Kirchengericht:	Kirchengerichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland
Entscheidungsform:	Beschluss (rechtskräftig)
Datum:	10.11.2008
Aktenzeichen:	KGH.EKD II-0124/N69-07
Rechtsgrundlagen:	AVR.DWEKBO Anlage 8 A Abs. 1
Vorinstanzen:	Schieds- und Schlichtungsstelle des Diakonischen Werkes der Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e.V., I-55/07

Leitsatz:

Bereitschaftsdienst kann nach Anlage 8 A Abs. 1 AVR.DWBO nur zusätzlich zur mit dem jeweiligen Mitarbeiter vereinbarten „Soll-Arbeitszeit“ organisiert werden.

Tenor:

Auf die Beschwerde der Mitarbeitervertretung wird der Beschluss der Schieds- und Schlichtungsstelle des Diakonischen Werkes der Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e.V. vom 25. September 2007 - I-55/07 - abgeändert:

Der Antrag der Dienststellenleitung wird zurückgewiesen.

Gründe:

I. Die Beteiligten streiten über die kirchengerichtliche Ersetzung der von der Mitarbeitervertretung verweigerten Zustimmung zu der von der Dienststellenleitung beantragten Einführung neuer Dienstzeiten - Arbeits- und Bereitschaftsdienstzeiten "im Funktionsdienst im OP (Pflege-OP-Orthopädie, Pflege-OP-Gynäkologie-Chirurgie) und in der Anästhesie ("Übersicht zu Dienstzeiten Pflege-Anästhesie")".

Im Hinblick auf die am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Anlage 8 "Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft" zu den AVR.DWBO legte die Dienststellenleitung mit Schreiben vom 1. August 2007 den Entwurf von ihr in Aussicht genommener Dienstzeiten ab 1. Oktober 2007 für den Bereich "Pflege-OP-Orthopädie", "Pflege-OP-Gyn-Chir" sowie "Pflege-Anästhesie" der Mitarbeitervertretung vor und bat um Zustimmung. Die Mitarbeitervertretung beantragte mit Schreiben vom 8. August 2007 die Erörterung. Diese fand am 9. August 2007 statt. Mit Schreiben vom 13. August 2007 erklärte die Mitarbeitervertretung die Erörterung für beendet und teilte mit, eine Zustimmung zu den vorgeschlagenen Arbeitszeiten sei nicht möglich.

Mit am 23. August 2007 bei der Schieds- und Schlichtungsstelle eingegangenem Antrag erstrebt die Dienststellenleitung die kirchengerichtliche Ersetzung der Zustimmung der Mitarbeitervertretung.

Sie hat vorgetragen, die von ihr vorgeschlagenen neuen Dienstzeiten berücksichtigten alle Vorgaben der Anlage 8 zu den AVR.DWBO. Mögliche Unter- oder Überschreitungen der

Soll-Arbeitszeit seien nicht Folge der neuen Dienstzeiten, sondern müssten bei der monatlichen Dienstplangestaltung beachtet werden.

Die Dienststellenleitung hat beantragt,

die Zustimmung der Mitarbeitervertretung zur Einführung neuer Dienstzeiten gemäß Anhörungsschreiben vom 1. August 2007 nebst Anlagen zu ersetzen.

Die Mitarbeitervertretung hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie hat sich auf den Standpunkt gestellt, die beantragten Dienste und Dienstzeiten verstießen gegen die Regelungen der Anlage 8 AVR.DWBO, da die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit - wenn überhaupt - nur mit Hilfe der teilweisen Anrechnung der Bereitschaftsdienste erreicht werde. Dies sei unzulässig. Die Regelarbeitszeit sei außerhalb des Bereitschaftsdienstes geschuldet. Aus dem Dienstplan für Oktober 2007 ergebe sich, dass bezüglich Frau D. und Herrn E. in einer Woche die zulässige Arbeitszeiten nach § 3 ArbZG überschritten würden. Zudem fehle es an einer Dienstvereinbarung, die es gemäß § 9 Abs. 3 AVR.DWBO erlaube, die tägliche Arbeitszeit über 10 Stunden hinaus auszudehnen.

Die Schieds- und Schlichtungsstelle hat mit dem der Mitarbeitervertretung am 12. Oktober 2007 zugestellten Beschluss vom 25. September 2007 "die Zustimmung der Mitarbeitervertretung zur Einführung neuer Dienstzeiten gemäß Anhörungsschreiben vom 01.08.2007 nebst Anlagen ... ersetzt." Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt, die neuen Dienstzeiten sähen nur noch höchstens 24-Stunden-Dienste vor und die Übergabezeiten seien als reguläre Arbeitszeit mit jeweils einer Viertelstunde eingeplant. Insoweit entsprächen die Dienstzeiten den Vorgaben der Anlage 8 AVR.DWBO.

Unterschreitungen oder Überschreitungen der Soll-Arbeitszeit seien nicht durch die Dienstzeiten bedingt, sondern erst durch die Häufigkeit des Einsatzes des betroffenen Mitarbeiters. Der Einsatz der Mitarbeiter werde jedoch in den monatlichen Dienstplänen geregelt, deren Wirksamkeit im vorliegenden Verfahren nicht zu überprüfen gewesen sei. Die in § 9 AVR.DWBO und der Anlage 8 AVR.DWBO geregelten Ausgleichszeiträume seien erst bei der monatlichen Dienstplanerstellung zu berücksichtigen. Dies gelte in gleicher Weise für eventuelle Überschreitungen der wöchentlichen Höchstarbeitszeit. Deren Einhaltung müsse ebenfalls bei der Aufstellung der Dienstpläne kontrolliert werden. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und die Verteilung der Arbeitszeit auf einzelne Wochentage, die hier abstrakt und generell geregelt werden sollten, seien ohne Einfluss auf diese möglichen Probleme. Das Fehlen einer Dienstvereinbarung zur Verlängerung der Arbeitszeit gemäß Absatz 2, 2a und 2b der Anlage 8 A AVR.DWBO stehe der Zustimmungsersetzung nicht entgegen. Die Dienstvereinbarung "zur Bereitschaftsdienstregelung nach Anlage 8 AVR.DWBO" vom 30. März/26. April 2007 gebe das von allen Beteiligten und Betroffenen Gewünschte zwar wieder, bedürfe aber zu ihrer Anwendung auf die hier betroffene Personenkreise noch der ausdrücklichen Benennung durch eine weitere, ergän-

zende Dienstvereinbarung. Solange diese Dienstvereinbarung nicht zustande gekommen sei, müssten die Dienste auf das erlaubte Maß gekürzt oder geteilt werden. Sonach sei die noch fehlende Dienstvereinbarung nicht entscheidungserheblich für die neuen Dienstzeiten. Es würden nur Anfang und Ende der täglichen Arbeits- und Bereitschaftsdienstzeiten festgelegt. Die Besetzung der Dienste sei Sache der monatlichen Dienstpläne.

Hiergegen wendet sich die Mitarbeitervertretung mit ihrer am 9. November 2007 eingelegten und nach Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist am 14. Dezember 2007 bis zum 2. Januar 2008 aufgrund am 12. Dezember 2007 eingegangenen Antrags am 2. Januar 2008 begründeten Beschwerde. Die Mitarbeitervertretung verweist darauf, dass die gesamte Abteilung im Schnitt eines Monats die Soll-Arbeitszeit nicht erreicht habe, obgleich Anhaltspunkte für einen unterdurchschnittlichen Arbeitskräftebedarf nicht vorhanden gewesen seien. Dienstplanspezifische über das Jahreszeitarbeitszeitkonto der Mitarbeitenden auszugleichende Mehr-/Minderarbeit einzelner Mitarbeitender scheide damit aus. Hieraus sei zu folgern, dass mit den vorgelegten Dienstzeiten die Soll-Arbeitszeit auch im Jahresdurchschnitt nicht erreicht werden könne. Die vertraglich vereinbarte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit könne nur erreicht werden, wenn Mitarbeiter nicht zu mehr als zwei Bereitschaftsdiensten eingeteilt würden. Würden Mitarbeiter, wie betriebsüblich, regelmäßig zu Bereitschaftsdiensten eingeteilt, sei die vertraglich vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit - wenn überhaupt - nur mit Hilfe der teilweisen Anrechnung der Bereitschaftsdienste zu erreichen. Das Fehlen einer Dienstvereinbarung zur Verlängerung der Arbeitszeit auf 24 Stunden gemäß Absatz 2, 2a und 2b der Anlage 8 AVR.DWBO führe zur Rechtswidrigkeit der beantragten Arbeitszeiten. Ohne eine entsprechende Dienstvereinbarung liege im Übrigen auch ein Verstoß gegen § 3 i.V.m. § 7 Abs. 1 und 4 ArbZG vor. Ohne Beteiligung der Mitarbeitervertretung dürfe die Dienststellenleitung die beantragten 24-Stunden-Dienste nicht auf das erlaubte Maß kürzen oder teilen.

Die derzeit vorgelegten Arbeitszeiten im Rahmen des Arbeitszeitmodells widersprächen sonach der Anlage 8 Abs. 1 AVR.DWBO.

Bei der Auswertung des Dienstplanes für den Zeitraum ab 1. Oktober 2007 werde deutlich, dass die Befürchtung der Mitarbeitervertretung zutreffend sei, dass die Regelarbeitszeit mit den vorliegenden Dienstzeiten nicht erreicht werde, und zwar nicht nur betreffend einzelner Mitarbeiter, sondern betreffend dem ganzen Team. Dies ergebe sich aus der Spalte 5, 6 der Anlage 3d zum Schriftsatz der Mitarbeitervertretung vom 20. September 2007. Von Minus 16:54 Stunden im Team solle das Arbeitszeitkonto auf Minus 55:42 Stunden ansteigen. Dies bedeute eine Differenz von 38 Stunden, welche annähernd dem Beschäftigungsumfang einer ¼-Stelle entspreche. Ursache hierfür sei, dass ausweislich der drei letzten Spalten der Anlagen 4a bis c zum Schriftsatz der Mitarbeitervertretung vom 20. September 2007 Bereitschaftsdienste in begrenztem Umfang auf die Soll-Arbeitszeit angerechnet würden. Unter Berücksichtigung der Anlage 8 der AVR.DWBO sei die Regelarbeitszeit im Rahmen der normalen Arbeitszeit und nicht im Bereitschaftsdienst

abzuleisten. Nach der Änderung der Anlage 8 zu den AVR.DWBO sei ein Verstoß der Regelung gegen § 3 ArbZG nicht erkennbar, so dass nach alledem Bereitschaftsdienst bei Anwendung der AVR nur zusätzlich zur vertraglich vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit eingeführt und angeordnet werden könne. Es sei rechtlich unzulässig, wenn die vertraglich vereinbarte Regelarbeitszeit nur mit Hilfe von Bereitschaftsdiensten erwirtschaftet werden könne.

Wie dem vorgelegten Dienstplan zu entnehmen sei, führten die neuen Dienstzeiten auch zu Arbeitszeitüberschreitungen i.S.d. § 3 ArbZG. Das sei bei Frau D. in der Woche vom 8.-13. Oktober 2007 mit 62,75 Stunden oder bei Herrn E. in der Woche vom 15.-20. Oktober 2007 mit ebenfalls 62,75 Stunden der Fall.

Die Mitarbeitervertretung beantragt,

den am 25. September 2007 verkündeten Beschluss der Schieds- und Schlichtungsstelle des Diakonischen Werkes Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e.V. - I-55/07 - aufzuheben und den Antrag der Dienststellenleitung abzuweisen.

Die Dienststellenleitung beantragt,

die Beschwerde der Mitarbeitervertretung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung der Schieds- und Schlichtungsstelle. In den Operationssälen der streitgegenständlichen Bereiche werde an fünf Tagen in der Woche Vollzeit gearbeitet. An Samstagen und Sonntagen fielen nur Bereitschaftsdienste an. Unter diesen Umständen könnten die Ruhezeiten für die Mitarbeitenden nach Beendigung eines Bereitschaftsdienstes nur durch Freistellung während der üblichen Arbeitszeit, in der "Vollarbeit" geleistet werde, eingehalten werden, wenn der Bereitschaftsdienst an einem Werktag (Montag bis Freitag) morgens ende.

Eine Vergütung für solche "Ruhe"zeiten müsse nach der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 26. Januar 2007 - 18 Sa 45/06 - nicht erfolgen. Damit den Mitarbeitenden nach einem solchen Bereitschaftsdienst bezahlte Freizeit gewährt werden könne, erfolge dies unter Verrechnung zuvor angesammelter Plusstunden, welche bei Mitarbeitern mit einer Vollzeitbeschäftigung in den Bereitschaftsdiensten erarbeitet werde. Die Abgeltung der im Bereitschaftsdienst erarbeiteten Stunden durch Freizeitausgleich sei in Anlage 8 A Abs. 5 AVR.DWBO ausdrücklich vorgesehen. Da die Mitarbeitenden in den betroffenen Bereichen Interesse daran hätten, die Bereitschaftsdienste zusätzlich vergütet zu bekommen, werde nur ein Teil der während des Bereitschaftsdienstes erarbeiteten "Arbeitsstunden" dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben und der überwiegende Teil der erarbeiteten "Arbeitsstunden" werde als Überstunden im Folgemonat vergütet. Diese - als Überstunden vergüteten Zeiten - würden im Arbeitszeitkonto und in den Übersichten über die Entwicklung der Plus- und Minusstunden in den Ausdrucken der "Ist-Dienstpläne" nicht aufgeführt. Insofern könne der Eindruck entstehen, dass die Mitarbeitenden in Ein-

zelfällen im Monat Oktober 2007 keine Möglichkeit gehabt hätten, die Soll-Arbeitszeit zu erarbeiten.

Nachdem die Anlage 8 zu den AVR.DWBO ab 1. Januar 2007 - wieder - die Möglichkeit von 24-Stunden-Diensten eröffnet habe, habe die Mitarbeitervertretung mit der Dienststellenleitung die Dienstvereinbarung zur Bereitschaftsdienstregelung nach Anlage 8 AVR.DWBO vom 30. März 2007/26. April 2007 vereinbart. Die in den §§ 2, 3 und 4 vorgesehenen Anlagen hätten ergänzt werden sollen, sofern und soweit die Mitarbeitenden in den jeweiligen Bereichen dies gewünscht hätten. Erst mit Schreiben vom 5. Oktober 2007 habe sich die Mitarbeitervertretung auf den Standpunkt gestellt, die Dienstvereinbarung zur Bereitschaftsdienstregelung sei nicht wirksam, da die vorgesehenen Anlagen 1 bis 3 nicht abgeschlossen worden seien oder nicht vorhanden seien.

Der Sache nach gehe es der Mitarbeitervertretung nicht um die Anfangs- und Endzeiten der Bereitschaftsdienste. Ihr gehe es um die Auslegung der Definition von Bereitschaftsdienst in der Neufassung der Anlage 8 zu den AVR.DWBO. Die Auslegung, dass Bereitschaftsdienste nur zusätzlich und außerhalb der vertraglichen Soll-Arbeitszeit angeordnet werden dürften, sei falsch. Richtig sei, dass die Definition des "Bereitschaftsdienstes", das heiße, dass die Mitarbeitenden auch verpflichtet seien, zusätzlich zur vertraglichen Soll-Arbeitszeit im Bereitschaftsdienst außerhalb der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit Dienste zu leisten, durch diese redaktionelle Änderung des Absatzes nicht habe geändert werden sollen. Durch die Anordnung von Bereitschaftsdienst müsse nämlich auch außerhalb der vertraglichen Soll-Arbeitszeit (39 Stunden wöchentlich durchschnittlich) bis zu 48 Stunden wöchentlich durchschnittlich Arbeitszeit erbracht werden. Genau diese Überschreitung der regelmäßigen wöchentlichen Sollarbeitsdienst im arbeitsvertraglichen Sinne durch zusätzliche Arbeitszeit i.S.d. ArbZG werde durch diese Formulierung geregelt. Für andere Mitarbeitende gelte nach B der Anlage 8 generell, dass der Bereitschaftsdienst stets durch Freizeit abgegolten werden solle und nur im Sonderfall, wenn ein Freizeitausgleich im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit bis zum Ende des nächsten Kalendervierteljahres nicht möglich sei, dass diese Arbeitszeit - im Vertragssinn - durch zusätzliche Vergütung abzugelten sei. Die von der Mitarbeitervertretung für richtig angesehene Auslegung hätte sonst zwingend zur Folge, dass in Betrieben, in denen regelmäßig an fünf Arbeitstagen gearbeitet werde, nur Teilzeitmitarbeitende zu Bereitschaftsdiensten herangezogen werden könnten, die jeweils am Morgen eines Arbeitstages (Montag bis Freitag) endeten, da diese wegen der Ruhezeitvorschriften sonst gar nicht auf die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit kommen könnten. Die Beschäftigung von Mitarbeitenden, die nur Bereitschaftsdienst leisteten, wie z.B. unter A Abs. 3b, wäre unzulässig. Aus dem systematischen Zusammenhang von A Abs. 3b und Abs. 7 ergebe sich jedoch die Möglichkeit, dass mehr als 13 Bereitschaftsdienste von je 16 Bereitschaftsstunden, wenn die dort geregelten Bewertungen als Arbeitszeit vorgenommen würden, möglich seien. Bei 13 Bereitschaftsdiensten á 16 Stunden ergebe sich eine Arbeitszeit i.S.d. ArbZG von 208

Stunden monatlich. Dies sei die nach dem Arbeitszeitgesetz höchstzulässige Durchschnittsarbeitszeit für einen Monat (48 x 13 ./. 3 = 208).

Aus den Arbeitszeitkontoauszügen September 2008 für den Mitarbeiter E. (Bl. 142 d. Senatsakten) und für den Mitarbeitenden Nr. 7108 (Bl. 143 d. Senatsakten), die unter der Woche und am Wochenende Bereitschaftsdienste leisteten, ergebe sich, dass von den Bereitschaftsdiensten, die jeweils an einem Wochenarbeitstag endeten (Montag bis Freitag) 6 Stunden dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben würden, damit am Folgetag die nach dem Arbeitszeitgesetz erforderliche Ruhezeit während der Dienstzeit genommen werden könne und die sich daraus ergebenden 7,7 Minusstunden ausgeglichen werden könnten. Alle anderen im Bereitschaftsdienst erwirtschafteten Zeiten würden mit der Überstundenvergütung vergütet.

Die Dienststellenleitung verweist ferner auf die Dienstvereinbarung "Führung von Jahresarbeitszeitkonten" vom 3. März/13. März 2003 nach deren § 4 Abs. 3 nach Vortrag der Dienststellenleitung ausdrücklich vorgesehen sei, dass für Mitarbeiter, die Bereitschaftsdienste der Stufe C und D leisteten, analog Anlage 8 A Abs. 7 Unterabs. 3 AVR.DWBO Freizeitausgleich im Anschluss an den Bereitschaftsdienst gewährt werde. Zu diesem Zweck werde - so Absatz 5 - erworbener Freizeitanspruch aus Bereitschaftsdiensten oder Rufdiensten dem Jahresarbeitszeitkonto gutgeschrieben und - gem. Absatz 3 - zum Ausgleich der erworbenen Freizeitansprüche ein Freizeitausgleich gleich bei der Erstellung der Dienst-/Einsatzplanung berücksichtigt.

Die Dienststellenleitung handele damit sowohl in Übereinstimmung mit der Dienstvereinbarung über Arbeitszeitkonten als auch mit Anlage 8 A Abs. 5 oder Abs. 4 AVR.DWBO der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung.

II. Auf die Beschwerde der Mitarbeitervertretung war der Beschluss der Schieds- und Schlichtungsstelle abzuändern und der Antrag der Dienststellenleitung zurückzuweisen.

1. Die Beschwerde ist nach § 63 Abs. 1 Buchst. a und b MVG.EKD a.F. statthaft.

Die Neufassung der Bestimmungen über die Beschwerde im MVG.EKD nach Artikel 5 Nr. 31 des Kirchengesetzes über die Errichtung, die Organisation und das Verfahren der Kirchengerichte der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 6. November 2003 (ABl.EKD, 408), das am 1. Januar 2004 in Kraft getreten ist (Artikel 8 § 2 Abs. 1), ist nicht anzuwenden. Das Diakonische Werk Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz hat das MVG.EKD nicht übernommen. Daher kommt es für die Statthaftigkeit und Zulässigkeit der Beschwerde auf die anzuwendenden Regelungen nach dem MVG.EKD a.F. an, während sich die Durchführung des Verfahrens selbst in der Zeit nach dem 1. Januar 2004 nach den mit diesem Tag für das Verfahren in Streitigkeiten nach dem MVG geltenden Verfahrensvorschriften, nämlich gemäß § 63 Abs. 7 MVG.EKD nach den Vorschriften über das Beschwerdeverfahren des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens richtet.

2. Die Vorinstanz hat dem Antrag der Dienststellenleitung zu Unrecht entsprochen. Die Mitarbeitervertretung hat die Zustimmung zu den per 1. Oktober 2007 in Aussicht genommenen Dienstzeiten - Arbeits- und Bereitschaftsdienstzeiten - im Ergebnis mit Recht verweigert.

a) Zweck des Mitbestimmungsrechts aus § 40 Buchst. d MVG, um das es im vorliegenden Fall geht, ist die Gestaltung der Arbeitszeit in einer Form, die den Mitarbeitenden die Möglichkeit gibt, ihr Privatleben und damit ihre Freizeit entsprechend zu gestalten. Außerdem soll durch das Mitbestimmungsrecht und durch die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit durch die Mitarbeitervertretung ein zusätzliches Überwachungsorgan geschaffen werden, das auch über das Mitbestimmungsrecht aus § 40 Buchst. d MVG auf die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften bei der Festlegung der Arbeitszeit zu achten hat. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auch auf den Bereitschaftsdienst (vgl. nur Keilich in Andelewski/Küfner/Schmitt/Schmitt, Berliner Kommentar zum MVG.EKD, 2007, § 40 Rn. 29, 35). Damit hat die Mitarbeitervertretung auch mitzubestimmen, ob und wie ein Bereitschaftsdienst außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit eingeführt werden soll (vgl. für den staatlichen Bereich nur BAG vom 29. Februar 2000 - 1 ABR 15/99 - AP Nr. 81 zu § 87 BetrVG 1972 = ZMV 2001, 46).

b) Ausgehend von Vorstehendem ergibt sich unter Beachtung des Prüfungsmaßstabes des § 60 Abs. 5 Satz 2 MVG folgendes:

Zwar geht es vordergründig um die zeitliche Lage der Dienste, was Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeiten und die Lage und Verteilung der Pausen angeht. Hinsichtlich der Bereitschaftsdienste hat die Mitarbeitervertretung aber zutreffend darauf hingewiesen, dass die streitgegenständliche jeweilige "Übersicht zu Dienstzeiten" der Anlage 8 A Abs. 1 AVR.DWBO widerspricht. Die vertraglich vereinbarte Soll-Arbeitszeit wird nämlich nicht erreicht.

Nach Anlage 8 A Abs. 1 zu den AVR.DWBO betrifft die Ableistung von Bereitschaftsdienst, die Verpflichtung der/des Mitarbeitenden, sich auf Anordnung der Dienstgeberin oder des Dienstgebers außerhalb der vertraglichen Soll-Arbeitszeit an einer von der Dienstgeberin oder vom Dienstgeber bestimmten Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen (Bereitschaftsdienst).

Es fragt sich nun, was mit "außerhalb der vertraglichen Soll-Arbeitszeit" bezeichnet werden soll. Während es früher um die Wörter "regelmäßige Arbeitszeit" ging, was es nahelegte, eine Bezugnahme auf die etwa in § 15 Abs. 1 BAT geregelte regelmäßige Arbeitszeit für einen vollzeitbeschäftigten Angestellten anzunehmen, was deutlich machte, dass nicht etwa der Einsatz außerhalb einer betriebsüblichen Arbeitszeit oder einer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit eines teilzeitbeschäftigten Angestellten betroffen war (vgl. z.B. LAG Baden-Württemberg vom 9. März 2004 - 14 Sa 38/03 -, aus anderen - prozessualen - Gründen aufgehoben von BAG vom 10. Februar 2005 - 6 AZR 183/04 - EzA § 64 ArbGG 1979 Nr. 40), soll nach den "Erläuterungen" des Diakonischen Werkes der Evangelischen

Kirche in Deutschland zur Anlage 8 n.F. durch die Änderung in "vertragliche Soll-Arbeitszeit" das Verhältnis der regelmäßigen Arbeitszeit zum Bereitschaftsdienst exakter oder konkreter formuliert werden. Um deutlich zu machen, so die Erläuterungen weiter, dass Bereitschaftsdienst nur zusätzlich zur vertraglich vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit eingeführt und angeordnet werden kann, werde der bisherige Begriff der regelmäßigen Arbeitszeit durch die vertragliche Soll-Arbeitszeit ersetzt. Dadurch werde deutlicher herausgestellt, dass Bereitschaftsdienstzeiten nur oberhalb der regelmäßigen Arbeitszeit vertraglich geschuldet werden und nicht die regelmäßige durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit ersetzen können. Das bedeutet, dass Bereitschaftsdienst nur angeordnet werden kann, wenn durch Dienstplangestaltung sichergestellt ist, dass die wöchentliche oder monatliche Soll-Arbeitszeit ohne Bereitschaftsdienst erfüllt wird. Ob der einzelne Bereitschaftsdienst am Anfang oder Ende einer solchen Woche eingeplant wird, ob also bereits tatsächlich die wöchentliche Soll-Arbeitszeit erfüllt wurde, ist dagegen unerheblich. Der tatsächliche Bereitschaftsdienst beginnt erst nach Beendigung der täglichen Vollarbeit. Dabei ist zu beachten, dass Tätigkeiten, die nicht zum dienstplanmäßigen Ende der Vollarbeit unterbrochen werden können, als Vollarbeit bis zur Beendigung der begonnenen Tätigkeit zu werten sind. Erst im Anschluss daran ist eine weitere Tätigkeit als Bereitschaftsdienst zu werten.

Dem entspricht der Hinweis der Direktorin des Diakonischen Werkes Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e.V. in ihrem Rundschreiben 02/07 vom 12. Februar 2007 "zu Anlage 8 A" "zu Absatz 1".

Das macht auch Sinn.

Der Bereitschaftsdienst ist außerhalb der bzw. zusätzlich zur Regelarbeitszeit zu leisten (BAG vom 21. November 2006 - 9 AZR 176/06 - Rn. 23, 26 EzA § 124 SGB IX Nr. 2 = NZA 2007, 446), also nach den AVR.DWBO außerhalb der oder zusätzlich zur "vertraglichen Soll-Arbeitszeit". Damit wird deutlich, dass es bei Teilzeitbeschäftigten um Bereitschaftsdienst außerhalb der und zusätzlich zur individuell vereinbarten Arbeitszeit geht, wofür Anlage 8 A Abs. 2d AVR.DWBO steht.

Die Arbeitsleistung während des Bereitschaftsdienstes liegt sonach außerhalb der vertraglichen Soll-Arbeitszeit. Mit diesem Wort "außerhalb" wird zum Ausdruck gebracht, dass während des Bereitschaftsdienstes eben nicht - vom Ansatz her - volle Arbeitsleistung erbracht werden muss.

Der Bereitschaftsdienst ist eine zusätzliche Leistung. Für die betroffenen Mitarbeitenden bedeutet dies, dass sie zusätzlich zu ihren regulären Arbeitsschichten, deren Gesamtvolumen bereits ihre vertragliche Soll-Arbeitszeit ausfüllt, Bereitschaftsdienste absolvieren müssen. Der Bereitschaftsdienst ist sonach als zusätzlicher "Freiheitsentzug" konzipiert, wobei es unerheblich ist, ob die Mitarbeitenden ihre vertragliche Soll-Arbeitszeiten als 8-Stunden-Dienst, 7,7-Stunden-Dienst, als zeitversetzten oder geteilten Dienst verrichtet oder Schichtdienst leistet (vgl. Boehm/Spiertz, BAT Stand Mai 2006, § 15 BAT Rn. 80a

S. 50.5. m.w.N.). Daraus folgt, dass mit der Anordnung von Bereitschaftsdienst nicht gemeint sein kann, dass damit die Normalarbeitszeit, also die vertragliche Soll-Arbeitszeit abgedeckt wird. Daraus folgt weiter, dass dann, wenn Mitarbeiter regelmäßig zu Bereitschaftsdiensten herangezogen werden, die vertraglich vereinbarte Soll-Arbeitszeit nicht erreicht werden kann, sondern allenfalls dadurch, dass Bereitschaftsdienste ganz oder zum Teil als vereinbarte Soll-Arbeitszeit gerechnet werden.

Das ist nicht damit vereinbar, dass Bereitschaftsdienste zusätzlich zur vereinbarten Soll-Arbeitszeit zu leisten sind.

Dass die jeweilige "Übersicht zu Dienstzeiten" "Pflege-OP-Orthopädie", "Pflege-OP-Gyn-Chir", "Pflege-Anästhesie" dazu führt, dass die vertragliche Soll-Arbeitszeit nicht erreicht wird, hat die Mitarbeitervertretung anhand der Dienstpläne für August 2007 deutlich gemacht: Im Bereich der Anästhesie steigt das Soll-Arbeitskonto von Minus 16:54 Stunden auf Minus 55:42 Stunden an (Anlage Nr. 3d zum Schriftsatz der Mitarbeitervertretung vom 20. September 2007).

Wenn dann von geleisteten Bereitschaftsdienststunden mit der vertraglichen Soll-Arbeitszeit verrechnet werden, wie es sich für den Funktionsdienst Anästhesie aus der Anlage 4a, für den Chirurgie-/Gyn-OP aus der Anlage 4b und für den Orthopädie-OP aus der Anlage 4c zum Schriftsatz der Mitarbeitervertretung vom 20. September 2007 ergibt, so wird deutlich, dass "die vertragliche Soll-Arbeitszeit durch Bereitschaftsdienst erwirtschaftet werden" soll.

Das ist mit dem Verständnis des Bereitschaftsdienstes als "zusätzliche Leistung" (Uttlinger/Breier, BAT Stand September 2004, § 15 BAT Rn. 23.1) der/des Mitarbeitenden nicht vereinbar.

Und darauf durfte die Mitarbeitervertretung hinweisen - zeitliche Lage der Arbeits- und Bereitschaftsdienstzeiten -, was sie von der Dienststellenleitung unbestritten mit Schreiben vom 12. Juli 2007 (Anlage 1 zum Schriftsatz der Mitarbeitervertretung vom 20. September 2007) im Rahmen der Erörterung auch getan hat, nachdem diese mit Schreiben vom 13. August 2007 (Anlage zur Antragsschrift der Dienststellenleitung) seitens der Mitarbeitervertretung für beendet erklärt worden war.

Die Dienststellenleitung will die Problematik des Nichterreichens der vertraglichen Soll-Arbeitszeit auf eine Problematik der Dienstplangestaltung reduzieren.

Damit wird verkannt, dass die Bereitschaftsdienste Teil des vorgesehenen Beginns und Endes der Dienstzeiten sind.

Die Dienststellenleitung trägt vor, in den Operationssälen der streitgegenständlichen Bereiche werde an fünf Tagen der Woche voll gearbeitet. An Samstagen und an Sonntagen fiele nur Bereitschaftsdienst an. Unter diesen Umständen könnten die Ruhezeiten für die Mitarbeiter nach Beendigung eines Bereitschaftsdienstes nur durch Freistellung während der üblichen Arbeitszeit, in der "Vollarbeit" eingehalten werden, wenn der Bereitschafts-

dienst an einem Werktag (Montag bis Freitag) ende. Damit den Mitarbeitern, so die Dienststellenleitung weiter, nach einem solchen Bereitschaftsdienst bezahlte Freizeit gewährt werden könne, erfolge dies unter Verrechnung zuvor angesammelter Plusstunden, welche bei Mitarbeitern mit einer Vollzeitbeschäftigung in den Bereitschaftsdiensten erarbeitet werde.

Das hat sie im Termin zur Anhörung der Beteiligten vor dem Senat am 10. November 2008 mit der Monatsübersicht für September 2008 des Mitarbeiters E. (Bl. 142 d. Senatsakten) verdeutlicht. Daraus ergibt sich, dass vertragliche Soll-Arbeitszeit mit Bereitschaftsdienstzeit, soweit Vollarbeit in diesem geleistet wurde, belegt wird. Das widerspricht Anlage 8 A Abs. 1 AVR.DWBO. Die Dienststellenleitung beruft sich auf Anlage 8 A Abs. 5, wonach die Abgeltung der im Bereitschaftsdienst erarbeiteten Stunden durch Freizeitausgleich ausdrücklich vorgesehen sei. Die Regelung der Anlage 8 A Abs. 5, nach dessen Satz 1 die nach Abs. 3 errechnete Arbeitszeit (dort ist geregelt, wie zum Zwecke der Vergütungsberechnung die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit als Arbeitszeit gewertet wird) bis zum Ende des dritten Kalendermonats auch durch entsprechende Arbeitsbefreiung abgegolten werden kann (Freizeitausgleich), bezieht sich nur auf den Bereitschaftsdienst und die in ihm etwa bei Bedarf aufgenommene Arbeit, nicht aber auf die Berechnung von Arbeitszeit im Bereitschaftsdienst mit der vertraglich vereinbarten Soll-Arbeitszeit. Der weitere Vortrag der Dienststellenleitung, da die Mitarbeiter in den betroffenen Bereichen ein Interesse daran hätten, die Bereitschaftsdienste zusätzlich vergütet zu bekommen, werde nur ein Teil der während des Bereitschaftsdienstes erarbeiteten "Arbeitsstunden" dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben und der überwiegende Teil der erarbeiteten "Arbeitsstunden" werde als Überstunden im Folgemonat vergütet, macht deutlich, dass vertragliche Soll-Arbeitszeit mit Bereitschaftsdienst abgedeckt wird.

Vom Grundsatz her ist es in der Tat so, dass Bereitschaftsdienst nur über die vertragliche Soll-Arbeitszeit hinaus angeordnet werden kann, also in dem von der Dienststellenleitung genannten Beispiel über 37,5 Stunden Vollarbeitzeit hinaus.

Dafür steht schon der Wortlaut der Anlage 8 A Abs. 1 AVR.DWBO ausgeführt.

Der Versuch der Dienststellenleitung, der Anlage 8 A Abs. 1 so zu lesen, dass die Bereitschaftsdienste nicht nur zusätzlich und außerhalb der vertraglichen Soll-Arbeitszeit angeordnet werden dürfen, sondern, dass die Mitarbeitenden auch verpflichtet sind, zusätzlich zu der vertraglichen Soll-Arbeitszeit im Bereitschaftsdienst außerhalb der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit Dienste zu leisten, überzeugt nicht.

Es geht um eine zusätzliche Leistung (Breier/Dassau/Kiefer, TVöD, Stand September 2005, § 7 TVöD, Rn. 28). Wird nur zusätzliche Leistung erbracht, liegt gar kein Bereitschaftsdienst i.S.d. AVR.DWBO vor (vgl. für den staatlichen Bereich, LAG Rheinland-Pfalz vom 29. Juli 2004 - 11 Sa 168/04 - Pflegerecht 2006, 70). Wird die vertraglich geschuldete Soll-Arbeitszeit vom Arbeitgeber nicht abgerufen, entstehen insoweit Probleme des Annahmeverzuges.

Der Hinweis auf Teilzeitmitarbeitende geht fehl. Für den Bereich des TVöD ist anerkannt, dass sich bei einem Teilzeitbeschäftigten die Verpflichtung zur Leistung von Bereitschaftsdienst auf den Zeitraum außerhalb der individuell vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit bezieht (Uttlinger/Breier, a.a.O., Rn. 22). Anlage 8 A Absatz 2d AVR.DWBO sieht vor, dass Teilzeitkräfte nicht im gleichen Umfange wie Vollzeitkräfte am Bereitschaftsdienst beteiligt werden können.

Für Teilzeitkräfte wurde eine besondere Regelung in der Anlage 8 A Abs. 2d AVR.DWBO getroffen. Sie sollen gerade nicht im gleichen Umfange wie Vollzeitkräfte zum Bereitschaftsdienst herangezogen werden können. Teilzeitkräfte mit bis zu 16 Stunden durchschnittlicher wöchentlicher Arbeitszeit sind demnach nur verpflichtet, die Hälfte der Bereitschaftsdienste wie Vollzeitkräfte, also maximal 36 Einsätze im Kalenderjahr, zu leisten (vgl. Erläuterungen zur Anlage 8 AVR.DWBO zu Absatz 2 Unterabsatz 1).

Wenn die Dienststellenleitung ausführt, aus dem systematischen Zusammenhang von Anlage 8 A Abs. 3b und Abs. 7 AVR.DWBO ergebe sich die Möglichkeit, dass mehr als 13 Bereitschaftsdienste von je 16 Bereitschaftsstunden, wenn die dort geregelten Bewertungen als Arbeitszeit vorgenommen würden, möglich seien, bei 13 Bereitschaftsdiensten á 16 Stunden ergebe sich eine Arbeitszeit i.S.d. ArbZG von 208 Stunden monatlich, dies sei die nach dem Arbeitszeitgesetz höchstzulässige Durchschnittsarbeitszeit für einen Monat (48 x 13 ./. 3 = 208), so ist das im Lichte der Möglichkeiten der Absätze 2a bis 2c zu sehen, ändert also nichts daran, dass die einzelvertragliche Soll-Arbeitszeit muss abgedeckt werden können, mögen auch geleistete Bereitschaftsdienststunden - später - durch Freizeitausgleich ausgeglichen werden können, sie dürfen aber nicht nicht geleistete, weil nicht abgerufene vertragliche Soll-Arbeitszeit ersetzen.

Auf die Dienstvereinbarung "Führung von Arbeitszeitkonten" vom 3. März/13. März 2003, nach dessen § 4 Abs. 3 nach dem Vortrag der Dienststellenleitung vorgesehen ist, dass für Mitarbeiter, die Bereitschaftsdienst der Stufe C und D leisteten, analog Anlage 8 A Abs. 7 Unterabs. 3 AVR.DWBO Freizeitausgleich im Anschluss an den Bereitschaftsdienst gewährt werde, zu diesem Zwecke - so Abs. 5 - erworbener Freizeitanspruch aus Bereitschaftsdiensten und Rufdiensten dem Jahresarbeitszeitkonto gutgeschrieben und - gem. Abs. 3 - zum Ausgleich der erworbenen Freizeitansprüche ein Freizeitausgleich gleich bei der Erstellung der Dienst-/Einzelplanung berücksichtigt werde, woraus erhelle, dass die Dienststellenleitung damit sowohl in Übereinstimmung mit der Dienstvereinbarung über Arbeitszeitkonten als auch in Übereinstimmung mit Anlage 8 A Abs. 5 oder Abs. 4 AVR.DWBO der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung handele, kann sich die Dienststellenleitung mit Erfolg nicht berufen. Diese Dienstvereinbarung ist zu einer Zeit ergangen, als der Bereitschaftsdienst noch nicht oder nur teilweise - arbeitsschutzrechtlich - als Arbeitszeit gewertet wurde. Hier geht es darum, ob Zeiten zusätzlicher Aufenthaltsbeschränkung - Bereitschaftsdienst - an sich geschuldete, aber nichtabgerufene vertragliche Soll-Arbeitszeit zu belegen vermag.

Die Dienststellenleitung kann sich nicht mit Erfolg auf Anlage 8 A Abs. 2b AVR.DWBO berufen. Eine Dienstvereinbarung für die hier streitigen Bereiche liegt (noch) nicht vor. Darauf hat die Mitarbeitervertretung im Termin zur Anhörung der Beteiligten vor dem Senat zutreffend hingewiesen.

Darauf, ob im Einzelfall (Frau D., Herr E.) die neuen Dienstzeiten auch zu Arbeitszeitüberschreitungen i.S.d. § 3 ArbZG führen, was die Dienststellenleitung einräumt, aber ggf. im Zuge der aufzustellenden Dienstpläne ändern will, und ob sich die Mitarbeitervertretung darauf mit Erfolg berufen kann, kommt es sonach nicht mehr an.

Nach alledem war der Beschluss der Schieds- und Schlichtungsstelle abzuändern und der Antrag der Dienststellenleitung zurückzuweisen.

III. Eine Kostenentscheidung ist entbehrlich (§ 63 Abs. 7 MVG.EKD i.V.m. § 22 Abs. 1 KiGG.EKD).