

**Fundstelle** openJur 2022, 13092 Rkr:  AmtlSlg:   
**Verfahrensgang** vorher: Az. 4 Ca  
250/21

#### Tenor

- <sup>1</sup> Die Beklagte wird verurteilt, dem Arbeitszeitkonto des Klägers 33,5 Stunden als "Ist-Stunden" in dem Monat, der auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Entscheidung des Streitfalls folgt, gutzuschreiben. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- <sup>2</sup> Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt der Kläger zu 1/5 und die Beklagte zu 4/5. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
- <sup>3</sup> Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

#### Tatbestand

- <sup>4</sup> Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger Stundengutschriften für krankheitsbedingt ausgefallene Bereitschaftsdienste von der Beklagten verlangen kann.
- <sup>5</sup> Der Kläger ist seit 1996 für die Beklagte als Anästhesiepfleger tätig. Im Arbeitsvertrag, den die Parteien am 18.10.1995 abschlossen, ist unter § 2 geregelt, dass die Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des deutschen B (B) in ihrer jeweils geltenden Fassung für das Dienstverhältnis gelten.
- <sup>6</sup> Der Kläger ist in der Vergangenheit monatlich mindestens zweimal zu Bereitschaftsdiensten eingeteilt worden. § 7 Abs. 1 der Anlage 31 zu den B bestimmt, dass zum Zwecke der Entgeltberechnung die Zeit des Bereitschaftsdienstes nach dem Maß der während des Bereitschaftsdienstes erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallenden Arbeitsleistung bis zu 90 v.H. als Arbeitszeit gewertet wird. Nach § 7 Abs. 3 der Anlage 31 zu den B bestimmt sich das Entgelt für die als Arbeitszeit gewertete Bereitschaftsdienstzeit nach Stundenentgelttabellen (Anhang C der Anlage 31 zu den B). Jedoch sieht § 7 Abs. 6 der Anlage 31 zu den B vor, dass anstelle der Auszahlung des Entgelts für die gewertete Arbeitszeit ein Freizeitausgleich erfolgen kann, sofern der Mitarbeiter dem zustimmt. Die Parteien gehen insoweit übereinstimmend von einem Wahlrecht des Klägers aus. Dieses Wahlrecht übte der Kläger in der Vergangenheit so aus, dass er für geleistete Bereitschaftsdienste kein Entgelt, sondern Freizeitausgleich wählte.
- <sup>7</sup> Am 18.01.2020 war der Kläger dienstplanmäßig zu einem Bereitschaftsdienst im Umfang von 24 Stunden, am 17.03.2020 im Umfang von 15,5 Stunden und am 12.05.2021 ebenfalls im Umfang von 15,5 Stunden eingeteilt. Bei diesen Bereitschaftsdiensten handelte es sich um solche der Stufe 3 gem. § 7 Abs. 1 der Anlage 31 zu den B, die mit 90 v.H. als Arbeitszeit zu bewerten sind, da während des Bereitschaftsdienstes erfahrungsgemäß durchschnittlich Arbeitsleistungen von mehr als 40 v.H. anfallen. Diese Bereitschaftsdienste leistete der Kläger nicht, da er arbeitsunfähig erkrankt war.
- <sup>8</sup> Im Hinblick auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bestimmt Abschnitt XII der Anlage 1 zu den B unter anderem Folgendes:
  - <sup>9</sup> "(a) Wird der Mitarbeiter durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, erhält er Krankenbezüge nach Maßgabe der Absätze b bis i. (...)
  - <sup>10</sup> (b) Der Mitarbeiter erhält bis zur Dauer von sechs Wochen Krankenbezüge in Höhe der Urlaubsvergütung, die ihm zustehen würde, wenn er Erholungsurlaub hätte." (...)
- <sup>11</sup> Zur Höhe der Urlaubsvergütung ist in § 2 der Anlage 14 zu den B unter anderem Folgendes bestimmt:
  - <sup>12</sup> "(1) Während des Erholungsurlaubs erhält der Mitarbeiter die Dienstbezüge nach Abschnitt II der Anlage 1 zu den B einschließlich der Zulagen, die in Monatsbeträgen festgelegt sind, die er erhalten würde, wenn er sich nicht im Urlaub befände. (...) Beim Vorliegen der Voraussetzungen erhält der Mitarbeiter zusätzlich pro Urlaubstag einen Aufschlag nach Absatz 3.
  - <sup>13</sup> (...)
  - <sup>14</sup> (3) Der Aufschlag ermittelt sich aus dem Tagesdurchschnitt
  - <sup>15</sup> der Zeitzuschläge nach

<sup>16</sup> § 1 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b bis f der Anlage 6a zu den B,  
<sup>17</sup> § 7 Abs. 1 Buchst. b bis e der Anlage 30 zu den B,  
<sup>18</sup> § 6 Abs. 1 Buchst. b bis f der Anlage 31 zu den B,  
<sup>19</sup> § 6 Abs. 1 Buchst. b bis f der Anlage 32 zu den B,  
<sup>20</sup> § 6 Abs. 1 Buchst. b bis f der Anlage 33 zu den B,  
<sup>21</sup> der Überstundenvergütung nach  
<sup>22</sup> § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 der Anlage 6a zu den B,  
<sup>23</sup> § 7 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der Anlage 30 zu den B,  
<sup>24</sup> § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der Anlage 31 zu den B,  
<sup>25</sup> § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der Anlage 32 zu den B,  
<sup>26</sup> § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der Anlage 33 zu den B,  
<sup>27</sup> dem Zeitzuschlag nach  
<sup>28</sup> § 1 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a der Anlage 6a zu den B,  
<sup>29</sup> § 7 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der Anlage 30 zu den B,  
<sup>30</sup> § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der Anlage 31 zu den B,  
<sup>31</sup> § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der Anlage 32 zu den B,  
<sup>32</sup> § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der Anlage 33 zu den B für ausgeglichene Überstunden,  
<sup>33</sup> der Vergütung für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft nach  
<sup>34</sup> § 7 Abs. 5 und 6, § 9 Abs. 1, 2, 3 und 5 der Anlage 5 zu den B,  
<sup>35</sup> § 8 und § 7 Abs. 3 der Anlage 30 zu den B,  
<sup>36</sup> § 7 und § 6 Abs. 3 der Anlage 31 zu den B,  
<sup>37</sup> § 7 und § 6 Abs. 3 der Anlage 32 zu den B,  
<sup>38</sup> § 7 und § 6 Abs. 3 der Anlage 33 zu den B  
<sup>39</sup> der Mehrarbeitsvergütung für teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter nach Abschnitt IIa Satz 3 der Anlage 1 zu den B, sowie den Aufschlagszahlungen nach dieser Vorschrift während der letzten drei Kalendermonate vor Beginn des Urlaubs."  
<sup>40</sup> Im Arbeitszeitkonto des Klägers wurden die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste jeweils mit 0 Stunden bewertet. Für die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste zahlte die Beklagte an den Kläger dessen Dienstbezüge sowie einen Aufschlag nach § 2 Abs. 3 der Anlage 14 zu den B. Diesen Aufschlag berechnete die Beklagte, indem sie die Summe der ausgezahlten Aufschläge und Zeitzuschläge sowie die Vergütung für Rufbereitschaftsdienste und Überstunden der jeweils letzten drei Monate vor den krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdiensten zugrunde legte. Die Beklagte hat die Berechnung des Zuschlags für den Monat März in der Anlage 2 zu ihrem Schriftsatz vom 14.07.2021 dargestellt. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Berechnung des Zuschlages für die Monate Januar 2020 und Mai 2021 ebenso erfolgte.  
<sup>41</sup> Mit der E-Mail vom 27.02.2020 forderte der Kläger die Beklagte auf, den Bereitschaftsdienst vom 18.01.2020 als Arbeitszeit zu bewerten. Mit anwaltlichem Schreiben vom 03.09.2020 ließ der Kläger Stundengutschriften für die ausgefallenen Bereitschaftsdienste vom 18.01.2020 und vom 17.03.2020 geltend machen. Mit seiner Klage, die am 01.03.2021 bei dem Arbeitsgericht eingegangen ist hat der Kläger seine Ansprüche auf Stundengutschriften weiter verfolgt. Mit dem Schriftsatz vom 21.06.2021, der am gleichen Tag bei dem Arbeitsgericht eingegangen ist, hat der Kläger die Klage im Hinblick auf den krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienst vom 12.05.2021 erweitert.  
<sup>42</sup> Der Kläger hat die Auffassung vertreten, soweit es sich bei den ausgefallenen Bereitschaftsdiensten um gewertete Arbeitszeit handele, könne er nach den zwingenden Vorgaben des Entgeltfortzahlungsgesetzes eine Vergütung fordern. Der von ihm gewählte Freizeitausgleich trete an die Stelle der Vergütung. Sofern der Kläger die in Rede stehenden Bereitschaftsdienste geleistet hätte, wäre die entsprechende Stundenzahl seinem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben worden. Der Zuschlag, den die Beklagte gezahlt habe, stelle für die unterbliebene Zeitgutschrift keine ausreichende Kompensation dar. - Der Kläger hat für den ausgefallenen Bereitschaftsdienst vom 18.01.2020 eine Stundengutschrift i. H. v. 21,6 Stunden verlangt (24 Stunden x 90 v.H.). Für die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste vom 17.03.2020 und vom 12.05.2021 hat der Kläger jeweils eine Stundengutschrift i. H. v. 13,95 Stunden gefordert (15,5 Stunden x 90 v.H.).

<sup>43</sup> Der Kläger hat beantragt,

<sup>44</sup> die Beklagte zu verurteilen, auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers 41,5 Stunden gut zu schreiben.

<sup>45</sup> Die Beklagte hat beantragt,

<sup>46</sup> die Klage abzuweisen.

<sup>47</sup> Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, zur Gewährung von Stundengutschriften nicht verpflichtet zu sein, da sie die Ansprüche des Klägers auf Gewährung von Krankenbezügen nach Abschnitt XII der Anlage 1 zu den B i. V. m. § 2 der Anlage 14 zu den B ordnungsgemäß erfüllt habe. Der Aufschlag nach § 2 Abs. 3 der Anlage 14 zu den B bilde Bereitschaftsdienste, die der Kläger über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistet habe, hinreichend ab. Dass dieser Aufschlag, der sich unter anderem aus der gezahlten Vergütung für Bereitschaftsdienste während der letzten drei Kalendermonate errechne, für den Kläger geringer sei als für Mitarbeiter, die für geleistete Bereitschaftsdienste keinen Freizeitausgleich, sondern Entgeltzahlung wählten, beruhe auf der eigenen Wahlentscheidung des Klägers. Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, die Bestimmungen unter Abschnitt XII der Anlage 1 zu den B und unter § 2 der Anlage 14 zu den B verkürzt in unzulässiger Weise seine Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz. Die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geplanten Bereitschaftsdienste seien nicht im Rahmen der Entgeltfortzahlung zu berücksichtigen.

<sup>48</sup> Das Arbeitsgericht hat sich der Argumentation der Beklagten angeschlossen und die Klage abgewiesen. Das erstinstanzliche Urteil ist dem Kläger am 10.09.2021 zugestellt worden. Er hat mit einem Schriftsatz, der am 07.10.2021 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangen ist, Berufung eingelegt. Er hat die Berufung mit einem am 10.12.2021 eingegangenen Schriftsatz begründet, nachdem zuvor die Berufungsbegründungsfrist durch gerichtlichen Beschluss bis zum 10.12.2021 verlängert worden war.

<sup>49</sup> Der Kläger meint nach wie vor, ihm stehe ein Anspruch auf Zeitgutschriften für die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste gegen die Beklagte zu. Im Hinblick auf die Bereitschaftsdienste vom 17.03.2020 und vom 12.05.2020 will der Kläger sich Zeitgutschriften vom 18.03.2020 und vom 12.05.2021 - jeweils im Umfang von 8 Stunden - anrechnen lassen. Die Bereitschaftsdienste seien nicht als Überstunden im Sinne des Entgeltfortzahlungsrechts anzusehen, da es sich nicht um eine vorübergehende Änderung der regelmäßigen Arbeitszeit handle. Der Kläger habe die Bereitschaftsdienste stetig und dauerhaft geleistet. Soweit die B abweichende Regelungen enthielten, seien sie unwirksam. Die vorgesehene Durchschnittsbetrachtung in Bezug auf einen dreimonatigen Referenzzeitraum verstoße gegen das Lohnausfallprinzip des Entgeltfortzahlungsrechts und könne im Streitfall nicht nur Anwendung kommen, da der Umfang der krankheitsbedingt ausgefallenen Arbeitszeit exakt bestimmt werden könne. Der Kläger werde aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit benachteiligt, wenn die Beklagte zwar eingeplante Freizeitausgleichstage für Bereitschaftsdienste als Minusstunden im Arbeitszeitkonto berücksichtige, jedoch außer Betracht lasse, dass der Kläger die Bereitschaftsdienste krankheitsbedingt nicht habe ableisten und deshalb keine Stundengutschriften habe generieren können.

<sup>50</sup> Der Kläger beantragt,

<sup>51</sup> das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 12.08.2021 -4 Ca 250/21 - abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, dem Arbeitszeitkonto des Klägers 33,5 Stunden als "Ist-Stunden" in dem Monat, der auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Entscheidung des Streitfalls folgt, gutzuschreiben.

<sup>52</sup> Die Beklagte beantragt,

<sup>53</sup> die Berufung zurückzuweisen.

<sup>54</sup> Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend. Sie meint, die in § 2 der Anlage 14 B vorgesehene pauschale Vergütung für Bereitschaftsdienste und Überstunden sei entgeltfortzahlungsrechtlich nicht zu beanstanden, da der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung in seiner Substanz nicht angetastet werde. Die vergangenheitsbezogene Betrachtungsweise über einen Zeitraum von drei Monaten sei zulässig. Mit der Fortzahlung der Regelvergütung erhalte der Kläger das Entgelt für die Stunden, die seiner regelmäßigen Arbeitszeit entspräche. Bei den Bereitschaftsdiensten handle es sich um Abweichungen von der regelmäßigen Arbeitszeit, da sie nach Umfang der Stunden und der monatlichen Verteilung variierten und der Kläger sie nicht kontinuierlich und dauerhaft erbringe. Soweit die Beklagte geplante Freizeitausgleichstage als Minusstunden im Rahmen des Arbeitszeitkontos berücksichtige habe, sei dies zulässig, da der Kläger ja tatsächlich nicht gearbeitet habe.

<sup>55</sup> Zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen.

Gründe

<sup>56</sup> I. Die Berufung ist zulässig.

<sup>57</sup> Der Kläger hat die Berufung insbesondere form- und fristgerecht gem. §66 Abs. 1 ArbGG eingelegt und begründet.

<sup>58</sup> II. Die Berufung hat in der Sache Erfolg.

<sup>59</sup> 1. Die Klage ist zulässig.

<sup>60</sup> Der Leistungsantrag ist, nach dem der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht sein Begehren konkretisiert hat, hinreichend bestimmt. Der Antrag, einem Arbeitszeitkonto Stunden gutzuschreiben, ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer ein Zeitkonto führt, auf dem zu erfassende Arbeitszeiten nicht aufgenommen wurden und noch gutgeschrieben werden können, und das Leistungsbegehren konkretisiert, an welcher Stelle des Arbeitszeitkontos die Gutschrift erfolgen soll (BAG, Urteil vom 19.03.2014 - 5 AZR 954/12, Urteil vom 21.03.2012 -5 AZR 676/11, Urteil vom 10.11.2010 -5 AZR 766/09). Diesen Anforderungen genügt der Klageantrag. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Beklagte für den Kläger ein Arbeitszeitkonto führt. Ebenso ist unstrittig, dass der Kläger auf diesem Konto keine Stundengutschrift für die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste am 18.01.2020, 17.03.2020 und 12.05.2021 erhielt. Die nachträgliche Gutschrift der Stunden ist möglich. Sie sind dem Arbeitszeitkonto als "Ist-Stunden" gutzuschreiben. Der Kläger hat mit dem Schriftsatz vom 19.04.2022 Ausdrucke vorgelegt, aus denen sich die Gestaltung seines Arbeitszeitkontos ergibt. Der Stundensaldo des Arbeitskontos resultiert aus einer Gegenüberstellung von Soll-Stunden und Ist-Stunden. Dass eine etwa notwendig werdende Korrektur des Arbeitszeitkontos sich durch die Gutschrift als "Ist-Stunden" vollzieht, steht zwischen den Parteien nach den übereinstimmenden Erklärungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht im Streit.

<sup>61</sup> 2. Die Klage ist begründet.

<sup>62</sup> Dem Kläger steht ein Anspruch auf die begehrte Stundengutschrift zu. Die Beklagte ist verpflichtet, dem Arbeitszeitkonto des Klägers 33,5 Stunden gutzuschreiben, nämlich 21,6 Stunden für den krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienst am 18.01.2020 sowie jeweils 5,95 Stunden für die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste am 17.03.2020 und am 12.05.2021.

<sup>63</sup> a) Der Anspruch des Klägers ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag i. V. m. der Abrede, die die Parteien über die Führung des Arbeitszeitkontos trafen.

<sup>64</sup> Dem Arbeitnehmer steht ein Anspruch auf korrekte Führung seines Arbeitszeitkontos zu (BAG, Urteil vom 21.03.2012 - 5 AZR 676/11). Andernfalls vermag das Arbeitszeitkonto seinen Zweck, den zeitlichen Umfang der vom Arbeitnehmer erbrachten Hauptleistungspflicht zu dokumentieren, nicht zu erfüllen. Der Zeitsaldo des Arbeitszeitkontos gibt Auskunft darüber, in welchem Umfang der Arbeitnehmer Arbeit geleistet hat und daher Vergütung beanspruchen kann oder in welchem Umfang er noch Arbeit für das vereinbarte Entgelt leisten muss (BAG, Urteil vom 24.10.2013 - 6 AZR 286/12). Die nachträgliche Gutschrift von Stunden auf einem Arbeitskonto setzt voraus, dass das Arbeitszeitkonto nicht korrekt geführt wurde, weil der Arbeitnehmer Arbeitsstunden erbracht hat oder aufgrund eines Entgeltfortzahlungstatbestands nicht erbringen musste und diese Stunden bisher nicht vergütet und nicht in das Arbeitszeitkonto eingestellt wurden (BAG, Urteil vom 26.09.2018 - 7 AZR 829/16).

<sup>65</sup> Im Streitfall führte die Beklagte das Arbeitszeitkonto des Klägers nicht korrekt. Nach § 7 Abs. 1 der Anlage 31 zu den B sind die Bereitschaftsdienststunden, die der Kläger dienstplanmäßig am 18.01.2020, am 17.03.2020 und am 12.05.2021 zu leisten hatte, zu 90 v.H. als Arbeitszeit zu bewerten. Diese Stunden berücksichtigte die Beklagte nicht als "Ist-Stunden" auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers, obgleich sie hierzu verpflichtet war. Der Kläger erbrachte zwar wegen der bestehenden Arbeitsunfähigkeit seine Arbeitsleistung an diesen Tagen nicht. Die Stunden sind gleichwohl in das Arbeitszeitkonto einzustellen, da der Kläger seine Arbeitsleistung aufgrund eines Entgeltfortzahlungstatbestandes nicht erbringen musste.

<sup>66</sup> b) Zugunsten des Klägers greift der Entgeltfortzahlungstatbestand des §4 Abs. 1 EFZG ein.

<sup>67</sup> aa) Der Kläger war an den in Rede stehenden Tagen arbeitsunfähig erkrankt.

<sup>68</sup> Aufgrund der bestehenden Arbeitsunfähigkeit war er nicht in der Lage, die dienstplanmäßig vorgesehenen Bereitschaftsdienste abzuleisten. Das ist zwischen den Parteien unstrittig.

<sup>69</sup> bb) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, im Hinblick auf die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste nicht zur Entgeltfortzahlung verpflichtet zu sein, da es sich bei der Bereitschaftsdienstvergütung um zusätzlich für Überstunden gezahltes Arbeitsentgelt im Sinne des § 4 Abs. 1a EFZG handele.

- <sup>70</sup> Gem. § 4 Abs. 1 EFZG ist dem Arbeitnehmer für den in § 3 Abs. 1 EFZG bezeichneten Zeitraum das Arbeitsentgelt fortzuzahlen, das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zusteht. Der Entgeltfortzahlung liegt dabei ein modifiziertes Lohnausfallprinzip zugrunde. Für die Entgeltfortzahlung ist maßgeblich, welche Arbeitszeit aufgrund der Arbeitsunfähigkeit ausgefallen ist (BAG, Urteil vom 16.07.2014 - [10 AZR 242/13](#)). Bei Schichtarbeit richtet sich die Entgeltfortzahlung nach der Einteilung des Arbeitnehmers im Schichtplan (Schliemann, in: Henssler/Willemsen/Kalb, 7. Aufl. 2016, § 4 EFZG Rdnr. 8; Küfner-Schmitt, in: Schmitt, 8. Aufl. 2018, § 4 EFZG Rdnr. 61 f. m.w.N.). Die regelmäßige Arbeitszeit, für die der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung zu leisten verpflichtet ist, kann von der tariflichen oder betriebsüblichen Arbeitszeit abweichen; die Entgeltfortzahlungspflicht besteht, wenn die Abweichung von einer gewissen Stetigkeit und Dauer ist (Schliemann a.a.O. Rdnr. 6). Das kann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer nach einem einheitlichen System regelmäßig zu Bereitschaftsdiensten herangezogen wird (LAG Niedersachsen, Urteil vom 14.11.2006 - [12 Sa 773/06](#)). Demgegenüber werden "Überstunden", für die keine Entgeltfortzahlungspflicht besteht, wegen bestimmter besonderer Umstände zusätzlich geleistet (BAG, Urteil vom 26.06.2002 - [5 AZR 592/00](#)).
- <sup>71</sup> Nach diesen Grundsätzen handelt es sich bei den krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdiensten des Klägers nicht um "Überstunden", für die keine Entgeltfortzahlungspflicht besteht, sondern um eine regelmäßige Arbeitszeit des Klägers. Die Einteilung des Klägers zu den Bereitschaftsdiensten erfolgte durch den Dienstplan, der auch sonst für die vom Kläger zu erbringende Arbeitsleistung maßgeblich war. Die Bereitschaftsdienste wurden nicht aufgrund besonderer Umstände, wie etwa einem nur vorübergehend erhöhten betrieblichen Arbeitsbedarf oder einem krankheitsbedingten Ausfall von anderen Arbeitnehmer angeordnet. Dem Vorbringen der Parteien lassen sich solche besonderen Umstände nicht entnehmen. Vielmehr ist der Kläger regelmäßig und stetig zu den Bereitschaftsdiensten eingeteilt worden. Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht unstreitig gestellt, dass der Kläger monatlich mindestens zweimal zu Bereitschaftsdiensten eingeteilt wurde.
- <sup>72</sup> cc) Sind mithin die ausgefallenen Bereitschaftsdienste von der Entgeltfortzahlungspflicht der Beklagten gem. § 4 Abs. 1 EFZG umfasst, so kann der Kläger für die ausgefallenen Stunden auch Gutschriften auf seinem Arbeitszeitkonto verlangen.
- <sup>73</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob das Arbeitsentgelt verstetigt ausgezahlt wird (BAG, Urteil vom 16.07.2017 - [10 AZR 242/13](#) m.w.N.). Denn die Gutschriften auf einem Arbeitszeitkonto sind nur eine andere Form von Entgelt, das lediglich nicht (sofort) ausgezahlt, sondern verrechnet wird.
- <sup>74</sup> c) Die Beklagte hat die Ansprüche des Klägers, die sich aus § 4 Abs. 1 EFZG ergeben, nicht erfüllt.
- <sup>75</sup> aa) Der Kläger erhielt für die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste keine hinreichenden Stundengutschriften.
- <sup>76</sup> Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte dem Kläger für den Bereitschaftsdienst am 18.01.2020 Stunden gutschrieb oder unter Vergütungszahlung von der Arbeitsleistung freistellte. Im Hinblick auf die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste vom 17.03.2020 und vom 12.05.2021 gewährte die Beklagte jeweils acht Stunden Freizeitausgleich. Diesen Freizeitausgleich hat der Kläger bei der Berechnung des Klageanspruchs berücksichtigt und in Abzug gebracht.
- <sup>77</sup> bb) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, der Kläger habe für die in Rede stehenden Bereitschaftsdienste eine Entgeltzahlung erhalten.
- <sup>78</sup> Die Bereitschaftsdienste, die der Kläger aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit nicht leisten konnte, flossen nur im Wege der Aufschlagszahlung nach § 2 Abs. 3 der Anlage 14 zu den B in die Entgeltfortzahlung ein, die der Kläger erhielt. Die Zahlung dieses Aufschlages deckt jedoch nur die Teile der Bereitschaftsdienste ab, die in den vorherigen drei Monaten finanziell abgegolten wurden. Die Teile des Bereitschaftsdienstes, die in Freizeit ausgeglichen worden sind, finden bei der Ausgleichszahlung finanziell keine Berücksichtigung.
- <sup>79</sup> Dies hatte für den Kläger zur Folge, dass der in Freizeit ausgeglichene Bestandteil des Bereitschaftsdienstes keine finanzielle Berücksichtigung fand, ein Abzug des geplanten Freizeitausgleichs in Form von "Minusstunden" jedoch trotzdem eintrat. Das läuft den Wertungen des § 4 Abs. 1 EFZG zuwider. Erhält der Kläger keine Stundengutschrift für die ausgefallenen Bereitschaftsdienste, so müsste er nach der Vorgehensweise der Beklagten die krankheitsbedingt ausgefallene Arbeitszeit "nacharbeiten" (so im Ergebnis auch Hofer, ZTR 2017, 705 - 710 zu den Regelungen des TV-Ärzte VKA).
- <sup>80</sup> cc) Entgegen der Auffassung, die die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht äußerte, kommt nicht darauf an, ob der Kläger auch ohne die krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienste durchschnittlich zwei Bereitschaftsdienste je Monat leistete.

- <sup>81</sup> Die zusätzliche Einteilung für einen Bereitschaftsdienst kann keine Kompensation für einen krankheitsbedingt ausgefallenen Bereitschaftsdienst darstellen. Denn im Rahmen des zusätzlichen Bereitschaftsdienstes müsste der Kläger eine zusätzliche Arbeitsleistung erbringen, also im Ergebnis "nacharbeiten". Das stünde mit den Wertungen des Entgeltfortzahlungsrechts nicht im Einklang. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Beklagte den Kläger zu zusätzlichen Bereitschaftsdiensten einteilte und im Hinblick auf welchen Zeitraum ein Durchschnitt von zwei Bereitschaftsdiensten monatlich dadurch erreicht worden wäre.
- <sup>82</sup> d) Die Beklagte kann nicht einwenden, die Ansprüche des Klägers auf Entgeltfortzahlung hinsichtlich der ausgefallenen Bereitschaftsdienste richteten sich nicht nach der Vorschrift des § 4 Abs. 1 EFZG, sondern nach den Bestimmungen des Abschnitts XII (b) der Anlage 1 zu den B Caritas i. V. m. § 2 Abs. 1 und 3 der Anlage 14 zu den B Caritas.
- <sup>83</sup> Zwar ist nach dem beiderseitigen Parteivorbringen davon auszugehen, dass die Beklagte die nach den B bestehenden Ansprüche des Klägers auf Vergütungsfortzahlung erfüllte. Die Bestimmungen der B sind jedoch unwirksam, da sie in unzulässiger Weise die Ansprüche des Klägers nach § 4 EFZG verkürzen und insoweit gegen § 12 EFZG verstoßen.
- <sup>84</sup> aa) Die Bestimmungen des Abschnitts XII (b) der Anlage 1 zu den B Caritas i. V. m. § 2 Abs. 1 und 3 der Anlage 14 zu den B weichen zum Nachteil des Klägers von § 4 Abs. 1 EFZG ab.
- <sup>85</sup> Eine Abweichung liegt insoweit vor, als die Bestimmungen der B zur Entgeltfortzahlung jedenfalls im Hinblick auf den Bereitschaftsdienst nicht dem Lohnausfallprinzip des EFZG folgen, sondern auf die durchschnittliche Vergütung in einem Referenzzeitraum abstellen. Dadurch werden Arbeitnehmer im Hinblick auf die Höhe der Entgeltfortzahlung schlechter gestellt, die wie der Kläger, im Referenzzeitraum keine Vergütung, sondern einen Freizeitausgleich für geleistete Bereitschaftsdienste erhielten. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass dies auf der Wahlentscheidung des Klägers zugunsten des Freizeitausgleichs beruhe. § 12 EFZG lässt Abweichungen von den Vorschriften des EFZG auch dann nicht zu, wenn der Arbeitnehmer einverstanden ist oder vor die Wahl gestellt wird, anstelle der Ansprüche nach dem EFZG eine andere für ihn ungünstigere Leistung zu erhalten (vgl. etwa zu Regelungen, die eine Nacharbeit vorsehen: Schmitt, in: Schmitt, § 12 EFZG Rdnr. 37 m.w.N.).
- <sup>86</sup> Zudem sehen die Bestimmungen des Abschnitts XII (b) der Anlage 1 zu den B i. V. m. § 2 Abs. 1 und 3 der Anlage 14 zu den B für Arbeitnehmer, die sich anstelle einer Vergütung der Bereitschaftsdienste für einen Freizeitausgleich entschieden haben, keine Zeitgutschriften für krankheitsbedingt ausgefallene Bereitschaftsdienste vor. Auch insoweit liegt eine Schlechterstellung gegenüber den Vorgaben aus § 4 EFZG vor (s.o. unter I 2 b der Entscheidungsgründe).
- <sup>87</sup> bb) Zugunsten der Beklagten greift nicht die Vorschrift des § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG ein.
- <sup>88</sup> Nach dieser Vorschrift kann durch Tarifvertrag eine abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden. Bei den B handelt es sich jedoch nicht um einen Tarifvertrag. Kirchliche Arbeitsrechtsregelungen sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen (BAG, Urteil vom 30.10.2019 - 6 AZR 465/18).
- <sup>89</sup> (1) § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG lässt sich nicht dahingehend auslegen, dass das Gesetz, wenn es auf "Tarifverträge" abstellt, ebenfalls die kollektiven Arbeitsrechtsregelungen der Kirchen meint (so im Ergebnis auch Schliemann a.a.O. Rdnr. 45).
- <sup>90</sup> Das ergibt sich im Umkehrschluss aus § 7 Abs. 4 ArbZG und § 21 Abs. 3 JArbSchG. In diesen Vorschriften sind die kollektiven Arbeitsrechtsregelungen der Kirchen, anders als in § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG, ausdrücklich genannt. Der Gesetzgeber hat mithin bewusst differenziert. Eine analoge Anwendung des § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen setzte sich über diese gesetzgeberische Entscheidung unzulässig rechtsfortbildend hinweg (vgl. BAG, Urteil vom 30.10.2019 - 6 AZR 465/18 zu § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG).
- <sup>91</sup> (2) Die nach § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG ausschließlich Tarifverträgen vorbehaltene Möglichkeit, eine abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Entgelts festzulegen, verletzt die Kirchen weder in ihrem durch Art 140 GG iVm Art 137 Abs 3 WRV garantierten Selbstverwaltungs- und Selbstbestimmungsrecht, noch verstößt sie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art 3 Abs. 1 GG.
- <sup>92</sup> Das BAG hat im Hinblick auf das Befristungsrecht zutreffend entschieden, dass der Gesetzgeber bei der Normierung der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG von einer Öffnungsklausel absehen konnte, die den Kirchen ein Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben zuungunsten der Arbeitnehmer ermöglicht (BAG, Urteil vom 25. 03.2009 - 7 AZR 710/07). Dieselben Erwägungen gelten auch im Hinblick auf § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG.
- <sup>93</sup> (a) Unterstellt man, dass die Beklagte sich auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art.140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV) berufen kann, so wird dieses Recht nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt.

- <sup>94</sup> Durch die zwingenden Vorgaben des §4 EFZG werden weder das Selbstverständnis der Kirchen noch die verfassungsrechtlich geschützte Eigenart des kirchlichen Dienstes betroffen. Ebenso wenig ist erkennbar, inwieweit der Beklagten durch das in § 4 EFZG vorgesehene Entgeltausfallprinzip die Erfüllung der von ihr übernommenen Aufgaben erschwert wird.
- <sup>95</sup> (b) Auch ein Verstoß gegen Art.3 Abs. 1 GG liegt nicht vor.
- <sup>96</sup> Der Gesetzgeber unterliegt bei der Ausgestaltung der Öffnungsklausel des §14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG lediglich den Schranken des Willkürverbots. Es ist von Verfassungs wegen nicht geboten, allen Branchen mit einer Öffnungsklausel gleichermaßen einen Freiraum für zuungunsten der Arbeitnehmer geltende Regelungen einzuräumen. Der Gesetzgeber kann entsprechend dem von ihm verfolgten Regelungszweck danach differenzieren, ob und in welchem Umfang er eine von der gesetzlichen Regelung ersetzende Normsetzung ermöglicht. Die Unterschiede bei dem Zustandekommen von Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen rechtfertigen die Beschränkung der Öffnungsklausel in § 4 Abs. 1 Satz1 EFZG auf Tarifverträge. Der Gesetzgeber konnte davon ausgehen, dass tarifliche Vereinbarungen nach § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG nicht gegen den Willen der Arbeitnehmerseite, sondern nur einvernehmlich und nicht ohne eine angemessene Kompensation der Arbeitgeberseite abgeschlossen werden. Das besondere Verfahren bei den auf dem Dritten Weg zustande gekommenen Regelungen bietet keine vergleichbare Gewähr. Ein kirchlicher Arbeitgeber kann letztlich wegen der beim Dritten Weg institutionalisierten Zwangsschlichtung eine Arbeitsrechtsregelung, mit der zuungunsten der Arbeitnehmer von den in § 4 EFZG enthaltenen Vorgaben über die Berechnung des im Krankheitsfall fortzuzahlenden Arbeitsentgelts abgewichen wird, gegen den Willen der Arbeitnehmerseite und ohne Zugeständnisse bei den Arbeitsbedingungen der im Kirchendienst beschäftigten Arbeitnehmer herbeiführen.
- <sup>97</sup> e) Die Ansprüche des Klägers sind nicht verfallen nach § 23 B.
- <sup>98</sup> Der Kläger machte die Ansprüche rechtzeitig mit der E-Mail vom 27.02.2020, mit dem Schreiben vom 03.09.2020 und mit der Klageerhebung geltend. Die Beklagte hat sich zuletzt auf den ursprünglich erhobenen Einwand des Verfalls auch nicht mehr berufen.
- <sup>99</sup> III. Die Kostenentscheidung folgt hinsichtlich der Kosten erster Instanz aus §92 Abs. 1 Satz 1, 2. Var. ZPO. Die Kosten sind verhältnismäßig zu teilen, da beide Parteien teils obsiegten, teils unterlagen. Der Kläger hat die Gutschrift von 41,5 Stunden eingefordert, ihm steht aber nur ein Anspruch auf Gutschrift von 33,5 Stunden zu. Im Hinblick auf die Kosten des Berufungsrechtszuges folgt die Kostenentscheidung aus § 91 Abs. 1 ZPO; die Beklagte unterlag hier vollständig.
- <sup>100</sup> IV. Die Revision ist gem. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen worden. Der entscheidungserheblichen Rechtsfrage, inwiefern durch die Bestimmungen der B von den Vorgaben des Entgeltfortzahlungsgesetzes abgewichen werden kann, kommt aus Sicht der Kammer grundsätzliche Bedeutung zu.
- <sup>101</sup> RECHTSMITTELBELEHRUNG
- <sup>102</sup> Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei
- <sup>103</sup> REVISION
- <sup>104</sup> eingelegt werden.
- <sup>105</sup> Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben.
- <sup>106</sup> Die Revision muss innerhalb einer Notfrist\* von einem Monat schriftlich oder in elektronischer Form beim
- <sup>107</sup> Bundesarbeitsgericht
- <sup>108</sup> Hugo-Preuß-Platz 1
- <sup>109</sup> 99084 Erfurt
- <sup>110</sup> Fax: 0361 2636-2000
- <sup>111</sup> eingelegt werden.
- <sup>112</sup> Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.
- <sup>113</sup> Für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse besteht ab dem 01.01.2022 gem. §§ 46g Satz 1, 72 Abs. 6 ArbGG grundsätzlich die Pflicht, die Revision ausschließlich als elektronisches Dokument einzureichen. Gleiches gilt für vertretungsberechtigte Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 46c Abs. 4 Nr. 2 ArbGG zur Verfügung steht.
- <sup>114</sup> Die Revisionschrift muss von einem Bevollmächtigten eingelegt werden. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:

<sup>115</sup> 1. Rechtsanwälte,

<sup>116</sup> 2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,

<sup>117</sup> 3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

<sup>118</sup> In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

<sup>119</sup> Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

<sup>120</sup> Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de).

<sup>121</sup> \* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.