

**Berechnung der werktäglichen Höchstarbeitszeit innerhalb
von arbeitszeitgesetzlichen Ausgleichszeiträumen**

- Anmerkung zum Urteil des OVG Münster v. 24.6.2016 - 4 A 2803/12

**(erschieden in ZESAR
(Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht, S. 477 ff.)**

Es gehört zu den Merkwürdigkeiten des deutschen Arbeitszeitrechts, dass elementare Fragen der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung wie die Berechnung der höchstzulässigen Arbeitszeit innerhalb des Werktages oder innerhalb der vom Arbeitszeitgesetz geregelten Ausgleichszeiträume für Überschreitungen der Höchstarbeitszeit nicht eindeutig geregelt sind. Die entsprechenden Bestimmungen sind deshalb eine Quelle für Auslegungszweifel und Rechtsunsicherheit auf Seiten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern und der beteiligten Interessenvertretungen (Betriebsräte, Personalräte, Mitarbeitervertretungen).

I. Einleitung

Während die Frage der - ebenfalls lange umstrittenen - Handhabung der werktäglichen „Spitzenarbeitszeit“ von 10 Stunden zumindest hinsichtlich der Handhabung durch die zuständigen Aufsichtsbehörden in den vergangenen Jahren geklärt wurde¹, war die Frage der zulässigen Berechnungsmethode für den erforderlichen Zeitausgleich von Überschreitungen der werktäglichen Arbeitszeit von 8 Stunden offen.² Das OVG Münster, Ur. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, hat nunmehr in dieser Frage für Klarheit gesorgt, wenngleich Ergebnis und Begründung nicht in allen Punkten überzeugen können. Zugleich hat es für tarifgebundene Unternehmen und Einrichtungen Regelungsspielräume angedeutet, die für die insoweit besonders betroffenen Einrichtungen mit Bereitschaftsdiensten als gewisser Lichtstreifen am Horizont erscheinen.

II. Ausgangssituation und praktische Bedeutung

Der vom OVG Münster entschiedene Rechtsstreit ist insbesondere für alle Konstellationen von Bedeutung, in denen Arbeitnehmer, die dem Arbeitszeitgesetz unterliegen, zusätzlich zur vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit (also der tarif- oder arbeitsvertraglich geregelten Wochenarbeitszeit) zeitliche Mehrleistungen erbringen, die als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes zu bewerten sind. Zu solchen zeitlichen Mehrleistungen gehören insbesondere:

¹ Vgl. etwa Länderausschuss für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI; Hg.), Arbeitszeitgestaltung in Krankenhäusern“, 1. überarbeitete Auflage der Neufassung 2009, 2012, Ziff. 4.4 (neuer Beginn eines individuellen Werktages auch schon vor Ablauf einer Zeitspanne von 24 Stunden möglich); Erlass des nordrhein-westfälischen Ministeriums für Arbeit und Wirtschaft zur Durchführung des Arbeitszeitgesetzes v. 30.12.2013; anders noch etwa Buschmann/Ulber, Arbeitszeitgesetz, 6. Aufl. 2009, § 3, Rn. 5.

² Vgl. Schlottfeldt, ZESAR 2013, 222 ff.

- Überstunden und Mehrarbeit;
- Arbeitszeiten aus Bereitschaftsdiensten³;
- Arbeitszeiten aus Inanspruchnahmen innerhalb von Rufbereitschaften⁴;
- Fahrzeiten zwischen Betriebsstätte und auswärtigen Einsatzstellen im Rahmen von Außendiensttätigkeiten⁵;
- Dienstreisezeiten, soweit ein Fahrzeug zu lenken ist⁶;
- Arbeitszeiten aus eventuellen Nebentätigkeiten als Arbeitnehmer⁷.

Eine besondere Brisanz hat die Frage der Berechnung der werktäglichen Arbeitszeit innerhalb des gesetzlich geregelten Ausgleichszeitraums für Betriebe und Einrichtungen, in denen regelmäßig Bereitschaftsdienst im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1a) und 4a) ArbZG geleistet wird. Denn aufgrund der veränderten arbeitszeit-schutzrechtlichen Bewertung des Bereitschaftsdienstes, der nunmehr in vollem Umfang (also einschließlich inaktiver Phasen) als Arbeitszeit im Sinne § 2 Abs. 1 ArbZG anzusehen ist⁸, wird die nach den arbeitszeitgesetzlichen Bestimmungen maximal zulässige Arbeitszeit unter Umständen schnell erreicht.

Dies gilt insbesondere für Arbeitnehmer mit einer vergleichsweise hohen Wochenarbeitszeit, wie sie in Universitätskliniken anzutreffen ist.⁹ Betroffen sind aber auch etwa Einrichtungen der Behinderten- und Jugendhilfe, in denen Arbeitnehmer zu sogenannten „Schlafbereitschaften“ zur Sicherstellung der Aufsichtspflicht des Trägers herangezogen werden.¹⁰ Die arbeitszeitschutzrechtlich verfügbare „Luft“ zwischen der tarifvertraglich bzw. arbeitsvertraglich vereinbarten Wochenarbeitszeit und der gesetzlich zulässigen Höchstarbeitszeit wird auch in diesen Einrichtungen häufig durch solche Bereitschaften „abgeschöpft“.

Ein in der betrieblichen Praxis tendenziell unterschätztes Problem stellen die Inanspruchnahmen aus Rufbereitschaft dar. Während die Zeit der reinen Rufbereitschaft (ohne Inanspruchnahme) zur Ruhezeit zählt, sind Inanspruchnahmen innerhalb der Rufbereitschaft (zumindest die Zeiten der Erbringung tatsächlicher Arbeitsleistung¹¹) als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes anzusehen. Da insbesondere in Krankenhäusern der Akutversorgung die Gewährleistung des

³ Zum Begriff des Bereitschaftsdienstes eingehend Schlottfeldt, ZESAR 2010, 326 ff.

⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 20.8.2014 – 10 AZR 937/13, Rn. 18.

⁵ EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Rs. C-266/14 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.) / Tyco Integrated Security SL und Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA), ZESAR 2016, 168 mit Anm. Schlottfeldt, ZESAR 2016, 173 ff.

⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 515/05.

⁷ Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1, letzter Teils. ArbZG sind Arbeitszeiten aus mehreren Arbeitsverhältnissen zusammenzurechnen.

⁸ EuGH, Urt. v. 9.9.2003, Rs. C 151/02 (Jaeger); vgl. zuvor schon für den spanischen Rechtsraum EuGH, Urt. v. 3.10.2000, Rs. C-303/98 (SIMAP), sowie nachfolgend für Frankreich EuGH, Urt. v. 1.12.2005, Rs. C-14/04 (Dellas). Instrukтив zur Rechtsentwicklung Rixen EuZW 2001, 421 ff. Zu praktischen Lösungsmöglichkeiten durch alternative Bereitschaftsdienstmodelle vgl. Schlottfeldt/Herrmann Arbeitszeitgestaltung in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen, 2. Aufl. 2014.

⁹ So beträgt die regelmäßige Arbeitszeit für vollbeschäftigte Ärzte gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 TV-Ärzte/TdL durchschnittlich 42 Stunden/Woche.

¹⁰ Vgl. etwa die Regelungen in § 7.1 Abs. 3-5 TVöD-B i. V. m. § 7.1 Abs. 10 TVöD-B.

¹¹ Vgl. BAG, Urt. v. 20.8.2014 – 10 AZR 937/13, wonach die im Rahmen von Inanspruchnahmen anfallenden Wegezeiten zwischen Aufenthaltsort des Arbeitnehmers und Einrichtung nicht als Arbeitszeit im arbeitszeitschutzrechtlichen Sinne zu bewerten sind.

fachärztlichen Behandlungsstandards außerhalb der tagesüblichen Arbeitszeiten (zum Beispiel Montag bis Freitag 7:30 Uhr bis 16:00 Uhr) durch Fach- und Oberärzte im sogenannten Hintergrunddienst in Form von Rufbereitschaft gewährleistet wird, fallen in diesen Diensten nicht unerhebliche Arbeitszeiten an.

III. Sanktionen und verwaltungsbehördliche Maßnahmen bei Überschreitung der Höchstarbeitszeit

Die Frage der rechtskonformen Berechnung der arbeitszeitschutzrechtlich relevanten Arbeitszeit ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Sanktionsnormen des Arbeitszeitgesetzes relevant. Gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG handelt ordnungswidrig, wer als Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig einen Arbeitnehmer über die „Grenzen der Arbeitszeit“ hinaus beschäftigt. Die Grenzen der Arbeitszeit werden dabei auch durch die innerhalb der arbeitszeitgesetzlichen Ausgleichszeiträume maximal zulässige Arbeitszeit bestimmt. Gemäß § 23 Abs. 1 ArbZG können solche Arbeitszeitüberschreitungen bei vorsätzlicher Begehung und dadurch bewirkter Gefährdung von Gesundheit oder Arbeitskraft eines Arbeitnehmers oder bei beharrlicher Wiederholung sogar als Straftat verfolgt werden.

Die Überschreitung kann mit einer Geldbuße von bis zu 15.000 Euro geahndet werden. Die im einschlägigen Bußgeldkatalog der Aufsichtsbehörden genannten Regelsätze für Überschreitungen der Höchstarbeitszeit knüpfen dabei an das Ausmaß der Überschreitung an. Für eine Überschreitung der 8-Stunden-Grenze von bis zu 12 Minuten (und für jede weiteren angefangenen sechs Minuten) liegt der Regelsatz bei 300 Euro. Hochgerechnet auf einen 24-wöchigen Ausgleichszeitraum (§ 3 Satz 2 ArbZG) mit 144 Werktagen (Feiertage nicht berücksichtigt) entspricht dies rechnerisch einem Betrag von ca. 20 Euro für jede außerhalb des gesetzlich zulässigen Arbeitszeitvolumens geleistete Arbeitsstunde. Für den kürzeren Ausgleichszeitraum der Nachtarbeitnehmer von vier Wochen oder einem Monat (§ 6 Abs. 2 Satz 2 ArbZG) ergäbe sich aber bereits ein Betrag von 125 (!) Euro pro nicht ausgeglichener Arbeitsstunde.

Darüber hinaus kann die zuständige Aufsichtsbehörde gemäß § 17 Abs. 2 ArbZG im Rahmen ihrer ordnungsbehördlichen Befugnisse alle erforderlichen Maßnahmen zur Einhaltung der dem Arbeitgeber obliegenden arbeitszeitgesetzlichen Pflichten anordnen. In der Praxis werden im Zusammenhang der Einhaltung der arbeitszeitgesetzlichen Höchstarbeitszeit nicht selten Ordnungsverfügungen erlassen, durch die dem Arbeitgeber die lückenlose Dokumentation aller geleisteten Arbeitszeiten aufgegeben wird.¹² Derartige Aufzeichnungsverfügungen gehen regelmäßig über die allgemeinen gesetzlichen Erfassungspflichten hinaus¹³. Darüber hinaus könnte die Aufsichtsbehörde nach Feststellung der geleisteten Arbeitszeit unter Fristsetzung und Zwangsgeldandrohung die Freistellung von Arbeitnehmern zur Einhaltung der Arbeitszeithöchstgrenzen anordnen.

¹² Instrukтив hierzu BayVGH, Urt. v. 26.10.2011 - 22 CS 11.1989.

¹³ Gemäß § 16 Abs. 2 ArbZG ist der Arbeitgeber nur verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG (8 Stunden an Werktagen) hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Zur Handhabung der Aufzeichnungspflicht bei Vertrauensarbeitszeit vgl. Schlottfeldt/Hoff, NZA 2000, 530 ff.

IV. Rechtslage gemäß EU-Arbeitszeitrichtlinie und Arbeitszeitgesetz

1. Ausgleichszeiträume gemäß §§ 3 und 6 ArbZG

Die vom OVG Münster zu beurteilenden Rechtsfragen der Bewertung von Urlaubstagen und Feiertagen im Rahmen des arbeitszeitgesetzlichen Ausgleichszeitraums sind an der Schnittstelle zwischen europäischem und deutschem Arbeitszeitrecht angesiedelt. Gemäß § 3 Satz 1 ArbZG darf die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer acht Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu zehn Stunden verlängert werden, wenn innerhalb eines Ausgleichszeitraums von 24 Wochen oder sechs Kalendermonaten im Durchschnitt 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Für Nachtarbeitnehmer¹⁴ gilt jedoch ein erheblich engerer Zeitraum (4 Wochen oder ein Kalendermonat). Der Arbeitgeber darf diese Arbeitnehmer nur so beschäftigen, dass die werktägliche Höchstarbeitszeit innerhalb eines Zeitraums von nur vier Wochen oder einem Kalendermonat erreicht wird. Die Arbeitszeit dieser Arbeitnehmer darf also nur in geringerem Ausmaß flexibilisiert werden.

2. Ausgleichszeitraum für tarifvertraglich geregelte Arbeitszeitverlängerungen

Diese Ausgleichsregelungen wurden im Zuge der Bereitschaftsdienst-Novelle des Arbeitszeitgesetzes im Jahre 2004 durch eine Sonderregelung für Verlängerungen der werktäglichen Arbeitszeit im Rahmen tarifvertraglicher Abweichungsregelungen¹⁵ ergänzt. Wird die werktägliche Arbeitszeit etwa durch Bereitschaftsdienst oder Arbeitsbereitschaft auf über acht bzw. zehn Stunden hinaus verlängert, so darf gemäß § 7 Abs. 8 ArbZG

„... die Arbeitszeit 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von zwölf Kalendermonaten nicht überschreiten.“¹⁶

Zu der vom OVG Münster behandelten Frage, wie im Rahmen derartiger Berechnungen Zeiten ohne tatsächliche Arbeitsleistung (insbesondere Urlaubs- und Krankheitstage) anzurechnen sind, finden sich im Arbeitszeitgesetz keine Regelungen. Das ist insofern erstaunlich, als alleine die Abwesenheitszeiten unter Fortzahlung des Entgelts in der betrieblichen Praxis regelmäßig einen Anteil von ca. 20% der Arbeitszeit des Arbeitnehmers ausmachen.¹⁷ Für die Frage der insgesamt zulässigen effektiven Arbeitszeit macht es also einen erheblichen Unterschied, ob Zeiten der (bezahlten oder unbezahlten) Freistellung ohne tatsächliche Arbeitsleistung als Ausgleichstage innerhalb des Ausgleichszeitraums anzusehen

¹⁴ Nachtarbeitnehmer sind Arbeitnehmer, die auf Grund ihrer Arbeitszeitgestaltung normalerweise Nachtarbeit in Wechselschicht zu leisten haben oder Nachtarbeit an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr leisten. Nachtzeit im Sinne dieses Gesetzes ist grundsätzlich die Zeit von 23 bis 6 Uhr (§ 2 Abs. 4 u. 5 ArbZG).

¹⁵ Gemäß § 7 Abs. 4 können die Kirchen und die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften entsprechende Abweichungen in ihren Regelungen vorsehen.

¹⁶ Bei Regelungen der Arbeitszeitverlängerung im Rahmen des § 7 Abs. 5 ArbZG (Arbeitszeitverlängerung aufgrund aufsichtsbehördlichen Bewilligung für Bereiche ohne tarifübliche Regelungen) darf die Arbeitszeit 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen nicht überschreiten.

¹⁷ Bei angenommenen 30 Urlaubstagen, 10 Krankheitstagen und zehn Feiertagen mit Lohnfortzahlung entfallen bei einer 5-Tage-Woche 19,15% der Arbeitstage auf vergüteter Abwesenheiten; dabei sind weitere Abwesenheiten (z. B. persönliche Arbeitsbefreiung) noch nicht berücksichtigt.

sind, oder ob diese Tage aus Gründen des Gesundheitsschutzes als Ausgleichstage „gesperrt“ sind.

3. Europarechtliche Regelungen

Die europäische Richtlinie über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (RL 2003/88/EG) beantwortet die vorstehend aufgeworfene Frage zumindest hinsichtlich eines Teils der Abwesenheitszeiten. Gemäß Art. 16 Absatz 2B RL 2003/88 bleiben nämlich

„die nach Artikel 7 gewährten Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs sowie die Krankheitszeiten ... bei der Berechnung des Durchschnitts unberücksichtigt oder sind neutral;“

Die Varianten „neutral“ und „unberücksichtigt“ sind dabei wie folgt zu verstehen:

- Eine Behandlung als „neutral“ bedeutet, dass Urlaubs- und Krankheitstage mit der ausfallenden Arbeitszeit anzurechnen sind, gleichsam, als ob an diesen Tagen gearbeitet worden wäre. Dies setzt voraus, dass die ausfallende Arbeitszeit bestimmt werden kann. Ist dies nicht der Fall („krank über den Dienstplan hinaus“), wird man auf einen Durchschnittswert abstellen müssen.¹⁸
- Alternativ dazu können Urlaubs- und Krankheitszeiten „unberücksichtigt“ bleiben. In dieser Variante werden Urlaubs- und Krankheitstage mit dem Wert „angesetzt, zugleich verringert sich jedoch die Zahl der Werkzeuge als Divisor im Ausgleichszeitraum um die Zahl der Urlaubs- und Krankheitstage.

In Art. 7 der Richtlinie (Jahresurlaub) heißt es:

- (1) *Die Mitgliedstaaten treffen 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.*
- (2) *Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.*

Zwar handelt es sich bei den Bestimmungen der europäischen Arbeitszeit-Richtlinie nicht um unmittelbar geltendes Recht.¹⁹ Jedoch sind die Bestimmungen der Richtlinie bei der Auslegung des Arbeitszeitgesetzes zu berücksichtigen. Da es sich bei den vom Arbeitszeitgesetz festgelegten Ausgleichszeiträumen für die Berechnung der werktäglichen Höchstarbeitszeit um Bezugszeiträume im Sinne des Art. 16 RL 2003/88/EG handelt, sind die vorstehend genannten Bestimmungen auch auf diese Ausgleichszeiträume anwendbar.

¹⁸ Vgl. im einzelnen hierzu Ziff. VII.1.

¹⁹ Zur unmittelbaren „Drittwirkung“ unionsrechtlicher Richtlinien und der sich daraus ergebenden Konsequenzen (u.a. Begründung unionsrechtlicher Staatshaftungsansprüche) vgl. BVerwG, Urt. v. 26.7.2012 - 2 C 70/11.

Vor diesem Hintergrund ist zumindest eindeutig, dass Zeiten des gesetzlichen Mindesturlaubs²⁰ und Zeiten der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht als arbeitsfreie Tage im Rahmen der Gesamtrechnung der geleisteten Arbeitszeit bewertet werden dürfen. Offen bleibt allerdings wie andere Zeiten der bezahlten oder unbezahlten Abwesenheit zu behandeln sind, insbesondere:

- Urlaubstage oberhalb des gesetzlichen Mindesturlaubs („Tarifurlaub“);
- Tarifvertraglicher Zusatzurlaub für besondere Erschwernisse (zum Beispiel für Nacht- oder Schichtarbeit),
- arbeitsfreie Feiertage,
- Zeitausgleich im Rahmen flexibler Arbeitszeiten;
- Arbeitsbefreiung aus persönlichen Gründen,
- Zeiten des Annahmeverzugs des Arbeitgebers,
- unbezahlter Sonderurlaub.

Auf den ersten Blick mag die praktische Relevanz der Bewertung solcher Abwesenheiten gering erscheinen, da rein statistisch die hauptsächlichen Abwesenheitsgründe im deutschen Arbeitsrecht auf den gesetzlichen Mindesturlaub und die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von Arbeitnehmern entfallen dürften. Bei einem tarifvertraglich vereinbarten Jahresurlaub von 30 Tagen (auf Basis einer 5-Tage-Woche) stellt sich bereits für zwei Wochen innerhalb des Jahres die Frage, ob es sich hinsichtlich der Berechnung der Einhaltung der zulässigen Arbeitszeit um „Ausgleichswochen“ handelt oder um „fiktive Arbeitswochen“. Auf Basis einer gesetzlich zulässigen Arbeitszeit von durchschnittlich acht Stunden pro Werktag entspricht dies immerhin einem Arbeitszeitvolumen von 96 Stunden pro Jahr.

Die gesetzlichen Feiertage stellen im Rahmen der Berechnung der höchstzulässigen Arbeitszeit ebenfalls einen erheblichen Faktor dar: Bei angenommen zehn gesetzlichen Feiertagen, die in einem Kalenderjahr auf Werktagen fallen, repräsentieren diese Feiertage gleichsam ein mögliches „Ausgleichsvolumen“ von 80 Stunden. Für Einrichtungen und Betriebe, die insbesondere aufgrund der starken Nutzung der Arbeitsformen Bereitschaftsdienst und Arbeitsbereitschaft ständig die arbeitszeitschutzrechtlichen Grenzwerte im Blick haben müssen, kann die Bewertung solcher Abwesenheiten auch signifikante Auswirkungen auf die Kalkulation des für den Betrieb erforderlichen Personalbedarfs haben.

Bislang liegt keine Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Berechnung des arbeitszeitschutzrechtlichen Ausgleichszeitraums vor. Die deutsche Rechtsprechung hatte sich nur vereinzelt mit dem Thema befasst. So hatte das LAG Brandenburg auch den über den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch hinausgehenden Urlaubsanspruch aus dem Ausgleichszeitraum herausgerechnet.²¹ Zur Begründung verwies das Gericht zwar auf die EU-Arbeitszeitrichtlinie²², setzte sich dabei aber nicht mit der Differenzierung zwischen gesetzlichem (Mindest-)Urlaub und Tarifurlaub auseinander. Der dem Urteil zu Grunde liegende Sachverhalt

²⁰ Dies sind nach § 3 des Mindesturlaubsgesetzes für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) 24 Werktagen, bezogen auf eine Woche mit sechs Werktagen. Bezogen auf eine Woche mit fünf Werktagen entspricht dies einem Mindesturlaub von 20 Tagen.

²¹ LAG Brandenburg, Urt. v. 27.5.2005 - 5 Sa 141/04, 3. Leits. u. Rn. 38.

²² LAG Brandenburg, Urt. v. 27.5.2005 - 5 Sa 141/04, 3. Rn.28 ff.

bezog sich zudem auf die Rechtslage vor der Novellierung des Arbeitszeitgesetzes vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes zur arbeitszeitschutzrechtlichen Bewertung von Bereitschaftsdienst. Das Urteil konnte sich deshalb auch nicht mit den unterschiedlich formulierten Ausgleichszeiträumen in §§ 3 Satz 2 und 6 Abs. 2 Satz 2 ArbZG einerseits und § 7 Abs. 8 ArbZG andererseits befassen.

Im vorinstanzlichen Urteil der Entscheidung des OVG Münster²³ wurde die Inanspruchnahme von Mehrurlaubstagen als Zeitausgleichstagen zumindest nicht ausgeschlossen. Das Gericht betonte zunächst, dass der EU-Arbeitszeitrichtlinie eindeutig nur entnommen werden kann, dass der zwingend zu gewährende bezahlte Mindestjahresurlaub nach Art. 7 RL 3003/66/EG vier Wochen beträgt. Bei einer tarifvertraglichen Verlängerung des Urlaubs über die gesetzlich zwingende Vorgabe von vier Wochen hinaus sei der gesamte Tarifurlaub nach Auffassung des VG Köln „grundsätzlich“ wie eine Verlängerung des Mindesturlaubs zu behandeln. Der Urlaub diene grundsätzlich der Erholung, was ohne tarifvertragliche Zusatzregelungen auch für den sogenannten Mehrurlaub gelte.²⁴

V. Die Entscheidung des OVG Münster

Das OVG Münster schließt sich im Kern der Entscheidung des VG Köln an und steht insbesondere der Bewertung von Urlaubstagen oberhalb des gesetzlichen Mindesturlaubs sowie gesetzlichen Feiertagen als Zeitausgleichstagen im Rahmen der Berechnung der gesetzlich zulässigen Arbeitszeit ablehnend gegenüber.

1. Ausgleichstage nur an Tagen, an denen „an sich“ keine Arbeitsverpflichtung besteht

Als Obersatz formuliert das OVG Münster, dass

„... als Ausgleichstage für geleistete überdurchschnittliche Mehrarbeit grundsätzlich nur solche Tage berücksichtigt werden [dürfen], an denen der Arbeitnehmer nicht arbeitet, obwohl er an sich zur Arbeit verpflichtet ist.“²⁵

So plausibel dieser Obersatz klingen mag, wirft er doch Fragen hinsichtlich der konkreten Handhabung in der betrieblichen Praxis auf. Der „Knackpunkt“ ist dabei die Aussage des OVG Münster, dass Ausgleichstage nur solche Tage sein können, an denen der Arbeitnehmer „an sich“ zur Arbeit verpflichtet ist. Denn die Frage, an welchen Tagen der Arbeitnehmer „an sich“ zur Arbeit verpflichtet ist, lässt offen, ob es insoweit allein auf die arbeitszeitschutzrechtlich gegebene Möglichkeit der Arbeitsleistung oder auf die konkreten tarif- und arbeitsvertraglichen Gegebenheiten oder gar betrieblich geregelten Arbeitszeitmodelle ankommt.

Die Frage ist auch deshalb von besonderer praktischer Bedeutung, da Tarifverträge, Arbeitsverträge und betrieblich geregelte Arbeitszeitmodelle die vom Arbeitnehmer geschuldete regelmäßige Arbeitszeit (im Fall des OVG Münster 42 Stun-

²³ VG Köln, Urt. v. 22.11.2012 – 1 K 4015/11.

²⁴ VG Köln, Urt. v. 22.11.2012 – 1 K 4015/11, Rn. 43.

²⁵ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 36.

den pro Woche) häufig auf weniger Arbeitstage verteilen als nach den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehen. So legen beispielsweise die betrieblichen Arbeitszeitmodelle für Ärzte in Krankenhäusern häufig eine 5-Tage-Woche fest und verteilen die regelmäßige Arbeitszeit auf die Wochentage Montag bis Freitag. Betrachtet man alleine das für die Regelarbeitszeit geltende Arbeitszeitmodell, so könnte man die Auffassung vertreten, dass der am Montag bis Freitag im sogenannten Regeldienst eingeteilte Arzt etwa an einem Samstag „an sich“ nicht zur Arbeit verpflichtet ist.

Gleichwohl sehen die Tarifbestimmungen in Universitätskliniken und anderen Krankenhäusern vor, dass außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit Überstunden, Mehrarbeit, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft geleistet werden kann. Dies gilt entsprechend für andere Bereiche öffentlich-rechtlich organisierter Dienstleistungen sowie für die private Wirtschaft: Tarifverträge und auch betriebliche Arbeitszeitregelungen beinhalten regelmäßig die Möglichkeit, außerhalb der „normalen“ Wochenarbeitszeit zeitliche Mehrleistungen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen an potenziell allen Wochentagen anzuordnen.

Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Arbeitszeitgesetzes und der Ausgleichsbestimmungen im Rahmen der Berechnung der zulässigen Höchstarbeitszeit muss die Formulierung des OVG Münster so verstanden und gehandhabt werden, dass die Verpflichtung des Arbeitnehmers, „an sich“ an einem bestimmten Tag zur Arbeit verpflichtet zu sein, bedeutet, dass er nach den Bestimmungen des geltenden Arbeitszeitschutzrechts (einschließlich urlaubsrechtlicher Normen) zur Arbeit verpflichtet werden *könnte* und der Schutzzweck einer tarifvertraglich vereinbarten Freistellung dem nicht entgegensteht.

Andernfalls ergäbe sich die merkwürdige Konsequenz, dass der Umfang der gesetzlich zulässigen Arbeitszeit von der Ausgestaltung betrieblicher oder sogar arbeitsvertraglicher Regelungen abhinge. Dies liefe aber sowohl dem Wortlaut als auch den Zweck des Arbeitszeitgesetzes zuwider. Denn das Arbeitszeitgesetz unterscheidet beim Begriff der „Werktage“ nicht nach gesetzlichen Werktagen einerseits und betriebsüblichen oder vertraglich geregelten Arbeitstagen andererseits. Das Arbeitszeitgesetz ist insoweit „modellneutral“ und legt für die im Geltungsbereich des Arbeitszeitgesetzes befindlichen Arbeitnehmer einheitliche Grenzen fest.

In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist diese „modellneutrale“ Betrachtung des Arbeitszeitschutzrechts seit langem verankert. So betont das Bundesarbeitsgericht in gefestigter Rechtsprechung, dass die für die Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen gemäß § 11 Abs. 2 ArbZG zu gewährenden Ersatzruhetage auf alle arbeitszeitgesetzlichen Werktage fallen können, unabhängig davon, ob ein Werktag auch zugleich ein betriebsüblicher Arbeitstag ist. Der Ersatzruhetag soll nämlich nicht etwa eine bezahlte Freistellung gewähren, sondern dem Arbeitnehmer eine dem Sonn- bzw. Feiertag gleichwertige Ruhezeit sichern.²⁶ Diese „Modellneutralität“ des Arbeitszeitgesetzes wird offenbar grundsätzlich auch vom

²⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 12.12.2001 - 5 AZR 294/00 u. BAG, Urt. v. 13.7.2006 - 6 AZR 55/06.

OVG Münster geteilt, wenn es an einer Stelle der Begründung ausführt, dass das Arbeitszeitrecht

„keinen Raum dafür [lässt], die arbeitszeitrechtlichen Mindestanforderungen als Folge tarif- bzw. individualvertraglicher Unterschiede bei der Urlaubslänge zu unterschreiten.“²⁷

2. Bewertung von Urlaubstagen

Das OVG Münster stellt zunächst klar, dass Zeiten des gesetzlichen Mindesturlaubs nicht als Ausgleichstage in Betracht kommen und verweist dabei (zutreffend) auf die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes.²⁸ In der Tat ist vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Mindesturlaubs sowie der bei der Auslegung des Arbeitszeitgesetzes zu berücksichtigenden Bestimmungen der europäischen Arbeitszeit-Richtlinie eine Bewertung von Mindesturlaubstagen als Ausgleichstagen unzulässig; dies war im zu entscheidenden Fall auch nicht strittig.

Das Gericht wendet die für die Bewertung des Mindesturlaubs zutreffend angeführten Aspekte jedoch ohne Weiteres auch auf den tarifvertraglichen Mehrurlaub an.²⁹ Wiederum zutreffend weist das Gericht darauf hin, dass Urlaub voraussetzt, dass der Arbeitnehmer durch Freistellungserklärung des Arbeitgebers zu Erholungszwecken von seiner sonst bestehenden Arbeitspflicht befreit wird.³⁰ Allerdings ist diese Arbeitsbefreiung, soweit sie den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigt, nicht zwingend gesetzlich vorgeschrieben. Insoweit steht der tarifvertraglich geregelte Mehrurlaub gleichsam zur Disposition der Parteien des Arbeitsvertrages und ist auch im Tarifvertrag von den gesetzlichen Rahmenbedingungen erkennbar abgegrenzt. Denn nach den Bestimmungen des TV-Ärzte/TdL kann der tarifvertragliche Urlaub über den vom Bundesurlaubsgesetz bestimmten Zeitpunkt (31. März des auf das jeweilige Urlaubsjahr folgenden Jahres) hinweg übertragen werden. Derartige Resturlaubsansprüche könnten beispielsweise - entsprechende Vereinbarungen vorausgesetzt - etwa auch zur Wertguthabenbildung³¹ für den Aufbau von Arbeitsentgeltguthaben für spätere Freistellungen eingesetzt werden.³²

Soweit das OVG Münster die einheitliche Bewertung von gesetzlichen Mindesturlaubstagen und tarifvertraglichen Mehrurlaubstagen ergänzend damit begründet, dass eine Bewertung von Mehrurlaubstagen dazu führe, dass es sich nicht mehr um bezahlten Urlaub handle, weil die freigestellte Zeit wieder herausgearbeitet werden müsse³³, vermengt das Gericht allerdings schutz- und vergütungsrechtliche Betrachtungen. Denn eine Heranziehung von tarifvertraglichen Mehrurlaubstagen als arbeitszeitgesetzliche Ausgleichstage bedeutet nicht etwa, dass diese

²⁷ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 51.

²⁸ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 37.

²⁹ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 38.

³⁰ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 41.

³¹ Vgl. § 7b SGB IV.

³² Zur Wertguthabenbildung durch Urlaubsansprüche vgl. Rundschreiben SV-Träger v. 31.03.2009 (Sozialrechtliche Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen; Auswirkungen des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und zur Änderung anderer Gesetze auf das Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht), Ziff. 4.1.

³³ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 42.

Urlaubstage nicht mit dem für den Arbeitnehmer vereinbarten Entgelt vergütet würden. Vielmehr läge es bei der Nutzung solcher Tage als Ausgleichstage so, dass der Arbeitnehmer für diese Tage, soweit sie zum schutzrechtlichen Ausgleich geleisteter Mehrarbeit (oder anderer zeitlicher Mehrleistungen wie etwa Bereitschaftsdienst) herangezogen wurden, eine zusätzliche Vergütung erhalte. Denn die erbrachten zeitlichen Mehrleistungen sind selbstredend gemäß allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen - und im konkreten Fall den entsprechenden tarifvertraglichen Bestimmungen, insbesondere zur Vergütung des Bereitschaftsdienstes³⁴ - vergütungsmäßig zu kompensieren. Die Nutzung von tarifvertraglichen Mehrurlaubstagen als Ausgleichstage bedeutet also nicht etwa einen Freizeitausgleich ohne Vergütung.

3. Tarifvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Immerhin erkennt das OVG Münster die zumindest potenzielle „Disponibilität“ der tarifvertraglichen Mehrurlaubstage, indem es abweichende tarifvertragliche Regelungen zur arbeitszeitschutzrechtlichen Handhabung solcher Tage jedenfalls nicht ausschließt.³⁵ Für den im Streitfall maßgeblichen Tarifvertrag (TV-Ärzte/TdL) verneint das Gericht bezüglich der Nutzbarkeit von Urlaubstagen für den arbeitszeitgesetzlichen Zeitausgleich eine Differenzierung zwischen Mindest- und Tarifurlaub, obgleich die Tarifbestimmungen jedenfalls hinsichtlich des Urlaubsverfalls eine solche Differenzierung vornehmen. Dabei setzt sich das Gericht leider nicht mit dem Gedanken auseinander, ob diese bereits im Tarifvertrag angelegte Differenzierung zwischen den Urlaubsformen auch zu einer Differenzierung hinsichtlich der Nutzbarkeit von Urlaubstagen als arbeitszeitgesetzliche Ausgleichstage führen könnte. Denn wenn die Tarifparteien infolge der Differenzierung der Urlaubsformen dem erkrankten Arbeitnehmer einen frühzeitigen Verfall seiner (Tarif-) Urlaubsansprüche zumuten, so wirft das die Frage auf, ob nicht auch eine Nutzung von Tarifurlaubstagen als schutzrechtliche Ausgleichstage (wohlgemerkt unter Wahrung aller Vergütungsansprüche für die auszugleichende Mehrarbeit) zumutbar wäre.

VI. Bewertung von Feiertagen

Die vom OVG Münster vertretene Versagung von Tarifurlaubstagen als arbeitszeitgesetzliche Ausgleichstage mag man mit Blick auf den Schutzzweck solcher Tage für sinnvoll halten. Die entsprechende Bewertung gesetzlicher Feiertage kann jedoch jedenfalls nicht überzeugen, soweit es um den gebotenen Zeitausgleich für verlängerte Arbeitszeiten aufgrund tarifvertraglicher Sonderregelungen geht.

1. „Werktagsbetrachtung“ der Höchstarbeitszeit im Rahmen der arbeitszeitgesetzlichen Grundnormen

Nach dem Wortlaut des Arbeitszeitgesetzes ist eindeutig, dass gesetzliche Feiertage im Rahmen der Grundnormen des § 3 Satz 2 ArbZG bzw. § 6 Abs. 2 ArbZG (Nachtarbeitnehmer) im Rahmen der Berechnung der Höchstarbeitszeit nicht als Werkstage gelten und deshalb als Ausgleichstage nicht in Betracht kommen.

³⁴ Vgl. § 9 Abs. 2-4 TV-Ärzte/TdL.

³⁵ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 49.

Für diese Tage besteht auch nicht die Wahloption zwischen den Berechnungsmethoden „unberücksichtigt“ und „neutral“. Vielmehr sind Feiertage gleichsam aus dem gesetzlichen Ausgleichszeitraum „herauszunehmen“, was im Ergebnis der Berechnungsmethode „unberücksichtigt“ entspricht. Würde man Feiertage „neutral“ behandeln und an diesen Tagen die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit (tägliche Soll-Arbeitszeit) als (fiktiv) geleistete Arbeitszeit ansetzen und diese Tage in die Berechnung des Durchschnitts der werktäglichen Arbeitszeit einbeziehen, so ergäbe sich bei täglichen Soll-Arbeitszeiten unter acht Stunden im Ergebnis ein Zeitausgleich im Umfang der Differenz zwischen Soll-Arbeitszeit und 8-Stunden-Grenze. Umgekehrt würde bei täglichen Soll-Arbeitszeiten *über* acht Stunden zu viel Arbeitszeit als fiktiv geleistete Arbeitszeit angesetzt. Die „Herausnahme“ von Feiertagen aus dem Ausgleichszeitraum gilt auch für Feiertage, die auf Werktage fallen, die keine betriebsüblichen Arbeitstage sind (z. B. Samstag). Wird die Berechnungsmethode „neutral“ zu Grunde gelegt und werden Feiertage bei der Ermittlung der werktagsdurchschnittlichen Arbeitszeit als Werktage mitgerechnet, so müsste an arbeitsfreien Feiertagen - unabhängig von der individuellen Soll-Arbeitszeit! – ein Wert von acht Stunden pro Feiertag als fiktiv geleistete Arbeitszeit angesetzt werden, da der Feiertag damit ausgleichstechnisch „neutralisiert“ wäre.

2. Wochenbetrachtung der Höchstarbeitszeit bei tarifvertraglichen Verlängerungsregelungen

Die vorstehend skizzierte Berechnung der höchstzulässigen Arbeitszeit bei gesetzlichen Feiertagen innerhalb des Ausgleichszeitraums wird vom OVG Münster auch auf den Zeitausgleich im Rahmen tarifvertraglicher Abweichungsregelungen (§ 7 Abs. 1 u. 2 ArbZG) erstreckt. Gemäß § 7 Abs. 8 ArbZG darf in diesen Fällen

„... die Arbeitszeit 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von zwölf Kalendermonaten nicht überschreiten“,

was strukturell der europarechtlichen Formulierung der Höchstarbeitszeit entspricht.³⁶

Das Gericht führt insoweit lapidar aus, dass der Unterschied zur Formulierung in § 3 Satz 2 ArbZG („im Durchschnitt acht Stunden werktäglich“) nicht dafür spreche, dass der Gesetzgeber gesetzliche Feiertage im Rahmen der Ermittlung der Höchstarbeitszeit als Werktage behandeln wollte.³⁷ Selbst wenn unterstellt wird, dass dies zutrifft³⁸, ist doch festzustellen, dass ein solcher Wille des Gesetzgebers sich nicht im Gesetzestext niedergeschlagen hat. Denn es kann kein Zweifel bestehen, dass die Bezugnahme auf eine „wöchentliche“ Arbeitszeit sich sprachlich von einer „werktäglichen“ Betrachtung unterscheidet. Im Ergebnis ergäbe sich trotz der von § 3 Satz 2 ArbZG abweichenden Formulierung in § 7 Abs. 8 ArbZG (vom längeren Ausgleichszeitraum abgesehen) überhaupt keine Konsequenz - ein merkwürdiges Ergebnis. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass der

³⁶ Vgl. Art. 6 Buchst. b), 17 Abs. 5, Unterabs. 6, Buchst. b), 21 Abs. 1 Unterabs. 2 u. 22 Abs. 1 Buchst. a) u. e) RL 2003/88/EG.

³⁷ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 75.

³⁸ Vgl. aber BT-Drucks. 15/1587 v. 25.9.2003, S. 24 ff., in der ausdrücklich auf den Wert von 48 Stunden pro Woche Bezug genommen wird (S. 31).

Gesetzgeber die wochenbezogene Formulierung zum verlängerten Ausgleichszeitraum an anderen Stellen des Arbeitszeitgesetzes eingeführt hat.³⁹ Ein Redaktionsversehen dürfte deshalb kaum gegeben sein.

3. Wegfall von Ersatzruhetagen für Feiertage aufgrund tarifvertraglicher Regelungen

Das OVG Münster gibt allerdings einen bemerkenswerten Hinweis zu tarifvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten beim arbeitszeitschutzrechtlichen Ausgleich von Feiertagsarbeit. Soweit an gesetzlichen Feiertagen im Rahmen der Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes gearbeitet werden darf, können die für Beschäftigung an Feiertagen zu gewährenden Ersatzruhetage auf der Grundlage tarifvertraglicher Regelungen entfallen.⁴⁰ Das OVG Münster sah hier in der tarifvertraglichen Regelung zum (ggf. entfallenden) Freizeitausgleich für regelmäßige Arbeitszeit an Feiertagen eine solche Abweichungsregelung.⁴¹ Das bedeutet, dass der Arbeitgeber durch Nichtgewährung des tarifvertraglich geregelten Freizeitausgleichs Feiertage faktisch als Ausgleichstage nutzen kann, wenn der Arbeitnehmer am Feiertag arbeitet. Das OVG Münster unterscheidet dabei nicht hinsichtlich des möglichen Wegfalls der am Feiertag geleisteten Arbeitsform. Dies ist insofern bemerkenswert, als gerade in Krankenhäusern an Feiertagen typischer Bereitschaftsdienst (statt regelmäßiger Arbeitszeit) geleistet wird. Die vom OVG Münster bewertete tarifvertragliche Freizeitausgleichsregelung des TV-Ärzte/TdL bezieht sich ausschließlich auf regelmäßige Arbeitszeit.

Fraglich ist, ob die schutzrechtliche „Aktivierung“ von Feiertagen als Ausgleichstagen auf die Leistung von Bereitschaftsdiensten an Feiertagen übertragen werden kann. Die tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen sehen für die am Feiertag geleisteten Bereitschaftsdienstzeiten keine entsprechende Regelung (Zuschlag mit/ohne Freizeitausgleich) vor; insoweit ist nur ein Lohnzuschlag geregelt. Allerdings kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts für geleistete Bereitschaftsdienste Freizeitausgleich anordnen.⁴² Fehlt es an einer solchen Anordnung und wird der an Feiertagen geleistete Bereitschaftsdienst voll ausgezahlt, so ist es zumindest vertretbar, an diese Entscheidung dieselbe Rechtsfolge zu knüpfen wie an die tarifvertragliche Zuschlagsregelung für regelmäßige Arbeitszeit an Feiertagen.

Im Ergebnis bedeutet das, dass Einrichtungen und Betriebe hier zumindest für die Feiertage, an denen Arbeitnehmer zur Arbeit - egal, welcher Arbeitsform – herangezogen werden, eine „Stellschraube“ zur Erhöhung des nutzbaren Arbeitszeitvolumens haben, indem kein Freizeitausgleich für Feiertagsdienste gewährt wird. Zwar fordert das OVG Münster in diesen Fällen eine „Einzelfallprüfung“.⁴³ Soweit der Arbeitgeber generell keinen Freizeitausgleich für Feiertagsdienste gewährt, wird man auch generell von der „werktagsmäßigen“ Bewertung von Feiertagen ausgehen können. Für Arbeitnehmer, die an Feiertagen *nicht* zur Arbeit herangezogen werden, bedeutet das jedoch nicht, dass zeitliche Mehrleistungen an ande-

³⁹ Vgl. §§ 7 Abs. 8 Satz 2, 14 Abs. 3, 15 Abs. 4, 21a Abs. 4 ArbZG.

⁴⁰ Vgl. § 12 Satz 1 Nr. 3 ArbZG.

⁴¹ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 72.

⁴² Vgl. § 9 Abs. 2 Satz 5 TV-Ärzte/TdL. Zur arbeitsrechtlichen Handhabung des Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienste vgl. NZA 2009, 697 ff.

⁴³ OVG Münster, Urt. v. 24.6.2016 – 4 A 2803/12, Rn. 80.

ren Tagen durch einen freien Feiertag kompensiert werden können. Denn bei Freistellung oder dienstplanmäßiger Freizeit am Feiertag stellt sich die Frage des Wegfalls des Ersatzruhetages von vornherein nicht, da ein Ersatzruhetag nicht erforderlich ist.

VII. Konsequenzen für die betriebliche Praxis

1. Führung von Arbeitszeitschutzkonten

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nur innerhalb der Grenzen der maximal zulässigen Höchstarbeitszeit zu beschäftigen, macht - jedenfalls bei regelhaften zeitlichen Mehrleistungen von Vollzeitbeschäftigten - eine vorausschauende Arbeitszeitplanung und -steuerung erforderlich. Diese kann in der betrieblichen Praxis durch sogenannte Arbeitszeitschutzkonten unterstützt werden, wie sie auch im Betrieb des klagenden Universitätsklinikums eingerichtet waren. Das Arbeitszeitschutzkonto wird dabei neben einem „normalen“ Arbeitszeitkonto geführt, das häufig auf der Basis der tarif- oder arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitszeit (z. B. verteilt zu je 1/5 auf die Tage Montag bis Freitag) eingerichtet ist. An die Stelle der tarif- oder arbeitsvertraglichen Arbeitszeit tritt im Arbeitszeitschutzkonto die maximal zulässige Arbeitszeit von acht Stunden pro Werktag (Montag bis Samstag), quasi als „gesetzliche Soll-Arbeitszeit“. Auf dem Arbeitszeitschutzkonto werden als „Plusstunden“ fortlaufend alle Arbeitszeiten im Sinne des Arbeitszeitgesetzes verbucht, also insbesondere

- regelmäßige Arbeitszeit,
- Überstunden/Mehrarbeit,
- Bereitschaftsdienst (einschließlich inaktiver Zeiten!),
- Inanspruchnahmen aus Rufbereitschaft,
- Arbeitszeiten aus Nebentätigkeiten als Arbeitnehmer.

Im Unterschied zum „klassischen“ Arbeitszeitkonto spielen vergütungsrechtliche Differenzierungen für das Arbeitszeitschutzkonto keine (!) Rolle. Dies gilt insbesondere für Zeiten des Bereitschaftsdienstes, die nach den insoweit gängigen tarifvertraglichen Bestimmungen in vergütungsrechtlicher Hinsicht nur anteilig als Arbeitszeit bewertet werden.⁴⁴

Bei der Führung des Arbeitszeitschutzkontos sind vor dem Hintergrund der Entscheidung des OVG Münster Zeiten ohne tatsächliche Arbeitsleistung je nach dem Schutzzweck der Freistellung unterschiedlich zu bewerten. Die Anrechnungsgrundsätze werden nachstehend dargelegt und gehen von der Anrechnungsmethode „neutral“⁴⁵ aus, die für eine fortlaufende Zeitkontenführung wegen des teilweise anzunehmenden Gleichlaufs vergütungs- und schutzrechtlicher Bewertung in der Regel einfacher handhabbar ist.

- **Urlaubstage (Mindesturlaub und Tarifurlaub):** Diese Tage sind als „fiktive Arbeitstage“ im Rahmen der Berechnung der geleisteten Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes zu bewerten. Als „fiktiv geleistete Arbeitszeit“ liegt es nach der Urteilsbegründung des OVG Münster nahe, die auf einen Urlaubstag

⁴⁴ Vgl. etwa § 9 Abs. 2 Satz 2 TV-Ärzte/TdL.

⁴⁵ Vgl. oben Ziff. IV.3.

entfallende regelmäßige Arbeitszeit als Arbeitszeit, von der der Arbeitnehmer durch Freistellungserklärung zu Urlaubszwecken befreit wird, anzusetzen (tägliche Soll-Arbeitszeit).⁴⁶ Im Ergebnis ergibt sich damit ein „Gleichlauf“ von arbeitszeitschutzrechtlicher und vergütungsrechtlicher Anrechnung.

Zwar kann sich dadurch ein gewisser Arbeitszeitausgleich ergeben, wenn die regelmäßige Arbeitszeit unterhalb der gesetzlich zulässigen Arbeitszeit liegt. Dies liegt allerdings in der zwangsläufigen Folge der Berechnungsmethode „neutral“, die auf die Arbeitszeit abstellt, die ohne den Ausfallgrund geleistet worden wäre. Umgekehrt kann diese Berechnungsmethode an Krankheitstagen dazu führen, dass mehr Arbeitszeit als die gesetzliche „Normalarbeitszeit“ von acht Stunden pro Werktag anzurechnen ist.

Beispiel: Die wöchentliche Arbeitszeit eines Arbeitnehmers mit 38,5-Stunden-Woche wird gleichmäßig auf die Werktage Montag bis Freitag mit je 7,7 Stunden/Tag verteilt, der Samstag ist arbeitsfrei. Diese Arbeitszeitverteilung gilt auch in Urlaubswochen als „fiktiv geleistete Arbeitszeit“. Da die gesetzliche Höchstarbeitszeit (§ 3 Satz 1 ArbZG) je 8 Stunden an den Werktagen Montag bis Samstag (bzw. 48 Stunden/Woche) beträgt, könnten in der Urlaubswoche bis zu 9,5 Stunden zeitliche Mehrleistungen, die innerhalb des Ausgleichszeitraums vor oder nach der Urlaubswoche anfallen, ausgeglichen werden.

- **Krankheit im Rahmen der Entgeltfortzahlungsfrist:** Es ist die für den Krankheitstag konkret geplante Arbeitszeit als fiktiv geleistete Arbeitszeit anzusetzen („Ausfallprinzip“). Es kommt also auf die Arbeitszeitplanung zum Zeitpunkt der Krankmeldung an. Denn mit der Arbeitszeitplanung konkretisiert der Arbeitgeber mittels des ihm zustehenden Direktionsrechts (§ 106 GewO) die Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers auf bestimmte Zeitlagen. Der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer ist deshalb im Umfang der für den betreffenden Tag tatsächlich geplanten Arbeitszeit von der Arbeit zu befreien; dieser Wert ist im Arbeitszeitschutzkonto anzurechnen. Vor dem Hintergrund des gemäß § 4 Abs. 1 EFZG auch im Rahmen der Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit zu beachtenden Ausfallprinzips ergibt sich auch hier ein arbeitszeitschutz- und vergütungsrechtlicher „Gleichlauf“.

Ist für den Arbeitnehmer keine bestimmte Arbeitszeit geplant, so wird zu prüfen sein, ob stattdessen auf die vertragliche Arbeitszeit (tägliche Soll-Arbeitszeit) als „fiktiv geleistete Arbeitszeit“ zurückgegriffen werden kann. Arbeitet der Arbeitnehmer im Durchschnitt auf Basis der vertraglichen Arbeitszeit, so kann diese zu Grunde gelegt werden. Bei regelhaften zeitlichen Mehrleistungen und/oder stark schwankender täglicher Arbeitszeit müsste gegebenenfalls ein repräsentativer Durchschnittswert ermittelt werden.

Das Bundesarbeitsgericht legt für die vergütungsrechtliche (!) Betrachtung im Rahmen der Entgeltfortzahlung bei Krankheit insoweit einen Betrachtungszeitraum von 12 Monaten zu Grunde. Für die arbeitszeitschutzrechtliche Bewertung erscheint vertretbar, hier auf einen Durchschnittszeitraum von der Dauer eines Ausgleichszeitraums abzustellen.

⁴⁶ In der betrieblichen Praxis wird insoweit bei einer 5-Tage-Woche meist ein Wert von 1/5 der tarif- oder arbeitsvertraglichen Arbeitszeit zu Grunde gelegt.

- **Krankheit außerhalb der Entgeltfortzahlungsfrist:** Mit Auslaufen der Entgeltfortzahlung entfällt auch die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers, so dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber von ihren Hauptleistungspflichten frei sind. Das Arbeitsverhältnis ruht, so dass ein Zeitausgleich nicht in Betracht kommt. Die betreffenden Arbeitstage müssen aus der Berechnung des Ausgleichszeitraums „herausgenommen“ werden.
- **Zusatzurlaub für besondere Erschwernisse (z. B. Schicht- oder Nachtarbeit):** Die Bewertung derartiger Urlaubstage war nicht Gegenstand der Entscheidung des OVG Münster. Folgt man der Urteilsbegründung des Gerichts (keine Arbeitsverpflichtung nach Tarifvertrag; Schutzzweck der Erholung), so spricht dies für die Bewertung entsprechend Tagen des Erholungsurlaubs.
- **Arbeitsfreie Werkzeuge:** Werkzeuge, die dienst- oder schichtplanmäßig oder betriebsüblich (z. B. Samstag) arbeitsfrei sind, können uneingeschränkt als Ausgleichstage dienen („tatsächliche Arbeitszeit null“). Die Art des der Freistellung zu Grunde liegenden Arbeitszeitmodells ist dabei unerheblich (z. B. „Gleittage“ bei Gleitzeitmodellen und sonstiger Freizeitausgleich im Rahmen flexibler Arbeitszeitmodelle; turnusmäßige Freistellung in Schichtplänen, „Wunschfrei“ in Dienstplänen etc.).

Dies gilt (unabhängig von einer vergütungsrechtlichen Freistellung) auch für arbeitsfreie Vorfesttage (Heiligabend, Silvestertag). Zwar ist der Arbeitnehmer an diesen Tagen nach tarifvertraglicher Regelung zumindest im Bereich des öffentlichen Dienstes häufig „an sich“ nicht zur Arbeit verpflichtet. Eine solche Arbeitsbefreiung hat aber nicht in erster Linie den Charakter einer Gesundheitsschutzmaßnahme durch Verringerung der Arbeitszeitbelastung, sondern soll den Arbeitnehmern die Vorbereitung auf Weihnachts- und Silvesterfeierlichkeiten ermöglichen und ähnelt damit der Freistellung für höchstpersönliche Angelegenheiten. Entsprechendes gilt für lokale oder regionale Brauchtumstage⁴⁷, die zuweilen nach betrieblicher Regelung arbeitsfrei sind.

- **Unbezahlter Sonderurlaub:** In Zeiten eines unbezahlten Urlaubs ruht das Arbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber ist nicht zur Lohnzahlung, der Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Nach den Grundsätzen des OVG Münster dürften diese Tage nicht als Ausgleichstage herangezogen werden. Sie müssten (analog gesetzlichen Feiertagen) aus dem Ausgleichszeitraum „herausgenommen“ werden.
- **Dienstreisetage:** Reine Reisezeiten ohne tatsächliche Arbeitsleistung und ohne angeordnete Lenkzeiten können (unabhängig von der vergütungsrechtlichen Anrechnung!) unter Schutzzweckgesichtspunkten als Ruhezeit bewertet werden. Reisetage können im Arbeitszeitschutzkonto also als Ausgleichstage („tatsächliche Arbeitszeit null“) dienen, wenn überhaupt keine Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes angefallen ist. Wurde phasenweise gearbeitet oder ein Fahrzeug gelenkt, dann wären diese Zeitspannen als Arbeitszeit zu bewerten.

⁴⁷ Zum Beispiel Rosenmontag, Fastnachtstag, Wäldchestag, schmotziger Donnerstag, Schwörmontag.

- **Fortbildungstage:** Handelt es sich um eine vom Arbeitgeber angeordnete Fortbildung, so konkretisiert der Arbeitgeber mit der Anordnung die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und es ist die tatsächlich anfallende Arbeitszeit bzw. Fortbildungszeit anzurechnen.
- **Persönliche Arbeitsbefreiung** (z. B. Sonderurlaub für Eheschließung, Geburt, Todesfälle etc.): Zwar ist der Arbeitnehmer in dem vom Tarif- oder Arbeitsvertrag bestimmten Umfang nicht zur Arbeit verpflichtet, jedoch dienen diese Tage nicht in erster Linie der Erholung, sondern der Freistellung im Interesse der Wahrnehmung höchstpersönlicher Angelegenheiten, so dass eine Bewertung als Ausgleichstag (keine Anrechnung fiktiv geleisteter Arbeitszeit) zumindest vertretbar ist.
- **Arbeitsfreie gesetzliche Feiertage:** Diese Tage stehen als Ausgleichstage nicht zur Verfügung und sind im Rahmen der Berechnungsmethode „neutral“ mit acht Stunden fiktiv geleisteter Arbeitszeit zu bewerten (bei zugleich acht Stunden (fiktiver) Soll-Arbeitszeit).⁴⁸
- **Feiertage mit Arbeitspflicht:** Es ist die tatsächlich geleistete Arbeitszeit anzurechnen. Als Soll-Arbeitszeit ist grundsätzlich „null“ anzurechnen, so dass sich ein Ausgleichsbedarf im Umfang der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit ergibt. Ist nach den tarifvertraglichen Bestimmungen kein Zeitausgleich erforderlich, entspricht der Wert der Soll-Arbeitszeit dem Wert der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit, so dass kein zusätzlicher Ausgleichsbedarf für den Feiertag entsteht.
- **Zeiten des Annahmeverzugs des Arbeitgebers:** Nimmt der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung nicht entgegen oder kann er den Arbeitnehmer aus Gründen, die er vor dem Hintergrund des von ihm zu tragenden Betriebsrisikos⁴⁹ zu vertreten hat, nicht beschäftigen, so gerät er in Annahmeverzug⁵⁰ und hat dem Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung zu zahlen, auch ohne, dass der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitet. Nach den Grundsätzen der Entscheidung des OVG Münster fehlt es hier bereits am Tatbestand, dass der Arbeitnehmer „an sich“ nicht zur Arbeit verpflichtet ist. Denn der Annahmeverzug kommt ja gerade dadurch zustande, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung für Zeiträume anbietet, in denen die Arbeitsleistung an sich vorgesehen war.
- **Arbeitsausfall aufgrund höherer Gewalt:** Bei einem Arbeitsausfall aufgrund höherer Gewalt⁵¹ wird der Arbeitnehmer von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung und der Arbeitgeber von der Verpflichtung zur Lohnzahlung frei. Der Ar-

⁴⁸ Alternativ: „Fiktive Arbeitszeit null“ und „Soll-Arbeitszeit null“, was ebenfalls zu einer Neutralisierung des Feiertags führt

⁴⁹ Vgl. § 615 Satz 3 BGB.

⁵⁰ Vgl. § 615 Satz 1 BGB.

⁵¹ Beispiel: Der Arbeitnehmer kann die Arbeit nach Ablauf des Urlaubs nicht aufnehmen, weil der Flugverkehr aufgrund eines Vulkanausbruchs eingestellt wurde.

beitnehmer ist also nicht zur Arbeit verpflichtet. Da die Entbindung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht keinem Erholungszweck verfolgt, können solche Tage als Ausgleichstage für zuvor (oder später) geleistete zeitliche Mehrleistungen genutzt werden („tatsächliche Arbeitszeit null“). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsausfall trotz fehlender Verpflichtung vergütet.

2. Beginn und Ende des Ausgleichszeitraums

Neben der Frage der richtigen arbeitszeitrechtlichen Bewertung von Abwesenheitszeiten ist auch die Frage der zeitlichen Bemessung des Ausgleichszeitraums von Bedeutung. Weder die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes noch die EU-Arbeitszeitrichtlinie enthalten hierzu Vorgaben. Entscheidet sich der Arbeitgeber für einen nach Kalendermonaten zu bemessenden Zeitraum⁵², so ist klar, dass dies nur ein Zeitraum mit vollen zusammenhängenden Kalendermonaten sein kann. Allerdings ist es beim Ausgleichszeitraum von bis zu sechs Kalendermonaten nicht geboten, ein Kalenderhalbjahr zu wählen; der Ausgleichszeitraum kann in jedem Monat beginnen. Der Arbeitgeber ist frei, für alle Arbeitnehmer den gleichen Zeitraum festzulegen oder bereichsweise oder individuell unterschiedliche Zeiträume.

Ein nach Wochen bemessener Zeitraum kann potenziell an jedem Werktag beginnen. Denn das Arbeitszeitgesetz schreibt keine kalenderwochenmäßige Betrachtung vor, so dass eine Woche etwa auch von Samstag bis Freitag laufen könnte. In der genauesten Variante der Führung von Arbeitszeitschutzkonten beginnt der Ausgleichszeitraum an dem Werktag, an dem der Arbeitnehmer zum ersten Mal die gesetzlich zulässige Arbeitszeit von acht Stunden über- oder unterschreitet. Würde man den Beginn nur an der Überschreitung des Ausgleichszeitraums festmachen, so bestünde allerdings die Gefahr, dass arbeitszeitschutzrechtliche „Luft“ aus Zeiten geringerer Auslastung „verpufft“. Von diesem Tag der ersten Über- oder Unterschreitung angerechnet, muss ein Ausgleich innerhalb des jeweils anwendbaren Zeitraums⁵³ erfolgen. Bei der fortlaufenden Führung von Arbeitszeitschutzkonten auf Basis der gesetzlichen Höchstarbeitszeit als „fiktiver Soll-Arbeitszeit“ bedeutet das, dass der Arbeitnehmer vor Ablauf des Ausgleichszeitraums die „arbeitszeitschutzrechtliche Null-Linie“ im Arbeitszeitschutzkonto durchlaufen muss.

VIII. Zulässige Überschreitung der werktäglichen Höchstarbeitszeit durch „Opt-out“-Regelungen

Die Vorgaben des OVG Münster zur Berechnung der werktäglichen Höchstarbeitszeit können bei bisher abweichender Handhabung dazu führen, dass das arbeitszeitgesetzlich zulässige Arbeitszeitvolumen für die Bewältigung der Arbeitsaufgaben nicht ausreicht. Sofern die Überschreitung der zulässigen Arbeitszeit aus Bereitschaftsdiensten oder Zeiten der Arbeitsbereitschaft resultiert, wäre gemäß § 7 Abs. 2a) u. Abs. 7 ArbZG eine Legitimation im Rahmen sogenannter opt-

⁵² Vgl. § 3 Satz 2, 1. Alt. ArbZG (6 Kalendermonate) bzw. für Nachtarbeitnehmer § 6 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. ArbZG (1 Monat).

⁵³ Bis zu 24 Wochen oder 4 Wochen (§§ 3 Satz 2 bzw. 6 Abs. 2 Satz 2 ArbZG) oder 52 Wochen im Rahmen tarifvertraglicher Regelungen zur Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit mit Zeitausgleich (§ 7 Abs. 8 ArbZG).

out-Regelungen zur ausgleichsfreien Verlängerung der Arbeitszeit möglich. Voraussetzung dafür ist jedoch eine tarifvertragliche Regelung.⁵⁴ In den für Gesundheits- und Sozialeinrichtungen einschlägigen Tarifverträgen, in denen Überschreitungen der Höchstarbeitszeit häufig auf Bereitschaftsdienst beruhen, finden sich regelmäßig derartige „opt-out“-Klauseln. Allerdings muss auch der einzelne Arbeitnehmer der Nutzung einer solchen Regelung zustimmen; die Zustimmung ist widerruflich und unterliegt für den Fall der Nichterteilung oder des Widerrufs einem Benachteiligungsverbot.⁵⁵

Wird von den Möglichkeiten der Überschreitung der werktäglichen Höchstarbeitszeit durch derartige opt-out-Regelungen Gebrauch gemacht, so tritt an die Stelle der durchschnittlich einzuhaltenden Arbeitszeit von 8 Stunden pro Werktag der jeweils im Tarifvertrag festgelegte Wert. Soweit Tarifverträge insoweit keine werktagsbezogene, sondern eine wochenbezogene Betrachtung zu Grunde legen⁵⁶, ist es zumindest vertretbar, hierin eine von den Grundnormen des Arbeitszeitgesetzes abweichende tarifvertraglich geregelte Berechnungsgrundlage zu sehen und insbesondere einen Zeitausgleich auch an arbeitsfreien Feiertagen zuzulassen.

IX. Resümee

Der wohl größte Vorteil der Entscheidung des OVG Münster liegt darin, dass für die insoweit besonders betroffenen Gesundheits- und Sozialeinrichtungen mit regelmäßigen Bereitschaftsdiensten nunmehr Rechtsklarheit bei der anzurechnenden Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitschutzrechts besteht. Dass die Entscheidung die potenziell nutzbare Arbeitszeit der Arbeitnehmer tendenziell verknappt, dürfte von den Betroffenen kritisch gesehen werden. Es liegt nun an den Tarifparteien, die vom Gericht aufgezeigten Spielräume durch eindeutige kollektivrechtliche Regelungen zu nutzen.

⁵⁴ Für Universitätskliniken ist diese in § 7 Abs. 5 TV-Ärzte/TdL gegeben; entsprechende Regelungen finden sich auch in Tarifbestimmungen für andere gesundheitliche und soziale Einrichtungen.

⁵⁵ Vgl. im Einzelnen § 7 Abs. 7 ArbZG.

⁵⁶ So beträgt die Obergrenze der Verlängerung der Arbeitszeit ohne Zeitausgleich gemäß § 7 Abs. 5 Satz 2 TV-Ärzte/TdL je nach Bereitschaftsdienststufe durchschnittlich 54 oder 58 Stunden/Woche.