



**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

**In dem Rechtsstreit**

C. I., P. Str. 14, E.,

**- Klägerin und Berufungsbeklagte -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte Dr. I. u.a.,  
T. str. 65, E.,

**g e g e n**

H. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer C. L., I. str. 29, G.,

**- Beklagte und Berufungsklägerin -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte Dr. F. u. a.,  
L. str. 53, C.,

hat die 16. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 06.06.2006  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Kaup als  
Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Hebel und den ehrenamtlichen  
Richter Alsdorf

**für R e c h t erkannt:**

- 1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des  
Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 16.01.2006 – 2 Ca 7220/05 –  
teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 974,91 € (brutto)  
nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz  
seit dem 24.10.2005 zu zahlen.**

**Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

2. Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt zu 84 % die Beklagte, zu 16 % die Klägerin.
4. Streitwert: unverändert (1.158,45 €)
5. Die Revision wird zugelassen.

### TATBESTAND

Die Parteien streiten über die Abgeltung von Überstunden.

Bei der Beklagten mit Sitz in G. handelt es sich um ein Catering-Unternehmen, das sich u. a. mit der Verpflegung in Alten-/Seniorenheimen befasst. Es unterhält verschiedene Betriebsstätten, darunter eine in E. mit ca. 30 Arbeitnehmern. Die am 08.12.1950 geborene Klägerin, zur Zeit 55 Jahre alt, ist dort seit dem 03.09.2002 nach Maßgabe des schriftlichen Arbeitsvertrags der Parteien vom 15.10.2002 als Stationshilfe in einem Teilzeitarbeitsverhältnis mit vereinbarungsgemäß durchschnittlich 19,25 Stunden pro Woche beschäftigt. Ihr monatliches Gehalt beläuft sich auf 653,43 € brutto. Sie ist im Schichtdienst eingesetzt und ihre Arbeitszeiten richten sich nach einem jeweils in der Monatsmitte für den Folgemonat erstellten Dienstplan. In § 3 Ziffer 4 des Arbeitsvertrags heißt es:

*Dienstoffrei bleiben die sich aus dem jeweiligen gültigen Dienstplan ergebenden Wochentage.*

...

*Angeordnete Überstunden können nach Entscheidung des Arbeitgebers bezahlt oder durch Freizeit abgegolten werden.*

In den Jahren 2003 und 2004 wuchsen die per Saldo errechneten Überstunden der Klägerin zum Stichtag 31.12.2004 auf insgesamt 126,95 Stunden an. Unter dem 15./16.12.2004 erstellte die Beklagte den Dienstplan für den Monat

Januar 2005. Er sah einen rechnerischen Überstundensaldo der Klägerin von zunächst 147,95 Stunden vor.

Gemäß Attest vom 03.01.2005 war die Klägerin ab diesem Tag bis 07.01.2005 arbeitsunfähig krank, gemäß Folgeattest vom 06.01.2005 sodann weiterhin bis 14.01.2005.

Mitte Januar 2005 erstellte die Beklagte den Dienstplan für den Monat Februar 2005. Er sah einen Teilabbau der Überstunden der Klägerin durch Freizeitausgleich in dem Zeitraum 16.02.2005 bis 28.02.2005 vor, und zwar von rechnerisch 169,23 Überstunden zum Stichtag 31.01.2005 auf 124,51 Überstunden zum Stichtag 28.02.2005.

Am 17.01.2005 übersandte die Klägerin eine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den Zeitraum 14.01.2005 bis 21.01.2005, am 24.01.2005 erneut für den Zeitraum 21.01.2005 bis 28.01.2005 und Ende Januar 2005 für den nachfolgenden Zeitraum bis 15.02.2005.

Mitte Februar 2005 erstellte die Beklagte den Dienstplan für den Monat März 2005. Sie stellte die Klägerin für diesen Monat durchgehend von der Arbeit frei und reduzierte dadurch deren Überstunden/Freizeitguthaben von 124,51 Stunden auf rechnerisch 41,51 Stunden zum Stichtag 31.03.2005. Gleichermaßen verfuhr sie Mitte März 2005 für den Monat April 2005, so dass sich für die Klägerin zum Stichtag 30.04.2005 ein rechnerischer Saldo von 41,49 Minusstunden ergab. Die Klägerin war während dieser Zeit seit dem 03.01.2005 durchgehend arbeitsunfähig krank. Ihre arbeitsunfähige Erkrankung dauert derzeit an.

Mit Schreiben vom 02.08.2005 beanspruchte die Klägerin vergeblich die Auszahlung von Überstunden. Mit der am 14.10.2005 beim Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Klage macht sie unter Zugrundelegung von 147,95 Überstunden zum Stichtag 31.01.2005 die Zahlung von insgesamt

(147,95 Std. x 7,83 € brutto =) 1.158,45 € brutto geltend. Hierzu hat sie vorge-  
tragen:

Sie habe einen Anspruch auf Auszahlung dieser Überstunden. Zwar stehe der  
Beklagten nach § 3 Ziffer 4 des Arbeitsvertrags ein Wahlrecht auf Abgeltung  
durch Freizeit oder durch Zahlung zu. Dieses Wahlrecht sei infolge des stetigen  
Aufbaus der Überstunden jedoch auf die Klägerin übergegangen. Diese Über-  
stunden seien auch nicht durch die Freistellungen in den Dienstplänen für die  
Monate Februar, März und April 2005 abgegolten. Zum Zeitpunkt der Erstellung  
der jeweiligen Dienstpläne für die Monate Februar, März und April 2005 sei die  
Klägerin seit dem 03.01.2005 arbeitsunfähig krank gewesen. Hiervon habe die  
Beklagte Kenntnis gehabt und infolge dessen den Stundensaldo der Klägerin  
auch nicht mehr durch Dienstpläneinteilung abbauen können.

Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.158,45 € nebst Zinsen in  
Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit  
Rechtshängigkeit (24.10.2005) zu zahlen;
2. hilfsweise: Die Beklagte zu verurteilen, nach ihrer Wahl der  
Klägerin 147,95 bezahlte freie Stunden zu gewähren oder  
1.158,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über  
dem Basiszinssatz seit dem 24.10.2005 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen: Die Klage sei unbegründet. Die von der Klägerin geltend  
gemachten Abgeltungsansprüche seien bereits erfüllt. Durch die jeweiligen  
Freistellungen der Klägerin in den Dienstplänen ab Februar 2005 sei das zum  
Stichtag 31.01.2005 bestehende Zeitguthaben von 169,23 Stunden mit Ablauf  
des Monats April 2005 abgebaut worden. Die seit dem 03.01.2005 bestehende

Arbeitsunfähigkeit der Klägerin stehe dem nicht entgegen. Es komme für die Freistellung zum Abbau von Arbeitszeitkonten allein darauf an, dass der Arbeitgeber durch entsprechende Einteilungen im Dienstplan auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichtet. Zum Zeitpunkt der Erstellung der Dienstpläne sei auch nicht absehbar gewesen, ob und wann ein Arbeitnehmer im Folgemonat arbeitsunfähig krank sein würde, zumal es sich im Falle der Klägerin bei den einzelnen Erkrankungen jeweils nur um kurze Krankheitszeiten gehandelt habe. Darüber hinaus bestehe ein Zahlungsanspruch der Klägerin auch schon deshalb nicht, weil der Beklagten das Wahlrecht auf Abgeltung durch Freizeit oder durch Zahlung zustehe. Die Beklagte habe bislang Überstunden ausschließlich durch Freizeit abgegolten, indem sie Plus- und Minusstunden miteinander verrechnet habe.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat der Klage mit Urteil vom 16.01.2006 – 2 Ca 7220/05 – stattgegeben. Auf die Entscheidungsgründe wird verwiesen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der vorliegenden Berufung, die sie zu den im Sitzungsprotokoll vom 06.06.2006 genannten Zeitpunkten eingelegt und begründet hat und mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage begehrt, während die Klägerin die Zurückweisung der Berufung beantragt. Auf das Berufungsvorbringen beider Parteien wird Bezug genommen, ebenso wegen der sonstigen Einzelheiten des Sach- und Streitstands auf den übrigen Akteninhalt.

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

### **I.**

Die Berufung ist zulässig: Sie ist nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes an sich statthaft (§ 64 Abs. 2 ArbGG) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 11 Abs. 2, 66 Abs. 2 ArbGG).

## II.

In der Sache hat sie jedoch nur zum Teil Erfolg.

1. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass das Stunden- bzw. Freizeitguthaben der Klägerin sich zum Stichtag 31.01.2005 auf insgesamt 169,23 Stunden belief. Sowohl in dem von der Beklagten erstellten „Soll-Ist-Vergleich“ im Dienstplan für den Zeitraum 01.01.2005 bis 31.01.2005 ist diese Stundenzahl enthalten als auch im Klageerwiderungsschriftsatz der Beklagten vom 12.12.2005. Dem hat sich die Klägerin im Schriftsatz vom 20.12.2005 angeschlossen, auch wenn sie Abgeltung weiterhin lediglich für 147,95 Stunden beansprucht, multipliziert mit dem unstreitigen Stundensatz in Höhe von 7,83 € brutto = 1.158,45 € brutto. Für die Begründetheit dieses Klagebetrags ist zum Stichtag 31.01.2005 demgemäß zunächst von der von der Beklagten errechneten Stundenzahl auszugehen. Der rechnerische Betrag hieraus beläuft sich auf  $(169,23 \text{ Std.} \times 7,83 \text{ € brutto}) = 1.325,07 \text{ € brutto}$ , den die Klägerin in Höhe von 1.158,45 € brutto beansprucht.

2. Begründet ist dieser Klagebetrag jedoch nur in Höhe von  $(124,51 \text{ Std.} \times 7,83 \text{ € brutto}) = 974,91 \text{ € brutto}$ . Es handelt sich hierbei um den Stundensaldo zum Stichtag 28.02.2005. Das darüber hinausgehende Freizeitguthaben zum Stichtag 31.01.2005 ist durch die zeitweise Freistellung der Klägerin im Monat Februar 2005 abgegolten.

a) Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein u. a. vertraglich vorgesehener Überstundenausgleich durch Freistellung von der Arbeit grundsätzlich auch während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit möglich ist. Es handelt sich bei der Arbeitsbefreiung und der Verschaffung von Freizeit lediglich um die Entbindung des Arbeitnehmers von seiner vertraglichen Arbeitspflicht im Umfang der vorab geleisteten Überstunden, nicht aber darüber hinaus um die Verschaffung einer zu Erholungszwecken nutzbaren arbeitsfreien Zeit (BAG vom 04.09.1985 – 7 AZR 531/82 – AP Nr. 13 zu § 17 BAT, zu III 1 der Gründe;

BAG vom 21.08.1991, AP Nr. 4 zu § 1 TVG Schuhindustrie). Ein Recht des Arbeitnehmers auf weiteren Freizeitausgleich, wenn der Arbeitnehmer nach Festlegung des Freizeitausgleichstages an dem dafür vorgesehenen Arbeitstag arbeitsunfähig krank wird, besteht nicht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Zeiten der Arbeitsbefreiung schon vor der Erkrankung des Arbeitnehmers festgelegt und bekannt gegeben worden waren (ebenso BAG vom 04.09.1985, a. a. O.; LAG Berlin vom 20.03.1991, LAGE § 1 LFZG Nr. 28 m. w. N.; LAG München vom 16.01.1996 – 6 Sa 150/95 – [JURIS]; LAG Rheinland-Pfalz vom 30.09.1999, MDR 2000, 710 = ZTR 2000, 274).

**b)** Hier hatte die Beklagte den Dienstplan für den Monat Februar 2005 entsprechend ihrer üblichen Handhabung in der Mitte des Vormonats – Mitte Januar 2005 – erstellt, nach dem unwidersprochenem Vorbringen der Beklagten durch Aushang und Aushändigung bekannt gegeben und in ihm einen Freizeitausgleich der Klägerin ab dem 16.02.2005 bis 28.02.2005 eingeplant. Zwar war die Klägerin zum Zeitpunkt der Dienstplanerstellung Mitte Januar 2005 seit dem 03.01.2005 zunächst bis zum 07.01.2005 und gemäß Folgeattest vom 06.01.2005 weiterhin bis zum 14.01.2005 arbeitsunfähig erkrankt. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Es war zu diesem Zeitpunkt objektiv nicht absehbar, dass die Klägerin auch im Folgemonat Februar 2005 im vorgesehenen Zeitraum des Freizeitausgleichs 16.02.2005 bis 28.02.2005 arbeitsunfähig krank sein würde. Nur dieser Fall könnte für die Dienstplanerstellung und den darin vorgesehenen Freizeitausgleich relevant sein. Hinzu kommt, dass die Klägerin das Folgeattest vom 14.01.2005 für den Zeitraum bis 21.01.2005 auch erst am 17.01.2005 bei der Beklagten eingereicht hat. Die Klägerin muss sich demgemäß den Abbau ihres Freizeitguthabens zum Stichtag 28.02.2005 auf 124,51 Stunden anrechnen lassen.

**3.** Anders verhält sich dies nach Auffassung der erkennenden Kammer bei dem Freizeitguthaben der Klägerin ab dem 01.03.2005. Bei der Dienstplanerstellung Mitte Februar 2005 für den Monat März 2005 und noch eher bei der Dienstplanerstellung Mitte März 2005 für den Monat April 2005 wusste die Be-

klagte oder musste infolge der bisherigen Erkrankungen der Klägerin ab dem 03.01.2005 jedenfalls damit rechnen, dass die Klägerin auch im Monat März 2005 bzw. im April 2005 weiterhin arbeitsunfähig krank sein würde. Mitte Februar 2005 lagen der Beklagten die bis dahin erstellten Atteste vom 03.01., 06.01., 14.01. und 21.01.2005 vor sowie die ärztliche Bescheinigung der AOK Rheinland vom 28.01.2005 über die weitere Arbeitsunfähigkeit der Klägerin bis vorerst 15.02.2005. Es hätte der Beklagten bei der Dienstplanerstellung Mitte Februar 2005 – erst recht bei der Dienstplanerstellung Mitte März 2005 – obliegen, sich gegebenenfalls bei der Klägerin persönlich über deren weitere voraussichtlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten zu erkundigen. Dies gilt um so eher, soweit die Beklagte ohnehin nicht mit einer baldigen Rückkehr der Klägerin gerechnet hat. Hierfür spricht die völlige Freistellung der Klägerin sowohl für den Monat März 2005 als auch für den Monat April 2005. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Berücksichtigung der bisherigen und voraussichtlich künftigen Krankheitszeiten der Klägerin bei der Dienstplanerstellung Mitte Februar 2005 und Mitte März 2005 sieht die Kammer auch deshalb, weil die Klägerin mit der Erbringung der nach den vorherigen Dienstplänen angeordneten Überstunden insoweit Vorleistungen erbracht hat, die vom Arbeitgeber grundsätzlich auszugleichen sind und nur in engen Grenzen in Wegfall geraten können. Ein weiterer Abbau des bis zum 28.02.2005 bestehenden Freizeitguthabens in Höhe von 124,51 Stunden ist danach nicht eingetreten.

4. Hinsichtlich dieser Stunden kann die Klägerin auch finanzielle Abgeltung verlangen. Zwar steht der Beklagten nach § 3 Ziffer 4 des Arbeitsvertrags das dort vereinbarte Wahlrecht zu. Dieses Wahlrecht verstößt nach Auffassung der Kammer auch nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Jedoch kann die Beklagte das ihr vertraglich eingeräumte Wahlrecht nur nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) ausüben. Hier ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin seit dem 03.01.2005 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt ist und dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht feststeht, ob überhaupt und ggf. wann die Klägerin an ihren Arbeitsplatz zurückkehrt. Unter Berücksichtigung dieser besonderen Umstände entspricht es billigem Ermessen im Sinne

des § 315 Abs. 3 BGB, wenn die von der Klägerin bereits erbrachten Vorleistungen nicht erst zu einem zur Zeit nicht feststehenden Zeitpunkt durch Freizeitausgleich abgegolten, sondern gemäß § 3 Ziffer 4 des Arbeitsvertrags ausgezahlt werden. Der Anspruch aus den verbleibenden 124,51 Stunden (x 7,83 € brutto) errechnet sich auf 974,91 € brutto.

5. Bezüglich des Zinsanspruchs wird auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil des Arbeitsgerichts verwiesen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Der Streitwert blieb unverändert. Die Zulassung der Revision für beide Parteien erfolgt nach § 72 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG.

### **RECHTSMITTELBELEHRUNG**

Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien

### **REVISION**

eingelegt werden.

Die Revision muss

### **innerhalb einer Notfrist von einem Monat**

nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

**Bundesarbeitsgericht,  
Hugo-Preuß-Platz 1,  
99084 Erfurt,**

eingelegt werden.

Die Revision ist gleichzeitig oder

**innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils**

schriftlich zu begründen.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Dr. Kaup

Hebel

Alsdorf