

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

VG – Urteil vom 22.11.2012 – Az: 1 K 4015/11

Verwaltungsgericht Köln

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin.

Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR). Bei ihr findet der Tarifvertrag für Ärzte und Ärztinnen an Universitätskliniken vom 30.11.2006 (TV Ärzte) Anwendung. Die Bezirksregierung ist die für die Überwachung und Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes nach § 17 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) zuständige Behörde.

Die Klägerin führt sogenannte Arbeitszeitschutzkonten, die der Kontrolle dienen, ob das ArbZG eingehalten wird. Auf diesen werden die tatsächlichen Arbeitsstunden mit den arbeitszeitrechtlich bzw. tarifrechtlich maximal zulässigen Stunden saldiert. Die Höchstarbeitszeit wird als Minuswert verbucht und die geleistete Arbeitszeit als positiver Wert erfasst.

Nach § 26 TV Ärzte haben Ärzte bis zum vollendeten 30. Lebensjahr einen Anspruch auf Erholungsurlaub von 26 Werktagen, bis zum vollendeten 40. Lebensjahr von 29 Werktagen und nach dem vollendeten 40. Lebensjahr von 30 Werktagen. Der Tarifvertrag geht von einer 5-Tage-Woche als Regelfall aus. Der gesetzliche Mindesturlaub beträgt nach § 3 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) bei einer 6-Tage-Woche 24 Werktage, bei einer 5-Tage-Woche 20 Werktage.

Die Klägerin bucht auf den Arbeitszeitschutzkonten die gesetzlichen Mindesturlaubstage mit der Stundenzahl eines Arbeitstages und verrechnet diese mit der gleichen Stundenzahl als Minuswert, sodass diese Urlaubstage bei der Bestimmung der Höchstarbeitszeit insgesamt neutral gewertet werden. Urlaubstage, die den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigen, werden dagegen als Ausgleichstage gebucht. Für sie wird eine geleistete Arbeitszeit von null Stunden

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

gebucht, wodurch bei der Berechnung der zulässigen Höchstarbeitszeit die Stundenzahl eines Arbeitstages insgesamt als Minuswert verbucht wird. Diese Stundenzahl kann nach der Berechnungsmethode der Klägerin zu einem anderen Zeitpunkt gearbeitet werden. Die gleiche Berechnung wendet die Klägerin bei den gesetzlichen Feiertagen an.

Die Beteiligten streiten seit 2008 über diese Art der Buchung auf den Arbeitszeitschutzkonten. Am 14.08.2009 teilte die Bezirksregierung schließlich ihre Rechtsansicht mit, dass übergesetzliche Urlaubstage und gesetzliche Feiertage nicht als Ausgleichstage gelten dürften. Nachdem sich die Beteiligten außergerichtlich nicht einigen konnten, hatte die Klägerin am 13.10.2010 eine Feststellungsklage erhoben (VG Köln 1 K 6283/10), die sie in der mündlichen Verhandlung vom 18.02.2011 zurückgenommen hat.

Die Bezirksregierung Köln ordnete mit Bescheid vom 16.06.2011 (Az.: 56.4-8435-Bf) für alle bei der Klägerin als Arbeitnehmer beschäftigten Ärzte, mit Ausnahme von solchen Beschäftigten, die unter § 18 ArbZG fallen, aufgrund des § 17 Abs. 2 ArbZG an:

"Alle Urlaubstage, auch soweit sie über die 4 Wochen des gesetzlichen Urlaubs nach dem Bundesurlaubsgesetz hinausgehen, sind bei den Ausgleichsregelungen des § 3 Satz 2 und des § 7 Abs. 8 ArbZG mit ihrer Regelarbeitszeit zu berücksichtigen. Sie dürfen nicht als Ausgleichstage herangezogen werden. Ebenso sind die gesetzlichen Feiertage nicht als Ausgleichstage heranzuziehen."

Zur Begründung führte die Bezirksregierung im Wesentlichen aus, die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer richte sich zunächst nach den §§ 3 und 7 ArbZG. Im ArbZG sei nicht explizit geregelt, ob und inwieweit Urlaubstage, Krankheitstage und Tage sonstiger Arbeitsbefreiung in die Berechnung des Zeitausgleichs einbezogen werden können oder nicht. Das Gesetz sei daher unter Beachtung der Regelungen der EU-Arbeitszeitrichtlinie (RL) europarechtskonform auszulegen. Nach Artikel 16b) RL blieben die nach Artikel 7 gewährten Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs sowie Krankheitszeiten unberücksichtigt oder seien neutral. Daher sei § 3 ArbZG so auszulegen, dass sich diese Zeiten bei der Berechnung der durchschnittlichen Arbeitszeit nicht auswirken dürften. Da die Klägerin Feiertage und übergesetzliche Urlaubstage als Ausgleichstage anrechne, entspreche ihr Handeln nicht den gesetzlichen Vorgaben. Ein Schutzziel des Arbeitszeitgesetzes sei es, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung zu gewährleisten. Arbeitnehmer seien durch entsprechende gesetzliche Regelungen vor einer gesundheitsschädlichen Arbeitszeitgestaltung zu schützen. Der Erlass der

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

Anordnung sei geeignet, den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung zu gewährleisten oder zumindest eine spürbare Verbesserung herbeizuführen. Die Anordnung sei auch erforderlich und beanspruche die Klägerin nicht über Gebühr. Die sich aus einer Umstellung des Systems und aus Neueinstellungen ergebenden Nachteile würden durch die Verbesserungen für den Arbeitnehmerschutz aufgewogen.

Schließlich drohte die Bezirksregierung ein Zwangsgeld in Höhe von 5.000 EUR je Mitarbeiter für jeden Fall der Überschreitung der durchschnittlichen Arbeitszeit gemäß § 3 ArbZG (innerhalb des Ausgleichszeitraums) an, wenn die Klägerin der Anordnung bis zum 01.08.2011 nicht oder nicht vollständig nachkommen sollte.

Die Klägerin hat am 15.07.2011 Klage erhoben.

Zur Begründung führt sie unter anderem aus: Bei zutreffender richtlinienkonformer Auslegung des ArbZG seien übergesetzliche Urlaubstage als Ausgleichstage zu qualifizieren. Der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.11.2003 lasse sich entnehmen, dass allein der gesetzliche Mindesturlaub dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers diene. Entsprechend könnten gesetzliche Urlaubstage, die dem Zweck des Gesundheitsschutzes dienen, nicht als Ausgleichstage gebucht werden. Die hier streitigen weitergehenden tariflichen Urlaubstage seien von diesem Schutzzweck nicht umfasst. Hinzu komme, dass sie als tarifliche Urlaubstage nicht für alle Arbeitnehmer gelten würden. Sowohl die Richtlinie als auch das Arbeitszeitgesetz gingen davon aus, dass ein einheitlicher Schutz für die Beschäftigten durch den Mindesturlaub gewährt werde. Wollte man auch die tariflichen Urlaubsansprüche als Mindestschutz begreifen, führte dies zu dem nicht interessengerechten Ergebnis, dass der arbeitszeitrechtliche Mindestschutz der Gewerkschaftsmitglieder höher zu veranschlagen sei als der von Nichtgewerkschaftsmitgliedern. Die Länge des tariflich ausgehandelten zusätzlichen Urlaubes sei Teil eines Gesamtpakets, das Vergütung und Arbeitszeit regele. Der übergesetzliche tarifliche Urlaub diene nicht notwendig dem Gesundheitsschutz, sondern sei zunächst nur eine Befreiung von der Arbeitspflicht gegen Zahlung eines Entgelts. Übergesetzlicher Urlaub diene nicht immer dem Schutz vor Überlastung. So sei es beispielsweise denkbar, dass lebensältere Arbeitnehmer gegen ein geringeres Entgelt arbeiten möchten, sich dafür aber - je nach persönlicher Lebensplanung - mehr Urlaub ausbedingen würden. Verfahre man hier wie es der Beklagte verlange, ergebe sich das fragwürdige Ergebnis, dass derjenige Arbeitnehmer, der den längsten Urlaubsanspruch für sich ausgehandelt habe, weniger arbeiten dürfe, da für ihn nicht entsprechend viele Ausgleichstage erfasst werden könnten.

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

Dem Tarifvertrag TV Ärzte seien ebenfalls keine Regelungen zu entnehmen, dass tarifliche Urlaubsansprüche bei der Führung der Arbeitszeitschutzkonten nicht als Ausgleichstage heranzuziehen sein sollten. Gleiches gelte für die gesetzlichen Feiertage. Dies ergebe sich aus § 7 Abs. 8 ArbZG. Dieser knüpfe an die wöchentliche Arbeitszeit an, im Rahmen derer gesetzliche Feiertage als Ausgleichszeitraum in Betracht kämen. Hierin unterscheide sich § 7 Abs. 8 ArbZG als lex specialis von § 3 ArbZG, der auf die werktägliche Arbeitszeit abstelle. Die Historie des § 7 Abs. 8 ArbZG weise in die gleiche Richtung. Der Gesetzgeber habe den Tarifparteien wegen der praktischen Umsetzungsschwierigkeiten mit § 7 Abs. 8 ArbZG Spielraum für Bereitschaftsdienstmodelle eröffnen wollen. Dies umfasse einen von § 3 Satz 2 Arbeitszeitgesetz abweichenden Ausgleichszeitraum, wie sich aus der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 8 ArbZG ergebe (BT-Ds 15/1587 vom 24.09.2003, Seite 31:

"Absatz 8 enthält eine Klarstellung. Nach der EG Arbeitszeitrichtlinie können die Tarifvertragsparteien einen Ausgleichszeitraum für Arbeitszeitverlängerungen von bis zu 12 Monaten vereinbaren. Innerhalb dieses Zeitraums darf die Arbeitszeit nicht höher sein als 48 Stunden wöchentlich. Den Tarifvertragsparteien steht es frei, längere Ausgleichszeiträume für die tariflich regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit vorzunehmen. Es muss lediglich sichergestellt sein, dass im Zwölfmonatsdurchschnitt 48 Wochenstunden nicht überschritten werden [...]."

Schließlich knüpfe auch der maßgebliche Tarifvertrag an die Berechnung des Durchschnitts der wöchentlichen Arbeitszeit an (§ 7 Abs. 5 Satz 4 TV Ärzte). Die Tarifvertragsparteien hätten somit von den Spielräumen des § 7 Abs. 8 ArbZG Gebrauch gemacht.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid der Bezirksregierung Köln vom 16.06.2011 (Az.: 00.0-0000-00) aufzuheben.

Das beklagte Land beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Klage sei unbegründet. Der Beklagte bezieht sich auf die Begründung der angefochtenen Verfügung und ergänzend auf den Erlass des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NRW (MAGS NRW) zur Durchführung des ArbZG vom 03.03.2008 und vom 29.07.2010. Zwischen dem gesetzlichen

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

Mindesturlaub und dem tariflich vereinbarten zusätzlichen Urlaubsanspruch sei nicht zu differenzieren. Diese Ansicht werde durch den Bericht des Länderausschusses für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI) "Arbeitszeitgestaltung in Krankenhäusern LV 30" bestätigt.

Die von der Klägerin vorgetragene Argumente zur EU-Arbeitszeitrichtlinie gingen fehl, denn diese lege nur Mindeststandards fest. Ein weitergehender Schutz werde hierdurch nicht ausgeschlossen. Das Landesarbeitsgericht Brandenburg (Urteil vom 27.05.2005 -) habe entschieden, dass Urlaubs- und Krankentage nicht als Ausgleichstage bei der Berechnung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit herangezogen werden dürften. Das Gericht habe seine Entscheidung unter anderem damit begründet, dass die Befreiung von der Arbeitsleistung oder deren Wegfall nur einen einzigen Grund haben könne:

"Urlaub kann nicht gewährt werden für Zeiten, in denen der Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. Sofern der Arbeitnehmer zum Zweck des Freizeitausgleichs von der Arbeit freigestellt ist, kann dies ebenso wenig auf den Urlaub angerechnet werden wie beispielsweise Arbeitsunfähigkeit."

Hinsichtlich der Ausgleichsregelungen bei Feiertagen stelle das Landesarbeitsgericht Brandenburg fest, dass diese

"definitionsgemäß bzw. nach üblichem Sprachgebrauch keine Werkzeuge sind, so dass sie auch nicht als Ausgleichstage herangezogen werden können."

Zudem sei bei Feiertagen zu berücksichtigen, dass das ArbZG besondere Ausgleichsregelungen (Ersatzruhetage) für etwaige Arbeit an solchen Tagen vorsehe. Unstreitig könnten Sonntage daher nicht als Ersatzruhetage herangezogen werden. Der Feiertag genieße denselben Schutz wie ein Sonntag. Sofern an einem Feiertag Dienst geleistet werde, stehe dem Arbeitnehmer ein Ersatzruhetag zu, der nicht als Ausgleichstag herangezogen werden könne.

Schließlich verfolge das Arbeitszeitgesetz gemäß dessen § 1 nicht nur den Zweck, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten, sondern auch den Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung zu schützen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge ergänzend Bezug genommen.

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

Gründe

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Der Bescheid der Bezirksregierung Köln vom 16.06.2011 (Az.: 56.4-8435-Bf) ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO -.

Die angefochtene Verfügung der Bezirksregierung Köln beruht auf § 17 Abs. 2 des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG). Nach dieser Vorschrift kann die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Maßnahmen anordnen, die der Arbeitgeber zur Erfüllung der sich aus dem Arbeitszeitgesetz und den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten zu treffen hat.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Ermächtigung sind gegeben, weil die Klägerin gesetzliche Feiertage und tarifliche Urlaubstage, die über den gesetzlichen Urlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz hinausgehen, als Ausgleichstage anrechnet. Die Klägerin verstößt damit gegen die gesetzlichen Regeln zur Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit nach § 3 ArbZG. Urlaubs- und Feiertage müssen bei den Ausgleichsregelungen des § 3 Satz 2 und des § 7 Abs. 8 ArbZG bei der Berechnung des Durchschnitts unberücksichtigt bleiben oder sind neutral und dürfen nicht als Ausgleichstage herangezogen werden.

Das Arbeitszeitgesetz geht von dem Grundsatz aus, dass die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer im Regelfall acht Stunden nicht überschreiten darf, jedoch auf bis zu zehn Stunden verlängert werden kann, wenn innerhalb eines längeren Zeitraums im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden, § 3 ArbZG. Im Fall zulässiger abweichender Regelungen - etwa durch einen Tarifvertrag - werden der Umfang der höchstzulässigen Arbeitszeit und der Bezugszeitraum durch § 7 Abs. 8 ArbZG beschränkt. Das Gesetz erlaubt damit veränderliche Arbeitsumfänge, solange innerhalb des Bezugszeitraums aufgrund einer Reduzierung oder einer Unterbrechung der Arbeitszeit der durchschnittlich zulässige Höchstwert eingehalten wird. Bezugszeitraum ist vorliegend grundsätzlich ein Jahr, wie sich aus § 6 Abs. 2 des Tarifvertrages für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV Ärzte) vom 30.10.2006 ergibt; durchschnittlich sind an fünf Werktagen 42 Stunden in der Woche zu erbringen, § 6 Abs. 1 TV Ärzte.

Im ArbZG und in dem einschlägigen Tarifvertrag ist allerdings nicht geregelt, ob und welche Urlaubstage und Tage sonstiger Arbeitsbefreiung in die Berechnung des

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

Zeitausgleichs nach § 3 Satz 2 ArbZG und nach § 7 Abs. 8 ArbZG einbezogen werden können. Das Arbeitszeitgesetz enthält zwar Vorschriften zu den Bezugszeiträumen, innerhalb derer die zulässige durchschnittliche Arbeitszeit berechnet und festgestellt wird. Es fehlt aber an ausdrücklichen Regeln, welche Tage als Ausgleichstage in die Berechnung eingestellt werden können und was Ausgleichstage sind. § 11 Abs. 3 ArbZG nennt in dem Zusammenhang beispielsweise Ersatzruhetage, die als konkreter Ausgleich im Hinblick auf geleistete Sonn- oder Feiertagsbeschäftigung gewährt werden können.

Davon zu unterscheiden ist das von den Beteiligten gemeinte und umstrittene Modell, dass die Klägerin bestimmte arbeitsfreie Tage bei der Ermittlung und Überwachung der zulässigen durchschnittlichen Arbeitszeit berücksichtigt. Dazu führt sie sogenannte Arbeitszeitschutzkonten, um die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften zu kontrollieren. Auf den Konten werden täglich die tatsächlichen Arbeitsstunden mit den arbeitszeitrechtlich beziehungsweise tariflich maximal zulässigen Stunden saldiert. Die wöchentliche Höchstarbeitszeit wird als Minuswert verbucht, die geleistete Arbeitszeit als positiver Wert angesetzt. Gesetzlicher Urlaub wird neutral verbucht. Der hier streitige Ausgleich besteht darin, dass übergesetzliche (tarifliche) Urlaubstage und gesetzliche Feiertage bei der Berechnung als Arbeitstag mit einem Soll verbucht und als geleistete Arbeitszeit null Stunden angesetzt werden. Das sich aus einem Ausgleichstag ergebende Defizit des Arbeitszeitschutzkontos führt dazu, dass im Umfang eines Arbeitstages zusätzlich gearbeitet werden kann, ohne das Arbeitszeitschutzkonto positiv zu belasten. Im Bezugszeitraum von einem Jahr wird daher die maximal erlaubte Arbeitszeit je Feiertag und je beanspruchten tariflichen Urlaubstag um je einen Arbeitstag erweitert. Zur Rechtmäßigkeit dieser Berechnung des Durchschnitts der zulässigen Arbeitszeit unter Einbeziehung übergesetzlicher Urlaubstage enthalten das Arbeitszeitgesetz und der geltende Tarifvertrag keine ausdrücklichen Regelungen.

Bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts ist vorliegend der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsanwendung zu beachten. Das Arbeitszeitgesetz setzt die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung - AmtsBl. L 299/9 - (RL) in bundesdeutsches Recht um. Artikel 6 dieser Richtlinie bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer die wöchentliche Arbeitszeit durch innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern festgelegt wird (a)) und die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

(b)). Art. 16 RL erlaubt insoweit einen Bezugszeitraum von bis zu vier Monaten. Nach Art. 7 RL beträgt der bezahlte Mindestjahresurlaub vier Wochen. Die nach Art. 7 RL gewährten Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs sowie die Krankheitszeiten bleiben bei der Berechnung des Durchschnitts unberücksichtigt oder sind neutral, Art. 16 b) RL. Nach Art. 15 RL bleibt im Übrigen das Recht der Mitgliedstaaten unberührt, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigere Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen oder die Anwendung von für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigeren Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern zu fördern oder zu gestatten.

Unbeschadet der Frage, ob damit der in § 3 Satz 2 ArbZG vorgesehene sechsmonatige Bezugszeitraum europarechtskonform ist,

vgl. dazu Wank in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage 2013, § 3 ArbZG, Rz. 7 m.w.N. zum Streitstand,

kann den Richtlinien zunächst eindeutig nur entnommen werden, dass der zwingend zu gewährende bezahlte Mindestjahresurlaub nach Art. 7 RL vier Wochen beträgt. 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 - wie dies nach § 6 TV Ärzte gilt - entspräche dies einem Mindesturlaub von 20 Tagen.

Im Übrigen gebietet Art. 15 RL, die Anwendung von für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigeren Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern zu fördern oder zu gestatten. Neben dem insoweit nicht unmittelbar einschlägigen § 7 ArbZG, der eine tarifvertragliche Änderung der Schutzvorschriften zulässt, ist das Bundesurlaubsgesetz bei der Auslegung heranzuziehen. Nach dessen § 13 Abs. 1 Satz 1 kann von den Regelungen der §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 in Tarifverträgen nicht abgewichen werden. § 3 Abs. 1 BUrlG regelt jedoch die Mindestdauer des Urlaubs ("Der Urlaub beträgt jährlich mindestens 24 Werktagen"). Demnach ist eine tarifvertragliche Erweiterung des Urlaubsanspruchs zulässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts,

vgl. zuletzt BAG, Urteil vom 22.05.2012 – 9 AZR 575/10 -, Rz. 10 m.w.N.,

zit. nach juris,

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

können Tarifvertragsparteien Urlaubsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 RL gewährleisteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln. Diese Befugnis schließt die Abwandlung des tariflichen Zusatzurlaubs gegenüber den Regelungen der Richtlinie und des Bundesurlaubsgesetzes ein. Der sogenannte Mehrurlaub kann befristet sein oder unter bestimmten Bedingungen dem Verfall unterliegen,

vgl. BAG a.a.O.

Fehlen tarifvertragliche gestaltende Regelungen, ist nach Auffassung der Kammer der Urlaubsanspruch grundsätzlich wie eine Verlängerung des Mindesturlaubs zu behandeln. Der Urlaub dient grundsätzlich der Erholung, was ohne tarifvertragliche Zusatzregelungen auch für den sogenannten Mehrurlaub gilt,

vgl. dazu auch Wank a.a.O. Rz. 10 m.w.N. zum Streitstand.

Demnach bleiben die Zeiten des bezahlten Jahresurlaubs bei der Berechnung des Durchschnitts der geleisteten Arbeitsstunden insgesamt unberücksichtigt oder sind neutral, wie es Art. 16 b) RL für den Mindesturlaub zwingend bestimmt.

§ 26 TV Ärzte sieht Erholungsurlaub vor, der bei einer Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche in jedem Kalenderjahr bis zum vollendeten 30. Lebensjahr 26 Arbeitstage, bis zum vollendeten 40. Lebensjahr 29 Arbeitstage und nach dem vollendeten 40. Lebensjahr 30 Arbeitstage umfasst. Hinzu kommt Zusatzurlaub, der in bestimmten Fällen der zusätzlichen Arbeitsleistung in einem Umfang von maximal sechs weiteren Tagen (§ 27 Abs. 4 TV Ärzte) als ergänzender Erholungsurlaub gewährt wird. Der Erholungsurlaub unter Fortzahlung des Entgelts ist regelmäßig nicht durch eine Vergütung ersetzbar und dient der Erholung der Arbeitnehmer. Damit entspricht er - trotz des zeitlich ausgedehnteren Umfangs - dem Jahresurlaub im Sinne des Art. 7 RL und dem Urlaub im Sinne des Bundesurlaubsgesetzes. Lediglich der zeitliche Umfang dieses Urlaubs ist tarifvertraglich erweitert, ohne dass dies den Erholungscharakter des gesamten Urlaubs ändern würde.

Im Übrigen spricht bereits der mit dem Urlaub definitionsgemäß verbundene Wegfall der Arbeitsverpflichtung dafür, den zusätzlichen tariflichen Urlaub nicht als Ausgleichstag zuzulassen. Nach den oben beschriebenen Regelungen ist bei der Verwaltung der Arbeitszeitschutzkonten ein Bezugszeitraum von einem Jahr anzunehmen, sodass sich dieser Zeitraum mit dem Urlaubsjahr zumindest rechnerisch deckt. Der so weit gezogene Bezugszeitraum erlaubt bereits starke

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

Schwankungen des Arbeitsumfangs, wodurch der Zweck des Arbeitszeitschutzes bereits in Frage gestellt wird. Die gemessen am Gesetz und der Arbeitszeitrichtlinie außerordentliche Länge des Bezugszeitraums senkt den mit dem Arbeitszeitgesetz bezweckten Schutz herab, weil Phasen weit überdurchschnittlicher Arbeitszeiten durch die langfristige Betrachtungsweise möglich werden, ohne die gesetzliche Höchstgrenze der durchschnittlichen Arbeitszeit zu verletzen. Die Berücksichtigung des zusätzlichen tariflichen Urlaubs als Ausgleichstage führte dazu, dass die im jährlichen Bezugszeitraum maximal zulässige Arbeitsleistung nochmals um die Zahl der Ausgleichstage erhöht wird. Damit brächte der zusätzliche tarifliche Erholungsurlaub dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Belastung in der urlaubsfreien Zeit, weil sein Arbeitszeitschutzkonto verändert würde. Unbeschadet dessen hat diese Änderung zur Folge, dass eine vermehrte Arbeitsleistung nicht nur erbracht werden darf, sondern grundsätzlich auch erbracht werden muss. Denn die so modifizierten Arbeitszeitschutzkonten ändern die persönlich zulässige Arbeitszeit und beeinflussen damit die Gestaltung der Dienstpläne mittelbar oder unmittelbar.

Im Ergebnis Gleiches gilt für die zwischen den Beteiligten umstrittenen gesetzlichen Feiertage. Feiertage sind definitionsgemäß und nach dem üblichen Sprachgebrauch keine Werktage, sodass sie auch nicht als Ausgleichstage herangezogen werden können. Nach dem Grundsatz des § 9 Abs. 1 ArbZG dürfen Arbeitnehmer an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen von 0 bis 24 Uhr nicht beschäftigt werden. Als Ausgleich für ausnahmsweise zulässige Sonn- und Feiertagsbeschäftigung sind neben einer Mindestzahl an beschäftigungsfreien Tagen (§ 11 Abs. 1 ArbZG) Ersatzruhetage vorgesehen (§ 11 Abs. 3 ArbZG), die als konkreter Ausgleich im Hinblick auf geleistete Sonn- oder Feiertagsbeschäftigung gewährt werden können. Auch wenn nach § 12 ArbZG abweichende Regelungen in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags möglich sind, gilt damit im Grundsatz, dass Feiertage wie gesetzliche Urlaubstage zu behandeln und damit nicht als Ausgleichstage zu nutzen sind. Die von der Klägerin geltend gemachte Argumentation zu § 7 Abs. 8 ArbZG, dass der Gesetzgeber mit dieser Norm Spielraum für Bereitschaftsdienstmodelle habe eröffnen wollen, den die Klägerin vorliegend genutzt habe, greift nicht durch. Dem Wortlaut des § 7 Abs. 8 ArbZG lässt sich zunächst nur entnehmen, dass im Fall zulässiger Abweichungen von § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 4, Abs. 2 Nr. 2 bis 4 oder bei Regelungen auf Grund der Absätze 3 und 4 die Arbeitszeit 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von zwölf Kalendermonaten nicht überschreiten darf. Neben der Obergrenze des durchschnittlichen Arbeitszeitumfangs ist damit in Abweichung von den bereits genannten Normen der Bezugszeitraum auf maximal ein Jahr bestimmt worden. Eine weitergehende Öffnung, wie sie die Klägerin der Norm entnehmen will, hat der Gesetzgeber nicht gewollt, wie sich der von der Klägerin selbst zitierten Gesetzesbegründung entnehmen lässt,

Ermittlung der höchstzulässigen Arbeitszeit

vgl. BT-Ds 15/1587 vom 24.09.2003, Seite 31: "Absatz 8 enthält eine Klarstellung. Nach der EG Arbeitszeitrichtlinie können die Tarifvertragsparteien einen Ausgleichszeitraum für Arbeitszeitverlängerungen von bis zu 12 Monaten vereinbaren. Innerhalb dieses Zeitraums darf die Arbeitszeit nicht höher sein als 48 Stunden wöchentlich. Den Tarifvertragsparteien steht es frei, längere Ausgleichszeiträume für die tariflich regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit vorzunehmen. Es muss lediglich sichergestellt sein, dass im Zwölfmonatsdurchschnitt 48 Wochenstunden nicht überschritten werden [...]."

Dass Feiertage mit Blick auf diese Norm als Ausgleichstage genutzt werden könnten, ergibt sich daraus nicht.

Gegen die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung nach den §§ 55, 57, 60 und 63 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (VwVG NW) bestehen keine Bedenken.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Berufungszulassung beruht auf den §§ 124a Abs. 1 Satz 1, 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO.