

**BAG: Urteil vom 27.08.2008 - 5 AZR 647/07****Titel:**

Mehrarbeitsvergütung nur bei Arbeit über ein bestimmtes Zwei-Monats-Soll hinaus

**Leitsatz:**

Ist tarifvertraglich ein Anspruch auf Mehrarbeitszuschlag allein davon abhängig, dass über ein bestimmtes Zwei-Monats-Soll hinaus gearbeitet wird, stehen Zeiten des Erholungsurlaubs, des Sonderurlaubs und der Arbeitsunfähigkeit nicht der tatsächlichen Arbeitsleistung gleich. (Orientierungssatz des Gerichts)

**Normenkette:**

ETV für die Bediensteten der nichtbundeseigenen Eisenbahnen und von Kraftverkehrsbetrieben vom 15.12.1966 §§ 9, 9a, 10

**Rechtsgebiete:**

Arbeitsrecht (mit BAT)

**Schlagworte:**

Tarifrecht; Mehrarbeitszuschlag

## ERLÄUTERUNG

**Die Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts**

Bundesarbeitsgericht Fünfter Senat Urteil vom 27. August 2008

- 5 AZR 647/07 -

Einzelstichwort: Mehrarbeitsvergütung

Angewandte Bestimmung:

ETV für die Bediensteten der nichtbundeseigenen Eisenbahnen und von Kraftverkehrsbetrieben vom 15. Dezember 1966 §§ 9, 9a, 10

Orientierungssatz:

Ist tarifvertraglich ein Anspruch auf Mehrarbeitszuschlag allein davon abhängig, dass über ein bestimmtes Zwei-Monats-Soll hinaus gearbeitet wird, stehen Zeiten des Erholungsurlaubs, des Sonderurlaubs und der Arbeitsunfähigkeit nicht der tatsächlichen Arbeitsleistung gleich.

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

vgl. Senat 11. Juni 2008 - 5 AZR 389/07 -; BAG 7. Juli 2004 - 4 AZR 433/03 -BAGE 111, 204

Weiterführende Hinweise: ./.

Schwerpunkte: • Entgelt

Branchenspezifische Problematik:

Ja:  Nein:

Falls ja: Verkehrsgewerbe

Besonderer Interessentenkreis:

./.

## LEITSATZ

Aktenzeichen: 5 AZR 647/07

Bundesarbeitsgericht 5. Senat Urteil vom 27. August 2008

- 5 AZR 647/07 -

I. Arbeitsgericht Iserlohn

Urteil vom 23. November 2006 - 4 (3) Ca 2030/06 -II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 1. Juni 2007 - 13 Sa 23/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Mehrarbeitsvergütung

Gesetz:

ETV für die Bediensteten der nichtbundeseigenen Eisenbahnen und von Kraftverkehrsbetrieben vom 15. Dezember 1966 §§ 9, 9a, 10

Leitsätze:

keine **BUNDESARBEITSGERICHT**

5 AZR 647/07

13 Sa 23/07

Landesarbeitsgericht

Hamm

Verkündet am 27. August 2008

Diederich, Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

**Im Namen des Volkes!**

**URTEIL**In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der Beratung vom 27. August 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöße, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux sowie die ehrenamtlichen Richter Heel und Steinmann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 1. Juni 2007 - 13 Sa 23/07 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 23. November 2006 - 4 (3) Ca 2030/06 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

**Von Rechts wegen!**

**Tatbestand**

[1] Die Parteien streiten über Mehrarbeitsvergütung.

[2] Die Klägerin ist bei der Beklagten, einem Unternehmen des Verkehrs- gewerbes, als Angestellte im Betriebs- und Verkehrsdienst tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Tarifvertrag für die Bediensteten der nichtbundes-eigenen Eisenbahnen und von Kraftverkehrsbetrieben vom 15. Dezember 1966 (im Folgenden: ETV) Anwendung. Er lautet auszugsweise:

**„§ 9 Arbeitszeit**

Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt durchschnittlich 39 Stunden wöchentlich. Für die Berechnung des Durchschnitts der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ist jeweils ein Zeitraum von zwei aufeinanderfolgenden Kalendermonaten (Januar/Februar, März/April, Mai/Juni, Juli/August, September/Oktober, November/Dezember) maßgeblich.

In der Arbeitszeit sind Ruhepausen nicht enthalten. Ruhepausen liegen nur dann vor, wenn während der Unterbrechung der Arbeit jede Verpflichtung zu einer

Arbeitsleistung ausgeschlossen ist.

**§ 9a Arbeitszeit im Betriebs- und Verkehrsdienst**

Im Betriebs- und Verkehrsdienst beträgt die regelmäßige Arbeitszeit abweichend von § 9 Absatz 1 im Durchschnitt 169,5 Stunden monatlich. Sie wird für jeden Monat gesondert festgelegt und ergibt sich, indem die Zahl der Arbeitstage (Kalendertage abzüglich Sonntage) im betreffenden Monat mit 6,5 multipliziert wird. Bruchteile von 0,5 Stunden und mehr werden auf eine volle Stunde aufgerundet; Bruchteile von weniger als 0,5 Stunden werden auf eine volle Stunde abgerundet.

Die tägliche Arbeitszeit darf 10 Stunden nicht überschreiten.

Als Arbeitszeit gilt auch die Zeit, die das Lokomotiv- und Zugpersonal zur Vorbereitung und zum Dienstabschluss benötigt.

Im Kraftverkehr werden als Vorbereitungs- und Abschlußzeit bei durchgehender Schicht insgesamt 20 Minuten und bei geteilter Schicht je Schichtteil zusätzlich 5 Minuten auf die Arbeitszeit angerechnet und entlohnt. Davon abweichende betriebliche Regelungen sind zulässig.

Betriebsbedingte Arbeitsunterbrechungen bis zu 10 Minuten werden jeweils voll auf die Arbeitszeit angerechnet und entlohnt. Betriebsbedingte Arbeitsunterbrechungen von mehr als 10 Minuten innerhalb einer Dienstschicht werden zusammengerechnet und zu 80 % auf die monatliche Arbeitszeit angerechnet und entlohnt.

Betriebsbedingte Arbeitsunterbrechungen am Dienort, die mehr als eine Stunde dauern, und betriebsbedingte Arbeitsunterbrechungen außerhalb des Dienortes, die der Arbeitnehmer in der eigenen Häuslichkeit verbringen kann und die mehr als eine Stunde dauern, bleiben unbezahlt (geteilte Dienstschicht); sie werden bei der Zusammenrechnung der Arbeitsunterbrechungen nach Abs. 4 nicht berücksichtigt.

Im Gelegenheitsverkehr finden die Absätze 3 bis 5 sowie §§ 8 Abs. 2, 9 Abs. 5, 10 Abs. 4 Buchstaben b) und c), 16 und 16a keine Anwendung. In den Fällen des § 10 Abs. 4 Buchstaben b) und c) ist der Überzeitarbeitszuschlag nach Buchstabe a) zu zahlen. Betriebsbedingte Arbeitsunterbrechungen werden zu 50 % auf die monatliche Arbeitszeit angerechnet und entlohnt.

Für Liegetage sind 6 Stunden 30 Minuten zu bezahlen. Liegetage sind auf die monatliche Arbeitszeit anzurechnen, bleiben jedoch bei der Berechnung der Überstunden außer Betracht. Wird der Arbeitnehmer an einem Liegetag für kurze Zeit zum Dienst eingesetzt, ist ebenfalls nur der Lohn für 6 Stunden 30 Minuten zu zahlen; die Zeit der Arbeitsleistung ist bei der Berechnung der Überstunden zu berücksichtigen.

Fahrgastfahrten werden mit 50 % auf die Arbeitszeit angerechnet und entlohnt.

Wird die regelmäßige Arbeitszeit in einem Monat aus zwingenden betrieblichen Gründen nicht erreicht, ist die nicht geleistete Arbeitszeit bis zu 18 Stunden bis zum Ablauf der drei folgenden Kalendermonate nachzuholen. Eine Nachleistung nach Ablauf dieser Frist ist nicht zulässig. Nicht geleistete Arbeitszeit nach Satz 1 ist wie geleistete Arbeitszeit zu vergüten. Nachgeleistete Arbeitszeit ist keine Überzeitarbeit.

## **§ 10 Überstunden**

Überstunden sind diejenigen Arbeitsstunden, die auf Anordnung innerhalb des jeweils maßgeblichen Ausgleichszeitraums von zwei aufeinanderfolgenden Kalendermonaten über die regelmäßige durchschnittliche Arbeitszeit im Sinne von § 9 Absatz 1 geleistet werden.

Abweichend von Absatz 1 sind im Betriebs- und Verkehrsdienst Überstunden diejenigen Arbeitsstunden, die auf Anordnung innerhalb eines jeweils maßgeblichen Ausgleichszeitraums von zwei aufeinanderfolgenden Kalendermonaten (Januar/Februar, März/April, Mai/Juni, Juli/August, September/Oktober, November/Dezember) über die für diese zwei Monate gemäß § 9a Absatz 1 Satz 2 festgesetzte regelmäßige Arbeitszeit geleistet werden.

Überstunden sind nach Möglichkeit durch entsprechende Freizeit und nach Möglichkeit zusammenhängend auszugleichen. Der Ausgleich ist spätestens bis zum Ablauf des 6. Kalendermonats nach dem jeweils maßgeblichen Zweimonatszeitraum (Absatz 1 bzw. Absatz 2), in dem die Überstunden angefallen sind, vorzunehmen. Für die Zeit, in der Überstunden ausgeglichen werden, sind der Monatsgrundlohn bzw. Grundgehalt und Ortszuschlag sowie die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen und Zuschläge weiterzuzahlen. Im übrigen wird für die auszugleichenden Überstunden lediglich der Zeitzuschlag nach Abs. 6 gezahlt. Nicht durch Freizeit auszugleichende Überstunden werden spätestens nach Ablauf der Zeit, in der der Ausgleich zulässig ist, bezahlt.

Überschreitungen der dienstplanmäßigen Arbeitszeit infolge von Fahrzeugverspätungen bis zu 15 Minuten werden nicht gesondert bezahlt.

Überstunden werden je Stunde bei Angestellten mit dem auf die Stunde umgerechneten Monatseinkommen aus Grundgehalt und Ortszuschlag der Stufe 2 und bei Arbeitern mit dem auf die Stunde umgerechneten Monatstabellelohn bezahlt. Der Stundenlohn ergibt sich, indem bei Angestellten das Monatseinkommen aus Grundgehalt und Ortszuschlag der Stufe 2 und bei Arbeitern der Monatstabellelohn durch 169,5 geteilt wird.

Für Überstunden werden folgende Zuschläge gezahlt:

an Werktagen, im Betriebs- und Verkehrsdienst auch im Anschluß an dienstplanmäßige Arbeit an Sonntagen und an Ausgleichsruhetagen

an Sonntagen und bei Nacht, im Betriebs- und Verkehrsdienst auch an den anstelle des Sonntags gewährten Ruhetagen

an gesetzlichen Feiertagen

für nicht im Anschluß an die regelmäßige Arbeitszeit geleistete Überzeitarbeit Lohn für mindestens 3 Stunden und für die tatsächliche Arbeitszeit

Treffen mehrere Zuschläge zusammen, wird nur der jeweils höchste Zuschlag gezahlt.

..."

[3] Die Beklagte erteilte der Klägerin folgende Stundennachweise: Januar/Februar 2006: 388,21 Gesamtstunden bei 325 Sollstunden (davon 203,45 Std. wegen bezahlter Freistellungen wegen Erholungsurlaub und Sonderurlaub);

März/April 2006: 391,54 Gesamtstunden bei 339 Sollstunden (davon 93,36 Std. wegen bezahlter Freistellungen, ua. Arbeitsunfähigkeit);

Mai/Juni 2006: 391,53 Gesamtstunden bei 345 Sollstunden (davon 62,24 Std. wegen bezahlter Freistellungen, ua. Erholungsurlaub und Sonderurlaub).

[4] Für insgesamt 162,28 Überstunden begehrt die Klägerin die Zahlung von Überstundenzuschlägen in Höhe von 30 %. Tage, an denen sie beurlaubt oder krank gewesen sei, seien als Arbeitszeit zu berücksichtigen.

[5] Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 817,89 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 318,58 Euro brutto seit dem 1. März 2006, aus 264,80 Euro brutto seit dem 1. Mai 2006 und aus 234,51 Euro brutto seit dem 1. Juli 2006 zu zahlen.

[6] Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

[7] Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

### **Entscheidungsgründe**

[8] Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts, zur Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils und zur Abweisung der Klage.

[9] I. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf den tariflichen Überstundenzuschlag von 30 % für 162,28 Arbeitsstunden. Nach § 10 Abs. 6 Buchst. a ETV ist der Mehrarbeitszuschlag nur für Arbeitsstunden zu zahlen, wenn die regelmäßige Arbeitszeit im Zwei-Monats-Zeitraum (§ 10 Abs. 2 ETV) überschritten worden ist. Dies war in der Zeit von Januar bis Juni 2006 nicht der Fall, denn Ausfallstunden wegen Urlaubs, Sonderurlaubs und Arbeitsunfähigkeit stehen Zeiten der tatsächlichen Arbeitsleistung nicht gleich. Die in dieser Zeit angefallenen Ausfallstunden wegen Urlaubs, Sonderurlaubs und Krankheit gehören nicht zur Arbeitszeit. Die Klägerin leistete deshalb in der Zeit von Januar bis Juni 2006 keine Überstunden iSd. Tarifvertrags.

[10] 1. Der Begriff „Arbeit leisten“ wird ebenso wie der Begriff „arbeiten“ ausschließlich für das aktive Tun verwandt. Urlaubszeiten, in denen der Arbeitnehmer davon gerade - unter Fortzahlung seiner Vergütung - befreit ist, lassen sich ebenso wenig unter diesen Begriff subsumieren (*Senat 11. Juni 2008 - 5 AZR 389/07 -; BAG 7. Juli 2004 - 4 AZR 433/03 - BAGE 111, 204, 209 f.*) wie Zeiten krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit oder eines Sonderurlaubs. Dies entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch. Das Argument der Klägerin, das Erfordernis der „geleisteten Überstunde“ beziehe sich nur auf die Arbeit, die zu der in § 9a festgelegten regelmäßigen Arbeitszeit hinzukomme, trägt nicht. Die in den §§ 9, 9a ETV geregelte „regelmäßige Arbeitszeit“ bezieht sich auf Arbeitszeiten, in denen der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht erfüllt. Die §§ 9, 9a ETV sind keine allgemeine Berechnungsvorschrift für Ausfallzeiten, in denen keine Arbeitsleistung erbracht wird. Während der regelmäßigen Arbeitszeit muss grundsätzlich Arbeit geleistet werden. Sollen Zeiten ohne Arbeitsleistung für weitere tarifliche Leistungen berücksichtigt werden, bedarf dies besonderer tariflicher oder gesetzlicher Regelungen.

[11] 2. Dies wird tarifsystematisch bestätigt durch weitere besondere tarifliche Normen (wie zB § 9a Abs. 4 ETV), die bestimmen, dass Zeiten, in denen Arbeit nicht tatsächlich geleistet wird, nicht oder nur bei besonderer Regelung zu berücksichtigen sind. So werden betriebsbedingte Arbeitsunterbrechungen bis zu zehn Minuten jeweils voll auf die Arbeitszeit angerechnet und entlohnt. Nach § 9a Abs. 7 ETV sind Liegetage auf die monatliche Arbeitszeit anzurechnen, sie bleiben bei der Berechnung der Überstunden jedoch außer Betracht. Nach § 9a Abs. 9 Satz 3 ETV ist unter bestimmten Umständen nicht geleistete Arbeitszeit wie geleistete Arbeitszeit zu vergüten und nach § 9a Abs. 9 Satz 4 ETV ist nachgeleistete Arbeitszeit keine Überzeitarbeit. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts steht schließlich die „Festsetzung“ der Sollarbeitszeit gemäß § 10 Abs. 2 ETV einem Erfordernis tatsächlicher Arbeitsleistung nicht entgegen.

[12] 3. Diese Auslegung nach dem Wortlaut und der Tarifsystematik entspricht dem Zweck der

Norm. Mehrarbeitszuschläge sollen idR besondere Belastungen abdecken, die während des Urlaubs oder krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit eben nicht auftreten. Eine tarifvertragliche Bestimmung, die den Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge allein davon abhängig macht, dass über ein bestimmtes Monatssoll hinaus gearbeitet wird, bezweckt regelmäßig, eine grundsätzlich zu vermeidende besondere Arbeitsbelastung durch ein zusätzliches Entgelt auszugleichen (vgl. Senat 11. Juni 2008 - 5 AZR 389/07 -; 5. November 2003 - 5 AZR 8/03 - AP TzBfG § 4 Nr. 6 = EzA TzBfG § 4 Nr. 6, zu III 1 der Gründe mwN; BAG 7. Juli 2004 - 4 AZR 433/03 - BAGE 111, 204, 212).

[13] II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.