

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 25. März 2021
- 6 AZR 264/20 -
ECLI:DE:BAG:2021:250321.U.6AZR264.20.0

I. Arbeitsgericht Bonn

Urteil vom 11. März 2019
- 1 Ca 1885/18 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 4. März 2020
- 3 Sa 218/19 -

Entscheidungsstichworte:

Hintergrunddienst - vergütungsrechtliche Rufbereitschaft

Leitsätze:

1. Einzige tarifliche Tatbestandsvoraussetzung und entscheidendes Unterscheidungskriterium von Bereitschaftsdienst iSd. § 7 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/TdL und Rufbereitschaft iSd. § 7 Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL ist, ob der Arbeitgeber nach Maßgabe der von ihm getroffenen Anordnungen den Aufenthaltsort des Arbeitnehmers bestimmt oder ob der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort im Rahmen der durch den Zweck der Rufbereitschaft vorgegebenen Grenzen frei wählen kann. Im ersten Fall handelt es sich um Bereitschaftsdienst, im zweiten Fall um Rufbereitschaft.

2. Die Befugnis, diese Sonderformen der Arbeit gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2, Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL nur anzuordnen, wenn erfahrungsgemäß Arbeit lediglich in einem tariflich näher umschriebenen Umfang anfällt, ist hingegen kein Tatbestandsmerkmal. Darum wandelt sich tarifwidrig angeordnete Rufbereitschaft nicht automatisch in Bereitschaftsdienst mit der Folge weitergehender Vergütungsansprüche um.

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 264/20
3 Sa 218/19
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. März 2021

URTEIL

Schuchardt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und
Anschlussrevisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und
Anschlussrevisionskläger,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 25. März 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Wemheuer, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Heinkel sowie die ehrenamtlichen Richter Stein und Zabel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 4. März 2020 - 3 Sa 218/19 - insoweit aufgehoben, als es auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 11. März 2019 - 1 Ca 1885/18 - abgeändert und der Klage stattgegeben hat.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 11. März 2019 - 1 Ca 1885/18 - wird vollumfänglich zurückgewiesen.
3. Die Anschlussrevision des Klägers wird zurückgewiesen.
4. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Vergütung ärztlicher Hintergrunddienste. 1

Der Kläger ist beim beklagten Universitätsklinikum als Oberarzt in der Nephrologie beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis war im Streitzeitraum Juli 2017 bis Juni 2018 der Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte/TdL) vom 30. Juni 2006 idF des Änderungstarifvertrags Nr. 6 vom 12. April 2017 anzuwenden. Er enthielt zu Sonderformen der Arbeit ua. folgende Regelungen: 2

„§ 7 Sonderformen der Arbeit

...

(4) ¹Die Ärzte sind verpflichtet, sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen (Bereitschaftsdienst). ²Der Arbeitgeber darf Bereitschaftsdienst nur anordnen, wenn zu erwarten ist, dass zwar Arbeit anfällt, erfahrungsgemäß aber die Zeit ohne Arbeitsleistung überwiegt. ...

(6) ¹Die Ärztin/Der Arzt hat sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer dem Arbeitgeber anzuzeigenden Stelle aufzuhalten, um auf Abruf die Arbeit aufzunehmen (Rufbereitschaft). ²Der Arbeitgeber darf Rufbereitschaft nur anordnen, wenn erfahrungsgemäß lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt. ³Rufbereitschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass Ärzte vom Arbeitgeber mit einem Mobiltelefon oder einem vergleichbaren technischen Hilfsmittel ausgestattet sind.

...

§ 9 Ausgleich für Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst

(1) ¹Für die Rufbereitschaft wird eine tägliche Pauschale je Entgeltgruppe gezahlt. ... ⁵Hinsichtlich der Arbeitsleistung wird jede einzelne Inanspruchnahme innerhalb der Rufbereitschaft mit einem Einsatz im Krankenhaus einschließlich der hierfür erforderlichen Wegezeiten auf eine volle Stunde gerundet. ⁶Für die Inanspruchnahme wird das Entgelt für Überstunden sowie etwaiger Zeitzuschläge bezahlt. ⁷Für die Zeit der Rufbereitschaft werden Zeitzuschläge nicht gezahlt.

...

(2) ¹Zur Berechnung des Entgelts wird die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit in zwei Stufen als Arbeitszeit gewertet. ²Ausschlaggebend sind die Arbeitsleistungen, die während des Bereitschaftsdienstes erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallen:

Bereitschaftsdienststufe	Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes	Bewertung als Arbeitszeit
I	0 bis zu 25 v.H.	60 v.H.
II	Mehr als 25 v.H. bis 49 v.H.	95 v.H.

...

⁴Für die Zeit des Bereitschaftsdienstes, die als Arbeitszeit gewertet wird, wird das tarifliche Stundenentgelt der jeweiligen Entgeltgruppe und Stufe (individuelles Stundenentgelt) gezahlt. ... ⁷Die Zuweisung zu den Stufen des Bereitschaftsdienstes erfolgt durch schriftliche Nebenabrede zum Arbeitsvertrag. ⁸Die Nebenabrede ist abweichend von § 2

Absatz 3 mit einer Frist von drei Monaten jeweils zum Ende eines Kalenderhalbjahres kündbar.

...“

Der Kläger leistete außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitszeit ärztliche Hintergrunddienste, die das beklagte Universitätsklinikum als Rufbereitschaft anordnete. Diese dauerten jeweils 16 Stunden, an Wochenendtagen 24 Stunden. Während dieser Zeit war der Kläger verpflichtet, telefonisch erreichbar zu sein. Weitere ausdrückliche Vorgaben hinsichtlich des Aufenthaltsortes oder der Zeitspanne, innerhalb derer der Kläger die Arbeit im Klinikum aufzunehmen hatte, machte das beklagte Universitätsklinikum nicht. Im Rahmen des Hintergrunddienstes konnte es sowohl zu Einsätzen des Klägers im Klinikum nach einem telefonischen Abruf als auch zu rein telefonischen Inanspruchnahmen kommen. Der Kläger hatte zudem Organtransplantationsangebote der Stiftung Eurotransplant zu bearbeiten. Sofern diese im beschleunigten Vermittlungsverfahren (sog. Extended-Allocation-Modus) erfolgten, hatte er nach dem telefonischen Angebot entsprechend einer Vorgabe der Stiftung Eurotransplant innerhalb von 30 Minuten die mitgeteilten Daten bezüglich Spender, Organ sowie Patient und Dialysearzt zu prüfen, den in Betracht kommenden Patienten und den zuständigen Dialysearzt telefonisch zu kontaktieren sowie gegenüber Eurotransplant zu erklären, ob das Organtransplantationsangebot angenommen werde. Die dafür erforderlichen Informationen entnahm der Kläger einem von ihm während des Hintergrunddienstes mitzuführenden Aktenordner. Im Falle der Angebotsannahme begab sich der Kläger unverzüglich in das Klinikum. Im beklagten Universitätsklinikum erfolgten 20 von insgesamt 80 Organtransplantationsangeboten im Jahr 2018 im sog. Extended-Allocation-Modus.

3

Nach Feststellung des Landesarbeitsgerichts ergab eine Erhebung des beklagten Universitätsklinikums mit Stand Juni 2018, dass in 4,18 % der Rufbereitschaftsstunden tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht wurden. In 21,1 % der Rufbereitschaften erfolgte eine rein telefonische Inanspruchnahme am jeweiligen

4

Aufenthaltort des diensthabenden Arztes. In weiteren 26,3 % der Rufbereitschaften war die telefonische Inanspruchnahme auch mit einem Einsatz im Klinikum verbunden.

Das beklagte Universitätsklinikum vergütete die Hintergrunddienste als Rufbereitschaft. Der Kläger begehrt für den Zeitraum von Juli 2017 bis Juni 2018 weitergehend den Differenzbetrag zu der Vergütung, die zu zahlen wäre, wenn es sich bei den Hintergrunddiensten um zu 60 % als Arbeitszeit zu wertende Bereitschaftsdienste der Stufe I gehandelt hätte. 5

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Hintergrunddienste seien tatsächlich Bereitschaftsdienst. Das ergebe sich aus dem Erfordernis, gegebenenfalls kurzfristig im Klinikum erscheinen zu müssen, aber auch aus der Notwendigkeit, (telefonische) Arbeiten andernorts unter Verwendung des mitzuführenden Ordners sowie der mobilen Arbeitsgeräte und unter Beachtung der Wahrung der Vertraulichkeit sofort aufzunehmen. Er sei dadurch faktisch ortsgebunden gewesen. Zudem sei erfahrungsgemäß nicht nur im Ausnahmefall Arbeit angefallen. Zu berücksichtigen seien dabei entgegen der Annahme des beklagten Universitätsklinikums auch die rein telefonischen Inanspruchnahmen. Selbst wenn man dies anders sehe, könne angesichts einer Heranziehung in mehr als einem Viertel aller Hintergrunddienste nicht mehr von einem Ausnahmefall gesprochen werden. 6

Der Kläger hat zuletzt noch beantragt, 7
das beklagte Universitätsklinikum zu verurteilen, an ihn 40.032,76 Euro brutto nebst Zinsen in im Einzelnen genannter, gestaffelter Höhe zu zahlen.

Das beklagte Universitätsklinikum hat beantragt, die Klage abzuweisen. 8
Es hat die Ansicht vertreten, bei den Hintergrunddiensten habe es sich um Rufbereitschaft gehandelt. Dem stünden die vom Kläger genannten faktischen Einschränkungen nicht entgegen, da sie lediglich deren zwangsläufige und übliche Folge seien. Irrelevant sei, ob nicht nur im Ausnahmefall Arbeit angefallen sei. Tarifwidrig angeordnete Rufbereitschaft sei nicht anders zu vergüten als tarifkonform angeordnete Rufbereitschaft.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und der Zahlungsklage für den Zeitraum August 2017 bis Juni 2018 stattgegeben. Bezogen auf die Differenzvergütung für Juli 2017 hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision strebt das beklagte Universitätsklinikum die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Klageabweisung an. Mit seiner Anschlussrevision möchte der Kläger die Verurteilung des beklagten Universitätsklinikums auch hinsichtlich des Monats Juli 2017 erreichen. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet, die Anschlussrevision ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Vergütung der Hintergrunddienste mit dem Bereitschaftsdienstentgelt. Die Hintergrunddienste erfüllten den tariflichen Tatbestand einer Rufbereitschaft iSd. § 7 Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL. Daher begründet ihre § 7 Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL widersprechende, dh. tarifwidrige Anordnung keinen höheren Entgeltanspruch. Dementsprechend sind die dem Kläger für die von ihm geleisteten Dienste zustehenden Vergütungsansprüche erfüllt. 10

I. Die vom Kläger im Zeitraum zwischen Juli 2017 und Juni 2018 außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitszeit auf Anordnung des beklagten Universitätsklinikums geleisteten Hintergrunddienste stellen vergütungsrechtlich keinen Bereitschaftsdienst iSd. § 7 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/TdL, sondern Rufbereitschaft iSd. § 7 Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL dar. 11

1. Die Verpflichtung der Ärzte, sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen, stellt Bereitschaftsdienst dar (§ 7 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/TdL). Haben sich die Ärzte demgegenüber auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit lediglich an einer dem Arbeitgeber anzuzeigenden Stelle aufzuhalten, um auf Abruf die Arbeit 12

aufzunehmen, handelt es sich um Rufbereitschaft (§ 7 Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL). Damit definieren die genannten Tarifnormen die Begriffe des Bereitschaftsdienstes und der Rufbereitschaft für ihre vergütungsrechtliche Einordnung abschließend (vgl. BAG 4. August 1988 - 6 AZR 48/86 - zu II 1 der Gründe; 27. Februar 1985 - 7 AZR 552/82 - zu II 2 a der Gründe). Einzige tarifliche Tatbestandsvoraussetzung für die vergütungsrechtliche Einordnung als Rufbereitschaft ist demnach, dass die Ärzte in dieser Zeit nach der Anordnung des Arbeitgebers ihren Aufenthaltsort in den Grenzen, die der Zweck der Rufbereitschaft vorgibt, frei wählen können.

a) Seinem Wesen nach ist der Bereitschaftsdienst eine Aufenthaltsbeschränkung verbunden mit der Verpflichtung, bei Bedarf sofort tätig zu werden (vgl. BAG 31. Mai 2001 - 6 AZR 171/00 - zu II 1 a der Gründe; 4. August 1988 - 6 AZR 48/86 - zu II 1 a der Gründe; 27. Februar 1985 - 7 AZR 552/82 - zu II 2 a der Gründe). Rufbereitschaft setzt hingegen voraus, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben muss, sich in dieser Zeit auch um persönliche und familiäre Angelegenheiten zu kümmern, an sportlichen oder kulturellen Veranstaltungen teilzunehmen oder sich mit Freunden zu treffen (BAG 31. Januar 2002 - 6 AZR 214/00 - zu B I 2 der Gründe). Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst unterscheiden sich demnach dadurch, dass der Arbeitgeber beim Bereitschaftsdienst den Aufenthaltsort des Arbeitnehmers bestimmt, wohingegen dieser vom Arbeitnehmer bei der Rufbereitschaft grundsätzlich selbst gewählt werden kann (vgl. BAG 31. Januar 2002 - 6 AZR 214/00 - zu B I 2 der Gründe; 31. Mai 2001 - 6 AZR 171/00 - zu II 1 a der Gründe).

13

b) Allerdings ist der Arbeitnehmer auch während der Rufbereitschaft in der Wahl seines Aufenthaltsortes nicht völlig frei. Der Zweck der Rufbereitschaft besteht gerade darin, dass der Arbeitnehmer in der Lage sein muss, die Arbeit innerhalb einer angemessenen Zeitspanne auf Abruf aufnehmen zu können (vgl. BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 102/10 - Rn. 31). Kennzeichnend für Rufbereitschaft ist daher, dass zwischen dem Abruf und der Arbeitsaufnahme nur eine solche Zeitspanne liegen darf, deren Dauer den Einsatz nicht gefährdet und die Arbeitsaufnahme im Bedarfsfall gewährleistet. Der Arbeitnehmer darf sich nicht in einer

14

Entfernung vom Arbeitsort aufhalten, die dem Zweck der Rufbereitschaft zuwiderläuft (vgl. BAG 31. Januar 2002 - 6 AZR 214/00 - zu B I 2 der Gründe; 31. Mai 2001 - 6 AZR 171/00 - zu II 1 b der Gründe). Mithin stehen mittelbare Einschränkungen des Aufenthaltsortes dem Vorliegen von Rufbereitschaft nicht zwangsläufig entgegen. Vielmehr ist die Eingrenzung der freien Wahl des Aufenthaltsortes und damit einhergehend der Möglichkeiten zur Gestaltung der Zeit der Rufbereitschaft gerade ein Wesensmerkmal dieses Dienstes.

c) Entscheidend für die Frage, ob vergütungsrechtlich Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft im Sinne des TV-Ärzte/TdL vorliegt, ist danach nicht das Ausmaß der anfallenden Arbeitsleistung, sondern allein der Umfang der vom Arbeitgeber angeordneten Aufenthaltsbeschränkungen. Diese können allerdings auch konkludent erfolgen. Das ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dadurch in der freien Wahl des Aufenthaltsortes beschränkt, dass er die Zeit zwischen Abruf und Arbeitsaufnahme genau vorgibt und die Zeitspanne dabei so kurz bemisst, dass sie einer Aufenthaltsbeschränkung gleichkommt (vgl. BAG 31. Mai 2001 - 6 AZR 171/00 - zu II 1 der Gründe; 4. August 1988 - 6 AZR 48/86 - zu II 2 b, 3 b der Gründe; 4. Dezember 1986 - 6 AZR 123/84 - zu II 4 a der Gründe). In einem solchen Fall ersetzt der Arbeitgeber die örtlichen Beschränkungen lediglich durch den Faktor Zeit (vgl. BAG 22. Januar 2004 - 6 AZR 543/02 - zu II 2 c der Gründe; 19. Dezember 1991 - 6 AZR 592/89 - zu II 1 der Gründe) und ordnet dadurch konkludent Bereitschaftsdienst an. Wann die (mittelbaren) Einschränkungen hinsichtlich der freien Wahl des Aufenthaltsortes so stark sind, dass sie faktisch einer Bestimmung des Aufenthaltsortes durch den Arbeitgeber iSv. § 7 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/TdL gleichkommen und damit eine Anordnung von Bereitschaftsdienst darstellen, ist letztlich eine Frage des Einzelfalls (bei einer Zeitvorgabe von 10 bzw. 20 Minuten bis zur Arbeitsaufnahme bejaht: BAG 19. Dezember 1991 - 6 AZR 592/89 - zu II 1, 2 der Gründe; 31. Januar 2002 - 6 AZR 214/00 - zu B I 2 der Gründe; bei einer Zeitvorgabe von 25 bis 30 Minuten verneint BAG 31. Januar 2002 - 6 AZR 214/00 - zu B I 2 der Gründe). Unerheblich ist es hingegen, wenn sich der Arbeit-

15

nehmer abweichend von den Vorgaben des Arbeitgebers und damit überobligatorisch selbst in der Wahl seines Aufenthaltsortes beschränkt (*vgl. BAG 31. Mai 2001 - 6 AZR 171/00 - zu II 1 a der Gründe*).

d) Dem Vorliegen von Rufbereitschaft steht es auch nicht entgegen, wenn der Arbeitnehmer sich nach Abruf nicht vom Aufenthalts- zum Arbeitsort begeben muss, sondern seine Arbeitsleistung telefonisch sofort bei Abruf erbringt. Dadurch wird der Arbeitnehmer in der Wahl seines Aufenthaltsortes beschränkt, weil er sich in Hörweite des mobilen Telefons und innerhalb eines funktionsfähigen Netzes aufhalten muss. § 7 Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL setzt nicht voraus, dass zwischen Abruf und Arbeitsaufnahme eine zeitliche Verzögerung oder eine Ortsveränderung liegen muss (*vgl. BAG 23. September 2010 - 6 AZR 330/09 - Rn. 15; 29. Juni 2000 - 6 AZR 900/98 - zu II der Gründe, BAGE 95, 210*). Das haben die Tarifvertragsparteien mit der Regelung in § 7 Abs. 6 Satz 3 TV-Ärzte/TdL deutlich gemacht. 16

2. Nach diesen Maßgaben handelte es sich bei den von dem beklagten Universitätsklinikum angeordneten Hintergrunddiensten vergütungsrechtlich um Rufbereitschaft iSd. § 7 Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL. Die mit ihrer Anordnung verbundenen Einschränkungen erreichten kein Ausmaß, das einer Aufenthaltsbeschränkung gleichkam und damit Bereitschaftsdienst iSd. § 7 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/TdL darstellte. 17

a) Mit der Verpflichtung, einen dienstlichen Telefonanruf anzunehmen und damit die Arbeit unverzüglich aufzunehmen, war keine räumliche Aufenthaltsbeschränkung verbunden, die über die sich bereits aus dem Wesen der telefonischen Rufbereitschaft ergebende Beschränkung (*vorstehend Rn. 16*) hinausging. Die Einschränkungen, die sich daraus ergaben, dass der Kläger ein Mobiltelefon einsatzbereit bei sich führen musste, liegen im Wesen dieser Art der Rufbereitschaft, sofern sie außerhalb der eigenen Wohnung erbracht wird. Sie stehen deren Vorliegen, wie ausgeführt, nach dem Willen der Tarifvertragsparteien nicht entgegen. Sie führten auch nicht dazu, dass sich der Kläger lediglich im engeren Umkreis des Klinikums aufhalten konnte. Vielmehr war es ihm grund- 18

sätzlich möglich, sich frei zu bewegen. Hierbei konnte er sich auch um persönliche und familiäre Angelegenheiten kümmern und an sportlichen oder kulturellen Veranstaltungen teilnehmen, solange seine Erreichbarkeit und die Möglichkeit der Arbeitsaufnahme im Klinikum sichergestellt waren.

Dass der Kläger zusätzlich einen Ordner mit sensiblen Daten mit sich führen musste, schränkte ihn jedenfalls nicht in einem solchen Maße zusätzlich ein, dass dies einer Qualifikation als Rufbereitschaft entgegenstünde. Sah sich der Kläger während der Rufbereitschaft an einem Theater- oder Kinobesuch gehindert, dürfte dies weniger an der Notwendigkeit gelegen haben, Unterlagen bei sich führen zu müssen, als vielmehr daran, dass er in der Lage sein musste, jederzeit ein Telefonat entgegenzunehmen und in Fällen, in denen eine rein telefonische Klärung nicht möglich oder unzureichend war, die Arbeit im Klinikum zeitnah fortsetzen musste. Gerade dies liegt aber im Wesen der tarifvertraglich vorgesehenen Rufbereitschaft, die es erfordert, die Arbeit innerhalb einer angemessenen Zeitspanne auf Abruf aufnehmen zu können.

19

b) Soweit der Kläger nach einem telefonischen Organtransplantationsangebot der Stiftung Eurotransplant im sog. Extended-Allocation-Modus entsprechend deren Vorgabe innerhalb einer Zeitspanne von 30 Minuten die Annahme eines solchen Angebots zu erklären hatte, ändert dies an dem Vorliegen von Rufbereitschaft auch dann nichts, wenn unterstellt wird, dass sich das beklagte Universitätsklinikum diese Vorgabe zu eigen gemacht hatte. Auch in diesen Fällen war der Kläger zunächst lediglich verpflichtet, durch die Annahme des Telefonanrufs seine Arbeit unverzüglich aufzunehmen. Erst danach begab er sich in das Klinikum. Eine mit dem Wesen der Rufbereitschaft nicht mehr zu vereinbarende räumliche Aufenthaltsbeschränkung war damit, wie dargelegt, jedoch nicht verbunden.

20

c) Weitere Vorgaben hinsichtlich des Aufenthaltsortes oder der Zeitspanne, innerhalb derer der Kläger die Arbeit aufzunehmen hatte, machte das beklagte Universitätsklinikum nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht.

21

II. Allerdings hätte das beklagte Universitätsklinikum gemäß § 7 Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL die Hintergrunddienste nicht als Rufbereitschaft anordnen dürfen. Dies führt gleichwohl nicht zu der vom Kläger begehrten Vergütung. Tarifwidrig angeordnete Rufbereitschaft wandelt sich nicht automatisch in Bereitschaftsdienst um. 22

1. Gemäß § 7 Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL darf der Arbeitgeber Rufbereitschaft nur anordnen, wenn erfahrungsgemäß lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt. In Ermangelung einer tarifvertraglichen Definition ist der Begriff des Ausnahmefalls nach dem herkömmlichen Sprachgebrauch zu bestimmen, wonach es sich um eine Abweichung von der geltenden Regel handelt. Rufbereitschaft kann danach angeordnet werden, wenn Arbeit zwar gelegentlich anfällt, die Zeiten ohne Arbeitsanfall aber die Regel sind. Dabei kann nicht allein auf einen bestimmten Prozentsatz von Arbeitsanfall (Anteil der tatsächlichen Arbeitsleistung innerhalb der einzelnen Rufbereitschaft, sog. Arbeitsleistungsanteil) abgestellt werden. Auch der Anteil von Rufbereitschaften mit tatsächlichen Inanspruchnahmen in Relation zur Gesamtzahl der Rufbereitschaften sowie die Häufigkeit und Dauer der einzelnen Arbeitseinsätze während der jeweiligen Rufbereitschaften ist von Bedeutung, ohne dass sich eine absolute Grenze ziehen lässt (*vgl. BAG 4. August 1988 - 6 AZR 48/86 - zu II 2 a der Gründe; 4. Dezember 1986 - 6 AZR 123/84 - zu II 3 a der Gründe; LAG Frankfurt 28. Juli 1988 - 9 Sa 977/87 - ZTR 1989, 74; anders KGH.EKD 8. Dezember 2008 - I-0124/P16-08 - zu II 3 c der Gründe*). Anhand der genannten Kriterien ist in einer wertenden Gesamtschau zu bestimmen, ob die zu beurteilenden Dienste allenfalls ausnahmsweise von Einsätzen unterbrochen sind oder ob nach den bisherigen Erfahrungen voraussichtlich mit dem Anfall von nicht nur gelegentlicher Arbeit zu rechnen ist. 23

2. Beruft sich der Arbeitgeber auf die ihm tarifvertraglich eingeräumte Befugnis, Rufbereitschaft anzuordnen, hat er die Voraussetzungen des § 7 Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL im Einzelnen darzulegen. Dabei kann er, wie der Wortlaut der Tarifnorm zeigt, auf Erfahrungswerte abstellen, die er beispielsweise durch Arbeitsaufzeichnungen über einen repräsentativen Zeitraum gewonnen hat. Sofern solche nicht vorliegen, ist vom Arbeitgeber eine Prognose zur Schätzung des 24

Arbeitsanfalls während der Rufbereitschaften für den jeweiligen Arbeitsbereich abzugeben (vgl. *KGH.EKD 8. Dezember 2008 - I-0124/P16-08 - zu II 3 c der Gründe*). Der Zeitrahmen, aus dem der Arbeitgeber seine Erfahrungswerte herleitet bzw. auf den sich seine Prognose bezieht, muss der Lage und Länge nach so beschaffen sein, dass er die betrieblichen Gegebenheiten repräsentativ abbildet und bereits absehbare Intensitätsschwankungen hinsichtlich des Arbeitsanfalls berücksichtigt. Erfolgt der Einsatz auf der Grundlage eines Schichtplans, muss der Zeitrahmen wenigstens den jeweiligen Schichtplanturnus abbilden (vgl. *zum Vorliegen von Bereitschaftszeiten iSd. § 9 Abs. 3, Abs. 1 TV-L BAG 6. September 2018 - 6 AZR 204/17 - Rn. 40*).

3. Bei Beachtung dieser tarifvertraglichen Vorgaben hätte das beklagte Universitätsklinikum die Hintergrunddienste nicht als Rufbereitschaft anordnen dürfen. Es fiel nicht lediglich im Ausnahmefall Arbeit an. 25

a) Nach den vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen belief sich der Arbeitsleistungsanteil während der Rufbereitschaften zwar nur auf ca. 4 %. Allerdings erfolgte nahezu in jedem zweiten Rufbereitschaftsdienst mindestens eine tatsächliche telefonische Inanspruchnahme. Entgegen der Ansicht des beklagten Universitätsklinikums ist für die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers nicht allein auf die Arbeitseinsätze abzustellen, die nach einem telefonischen Abruf mit einem Tätigwerden im Klinikum verbunden waren, was nur in etwa einem Viertel der Rufbereitschaften vorkam. Neben diesen sind auch die Abrufe zu berücksichtigen, die keine Ortsveränderung zur Folge hatten, sondern sich in einem reinen Telefonat erschöpften. Aus der Entscheidung des Senats vom 23. September 2010 (- 6 AZR 330/09 -) zur Auslegung der Bestimmungen zur Vergütung der Arbeitsleistung innerhalb der Rufbereitschaft im TV-Ärzte/VKA, die § 9 Abs. 1 Satz 5 und Satz 6 TV-Ärzte/TdL entsprechen, folgt nichts Anderes. In dieser Entscheidung hat der Senat ua. darauf abgestellt, der Aufbau der tariflichen Vorschrift könne sich daraus erklären, dass die Tarifvertragsparteien die Aufnahme der Arbeit im Krankenhaus bei der Rufbereitschaft eines Krankenhausarztes als Regelfall vorausgesetzt und darum zunächst festgelegt hätten, welche Zeiten zu vergüten seien, und erst danach angeordnet hätten, welches Entgelt für diese 26

Zeiten zu zahlen sei (*BAG 23. September 2010 - 6 AZR 330/09 - Rn. 18 f.*). Dar-
aus können aber entgegen der Annahme des beklagten Universitätsklinikums
keine Rückschlüsse auf den Willen der Tarifvertragsparteien geschlossen wer-
den, bei der Befugnis zur Anordnung von Rufbereitschaft nur Einsätze im Klini-
kum zu berücksichtigen. Ein derartiger Wille hat im Wortlaut des § 7 Abs. 6 Satz 2
TV-Ärzte/TdL keinen Anklang gefunden.

b) In der Gesamtschau dieser Umstände - Arbeitsanfall in nahezu der Hälfte 27
aller Rufbereitschaften, dabei in mehr als einem Viertel aller Rufbereitschaften
Inanspruchnahme im Klinikum, Arbeitsleistungsanteil insgesamt 4 % - ist wäh-
rend der Hintergrunddienste des Klägers erfahrungsgemäß nicht lediglich im
Ausnahmefall Arbeit angefallen.

4. Gleichwohl folgt aus der fehlenden Befugnis des beklagten Universitäts- 28
klinikums, die Hintergrunddienste als Rufbereitschaften anzuordnen, kein An-
spruch des Klägers auf Vergütung dieser Dienste als Bereitschaftsdienst. Die in
§ 7 Abs. 4 Satz 2 und § 7 Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL geregelte Anordnungsbe-
fugnis ist nach dem Willen der Tarifvertragsparteien kein Tatbestandsmerkmal
für die vergütungsrechtliche Einordnung eines Dienstes als Rufbereitschaft oder
als Bereitschaftsdienst.

a) Ein bestimmter Arbeitsleistungsanteil ist weder der tariflichen Definition 29
des Bereitschaftsdienstes in § 7 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/TdL noch der der Rufbe-
reitschaft in § 7 Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL begriffsimmanent. § 7 Abs. 4 Satz 2,
Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL betreffen nur die Anordnungsbefugnis des Arbeitge-
bers und bestätigen das Wortlautverständnis, dass weder der tatsächliche noch
der zu erwartende Arbeitsleistungsanteil über das Vorliegen von Bereitschafts-
dienst oder Rufbereitschaft entscheidet. Daher wandelt sich tarifwidrig angeord-
nete Rufbereitschaft nicht automatisch in Bereitschaftsdienst um (*vgl. BAG*
31. Mai 2001 - 6 AZR 171/00 - zu II 1 b der Gründe; 4. August 1988 - 6 AZR
48/86 - zu II 2 b, 3 der Gründe; 4. Dezember 1986 - 6 AZR 123/84 - zu II 4 a der
Gründe; 27. Februar 1985 - 7 AZR 552/82 - zu II 2 b, 3 a der Gründe). Auch ta-
rifwidrig angeordnete Rufbereitschaft ist nach § 9 Abs. 1 TV-Ärzte/TdL lediglich

als solche zu vergüten. Daher fehlt es entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht an einer Vergütungsregelung, so dass für die Anwendung von § 612 Abs. 1, Abs. 2 BGB kein Raum ist (*vgl. dazu auch BAG 28. Januar 2004 - 5 AZR 530/02 - zu IV 3 der Gründe, BAGE 109, 254*).

b) An dieser Rechtsprechung, die zu den Sonderregelungen Nr. 6 Abschn. B SR 2a und Nr. 8 SR 2c zum BAT ergangen ist, hält der Senat fest. Ihr liegt die Erkenntnis zugrunde, dass sich die Tarifvertragsparteien des BAT bewusst entschieden hatten, für den Fall einer tarifwidrigen Anordnung von Rufbereitschaft keine Vergütungsregelung zu treffen und insbesondere diesen Dienst dann nicht als Bereitschaftsdienst zu bewerten, weil sie keinen vergütungsrechtlichen Anreiz zur Ableistung unzulässig angeordneter Rufbereitschaft schaffen wollten (*vgl. BAG 4. August 1988 - 6 AZR 48/86 - zu II 2 c und d der Gründe; 27. Februar 1985 - 7 AZR 552/82 - zu II 2 b bb und cc der Gründe*). Die Tarifvertragsparteien des TV-Ärzte/TdL haben in Kenntnis dieser Rechtsprechung mit § 7 Abs. 4, Abs. 6 bzw. § 9 TV-Ärzte/TdL Tarifnormen geschaffen, die mit ihren Vorläuferbestimmungen inhaltlich übereinstimmen. Damit liegt nach wie vor eine bewusste Tariflücke hinsichtlich der Vergütung von tarifwidrig angeordneten Rufbereitschaften vor. Die Schließung einer solchen Lücke ist den Arbeitsgerichten versagt. Sie sind nicht befugt, gegen den Willen der Tarifvertragsparteien tarifliche Regelungen zu ergänzen. Eine derartige „Vertragshilfe“ wäre ein unzulässiger Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie (*vgl. BAG 18. November 2015 - 4 ABR 24/14 - Rn. 32*).

c) Der betroffene Arbeitnehmer wird hierdurch gleichwohl nicht rechtsschutzlos gestellt. Er kann individualrechtlich die Ableistung tarifwidrig angeordneter Rufbereitschaften verweigern. Kollektivrechtlich ist es die Aufgabe des Betriebsrats, im Rahmen der ihm zustehenden Mitbestimmungsrechte auf die Einhaltung der anzuwendenden Tarifverträge zu achten.

III. Ansprüche des Klägers auf eine höhere Vergütung folgen schließlich nicht aus dem Arbeitszeitgesetz oder der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG. Unabhängig davon, wie die vom Kläger geleisteten Hintergrunddienste arbeitszeit-

rechtlich einzuordnen wären, folgen aus einem etwaigen Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz oder die Arbeitszeitrichtlinie keine Vergütungsansprüche (*BAG 24. März 2011 - 6 AZR 684/09 - Rn. 28; 28. Januar 2004 - 5 AZR 530/02 - zu IV der Gründe, BAGE 109, 254; vgl. zum Nachtarbeitszuschlag BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 123/19 - Rn. 50 ff.*). Unionsrechtliche Regelungen oder Vorgaben zu der Höhe von Rufbereitschafts- oder Bereitschaftsdienstentgelten bestehen weder im Primärrecht des Art. 31 GRC noch im Sekundärrecht der Arbeitszeitrichtlinie. Die Höhe des finanziellen Ausgleichs ist jedenfalls außerhalb möglicher Diskriminierungskonstellationen (*dazu die Vorlage BAG 9. Dezember 2020 - 10 AZR 332/20 (A) -*) nicht unionsrechtlich überformt. Art. 31 GRC und die Arbeitszeitrichtlinie regeln mit Ausnahme des hier nicht vorliegenden besonderen Falls des bezahlten Jahresurlaubs keine Fragen der Vergütung, weil die Europäische Union hierfür nach Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht zuständig ist (*vgl. für die Richtlinie 2003/88/EG EuGH 9. März 2021 - C-344/19 - [Radiotelevizija Slovenija] Rn. 57 ff.; 9. März 2021 - C-580/19 - [Stadt Offenbach am Main] Rn. 56 ff.; 20. November 2018 - C-147/17 - [Sindicatul Familia Constanța ua.] Rn. 35; 21. Februar 2018 - C-518/15 - [Matzak] Rn. 49; 11. Januar 2007 - C-437/05 - [Vorel] Rn. 32 ff. mwN*).

IV. Es kann dahinstehen, ob nichttarifliche Vergütungsansprüche unter dem Gesichtspunkt in Betracht kommen können, dass während der Rufbereitschaftszeiten eine volle Arbeitsleistung erbracht worden ist oder jedenfalls ein krasses Missverhältnis iSd. § 138 BGB zwischen der Arbeitsleistung während der Rufbereitschaft und der hierfür gezahlten Vergütung vorliegt (*vgl. dazu BAG 24. März 2011 - 6 AZR 796/09 - Rn. 40; 4. August 1988 - 6 AZR 48/86 - zu II 5 a der Gründe; 27. Februar 1985 - 7 AZR 552/82 - zu II 4 a der Gründe*). Solche Ansprüche scheiden jedenfalls vorliegend ersichtlich aus. Ein Arbeitsleistungsanteil von ca. 4 % stellt keine volle Arbeitsleistung dar. Ein krasses Missverhältnis iSd. § 138 BGB kommt im Falle der Rufbereitschaft von vornherein nicht in Betracht, da gemäß § 9 Abs. 1 Satz 6 TV-Ärzte/TdL die Zeiten der tatsächlichen Inanspruchnahme unabhängig davon, ob sie im Krankenhaus zu erbringen sind (*vgl.*

33

BAG 23. September 2010 - 6 AZR 330/09), mit dem Entgelt für Überstunden sowie etwaiger Zeitzuschläge zu vergüten sind. Das hat das beklagte Universitätsklinikum unstreitig getan.

V. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1, § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten seiner erfolglosen Anschlussrevision zu tragen. 34

Spelge

Wemheuer

Heinkel

Stein

Uwe Zabel