11 Sa 502/19
8 Ca 13085/18
(ArbG München)

Verkündet am: 29.01.2020

Wiesnet
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

1. A.
   A-Straße, A-Stadt

2. C.
   C-Straße, C-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

zu 1-2:
B.
B-Straße, B-Stadt

gegen

1. D1.

   E-Straße, B-Stadt

2. D2.

   G-Straße, B-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

zu 1-2:
H.
H-Straße, B-Stadt

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15. Januar 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Neumeier und die ehrenamtlichen Richter Wahba und Schwarzmair

für Recht erkannt:

1. **Die Berufungen der Kläger gegen das Endurteil des Arbeitsgerichtes München (Az: 8 Ca 13085/18) vom 29.07.2019 werden auf Kosten der Kläger zurückgewiesen.**

2. **Die Revision wird zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Zahlung einer Zulage und Zusatzurlaub für die Leistung von Wechselschicht.

Die Beklagten zu 1) und 2) unterhalten einen Gemeinschaftsbetrieb am Flughafen B-Stadt.

Der Kläger zu 1) ist bei der Beklagten zu 2) seit 28.06.2012, der Kläger zu 2) seit 01.02.2016 im Bereich des Bodenverkehrsdienstes des Flughafens B-Stadt, jener im Bereich Z1, dieser im Bereich Z2 tätig.
Auf die Arbeitsverhältnisse findet kraft Verbandszugehörigkeit der Tarifvertrag L. 2011, der allgemeine Teil des TVöD sowie dessen besonderer Teil (BT-F) Anwendung.

Die Beklagten und der in dem Gemeinschaftsbetrieb gebildete Betriebsrat schlossen unter dem 27.01.2017 mit Wirkung zum 01.05.2017 eine Betriebsvereinbarung *Arbeitszeitmodelle* (künftig : BV-AZ) und eine zur *Freiwilligen Wechselschichtarbeit* (künftig : BV-WS), hinsichtlich derer auf die Anlagen K4 und K5 zur Klage vom 13.12.2018 (Bl.43 ff. bzw. 57 ff. d.A.) Bezug genommen wird.
Nach ersterer werden zur Verteilung der Schichtgruppen verschiedene Turnusmodelle gebildet (Ziffer 3) und die Schichtarten Früh- und Spätschicht definiert, die frühestens ab 03:00 Uhr eines Tages beginnen und spätestens um 01:00 Uhr des nächsten Tages enden sollen (Ziffer 4.1.). Nach Ziffer 5.4. soll das Zeitfenster zwischen 01:00 Uhr und 03:00 Uhr ausschließlich von Arbeitnehmern abgedeckt werden, die sich auf die Listen der BV-WS haben aufnehmen lassen.
Die BV-WS deckt angesichts der 24stündigen Betriebspflicht des Flughafens demgegenüber die Zeit zwischen 1 und 3 Uhr ab. Ihre Ziffer 2.2. wiederholt 5.4. der BV-AZ, und Ziffer 5. legt fest, dass die Arbeitnehmer der Freiwilligenliste als Arbeitnehmer gelten sollen, die ständig Wechselschichtarbeit im tariflichen Sinne leisteten, wobei die Gewährung von Zulagen und Zusatzurlaub sich nach den tariflichen Regelungen richte.
Uneins darüber, ob mit dieser Konstruktion die tarifvertraglichen Regelungen zu Zulagen und Zusatzurlaub für ständige Wechselschichtarbeit auf die Freiwilligen nach der BV-WS beschränkt oder für alle Arbeitnehmer anwendbar seien, vereinbarten die Betriebsparteien außerdem unter dem 27.01.2017 (als Anlage K30 zur Klage vom 13.12.2018, Bl.129 f d.A.), diese Frage in Musterverfahren gerichtlich klären zu lassen und dabei die Sprungrevision zum Bundesarbeitsgericht zu beantragen.

Den Klägern, die nicht Freiwillige im Sinne der BV-WS sind, wurde für den Zeitraum von Mai 2017 bis einschließlich April 2018 für die von ihnen geleisteten Schichten, hinsichtlich derer auf die Darstellung auf Seiten 9 bis 29 der Klage (Bl.9-29 d.A.) Bezug genommen wird, « Schichtzulage TVöD in Höhe von € 40.- /Monat - dem Kläger zu 2) für April 2018

lediglich € 38,67 brutto - und jeweils drei Zusatzurlaubstage für Schichtarbeit nach § 27 Abs. 1b TVöD gewährt.

Mit ihrer Klage verlangen sie für diesen Zeitraum die Zahlung weiterer Zulagen sowie drei weitere zusätzliche Urlaubstage für ständige Wechselschichtarbeit.

Die Kläger waren erstinstanzlich der Ansicht, ihnen stünde entsprechendes nach § 8 Abs. 5 TVöD zu. Sie hätten im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung in einem Bereich gearbeitet, in dem nach einem Schichtplan rund um die Uhr gearbeitet werde : Im Bodendienst Z finde entsprechend der 24stündigen Betriebspflicht des Flughafens ganzjährig 24 Stunden an sieben Tagen Arbeit statt, die sich nach dem Schichtplan der beiden Betriebsvereinbarungen richte. Dass sie in allen Schichtenarten nach dem Tarifvertrag eingesetzt würden, genüge nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für die Leistung ständiger Wechselschicht; des Einsatzes zu allen Zeiten bedürfe es dazu nicht. Die Kläger müssten nicht ihrerseits tatsächlich 24 Stunden abdecken.
Entsprechend sei ihnen auch weiterer Zusatzurlaub für ständige Wechselschicht nach § 27 Abs. 1a TVöD zu gewähren.

Die Kläger beantragten erstinstanzlich :

I. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Kläger zu 1) für den Zeitraum Mai 2017 bis April 2018 die tarifliche Wechselschichtzulage in Höhe von monatlich € 105,- brutto abzüglich bereits erhaltener Schichtzulage in Höhe von monatlich € 40,-, damit insgesamt noch € 780,- brutto zu zahlen.

II. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Kläger zu 2) für den Zeitraum Mai 2017 bis April 2018 die tarifliche Wechselschichtzulage in Höhe von monatlich € 105,- brutto abzüglich bereits erhaltener Schichtzulage in Höhe von monatlich € 40,- brutto für den Zeitraum Mai 2017 bis März 2018 sowie abzüglich € 38,67 brutto für April 2018, damit insgesamt noch € 781,33 brutto zu zahlen.

III. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, den beiden Klägern den tariflichen Zusatzurlaub von 6 Arbeitstagen für den Zeitraum Mai 2017 bis April 2018 abzüglich bereits erhaltener 3 Arbeitstage Zusatzurlaub zu gewähren.

Die Beklagten beantragten erstinstanzlich:

Klageabweisung.

Sie waren erstinstanzlich der Auffassung, die tarifvertraglichen Voraussetzungen für die Gewährung von Zulagen und Zusatzurlaub für ständige Wechselschichtarbeit seien nicht gegeben.
Es lägen zwei Arbeitsbereiche vor, deren einer durch die BV-AZ und deren anderer durch die BV-WS umschrieben würden und die klar abgrenzbar seien.
Es fehle weiterhin an einem Schichtplan, nach dem die beiden Bereiche arbeiteten. Vielmehr habe jeder Bereich seine eigene Einteilung.
Die Kläger hätten außerdem, so die Beklagten, nicht durchgehend Nachtschichten geleistet.

Übereinstimmend haben die Parteien die Zulassung der Sprungrevision beantragt.

Das Arbeitsgericht München hat mit der angefochtenen Entscheidung die Klagen abgewiesen. Es hat dies damit begründet, dass die Kläger keine Ansprüche auf weitere Zulagen im Sinne der Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-AT hätten, da es bei den Klägern an der Voraussetzung einer ständigen Wechselschichtarbeit fehle. Zwar sei nur ein Arbeitsbereich gegeben, bestehend aus dem Arbeitsbereich des Bodenverkehrsdienstes Z, der aus den Mitarbeitern der Bereiche Z1und Z2 bestehe und örtlich durch den Flughafen B-Stadt beschrieben sei. Dass nicht alle Mitarbeiter in der Zeit zwischen 01:00 Uhr und 03:00 Uhr eingesetzt würden, mache die Arbeit in diesem Zeitfenster nicht zu einem anderen Bereich, nachdem sich der Arbeitsbereich insbesondere nach den funktionellen, personellen und örtlichen Gegebenheiten richte. Dem entspreche auch die Diktion der Betriebspartner, die in Ziffer 2.3 der BV-WS von den Bereichen sprechen, in denen Freiwillige im Sinne der Vereinbarung nötig seien. Ein neuer, gewissermaßen „Notbereich“ solle durch die Vereinbarung nicht geschaffen werden. Des Weiteren liege auch ein

einheitlicher Schichtplan dieses Arbeitsbereichs vor. Die Arbeit des Bereichs Bodenverkehrsdienstes Z sei in Schichten rund um die Uhr an 7 Tagen in der Woche ganzjährig organisiert. Dabei sei es auch unerheblich, ob dies formell in 2 körperlich voneinander getrennten Plänen geschehe oder in einem Schriftstück zusammengefasst sei. So wie die Aufspaltung der Funktionseinheit Z in 2 Bereiche nach der Uhrzeit, 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr und 03:00 Uhr bis 01:00 Uhr andererseits künstlich erscheine, sei die Darstellung der Einsätze in diesen Zeiten in 2 körperlichen Dienstplänen nicht maßgeblich. Jedoch fehle es an einer auch nur möglichen Einsetzbarkeit der Kläger zu allen Zeiten nach diesem einen Schichtplan. Zwar komme es nicht auf den tatsächlichen Einsatz zu allen Zeiten an, sondern allein auf einen Einsatz in allen tariflichen Schichtarten. Damit solle vermieden werden, dass durch feinziselierte Aufspaltung der Schichten eine Zahlung unterbleibe, während die Belastung durch die wechselnde Einsetzbarkeit gegeben sei. Vorliegend fehle es aber nicht allein an einem tatsächlichen Einsatz der Kläger zu allen Zeiten, sondern weitergehend an ihrer Einsetzbarkeit. Nach Ziffer 5.4 BV-AZ und 2.2 BV-WS scheide ihre Einteilung zwischen 01:00 Uhr und 03:00 Uhr aus, weil sie nicht der Freiwilligenliste angehörten. In diesem Fall unterlägen sie nicht dem Risiko, wechselnd rund um die Uhr gefordert zu sein. Es sei Anspruchsvoraussetzung, dass der Einsatz der Mitarbeiter rund um die Uhr rechtlich möglich sei. Die Zulage sei Kompensation echter Belastung durch die Disponibilität rund um die Uhr, nicht Aufwertung einer Zugehörigkeit zu einem Bereich, in dem rund um die Uhr gearbeitet werde. Entsprechend habe das BAG bei der Frage des ständigen Einsatzes darauf abgestellt, dass dieser nicht nur vertretungsweise, sondern nach dem Arbeitsvertrag dauerhaft stattfinden könne (unter Verweis auf BAG vom 13.01.2016 – 10 AZR 792/14, Rd. 16 – zitiert nach juris). Wenn dies aber für die Dauer vorliegen solle, dann sei dieses Kriterium für den Anspruch selbst auch Voraussetzung. Anders als die Kläger sehe die Kammer dieses Verständnis nicht als Raum für den Missbrauch der Gestaltungsform und ein Unterlaufen der tariflichen Regelung. Die Arbeitnehmer, die sich nicht freiwillig melden würden, seien eben nicht rund um die Uhr einzusetzen. Ein Rückgriff auf sie sei nach der insofern unbestrittenen Angabe der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2019 angesichts der ausreichenden Freiwilligen- und Nachrückerliste nicht zu gewärtigen. Hinzu komme, dass dieses Arbeitszeitmodell Gegenstand einer Absprache der Betriebsparteien gewesen sei und es insoweit Sache des Betriebsrates gewesen wäre, einer solchen Herausnahme von Zeiten entgegenzutreten, wenn er die Belastung der zu den übrigen Nachtzeiten eingesetzten Arbeitnehmer

der in diesem Zeitfenster Tätigen vergleichbar gefunden hätte. Insoweit habe er die Differenzierung mitbegründet. Entsprechend scheide auch ein Anspruch auf weitere 3 Urlaubstage aus § 27 Abs. 1a TVöD-AT aus.

Gegen dieses den Klägern am 01.08.2019 zugestellte Endurteil richtet sich die Berufung der Kläger mit Schriftsatz vom 10.08.2019, am 13.08.2019 beim LAG München eingegangen.

Die Kläger sind auch im Rahmen der Berufungsinstanz weiterhin der Auffassung, dass sie Anspruch auf die streitgegenständliche Wechselschichtzulage und entsprechenden Zusatzurlaub besitzen. Die Kläger hätten im verfahrensgegenständlichen Zeitraum von Mai 2017 bis einschließlich April 2018 ständig Wechselschichtarbeit im Sinne der § 8 Abs. 5 Satz 1 TVöD-F i.V.m. § 7 Abs. 1 TVöD-AT geleistet. Zutreffender Weise sei von einem Arbeitsbereich des Bodenverkehrsdienstes auszugehen. Dieser bestehe aus den Mitarbeitern der Bereiche Z1 und Z2 und sei örtlich durch den Flughafen B-Stadt beschrieben. Ebenfalls sei zutreffend, dass in dem betroffenen Arbeitsbereich Arbeit nach einem einheitlichen Schichtplan erfolge. Die Arbeit des Bereichs des Bodenverkehrsdienstes Z sei in Schichten rund um die Uhr an 7 Tagen in der Woche ganzjährig organisiert, wobei es unerheblich sei, ob es formell in 2 körperlich voneinander getrennten Plänen geschehe oder in einem Schriftstück zusammengefasst sei. Auch die weiteren Voraussetzungen lägen entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes vor, da nach Rechtsprechung des BAG Wechselschichtarbeit im Sinne des § 7 Abs. 1 TVöD-F dann vorliege, wenn im Arbeitsbereich, in dem der Beschäftige tätig ist, an allen Kalendertagen ununterbrochen 24 Stunden gearbeitet werde. Dabei sei es unerheblich, in wie viele Schichten der 24-Stunden-Tag aufgeteilt werde oder ob in allen Schichten der Arbeitsanfall gleich groß sei und deshalb in jeder Schicht die gleiche Anzahl von Arbeitnehmern arbeite. Die Arbeit müsse nach einem Dienst- und Schichtplan erfolgen, der einen regelmäßigen Wechsel der täglichen Arbeitszeiten in Wechselschichten im genannten Sinne vorsehe. Die Beschäftigten müssten zur Arbeit in allen Schichtarten eingesetzt werden. Dies sei auch gegeben. Denn von der Rechtsprechung des BAG und auch vom Tarifvertrag werde tatbestandlich nicht vorausgesetzt, dass der Beschäftigte auch tatsächlich zur allen Zeiten eingesetzt werde bzw. einsetzbar sei. Vielmehr genüge es, dass im Arbeitsbereich, in dem der Arbeitneh-

mer tätig sei, rund um die Uhr gearbeitet werde und der Arbeitnehmer im tariflich geforderten Maß Schichten ableiste, in denen mindestens 2 Stunden Nachtarbeit liege. Kraft eindeutiger tariflicher Definition handle es sich dann um Nachtschichten im Tarifsinn. Auf die Bezeichnung der Schicht durch den Arbeitgeber oder in einer Betriebsvereinbarung komme es nicht an. Schichten, die in der BV-Arbeitszeit als Früh- oder Spätschichten bezeichnet würden, seien Nachtschichten im Tarifsinn, wenn sie entweder bis spätestens 04:00 Uhr begännen oder frühestens um 23:00 Uhr endeten. An der Einsetzbarkeit der Kläger in allen Schichten und zur tatsächlichen Einsetzung im tariflichen geforderten Maß ermangle es hier daher nicht. Die Kläger hätten in allen Schichten Arbeit geleistet, in welchen mindestens auch 2 Stunden Nachtarbeit lägen. Eine weitere Anspruchsvoraussetzung, wonach eine rechtliche Einsetzbarkeit auch in den Zeiten zwischen 01:00 Uhr und 03:00 Uhr möglich sein müsse bzw. der Arbeitnehmer tatsächlich auch rund um die Uhr zum Einsatz kommen müsse, ergebe sich aus den tariflichen Normen ebenso wenig wie aus der Rechtsprechung des BAG. Im Übrigen wäre die rechtliche Möglichkeit im Fall der beiden Kläger arbeitsvertraglich auch tatsächlich gegeben. Nach der Rechtsprechung des BAG würden die Kläger auch ständige Wechselschichtarbeit leisten, da sie die Voraussetzung einer sehr häufigen, sehr regelmäßigen oder fast ununterbrochenen wiederkehrenden andauernden Tätigkeit erfüllen würden. Nach der Rechtsprechung des BAG sei auch nicht Voraussetzung, dass rechtlich ein Rund-um-die-Uhr-Einsatz möglich sein solle. Mit dieser Anspruchsvoraussetzung wäre auch Tür und Tor für missbräuchliche Gestaltungsformen auch im Rahmen von Betriebsvereinbarungen eröffnet. Denn dann könne allein mit ¼ Stunde fehlender Abdeckung des 24-Stunden-Betriebes durch den einzelnen Beschäftigten erreicht werden, dass dieser die Voraussetzung ständiger Wechselschichtarbeit nicht erfülle. Dies widerspreche aber dem Wortlaut der tariflichen Norm in § 7 Abs. 1 Satz 1 TVöD-F, wonach der Beschäftigte durchschnittlich längstens nach Ablauf eines Monats erneut zur Nachtschicht herangezogen worden sein müsse. Hier sei keine Rede davon, dass der Beschäftige auch tatsächlich rund um die Uhr eingesetzt worden sein müsse oder gar vollumfänglich einsetzbar sein müsse. Ebenso widerspreche diese Leseart auch dem Sinn und Zweck der tariflichen Normen, wonach die Schicht- und Wechselschichtzulagen dem Arbeitnehmer einen finanziellen Ausgleich dafür gewähren sollten, dass die Schicht- und die Wechselschichtarbeit erheblich auf seinen Lebensrhythmus einwirkten und ihr Beginn und ihr Ende außerhalb der allgemein üblichen Arbeits- und Ge-

schäftszeiten liege. Diese Belastung sei bei einer Unterbrechung von gerade mal 2 Stunden fehlender Disponibilität in der Zeit von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr gleichermaßen gegeben. Entsprechend ergebe sich dann auch der Anspruch auf den Zusatzurlaub.

Die Kläger beantragten zuletzt:

1. **Das Urteil des Arbeitsgerichtes B-Stadt, Az. 8 Ca 13085/18, vom 29.07.2019, wird abgeändert.**

2. **Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Kläger zu 1) für den Zeitraum Mai 2017 bis April 2018 die tarifliche Wechselschichtzulage in Höhe von monatlich € 105,- brutto abzüglich bereits erhaltener Schichtzulage in Höhe von monatlich € 40,-, damit insgesamt noch € 780,- brutto zu zahlen.**

3. **Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Kläger zu 2) für den Zeitraum Mai 2017 bis April 2018 die tarifliche Wechselschichtzulage in Höhe von monatlich € 105,- brutto abzüglich bereits erhaltener Schichtzulage in Höhe von monatlich € 40,- brutto für den Zeitraum Mai 2017 bis März 2018 sowie abzüglich € 38,67 brutto für April 2018, damit insgesamt noch € 781,33 brutto zu zahlen.**

4. **Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, den beiden Klägern den tariflichen Zusatzurlaub von 6 Arbeitstagen für den Zeitraum Mai 2017 bis April 2018 abzüglich bereits erhaltener 3 Arbeitstage Zusatzurlaub zu gewähren.**

Die Beklagten beantragten zuletzt:

Zurückweisung der Berufungen der Kläger.

Die Beklagten sind auch im Rahmen der Berufungsinstanz weiterhin der Auffassung, dass Ansprüche auf die Zulagen bzw. den Zusatzurlaub wegen Wechselschichtarbeit nicht bestünden. Zum einen seien die Kläger bereits keinem Arbeitsbereich zugeordnet, in dem ununterbrochen gearbeitet werde. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes seien die Kläger einem solchen Arbeitsbereich nicht zugeordnet, da funktional die Arbeitsbereiche Regelbetrieb nach der BV- AZ und Ausnahmebetrieb nach der BV-WS zu unterscheiden seien. Die Bereiche seien funktional, personell und organisatorisch voneinander getrennt und daher als jeweils eigenständige Arbeitsbereiche anzusehen. Eine funktionale Trennung liege insoweit vor, als die Abdeckung des Zeitraums von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr eine Ausnahme darstellte, da in dieser Zeit nur für außerhalb der Regelflugzeit und damit außerplanmäßig eintreffende Flugzeuge eine personelle Reserve vorgehalten werden müsse. Insoweit sei daher auch nach der BV-WS die Anzahl der Freiwilligen auf ein Minimum beschränkt, da in diesem Zeitraum nur wenige Aufgaben anfallen würden und der Einsatz in diesem Zeitraum eine Ausnahme darstelle. Im Regelbetrieb seien die Arbeitnehmer zuständig für den regulären Bustransport und den regulären Fracht- und Versorgungsdienst. Hingegen müssten die Aufgaben im Bustransport im Ausnahmebetrieb nur eingeschränkt übernommen werden, so dass die Arbeitnehmer regelmäßig auf den Einsatz warten würden und mehr arbeitsfreie Zeit als im Regelbetrieb hätten. Die Busfahrer müssten für den Ausnahmebetrieb lediglich vorgehalten werden, um bei unplanmäßigen Landungen die Passagiere und Crews vom Flugzeug zum Flughafengebäude transportieren zu können. Tätigkeiten im Fracht- und Versorgungsdienst würden im Ausnahmebetrieb gar nicht anfallen. Insoweit liege auch eine Unterscheidung der beiden Arbeitsbereiche in personeller Hinsicht vor. Denn ausweislich der beiden Betriebsvereinbarungen würden nur solche Arbeitnehmer in dem Zeitraum 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr einsetzbar seien, die sich freiwillig zum Ableisten dieser Arbeitszeit gemeldet hätten. Insoweit ergebe sich im Umkehrschluss, dass Arbeitnehmer, die sich nicht freiwillig gemeldet hätten, nicht in den Zeiten von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr herangezogen werden könnten. Insoweit seien die Arbeitnehmer daher auch nicht austauschbar in dem Sinn, dass beide Arbeitnehmergruppen in beiden Bereichen eingesetzt werden könnten. Vor allem gelte dies erst Recht für Arbeitnehmer, die als Fahrer Fracht- und Versorgungsdienst eingesetzt würden, also einer Tätigkeit aus dem Bereich Frachttransport/Frischwasser- und Toilettenservice (X1) nachgehen würden, da hier ein Einsatz von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr nicht

erforderlich sei, da solche Aufgaben im Ausnahmebetrieb nicht anfallen würden. Bezüglich dieses Tätigkeitsfeldes gebe es daher auch keine Nachrücker- und Freiwilligenliste. Auch liege eine Unterscheidung in organisatorischer Hinsicht vor. Denn die Beschäftigten im Arbeitsbereich Ausnahmebetrieb nach BV FWS müssten spezielle Voraussetzungen zur Aufnahme in diesem Arbeitsbereich erfüllen, sie müssten sich insbesondere freiwillig dazu bereit erklärt haben, Schichten zu übernehmen im Zeitraum von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr. Insofern liege eine eigene organisatorische Einheit vor. Selbst wenn bezüglich des Arbeitsbereiches nicht zwischen dem Regelbetrieb und dem Ausnahmebetrieb zu differenzieren sei, könne jedoch nicht der Bodenverkehrsdienst Z als Arbeitsbereich definiert werden. Vielmehr wären in einem solchen Fall die Arbeitsbereiche Z1 Bustransport (= X2) und Z2 Frachttransport und Frischwasser- und Toilettenservice (=X1) zu bestimmen. Denn die Tätigkeiten würden sich in diesen einzelnen Bereichen unterscheiden. Ein Arbeitnehmer im Bereich X2 sei als Busfahrer tätig, ein Arbeitnehmer im Bereich X1 als Fahrer Fracht- und Versorgungsdienste. Auch die Freiwilligen- und Nachrückerliste beziehe sich lediglich auf den Bustransport. Dass die Arbeitsbereiche X2 und X1 nebeneinander bestehen müssten und entsprechend als jeweils eigene Arbeitsbereiche zu klassifizieren wären, zeige sich auch an Ziffer 3.3 der BV- AZ, wonach die Arbeitsbereiche X2 und X1 zwischen dem angebotenen 6-3-Turnus und dem 4-2-Turnus wählen könnten. Insoweit lägen eigenständige Arbeitsbereiche vor. Daher sei bezüglich des Klägers zu 2) jedenfalls der Anspruch nicht gegeben. Des Weiteren liege keine ununterbrochene Tätigkeit im Arbeitsbereich Regelbetrieb vor, da hier die Arbeit zwischen 01:00 Uhr und 03:00 Uhr unterbrochen werde und auch betriebsverfassungsrechtlich eine Arbeitsleistung nicht möglich sei. Schließlich würden die Kläger auch nicht nach einem Schichtplan, der Wechselschichtarbeit vorsehe, arbeiten. Als Schichtplan gemäß § 7 Abs. 1 Satz TVöD-F sei vielmehr die BV- AZ heranzuziehen, wonach gerade keine Arbeit im Zeitraum von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr, d.h. keine ununterbrochene Tätigkeit vorgesehen sei. Der Begriff „Schichtplan“ im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 TVöD-F sei dahingehend zu verstehen, dass dadurch eine allgemeine Regelung gesetzt würde, welche die Arten von Schichten vorgebe und wie die zu leistende Arbeitsmenge auf die Tageszeiten zu verteilen sei. Dieser Schichtplan sei zu trennen von dem Dienstplan des einzelnen Arbeitnehmers, dem Dienstplan bzw. Einsatzplan, aus dem der konkrete Einsatz des einzelnen Arbeitnehmers zu entnehmen sei. Ein entsprechender Schichtplan im Sinne der tariflichen Vorschrift sei

in der BV- AZ zu sehen, da der Schichtplan die Arbeiten von austauschbaren Arbeitnehmern regle. Austauschbar seien aber die Arbeitnehmer nur bzgl. des Bereichs Regelbetrieb. Diese Arbeitnehmer seien nicht austauschbar mit Arbeitnehmern, die dem Bereich Ausnahmebetrieb unterfallen würden. Daher seien auch die Schichtpläne für beide Bereiche nicht zusammen als ein Schichtplan im Sinne der tariflichen Vorschrift anzusehen. Aufgrund der fehlenden personellen und funktionalen Verknüpfung beider Bereiche sei der Fall auch nicht mit dem vom BAG im Urteil vom 13.01.2016 (10 AZR 792/14) entschiedenen Fall vergleichbar. Der Schichtplan sehe daher auch keinen Rund-um-die-Uhr-Einsatz und damit keine Wechselschichtarbeit vor. Wechselschichtarbeit scheitere auch deswegen, weil eine Einsatzbarkeit des einzelnen Arbeitnehmers rund um die Uhr nicht gegeben sei. Entsprechend sei mit dem Erfordernis der Rund-um-die-Uhr-Einsetzbarkeit nicht gemeint, dass die Kläger rund um die Uhr tatsächlich arbeiten müssten, was arbeitszeitrechtlich schon nicht möglich sei. Vielmehr sei damit gemeint, dass die Einsatzzeiten der Kläger nach dem für sie maßgeblichen Schichtplan rund um die Uhr verteilt werden könnten. Denn ein Anspruch auf die Wechselschichtzulage aus § 8 Abs. 5 TVöD-F bestehe nur dann, wenn auch tatsächlich entsprechende Wechselschichtarbeit geleistet würde. Dies würde voraussetzten, dass auch der einzelne Beschäftigte diese Wechselschichtarbeit tatsächlich ableisten müsse. Dem stehe auch nicht der Sinn und Zweck der Wechselschichtzulage entgegen, da die Wechselschichtzulage weitere Belastungen wegen der Rund-um-die-Uhr-Einsetzbarkeit ausgleichen würde. Die Unterbrechung der Arbeit der Kläger zwischen 01:00 Uhr und 03:00 Uhr führe dazu, dass Beginn und Ende der Wechselschichtarbeit gerade nicht außerhalb der allgemein üblichen Arbeits- und Geschäftszeiten lägen und es auch vorliegend gerade nicht um Arbeitszeiten gehe, die über die typischen Nacht- und Erholungszeiten hinausgehen würden. Entsprechende Tätigkeiten seien im Rahmen der BV-AZ eben nicht möglich. Nach den tatsächlichen Einsatzzeiten sei zudem feststellbar, dass nicht nur eine fehlende Disponibilität von 2 Stunden bei den Klägern nicht vorlege, sondern beim Kläger zu 1) von 2,5 Stunden und beim Kläger zu 2) zu 3,5 Stunden. Dass eine Einsatzmöglichkeit des einzelnen Arbeitnehmers rund um die Uhr für das Vorliegen von Wechselschichtarbeit zwingend erforderlich sei, ergebe sich auch aus der Rechtsprechung. Dementsprechend sei zum einen das Vorliegen der Wechselschichtarbeit und zum anderen auch die tatsächliche Leistung der Wechselschichtarbeit durch den Beschäftigten gefordert. Dies entspreche auch der Kommentarliteratur. Dem stehe auch nicht die Entscheidung des BAG vom 16.10.2013 (10 AZR

1053/12) entgegen, da in dem dort behandelten Fall die Schichten 24 Stunden abgedeckt hätten und auch ein entsprechender Einsatz rund um die Uhr möglich gewesen sei. Es sei nur nicht erforderlich, dass die Arbeitnehmer in allen 96 Schichten eingesetzt würden, sondern ein Einsatz in allen Schichtarten geschehe, wobei das BAG aber ein tatsächliches Einsetzen rund um die Uhr gefordert hätte. Dies sei gerade bei den Klägern aber nicht möglich. Der Einsatz in allen Schichtarten habe nach dem dortigen Fall daher auch vollständig die 24 Stunden abgedeckt. Dass die Kläger arbeitsvertraglich in allen Schichten rund um die Uhr einsetzbar seien, sei irrelevant, da gemäß § 5 Abs. 2 der Arbeitsverträge der Kläger eine Heranziehung zur Wechselschichtarbeit nur bei begründeter dienstlicher/betrieblicher Notwendigkeit möglich sei, was auch vorliegend nicht gegeben sei, da über die Freiwilligenliste der BV- FW die Arbeitnehmer, die Wechselschichtarbeit leisten sollten, definiert seien. Insoweit sei den Kläger eine etwaige Wechselschichtarbeit auch nicht dauerhaft zugewiesen. Zudem sei eine individualvertragliche Möglichkeit zur Ableistung von Wechselschichtarbeit unerheblich, da der Einsatz der Kläger in Wechselschichtarbeit betriebsverfassungsrechtlich nicht möglich sei, solange sie sich nicht freiwillig hierzu melden würden. Alleine die arbeitsvertraglich vereinbarte Möglichkeit zum Ableistung von Wechselschichtarbeit erfülle auch nicht Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 TVöD-F, da die Kläger auch tatsächlich Wechselschichtarbeit ableisten müssten, was vorliegend ausgeführt bereits nicht der Fall sei. Auch die Frage, ob ständige Wechselschichtarbeit vorliege, sei nicht maßgeblich, da insoweit bereits Wechselschichtarbeit an sich nicht gegeben sei. Das Erfordernis, dass Arbeitnehmer rund um die Uhr eingesetzt werden könnten, führe auch nicht zu einem Missbrauch der Gestaltungsform. Entsprechende Unterbrechung, z.B. durch Bereitschaftsdienst auch nur für kurze Zeiträume sei zulässig. Hierin liege auch kein Missbrauchsfall. Die Arbeitnehmer hätten es vorliegend auch selbst in der Hand, ob sie Wechselschichtarbeit leisten wollten oder nicht, indem sie sich freiwillig hierzu melden könnten. Zudem seien Abwesenheitszeiten, die die Kläger angegeben hätten, im Rahmen ihrer aufgelisteten Tätigkeiten nicht zu berücksichtigen. Mithin hätten die Kläger auch keinen Anspruch auf den Zusatzurlaub.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 10.08.2019, 02.11.2019, 18.12.2019 sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässigen Berufungen der Kläger sind unbegründet.

I.

Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaften Berufungen der Kläger sind form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 und 2, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). Sie sind daher zulässig.

II.

Die Berufungen sind jedoch unbegründet. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen (§ 69 Abs. 2 ArbGG).
Zu den Darlegungen im Rahmen der Berufungsinstanz sind folgende Ausführungen veranlasst:

1. Die Klägerin haben keinen Anspruch auf Zahlung der Wechselschichtzulage gemäß § 8 Abs. 5 TVöD-F i.V.m. § 7 Abs. 1 TVöD-F. Denn die Kläger haben jedenfalls Wechselschichtarbeit im streitgegenständlichen Zeitraum von Mai 2017 bis April 2018 nicht im tariflichen Sinne geleistet.

a) Wechselschichtarbeit im Geltungsbereich des TVöD ist die Arbeit nach einem Schichtplan, der einen regelmäßigen Wechsel der täglichen Arbeitszeit in Wechselschichten vorsieht, bei denen Beschäftigte durchschnittlich längstens nach Ablauf eines Monats erneut zur Nachtschicht herangezogen werden (§ 7 Abs. 1 Satz 1 TVöD-F). Wechselschichten sind wechselnde Arbeitsschichten, in denen ununterbrochen bei Tag und Nacht,

Werktags, Sonntags und Feiertags gearbeitet wird (§ 7 Abs.1 Satz 2 TVöD-F). Wechselschicht im tariflichen Sinn liegt daher nur dann vor, wenn in einem Arbeitsbereich, in dem der Beschäftigte tätig ist, an allen Kalendertagen ununterbrochen 24 Stunden gearbeitet wird. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn beispielsweise an Sonn- und Feiertagen in aller Regel keine Schichtarbeit anfällt oder die tägliche Arbeit, sei es auch nur in geringfügiger Form, unterbrochen wird. Unerheblich ist hingegen, in wie viele Schichten der 24-Stunden-Tag aufgeteilt wird und /oder ob in allen Schichten der Arbeitsanfall gleichgroß ist und deshalb in jeder Schicht die gleiche Anzahl von Arbeitnehmern arbeitet. Die Arbeit muss nach einem Dienst- oder Schichtplan erfolgen, der einen regelmäßigen Wechsel der täglichen Arbeitszeiten in Wechselschichten im genannten Sinn vorsieht. Der Beschäftige muss zur Arbeit in allen Schichtarten eingesetzt werden. Dabei fordert § 7 Abs. 1 Satz 1 TVöD-F, dass der Beschäftigte durchschnittlich längstens nach Ablauf eines Monats neu zur Nachtschicht herangezogen wird (vgl. BAG vom 24.05.2018 – 6 AZR 191/17; vom 16.10.2013 – 10 AZR 1053/12; vom 13.06.2012 – 10 AZR 351/11).

b) Zunächst ist hinsichtlich des Klägers zu 2) schon deswegen ein Anspruch auf Zahlung der Wechselschichtzulage nicht gegeben, da dieser im Rahmen seines Arbeitsbereiches, in dem er tätig ist, nämlich im Bereich X1, dem Bereich Frachttransport/Frischwasser- und Toilettenservice, ein ununterbrochenes Tätigwerden im Sinne der o.g. Rechtsprechung, nämlich 24 Stunden täglich an jeden Tag der Woche, nicht vorliegt. Die Kammer sieht insoweit den Arbeitsbereich enger als die erstinstanzliche Entscheidung. Arbeitsbereiche sind danach abzugrenzen, ob sie räumlich, funktional oder personell abgrenzbar sind (vgl. BAG vom 13.01.2016 – 10 AZR 792/14, Rn. 18 – zitiert nach juris). Im vorliegenden Fall ergibt sich, dass zwar räumlich gesehen der Arbeitsbereich hinsichtlich Fracht- und Frischwasser-Bereich nicht sich vom Tätigkeitsbereich der anderen Mitarbeiter im Bodenverkehrsdienst, wie etwa der Busfahrer, unterscheidet, da die Tätigkeit jeweils auf dem Flughafengelände zu erbringen ist. Funktional ergibt sich aber, ebenso wie personell, eine Abgrenzung. Denn die Funktion der Tätigkeit im Fracht- und Frischwasserbereich besteht darin, entsprechendes Frachtgut bzw. Wasser auf dem Gelände zu transportieren, während die Busfahrer die Personen, insbesondere Passagiere zu befördern haben. Des Weiteren ergibt sich auch eine personelle Abgrenzung insoweit, als hier ein Personaltausch nicht stattfindet und die Tätigkeiten jeweils eigenständig zu erbringen sind. Gleichzeitig bildet sich die Eigenständigkeit dieser Arbeitsbereiche etwa auch

dadurch ab, dass in den Betriebsvereinbarungen, insbesondere in der BV- AZ in Ziffer 3.3 hinsichtlich des Turnusses für den Bereich Z. bereits festgehalten ist, dass es insoweit Arbeitnehmer des Bustransportes sowie Arbeitnehmer im Frachttransport und Frischwasser- und Toilettenservice gibt, denen jeweils ein eigen genannter Bereich X2 und X1 zugeordnet wird. Diese dort auch als „Bereich“ bezeichneten Gebiete können sich nach der dortigen Regelung auch getrennt voneinander entscheiden, nach welchem Schichtturnus sie arbeiten wollen, dem 6-3-Turnus oder 4-2-Turnus. Insoweit wäre es sogar möglich, dass in den beiden Bereichen X2 und X1 unterschiedliche Schichtturni greifen. Auch dies zeigt, dass organisatorisch und auch personell jeweils eigenständige Bereiche existieren. Auch zeigt sich dies darin, dass gerade im Fracht- und Frischwasserbereich auch im Zeitraum zwischen 01:00 Uhr und 03:00 Uhr morgens eine Tätigkeit nicht erfolgt. Dies haben die Kläger, nachdem dies auch bereits erstinstanzlich entsprechend vorgetragen war, nicht bestritten. Auch hierin kommt die funktionale Trennung der beiden Bereiche zum Ausdruck. Während die Busfahrer tatsächlich den „Notdienst“ zwischen 01:00 Uhr und 03.00 Uhr aufrechterhalten müssen, gilt dies nicht für den Frachtbereich.

Daraus ergibt sich aber wiederum, dass die von Seiten der o.g. Rechtsprechung zu der tariflichen Regelung geforderte 24-Stunden-Abdeckung von Diensten in diesem Bereich gerade nicht stattfindet. Nachdem aber die tarifliche Regelung eine ununterbrochene Tätigkeit verlangt und auch bereits eine geringfügige Unterbrechung des Tätigkeitsablaufs im jeweiligen Arbeitsbereich die Wechselschicht, und damit auch den Zulagenanspruch entfallen lassen (vgl. z.B. BAG vom 24.09.2008 – 10 AZR 770/07), für den Kläger zu 2) schon deswegen der Zulagenanspruch entfällt. Gleiches gilt auch für den Anspruch auf Zusatzurlaub gemäß § 27 Abs. 1 TVöD-F.

c) Bezüglich des Klägers zu 1), der als Busfahrer eingesetzt wird, ist dieser Arbeitsbereich X2 als maßgeblich anzusehen. Unstreitig erfolgt in diesem Arbeitsbereich auch ein 24-Stunden-Dienst, da auch im Zeitraum zwischen 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr im Sinne einer ART Notdienst die Dienstleistung aufrechterhalten werden muss, um sicherzustellen, dass bei eventuell in diesem Zeitraum landenden Maschinen eine Beförderung stattfinden kann. Dabei erscheint es auch als zutreffend, entsprechend der erstinstanzlichen Entscheidung, den Arbeitsbereich nicht aufzuspalten in einen Bereich des Regelbetriebs

und einen Bereich, der den Zeitraum von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr morgens abdeckt. Zunächst werden in diesen Zeiträumen – soweit Tätigkeiten anfallen – jedenfalls gleichartige Tätigkeiten erbracht, die auch räumlich bezogen auf den Flughafenbereich an derselben Stelle stattfinden. Unmaßgeblich ist insoweit auch, dass im Zeitraum zwischen 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr morgens ein deutlich geringerer Einsatz von Arbeitnehmern stattfindet, da Wechselschichtarbeit nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Arbeitsanfall zu unterschiedlichen Zeiten unterschiedlich groß ist (vgl. die oben zitierte Rechtsprechung). Zwar ist der Arbeitgeberseite zuzugeben, dass im Zeitraum von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr – was die personelle Besetzung der Schicht anbelangt – diesen Zeitraum nur diejenigen Mitarbeiter abdecken, die sich freiwillig zu einer entsprechenden Dienstleistung bereit erklärt haben. Es handelt sich aber auch hierbei um Mitarbeiter, die auch den Regelzeitraum abdecken und nicht etwa eigenständig nur die 2 Stunden an Arbeitsleistung erbringen. Unstreitig, wie im Rahmen der Kammersitzung vorgetragen, leisten die Mitarbeiter nicht nur losgelöst jeweils eine Schicht von 2 Stunden zwischen 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr morgens, sondern erbringen diese Dienstleistung im Zusammenhang mit den sonstigen Schichten, die im Regelbetrieb erbracht werden. Eine echte Abgrenzung also hinsichtlich der Mitarbeiter findet nicht statt. Zudem findet auch ein Wechsel zwischen den Mitarbeitern insoweit statt, als zum Teil Mitarbeiter, die sich freiwillig gemeldet haben, wiederum diesen Dienst nicht mehr erbringen wollen und dafür andere aus dem restlichen Mitarbeiterbereich entweder in die Nachrückerliste oder in die Freiwilligenliste nachrücken. Eine personelle eindeutige Abgrenzung findet daher nicht statt, auch wenn nur die Mitarbeiter, die sich freiwillig gemeldet haben, den 2-Stunden-Dienst zusätzlich erbringen.

d) Die Tätigkeit findet auch im Sinne eines Schichtplans im Sinne von § 7 Abs. 1 TVöD-F statt. Zunächst ist nicht erforderlich, dass der zugrundeliegende Schichtplan eine Einheit darstellen muss. Eine Verkörperung in einem einheitlichen gemeinsamen Schichtplan ist nicht erforderlich. Insoweit ist, selbst wenn man in den jeweiligen Vereinbarungen den maßgeblichen Schichtplan sehen würde, die Erfüllung der Voraussetzung aufgrund der Trennung in 2 Schichtpläne nicht in Frage zu stellen (vgl. BAG vom 13.01.2016 – 10 AZR 792/14, Rd. 20 – zitiert nach juris). Maßgeblich ist insoweit, ob nach der beim Arbeitgeber geltenden Organisation die Arbeit nur in einer die Arbeitszeit des Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmergruppe übersteigenden Zeit erfüllt werden kann und die Arbeits-

aufgabe eine Regelung erforderlich macht, nach der die Arbeitnehmer in wechselnden Arbeitsschichten eingesetzten werden. Dies war auch im Bereich des Bustransportes der Fall, da die 24 Stunden notwendige Erfüllung dieses Dienstes jedenfalls in der Arbeitszeit eines einzelnen Arbeitnehmers nicht erbracht werden kann, sondern vielmehr in wechselnden Arbeitsschichten erfolgen muss, wie die Schichtplanung, die von Seiten der Kläger im Rahmen der Kammersitzung vorgelegt wurde, auch zeigt. Dort ist auch ersichtlich, dass auch die Mitarbeiter, die den 2-Stunden-Zeitraum abdecken, zum einen ebenfalls mit eingeplant sind, andererseits eben nicht nur isoliert die 2 Stunden erbringen, sondern im Zusammenhang mit Schichten aus dem Regelbetrieb. Dementsprechend findet auch hier ein fortlaufender, die einzelne Arbeitszeit übersteigender Schichtwechsel statt.

e) In diesem Arbeitsbereich findet daher aufgrund dieser Schichtplanung auch ein 24-Stunden-Betrieb statt, d.h. ein ununterbrochener Betrieb an allen Wochentagen. Somit liegt in diesem Bereich an sich Wechselschichtarbeit vor.

f) Der Kläger zu 1) hat dennoch keinen Anspruch auf die Wechselschichtzulage, da er, auch im streitgegenständlichen Zeitraum, Wechselschichtarbeit zumindest nicht geleistet hat. Dies ist aber weitere Voraussetzung nach der tariflichen Regelung (vgl. BAG vom 24.09.2008 – 10 AZR 140/08 Rnr.15 – zitiert nach juris) Denn hier fehlt es daran, dass der Kläger rund um die Uhr eine entsprechende Wechselschichtarbeit zu leisten hatte, ihm diese entsprechende Wechselschichtarbeit auch zugewiesen war und er sämtliche Schichtarten abgedeckt hat. Denn der Kläger konnte aufgrund seiner arbeitsvertraglichen, auch durch die Betriebsvereinbarungen beeinflussten Situation zu einer Arbeit im Zeitraum von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr nicht herangezogen werden.

aa) Gemäß § 106 GewO ist das Direktionsrecht des Arbeitgebers nur soweit gegeben, als es nicht durch Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung festgelegt ist. Im vorliegenden Fall war zwar der Kläger aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Gestaltung auch verpflichtet Wechselschichtarbeit zu leisten, soweit ihm diese von Seiten des Arbeitgebers im Wege des Direktionsrechts auferlegt würde. Nachdem allerdings aufgrund der BV- FW eine entsprechende Dienstleistung im Zeitraum von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr morgens nur von den Mitarbeitern verlangt werden durfte, die sich freiwillig hierzu gemeldet hatten, war das Direktionsrecht des Arbeitgebers durch diese Betriebsvereinbarung eingeschränkt.

Solange diese Betriebsvereinbarung daher so griff, und dies bezog sich auf den gesamten streitgegenständlichen Zeitraum, war demgemäß eine Arbeitsleistung vom Kläger im Zeitraum von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr nicht aufgrund des Direktionsrechts festsetzbar. Dies wiederum führt dazu, dass vom Kläger zu 1) also eine ununterbrochene Arbeitsleistung nicht verlangt werden konnte und dieser diese ununterbrochene Arbeitsleistung auch nicht erbracht hat.

bb) Demgemäß ist die Voraussetzung, dass eine ständige Wechselschichtarbeit im Sinne von § 8 TVöD-F vorliegt, nämlich kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung oder kraft Direktionsrechts dauerhaft eine entsprechende Art von Tätigkeit zugewiesen sein muss, nicht erfüllt (vgl. BAG vom 24.03.2010 – 10 AZR 58/09, Rd. 20 – zitiert nach juris). Insoweit ist es erforderlich, dass die tatsächliche Erbringung jeder der verschiedenen Schichtarten Anspruchsvoraussetzung für die Zulage wegen ständiger Wechselschichtarbeit ist (vgl. BAG vom 13.06.2012 – 10 AZR 351/11). Der Kläger zu 1) hat also nicht etwa im streitgegenständlichen Zeitraum die Tätigkeit etwa in der Schicht, die von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr lief, erfüllt. Er konnte sie auch nicht erfüllen, da er nicht unter den Bereich der BV-FW fiel und entsprechende eine Einteilung auch nicht möglich war. Es fehlt daher an der tatsächlichen Erbringung von Wechselschichtarbeit, die ihm insoweit auch nicht zugewiesen war, weil dies die Betriebsvereinbarung verhinderte. Entsprechend war diese so definierte Wechselschichtarbeit zwar im jeweiligen Arbeitsbereich, also im Busfahrerbereich, organisatorisch zwar vorgesehen, jedoch vom Beschäftigten tatsächlich nicht geleistet worden. Erst der Wechsel rund um die Uhr in bestimmten Zeiträumen und die damit einhergehende Belastung soll durch die höhere Wechselschichtzulage honoriert werden. Erforderlich ist die tatsächliche Erbringung der Wechselschichtarbeit (vgl. BAG vom 13.06.2012 – 10 AZR 351/11 Rnr.21; vom 24.03.2010 – 10 AZR 58/09 Rnr.21; vom 24.09.2008 – 10 AZR 140/08, Rnr. 15 und 16 – zitiert nach juris).

cc) Soweit das Bundesarbeitsgericht es für ausreichend erachtet hat, dass ein Einsatz in allen Schichtarten, nämlich Früh-, Spät- und Nachtschicht erfolgt und nicht in allen Schichten und in der Leistung von Früh-, Spät- und Nachdienst eine Tätigkeit tatsächlich rund um die Uhr bejaht hat (vgl. BAG vom 16.03.2013 – 10 AZR 1053/12) unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem dort entschiedenen Fall dadurch, dass im dortigen Fall jedenfalls eine Einsatzmöglichkeit rund um die Uhr möglich gewesen wäre. Zwar hat das

Bundesarbeitsgericht es nicht für erforderlich erachtet, dass der betroffene Arbeitnehmer selbst „rund um die Uhr“ Vollleistung erbringt (vgl. BAG vom 24.09.2008 – 10 AZR 770/07), jedoch eine Unterbrechung für schädlich erachtet. Im vorliegenden Fall ist jedoch ein Einsatz des Klägers zu 1) im Zeitraum von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr weder rechtlich möglich gewesen, noch hat er stattgefunden. Alleine die Tätigkeit also in den Regelschichten führt nicht dazu, dass etwa ein Dienst rund um die Uhr bejaht werden kann. Tatsächlich fehlt es damit an der Zuweisung einer Wechselschichtarbeit bzw. jedenfalls an der tatsächlichen Erbringung einer entsprechenden Wechselschichtarbeit. Insoweit scheidet der Anspruch auf Zahlung der Zulage aus (ebenso Burger TVöD 4. Aufl. § 7 Rnr.3; a.A. Litschen „Das arbeitnehmerbezogene Tatbestandselement bei Wechselschichtarbeit“ in öAT 2019, 199).

g) Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass die Wechselschichtzulage ein Ausgleich für die anfallende Erschwernis durch die Tätigkeit in Wechselschichtarbeit darstellt. Zwar ist ohne Zweifel festzustellen, dass auch bei einer Tätigkeit im Zeitraum zwischen 03:00 Uhr morgens bis 01:00 Uhr in der Früh des nächsten Tages in den vom Kläger geleisteten Schichten eine entsprechende Erschwernis vorliegt, die vergleichbar der Wechselschichtarbeit ist, jedoch führt dies nicht dazu, dass deswegen bereits die Wechselschichtzulage zu zahlen wäre. Nach der tariflichen Regelung fällt die Wechselschichtzulage nur an, wenn auch Wechselschichtarbeit geleistet wird. Die ansonsten auftretende Erschwernis wird durch die ohnehin geleistete Schichtzulage abgegolten. Des Weiteren ist auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass bei einer Rund-um-die-Uhr-Einteilung letzten Endes im Wege der Einteilbarkeit zu entsprechenden Schichten noch eine weitere Erschwernis festzustellen ist, als für den Fall, der beim Kläger vorliegt, der zumindest für einen gewissen Zeitraum von 24 Stunden nicht einteilbar ist (vgl. BAG vom 24.09.2008 – 10 AZR 140/08 Rnr.16 – zitiert nach juris).

h) Diesem Ergebnis steht auch nicht etwa der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs entgegen. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils verwiesen werden, denn letztlich wurde die Arbeitszeitgestaltung im Wege des Regeldienstes und des Ausnahme- und Freiwilligendienstes vom Betriebsrat im Wege des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung mitgetragen. Insoweit scheint es schon zweifelhaft, dem Arbeitgeber letzten Endes unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs etwa die

Zahlung einer Zulage aufzuerlegen. Des Weiteren ist festzustellen, dass auch für die Einteilung etwa nur einer geringen Anzahl von Arbeitnehmern gerade durch die besondere Situation der anfallenden Arbeit bei der Beklagten durch die Schichteinteilung Rechnung getragen wird, weil im Verhältnis zum Regelbetrieb innerhalb der 2 Stunden von 01:00 Uhr bis 03:00 Uhr früh lediglich eine absolut geringe Anzahl von Arbeitnehmern benötigt wird und insoweit zumindest ein nachvollziehbarer Grund dafür vorliegt, dass in diesen Zeiten nur eine geringere Anzahl von Arbeitnehmern in die Schicht eingeteilt wird und dies ggf. auch nur von freiwilligen Mitarbeitern, die die zusätzliche Belastung freiwillig auf sich nehmen. Ein Rechtsmissbrauch ist daher nicht ersichtlich.

Daher konnte die Berufung des Klägers zu 1) ebenfalls keinen Erfolg haben.

2. Die Ansprüche auf Zusatzurlaub scheiden ebenfalls aus, weil hierfür eine Wechselschichtarbeitsleistung Voraussetzung wäre, § 27 Abs.1 a) TVöD-AT.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

IV.

Aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der entscheidenden Rechtsfrage für eine Vielzahl von Arbeitnehmern im Rahmen der Anwendbarkeit des TVöD in derartigen Fällen, war die Revision zuzulassen. Insoweit wird auf die nachfolgende Rechtsmittelbelehrung verwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil können die Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagten ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Die Revision kann auch in elektronischer Form eingelegt und begründet werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg entsprechend § 46c ArbGG übermittelt werden. Wegen näherer Einzelheiten wird verwiesen auf die Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) vom 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung.

Neumeier Wahba Schwarzmair