

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 8. April 2003¹

1. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hat dem Gerichtshof vier Fragen nach der Auslegung einiger Bestimmungen der Richtlinie 93/104/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung² zur Vorabentscheidung vorgelegt.

soweit es ihnen in Zeiten, in denen sie nicht in Anspruch genommen werden, gestattet ist, an Ort und Stelle zu schlafen.

Konkret geht es darum, ob es sich bei Bereitschaftsdienstzeiten, die von Ärzten in Krankenhäusern abgeleistet werden³, in vollem Umfang um Arbeitszeit handelt,

I — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

2. Herr Jaeger, Kläger des Ausgangsverfahrens und Berufungsbeklagter vor dem Landesarbeitsgericht, das die Vorabentscheidungsfragen vorgelegt hat, (im Folgenden: Kläger) ist seit dem 1. Mai 1992 als Assistenzarzt in der chirurgischen Abteilung eines Krankenhauses der Stadt Kiel (im Folgenden: Beklagte) beschäftigt. Durch Nebenabrede ist er verpflichtet, Bereitschaftsdienste zu leisten, die der Stufe D der Nummer 8 Absatz 2 des Anhangs 2c des Bundesangestelltentarifvertrags (BAT) zugewiesen sind, dessen Anwendung die Parteien vereinbart haben. Seit April 1998 ist er mit 3/4 der regelmäßigen Arbeitszeit, d. h. etwa 29 Stunden wöchentlich, beschäftigt.

3. Der Kläger leistet im Monat regelmäßig sechs Bereitschaftsdienste, die montags bis donnerstags 16 Stunden, freitags 18,5

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Richtlinie des Rates vom 23. November 1993 (ABl. L 307, S. 18).

3 — Zur Erläuterung der verwendeten Terminologie möchte ich anmerken, dass der Bereitschaftsdienst nach spanischem Recht in der Form der persönlichen Anwesenheit oder der Rufbereitschaft abgeleistet werden kann. Sowohl im Real Decreto 137/1984 vom 11. Januar 1984 (BOE vom 1. Februar 1984) als auch im Erlass vom 24. September 1984 (BOE vom 26. September 1984) wurde für die für bestimmte Berufsweige organisierten Schichtdienste außerhalb der normalen Arbeitszeit noch der Begriff „Wachdienste“ verwendet. Seit dem Erlass vom 9. Oktober 1985 (BOE vom 16. Oktober 1985) hat sich die Bezeichnung geändert, und die Wachdienste werden nunmehr als „Bereitschaftszeiten“ bezeichnet, deren Zweck eine ununterbrochene Versorgung der Benutzer der Gesundheitsdienste ist und nicht, wie einige Teilnehmer an der mündlichen Verhandlung meinten, die Pflicht der gesundheitsdienstlichen Mitarbeiter, während der Dienstbereitschaft präsent und aktiv zu sein. Dieselbe terminologische Entwicklung ist bei der Justizverwaltung zu verzeichnen: Bis zum Real Decreto 3233/1983 vom 21. Dezember 1983 (BOE vom 31. Dezember 1983) erhielten die Beamten, die während 24 Stunden „ununterbrochenen Wachdienst“ in den Gerichten leisteten, eine Prämie, während nach dem Real Decreto 351/1985 vom 20. März 1985 (BOE vom 21. März 1985) die Beamten entschädigt werden, die während 24 Stunden am Sitz des Gerichts „Bereitschaftsdienst leisten“.

Stunden, samstags 25 Stunden (8.30 Uhr Samstagmorgen bis 9.30 Uhr Sonntagmorgen) und sonntags 22 Stunden 45 Minuten (8.30 Uhr Sonntagmorgen bis 7.15 Uhr Montagmorgen) dauern und sich auf insgesamt 114 Stunden im Monat belaufen. Von montags bis freitags beginnt der Bereitschaftsdienst im Anschluss an einen normalen Arbeitstag von acht Stunden.

handele es sich um Arbeitszeit. Die Landeshauptstadt Kiel, Beklagte und Berufungsklägerin des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Beklagte) als Verwaltungsträgerin des Krankenhauses macht demgegenüber, gestützt auf die ständige Rechtsprechung der nationalen Gerichte und die herrschende Lehre in Deutschland, geltend, Bereitschaftsdienste, in deren Rahmen die Ärzte keine Tätigkeit ausüben, seien als Ruhezeiten und nicht als Arbeitszeit anzusehen.

4. Während der Bereitschaftsdienste hält sich der Kläger in der Klinik auf und erledigt dort gegebenenfalls anfallende Arbeiten. Ihm steht gemeinsam mit zwei Kollegen ein Zimmer zur Verfügung, in dem er schlafen darf, soweit er nicht herangezogen wird. Nach dem geltenden Tarifvertrag darf die durchschnittliche Arbeitszeit während dieser Dienste über mehrere Monate nicht mehr als 49 v. H. betragen⁴. Die Abgeltung erfolgt teils durch Freizeit⁵ und teils durch zusätzliche Vergütung.

6. Der Klage wurde in erster Instanz stattgegeben, doch legte die Beklagte hiergegen Berufung ein.

5. Der Kläger macht geltend, bei dem im Krankenhaus geleisteten Bereitschaftsdienst

II — Deutsches Recht

7. Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts sind die Arbeitszeit und die Ruhezeit im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) vom 6. Juni 1994 geregelt, das zur Umsetzung der Richtlinie 93/104 in das nationale Recht erging.

4 — Die Beklagte trägt in ihren schriftlichen Erklärungen vor, wenn der Bereitschaftsdienst mit einer durchschnittlichen Inanspruchnahme von mehr als 49 % verbunden sei, werde er als Dienst mit der vollen Arbeitszeit organisiert. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers vorgetragen, die Tätigkeit des Arztes gehe de facto über diesen Prozentsatz hinaus, da er auch administrative Aufgaben wahrnehme.

5 — Anscheinend hat er einen Anspruch auf zweimal sieben und einmal fünfeinhalb Stunden für den in der Woche geleisteten Bereitschaftsdienst sowie auf zusätzlich sieben Stunden für den sonntäglichen Bereitschaftsdienst, ohne dass Freizeitgleich für den freitäglichen und samstäglichen Bereitschaftsdienst gewährt wird, da der folgende Tag jeweils ohnehin frei ist. Nach den Berechnungen des Klägers beläuft sich der Bereitschaftsdienst unter Berücksichtigung dieser Zeiten auf insgesamt ungefähr 88 Monatssstunden oder 22 Wochenstunden, so dass unter Einschluss der vertraglichen Wochenarbeitszeit ungefähr 51 Stunden erreicht werden.

8. Nach § 2 Absatz 1 ArbZG ist Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen; nach § 3 darf die werktägliche Arbeitszeit acht Stunden nicht überschreiten, kann jedoch auf bis zu zehn Stunden verlängert werden, wenn innerhalb

von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden.

10. Sofern der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer durch einen entsprechenden Zeitausgleich gewährleistet wird, kann nach § 7 Absatz 2 in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung zugelassen werden,

9. Die Ruhezeit der Arbeitnehmer ist in § 5 geregelt, dem zufolge sie nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden haben müssen.

— abweichend von § 5 Absatz 1 die Ruhezeiten bei Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft den Besonderheiten dieser Dienste anzupassen und Kürzungen der Ruhezeit infolge von Inanspruchnahmen während dieser Dienste zu anderen Zeiten auszugleichen,

Nach § 5 Absatz 2 kann die Ruhezeit jedoch in Krankenhäusern und anderen Einrichtungen zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen um bis zu eine Stunde verkürzt werden, wenn diese Verkürzung innerhalb eines Kalendermonats oder innerhalb von vier Wochen durch Verlängerung einer anderen Ruhezeit auf mindestens zwölf Stunden ausgeglichen wird.

— die Regelungen der §§ 3, 4, 5 Absatz 1 und 6 Absatz 2 bei der medizinischen Behandlung von Personen der Eigenart dieser Tätigkeit und dem Wohl dieser Personen entsprechend anzupassen,

Nach § 5 Absatz 3 können in diesen Einrichtungen Inanspruchnahmen während des Bereitschaftsdienstes oder der Rufbereitschaft⁶, die nicht mehr als die Hälfte der Ruhezeit betragen, zu anderen Zeiten ausgeglichen werden.

— die Regelungen der §§ 3, 4, 5 Absatz 1 und 6 Absatz 2 bei Verwaltungen und Betrieben des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie bei anderen Arbeitgebern, die der Tarifbindung eines für den öffentlichen Dienst gelten-

6 — Definiert als Zeit, in der der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, sich am Arbeitsplatz aufzuhalten, aber bereit sein muss, die Arbeit auf Abruf alsbald aufnehmen zu können.

den oder eines im wesentlichen inhaltsgleichen Tarifvertrags unterliegen, der Eigenart der Tätigkeit bei diesen Stellen anzupassen.

11. Nach § 15 BAT beträgt die regelmäßige Arbeitszeit durchschnittlich 38 1/2 Stunden wöchentlich, bezogen auf einen Zeitraum von acht Wochen. Sie kann verlängert werden auf bis zu zehn Stunden täglich oder durchschnittlich 49 Stunden wöchentlich, wenn in sie regelmäßig eine Arbeitsbereitschaft von durchschnittlich mindestens zwei Stunden täglich fällt, auf bis zu elf Stunden täglich oder durchschnittlich 54 Stunden wöchentlich, wenn die Arbeitsbereitschaft mindestens drei Stunden ausmacht, und auf bis zu zwölf Stunden täglich oder durchschnittlich 60 Stunden wöchentlich, wenn der Angestellte lediglich an der Arbeitsstelle anwesend sein muss, um im Bedarfsfall vorkommende Arbeiten zu verrichten.

Der Angestellte ist verpflichtet, sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer von diesem bestimmten Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen (Bereitschaftsdienst). Bereitschaftsdienst darf nur angeordnet werden, wenn zu erwarten ist, dass zwar Arbeit anfällt, erfahrungsgemäß aber die Zeit ohne Arbeitsleistung überwiegt.

Die deutsche Regierung hat in ihren schriftlichen Erklärungen mitgeteilt, nach dem BAT könne die Ruhezeit für Ärzte auf acht Stunden gekürzt werden. Die Tarifparteien hätten sich darauf geeinigt, dass die Mindestruhezeit nach einem Bereitschaftsdienst am Wochenende zwölf Stunden betragen müsse und dass sie nach einem Bereitschaftsdienst von zwölf Stunden, der auf einen Arbeitstag von siebeneinhalb Stunden folge, auf acht Stunden gekürzt werden könne.

III — Vorabentscheidungsfragen

12. Nach der Darstellung des Landesarbeitsgerichts ist der Begriff des Bereitschaftsdienstes im ArbZG nicht geregelt. Es handele sich um eine Pflicht zur Anwesenheit an einem bestimmten Ort, verbunden mit der Verpflichtung, bei Bedarf unverzüglich tätig zu werden. Der Arbeitnehmer könne ruhen oder sich sonstwie beschäftigen. Er müsse nicht von sich aus tätig werden, sondern nur auf Anweisung des Arbeitgebers. Die Tätigkeit des Klägers sei Bereitschaftsdienst in diesem Sinne.

Nach deutschem Recht stelle Bereitschaftsdienst nicht Arbeits-, sondern Ruhezeit dar, wie sich aus § 5 Absatz 3 bzw. § 7 Absatz 2 ArbZG ergebe. Aus der Tatsache, dass Kürzungen der Ruhezeiten durch Inanspruchnahme während des Bereitschaftsdienstes zu anderen Zeiten ausgeglichen werden könnten, folge, dass Be-

reitschaftsdienste zur Ruhezeit zählen, wenn der Angestellte keine Arbeitsleistung erbracht habe.

In den letzten Jahren habe das Bundesarbeitsgericht wiederholt so entschieden, wenn auch in vergütungsrechtlicher Hinsicht. Hiernach erbringe der schlafende Arbeitnehmer nicht eine im Verhältnis zur Vollarbeit geringere Arbeitsleistung, sondern gar keine Arbeitsleistung. Übertragen auf den vorliegenden Fall würde das bedeuten, dass der Arbeitnehmer während seines Schlafes dem Arbeitgeber nicht im Sinne der Richtlinie 93/104 zur Verfügung stehe.

13. Um eine Entscheidung in der Sache treffen zu können, hat das deutsche Gericht beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Handelt es sich bei einem Bereitschaftsdienst, den ein Arbeitnehmer in einem Krankenhaus ableistet, generell um Arbeitszeit im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104/EG, und zwar auch insoweit, als es dem Arbeitnehmer in Zeiten, in denen er nicht in Anspruch genommen wird, gestattet ist, zu schlafen?
2. Verstößt eine Regelung im nationalen Recht, mit der Bereitschaftsdienst als Ruhezeit bewertet wird, soweit nicht eine Inanspruchnahme erfolgt, dergestalt, dass sich der Arbeitnehmer in einem Krankenhaus in einem ihm zur Verfügung gestellten Raum aufhält und auf Aufforderung die Arbeit aufnimmt, gegen Artikel 3 der Richtlinie 93/104/EG?
3. Verstößt eine nationale Regelung, die eine Kürzung der täglichen Ruhezeit von elf Stunden in Krankenhäusern und anderen Einrichtungen zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen dergestalt zulässt, dass Zeiten der Inanspruchnahme während des Bereitschaftsdienstes oder der Rufbereitschaft, die nicht mehr als die Hälfte der Ruhezeit betragen, zu anderen Zeiten ausgeglichen werden, gegen die Richtlinie 93/104/EG?
4. Verstößt eine nationale Regelung, die es zulässt, dass in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags in einer Betriebsvereinbarung zugelassen werden kann, dass Ruhezeiten bei Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft den Besonderheiten dieser Dienste angepasst werden, insbesondere Kürzungen der Ruhezeit infolge von Inanspruchnahmen während dieser Dienste zu anderen Zeiten ausgeglichen werden, gegen die Richtlinie 93/104/EG?

IV — Gemeinschaftsrecht

Artikel 3

14. Um dem Landesarbeitsgericht antworten zu können, muss der Gerichtshof folgende Vorschriften der Richtlinie 93/104 auslegen:

„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird.“

Artikel 2

Artikel 6

„Im Sinne dieser Richtlinie sind:

„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer:

1. *Arbeitszeit*: jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt;

...

2. die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.“

2. *Ruhezeit*: jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit;

Artikel 17

...“

„...“

(2) Sofern die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher gleichwertigen Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten, kann im Wege von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder im Wege von Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern abgewichen werden:

V — Verfahren vor dem Gerichtshof

15. Innerhalb der nach Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes vorgesehenen Frist haben die Beklagte, der Kläger, die dänische, die deutsche und die niederländische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht.

2.1. von den Artikeln 3, 4, 5, 8 und 16:

...

In der mündlichen Verhandlung vom 25. Februar 2003 haben sich die Vertreter der Beklagten und des Klägers sowie die Bevollmächtigten der dänischen, der deutschen und der niederländischen Regierung sowie des Vereinigten Königreichs und der Kommission geäußert.

c) bei Tätigkeiten, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes oder der Produktion gewährleistet sein muss, und zwar insbesondere bei

VI — Abgegebene Erklärungen

i) Aufnahme-, Behandlungs- und/oder Pflegediensten von Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen, Heimen sowie Gefängnissen,

16. Der Kläger macht geltend, der von ihm im Krankenhaus geleistete Bereitschaftsdienst sei insgesamt als Arbeitszeit anzusehen, unabhängig von der Häufigkeit seiner Inanspruchnahme, da er im Krankenhaus anwesend sein und sich zur Verfügung des Arbeitgebers halten müsse, um im Bedarfsfall tätig zu werden. In Deutschland sei der Schutz der Gesundheit und der Sicherheit des Arbeitnehmers nicht gewährleistet, da der Ausgleich für Bereitschaftsdienste auf die Zeiten der In-

...“

anspruchnahme beschränkt sei. Wenn von einem Arzt bis zu 30 Stunden ununterbrochene Tätigkeit verlangt werden dürften, schütze der nachträgliche Ausgleich durch Ruhezeiten ihn nicht vor dem Stress, dem er ausgesetzt worden sei, noch vor den Fehlern, die er in Erledigung seiner Aufgaben begangen habe, weil ihm keine gleichwertige Ruhezeit im Sinne des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie 93/104 gewährt werde.

17. Nach Auffassung der Beklagten und der fünf Regierungen, die sich an diesem Verfahren beteiligt haben, stellt der von einem Angestellten in einem Krankenhaus geleistete Bereitschaftsdienst grundsätzlich keine Arbeitszeit im Sinne von Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 dar. Speziell wenn er in der Einrichtung schlafen dürfe, fielen hierunter nicht die Zeiten, in denen er nicht in Anspruch genommen werde. Die drei in Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 zur Definition des Begriffes Arbeitszeit aufgestellten Kriterien seien kumulativ. Daher könne nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, die Ruhepausen während des Bereitschaftsdienstes erfüllten diese Kriterien, da der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht zur Verfügung stehe, während er schlafe oder sich ausruhe und überdies keine der vertraglich vorgesehenen Aufgaben wahrnehme. Die Verpflichtung, sich in der Einrichtung aufzuhalten, stelle lediglich eine Beschränkung seiner Bewegungsfreiheit dar, und seine Arbeitsbereitschaft könne nicht mit der Erbringung einer Arbeitsleistung gleichgesetzt werden. Der Schutz desjenigen, der Bereitschaftsdienst leiste, werde dadurch gewährleistet, dass die Ruhezeit von elf Stunden neu zu laufen beginne, wenn sie durch seine Inanspruchnahme unterbrochen werde. Wenn er nicht

gestört werde und bis zu elf Stunden schlafen könne, sei diese Zeit als Ausgleichsruhezeit anzusehen. Wenn die Arbeitsbelastung im Krankenhaus ausnahmsweise mehr als 50 % des Bereitschaftsdienstes ausmache, müsse dem Angestellten der folgende Tag freigegeben werden, wodurch ihm eine für den Schutz der Gesundheit unerlässliche Erholung garantiert werde.

18. Die Kommission vertritt demgegenüber die Auffassung, der Bereitschaftsdienst sei grundsätzlich Arbeitszeit, da die Ärzte verpflichtet seien, sich im Krankenhaus aufzuhalten und dem Arbeitgeber zur Erbringung ihrer beruflichen Leistungen zur Verfügung zu stehen. Im Übrigen seien die Stunden, die der Arzt im Bereitschaftsdienst verbringe, nicht Teil der Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden nach Artikel 3 der Richtlinie 93/104.

VII — Prüfung der Vorabentscheidungsfragen

A — Erste Frage

19. Mit dieser Frage möchte das deutsche Gericht wissen, ob es sich bei dem Bereitschaftsdienst, den ein Arzt in einem Kran-

kenhaus in der Form persönlicher Anwesenheit ableistet, in vollem Umfang um Arbeitszeit im Sinne von Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 handelt, auch wenn es ihm gestattet ist, in Zeiten, in denen er nicht in Anspruch genommen wird, zu schlafen.

20. Der Gerichtshof hat sich im Urteil BECTU⁷ zum Zweck der Richtlinie 93/104 geäußert und festgestellt, dass sich sowohl aus Artikel 118a EG-Vertrag⁸, der die Rechtsgrundlage dieser Richtlinie darstellt, als auch aus deren erster, vierter, siebter und achter Begründungserwägung sowie aus dem Wortlaut des Artikels 1 Absatz 1 ergibt, dass durch die Richtlinie Mindestvorschriften festgelegt werden sollen, die dazu bestimmt sind, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer durch eine Angleichung namentlich der innerstaatlichen Arbeitszeitvorschriften zu verbessern, und dass nach denselben Bestimmungen diese gemeinschaftsweite Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer durch die Gewährung von Mindestruhezeiten und angemessenen Ruhepausen gewährleisten soll.

21. Die Richtlinie 93/104 enthält Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung, die für die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten, den Min-

destjahresurlaub, die Ruhepausen, die wöchentliche Höchstarbeitszeit sowie bestimmte Aspekte der Nacht- und der Schichtarbeit sowie des Arbeitsrhythmus gelten.

22. Der Begriff der Arbeitszeit wird in Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 definiert, dem zufolge hierunter „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“, zu verstehen ist. Im Wege des Ausschlusses bezeichnet Artikel 2 Nummer 2 die Ruhezeit als „jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit“.

23. Im Urteil Simap⁹ hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass der Bereitschaftsdienst der Ärzte der Teams zur medizinischen Grundversorgung¹⁰ in Form persönlicher Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung die charakteristischen Merkmale des Begriffes der Arbeitszeit aufweise,

9 — Urteil vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-303/98 (Simap, Slg. 2000, I-7963, Randnr. 48).

10 — In Spanien unterscheidet Artikel 156 der Ley General de Sanidad (Ley 14/1986) (Allgemeines Gesundheitsgesetz) vom 25. April 1986 (BOE vom 29. April 1986) zwischen der medizinischen Grundversorgung, zu der die Aufgaben der Gesundheitsförderung, Vorsorge, Heilung und Rehabilitation gehören, die von Unterstützungsdiensten mit Hilfe von Basismitteln wahrgenommen werden, und der spezialisierten Versorgung, die in Krankenhäusern und spezialisierten Einrichtungen erbracht wird, die eine komplexere Versorgung bei Gesundheitsproblemen sowie die weiteren krankenhaustypischen Funktionen umfassen. Nach Artikel 3 des Real Decreto 137/1984 vom 11. Januar 1984 betreffend die Grundstrukturen im Gesundheitswesen (BOE vom 1. Februar 1984) besteht das Grundversorgungsteam aus Allgemeinmedizinern sowie Kinderärzten, Kinderpflegern, Krankenpflegern, Geburtshelfern und Pflegehelfern.

7 — Urteil vom 26. Juni 2001 in der Rechtssache C-173/99 (Slg. 2001, I-4881, Randnrn. 37 f.).

8 — Die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden.

da dieser die beiden ersten Voraussetzungen erfülle; zudem sei ihre Verpflichtung, sich zur Erbringung ihrer beruflichen Leistungen am Arbeitsplatz aufzuhalten und verfügbar zu sein, als Bestandteil der Wahrnehmung ihrer Aufgaben anzusehen, auch wenn die tatsächlich geleistete Arbeit von den Umständen abhänge.

24. Das vorliegende Gericht kennt diese Rechtsprechung. Es meint jedoch, im vorliegenden Fall könnte die Antwort anders ausfallen, weil es dem Arzt gestattet sei, in den Zeiten, in denen er nicht in Anspruch genommen werde, zu schlafen — ein Umstand, der bisher noch nicht geprüft worden sei.

25. Die Analyse der konkreten Situation des Arztes, der in einem deutschen Krankenhaus Bereitschaftsdienst leistet, ergibt, dass seine persönliche Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung während eines bestimmten Zeitraums verlangt wird, in dem er bei Bedarf und auf Anforderung des Arbeitgebers zur Verfügung stehen muss, um seiner Tätigkeit nachzugehen. Auch wenn seine durchschnittliche tatsächliche Arbeitszeit während eines Zeitraums von mehreren Monaten 49 % beträgt, steht fest, dass seine Leistungen während eines Dienstes so oft in Anspruch genommen werden können, wie es erforderlich ist, ohne dass insoweit eine Grenze bestünde.

26. Ebenso wie in der Rechtssache *Simap*¹¹ sind die beiden ersten Voraussetzungen des

Artikels 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 erfüllt, da der Arzt sich an der Arbeitsstelle aufhält und dem Arbeitgeber zur Verfügung steht¹². Zweifel ergeben sich daraus, dass es ihm gestattet ist, während seines Bereitschaftsdienstes zu schlafen, soweit er nicht in Anspruch genommen wird, so dass er seine Tätigkeit nicht ununterbrochen ausübt.

27. Meiner Auffassung nach bedeutet diese Möglichkeit, zu schlafen, nicht, dass diese Zeiten nicht als Arbeitszeit betrachtet werden dürfen, und zwar aus mehreren Gründen.

28. Erstens sind die drei in Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 angegebenen Kriterien eigenständig; wie Generalanwalt Saggio in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Simap*¹³ darlegte und es sodann vom Gerichtshof in Randnummer 48 des Urteils bestätigt wurde¹⁴, müssen nicht alle erfüllt sein, um eine bestimmte Zeit als Arbeitszeit einzustufen. Es darf nicht vergessen werden, dass die Richtlinie 93/104 Mindestvorschriften für Sicherheit

12 — Es steht außer Zweifel, dass er dem Arbeitgeber zur Verfügung steht, da er verpflichtet ist, sich an dem Ort aufzuhalten, der ihm vom Arbeitgeber vorgegeben wird.

13 — In der das bereits zitierte Urteil erging: Slg. 2000, I-7968 ff., Nr. 36.

14 — Einige Autoren vertreten allerdings die gegenteilige Auffassung: Fairhurst, J., „SIMAP — Interpreting the Working Time Directive“, in *Industrial Law Journal*, Band 30, Juni 2001, S. 236 bis 243, insbesondere S. 240: „By asserting that the three 'working time' criteria are cumulative, the ECJ has cleared up any possible doubt on this issue“; Baron, F., „La notion de temps de travail en droit communautaire“, in *Droit social*, 2001, S. 1097 bis 1102, insbesondere S. 1098: „L'avocat général Saggio, soulignant le caractère peu clair de la formule employée, avait considéré que trois critères posés par le texte [...] étaient autonomes, avec des arguments très pertinents. [...] Malgré la force de cette analyse, la Cour de Justice a considéré, semble-t-il, que les trois conditions étaient cumulatives.“

11 — Zitiert in Fußnote 9.

und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung für alle Mitgliedstaaten aufstellt, so dass die in Artikel 2 enthaltenen Begriffe sehr umfassend definiert sind, um alle Fälle erfassen zu können, die in der Praxis vorkommen.

29. Natürlich ist die Erfüllung nur eines der Kriterien nicht ausreichend. Nicht die gesamte Zeit, die jemand am Arbeitsplatz verbringt, wird zur Arbeitszeit gerechnet: Zum Beispiel kann die Essenspause abgezogen werden; auch die Zeit, die jemand dem Arbeitgeber zu bestimmten Stunden am Tag oder an bestimmten Tagen der Woche zur Verfügung steht, gehört nicht zwangsläufig zur Arbeitszeit¹⁵; nicht einmal die Ausübung der Tätigkeit gehört dazu, wenn nicht eines der beiden anderen Kriterien erfüllt ist, da der Betreffende dies möglicherweise aus eigenem Antrieb tut, altruistisch und außerhalb des Einflussbereichs seines Arbeitgebers.

30. Meines Erachtens stellen die Zeiten, in denen der Angestellte sich an seinem Arbeitsplatz aufhält und dem Arbeitgeber zur Verfügung steht, Arbeitszeit dar, auch wenn er nicht seine Aufgaben wahrnimmt, da die Verteilung von Aufgaben unter dem Personal jederzeit in der Macht des Arbeitgebers steht. Dasselbe gilt für die Zeiten, in denen der Angestellte sich an der Arbeitsstelle aufhält und seine Tätigkeit ausübt, ohne dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stehen, da ihm umfassende Autonomie eingeräumt ist, um zu einem konkreten Ergebnis zu gelangen, sowie für diejenigen, in denen er dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Aufgaben wahrnimmt, allerdings nicht am Arbeitsplatz.

Somit ist die Erfüllung von zwei Kriterien die notwendige und in den meisten Fällen hinreichende Bedingung, um bestimmte Zeiten als Arbeitszeit im Sinne von Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 einzustufen.

31. Gewiss ist das erste dieser Kriterien, wie der Vertreter des Vereinigten Königreichs in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben hat, je nach Sprache unterschiedlich formuliert. So wird im Spanischen¹⁶, Französischen¹⁷ oder Italienischen¹⁸ verlangt, dass der Arbeitnehmer bei der Arbeit ist oder sich dort aufhält, während es im Englischen¹⁹ Deutschen²⁰ oder Niederländischen²¹ erforderlich ist,

15 — Supiot, A., *Au delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris 1999, S. 122 ff.: „[...] la pratique des ‚astreintes‘ (travail au sifflet: *on call*), [...] met à mal la définition traditionnelle du temps de travail. Comment qualifier ce temps où le salarié ne travaille pas pour le compte de son employeur, mais doit se tenir prêt à répondre à toute réquisition de sa part? Le temps ainsi assujéti n'est du temps libre ni du temps de travail. C'est un temps d'un troisième type [...] dont la qualification et le régime restent à définir en droit du travail“; Meulders, D., Plasman, O., und Plasman, R., „Unsocial, Rotating & Split Working Hours“, in *Atypical Employment in the EC*, Dartmouth, 1994, S. 80: „These forms of working constitute the different formulae for flexible time management. They include shift work, night work, flexitime, module base working, block working, and on call working ([...] with workers having to be available when their firms require them) [...]“; Hakim, C., „Working Time in Britain: Non-regulation and ‚Laissez Faire‘ Policies“, in *The Regulation of Working Time in the European Union, Gender Approach*, P.I.E., Brüssel 1999, S. 284: „Reservism and on-call work are done by 5 % of the workforce“.

16 — „[...] el trabajador permanezca en el trabajo“.

17 — „[...] le travailleur soit au travail“.

18 — „[...] il lavoratore sia al lavoro“.

19 — „[...] the worker is working“.

20 — „[...] ein Arbeitnehmer [...] arbeitet“.

21 — „[...] de werknemer werkzaam is“.

dass er arbeitet. Dieser Vergleich führt jedoch nirgendwo hin, da bei der Annahme, dass der von diesen drei letztgenannten Sprachen verwendeten Formel der Vorrang gegeben werden müsse, kein Unterschied zwischen dem ersten und dritten Kriterium bestünde, eins von ihnen also überflüssig wäre. Ganz davon abgesehen, dass die portugiesische Fassung sich noch von den vorgenannten unterscheidet, da sie die Kriterien offensichtlich in zwei Kategorien einteilt: Entweder der Arbeitnehmer arbeitet oder er steht dem Arbeitgeber zur Verfügung, indem er seine Tätigkeit ausübt oder seine Aufgaben wahrnimmt²².

32. Der Vertreter der Beklagten verwies in der mündlichen Verhandlung auf die Entwicklung, die das Gemeinschaftsrecht seit Erlass der Richtlinie 93/104 durchgemacht habe und die bei der Auslegung der in Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie enthaltenen Definition der Arbeitszeit berücksichtigt werden müsse.

33. Der Anwendungsbereich der Richtlinie 93/104 war tatsächlich in den letzten Jahren großen Änderungen unterworfen. Die Sektoren und Tätigkeiten, die zunächst ausgeschlossen waren, wurden mit dem Inkrafttreten der Richtlinie 2000/34/EG²³ einbezogen, unter dem Vorbehalt, dass die

22 — „[...] o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua actividade ou das suas funções“.

23 — Richtlinie 2000/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 2000 zur Änderung der Richtlinie 93/104 hinsichtlich der Sektoren und Tätigkeitsbereiche, die von jener Richtlinie ausgeschlossen sind (ABl. L 195, S. 41). Die Mitgliedstaaten haben bis zum 1. August 2003 Zeit, um sie umzusetzen.

Bestimmungen dieser Richtlinie nicht gelten, soweit andere Gemeinschaftsinstrumente spezifischere Vorschriften über die Arbeitszeitgestaltung für bestimmte Beschäftigungen oder berufliche Tätigkeiten enthalten.

34. Dies ist der Fall bei den Arbeitnehmern, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben und deren Arbeitszeit durch die Richtlinie 2002/15/EG²⁴ geregelt wurde. Wie der Vertreter der Beklagten erklärte, unterscheidet Artikel 3 dieser Richtlinie zwischen „Arbeitszeit“ und „Bereitschaftszeit“, wobei Letztere für Fahrpersonal, das sich beim Fahren abwechselnd, als die Zeit definiert ist, die während der Fahrt neben dem Fahrer oder in einer Schlafkabine verbracht wird. Diese Zeit fällt nicht unter die Arbeitszeit, unbeschadet der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten oder der Vereinbarungen der Sozialpartner.

Meiner Auffassung nach ist es nicht angebracht, eine Parallele zwischen dieser „Bereitschaftszeit“ der LKW-Fahrer und den Bereitschaftsdiensten der Ärzte zu ziehen, so verlockend der Vergleich auch erscheinen mag. Zweck der Richtlinie 2000/15 ist es nämlich nicht nur, Mindestvorschriften für die Gestaltung der Arbeitszeit festzulegen, um die Sicherheit und die Gesundheit der Personen, die Fahrtä-

24 — Richtlinie 2002/15/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben (ABl. L 80, S. 35).

tigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben, verstärkt zu schützen, sondern auch die Sicherheit im Straßenverkehr zu erhöhen und die Wettbewerbsbedingungen einander stärker anzugleichen. Im Übrigen handelt es sich um eine spezifische Richtlinie mit einem eingeschränkten, genau abgegrenzten persönlichen Anwendungsbereich, die eine andere Zielsetzung als die Richtlinie 93/104 verfolgt und die im Zusammenhang mit der Ruhezeit auf die Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 3820/85²⁵ oder ansonsten des AETR-Übereinkommens zurückverweist. Überdies ist die Dauer der Bereitschaftszeit dem Fahrer im Voraus bekannt, so dass er weiß, dass er, wenn er schläft, nicht geweckt wird, bevor sie abgelaufen ist, was bei den Ärzten, die einen Bereitschaftsdienst ableisten, nicht der Fall ist.

35. Zweitens ist die Tätigkeit im Rahmen eines Bereitschaftsdienstes zwar von anderer Intensität und Dauer als diejenige in der normalen Arbeitszeit, doch verwandelt sie sich dadurch nicht in eine Zeit, in der sich der Angestellte ausruhen kann; andererseits sieht die Richtlinie 93/104 keine Kategorie vor, die zwischen der Arbeitszeit und der Ruhezeit liegt.

36. Drittens werden die drei Kriterien für die Bestimmung der Arbeitszeit zwar gemäß Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 durch Anwendung der nationalen

Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten konkretisiert, doch bedeutet diese Bezugnahme nicht, dass die Mitgliedstaaten diese Kriterien unbeachtet lassen und auf ihre nationale Regelung zurückgreifen dürften. Um die Arbeitszeit eines Angestellten zu berechnen, bedarf es der Information, ob er nach nationalem Recht oder aufgrund Tarifvertrags Anspruch darauf hat, nach einer bestimmten Zahl von Stunden eine Pause zu machen. Indessen darf ein Mitgliedstaat sich nicht auf seine eigene Regelung stützen und die Auffassung vertreten, ein Arzt, der einen Bereitschaftsdienst in einem Krankenhaus ableiste, stehe in den Zeiten, in denen er zwar untätig sei, jedoch darauf warte, zum nächsten Einsatz gerufen zu werden, dem Arbeitgeber nicht zur Verfügung.

37. Schließlich macht die Möglichkeit für den Arzt, während der Zeit, in der er nicht in Anspruch genommen wird, zu schlafen, gerade das Wesen des Bereitschaftsdienstes aus, der der Notwendigkeit Rechnung trägt, die gesundheitliche Versorgung jederzeit aufrechtzuerhalten, auch wenn dies unter anderen Bedingungen als denjenigen erfolgt, die für die Tagschichten von montags bis freitags gelten. Auch in diesem Fall beschränkt sich der Bereitschaftsarzt nicht darauf, nur punktuell tätig zu werden, wenn er hierzu aufgefordert wird, sondern es gehört darüber hinaus zu seinen Aufgaben, aus eigener Initiative den Zustand und die Entwicklung der unter seiner Verantwortung stehenden Patienten zu überwachen.

38. Welche Beurteilung verdiente ein Arbeitgeber, der dem Arzt statt eines Bettes, um sich in den Zeiten der Untätigkeit auszuruhen, lediglich einen Stuhl zur Ver-

25 — Verordnung (EWG) Nr. 3820/85 des Rates vom 20. Dezember 1985 über die Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr (ABl. L 370, S. 1).

fügung stellte, damit er sich setzt und wartet, bis er zu einem Einsatz gerufen wird? Ich frage mich, ob das Gericht, das diese Frage vorgelegt hat, annehmen würde, dass die Stunden, die ein Arzt auf einem Stuhl verbringt, eher dem Begriff der Arbeitszeit entsprechen als diejenigen, die er in einem Bett liegend verbringt.

39. Natürlich muss ein Arzt auch während des Bereitschaftsdienstes in der Lage sein, optimale Leistungen zu erbringen: Derjenige, der ein Bett hat, um sich zwischen den Einsätzen auszuruhen, trägt zum Schutz seiner Gesundheit sowie dazu bei, dass die Behandlung, die den Kranken zuteil wird, angemessen ist. Es darf nicht vergessen werden, dass die von montags bis freitags geleisteten Bereitschaftsdienste sechzehn Stunden dauern und sich an einen normalen Arbeitstag von acht Stunden anschließen, dass die Samstagdienste sich auf 25 Stunden und die Sonntagdienste sich auf 22 Stunden und 45 Minuten verlängern und dass der Arzt insgesamt sechs Dienste im Monat leistet.

40. Sowohl die Beklagte als auch die fünf Regierungen, die sich an diesem Verfahren beteiligt haben, haben immer wieder vorgebracht, dass die Bereitschaftsdienste der Ärzte in Spanien und Deutschland sich insoweit unterscheiden, als diese in Deutschland schlafen dürften, wogegen sie in Spanien über mehr als 30 Stunden ununterbrochen tätig seien. Als Beleg hierfür verweisen sie auf Randnummer 23 des Urteils Simap²⁶.

26 — Zitiert in Fußnote 9.

41. Ich möchte insoweit einige Klarstellungen vornehmen. Es trifft zu, dass die Arbeitsbedingungen der in der medizinischen Grundversorgung in Spanien tätigen Ärzte, die in dieser Passage des Urteils dargestellt werden, nicht mit denjenigen der Ärzte in Deutschland übereinstimmen. Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass der Gerichtshof in dieser Randnummer lediglich die Darstellung wiedergibt, die im Vorlagebeschluss enthalten ist, der seinerseits den Vortrag des Klägers des Ausgangsverfahrens — des Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Gewerkschaft der Ärzte im öffentlichen Gesundheitswesen) — wörtlich übernimmt. Es handelt sich somit nicht um eine Darstellung erwiesener Tatsachen durch das nationale Gericht.

42. Zum anderen sind die Bedingungen, unter denen die spanischen Ärzte arbeiten, nicht stets schlechter als diejenigen ihrer deutschen Kollegen. So heißt es in Randnummer 24 des Urteils Simap, dass die spanischen Ärzte in einigen konkret genannten Ortschaften alle elf Tage Bereitschaftsdienst leisten, wogegen der Kläger offensichtlich sechs Dienste im Monat leisten muss.

43. In jedem Fall ist allgemein bekannt, dass in Spanien ebenso wie in den übrigen Ländern in seiner Umgebung, die ein entsprechendes Niveau der ärztlichen Versorgung aufweisen, der Versorgungsbedarf in den Nachtstunden geringer ist. Aus diesem Grund kann schwerlich davon ausgegangen werden, dass von den Ärzten jeden zweiten Tag eine ununterbrochene Tätigkeit von mehr als 30 Stunden verlangt wird, wie dies in der zitierten Randnummer 23 getan wird.

Es trifft zu, dass in dem Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache Simap die Frage, wie die Ärzte die Zeit zwischen den Einsätzen innerhalb eines Bereitschaftsdienstes verwenden, nicht behandelt wurde. Diesem Schweigen lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass sie sich in den Augenblicken, in denen sie nichts zu tun haben, nicht in ein Bett legen, lesen oder fernsehen dürften. Überdies ließ der Gerichtshof erkennen, dass er sich dieses Umstands bewusst war, da er in Randnummer 48 seines Urteils feststellte: „... ihre Verpflichtung, sich zur Erbringung ihrer beruflichen Leistungen am Arbeitsplatz aufzuhalten und verfügbar zu sein, [ist] als Bestandteil der Wahrnehmung ihrer Aufgaben anzusehen, *auch wenn die tatsächlich geleistete Arbeit von den Umständen abhängt*“²⁷.

44. In der mündlichen Verhandlung wies der Bevollmächtigte der deutschen Regierung den Gerichtshof auf die schwerwiegenden Folgen hin, die sich aus der Anwendung des Urteils Simap für das Gesundheitssystem seines Landes ergäben. Er wies z. B. darauf hin, dass der Personalbedarf um 24 % ansteigen würde und dass zwischen 15 000 und 27 000 zusätzliche Ärzte benötigt würden, während es in Deutschland nur 7 000 arbeitslose Ärzte gebe.

Hierzu muss ich zum einen sagen, dass in der fünften Begründungserwägung der Richtlinie 93/104 bereits festgestellt wird, dass die Verbesserung von Sicherheit, Arbeitshygiene und Gesundheitsschutz der

Arbeitnehmer bei der Arbeit Zielsetzungen darstellen, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfen. Zum anderen ist der deutsche Arbeitsmarkt nicht ausschließlich auf deutsche Ärzte beschränkt, sondern steht allen Diplominhabern aus den übrigen Mitgliedstaaten offen, die ihren Beruf in diesem Land ausüben möchten²⁸.

45. Die dem Arzt eingeräumte Möglichkeit, sich auszuruhen, während er nicht in Anspruch genommen wird, ändert daher nichts daran, dass er sich im Krankenhaus aufhalten, seinem Arbeitgeber zur Verfügung stehen und seine Tätigkeit — wenn auch mit Unterbrechungen — ausüben muss. Da zwei der in Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, ist anzuerkennen, dass die Bereitschaftsdienstzeiten, die unter den dargestellten Bedingungen geleistet werden, in vollem Umfang Arbeitszeit darstellen.

B — Zweite Frage

46. Diese Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob Artikel 3 der Richtlinie 93/104 einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der Zeiten, in denen ein Arzt während eines Bereitschaftsdienstes in

28 — Richtlinie 93/16/EWG des Rates vom 5. April 1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise (ABl. L 165, S. 1), geändert durch die Richtlinie 97/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 (ABl. L 291, S. 35).

27 — Hervorhebung durch den Verfasser.

einem Krankenhaus untätig ist, als Ruhezeit eingestuft werden, weil der Betreffende sich in einem Raum der Einrichtung aufhält und die Arbeit nur auf Aufforderung aufnimmt.

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich implizit aus meinen Ausführungen zur vorangehenden Frage. Da Artikel 2 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 als Ruhezeit jede Zeit definiert, die nicht Arbeitszeit ist, können Bereitschaftsdienste, die in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus erbracht werden, auch nicht teilweise als Ruhezeit eingestuft werden, da sie sich in vollem Umfang als Arbeitszeit darstellen.

47. Artikel 3 der Richtlinie erkennt an, dass den Arbeitnehmern pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt werden muss.

48. Gewiss erlaubt Artikel 17 Absatz 2 Nummer 2 Punkt 1 Buchstabe c Ziffer i der Richtlinie 93/104 — unter Verwendung einer zweifelhaften Gesetzgebungstechnik²⁹ —, dass im Wege von Rechts-

und Verwaltungsvorschriften oder von Tarifverträgen u. a. Ausnahmen von Artikel 3 bei Tätigkeiten vorgesehen werden, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes in Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen gewährleistet sein muss, sofern die Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder einen gleichwertigen Schutz erhalten.

49. Artikel 17 nennt allerdings — wie die Kommission zutreffend hervorhebt — unter den Vorschriften, von denen die Mitgliedstaaten abweichen können, nicht Artikel 2, der die Definitionen der Arbeitszeit und der Ruhezeit enthält, weil diese beiden Begriffe in allen Ländern der Union einheitlich angewandt werden müssen.

50. Erforderlichenfalls gäbe es noch einen anderen Grund dafür, die Zeiten der Untätigkeit während des Bereitschaftsdienstes nicht als Ruhezeiten zu werten. Zwar trifft es zu, dass die Dauer der täglichen Ruhezeit gemäß Artikel 17 gekürzt werden kann, doch meine ich, dass die Zeit, die dem Betreffenden unter dieser Bezeichnung zusteht, nicht unterbrochen werden darf, wenn man berücksichtigt, dass Artikel 3 den Zweck verfolgt, die Gesundheit und die Sicherheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten.

29 — Supiot, A., „À la recherche de la concordance des temps (à propos de la Directive européenne ‚Temps de travail‘ n° 93/104 du 23 novembre 1993)“, in *The Regulation of Working Time in the European Union, Gender Approach*, zitiert in Fußnote 15, S. 108: „[...] la Directive 93/104 [...] est un texte du plus grand intérêt. Non pas qu'il s'agisse d'un modèle d'art législatif! Bien au contraire, il exprime toutes les contradictions et difficultés qui parcourent la question de l'organisation du temps dans la société européenne en cette fin de siècle. C'est un texte schizophrène, dont la première partie (articles 1 à 16) pose des règles que la seconde (articles 17 et 18) s'emploie à priver de tout effet impératif.“

Nun liegt es in der Natur des Dienstes, dass weder die Zeiten der Untätigkeit in einem konkreten Bereitschaftsdienst in Form persönlicher Anwesenheit noch dessen Dauer im Voraus abzusehen sind. Unter diesen Umständen kann dem Arbeitnehmer nicht eine bestimmte Zahl von zusammenhängenden Ruhestunden garantiert werden, auch wenn ihm ein Bett zur Verfügung steht, so dass die Annahme, diese Zeiten seien Bestandteil der ununterbrochenen Ruhepause, die der Arbeitnehmer alle 24 Stunden in Anspruch nehmen kann, auch gegen Artikel 3 der Richtlinie 93/104 verstößt.

51. Die Beklagte hat auch geltend gemacht, für den Arbeitnehmer sei die Ruhepause nicht gleichbedeutend mit vollständiger Freiheit in der Verwendung der Zeit.

Grundsätzlich kann ich dieser Einschätzung zustimmen. Nicht zustimmen kann ich jedoch, soweit es um die Auslegung einer Regelung geht, die Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung enthält. Um sich ausruhen zu können, muss der Beschäftigte die Möglichkeit haben, sich für eine bestimmte Zahl von Stunden ohne Unterbrechung aus seiner Arbeitsumgebung zurückziehen zu können, was nur möglich ist, wenn er Abstand von der Anspannung gewinnt, die mit dem Aufenthalt am Arbeitsplatz im Zustand der Einsatzbereitschaft verbunden ist.

52. Folglich stehen die Artikel 2 und 3 der Richtlinie 93/104 einer nationalen Regelung entgegen, nach der Zeiten, in denen ein Arzt während eines Bereitschaftsdienstes in einem Krankenhaus untätig ist und sich in einem Raum der Einrichtung aufhält, während seine Dienste nicht in Anspruch genommen werden, als Ruhezeit eingestuft werden.

C — Dritte und vierte Frage

53. Mit diesen beiden Fragen, die eng miteinander zusammenhängen und meines Erachtens gemeinsam zu prüfen sind, möchte das deutsche Gericht wissen, ob die Richtlinie 93/104 einer nationalen Regelung wie derjenigen der §§ 5 Absatz 3 und 7 Absatz 2 ArbZG entgegensteht; hierzu macht es geltend, § 5 Absatz 3 lasse es im Zusammenhang mit dem Bereitschaftsdienst in Krankenhäusern oder der Rufbereitschaft zu, durch Zeiten der Inanspruchnahme von Ärzten bedingte Kürzungen der täglichen Ruhezeit von elf Stunden, die nicht mehr als die Hälfte der Ruhezeit betragen, zu anderen Zeiten auszugleichen, und § 7 Absatz 2 lasse es zu, in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen vorzusehen, dass die Ruhezeiten den Besonderheiten dieser Dienste angepasst würden und dass insbesondere diese Kürzungen auch zu anderen Zeiten ausgeglichen werden könnten.

54. Zur Beantwortung der so umformulierten Frage ist zwischen den Einsätzen des Arztes im Rahmen des Bereitschaftsdienstes in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus und denjenigen im Rahmen der Rufbereitschaft zu unterscheiden.

55. Im ersten Fall stellt — wie ich in meinen Ausführungen zur Beantwortung der ersten Frage dargelegt habe — die gesamte Zeit, die ein Arzt für den Bereitschaftsdienst aufwendet, Arbeitszeit im Sinne von Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 dar. Somit kann nicht gesagt werden, die Zeiten der Tätigkeit während eines Dienstes verkürzten die tägliche Ruhepause, da der Arzt, der sich in dieser Situation befindet, arbeitet und sich nicht ausruht.

Folglich steht Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 einer nationalen Regelung entgegen, die es im Zusammenhang mit dem Bereitschaftsdienst in Krankenhäusern oder der Rufbereitschaft zulässt, Kürzungen der täglichen Ruhezeit im Rahmen des ärztlichen Bereitschaftsdienstes, die nicht mehr als die Hälfte der Ruhezeit betragen, zu anderen Zeiten auszugleichen, und in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen vorzusehen, dass die Ruhezeiten den Besonderheiten dieser Dienste angepasst werden und dass insbesondere

diese Kürzungen auch zu anderen Zeiten ausgeglichen werden können.

56. Mich überrascht, dass das deutsche Gericht die dritte und vierte Frage auf die Dienste erstreckt hat, die die Ärzte im Rahmen der Rufbereitschaft ableisten. Es gibt im Vorlagebeschluss nicht die Gründe an, die es dazu veranlasst haben, sich hierfür zu interessieren; dagegen stellt es fest, dass die streitige Tätigkeit des Klägers darin besteht, Bereitschaftsdienst in der Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus zu leisten³⁰.

Es handelt sich um eine Fallgestaltung, die keinen Zusammenhang mit dem Ausgangsverfahren aufweist. Unter diesen Umständen kann der Gerichtshof keine hinreichend sachdienliche Antwort geben³¹. Gleichwohl sind hierzu einige Anmerkungen angebracht.

57. Der Fall der Ärzte, die eine Rufbereitschaft absolvieren, unterscheidet sich erheblich von demjenigen der Ärzte, die einen Bereitschaftsdienst ableisten. Dies

30 — In Beantwortung der in der mündlichen Verhandlung an sie gestellte Frage haben die Vertreter der Parteien des Ausgangsverfahrens bestätigt, dass der Kläger ausschließlich Bereitschaftsdienst in der Form persönlicher Anwesenheit leistet.

31 — A. Barav, „Le renvoi préjudiciel“, in *Justices* Nr. 6, April/Juni 1997, S. 1 ff., insbesondere S. 9.

betonte der Gerichtshof in Randnummer 50 des Urteils Simap³², als er feststellte, dass die Ärzte, die Bereitschaftsdienst in der Form der Rufbereitschaft leisten, ohne zur Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung verpflichtet zu sein, ihrem Arbeitgeber zur Verfügung stehen, da sie erreichbar sein müssen, dass sie jedoch freier über ihre Zeit verfügen und eigenen Interessen nachgehen können. Unter diesen Umständen ist nur die Zeit, die für die tatsächliche Erbringung von Leistungen aufgewandt wird, als Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 93/104 anzusehen.

58. Nach Artikel 17 Absatz 2 Nummer 2.1 Buchstabe c Ziffer i der Richtlinie 93/104 können die Mitgliedstaaten von dem in Artikel 3 aufgestellten Erfordernis einer Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden abweichen „bei Tätigkeiten, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes... gewährleistet sein muss, und zwar... bei Aufnahme-, Behandlungs- und/oder Pflegediensten von Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen ...“ Allerdings macht er zur Voraussetzung, dass die Abweichungen nur im Wege von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder im Wege von Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern vorgesehen werden dürfen.

Zweifellos kann die Dauer der Mindestruhezeit eines Arztes nach dieser Vorschrift abgekürzt oder den Umständen angepasst werden, wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, sofern ihm eine gleichwertige Ausgleichsruhezeit gewährt wird oder er in Ausnahmefällen, in denen dies nicht möglich ist, den erforderlichen Schutz erhält.

59. Aus diesen Gründen ist festzustellen, dass sowohl der Ausgleich der Kürzungen der täglichen Ruhezeit von elf Stunden durch Zeiten der Inanspruchnahme von Ärzten während der Rufbereitschaft, die nicht mehr als die Hälfte der Ruhezeit betragen, zu anderen Zeiten als auch die Anpassung der Ruhezeiten an die Besonderheiten dieser Art von Diensten und insbesondere der Ausgleich dieser Kürzungen zu anderen Zeiten Artikel 17 Absatz 2 Nummer 2.1 Buchstabe c Ziffer i der Richtlinie 93/104 unterstellt werden können.

D — Höchstdauer der Wochenarbeitszeit

60. Das deutsche Gericht hat nicht nach der Auslegung von Artikel 6 der Richtlinie gefragt, dem zufolge die durchschnittliche Arbeitszeit pro Woche 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreiten darf. Gleichwohl besteht Inter-

32 — Zitiert in Fußnote 9.

esse an einer Prüfung, da die Wochenarbeitszeit nach § 15 BAT in bestimmten Fällen durchschnittlich bis zu 60 Stunden betragen darf und der Kläger nach eigenen Angaben etwa 51 Stunden in der Woche arbeitet, einschließlich der Bereitschaftsdienste.

Rahmen des Bereitschaftsdienstes erbrachten Leistungen zuzulassen.

61. Nach Artikel 17 der Richtlinie 93/104 können die Mitgliedstaaten nur unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 von Artikel 6 abweichen, „wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann, und zwar insbesondere in Bezug auf nachstehende Arbeitnehmer: a) leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis; b) Arbeitskräfte, die Familienangehörige sind; c) Arbeitnehmer, die im liturgischen Bereich von Kirchen oder Religionsgemeinschaften beschäftigt sind“.

Da Artikel 6 nicht zu den in Absatz 2 — der sich auf die Tätigkeiten bezieht, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes in Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen gewährleistet werden muss — genannten Vorschriften gehört, können die Mitgliedstaaten sich nicht auf Artikel 17 stützen, um eine Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit im Zusammenhang mit den im

62. Artikel 18 der Richtlinie stellt es den Mitgliedstaaten zwar frei, Artikel 6 nicht anzuwenden, wenn sie die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Schutzes der Gesundheit der Arbeitnehmer einhalten und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür sorgen, dass bestimmte Ergebnisse erzielt werden, die in Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i aufgezählt sind. Es ist jedoch nicht erwiesen, dass der deutsche Gesetzgeber auf diese Vorschrift zurückgegriffen hat, um die Wochenarbeitszeit im Bereich der Krankenversorgung zu verlängern³³, oder dass die genannten Maßnahmen ergriffen worden sind.

63. Unter diesen Umständen bin ich — ebenso wie die Kommission — der Auffassung, dass Artikel 6 Absatz 2 der Richtlinie 93/104 der beschriebenen Regelung betreffend den Bereitschaftsdienst der Ärzte in den deutschen Krankenhäusern entgegensteht, da sie zulässt, dass die wöchentliche Arbeitszeit 48 Stunden überschreitet.

33 — Dieser Punkt wurde vom Vertreter der deutschen Regierung in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Die Kommission teilte mit, dass das Vereinigte Königreich der einzige Mitgliedstaat sei, der von den durch Artikel 18 der Richtlinie 93/104 eingeräumten Möglichkeiten Gebrauch gemacht habe.

VIII — Ergebnis

64. Aufgrund alldessen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Bei dem Bereitschaftsdienst, den ein Arzt in einem Krankenhaus in der Form persönlicher Anwesenheit leistet, handelt es sich in vollem Umfang um Arbeitszeit im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, und zwar auch insoweit, als es ihm gestattet ist, in Zeiten der Nichtinanspruchnahme zu schlafen.

2. Die Artikel 2 und 3 der Richtlinie 93/104 stehen einer nationalen Regelung entgegen, die Zeiten, in denen ein Arzt während eines Bereitschaftsdienstes in einem Krankenhaus untätig ist und sich in einem ihm zur Verfügung gestellten Raum aufhält, während seine Dienste nicht benötigt werden, als Ruhezeit definiert.

3. Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 93/104 steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der es im Zusammenhang mit Bereitschaftsdiensten in der Form persönlicher Anwesenheit in Krankenhäusern zulässig ist, durch Zeiten der Inanspruchnahme von Ärzten bedingte Kürzungen der täglichen Ruhezeit von elf Stunden, die nicht mehr als die Hälfte der Ruhezeit betragen, zu anderen Zeiten auszugleichen, und in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen vorzusehen, dass die Ruhezeiten den Besonderheiten dieser Dienste angepasst werden und dass insbesondere diese Kürzungen auch zu anderen Zeiten ausgeglichen werden können.

Dagegen erlaubt Artikel 17 Absatz 2 Nummer 2.1 Buchstabe c Ziffer i der Richtlinie 93/104 unter bestimmten Voraussetzungen sowohl den Ausgleich der Kürzungen der täglichen Ruhezeit von elf Stunden durch Zeiten der Inanspruchnahme von Ärzten während der Rufbereitschaft, die nicht mehr als die Hälfte der Ruhezeit betragen, zu anderen Zeiten als auch die Anpassung der Ruhezeiten an die Besonderheiten dieser Art von Diensten und insbesondere den Ausgleich dieser Kürzungen zu anderen Zeiten.

65. Für den Fall, dass der Gerichtshof eine Prüfung von Artikel 6 der Richtlinie 93/104 für angebracht halten sollte, schlage ich folgende Auslegung vor:

Artikel 6 Absatz 2 der Richtlinie 93/104 verwehrt es einem Mitgliedstaat, der nicht von Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i Gebrauch gemacht hat, zuzulassen, dass die wöchentliche Arbeitszeit 48 Stunden überschreitet, indem Zeiten der Untätigkeit während der ärztlichen Bereitschaftsdienste in Krankenhäusern in der Form persönlicher Anwesenheit als Ruhepausen gerechnet werden.