

BUNDEARBEITSGERICHT



10 AZR 336/11
13 Sa 1393/10
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. September 2012

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

1.

Kläger zu 1., Berufungskläger zu 1. und Revisionsbeklagter zu 1.,

2.

Kläger zu 2., Berufungskläger zu 2. und Revisionsbeklagter zu 2.,

3.

Kläger zu 3., Berufungskläger zu 3. und Revisionsbeklagter zu 3.,

4.

Kläger zu 4., Berufungskläger zu 4. und Revisionsbeklagter zu 4.,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. September 2012 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann als Vorsitzenden, die Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richter Baschnagel und Fluri für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 12. April 2011 - 13 Sa 1393/10 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Kläger nur nach Arbeitsanfall beschäftigt werden müssen oder ob im Jahresdurchschnitt eine wöchentliche Mindestarbeitszeit von 39 Stunden vereinbart ist. 1

Die Kläger sind seit dem Jahr 1994 (*Kläger zu 1. und zu 3.*), dem Jahr 2000 (*Kläger zu 2.*) und dem Jahr 1997 (*Kläger zu 4.*) für den Beklagten als Fleischkontrolleure tätig. Ihre Arbeitsverträge enthalten folgende Regelung: 2

„§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse der amtlichen

Tierärzte und Fleischkontrolleure außerhalb öffentlicher Schlachthöfe vom 01.04.1969 und den diesen ergänzenden und ändernden Tarifverträgen.

§ 3

Die Beschäftigung erfolgt nach Bedarf in verschiedenen Schlachtbetrieben im Kreis V. Die Arbeitszeit richtet sich nach der Schlachtdauer unter Berücksichtigung des jeweiligen Dienstplanes.“

Der arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifvertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse der amtlichen Tierärzte und Fleischkontrolleure außerhalb öffentlicher Schlachthöfe vom 1. April 1969 (*TV Ang aöS*) ist zum 1. September 2008 außer Kraft getreten. Er regelte in § 11a eine Arbeitszeit nach Arbeitsanfall, aber keine Mindestarbeitszeit. Seit dem 1. September 2008 ist der Tarifvertrag zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Beschäftigten in der Fleischuntersuchung vom 15. September 2008 (*TV Fleischuntersuchung*) in Kraft. Er gilt nach § 1 Abs. 1 für nicht vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und regelt zur Arbeitszeit Folgendes:

3

„§ 5 Arbeitszeit

Die Arbeitszeit der/des Beschäftigten richtet sich nach dem Arbeitsanfall und wird vom Arbeitgeber geregelt. Ist die/der Beschäftigte verhindert, ihre/seine Arbeit aufzunehmen, hat sie/er dies dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen.

§ 6 Besondere Regelungen zur Arbeitszeit in Großbetrieben

- (1) In Großbetrieben werden die Beschäftigten durchschnittlich wöchentlich zehn Stunden zur Arbeit herangezogen, soweit im Arbeitsvertrag nichts anderes vereinbart ist. Die/Der Beschäftigte ist in diesem Umfang zur Arbeitsaufnahme verpflichtet, wenn der Arbeitgeber dies dem Beschäftigten mindestens zwei Tage vorher und die Uhrzeit der

Arbeitsaufnahme am Vortag spätestens bis 15:00 Uhr mitgeteilt hat. Die tägliche Arbeitszeit hat an solchen Einsatztagen mindestens zwei Stunden zu betragen. Für die Berechnung des Durchschnitts der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ist ein Zeitraum von bis zu einem Jahr zugrunde zulegen. Der Arbeitgeber ist ferner berechtigt, bis zu 25 v. H. der Arbeitszeit nach Satz 1 zusätzlich abzurufen. Darüber hinaus ist eine weitere Heranziehung im Einvernehmen mit der/dem Beschäftigten nach § 5 jederzeit möglich. Die möglichst gleichmäßige Heranziehung zur Arbeitsleistung wird vom Arbeitgeber geregelt. § 5 Satz 2 findet Anwendung.

...“

Der Beklagte setzte die Kläger in der Vergangenheit teilweise mit wöchentlich mehr als 39 Stunden ein. Die Arbeitszeiten wurden in Arbeitszeitkonten erfasst, der Beklagte zahlte bis zum 31. Dezember 2009 ein verstetigtes monatliches Gehalt auf Grundlage von 169,60 Stunden. Ende des Jahres 2006 wiesen die Arbeitszeitkonten der Kläger zwischen 361 und 692 nicht ausgezahlte Arbeitsstunden auf. Nach Einstellung weiterer Fleischkontrolleure setzte der Beklagte die Kläger seit dem Jahr 2007 in geringerem Umfang ein, sodass die Arbeitszeitkonten weitgehend abgebaut wurden. Seit dem 1. Januar 2010 erfolgt die monatliche Abrechnung auf Basis der jeweils geleisteten Stunden.

4

Die Kläger haben die Auffassung vertreten, die Arbeitsverhältnisse hätten sich nach der Vertragspraxis und dem Umfang der Heranziehung zur Arbeit dahin gehend verändert, dass eine Mindestarbeitszeit von wöchentlich 39 Stunden im Jahresdurchschnitt Vertragsbestandteil geworden sei.

5

Die Kläger haben zuletzt beantragt

6

festzustellen, dass die Arbeitsverhältnisse der Kläger mit dem Beklagten ab dem 1. Januar 2010 mit einer wöchentlichen Mindestarbeitszeit von 39 Stunden im Jahresdurchschnitt fortbestehen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und die Auffassung 7
vertreten, die Parteien hätten Bedarfsarbeitsverhältnisse begründet. Einsatzzei-
ten unterhalb der Grenze einer Vollzeitbeschäftigung seien deshalb zulässig.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht 8
hat ihr stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die
Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebene- 9
nen Begründung hat die Klage keinen Erfolg. Die Revision führt zur Aufhebung
der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das
Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

I. Die Klage ist als Elementenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO 10
zulässig (vgl. BAG 18. Januar 2012 - 10 AZR 779/10 - Rn. 22; 19. Oktober 2011
- 4 AZR 811/09 - Rn. 13, DB 2011, 2783). Die Parteien streiten über eine
wöchentliche Mindestarbeitszeit und damit über den Umfang der vereinbarten
Arbeitspflicht. Die Kläger haben ein rechtliches Interesse an der begehrten
Feststellung. Die angestrebte Entscheidung ist geeignet, den Konflikt der
Parteien über den Umfang der vereinbarten Arbeitszeit zu lösen und weitere
Prozesse zu vermeiden (vgl. BAG 7. Dezember 2005 - 5 AZR 535/04 - Rn. 15,
BAGE 116, 267).

II. Ob die Klage begründet und eine Mindestarbeitszeit von 39 Wochen- 11
stunden im Jahresdurchschnitt Vertragsinhalt geworden ist, kann der Senat
mangels ausreichender Feststellungen nicht entscheiden. Mit der Begründung
des Landesarbeitsgerichts kann der Klage nicht stattgegeben werden.

1. Die Parteien haben bei Begründung ihrer Arbeitsverhältnisse keine Mindestarbeitszeit vereinbart, sondern ein Bedarfsarbeitsverhältnis auf Grundlage des TV Ang aöS begründet. Dieser Tarifvertrag sollte den Besonderheiten einer Berufsgruppe im Verhältnis zu den sonstigen Beschäftigten im öffentlichen Dienst Rechnung tragen (*vgl. zum TV Ang aöS: BAG 26. August 1997 - 3 AZR 183/96 - zu II 3 b bb der Gründe, AP BGB § 611 Fleischbeschauer-Dienstverhältnis Nr. 20 = EzA BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 13*). Regelmäßig handelt es sich bei dieser Berufsgruppe um Teilzeitbeschäftigte, die neben ihrer Tätigkeit für den öffentlichen Dienstherrn einer weiteren Tätigkeit nachgehen; nach § 9 TV Ang aöS wird das Recht, eine sonstige berufliche Tätigkeit auszuüben, durch das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht berührt. Nach § 11a TV Ang aöS richtet sich die Arbeitszeit des Angestellten nach dem Arbeitsanfall, der Arbeitgeber ist nur verpflichtet, in Großbetrieben eine möglichst gleichmäßige Heranziehung zur Arbeit zu regeln. Der Angestellte ist nicht verpflichtet, die Arbeitsleistung aufzunehmen, er hat nach § 11a Satz 3 TV Ang aöS eine Verhinderung nur unverzüglich anzuzeigen. Eine unbedingte Verpflichtung zur Arbeitsleistung verbunden mit der Gefahr, sich bei deren Verletzung Schadensersatzansprüchen auszusetzen, besteht nach diesen tariflichen Regelungen nicht (*BAG 26. August 1997 - 3 AZR 183/96 - aaO*).

12

2. Mit der Ersetzung des TV Ang aöS durch den TV Fleischuntersuchung zum 1. September 2008 ist, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, dieser Tarifvertrag Vertragsbestandteil geworden. Wegen des Fehlens einer Tarifsukzessionsklausel im Arbeitsvertrag ergibt sich dies entweder aus einer ergänzenden Vertragsauslegung (*vgl. BAG 23. März 2011 - 10 AZR 831/09 - Rn. 19 ff., AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 88; 16. Dezember 2009 - 5 AZR 888/08 - Rn. 21 ff., AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 73 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 44*) oder aus einer ergänzenden (*konkludenten*) Vereinbarung der Parteien, da die materiellen Regelungen des TV Fleischuntersuchung auf die Arbeitsverhältnisse angewendet wurden. Auch der TV Fleischuntersuchung bestimmt nach § 5 (*Arbeitszeit*), dass sich die Arbeitszeit nach dem Arbeitsanfall richtet, er regelt aber abweichend hiervon in § 6 (*Besondere Regelungen zur Arbeitszeit in*

13

Großbetrieben), dass die Beschäftigten durchschnittlich wöchentlich zehn Stunden zur Arbeit herangezogen werden, sofern im Arbeitsvertrag nichts anderes vereinbart ist; nach § 6 Abs. 1 Satz 2 TV Fleischuntersuchung ist der Beschäftigte nach näherer tariflicher Maßgabe in diesem Umfang zur Arbeitsaufnahme verpflichtet. Allein durch Unterstellung der Arbeitsverhältnisse unter den TV Fleischuntersuchung hat sich an der Vertragslage der Kläger im Hinblick auf die geltend gemachte Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit von 39 Wochenstunden im Jahresdurchschnitt nichts geändert.

3. Es ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass Arbeitspflichten sich, ohne dass ausdrückliche Erklärungen ausgetauscht werden, nach längerer Zeit auf bestimmte Arbeitsbedingungen konkretisieren (*BAG 17. August 2011 - 10 AZR 202/10 - Rn. 19 mwN, EzA GewO § 106 Nr. 9*). Eine Konkretisierung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers im Wege stillschweigender Vertragsergänzung setzt voraus, dass über den bloßen Zeitablauf hinaus Umstände vorliegen, die ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers auf Beibehaltung des bisherigen Leistungsinhalts für die Zukunft begründen (*BAG 7. Dezember 2005 - 5 AZR 535/04 - Rn. 17, BAGE 116, 267*). Dass ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber - auch längere Zeit - unter deutlicher Überschreitung einer vertraglich vorgesehenen Arbeitszeit eingesetzt wird, ergibt für sich genommen noch keine Vertragsänderung. Bei dem Arbeitseinsatz handelt es sich um ein tatsächliches Verhalten, dem nicht notwendig ein bestimmter rechtsgeschäftlicher Erklärungswert in Bezug auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses zukommt. Vielmehr ist auf die Absprachen abzustellen, die dem erhöhten Arbeitseinsatz zugrunde liegen. Dazu zählen auch die betrieblichen Anforderungen, die vom Arbeitgeber gestellt und vom Arbeitnehmer akzeptiert werden. Ohne derartige zumindest konkludente Erklärungen des Arbeitgebers ist der konkrete Arbeitseinsatz nicht denkbar, es sei denn, der Arbeitnehmer arbeitet eigenmächtig. Die Annahme einer dauerhaften Vertragsänderung mit einer erhöhten regelmäßigen Arbeitszeit setzt die Feststellung entsprechender Erklärungen der Parteien voraus. Dafür kann neben anderen Umständen von

14

Bedeutung sein, um welche Art von Arbeit es sich handelt, wie sie in die betrieblichen Abläufe integriert ist und in welcher Weise die Arbeitszeit hinsichtlich Dauer und Lage geregelt bzw. ausgedehnt wird. In diesem Sinne kann für die Bestimmung der regelmäßigen vertraglichen Arbeitszeit auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens abgestellt werden (*BAG 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 12, AP BGB § 615 Nr. 121 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 20*).

4. Das Landesarbeitsgericht hat wegen des Umfangs der Heranziehung der Kläger zu Arbeitsleistungen in der Vergangenheit, der Jahressalden der Arbeitszeitkonten seit 2007 und der Zahlung eines verstetigten Monatsentgelts auf Grundlage von 169,60 Stunden die konkludente Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit von 39 Stunden wöchentlich im Jahresdurchschnitt angenommen. Entscheidend sei, dass nach § 6 Abs. 1 Satz 1 TV Fleischuntersuchung die arbeitsvertragliche Arbeitszeitregelung gegenüber der dort normierten wöchentlichen Arbeitszeit von 10 Stunden vorrangig sei. Dem folgt der Senat nicht. Diese Feststellungen erlauben nicht den Schluss auf eine einvernehmliche Vertragsänderung. 15

a) Es liegt nahe, die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung des gleichförmigen Abruf- und Abrechnungsverhaltens des Beklagten im Hinblick auf den darin liegenden rechtsgeschäftlichen Erklärungswert revisionsrechtlich nach den Regeln über typische Willenserklärungen zu überprüfen. Aber auch einer revisionsrechtlich nur eingeschränkten Überprüfung, ob die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB verletzt worden sind, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder Umstände, die für die Auslegung von Bedeutung sein können, außer Betracht gelassen worden sind (*st. Rspr., BAG 17. Mai 2011 - 9 AZR 189/10 - Rn. 26, AP BUrIG § 7 Nr. 51 = EzA BUrIG § 7 Nr. 124; 22. Oktober 2008 - 10 AZR 617/07 - Rn. 21, AP HGB § 74 Nr. 82 = EzA HGB § 74 Nr. 70*), hält die Auslegung des Landesarbeitsgerichts nicht stand. 16

b) Dem Landesarbeitsgericht ist darin zuzustimmen, dass in dem Abrechnungsverhalten des Beklagten grundsätzlich ein Indiz für eine weitergehende vertragliche Bindung als im Rahmen eines reinen Bedarfsarbeitsverhältnisses liegen kann. Eine verstetigte Vergütung führt im Gegensatz zu einer Abrechnung nach geleisteten Stunden zu größerer Planungssicherheit der Beschäftigten und ist geeignet, diesbezüglich Vertrauen zu begründen. Dies gilt umso mehr, als tariflich nach § 12 Abs. 5 TV Ang aöS für die Berechnung der Vergütung die innerhalb eines Kalendermonats geleistete Arbeitszeit zusammenzurechnen ist. Der Beklagte hat die zustehende Vergütung aber stets auf Grundlage des TV Ang aöS und des TV Fleischuntersuchung berechnet und eine gegenüber dem TVöD erhöhte Vergütung gezahlt, während er auf die Arbeitsverhältnisse vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer den TVöD angewendet hat. Der Beklagte wollte sich damit grundsätzlich im Rahmen des jeweils anwendbaren Tarifrechts bewegen; aus dem Abrechnungsverhalten allein ist ein Rückschluss auf eine Vertragsänderung im Hinblick auf eine an den TVöD angelehnte Mindestarbeitszeit von 39 Wochenstunden im Jahresdurchschnitt deshalb nicht möglich. 17

c) Auch in dem Umfang der Heranziehung zur Arbeit kann ein rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt liegen. Allein daraus, dass ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber - auch längere Zeit - unter deutlicher Überschreitung einer vertraglich vorgesehenen Arbeitszeit eingesetzt wird, ergibt sich aber keine Vertragsänderung (*BAG 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 12, AP BGB § 615 Nr. 121 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 20*). Der Arbeitseinsatz ist ein tatsächliches Verhalten, dem nicht notwendig ein bestimmter rechtsgeschäftlicher Erklärungswert in Bezug auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses zukommt. Mit den Klägern war eine bestimmte Arbeitszeit im Rahmen ihrer Bedarfsarbeitsverhältnisse auch nicht vereinbart. Aus dem Abrufverhalten des Beklagten konnten die Kläger deshalb grundsätzlich nur auf einen hohen Bedarf an ihrer Arbeitsleistung, nicht aber auf die Vereinbarung einer bestimmten Mindestarbeitszeit schließen. 18

Eine Auslegung des Abrufverhaltens des Beklagten ist auch deshalb nicht möglich, weil konkrete Feststellungen fehlen. Soweit das Landesarbeits- 19

gericht seiner Auslegung die Entwicklung der Arbeitszeitkonten seit dem Jahr 2007 zugrunde gelegt hat, hat es verkannt, dass die Kläger in dieser Zeitpanne mit weniger als 39 Wochenstunden im Jahresdurchschnitt beschäftigt worden sind. Das Abrufverhalten seit dem Jahr 2007 stützt das Klagebegehren nicht.

d) Rechtsfehlerhaft ist auch, dass das Landesarbeitsgericht „entscheidend“ für seine Auslegung darauf abgestellt hat, dass § 6 Abs. 1 Satz 1 TV Fleischuntersuchung ausdrücklich den Vorrang der arbeitsvertraglichen Arbeitszeitregelung bestimmt. Diese Norm regelt zwar erstmalig eine tarifliche Mindestbeschäftigungsdauer (*KomTVöD/Litschen § 6 TV Fleischuntersuchung Rn. 1*); sie kann aber im Rahmen der geltend gemachten (*konkludenten*) Vertragsänderung nicht als Argument herangezogen werden, weil die Kläger zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TV Fleischuntersuchung bereits mit einer geringeren durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit als mit der Klage geltend gemacht, beschäftigt wurden. 20

5. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lassen eine abschließende Entscheidung nicht zu. Den Klägern ist Gelegenheit zu geben, ergänzenden Vortrag zu halten. Es bedarf der Darlegung der konkreten Entwicklung des Abrufverhaltens des Beklagten vor dem Jahr 2007 sowie in diesem Zusammenhang der Darlegung etwaiger Absprachen, die dem erhöhten Arbeitseinsatz zugrunde gelegen haben. Rückschlüsse auf die begehrte Rechtsfolge können sich daraus ergeben, inwieweit die Arbeitsverhältnisse in der täglichen Praxis tatsächlich als Bedarfs- oder doch als Vollzeitbeschäftigungsverhältnisse gelebt wurden (*Umgang mit Verhinderungsanzeigen der Kläger; Bindung an Dienstpläne*). Eine ständig erbrachte Mindestarbeitsleistung könnte als konkludent vereinbart angesehen werden, wenn der Beklagte die Arbeitsleistung nicht nur abgerufen und erwartet, sondern von den Klägern als vertraglich geschuldete Leistung gefordert hat. Auch sonstige Erklärungen oder Verhaltensweisen des Beklagten können schutzwürdiges Vertrauen begründet haben und den Schluss auf einen Erklärungswert erlauben, dass die Arbeitsverhältnisse nicht als Bedarfsarbeitsverhältnisse, sondern mit einer Mindestarbeitszeit von 39 Wochenstunden im Jahresdurchschnitt fortgesetzt werden sollten. 21

6. Erlauben die weiteren Feststellungen keinen Schluss auf die konkludente Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit, folgt daraus nicht, dass der Beklagte künftig über die Heranziehung der Kläger zur Arbeit frei entscheiden kann. Mit der gelebten Vertragspraxis hat der Beklagte ein berechtigtes schutzwürdiges Vertrauen der Kläger auf fortgesetzte Beschäftigung im bisherigen Umfang begründet, welches bei der gebotenen Ausübung billigen Ermessens im Rahmen der Heranziehung der Kläger zu berücksichtigen ist.

22

Schmitz-Scholemann

W. Reinfelder

Mestwerdt

R. Baschnagel

Stefan Fluri