw. durch Individualabrede 70

richtlinienkonform vereinbarten Mehrurlaub die Regelung des Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG nicht anzuwenden.

c) Ebenso dürfen gesetzliche Feiertage, auch soweit sie auf Werktage fallen, nicht als Ausgleichstage angerechnet werden. Feiertage, die auf Sonntage fallen, sowie Sonntage betrachtet der Kläger selbst nicht als Ausgleichstage. Ausgleichstage können nur Tage sein, an denen der Arbeitnehmer nicht arbeitet, obwohl er an sich zur Arbeit verpflichtet ist. Dies ist an gesetzlichen Feiertagen gerade nicht der Fall, weil hier eine Beschäftigung nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Gemäß § 9 Abs. 1 ArbZG dürfen Arbeitnehmer an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen von 0 bis 24 Uhr nicht beschäftigt werden, es sei denn, es liegt ein Ausnahmefall im Sinne des § 10 ArbZG vor. 71

Das grundsätzliche Arbeitsverbot an Sonn- und Feiertagen (vgl. insoweit auch §§ 3, 4 Feiertagsgesetz NRW) dient dem Zweck, den durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Sonn- und Feiertage als „Tage der Arbeitsruhe“ und „der seelischen Erhebung“ umzusetzen (vgl. § 1 Nr. 2 ArbzG). Denn der zeitliche Gleichklang einer für alle Bereiche regelmäßigen Arbeitsruhe ist ein grundlegendes Element für die Wahrnehmung der verschiedenen Formen sozialen Lebens. 72

Vgl. zum Schutzauftrag an den Gesetzgeber: BVerfG, Urteil vom 1.12.2009 – 1 BvR 2857/07 u. a. –, BVerfGE 125, 39 = juris, Rn. 152 ff.; siehe ferner BVerwG, Urteil vom 26.11.2014 – 6 CN 1.13 –, BVerwGE 150, 327 = juris, Rn. 15, m. w. N. 73

Um die Sonn- und Feiertagsbeschäftigung auf ein unabdingbares Mindestmaß zu begrenzen, bestimmt § 10 Abs. 1 ArbZG, dass Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen abweichend von § 9 in den in § 10 Abs. 1 ArbZG aufgeführten Fällen – hier Nr. 3: in Krankenhäusern – ausnahmsweise (nur) beschäftigt werden dürfen, sofern die Arbeiten nicht an Werktagen vorgenommen werden können. 74

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.9.2000 – 1 C 17.99 –, BVerwGE 112, 51 = juris, Rn. 31. 75

Um auch im Übrigen der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Verbots der Feiertagsbeschäftigung gerecht zu werden, ist ein Ausgleich für die ausnahmsweise angeordnete Feiertagsarbeit vorgesehen. Werden Arbeitnehmer an einem auf einen Werktag fallenden Feiertag beschäftigt, müssen sie einen Ersatzruhetag haben, der innerhalb eines den Beschäftigungstag einschließenden Zeitraums von acht Wochen zu gewähren ist (vgl. § 11 Abs. 3 Satz 2 ArbZG). In einem Tarifvertrag können abweichende Regelungen – wie hier in § 6 Abs. 3 Sätze 4 und 5 TV-Ärzte: Verlängerung des Ausgleichszeitraums bis zum Ende des dritten Kalendermonats bzw. Zahlung eines Entgelts, wenn Freizeitausgleich nicht gewährt werden kann – vereinbart werden, § 12 Satz 1 Nr. 2 ArbZG. Die Regelungen dienen dem Zweck des Arbeitszeitgesetzes, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung zu gewährleisten und die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten zu verbessern (vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG) sowie den Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung der Arbeitnehmer zu schützen (vgl. § 1 Nr. 2 ArbZG). 76

Mit Blick darauf können gesetzliche Feiertage, auch wenn sie auf Werktage fallen, bei der Ermittlung der nach §§ 3 Satz 2, 7 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 8 ArbZG bzw. § 7 Abs. 5 TV-Ärzte i. V. m. § 7 Abs. 2a und Abs. 7 ArbZG zulässigen durchschnittlichen Höchstarbeitszeit grundsätzlich nicht als Ausgleichstage herangezogen werden. Die grundsätzliche Arbeitsruhe ist angeordnet worden, um den Arbeitnehmern an den gesetzlichen Feiertagen Freiraum zu verschaffen, damit sie sich ihnen ihrem Sinn entsprechend widmen können. 77

Vgl. Schliemann, ArbZG, 2. Aufl. 2013, § 3 ArbZG, Rn. 87; Dobberahn, Das neue Arbeitszeitgesetz in der Praxis, 2. Aufl. 1996, Rn. 31.; im Ergebnis ebenso BVerwG, Urteil vom 17.9.2015 – 2 C 26.14 –, ZBR 2016, 199 = juris, Rn. 16 ff., 64. 78

Entgegen der Auffassung des Klägers gibt auch der Wortlaut des § 7 Abs. 8 ArbZG nichts für eine grundsätzliche Berücksichtigung der gesetzlichen Feiertage als Ausgleichstage her. Allein der Umstand, dass § 7 Abs. 8 ArbZG die Höchstarbeitszeit auf die durchschnittliche Wochenarbeitszeit bezieht („48 Stunden wöchentlich“), während in § 3 Satz 2 ArbZG bezogen auf einen Zeitraum von 6 Monaten oder 24 Wochen von „acht Stunden werktäglich“ die Rede ist, spricht nicht für einen Willen des Gesetzgebers, gesetzliche Feiertage im Rahmen der Ermittlung der Höchstarbeitszeit gemäß § 7 Abs. 8 ArbZG als Werktage behandeln zu wollen. Das dem verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Sonn- und Feiertage als „Tage der Arbeitsruhe“ und „der seelischen Erhebung“ dienende Verbot der Feiertagsbeschäftigung gilt unabhängig davon, ob die Arbeitszeit wöchentlich oder täglich berechnet wird. Im Übrigen sagt die Bezugnahme auf die wöchentliche Arbeitszeit in § 7 Abs. 8 ArbZG auch deshalb nichts über die Behandlung gesetzlicher Feiertage als Ausgleichstage aus, weil die Vorschrift Art. 6 Satz 2 RL 2003/88/EG umsetzt, wonach die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreiten darf, während das in § 9 ArbZG normierte Verbot der Feiertagsbeschäftigung mangels europarechtlicher Legitimation gar nicht auf der Arbeitszeitrichtlinie beruht. 79

Vgl. EuGH, Urteil vom 12.11.1996 – C-84/94 –, Slg. 1996, I-5755 = juris, Rn. 37; Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl. 2014, Vor §§ 9-13, Rn. 7. 80

Wenn im Einzelfall unter Beachtung der tariflichen Bestimmungen ausnahmsweise an einem gesetzlichen Feiertag Arbeitspflicht besteht, ohne dass der Regel des § 11 Abs. 3 ArbZG entsprechend ein Ersatzruhetag gewährt werden muss, kann ein solcher Feiertag im Einklang mit dem gesetzlichen Feiertagsschutz arbeitszeitrechtlich wie ein Werktag angesehen werden. 81

Vgl. zu urlaubsrechtlichen Betrachtung gesetzlicher Feiertage mit Arbeitsverpflichtung BAG, Urteil vom 15.1.2013 – 9 ARZ 430/11 –, BAGE 144, 150 = juris, Rn. 22. 82

Auch dann kann er allerdings bei der Führung von Arbeitszeitschutzkonten nicht als Ausgleichstag betrachtet werden. Denn Ausgleichstage sind nach übereinstimmendem Verständnis der Beteiligten nur solche Tage, an denen ein Arbeitnehmer trotz grundsätzlich bestehender Arbeitspflicht nicht arbeitet. Dies ist bei einem gesetzlichen Feiertag, an dem gearbeitet wird, gerade nicht der Fall. 83

Unabhängig davon, dass damit eine Wertung als Ausgleichstag auch für Feiertage, die arbeitszeitrechtlich ausnahmsweise als Werktag betrachtet werden können, generell ausscheidet, gibt der Fall Anlass zu der Klarstellung, dass solche Tage aber immerhin im Arbeitszeitschutzkonto wie ein Werktag behandelt werden können. Im Fall des Klägers besteht eine Arbeitspflicht an gesetzlichen Feiertagen, die auf Werktage fallen, ohne dass ein Ersatzruhetag zu gewähren ist, gemäß § 6 Abs. 3 Sätze 4 und 5 TV-Ärzte nur dann, wenn Freizeitausgleich nicht gewährt werden kann. Erst wenn dies in jedem Einzelfall geprüft und bejaht worden ist, tritt nach tarifvertraglicher Vereinbarung an die Stelle der gesetzlich vorgesehenen Gewährung eines Ersatzruhetags die Zahlung eines zusätzlichen Stundenentgelts für die ausnahmsweise ohne Freizeitausgleich geschuldete Arbeitsleistung. Erst dann entfällt die für den Feiertag grundsätzlich gewährte Freistellung von der Arbeitszeit. Dies rechtfertigt es, diesen Tag ausnahmsweise arbeitszeitrechtlich als Werktag zu werten. Die hierfür erforderliche Einzelfallprüfung wird jedoch durch eine pauschale Handhabung in 84

der Art, wie sie der früheren Programmierung der Arbeitsschutzkonten des Klägers zu Grunde lag, nicht sichergestellt.

2. Die Bezirksregierung L. hat schließlich das ihr in § 17 Abs. 2 ArbZG eingeräumte Ermessen erkannt und ordnungsgemäß ausgeübt. Sie hat nachvollziehbar zur Notwendigkeit der angeordneten Maßnahmen ausgeführt, dass die vorherigen langwährenden Verhandlungen mit dem Kläger zu keiner Verhaltensänderung geführt hätten und der Kläger vielmehr angekündigt habe, sein Verhalten bis zu einer abschließenden rechtlichen Prüfung fortzusetzen. Zwischen den Beteiligten besteht Einigkeit, dass die Verbotsverfügung auf die frühere konkrete EDV-technische Führung von Arbeitszeitschutzkonten durch den Kläger reagiert hat und die tatsächlich praktizierte undifferenzierte Einbeziehung übergesetzlicher Urlaubstage und auf Werktage fallender gesetzlicher Feiertage verboten werden sollte. Eine rechtlich zulässige Berücksichtigung gesetzlicher Feiertage, die auf Werktage fallen, und für die im Einzelfall gemäß § 6 Abs. 3 Sätze 4 und 5 TV-Ärzte ausnahmsweise kein Ersatzruhetag gewährt werden muss, weil Freizeitausgleich nicht gewährt werden kann, stand bislang zwischen den Beteiligten nicht im Streit. Dementsprechend steht die angefochtene Verfügung einer entsprechenden Handhabung nach dem übereinstimmenden Verständnis der Beteiligten nicht entgegen. Ausgehend davon sind geringere, den Kläger weniger belastende Maßnahmen nicht ersichtlich. 85

II. Auch gegen die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung unter IV. in der Ordnungsverfügung vom 16.6.2011 bestehen keine Bedenken. Die Androhung beruht auf den §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 2, 58, 60 und 63 VwVG NRW und begegnet im Hinblick auf die Wahl des angedrohten Zwangsmittels, die Frist zur Umsetzung der angeordneten Maßnahmen und die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes in Höhe von 5.000,00 EUR je Mitarbeiter keinen Bedenken. 86

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 87

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nach § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen. Insbesondere kommt der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung mehr zu, nachdem das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, dass sich Art. 16 Satz 2 RL 2003/88/EG auch auf den über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden im nationalen Recht begründeten Mehrurlaub bezieht. 88

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.9.2015 – 2 C26.14 –, ZBR 2016, 199 = juris, Rn. 16 ff., 63. 89

---

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE