Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Bundesarbeitsgericht Fünfter Senat	Urteil vom 24. September 2014 - 5 AZR 1024/12 -
I. Arbeitsgericht Karlsruhe	Urteil vom 20. Juni 2011 - 10 Ca 378/10 -
II. Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - Kammern Mannheim -	Urteil vom 19. Juni 2012 - 14 Sa 68/11 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Arbeit auf Abruf

Bestimmungen:

BGB § 293; TzBfG § 12 Abs. 1

Leitsatz:

Haben die Arbeitsvertragsparteien eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt, berührt das nicht die Wirksamkeit der vereinbarten Arbeit auf Abruf. Es gelten die zum Schutz des Arbeitnehmers gesetzlich fingierten Arbeitszeiten *(§ 12 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 TzBfG)*.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

5 AZR 1024/12
14 Sa 68/11
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. September 2014

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 2014 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtlichen Richter Kremser und Feldmeier für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 19. Juni 2012 - 14 Sa 68/11 - aufgehoben, soweit es das Urteil des Arbeitsgerichts Karlsruhe vom 20. Juni 2011 - 10 Ca 378/10 - abgeändert hat.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Karlsruhe vom 20. Juni 2011 - 10 Ca 378/10 - wird insgesamt zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs. 1

Der 1981 geborene Kläger war seit dem 6. Mai 2009 bei der Beklagten 2
in deren Hotel-Restaurant K als Koch beschäftigt. Er erhielt einen Bruttostundenlohn von zunächst 10,50 Euro, ab Juli 2009 von 11,50 Euro.

Dem Arbeitsverhältnis lag ein schriftlicher Arbeitsvertrag zugrunde, der 3
auszugsweise lautet:

„Zwischen

…

wird gemäß dem geltenden Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Baden-Württemberg, sofern nicht nachfolgend anderes vereinbart ist, folgender

1 Jahres-Arbeitsvertrag abgeschlossen:

§ 1 Anstellung und Probezeit

Der Arbeitnehmer wird mit Wirkung ab dem 06.05.2009 bis zum 05.05.2010 als Koch eingestellt. (…)

§ 2 Entgelt und Arbeitszeit

Es ist eine Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen vereinbart. Der Brutto-Stundenlohn beträgt € 10,50 und ab Juli beträgt der Brutto-Stundenlohn € 11,50. Für Sonn- und Feiertagsstunden

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

wird ein steuerfreier Zuschlag in Höhe von 50 % vergütet. Die Zahlung dieses Zuschlages erfolgt freiwillig. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung des Zuschlages wird auch bei wiederholter Zahlung nicht begründet. Im Stundenlohn sind neben der Grundvergütung auch die Teildienst- und Nachtzulage, Überstunden-Zuschläge, sowie zusätzliches Urlaubsgeld und die Weihnachtsgratifikation pauschal enthalten. Das Monats-Entgelt wird zum Anfang des nachfolgenden Monats per Verrechnungsscheck ausbezahlt. Die Höhe des Arbeitsentgeltes ist vertraulich zu behandeln. Gegenseitige Zahlungsansprüche, die nicht oder falsch in der Entgelt-Abrechnung berücksichtigt wurden, gelten als verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach ihrem Entstehen schriftlich geltend gemacht werden. Alle Kosten des Arbeitgebers für etwaige Lohnpfändungen trägt der Arbeitnehmer."

Im Anschluss an den Arbeitsvertrag heißt es: 4

„Vertragsverlängerung

Dieser Arbeitsvertrag wird mit seinem gesamten Inhalt um drei Monate verlängert.

Das Beschäftigungsverhältnis endet - ohne dass es einer Kündigung bedarf - am 05.08.2010."

Während der Kläger in den Monaten Mai und Juni 2009 länger als die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit für Vollzeitbeschäftigte von 39 Stunden, aber unter der tariflichen monatlichen Höchstarbeitszeit von 198 Stunden arbeitete, setzte ihn die Beklagte in der Folgezeit - in unterschiedlichem Umfang - nur kürzer ein. Der Kläger erhielt den vereinbarten Stundenlohn für die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten nebst Sonn- und Feiertagszuschlägen. Außerdem zahlte die Beklagte gemäß den Lohnabrechnungen für „Krankstunden" in den Monaten September und Dezember 2009 sowie Februar, Mai und Juni 2010 insgesamt 1.369,84 Euro brutto. Ferner bezog der Kläger im Februar und März 2010 jeweils ein „Urlaubsentgelt", mit dem insgesamt sechs Urlaubstage „abgerechnet" sein sollten. 5

Ab dem 8. Juli 2010 war der Kläger arbeitsunfähig krank und kündigte mit Schreiben vom 14. Juli 2010 das Arbeitsverhältnis fristlos zum 15. Juli 2010. 6

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Mit eigenem Schreiben vom 11. Juli 2010 und Anwaltsschreiben vom 28. Juli 2010 machte der Kläger - unter Fristsetzung bis zum 25. Juli 2010 bzw. 11. August 2010 - Entgeltdifferenzen auf der Basis einer 48-Stunden-Woche geltend. Die Beklagte wies die Forderung mit Schreiben vom 16. Juli 2010 zurück. 7

Am 24. September 2010 ging beim Arbeitsgericht ein auf den 22. September 2010 datierter Antrag des Klägers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Anwaltsbeiordnung ein, dem als Anlagen eine - zunächst nicht unterschriebene - Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie ein als Klageentwurf überschriebener, nicht eigenhändig unterzeichneter Schriftsatz vom 22. September 2010 beigefügt waren. In dem Prozesskostenhilfegesuch heißt es abschließend und fettgedruckt: „Die Klage soll erst nach Bewilligung der Prozesskostenhilfe zugestellt werden.“ 8

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wurde dem nachmaligen Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 4. Oktober 2010 zur Stellungnahme zugestellt. Die Beklagte trat mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2010 der Gewährung von Prozesskostenhilfe mit Sach- und Rechtsausführungen entgegen. 9

Das Arbeitsgericht bewilligte dem Kläger mit Beschluss vom 5. November 2010 Prozesskostenhilfe und ordnete ihm Rechtsanwalt N bei. Daraufhin hat der Kläger am 15. November 2010 eine Leistungsklage eingereicht, die der Beklagten am 18. November 2010 zugestellt worden ist. 10

Er hat geltend gemacht, arbeitsvertraglich sei eine Vollzeitbeschäftigung vereinbart. Die Beklagte hätte ihm zumindest im Umfange der regelmäßigen tariflichen Arbeitszeit Arbeit zuweisen müssen. Durch den Nichtabruf der vollen Arbeitszeit sei sie in Annahmeverzug geraten. 11

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 12

> die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 7.686,99 Euro brutto nebst Zinsen nach bestimmter betragsmäßiger und zeitlicher Staffelung zu zahlen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, der Kläger habe ohne Vereinbarung einer bestimmten Dauer der Arbeitszeit auf Abruf gearbeitet und sei entsprechend dem Arbeitsanfall eingesetzt worden. Dieser Handhabung habe der Kläger nicht widersprochen und eine über den tatsächlichen Einsatz hinausgehende Arbeitsleistung weder tatsächlich noch wörtlich angeboten. Jedenfalls sei der erhobene Anspruch nach § 23 Buchst. c des allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrags für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Baden-Württemberg vom 18. März 2002 verfallen. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe habe die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung nicht wahren können. 13

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - der Klage überwiegend stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. 14

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht teilweise stattgegeben. Die Klage ist unbegründet. Der erhobene Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs steht dem Kläger nicht zu. 15

I. Gemäß § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung *(vgl. BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 22 mwN)* nicht annimmt. 16

In welchem zeitlichen Umfang dabei der Arbeitgeber in Annahmeverzug geraten kann, richtet sich nach der arbeitsvertraglich vereinbarten oder - falls diese regelmäßig überschritten wird - nach der tatsächlich praktizierten Arbeitszeit. Denn die für das Arbeitsverhältnis maßgebliche Arbeitszeit bestimmt den 17

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

zeitlichen Umfang, in welchem der Arbeitnehmer berechtigt ist, Arbeitsleistung zu erbringen und der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitsleistung anzunehmen *(BAG 16. April 2014 - 5 AZR 483/12 - Rn. 13)*.

II. Danach befand sich die Beklagte im Streitzeitraum nicht im Annahmeverzug. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger seine Arbeitsleistung in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang - zumindest wörtlich - hätte anbieten müssen *(vgl. BAG 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 19; 16. April 2013 - 9 AZR 554/11 - Rn. 18 mwN)* oder - wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat - § 296 Satz 1 BGB eingreift *(vgl. BAG 8. Oktober 2008 - 5 AZR 715/07 - Rn. 24; 26. Januar 2011 - 5 AZR 819/09 - Rn. 19, BAGE 137, 38)*. Die Parteien haben kein Vollzeitarbeitsverhältnis, sondern ein Teilzeitarbeitsverhältnis in der Form der Arbeit auf Abruf *(§ 12 TzBfG)* vereinbart. Das ergibt die Auslegung des § 2 Satz 1 Arbeitsvertrag. 18

1. Bei dieser Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung *(§ 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB)*. Dafür begründet bereits das äußere Erscheinungsbild eine tatsächliche Vermutung *(vgl. BAG 15. Mai 2013 - 10 AZR 325/12 - Rn. 17; 17. August 2011 - 5 AZR 406/10 - Rn. 11, BAGE 139, 44)*, der keine der Parteien entgegengetreten ist. Auch bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klausel vom Kläger in den Arbeitsvertrag eingeführt worden wäre *(§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB)*. Für die Auslegung kommt es deshalb darauf an, wie die Klausel - ausgehend vom Vertragswortlaut - nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Dabei unterliegt die Auslegung der uneingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht *(st. Rspr., vgl. zB BAG 23. Oktober 2013 - 5 AZR 135/12 - Rn. 15 mwN)*. 19

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

2. Ausgehend vom Wortlaut der Klausel haben die Parteien ausdrücklich keine Vollzeitbeschäftigung, sondern eine Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen vereinbart. Die Bezeichnung der Beschäftigung als „fest“ dokumentiert zwar den Willen verständiger und redlicher Vertragspartner, dass innerhalb der zuvor in § 1 Satz 1 Arbeitsvertrag fixierten Dauer des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer nicht nur gelegentlich zur Aushilfe, sondern stetig zur Arbeitsleistung herangezogen wird. Der Umfang der dabei zu leistenden Arbeitszeit ist aber offengelassen worden. Sie soll flexibel - also veränderlich - sein und sich nach den betrieblichen Erfordernissen - also dem Arbeitsanfall und dem Beschäftigungsbedarf - richten. Verbunden mit dem Fehlen jeglichen Hinweises auf eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit darf bei einer derartigen Klausel ein verständiger Arbeitnehmer redlicherweise nicht annehmen, es solle ein Vollzeitarbeitsverhältnis begründet werden. Er muss vielmehr davon ausgehen, dass nicht nur die Lage, sondern auch die Dauer der Arbeitszeit variabel ist und die regelmäßige Arbeitszeit im Durchschnitt des vereinbarten Beschäftigungsjahres unter der eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers bleibt, er also teilzeitbeschäftigt *(§ 2 Abs. 1 Satz 2 TzBfG)* ist. 20

In diesem Verständnis der Klausel haben die Parteien das Arbeitsverhältnis auch gelebt. Der von der Beklagten gepflegten Heranziehung zur Arbeitsleistung hat der Kläger nach den für den Senat bindenden *(§ 559 Abs. 2 ZPO)* tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht widersprochen. Soweit der Kläger erstmals im Schriftsatz vom 24. Juni 2014 vorbringt, anlässlich der Aushändigung von Lohnabrechnungen habe er den Hoteldirektor D mehrfach „seine Arbeitsleistungen“ angeboten und gefragt, „wann die Lohndifferenzen ausgeglichen werden“, handelt es sich um vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellten neuen Sachvortrag in der Revisionsinstanz, der nach § 559 ZPO unbeachtlich ist. Zudem ist der neue Sachvortrag wegen der vereinbarten Arbeit auf Abruf ungeeignet, Annahmeverzug der Beklagten zu begründen. 21

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Für die vom Landesarbeitsgericht angewendete Regel, wonach bei Fehlen einer Teilzeitvereinbarung im Zweifel ein Vollzeitarbeitsverhältnis begründet werde *(vgl. BAG 8. Oktober 2008 - 5 AZR 715/07 - Rn. 19; 15. Mai 2013 - 10 AZR 325/12 - Rn. 19)* ist danach kein Raum. 22

3. Der Auslegung von § 2 Satz 1 Arbeitsvertrag als Arbeit auf Abruf im Teilzeitarbeitsverhältnis stehen weder § 12 Abs. 1 TzBfG noch der für allgemeinverbindlich erklärte Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Baden-Württemberg vom 18. März 2002 (im Folgenden: MTV) entgegen. 23

a) Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG muss die Vereinbarung einer Arbeit auf Abruf eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Das bedeutet aber nicht, Arbeit auf Abruf sei nur unter dieser Voraussetzung zulässig *(vgl. BAG 7. Dezember 2005 - 5 AZR 535/04 - Rn. 31, BAGE 116, 267)*. Die Nichtvereinbarung einer bestimmten Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit bedingt nicht die Unwirksamkeit der Abrede, sondern führt dazu, dass nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine wöchentliche Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart gilt und der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 1 Satz 4 TzBfG die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch nehmen muss *(vgl. nur ErfK/Preis 14. Aufl. § 12 TzBfG Rn. 15, 21; HWK/Schmalenberg 6. Aufl. § 12 TzBfG Rn. 12)*. Für ein Unterschreiten dieser zum Schutze des Arbeitnehmers gesetzlich fingierten Mindestgrenzen bietet das Vorbringen des Klägers keinen Anhalt. 24

b) Die Festlegung einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 39 Stunden in § 6 A MTV betrifft nur vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer und steht einer Teilzeitbeschäftigung nicht entgegen. Das bestätigt § 11 Nr. 2 MTV, der in einem Klammerzusatz Teilzeitbeschäftigte definiert als Arbeitnehmer, mit denen eine geringere als die regelmäßige Arbeitszeit vereinbart ist. Der MTV enthält auch keine Regelungen, die die für Teilzeitbeschäftigte in § 12 TzBfG zugelassene Arbeit auf Abruf verbieten oder modifizieren würden. 25

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 26

Müller-Glöge Biebl Weber

Kremser Feldmeier

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android

JLaw – für iOS