

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 201/10  
17 Sa 1151/09  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
17. Mai 2011

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Düwell, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Dr. Suckow sowie den ehrenamtlichen Richter Kranzusch und die ehrenamtliche Richterin Pielenz für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 7. Januar 2010 - 17 Sa 1151/09 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Pflicht der Beklagten, den Kläger an beweglichen Ferientagen von der Arbeitspflicht, hilfsweise der Unterrichtspflicht freizustellen, sowie um die Feststellung, dass die Musik- und Kunstschule der Beklagten eine öffentliche Schule iSd. § 6 Abs. 2 Satz 1 des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen ist. 1

Die Parteien verbindet seit dem 1. April 1986 ein Arbeitsverhältnis. Die Beklagte beschäftigt den Kläger als Musiklehrer für die Fächer Gitarre und Elementarunterricht an ihrer Musik- und Kunstschule in B (MKS). 2

Der Unterricht an der MKS, der als Klassen-, Gruppen- oder Einzelunterricht erteilt wird, erfolgt vierstufig. Während den Schülern in der Grundstufe eine musikalische Grundbildung vermittelt wird, liegt der Schwerpunkt in der Unter-, Mittel- und Oberstufe auf Instrumental-, Vokal- und Ensemblefächern. Die MKS bietet zudem in allen Stufen Ergänzungsfächer und Projekte verschiedener Art an. 3

Unter dem 6. Dezember 1985 schlossen die Parteien einen Formulararbeitsvertrag, der ua. folgende Regelungen vorsieht: 4

#### **„§ 2**

Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) vom 23. Februar 1961, dem Bezirks-Zusatztarifvertrag zum BAT (BZT-A/NW) vom 05.10.1961 und den diese Tarifverträge ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in ihrer jeweils

geltenden Fassung. Daneben sind die für Angestellte der Stadt B jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge anzuwenden. Außerdem gelten die Richtlinien der Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände über die Vergütung der im Angestelltenverhältnis beschäftigten Lehrer und Leiter von Musikschulen von 12.01.1973.

...

Die Dienstanweisung für Lehrkräfte der Musik- und Kunstschule und die Schulordnung sind ebenfalls Bestandteil des Arbeitsvertrages.

...

#### **§ 4**

Die Pflichtstundenzahl beträgt 28 Unterrichtsstunden wöchentlich.

#### **§ 5**

Für den Erholungsurlaub gelten die Regelungen für Lehrer an allgemeinbildenden Schulen.

...

#### **§ 7**

Die Lehrkraft ist verpflichtet, entsprechend den Aufgaben der Musik- und Kunstschule über die reine Unterrichtstätigkeit hinaus

- a) zur Übernahme von Vertretungen im Rahmen des Zumutbaren,
- b) zur Mitarbeit an Schulveranstaltungen,
- c) zur Teilnahme an Lehrerkonferenzen, Arbeitsgemeinschaften, Prüfungen und Musizierfreizeiten der Schüler,
- d) zu einem jährlich stattfindenden Vorspiel mit den eigenen Schülern,
- e) zur eigenen Fortbildung und Weiterbildung durch Teilnahme an Kursen und Tagungen.“

In der Folgezeit waren die Parteien uneins, wie die wöchentliche Pflichtstundenzahl zu berechnen sei. Insbesondere stritten sie über die Berechtigung der Beklagten, dem Kläger zum Ausgleich der an Schulferientagen ausfallenden Unterrichtsstunden (*sog. Ferienüberhang*) weitere Unterrichtsstunden zuzuweisen. Unter dem 30. November 1999 schlossen die Parteien vor dem Arbeitsgericht (- 5 Ca 2500/99 -) einen gerichtlichen Vergleich, der ua. Folgendes vorsieht:

5

- „1. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Kläger arbeitsvertraglich seit dem 01.08.1999 verpflichtet ist, außerhalb der Schulferien zum Ausgleich des sogenannten Ferienüberhangs wöchentlich 1 Stunde ... abzuleisten. Darüber hinausgehende Unterrichtsverpflichtungen zum Ausgleich des Ferienüberhangs bestehen nicht und werden auch künftig nicht angeordnet. Die Parteien werden eine entsprechende Ergänzung des Arbeitsvertrages unterzeichnen.
2. Die Parteien sind weiter darüber einig, dass der Kläger arbeitsvertraglich seit dem 01.08.1999 verpflichtet ist, als Ausgleich für die Differenz zwischen der einzelvertraglichen und der tarifvertraglichen wöchentlichen Unterrichtsverpflichtung 1 Stunde ... abzuleisten. Darüber hinausgehende Verpflichtungen zum Ausgleich der Differenz zwischen der einzelvertraglich geschuldeten und der tarifvertraglich festgeschriebenen wöchentlichen Pflichtstundenzahl bestehen nicht und werden auch künftig nicht angeordnet. Dies gilt auch, soweit die tarifvertragliche Arbeitszeit künftig erhöht werden sollte. Die Parteien werden eine entsprechende Ergänzung des Arbeitsvertrages unterzeichnen.“

Dem Vergleichsabschluss lag ein „Berechnungsvordruck Ausgleich Schulferienüberhang“ zugrunde. In diesem heißt es ua. wie folgt:

6

- „1. Berechnung der Ferientage/Schultage/jährlichen Arbeitstage der Musikschullehrer ...
  - 1.1 Berechnung der auszugleichenden Ferientage
    - 1.1.1 Ferientage ohne Samstage, Sonn- und Feiertage

Weihnachten ab 01.01.	4 Tage
Ostern	13 Tage

Pfingsten	1 Tag
Sommer	32 Tage
Herbst	5 Tage
Weihnachten bis 31.12.	<u>5 Tage</u>
	60 Tage“

Die in dem Vordruck ebenfalls vorgesehene Zeile „bewegliche’ Ferientage 4 Tage“ ist handschriftlich gestrichen, die Summe der Tage handschriftlich von 64 Tagen auf 60 Tage korrigiert. 7

Im Jahr 2000 beschloss das Leitungsgremium der MKS, den Musiklehrern vier bewegliche Ferientage pro Schuljahr zu gewähren. In der „Arbeitsanweisung für die Lehrkräfte der Musik- und Kunstschule“ vom 1. September 2005 (*Arbeitsanweisung aF*) finden sich hierzu folgende Regelungen: 8

**„Präambel**

Die pädagogischen ... Mitarbeiter ... stehen in einem Arbeitsverhältnis zur Stadt B, das geregelt wird durch den Bundes-Angestellentarifvertrag ... und durch den jeweiligen Arbeitsvertrag. ...

...

Darüber hinaus regelt die nachstehende Arbeitsanweisung pädagogisch fachliche und organisatorische Arbeitsabläufe ...

...

**6. Ferienregelung**

Für die MKS gilt grundsätzlich die Ferienregelung der allgemeinbildenden Schulen. Die beweglichen Ferientage werden ... unter Berücksichtigung der in B meistgenutzten Regelung der beweglichen Ferientage festgelegt. Die MA werden informiert, sobald die Regelung für die MKS getroffen werden kann.“

Der vom Ministerium für Schule, Jugend und Kinder Nordrhein-Westfalen (*Schulministerium NRW*) herausgegebene Runderlass „Ordnung der Ferien und Termine für die Aushändigung der Halbjahreszeugnisse“ vom 9

26. Juni 2003 (*ABl. NRW S. 234, BASS 12 - 65 Nr. 1*) sah für die Schuljahre 2003/2004 bis 2009/2010 entweder drei oder vier bewegliche Ferientage vor.

Am 17. Dezember 2008 teilte der Leiter der MKS dem Lehrerkollegium während einer Hauptkonferenz mit, den Lehrkräften fortan keine beweglichen Ferientage gewähren zu wollen. 10

Mit Schreiben vom 17. Juni 2009 unterrichtete die Beklagte den bei ihr gebildeten Personalrat von ihrer Absicht, Nr. 6 der Arbeitsanweisung aF wie folgt zu ändern: 11

**„6. Ferienregelung**

Für die MKS gilt grundsätzlich die Ferienregelung der allgemeinbildenden Schulen. Bewegliche Ferientage werden nicht gewährt.“

Auf die Aufforderung der Beklagten, seine Beteiligungsrechte wahrzunehmen, erklärte der Personalrat mit Schreiben vom 23. Juni 2009, der beabsichtigten Änderung nicht zuzustimmen, im Übrigen aber auf ein weiteres Verfahren nach dem Landespersonalvertretungsgesetz zu verzichten. 12

Am 7. Juli 2009 änderte die Beklagte die Arbeitsanweisung in Nr. 6, die fortan die gegenüber dem Personalrat angekündigte Fassung hat (*Arbeitsanweisung nF*). 13

Der Kläger ist der Rechtsauffassung, die Beklagte sei arbeitsvertraglich verpflichtet, ihn über den gesetzlich und tarifvertraglich geregelten Erholungsurlaub hinaus an vier beweglichen Ferientagen im Schuljahr von jeder Arbeitsverpflichtung, hilfsweise von der Verpflichtung, Unterricht zu erteilen, freizustellen. Die Arbeitsanweisung bestehe in der alten Fassung fort, da die Beklagte sie nicht wirksam geändert habe. Zum einen habe sie das nach dem LPVG NRW vorgeschriebene Verfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt, zum anderen fehle es an einer den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechenden Bekanntmachung der Änderung. Der von ihm erhobene Anspruch finde darüber hinaus in dem Vergleich vom 30. November 1999 seine Rechtfertigung. Ferner habe sich durch die jahrelange Gewährung beweglicher Ferientage eine betriebliche Übung gebildet, die die Beklagte nicht wirksam beseitigt habe. 14

Schließlich folge sein Anspruch aus den Ferienbestimmungen nach § 7 Abs. 2 des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15. Februar 2005 (*SchulG NRW*) sowie den dazu erlassenen Ferienordnungen in ihrer jeweiligen Fassung. Denn die MKS sei eine öffentliche Schule iSd. § 6 Abs. 2 Satz 1 SchulG NRW.

Der Kläger hat zunächst verlangt, die Beklagte zu verurteilen, ihn an vier kalendarisch bestimmten Tagen, hilfsweise an vier von der Beklagten zu bestimmenden Tagen von der Verpflichtung zur Unterrichtserteilung freizustellen. Außerdem hat er begehrt, ihn in jedem Schuljahr an vier Unterrichtstagen „zum Zwecke der Gewährung von beweglichen Ferientagen freizustellen“. Sodann hat er die Klage erweitert und beantragt festzustellen, dass die MKS eine öffentliche Schule iSv. § 6 Abs. 2 Satz 1 SchulG NRW ist. Schließlich hat er hilfsweise die Gewährung von vier beweglichen Ferientagen verlangt und deren zeitliche Lage in das Ermessen des Gerichts gestellt. Die zeitliche Lage der von ihm beehrten Ferientage hat er in der ersten und zweiten Instanz mehrfach geändert. Vor dem Landesarbeitsgericht hat er zuletzt beantragt

15

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn schuljährlich für vier bewegliche Ferientage freizustellen, und
2. festzustellen, dass die Musik- und Kunstschule der Stadt B eine öffentliche Schule im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 SchulG NRW ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, für das Klagebegehren fehle es an einer Rechtsgrundlage. Der Vergleich der Parteien vom 30. November 1999 regle allein die Schulferienzeit, ohne Festlegungen hinsichtlich der beweglichen Ferientage zu treffen. Die Ferienordnung des Landes Nordrhein-Westfalen gelte nicht für die MKS; denn diese sei keine Schule im Sinne des SchulG NRW.

16

Das Arbeitsgericht hat der Klage insoweit stattgegeben, als es die Beklagte verurteilt hat, dem Kläger für das Jahr 2008/2009 zwei weitere bewegliche Ferientage zu gewähren. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der

17

vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. In der Revisionsinstanz hat er den zuletzt vor dem Landesarbeitsgericht gestellten Klageantrag zu 1. mit dem Inhalt neu gefasst festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn an beweglichen Ferientagen, deren Anzahl für öffentliche Schulen im Land Nordrhein-Westfalen festgesetzt wird, vollständig von der Arbeitspflicht, hilfsweise von der Unterrichtspflicht freizustellen.

### **Entscheidungsgründe**

- Die zulässige Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts, soweit dieses die Klage abgewiesen hat, im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. 18
- I. Die Klage ist zulässig. 19
1. Der in der Revisionsinstanz neu gefasste Feststellungsantrag zu 1. begegnet keinen durchgreifenden prozessrechtlichen Bedenken. 20
- a) Die Änderungen, die der Klageantrag zu 1. seit der Erhebung der Klage erfahren hat, haben auf die Zulässigkeit der Klage keinen Einfluss. 21
- aa) Soweit der Klageantrag zu 1. in zeitlicher Hinsicht in der Berufungsinstanz erweitert worden ist, hat der Senat die hierin liegende Klageänderung nicht auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen. 22
- (1) Mit dem Klageantrag zu 1. hat der Kläger vor dem Arbeitsgericht beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm für das Schuljahr 2009/2010 für die Tage 15. und 16. Februar 2010, den 12. April 2010 sowie den 26. Mai 2010 bewegliche Ferientage zu gewähren, hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, ihm vier bewegliche, in das Ermessen des Gerichts gestellte Ferientage für das Schuljahr 2009/2010 zu gewähren. In der Folgezeit hat er an anderen Tagen Freistellung begehrt. In der Berufungsinstanz hat er den Antrag geändert und die 23

Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn schuljährlich für vier bewegliche Ferientage freizustellen. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, diesen zuletzt gestellten Sachantrag zu bescheiden, unterliegt nicht der Überprüfung durch den Senat. Gemäß § 533 Nr. 2 ZPO ist eine Klageänderung im Berufungsverfahren zulässig, wenn sie auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Dies sind nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen.

(2) Ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 533 ZPO vorliegen, ist 24  
in der Revisionsinstanz nicht zu überprüfen, wenn das Berufungsgericht - wie hier das Landesarbeitsgericht - in der Sache über den erweiterten Streitgegenstand entschieden hat (vgl. BAG 21. April 2009 - 3 AZR 285/07 - Rn. 20, AP BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 20). Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 268 ZPO (vgl. BGH 25. Oktober 2007 - VII ZR 27/06 - Rn. 9, NJW-RR 2008, 262). Danach findet eine Anfechtung der Entscheidung, dass eine Änderung der Klage nicht vorliege oder dass die Änderung zuzulassen sei, nicht statt. Nach dem Zweck des Berufungsrechts dient die Berufungsinstanz in erster Linie der Fehlerkontrolle der erstinstanzlichen Entscheidung. § 533 ZPO verhindert deshalb, dass sich das Berufungsgericht im Rahmen neuer Streitgegenstände mit neuem Streitstoff befassen und hierzu eine Sachentscheidung treffen muss. Dieser Zweck kann nicht mehr erreicht werden, wenn das Berufungsgericht über die Klageänderung sachlich entschieden hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob es zu einer Sachentscheidung gelangt ist, weil es die Voraussetzungen des § 533 ZPO bejaht oder dessen Anwendbarkeit im Einzelfall verneint hat.

bb) Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz davon abgesehen hat, 25  
gegen die Beklagte einen Leistungstitel zu erwirken, und sein Klagebegehren nunmehr mit einem Feststellungsantrag verfolgt, gilt Entsprechendes. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über den Feststellungsantrag zu 1.

hindert den Senat daran, die Antragsänderung an den zivilprozessualen Vorgaben des § 533 ZPO zu messen (§ 268 ZPO *entsprechend*).

cc) Der Kläger hat den Feststellungsantrag zu 1. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat sprachlich neu gefasst. Dies ist in prozessrechtlicher Hinsicht unbedenklich. Er hat sein Klagebegehren verdeutlicht, ohne sein Klagebegehren seinem Inhalt nach zu ändern. 26

b) Der Kläger hat ein rechtliches Interesse daran, durch das Gericht feststellen zu lassen, ob die Beklagte verpflichtet ist, ihn an beweglichen Ferientagen, deren Anzahl für öffentliche Schulen im Land Nordrhein-Westfalen festgesetzt wird, vollständig von der Arbeitspflicht, hilfsweise von der Unterrichtspflicht freizustellen (§ 256 Abs. 1 ZPO). 27

aa) Eine allgemeine Feststellungsklage braucht sich nicht notwendig auf das gesamte Rechtsverhältnis zu erstrecken. Der Kläger kann sie auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (*BAG 13. Oktober 2009 - 9 AZR 139/08 - Rn. 20, BAGE 132, 195*). So liegt der Fall hier. Die von dem Kläger beehrte Feststellung bezieht sich lediglich auf einzelne Tage während des Schuljahres. Ob und gegebenenfalls welche arbeitsvertraglichen Pflichten den Kläger an diesen Tagen treffen, ist zwischen den Parteien streitig. 28

bb) Der grundsätzlich geltende Vorrang der Leistungsklage (*vgl. BAG 11. Dezember 2001 - 9 AZR 435/00 - zu I der Gründe, EzA ZPO § 256 Nr. 59*) steht der Zulässigkeit des Feststellungsantrags nicht entgegen. Der Vorrang der Leistungsklage dient dem Zweck, Rechtsstreitigkeiten prozesswirtschaftlich sinnvoll zu erledigen (*vgl. BAG 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - zu III 1 der Gründe, BAGE 114, 80*). Danach ist eine Feststellungsklage zulässig, wenn mit ihr eine sachgerechte, einfache Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte zu erreichen ist und prozesswirtschaftliche Überlegungen gegen einen Zwang zur Leistungsklage sprechen (*vgl. BAG 16. Dezember 2008 - 9 AZR 985/07 - Rn. 19, BAGE 129, 72*). 29

Diese Voraussetzungen liegen vor. Das der Vollstreckung nicht zugängliche Feststellungsurteil ist geeignet, den rechtlichen Konflikt der Parteien endgültig zu lösen und weitere Prozesse zu vermeiden. Zwischen den Parteien besteht Streit, ob dem Kläger bewegliche Ferientage zustehen; die Ausgestaltung der Leistungspflichten der Beklagten steht nicht im Streit. 30

2. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist auch der Feststellungsantrag zu 2. zulässig. 31

a) Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, die von dem Kläger begehrte Feststellung habe eine abstrakte Rechtsfrage zum Inhalt, die nicht auf die Klärung konkreter Rechte und Pflichten zwischen den Prozessparteien gerichtet sei. 32

b) Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass der Klageantrag zu 2. die Voraussetzungen einer Zwischenfeststellungsklage erfüllt (§ 256 Abs. 2 ZPO). 33

Nach § 256 Abs. 2 ZPO kann die Klagepartei bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, durch Erweiterung des Klageantrags beantragen, dass ein Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt wird. § 256 Abs. 2 ZPO ermöglicht die Ausdehnung der Rechtskraft auch auf das dem Klagebegehren vorgeifliche Rechtsverhältnis und die tragenden Entscheidungsgründe. Die Vorgeiflichkeit ersetzt das ansonsten für die Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse (*BAG 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 13, BAGE 124, 80*). So ist es hier. Der Kläger stützt den mit dem Feststellungsantrag zu 1. verfolgten Anspruch ua. auf die Ferienbestimmungen nach § 7 Abs. 2 SchulG NRW. Diese gelten lediglich für Schulen iSd. § 6 Abs. 2 Satz 1 SchulG. Die Vorfrage, ob die MKS zu den Schulen im genannten Sinne gehört, ist damit einer gerichtlichen Feststellung im Wege der Zwischenfeststellungsklage zugänglich. 34

- II. Die Klage ist nicht begründet. Dies gilt sowohl für den Feststellungsantrag zu 1., den der Kläger in Form eines Haupt- und Hilfsantrags gestellt hat, als auch für den Feststellungsantrag zu 2. 35
1. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, den Kläger an beweglichen Ferientagen, deren Anzahl für öffentliche Schulen im Land Nordrhein-Westfalen festgesetzt wird, vollständig von der Arbeitspflicht freizustellen. Für das Feststellungsbegehren, das der Kläger mit dem Feststellungsantrag zu 1. in der Hauptsache verfolgt, fehlt es an einer Rechtsgrundlage. Der Hauptantrag könnte nur Erfolg haben, wenn der Kläger - über den Anspruch auf Erholungsurlaub hinaus - Freistellung in der Weise verlangen könnte, dass er an beweglichen Ferientagen von der Unterrichtsverpflichtung zu befreien sei und die Beklagte auch gehindert wäre, den Kläger an diesen Tagen zur Leistung sonstiger Arbeit heranzuziehen. Es fehlt bereits an der ersten Voraussetzung. Dem Kläger steht ein Anspruch auf bewegliche Ferientage nicht zu. 36
- a) Der Arbeitsvertrag der Parteien vom 6. Dezember 1985 rechtfertigt das Klagebegehren nicht. Die Parteien haben die Frage, ob und gegebenenfalls wie viele bewegliche Ferientage dem Kläger zustehen, im Arbeitsvertrag nicht geregelt. 37
- b) Der Kläger stützt sein Feststellungsbegehren ohne Erfolg auf Nr. 6 der Arbeitsanweisung aF. 38
- aa) Gemäß Nr. 6 der Arbeitsanweisung aF legt die Beklagte die beweglichen Ferientage unter Berücksichtigung der örtlichen Gepflogenheiten fest. 39
- bb) Die Arbeitsanweisung in der zitierten Fassung ist für das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht maßgeblich. Sie wurde mit Wirkung zum 7. Juli 2009 durch die Regelung Nr. 6 der Arbeitsanweisung nF abgelöst, der zufolge bewegliche Ferientage nicht gewährt werden. 40
- (1) Die Beklagte war befugt, die Arbeitsanweisung unter dem 7. Juli 2009 zu ändern. 41

(a) Nr. 6 der Arbeitsanweisung aF enthält keine rechtsgeschäftliche Abrede zwischen den Parteien, die es der Beklagten verwehrt, die Weisung einseitig zu ändern. Die Beklagte legte die beweglichen Ferientage in Ausübung des ihr als Arbeitgeberin zustehenden Direktionsrechts fest. Rechtsgeschäftliche Ansprüche des Klägers entstanden deshalb durch den Erlass der Arbeitsanweisung nicht. 42

(aa) Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Die Regelung in § 106 Satz 1 GewO trägt der Gegebenheit Rechnung, dass Arbeitsverträge nur eine rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht festlegen können (*BAG 13. März 2007 - 9 AZR 433/06 - Rn. 47, AP BGB § 307 Nr. 26*). Das Direktionsrecht als „Wesensmerkmal eines jeden Arbeitsverhältnisses“ (*BAG 23. September 2004 - 6 AZR 567/03 - Rn. 17, BAGE 112, 80*) ermöglicht es dem Arbeitgeber, diese rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers im Einzelnen nach zeitlicher Verteilung, Art und Ort unter Beachtung billigen Ermessens festzulegen (*vgl. BAG 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 - Rn. 52, BAGE 132, 88*). 43

(bb) Die Auslegung der Arbeitsanweisung ergibt entgegen der Ansicht der Revision, dass die Beklagte von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machte, ohne Ansprüche des Klägers zu begründen. 44

Der Wortlaut der Arbeitsanweisung ist nicht eindeutig. Er lässt offen, ob die Beklagte mit dem Erlass der Arbeitsanweisung klarstellen wollte, dass ihr als Inhaberin des Direktionsrechts die Befugnis zukomme, bewegliche Ferientage festzulegen, oder ob sie sich gegenüber den Lehrkräften verpflichten wollte, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen. 45

Der systematische Zusammenhang, in den die Arbeitsanweisung eingebettet ist, spricht deutlich gegen die Ansicht der Revision. Nr. 6 der Arbeitsanweisung ist Teil einer mehrseitigen „Arbeitsanweisung für die Lehrkräfte der Musik- und Kunstschule“. Sie beinhaltet Weisungen, mit denen ein Arbeitgeber 46

typischerweise die von dem Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsleistung konkretisiert. Dies gilt insbesondere für die in der Arbeitsanweisung enthaltenen Bestimmungen bezüglich der Arbeitszeit (*Nr. 3 Buchst. a bis c, Nr. 6, 7, 11*), dem Ort der Arbeitsleistung (*Nr. 3 Buchst. d, Nr. 8*) und dem Inhalt der geschuldeten Tätigkeit (*Nr. 1, 2, 3 Buchst. b und c, Nr. 4 bis 6, 9 bis 15*). Derlei Weisungen beinhalten - ohne das Hinzutreten weiterer Anhaltspunkte - nicht das Angebot des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer, sich dem Inhalt der Anweisung entsprechend rechtsgeschäftlich binden zu wollen.

In dieselbe Richtung weisen Sinn und Zweck der Arbeitsanweisung. Ausweislich der Präambel war es Ziel der Arbeitsanweisung, die pädagogisch fachlichen und organisatorischen Arbeitsabläufe zu regeln. Dies erfordert, die dort niedergelegten Weisungen für eine zukünftige Abänderung offenzuhalten. Die Konkretisierung der Arbeitsabläufe gestaltet den Pflichtenkreis der Lehrkräfte aus, ohne ihnen Rechtspositionen einzuräumen, die über die im Arbeits- und Tarifvertrag bestimmten Rechte hinausgehen. Folgte man der Ansicht der Revision, dann käme es stets durch bloßen Zeitablauf zu einer Verfestigung des Status quo. Die Erstarkung von Arbeitszeitfestlegungen oder Arbeitszuweisungen zu vertraglichen Rechten ist jedoch mit der gesetzlichen Regelung des Weisungsrechts in § 106 GewO nicht vereinbar; denn dort wird dem Arbeitgeber das Recht zugewiesen, nach billigem Ermessen, jederzeit innerhalb der Grenzen des Arbeits- oder Tarifvertrags Inhalt und Zeit der Arbeitsleistung näher zu bestimmen. Daraus folgt: Der Umstand, dass Weisungen längere Zeit unverändert geblieben sind, bindet den Arbeitgeber nicht. Dieser Umstand ist allenfalls im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen.

47

(b) Durch die mehrere Jahre währende gleichmäßige Handhabung der Nr. 6 Arbeitsanweisung aF ist die Beklagte nicht gehindert, die darin enthaltenen Weisungen mit Wirkung für die Zukunft zu ändern (§ 242 BGB, § 106 GewO).

48

Arbeitspflichten können sich nach längerer Zeit auf bestimmte Arbeitsbedingungen konkretisieren. Dazu genügt jedoch nicht schon der bloße Zeitablauf. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten, aufgrund derer der

49

Arbeitnehmer erkennen kann und darauf vertrauen darf, dass er nicht in anderer Weise eingesetzt werden soll (*BAG 13. März 2007 - 9 AZR 433/06 - Rn. 50, AP BGB § 307 Nr. 26*). Die Beklagte hat dem Kläger zwar in den Jahren 2000 bis 2008 bewegliche Ferientage gewährt. Umstände, aus denen er hätte entnehmen können, die Beklagte werde auch in Zukunft so verfahren, hat der Kläger nicht vorgetragen. Im Übrigen sind sie nicht ersichtlich.

(2) Die Änderung der Arbeitsanweisung ist entgegen der Ansicht der Revision nicht formunwirksam. Die Revision verkennt den Rechtscharakter der Arbeitsanweisung, wenn sie meint, die Beklagte habe die für die Änderung von Satzungen geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften beachten müssen. 50

(a) Nach § 125 Satz 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Gleiches gilt im Zweifel, wenn die Form durch Rechtsgeschäft bestimmt wurde (§ 125 Satz 2 BGB). 51

(b) Für die Änderung der Arbeitsanweisung bestanden weder gesetzliche noch rechtsgeschäftliche Formvorschriften. 52

(aa) Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften über Satzungen sind auf die von der Beklagten erlassene Arbeitsanweisung nicht anzuwenden. Denn die Arbeitsanweisung ist keine Satzung iSd. § 7 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Juli 1994 (*GO NRW*). Es fehlt bereits an einer für Satzungen kennzeichnenden Regelung, die ihrem Inhalt nach darauf gerichtet ist, subjektive Rechte von Normunterworfenen zu begründen, abzuändern oder aufzuheben (*vgl. hierzu BayVGH 20. September 2000 - 3 N 00.2370 - zu II 1 der Gründe*). Mit der Arbeitsanweisung hat die Beklagte nur das ihr nach § 106 GewO zustehende Weisungsrecht ausgeübt. Subjektive Rechtspositionen der beschäftigten Arbeitnehmer werden hierdurch nicht berührt (*vgl. II 1 b bb (1) (a)*). 53

(bb) Rechtsgeschäftliche Formvorschriften hatte die Beklagte nicht zu beachten. Weder der Arbeitsvertrag noch die auf das Arbeitsverhältnis anzu- 54

wendenden Tarifverträge binden die Ausübung des Weisungsrechts an die Einhaltung einer bestimmten Form.

(3) Entgegen der Ansicht der Revision war die Beklagte nicht gehalten, die geänderte Arbeitsanweisung bekannt zu machen. 55

(a) Gemäß § 25 Abs. 1 der Hauptsatzung der Stadt B vom 5. August 2004 idF der Änderungssatzung vom 27. November 2008 (*Hauptsatzung*) sind öffentliche Bekanntmachungen, die durch Rechtsvorschriften vorgeschrieben sind, durch Veröffentlichung in den B Tageszeitungen „N“ und „W“ vorzunehmen, soweit gesetzlich nicht etwas anderes vorgeschrieben ist. 56

(b) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Bekanntmachung der Arbeitsanweisung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 Satz 1 GO NRW, wonach Satzungen öffentlich bekannt zu machen sind, liegen nicht vor. Die Arbeitsanweisung, die die Beklagte den an der MKS beschäftigten Lehrkräften erteilte, ist keine Satzung (*vgl. II 1 b bb (2) (b) (aa)*). 57

(4) Die Beklagte änderte die Arbeitsanweisung, ohne Mitbestimmungsrechte des Personalrats zu verletzen. Entgegen der Ansicht der Revision war der Personalrat bei der Änderung nicht zu beteiligen. 58

(a) Ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats ergibt sich nicht aus § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 des Personalvertretungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 3. Dezember 1974 (*LPVG NRW*). Danach hat der Personalrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen sowie über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen. Die Voraussetzungen dieses Mitbestimmungstatbestands liegen nicht vor. Der Mitbestimmungstatbestand ist nur erfüllt, wenn durch die dienstliche Anordnung derjenige Zeitraum, in welchem der Beschäftigte seine Verpflichtung zur Dienstleistung zu erfüllen hat, nach Wochentag, Dauer und Uhrzeit fixiert wird (*vgl. zur Einführung von Präsenztagen für Lehrer BVerwG 23. August 2007 - 6 P 7.06 - Rn. 31, PersR 2007, 476*). Die Anordnung der Beklagten, zukünftig keine beweglichen 59

Ferientage zu gewähren, legt die Anwesenheitspflicht der Lehrkräfte nicht nach Dauer und Uhrzeit fest.

(b) Die Beklagte hatte den Personalrat auch nicht nach § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 LPVG NRW zu beteiligen. Die Vorschrift gewährt dem Personalrat ein Mitbestimmungsrecht, wenn der Arbeitgeber unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen Überstunden oder Mehrarbeit anordnet. Zweck der Bestimmung ist es, die Beschäftigten vor übermäßiger zeitlicher Inanspruchnahme zu schützen (vgl. zu der inhaltsgleichen Vorschrift des § 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PersVG Sachsen-Anhalt BVerwG 22. Mai 2006 - 6 PB 15.05 - Rn. 7, Buchholz 251.92 SAPersVG § 65 Nr. 1). Das Mitbestimmungsrecht setzt eine dienstplangemäß oder betriebsüblich über die tarifliche bzw. vereinbarte regelmäßige Wochenarbeitszeit reichende Beanspruchung der Beschäftigten voraus. Der Wegfall der beweglichen Ferientage führt für sich genommen weder zu einer Überschreitung der arbeitsvertraglichen noch der tariflich bestimmten Wochenarbeitszeit. 60

(c) Ebenso wenig ist der Mitbestimmungstatbestand des § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 LPVG NRW erfüllt. Danach unterliegen die Aufstellung des Urlaubsplans und die Festsetzung der zeitlichen Lage des Erholungsurlaubs für einzelne Beschäftigte unter den dort genannten Einschränkungen der Mitbestimmung durch den Personalrat. Die beweglichen Ferientage, die infolge der Änderung der Arbeitsanweisung wegfallen, waren kalendarisch nicht bestimmt. Der Mitbestimmungstatbestand ist selbst dann nicht erfüllt, wenn man zugunsten des Klägers den Wegfall der beweglichen Ferientage mit der Anordnung einer Urlaubssperre gleichstellt. Bestimmt der Arbeitgeber Zeiträume, in denen er Arbeitnehmern keinen Urlaub gewähren will, erfüllt dies nicht die Kriterien, die für eine Urlaubsplanung kennzeichnend sind. Denn die Anordnung dient nicht der Koordinierung der individuellen Urlaubswünsche der Beschäftigten (vgl. BVerwG 19. Januar 1993 - 6 P 19.90 - zu II der Gründe, BVerwGE 91, 343). 61

(d) Die Änderung der Arbeitsanweisung ist auch nicht gemäß § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 LPVG NRW mitbestimmt. Danach unterliegt die Gestaltung des Entgelts innerhalb der Dienststelle der Mitbestimmung. Der Wegfall von beweg- 62

lichen Ferientagen hat weder Einfluss auf die Zusammensetzung noch auf die Höhe der an diesen Tagen von der Beklagten zu zahlenden Arbeitsvergütung.

(e) Selbst wenn man die Auffassung der Revision teilte, die Änderung der Arbeitsanweisung wäre mitbestimmungspflichtig, würde dies nach der vom Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts entwickelten Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung dem Feststellungsantrag nicht zum Erfolg verhelfen. 63

(aa) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat zum Betriebsverfassungsrecht den Rechtssatz aufgestellt, dass die tatsächlich durchgeführte Mitbestimmung zwar Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen zum Nachteil des Arbeitnehmers ist. Maßnahmen zum Nachteil der Arbeitnehmer sind danach allerdings nur solche, die bereits bestehende Rechtspositionen der Arbeitnehmer beeinträchtigen. Die Verletzung von Mitbestimmungsrechten führt nicht dazu, dass sich individualrechtliche Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer ergäben, die zuvor noch nicht bestanden. Bei Nichtbeachtung der Mitbestimmung durch den Arbeitgeber erhält der Arbeitnehmer daher keinen Erfüllungsanspruch auf Leistungen, welche die bestehende Vertragsgrundlage übersteigen (*BAG 9. November 2010 - 1 AZR 147/09 - Rn. 23, PersR 2011, 176*). 64

(bb) Die vom Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts entwickelte Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist auch auf den Streitfall anzuwenden. Wird zugunsten des Klägers unterstellt, die Beklagte habe Mitbestimmungsrechte des Personalrats verletzt, so folgt daraus noch kein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Gewährung beweglicher Ferientage; denn es wird nicht in schon entstandene Rechte eingegriffen. 65

c) Der Vergleich, den die Parteien am 30. November 1999 vor dem Arbeitsgericht schlossen, rechtfertigt den vom Kläger erhobenen Anspruch nicht. Die vergleichsweise Einigung hat den zwischen den Parteien zum damaligen Zeitpunkt streitigen Ferienüberhang, nicht hingegen die von dem Kläger im Streitfall begehrten Ferientage zum Gegenstand. Die Auslegung des Vergleichs durch das Landesarbeitsgericht ist zutreffend. 66

- aa) Gemäß Nr. 1 Satz 1 des Vergleichs ist der Kläger zum Ausgleich des sogenannten Ferienüberhangs verpflichtet, außerhalb der Schulferien wöchentlich eine Stunde abzuleisten. Darüber hinausgehende Unterrichtsverpflichtungen zum Ausgleich des Ferienüberhangs sollten nicht bestehen und künftig nicht angeordnet werden (*Nr. 1 Satz 2 des Vergleichs*). Des Weiteren vereinbarten die Parteien unter Nr. 2 Satz 1 des Vergleichs, der Kläger sei verpflichtet, als Ausgleich für die Differenz zwischen der einzelvertraglichen und der tarifvertraglichen wöchentlichen Unterrichtsverpflichtung eine Stunde abzuleisten. Darüber hinausgehende Verpflichtungen zum Ausgleich der Differenz zwischen der einzelvertraglich geschuldeten und der tarifvertraglich festgeschriebenen wöchentlichen Pflichtstundenzahl sollten nicht bestehen und künftig nicht angeordnet werden (*Nr. 2 Satz 2 des Vergleichs*). 67
- bb) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Vergleich verhalte sich nicht zu der Frage, ob dem Kläger bewegliche Ferientage zustünden. Der Vergleich regle Fragen des Ferienüberhangs. Die Parteien seien bei Abschluss des Vergleichs von 60 Schulferientagen ausgegangen, ohne die beweglichen Ferientage einzubeziehen. 68
- cc) Der Senat braucht nicht darüber zu befinden, ob die Auslegung eines Vergleichs durch das Berufungsgericht der vollständigen revisionsgerichtlichen Prüfung unterliegt oder aber das Revisionsgericht in der Überprüfung des Auslegungsergebnisses beschränkt ist (*vgl. zum Streitstand etwa BAG 8. März 2006 - 10 AZR 349/05 - Rn. 32, BAGE 117, 218*). Denn das von dem Landesarbeitsgericht gefundene Auslegungsergebnis hält auch einer vollständigen Kontrolle durch den Senat stand. 69
- (1) Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 157 BGB). Gemäß § 133 BGB ist ausgehend vom objektiven Wortlaut der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Willen der Erklärende bei seiner 70

Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war (*BAG 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 - Rn. 43, BAGE 132, 88*).

(2) Nach diesen Grundsätzen ist das von dem Landesarbeitsgericht gefundene Auslegungsergebnis nicht zu beanstanden. Die Regelung, auf die sich die Parteien unter Nr. 1 des Vergleichs verständigten, betrifft allein Fragen des sog. Ferienüberhangs, nicht aber Fragen der beweglichen Ferientage. 71

(a) Der Begriff Ferienüberhang bezeichnet den Teil der Schulferien, der den tariflichen Jahresurlaub übersteigt (*vgl. BAG 13. Dezember 2001 - 6 AZR 127/00 - zu B 1 2 b cc der Gründe, ZTR 2002, 323*). Es ist ein Überhang an Freizeit, der durch die unterrichtsfreie Zeit in den Schulferien entsteht und der nicht durch Urlaub oder anderweitigen Arbeitseinsatz ausgefüllt wird. Demgegenüber fallen unter den Begriff der beweglichen Ferientage die Tage während der Schulferien, die nach § 3 Abs. 5 Satz 2 des Hamburger Abkommens zur Berücksichtigung örtlicher Verhältnisse zugelassen werden können. 72

(b) Ausweislich des Wortlauts von Nr. 1 des Vergleichs verständigten sich die Parteien auf die im Vergleich aufgeführten Klauseln „zum Ausgleich des Ferienüberhangs“. Einen deutlichen Hinweis auf den Regelungswillen der Parteien liefert zudem der „Berechnungsvordruck Ausgleich Schulferienüberhang“, den der Kläger zu den Akten gereicht hat. Der Vordruck weist als Summe der Ferientage 60 und nicht 64 Tage aus. Die Differenz beruht auf der handschriftlichen Streichung der Zeile „bewegliche' Ferientage 4 Tage“. Hätten die Parteien die Frage der beweglichen Ferientage in dem Vergleich regeln wollen, hätten sie diese bei der Berechnung der Ferientage berücksichtigen müssen. 73

d) Der Kläger stützt sein Feststellungsbegehren ferner ohne Erfolg auf die Ferienordnung NRW. Diese findet auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. 74

- aa) Gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 SchulG NRW sieht die Ferienordnung neben den landesweiten Ferien bewegliche Ferientage vor, über deren Termine die Schulkonferenz entscheiden kann. 75
- bb) Die Ferienordnung ist weder originär noch kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anzuwenden. 76
- (1) Die Ferienordnung, die das für das Schulwesen zuständige Ministerium (§ 128 Abs. 2 SchulG NRW) erlässt, gilt - wie das SchulG NRW im Allgemeinen - für Schulen iSd. SchulG NRW. Dies sind gemäß § 6 Abs. 1 SchulG NRW Bildungsstätten, die unabhängig vom Wechsel der Lehrerinnen und Lehrer sowie der Schülerinnen und Schüler nach Lehrplänen Unterricht in mehreren Fächern erteilen. Schulen iSd. der öffentlich-rechtlichen Schulgesetze der Länder sind dadurch gekennzeichnet, dass an ihnen Unterricht in verschiedenen Fächern und Stufen erteilt wird, der nicht nur inhaltlich, sondern auch methodisch und didaktisch aufeinander abgestimmt ist (vgl. BAG 12. September 1996 - 5 AZR 104/95 - zu II 1 der Gründe, BAGE 84, 124). Der Unterricht soll zu staatlich anerkannten Schulabschlüssen führen (vgl. BAG 24. Juni 1992 - 5 AZR 384/91 - zu II 2 b aa der Gründe, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 61 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 46). Städtische Musikschulen wie die MKS gehören in der Regel nicht zu den Schulen iSd. § 6 Abs. 1 SchulG NRW (vgl. zum Bereich des Tarifrechts BAG 15. Mai 1997 - 6 AZR 170/96 - zu 2 der Gründe, ZTR 1998, 75). Denn an ihnen werden keine allgemein- oder berufsbildenden Fächer unterrichtet, die für den Schulbegriff konstitutiv sind (vgl. BayVGH 15. Juni 1994 - 7 B 92.438 - zu 2 der Gründe, NVwZ-RR 1995, 38; siehe ferner aus dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum Hemmrich in von Münch/Kunig GG 5. Aufl. Art. 7 Rn. 4 f.; Gröschner in Dreier GG 2. Aufl. Art. 7 Rn. 24; Robbers in v. Mangoldt/Klein/Starck GG 6. Aufl. Art. 7 Rn. 52). Für die Musikschulen besteht kein Schulzwang. Es gibt regelmäßig - anders als bei den allgemeinbildenden Schulen - auch keine förmlichen Abschlüsse. Der Unterricht ist meist nur fachbezogen und im Regelfalle weniger reglementiert. Sie sind deshalb auch nicht in der Schulstruktur, die § 10 SchulG NRW beschreibt, aufgeführt. 77

- (2) Die Parteien haben die Anwendung der Ferienordnung weder vereinbart, noch folgt die Anwendung aus Nr. 6 der Arbeitsanweisung aF. Nr. 6 der Arbeitsanweisung aF ist durch Nr. 6 der Arbeitsanweisung nF abgelöst worden (*vgl. II 1 b bb*). Die neugefasste Arbeitsanweisung sieht vor, dass die Beklagte bewegliche Ferientage nicht gewährt. 78
- e) Die Regelungen über Erholungsurlaub für Lehrer an allgemeinbildenden Schulen verhelfen dem Klageantrag nicht zum Erfolg. 79
- aa) Gemäß § 5 des Arbeitsvertrags richten sich die Ansprüche des Klägers auf Erholungsurlaub nach den Regelungen für Lehrer an allgemeinbildenden Schulen. 80
- bb) Der Kläger macht nicht Erholungsurlaub, sondern bewegliche Ferientage geltend, die über den Erholungsurlaub, wie ihn Lehrer an allgemeinbildenden Schulen erhalten, hinausgehen. Die von den Parteien in Bezug genommenen Bestimmungen sind deshalb bereits ihrer Rechtsfolge nach nicht geeignet, das Klagebegehren zu stützen. Davon ist das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgegangen. 81
- Der Anspruch auf Erholungsurlaub, der Lehrern an allgemeinbildenden Schulen zusteht, und die beweglichen Ferientage, auf die der Kläger Anspruch erhebt, sind ihrem Inhalt nach wesentlich zu unterscheiden. Der Rechtsbegriff Erholungsurlaub bezeichnet die vollständige Freistellung eines Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht für einen bestimmten zukünftigen Zeitraum (*vgl. BAG 11. Juli 2006 - 9 AZR 535/05 - Rn. 20, AuA 2007, 52*). Der Erlass des Schulministeriums NRW vom 26. Juni 2003 sah für die Schuljahre 2003/2004 bis 2009/2010 entweder drei oder vier bewegliche Ferientage vor. An beweglichen Ferientagen ist der Arbeitnehmer lediglich von der Unterrichtspflicht, nicht aber von anderen Arbeitspflichten befreit (*vgl. BAG 13. Februar 1996 - 9 AZR 79/95 - zu II 1 der Gründe, BAGE 82, 161*). Auch die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien spiegeln dieses Regelungsverständnis. Nach § 4 des Arbeitsvertrags beträgt die Pflichtstundenzahl 28 Unterrichtsstunden pro Woche. Dieser Teil der von dem Kläger geschuldeten Arbeitsleistung kann entfallen, 82

wenn die Beklagte beschließt, den Musikschülern während der Ferien keinen Unterricht anzubieten. Davon unberührt bleiben die arbeitsvertraglichen Pflichten des Klägers, die in § 7 des Arbeitsvertrags bestimmt sind. Danach ist er - unabhängig von etwaigen Ferienzeiten - unter den dort genannten Voraussetzungen ua. verpflichtet, Vertretungen zu übernehmen, an Schulveranstaltungen mitzuarbeiten, an Lehrerkonferenzen, Arbeitsgemeinschaften, Prüfungen und Musizierfreizeiten der Schüler mitzuwirken sowie an Weiterbildungsmaßnahmen teilzunehmen. Die Rechtsfolgen, die der Begriff der beweglichen Ferientage umschreibt, bleiben damit hinter den Rechtsfolgen des Erholungsurlaubs zurück.

f) Entsprechendes gilt für die tariflichen Bestimmungen, auf die die Parteien in § 2 des Arbeitsvertrags Bezug genommen haben. Die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes regeln Urlaubsansprüche, nicht jedoch Ansprüche auf bewegliche Ferientage. Gegen die zutreffenden Ausführungen des Landesarbeitsgerichts erhebt die Revision keine Einwände. 83

g) Auch die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes rechtfertigen das Feststellungsbegehren des Klägers nicht. Der Kläger verlangt von der Beklagten, ihm bewegliche Ferientage zu gewähren. Zwar ist der Kläger gehalten, den Erholungsurlaub innerhalb der Schulferien in Anspruch zu nehmen. Daraus folgt aber nicht, dass alle Tage der Schulferien arbeitsfreie Urlaubstage sein müssen. Das zeigt schon der Umstand, dass die Anzahl der nach § 3 Abs. 1 BUrlG zu gewährenden Urlaubstage 24 Werktage beträgt und die Anzahl der Schulfrientage die Anzahl dieser Mindesturlaubstage um ein Mehrfaches übersteigt. 84

h) Ein Anspruch auf bewegliche Ferientage folgt schließlich nicht aus den Grundsätzen, die die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur betrieblichen Übung entwickelt hat. 85

aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe die für eine betriebliche Übung nötigen besonderen Umstände nicht vorgetragen. Mit der vollständigen Freistellung von der Arbeitsleistung begehre der Kläger eine übertarifliche Leistung. Als Beschäftigter des öffentlichen Dienstes habe er 86

davon ausgehen müssen, dass die Beklagte ihm nur die Leistungen gewähren wolle, zu denen sie rechtlich verpflichtet sei.

bb) Diese rechtlichen Erwägungen halten einer uneingeschränkten Prüfung durch das Revisionsgericht stand. Daher kann offenbleiben, ob das Auslegungsergebnis, zu dem das Landesarbeitsgericht gelangt ist, einer vollständigen oder lediglich einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt (*offengelassen zB von BAG 17. November 2009 - 9 AZR 765/08 - Rn. 28, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 88 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 12*). 87

(1) Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen dürfen, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. Das als Vertragsangebot zu wertende Verhalten des Arbeitgebers wird von den Arbeitnehmern angenommen, indem sie die Leistung widerspruchslos entgegennehmen. Der Zugang der Annahmeerklärung ist nach § 151 Satz 1 BGB entbehrlich. Durch die betriebliche Übung entstehen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für die Entstehung des Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille des Arbeitgebers. Maßgeblich ist, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste (*für die st. Rspr. BAG 17. November 2009 - 9 AZR 765/08 - Rn. 23 f., AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 88 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 12*). Für die Annahme einer betrieblichen Übung genügt es nicht, dass der Arbeitgeber tatsächliche Leistungen erbringt. Geht der Arbeitnehmer davon aus, eine gewährte Leistung stehe ihm aus einem anderen Rechtsgrund als betrieblicher Übung zu, darf er nicht auf ein darüber hinausgehendes Angebot des Arbeitgebers schließen, die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen zu seinen Gunsten zu ändern (*vgl. BAG 19. Januar 2010 - 9 AZR 246/09 - Rn. 56, EzA TVG § 4 Bewachungsgewerbe Nr. 4*). 88

(2) Die für eine betriebliche Übung erforderlichen besonderen tatsächlichen Umstände sind nicht ersichtlich. Die nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts sind für den Senat nach § 559 Abs. 2 ZPO bindend. Der Kläger nimmt zudem an, die Beklagte sei sowohl aufgrund der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Ferienordnung für die öffentlichen Schulen des Landes Nordrhein-Westfalen als auch aufgrund des gerichtlichen Vergleichs vom 30. November 1999 verpflichtet, ihn an den geltend gemachten Tagen von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung freizustellen. Unter diesen Umständen konnte er nicht davon ausgehen, die Beklagte wolle ihm gegenüber eine freiwillige Leistung erbringen, indem sie ihm in den Jahren 2000 bis 2008 an bestimmten Tagen keine Arbeitsaufgaben zuwies.

i) Ein Anspruch auf die weitere Gewährung von beweglichen Ferientagen ergibt sich schließlich nicht aus der Verpflichtung der Beklagten, bei der Verteilung der Arbeitszeit nach § 106 Satz 1 GewO billiges Ermessen auszuüben. Die von der Beklagten getroffene Bestimmung, die Arbeitszeit ohne Berücksichtigung beweglicher Ferientage zu verteilen und damit die Anzahl der innerhalb der tariflichen Arbeitszeit zu leistenden Unterrichtsstunden zu erhöhen, ist jedenfalls nicht so schwer ermessensfehlerhaft, dass sie nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich und nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch das Gericht im Sinne des Verlangens des Klägers zu ersetzen wäre. Die Beklagte hat sich gemäß dem Protokoll der Hauptkonferenz der Musik- und Kunstschule vom 17. Dezember 2008 zur Rechtfertigung der Änderung der Unterrichtszeiten ua. auf entsprechende Wünsche von Schülern, Eltern und unterrichtswilligen Honorarkräften berufen und auf erhebliche Ausfälle von Kursgebühren hingewiesen, die an beweglichen Ferientagen entstehen. Das sind beachtliche Sachgründe, die ein dienstliches Interesse an der Änderung der Arbeitszeitverteilung begründen. Entgegenstehende überwiegende Interessen des Klägers sind nicht erkennbar.

2. Der Hilfsantrag ist ebenfalls nicht begründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, den Kläger an beweglichen Ferientagen, deren Anzahl für öffentli-

che Schulen im Land Nordrhein-Westfalen festgesetzt wird, von der Unterrichtspflicht freizustellen. Denn der Kläger hat keinen Anspruch auf bewegliche Ferientage (*vgl. II 1*).

3. Auch mit dem Feststellungsantrag zu 2. ist der Kläger nicht erfolgreich. 92  
Die Musik- und Kunstschule der Stadt B ist keine öffentliche Schule im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 SchulG NRW (*vgl. II 1 d bb (1)*).

III. Der Kläger hat die Kosten der erfolglosen Revision zu tragen (§ 97 93  
*Abs. 1 ZPO*).

Düwell

Krasshöfer

Suckow

Pielenz

Kranzusch