

## **BAG, Urteil vom 23.9.1992 - 4 AZR 562/91 -**

### *Pausenregelung während der Nachschicht*

Fundstellen: AP Nr. 6 zu § 3 AZO Kr; EzA Nr. 6 zu § 12 AZO; NZA 1993, 752-754; DB 1993, 1194-1195

#### **Leitsätze:**

- 1. Der Arbeitgeber hat seine Pflicht, eine Ruhepause zu gewähren, erfüllt, wenn er eine Pausenregelung schafft, die den Arbeitnehmern ermöglicht, die Ruhepause zu nehmen.**
- 2. Eine Pausenregelung genügt dann nicht den gesetzlichen Anforderungen, wenn den Arbeitnehmern gestattet wird, Pausen zu nehmen, dies ihnen aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist.**

#### **Orientierungssatz:**

**Hinweise des Senats: "Mißbräuchliche Pausenregelungen".**

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, von ihr gewährte Pausenzeiten während der Nachtwache in einem Altenheim als Arbeitszeit zu vergüten.

Der Kläger ist bei der Beklagten, die u. a. das Altenpflegeheim "Elisabethenhaus" in M betreibt, seit dem 15. April 1983 als Krankenpfleger beschäftigt. Nach § 2 des Arbeitsvertrages vom 29. März 1983 richtet sich das Arbeitsverhältnis nach den Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche in Deutschland (AVR) in deren jeweils gültigen Fassungen.

Der Kläger ist seit längerer Zeit regelmäßig im Nachdienst eingesetzt. Bei der Beklagten existiert für die Nachtwachen eine dem Kläger bekannte Pausenregelung vom 19. Juni 1985. Danach sind während der von 20.45 Uhr bis 7.15 Uhr dauernden Nachschicht für die 1. Nachtwache die Zeiten von 23.00 bis 23.30 Uhr und 2.00 bis 2.30 Uhr sowie für die 2. Nachtwache von 23.30 bis 24.00 Uhr und von 2.30 bis 3.00 Uhr Pause. Diese Pausenregelung geht auf ein Schreiben des Verwaltungsdirektors der Beklagten an die Vorsitzende der Mitarbeitervertretung vom 19. Juni 1985 zurück, die sich in einer Besprechung gegen die bis dahin gültige Pausenregelung gewandt hatte.

Während der Pausen können die Nachtwachen sich frei bewegen, brauchen auf Klingelzeichen nicht zu reagieren und können insbesondere auch das Altenpflegeheim verlassen. Die Pausen sind zudem auf Zeiträume gelegt, in denen die Nachtwachen nach den vorliegenden Erfahrungswerten nur in seltenen Fällen in Anspruch genommen werden.

In dem Altenpflegeheim "Elisabethenhaus" werden regelmäßig 75 Personen der Pflegesatzgruppe IV (= höchste Pflegestufe) in 3 auf verschiedene Stockwerke verteilten Wohnbereichen durch 2 Nachtwachen betreut. Jeweils ein Wohnbereich ist während der Nachschicht nicht besetzt. Die Beklagte hat deshalb angeordnet, daß der nicht besetzte Bereich halbstündig kontrolliert werden muß. Neben dem Kläger wird in der Regel eine nicht examinierte Hilfskraft zur Nachtwache herangezogen.

Zeichnen sich Besonderheiten bei einzelnen Heimbewohnern schon während des voraufgehenden Tagesdienstes ab, so werden für diese sogenannte Sitzwachen zugezogen, die während der Nacht ausschließlich für diesen Patienten zuständig sind und ihn überwachen.

Im August 1989 machte der Kläger gegenüber der Beklagten die zukünftige Bezahlung der Pausenzeiten als Arbeitszeit geltend, weil er die vorgeschriebenen Pausen tatsächlich nicht nehmen könne. Die Beklagte lehnte dies, zuletzt mit Schreiben vom 22. Mai 1990, endgültig ab.

Mit der Beklagten am 5. Juli 1990 zugestellten Klage erstrebt der Kläger die Bezahlung der Pausenzeiten für die Zeit vom 7. September 1989 bis 31. Mai 1990 in der unstreitigen Höhe von insgesamt 3.467,37 DM brutto sowie die Feststellung, daß die Beklagte verpflichtet sei, diese Pausen auch zukünftig als Arbeitszeit zu vergüten. Er hat vorgetragen, die Pausenzeiten seien als Arbeitszeit zu vergüten, da er während dieser Zeit tatsächlich keine Pausen habe, sondern Rufbereitschaft leiste. ...

Die Beklagte ... hat vorgetragen, während der Pausenzeiten könne die pausierende Nachtwache tun und lassen was sie wolle, insbesondere auch das Heim verlassen. Auf Klingelzeichen brauche sie nicht zu reagieren. Die vorgesehenen Pausenzeiten würden zudem von den Nachtwachen, darunter auch dem Kläger selbst, grundsätzlich eingehalten, was aufgrund ihrer unterschiedlichen zeitlichen Einteilung auch ohne weiteres möglich sei; mithin liege während der Pausen weder Bereitschaftsdienst noch Rufbereitschaft vor. Bei den zu betreuenden Personen handele es sich auch nicht ausschließlich um epileptisch Erkrankte, vielmehr seien in den letzten Jahren lediglich bei zwei Heimbewohnern solche Anfälle aufgetreten (insgesamt 6 Anfälle, davon nur die Hälfte während der Nacht). Die in solchen Fällen zu treffenden Maßnahmen seien auch den nichtexaminierten Hilfskräften bekannt, zumal letztere - vor einem Einsatz als zweite Nachtwache - mindestens 3 Monate im Tagesdienst eingesetzt und dort mit den allgemeinen pflegerischen Aufgaben, aber auch mit den in Notfallsituationen gebotenen Maßnahmen vertraut gemacht werden. Darüberhinaus beschränke sich die Tätigkeit der Nachtwache, wie sich auch aus den Eintragungen im Nachtwachenbuch ergebe, in aller Regel auf eher harmlose Aufgaben (halbstündige Kontrolle des nichtbesetzten Wohnbereichs, Toilettengänge, Auswechseln von Windeln, Verabreichen von Medikamenten usw.). Falls in Notsituationen die Pause tatsächlich undurchführbar sei, werde diese Zeit vergütet. ...

### **Kernaussagen des Urteils:**

**Die Revision ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Bezahlung der Pausen als Arbeitszeit.**

I.1. Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Vergütung für die gesamte Zeit des Nachtdienstes; denn diese war berechtigt, die von ihr als Pausen gewährten Zeiträume nicht auf zu vergütende Dienstzeit anzurechnen. Der Kläger erbringt in dieser Zeit weder sogenannte "Vollarbeit", in der er die Heimbewohner betreut und die damit in Zusammenhang stehenden Arbeiten verrichtet, noch leistet er "Arbeitsbereitschaft", die wie "Vollarbeit" zu vergüten ist. Vielmehr hat die Beklagte in dieser Zeit eine nicht zu vergütende Pause gewährt.

2. In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. zuletzt BAGE 58, 243, 247 = AP Nr. 1 zu § 3 AZO Kr, zu II 2 der Gründe und BAG Urteil vom 27. Februar 1992 - 6 AZR 478/90 - zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen, jeweils m. w. N.) hat das Landesarbeitsgericht den weder gesetzlich noch tariflich festgelegten Begriff der "Pause" zutreffend unter Rückgriff auf den natürlichen Sprachgebrauch bestimmt. **Danach sind "Pausen" im voraus festgelegte Unterbrechungen der Arbeitszeit, in denen der Arbeitnehmer weder Arbeit zu leisten noch sich dafür bereitzuhalten hat, sondern frei darüber entscheiden kann, wo und wie er diese Zeit verbringen will. Entscheidendes Merkmal für die Pause ist mithin, daß der Arbeitnehmer von jeder Dienstverpflichtung und auch von jeder Verpflichtung, sich zum Dienst bereitzuhalten, freigestellt ist** (BAG, aaO).

3. Der Kläger war während der streitgegenständlichen Zeiträume von jeder Dienstverpflichtung und auch von jeder Verpflichtung, sich zum Dienst bereitzuhalten, freigestellt.

a) Nach den mit zulässigen Verfahrensrügen nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte die Pausenzeiten verbindlich festgesetzt und dem Personal ausdrücklich gestattet, diese Zeiten beliebig zu gestalten und eventuelle Klingelzeichen der Heimbewohner außer Acht zu lassen. Der Kläger hat insoweit weder Auslassungen noch Widersprüche oder Denkfehler des Landesarbeitsgerichts aufgezeigt. Damit ist aber sichergestellt, daß der einzelne Arbeitnehmer während voraus bestimmter Zeiträume während der Nachschicht seine Arbeit unterbrechen kann, ohne weiterhin bereit sein zu müssen, diese jederzeit wieder aufzunehmen. Es mag zwar zutreffen, daß in der Pausenzeit im gesamten Altenheim nur eine Pflegekraft zur Verfügung steht. Dies ist jedoch eine Frage der Organisation durch die Beklagte und gegebenenfalls deren Korrektur durch die Aufsichtsbehörden. Im übrigen ist insoweit auch zu berücksichtigen, daß die Beklagte unstreitig die Pausenzeiten auf die Nachtstunden gelegt hat, in denen erfahrungsgemäß der geringste Arbeitsanfall eintritt. Dementsprechend hat der Kläger auch im gesamten Verfahren nicht konkret dargelegt, er sei tatsächlich daran gehindert gewesen, die Pausen als solche einzuhalten. Vielmehr hat die Beklagte unbestritten vorgetragen, auch der Kläger habe die ihm zustehenden Pausen genommen. Der allgemeine Vortrag des Klägers, er halte die Pausenregelung für "rechtswidrig", reicht nicht aus, um darzutun, er habe keine Pausen einhalten können. **Selbst wenn es in einer Nacht wegen eines Notfalls nicht möglich sein sollte, die Pause wie festgelegt zu nehmen, wird dadurch nicht die Pausenregelung generell unwirksam. Andernfalls könnte der Kläger darüber bestimmen, ob er eine angeordnete Pause in Anspruch nimmt, und sich dadurch eine zusätzliche Vergütung verschaffen.** Schließlich darf für die Frage, ob der Kläger tatsächlich gehindert war die Pause jeweils zur festgelegten Zeit anzutreten, nicht übersehen werden, daß die Beklagte unstreitig für besondere Pflegefälle, bei denen mit erhöhtem Betreuungsaufwand während der Nacht zu rechnen war, zusätzliche Sitzwachen gestellt hat, die neben der zweiten allgemeinen Nachtwache den durch diese Heimbewohner anfallenden erhöhten Bedarf abdeckten.

4. Die Pausenregelung war auch nicht deshalb unwirksam, weil sie **ohne die Mitwirkung der zuständigen Mitarbeitervertretung** eingeführt worden wäre.

Richtig ist, daß die Mitarbeitervertretung nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 der Mitarbeitervertretungsordnung in diakonischen Einrichtungen (MVO) vom 24. September 1973 i. d. F. vom 10. Juni 1988 bei der Pausenregelung mitzubestimmen hat.

Nach dem von dem Kläger nicht bestrittenen, ausdrücklichen und vom Landesarbeitsgericht als solchen auch festgestellten Vortrag der Beklagten war die **Mitarbeitervertretung** mit der auf ihre eigene Initiative vorgenommenen Pausenregelung **einverstanden**. Das von dem Kläger nunmehr in der Revisionsinstanz vorgelegte Schreiben der Vorsitzenden der Mitarbeitervertretung vom 26. Juni 1985 stellt, abgesehen davon, daß es sich insoweit um nicht zu berücksichtigenden neuen Vortrag handelt (§ 561 Abs. 1 ZPO), keine Zustimmungsverweigerung dar. Wie sich aus dem vorletzten Satz des Schreibens und dem Gesamtzusammenhang ergibt, wollte die Mitarbeitervertretung vielmehr lediglich eine schriftliche Mitteilung darüber erhalten, wer während der Pausenzeiten die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Betreuung der Heimbewohner trägt. Unstreitig hat aber die Beklagte diese Verantwortung übernommen. Soweit der Kläger nunmehr behauptet, es sei bereits in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bestritten worden, die Mitarbeitervertretung habe zugestimmt, steht dies im Widerspruch zum Akteninhalt und den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. Der Kläger hat auch weder eine Protokollberichtigung nach § 164 ZPO noch eine Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO beantragt. Damit steht fest, daß der Kläger die Behauptung, die Mitarbeitervertretung habe zugestimmt, nicht bestritten hat (§ 314 ZPO).

Schließlich kann nicht übersehen werden, daß die Mitarbeitervertretung nicht, wie in § 34 Abs. 5 MVO für den Fall vorgesehen, daß keine Einigung zwischen der Leitung und der Mitarbeitervertretung zustandekommt, die Schiedsstelle angerufen hat.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO