

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 483/12
22 Sa 58/11
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. April 2014

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. April 2014 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtlichen Richter Buschmann und Pollert für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 6. März 2012 - 22 Sa 58/11 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs. 1
- Der 1951 geborene Kläger war vom 11. Oktober bis zum 27. Dezember 2010 beim Beklagten, der ein Unternehmen für Fachpersonalleasing im Heizungs- und Lüftungsanlagenbau betreibt, beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund ordentlicher Arbeitgeberkündigung während der Probezeit. 2
- Dem Arbeitsverhältnis lag ein Formulararbeitsvertrag vom 8. Oktober 2010 zugrunde, in dem es auszugsweise heißt: 3
- „§ 1.1. Vertragsdauer
- Der Arbeitnehmer wird als Facharbeiter für Nachrichtentechnik eingestellt. Er verpflichtet sich, bei Kunden des Arbeitgebers an verschiedenen Orten in ganz Deutschland und dem benachbarten Ausland tätig zu werden.
 - Das Arbeitsverhältnis beginnt am 11.10.2010 und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.
- ...
- § 1.2. Vergütung / Zulagen
- Die Vergütung erfolgt auf der Grundlage der für den Arbeitgeber gem. § 1 dieses Vertrags geltenden Tarifvertrages (Entgelttarifvertrag und Entgelttarifvertrag West).
 - Der Stundenlohn beträgt laut Mindestlohn Elektro 9,60 € brutto.
 - Die übertarifliche Zulage beträgt 2,40 € brutto.

...

§ 1.3. Vertragsgegenstand

...

- Auf das Arbeitsverhältnis finden die für den Arbeitgeber fachlich einschlägigen Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. Dies sind zur Zeit die zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (BZA) und den Mitgliedsgewerkschaften des DGB (IG BCE/NGG/IG Metall/GEW/ver.di/IG Bau/Transnet/GdP) abgeschlossenen Tarifverträge. (...) Soweit die Regelungen dieses Vertrages den vorstehend genannten Tarifverträgen widersprechen sollten, gelten vorrangig die tariflichen Regelungen. Dies gilt nicht, soweit die Tarifverträge eine Abweichung ausdrücklich zulassen oder sich aus den Bestimmungen dieses Arbeitsvertrages eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung ergibt. Soweit die nachfolgenden Regelungen mit den Bestimmungen der in Bezug genommenen Tarifverträge wörtlich übereinstimmen, gelten sie lediglich deklaratorisch.

...

§ 3 Arbeitszeit/Überstundenkonto

Die Regelung der Arbeitszeit erfolgt auf der Grundlage des § 4 MTV BZA.

- Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 35 Stunden (Mindestarbeitszeit). Die regelmäßige monatliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers beträgt 151,67 Stunden.
- Die tägliche Arbeitszeit wird an die des Kundenbetriebes angepasst. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen und die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage richten sich nach dem jeweiligen Kundenbetrieb gültigen Regelungen bzw. Anforderungen des Kundenbetriebes.
- Arbeitsstunden ab der 41. Stunde wöchentlich werden automatisch auf das Mehrarbeitsstundenkonto gutgeschrieben. (Die pauschalen Aufwändungsersatzleistungen werden in der folgenden Lohnabrechnung vergütet.)
- Umkleiden, Waschen sowie Ruhepausen im Sinne des Arbeitszeitgesetzes (z.B. Frühstücks-, Mittags- und Kaffeepausen) gelten nicht als Arbeitszeit.

- Zum Ausgleich der monatlichen Abweichungen zwischen der nach Abs. 1 vereinbarten individuellen regelmäßigen Arbeitszeit des Arbeitnehmers und der tatsächlichen Arbeitszeit nach Abs. 2 wird ein Arbeitszeitkonto eingerichtet. In das Arbeitszeitkonto können Plus- und Minusstunden eingestellt werden.
- Ein Stunden/Zeitausgleich einschließlich der Vergütung erfolgt in einsatzfreien Zeiten über den Ausgleich des Zeitkontos.
- Die Höchstgrenze der Guthabenstunden liegt bei 200 Stunden, für Minusstunden bei 100 Stunden.
- Der Ausgleich des Arbeitszeitkontos soll vorrangig durch die Gewährung von Freizeit, auch in einsatzfreien Zeiten erfolgen. Arbeitszeitguthaben über 150 Stunden unterliegen dem Dispositionsrecht des Arbeitnehmers, d.h. der Arbeitnehmer kann nach seiner Wahl die Gewährung von Freizeit, Vergütung oder Fortschreibung des Arbeitszeitkontos verlangen. Bei Arbeitszeitguthaben bis zu 150 Stunden besteht insbesondere zur Sicherung des Arbeitsplatzes in einsatzfreien Zeiten ein Dispositionsrecht des Arbeitgebers.
- Das Abgelten von Zeitguthaben ist nach den Grundsätzen der Urlaubsgewährung beim Arbeitgeber zu beantragen. Fallen Zeiten, in denen Stundenguthaben durch beantragte und festgelegte Freizeit ausgeglichen werden, mit Zeiten der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zusammen, so gilt die freie Zeit als genommen. Eine Rückübertragung in das Zeitguthaben erfolgt nicht.
- Im Fall des Ausscheidens des Mitarbeiters ist der Saldo auf dem Arbeitszeitkonto wie folgt auszugleichen: Plusstunden werden abgegolten, Minusstunden werden bei Eigenkündigung des Mitarbeiters bzw. außerordentlicher Kündigung bis zu 35 Stunden verrechnet, soweit eine Nacharbeit betrieblich nicht möglich ist.
- Der Mitarbeiter verpflichtet sich, die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes einzuhalten. Nach diesen Vorschriften ist eine Überschreitung der höchstzulässigen täglichen Arbeitszeit von 10 Stunden untersagt. Ebenso darf nach diesen Vorschriften an Sonntagen nur in Ausnahmefällen gearbeitet werden. Der Mitarbeiter ist verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich zu informieren, wenn die Kundenfirma eine über 10 Stunden pro Tag hinausgehende Arbeitszeit sowie Arbeit an Sonntagen anord-

net. Derartige Mehrarbeitsstunden dürfen nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Arbeitgebers geleistet werden. Soweit diese Genehmigung nicht vorliegt, kann dem Mitarbeiter die Anerkennung der Arbeitsstunden für die unzulässig ausgeführte Mehrarbeit verweigert werden.“

Mit E-Mail vom 11. Oktober 2010 bot der Beklagte dem Kläger an, das Arbeitsverhältnis erst am 12. Oktober 2010 zu beginnen. Das lehnte der Kläger mit E-Mail vom 21. November 2010 ab und reiste am 11. Oktober 2010 mit dem Pkw von seinem Wohnort S zum vorgesehenen Übernachtungsort in Fre an. Der Beklagte zahlte hierfür Reisekostenerstattung und Fernauslöse, jedoch keinen Lohn. An den folgenden Tagen der Kalenderwoche arbeitete der Kläger 36 Stunden. 4

Von Montag, 18. Oktober 2010, bis Donnerstag, 21. Oktober 2010, arbeitete der Kläger auf einer Baustelle der Entleiherin S GmbH in Fr insgesamt 39 Stunden. Am Freitag, 22. Oktober 2010, wurde auf dieser Baustelle nicht gearbeitet. Darüber unterrichtete der Kläger den Disponenten des Beklagten, der ihm für diesen Tag keinen anderweitigen Einsatz zuwies. 5

Von Montag, 1. November 2010, bis Mittwoch, 3. November 2010, arbeitete der Kläger bei der Entleiherin O GmbH in F insgesamt 28 Stunden. Für Donnerstag, 4. November 2010, vergütete der Beklagte sieben Stunden. Arbeit wurde dem Kläger weder für diesen, noch für den Folgetag zugewiesen. 6

Mit der am 15. Februar 2011 eingereichten Klage hat der Kläger Vergütung wegen Annahmeverzugs für den 11. und 22. Oktober 2010 sowie den 5. November 2010 verlangt und geltend gemacht, der Beklagte wäre verpflichtet gewesen, ihn an diesen Tagen sieben Stunden zu beschäftigen. Die Einrichtung eines Arbeitszeitkontos im Leiharbeitsverhältnis verstoße gegen § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG und § 12 Abs. 1 TzBfG. 7

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 8
den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 201,60 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 134,40 Euro seit dem 16. November 2010 und aus weiteren 67,20 Euro seit dem 16. Dezember 2010 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, der 9
Kläger habe keinen Anspruch auf Beschäftigung über 35 Wochenstunden hinaus und an allen Tagen von Montag bis Freitag.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 10
hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Seine Berufung gegen das 11
die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist unbegründet. Der erhobene Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs steht dem Kläger nicht zu.

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

In welchem zeitlichen Umfang dabei der Arbeitgeber in Annahmeverzug 13
geraten kann, richtet sich nach der arbeitsvertraglich vereinbarten oder - falls diese regelmäßig überschritten wird - nach der tatsächlich praktizierten Arbeitszeit (*vgl. BAG 21. November 2001 - 5 AZR 296/00 - BAGE 100, 25*). Denn die für das Arbeitsverhältnis maßgebliche Arbeitszeit bestimmt den zeitlichen Umfang, in welchem der Arbeitnehmer berechtigt ist, Arbeitsleistung zu erbringen und der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitsleistung anzunehmen.

II. Danach befand sich der Beklagte an den streitgegenständlichen Tagen nicht im Annahmeverzug, wobei dahin gestellt bleiben kann, ob der Kläger überhaupt die Arbeitsleistung für den 11. Oktober 2010 rechtzeitig angeboten hat. Der Beklagte war nicht verpflichtet, die Arbeitsleistung des Klägers in einem 35 Wochenstunden übersteigendem Umfang anzunehmen. 14

1. Ob sich der zeitliche Umfang, in dem der Beklagte in Annahmeverzug geraten konnte, nach § 3 Arbeitsvertrag als eigenständiger arbeitsvertraglicher Regelung (*vgl. BAG 25. September 2013 - 5 AZR 778/12 - Rn. 14; 23. Oktober 2013 - 5 AZR 556/12 - Rn. 14*) der Arbeitszeit oder den in Bezug genommenen tariflichen Regelungen richtet, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Nach beiden beträgt die regelmäßige wöchentliche Mindestarbeitszeit nicht mehr als 35 Stunden. 15

Das bedeutet, dass der Beklagte jedenfalls in Annahmeverzug gerät, wenn er die - angebotene - Arbeitsleistung des Klägers nicht in einem Mindestumfang von 35 Wochenstunden annimmt. Unstreitig hat der Kläger in den mit dem 11. Oktober 2010 und dem 18. Oktober 2010 beginnenden Kalenderwochen über den vereinbarten Mindestumfang hinaus gearbeitet. In der mit dem 1. November 2010 beginnenden Kalenderwoche hat der Kläger zwar nur 28 Stunden arbeiten dürfen, jedoch unstreitig 35 Stunden vergütet erhalten. Damit hat der Beklagte den Anspruch des Klägers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs in dieser Woche erfüllt, § 362 Abs. 1 BGB. 16

2. Eine Pflicht des Beklagten, den Kläger über 35 Wochenstunden hinaus zu beschäftigen, käme allerdings nach § 3 Abs. 2 Arbeitsvertrag und § 4.1 des in Bezug genommenen Tarifvertrags in Betracht, wenn der Kläger in den streitgegenständlichen Kalenderwochen einem Entleiher überlassen war und vergleichbare Stamarbeitnehmer eine längere Arbeitszeit hatten. Dazu fehlt es aber an Sachvortrag des Klägers. Aus den zur Akte gereichten Stundenzetteln lässt sich zwar erschließen, dass der Kläger in den mit dem 18. Oktober 2010 und mit dem 1. November 2010 beginnenden Kalenderwochen Entleihern überlassen war. Er hat jedoch nichts dazu vorgetragen, wie lange er jeweils über- 17

lassen war und - vor allem - welche Arbeitszeit vergleichbare Stammarbeitnehmer der Entleiher einzuhalten hatten.

3. Entgegen der Auffassung des Klägers gibt es keinen allgemeinen Grundsatz, dass jeder Arbeitnehmer von Montag bis Freitag beschäftigt werden müsse. Soweit die Verteilung der Arbeitszeit arbeitsvertraglich nicht geregelt und auch kollektivrechtlich und gesetzlich nicht beschränkt ist, legt der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit durch Weisung kraft seines Direktionsrechts aus § 106 Satz 1 GewO fest (*BAG 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 - Rn. 33, BAGE 132, 88; Schaub/Linck ArbR-HdB 15. Aufl. § 45 Rn. 42; ErfK/Preis 14. Aufl. § 611 BGB Rn. 656*). 18

4. Die Vereinbarung einer unterschiedlichen Dauer der Arbeitszeit während verliehfreier Zeiten und für die Dauer einer Überlassung begegnet - jedenfalls bei einer Regelung wie der im Streitfall - keinen Bedenken. Sie entspricht § 10 Abs. 4 AÜG. 19

Die Dauer der Arbeitszeit ist ein in Art. 3 Abs. 1 Buchst. f, i der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (fortan: Richtlinie) genannter Regelungsgegenstand und damit eine wesentliche, dem Gebot der Gleichbehandlung unterliegende Arbeitsbedingung iSv. § 10 Abs. 4 AÜG. Für die Dauer einer Überlassung hat deshalb der Leiharbeitnehmer aus § 10 Abs. 4 AÜG Anspruch darauf, in einem dem vergleichbarer Stammarbeitnehmer entsprechenden zeitlichen Umfang beschäftigt zu werden. Damit kann die Dauer der Arbeitszeit je nach Entleiher unterschiedlich und nicht im Voraus starr fixierbar sein. Für verliehfreie Zeiten dagegen schränken weder § 10 Abs. 4 AÜG noch die Richtlinie hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien ein. 20

Bedenklich wird die Aufspaltung der Dauer der Arbeitszeit für Überlassungen und überlassungsfreie Zeiten erst dann, wenn eine solche Vertragsgestaltung dazu dient, die Unabdingbarkeit des Anspruchs auf Vergütung bei Annahmeverzug nach § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG dadurch zu unterlaufen, dass für verliehfreie Zeiten eine ungewöhnlich kurze Arbeitszeit vereinbart wird (*ähnlich* - 21

allerdings im Zusammenhang mit Arbeitszeitkonten - Thüsing/Pötters BB 2012, 317, 320). Davon kann im Streitfall aber nicht die Rede sein. Die vereinbarte Mindestarbeitszeit von 35 Wochenstunden entspricht einer vielfach erhobenen (und durchgesetzten) Forderung von DGB-Gewerkschaften.

5. Weder die arbeitsvertragliche noch die in Bezug genommene tarifliche Arbeitszeitregelung sind deshalb unwirksam, weil sie zugleich Einrichtung und Führung eines Arbeitszeitkontos zum Ausgleich der monatlichen Abweichungen zwischen der vereinbarten individuellen regelmäßigen Arbeitszeit des Arbeitnehmers und der tatsächlichen Arbeitszeit vorsehen. 22

a) Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Arbeit nicht mit bezahlter Freizeit entgolten werden dürfte und stets in der Abrechnungsperiode, in der sie geleistet wurde, zu vergüten wäre. Sowohl den Arbeitsvertrags-, als auch den Tarifvertragsparteien bleibt es unbenommen, über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeitsstunden auf einem Arbeitszeitkonto anzusammeln und in der Folgezeit durch bezahlte Freizeit auszugleichen. Das kommt dem Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers ebenso wie einem verbreiteten Bedürfnis von Arbeitnehmern entgegen. 23

b) Das Arbeitszeitkonto im Leihverhältnis darf allerdings nicht dazu eingesetzt werden, § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG zu umgehen und das vom Verleiher zu tragende Beschäftigungsrisiko auf den Leiharbeitnehmer abzuwälzen. Regelungen, die es dem Verleiher ermöglichen, in verleihfreien Zeiten einseitig das Arbeitszeitkonto abzubauen, sind unwirksam (*wie hier: Ulber/Ulber AÜG - Basis 2. Aufl. § 11 Rn. 67f.; Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst AÜG 2. Aufl. § 11 Rn. 45; weiter - für tarifliche Systeme - Schüren in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 11 Rn. 112f.; aA Mengel in Thüsing AÜG 3. Aufl. § 11 Rn. 43; vgl. auch die Nachweise zum Streitstand bei Thüsing/Pötters BB 2012, 317, 318f.*). 24

Inwieweit danach die arbeitsvertraglichen bzw. in Bezug genommenen tariflichen Regelungen zum Arbeitszeitkonto Bestand haben, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Sind die Regelungen zum Arbeitszeitkonto in § 3 Arbeitsvertrag teilweise oder insgesamt unwirksam, bleibt davon die Regelung der Dauer der Arbeitszeit unberührt. Die Klausel ist im Sinne des sog. blue-pencil- 25

Tests (vgl. dazu BAG 12. März 2008 - 10 AZR 152/07 -) teilbar. Fallen die Vereinbarungen zum Arbeitszeitkonto weg, verbleibt es bei den inhaltlich teilbaren und in sich verständlichen Regelungen zur Dauer der Arbeitszeit mit der Folge, dass über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehende Mehrarbeit stets zu vergüten ist.

Selbst wenn § 3 Arbeitsvertrag insgesamt unwirksam wäre und auch die in Bezug genommenen tariflichen Arbeitszeitregelungen nicht greifen würden, könnte das der Klage nicht zum Erfolg verhelfen. In diesem Falle hätten die Parteien überhaupt keine bestimmte Dauer der Arbeitszeit vereinbart, so dass der Kläger nur über § 10 Abs. 4 AÜG (Dauer der Arbeitszeit vergleichbarer Stammarbeitnehmer) oder eine in der Leiharbeitsbranche „übliche“ Arbeitszeit zu einem 35 Wochenstunden übersteigenden zeitlichen Rahmen für den Annahmeverzug kommen könnte. Zu beidem fehlt jeglicher Sachvortrag des Klägers.

26

6. Die Auffassung der Revision, einem Arbeitszeitkonto im Leiharbeitsverhältnis stünde § 12 Abs. 1 TzBfG entgegen, ist nicht entscheidungserheblich und zudem unzutreffend. Unabhängig davon, ob im Streitfall überhaupt ein Abruftarbeitsverhältnis vorliegt, haben die Parteien in § 3 Arbeitsvertrag eine bestimmte Mindestdauer der wöchentlichen Arbeitszeit und für Überlassungszeiten eine bestimmte Dauer der täglichen Arbeitszeit - nämlich die im Betrieb des Entleihers geltende - vereinbart (§ 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG). Für verleihfreie Zeiten ist die Vereinbarung einer bestimmten Dauer der täglichen Arbeitszeit jedenfalls dann überflüssig, wenn der Verleiher den Leiharbeitnehmer mit der vereinbarten Tätigkeit nicht im eigenen Betrieb einsetzen kann. Zudem führt eine fehlende Vereinbarung zur Dauer der täglichen Arbeitszeit lediglich dazu, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen hat, § 12 Abs. 1 Satz 4 TzBfG. Dass das nicht der Fall gewesen wäre, hat der Kläger nicht behauptet. Einen Anspruch, an jedem Tag von Montag bis Freitag abgerufen zu werden, begründet § 12 Abs. 1 TzBfG nicht.

27

7. Der Einsatz des Klägers am 1. November 2010 in F verstieß entgegen seiner Auffassung nicht gegen § 9 ArbZG. Für die Frage, ob Feiertagsarbeit vorliegt, ist allein der Arbeitsort maßgeblich (*vgl. Buschmann/Ulber 7. Aufl. § 9 Rn. 1; Baeck/Deutsch 3. Aufl. § 9 Rn. 10, jeweils mwN*). Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Verstoß gegen § 9 ArbZG Annahmeverzug an den streitgegenständlichen Tagen hätte begründen können. 28

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 29

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Buschmann

Pollert