

Entscheidungen



Siehe auch: **Pressemitteilung Nr. 56/08 vom 9.7.2008**

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 9.7.2008, 5 AZR 810/07

Betriebsrisiko - witterungsabhängiges Unternehmen

Leitsätze

Der Arbeitgeber trägt auch dann das Risiko des Arbeitsausfalls gem. § 615 Satz 3 BGB, wenn er selbst den Betrieb aus Gründen, die in seinem betrieblichen oder wirtschaftlichen Verantwortungsbereich liegen, einschränkt oder stilllegt.

Tenor

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 20. September 2007 - 11 Sa 273/07 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche des Klägers für die Zeit von Dezember 2004 bis Februar 2005, in der der Kläger keine Arbeitsleistung erbrachte.
- 2 Der Kläger war von Februar 2004 bis September 2005 bei der Beklagten als Kraftfahrer beschäftigt. Die Beklagte betreibt einen Zement- und Baustoffhandel.
- 3 Der Arbeitsvertrag der Parteien vom 10. Februar 2004 enthält ua. folgende Bestimmungen:

“ ...

§ 1 BEGINN UND TÄTIGKEITEN

Der Mitarbeiter wird als Kraftfahrer für alle im Unternehmen betriebenen Verkehre eingestellt. Sein Aufgabenbereich umfasst auch alle mit dem Führen von Kraftfahrzeugen im Zusammenhang stehende Nebentätigkeiten (Be- und Entladehilfen und vergleichbare Aufgaben) einschließlich der Fahrzeugpflege.

...

§ 3 ARBEITSZEIT

Die Arbeitszeit richtet sich nach den für die Arbeitgeberin maßgeblichen Erfordernissen und den für den Beruf eines Kraftfahrers typischen Kriterien. Der Mitarbeiter erklärt unter Berücksichtigung gesetzlicher Bestimmungen, Mehrarbeit auf Anforderung der Betriebsleitung im Rahmen der betrieblichen Notwendigkeit auch an Sonn- und Feiertagen zu leisten.

...

§ 5 VERGÜTUNG

Das Fixum an Arbeitslohn beträgt monatlich EUR 1.300 brutto und wird für die Zeit vom 01.03. bis 31.11. eines jeden Jahres gezahlt. In der übrigen Zeit richtet sich die Vergütung nach § 6 des Vertrages. Für jeden gearbeiteten Samstag erhöht sich das Fixum zusätzlich um EUR 50 pro Tag.

Der Arbeitgeber behält sich vor, bei den Baustoffe- und Zementhandel nicht beeinträchtigender Witterungs- und Auftragslage sowie nach reinen Standort- und Wirtschaftskriterien, das Fixum für einen Teil der Mitarbeiter ohne Zeitbeschränkung weiter zu zahlen.

Darüber hinaus erhält der Mitarbeiter eine Leistungskomponente, die sich gemäß Anlage 3 berechnet.

Mit dem vereinbarten Arbeitsentgelt ist die geleistete Arbeitszeit einschließlich etwaiger Mehrarbeit abgegolten. Eine im Stunden-, Wochen- oder Monatslohn enthaltene freiwillige übertarifliche Zulage ist widerruflich, sie kann bei Lohnerhöhungen angerechnet werden.

§ 6 ZEITARBEITSKONTO

Zur Überbrückung umsatzschwacher Wintermonate oder witterungsbedingter Einstellung der Tätigkeit, richtet der Arbeitgeber für jeden Mitarbeiter ein Zeitarbeitskonto ein. Auf das Zeitarbeitskonto zahlt der Mitarbeiter monatlich 10% seines Bruttoarbeitslohns für die Zeit nach § 5 ein, wobei die Auszahlung am 01.12. beginnt und am 28.02. abgeschlossen wird. Bei Kündigung oder Auflösung des Arbeitsvertrages werden die angesammelten Beträge mit der letzten Lohnabrechnung ausgezahlt.

...”

- 4 Nach § 9 des Vertrags ist der jährliche Urlaubsanspruch bis zum 31. Dezember abzubauen, nach Absprache spätestens bis zum 31. März des Folgejahres. § 12 sieht eine Sonderleistung von 250,00 Euro für Urlaubseinreichung außerhalb der Saison (1.11. bis 31.3.) vor. Nach § 20 bedürfen Nebentätigkeiten der vorherigen Zustimmung der Beklagten.
- 5 Vom 23. bis zum 30. November 2004 nahm der Kläger Urlaub. Vor Beginn des Urlaubs brachte er den von ihm gefahrenen Lkw zur Beklagten und gab dort die Fahrzeugpapiere ab. Anschließend wurde das Fahrzeug abgemeldet. Der Kläger wurde mit dem Hinweis nach Hause geschickt, die Arbeit werde bei Bedarf, spätestens am 1. März, wieder abgerufen. Die Beklagte beruft sich für ihr Vorgehen darauf, dass der Betrieb im Winter witterungsbedingt regelmäßig zum Stillstand komme. Von Dezember 2004 bis Februar 2005 beschäftigte sie den Kläger nicht. Der Kläger bot seine Arbeitskraft auch nicht an.
- 6 Die Beklagte zahlte an “aufgespartem Lohn” für Dezember 2004 und Januar 2005 jeweils 589,05 Euro brutto und für Februar 2005 588,14 Euro.
- 7 Mit der im Juni 2006 erhobenen Klage hat der Kläger die Auffassung vertreten, die Regelungen in §§ 3, 5 und 6 des Arbeitsvertrags seien intransparent. Die Beklagte wälze auf unzulässige Weise das unternehmerische Risiko auf den Kläger ab und überschreite den zulässigen Rahmen für Arbeit auf Abruf. Die ausgezahlten Beträge seien Vergütung für die Arbeitsleistung vor Dezember 2004 und könnten nicht angerechnet werden.
- 8 Der Kläger hat beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 3.900,00 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 5. Mai 2006 zu zahlen.
- 9 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, der Vergütungsanspruch sei mit den Auszahlungen vom Arbeitszeitkonto erfüllt. § 6 des Arbeitsvertrags führe zu einer Verstetigung des Jahreseinkommens und stelle eine sinnvolle Regelung zur Vermeidung eines befristeten Saisonarbeitsverhältnisses dar, weil das Geschäft während der

Wintermonate regelmäßig zum Erliegen komme. Außerdem seien die Ansprüche verwirkt.

- 10 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

- 11 Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Vergütung für die Zeit von Dezember 2004 bis Februar 2005 in Höhe von 1.300,00 Euro brutto monatlich nebst Zinsen.
- 12 I. Der Anspruch beruht auf § 615 Satz 3 iVm. Satz 1 BGB.
- 13 1. Nach § 615 Satz 3 iVm. Satz 1 BGB kann der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung auch dann verlangen, wenn die Arbeit ausfällt und der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Zur Nachleistung der Arbeit ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet. Voraussetzung des Anspruchs ist, dass eine Pflicht zur Arbeitsleistung besteht und die Arbeit infolge von Umständen ausfällt, für die der Arbeitgeber das Risiko trägt.
- 14 2. Der Kläger war im Streitzeitraum zur Arbeitsleistung verpflichtet.
- 15 a) Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestand über den 30. November 2004 hinaus fort. Es war unstreitig weder befristet noch vom Kläger oder von der Beklagten gekündigt worden.
- 16 b) Die Parteien haben die Arbeitspflicht für Dezember 2004 bis Februar 2005 nicht im Arbeitsvertrag vom 10. Februar 2004 zum Ruhen gebracht (vgl. hierzu Senat 10. Januar 2007 - 5 AZR 84/06 - Rn. 12 ff., AP BGB § 611 Ruhen des Arbeitsverhältnisses Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 16, zu I 2 der Gründe). Wenn sich die Arbeitszeit des Klägers nach den für die Beklagte "maßgeblichen Erfordernissen und den für den Beruf eines Kraftfahrers typischen Kriterien" richten sollte, ergibt das auch bei Zugrundelegung der Saisonabhängigkeit des Betriebs kein Ruhen der Arbeitspflicht in einem fest bestimmten Zeitraum. Dasselbe gilt für den Hinweis auf die "umsatzschwachen Wintermonate" und die "witterungsbedingte Einstellung der Tätigkeit". Der Kläger durfte bis zum 31. Dezember, nach Absprache bis zum 31. März des Folgejahres, Urlaub nehmen. Eine Urlaubnahme nach dem 31. Oktober wurde sogar besonders honoriert. Das ergibt nur dann einen Sinn, wenn eine Arbeitspflicht bestand und der Urlaubsanspruch durch Befreiung von der Arbeitspflicht erfüllt werden konnte. Den §§ 5 und 6 des Arbeitsvertrags liegt allerdings zugrunde, dass der Kläger von Dezember bis Februar kein Recht auf Beschäftigung haben sollte. Die Beklagte wollte sich die Weiterzahlung der Regelvergütung und damit verbunden auch den Arbeitseinsatz des Klägers vorbehalten. Damit ist aber keine Suspendierung der Arbeitspflicht verbunden. Vielmehr musste der Kläger nach den Vertragsregelungen davon ausgehen, dass unter Umständen auch im Winter gearbeitet werde und er dann zu arbeiten habe.
- 17 c) Eine Ruhensvereinbarung ist ebenso wenig im November 2004 zustande gekommen. Das Landesarbeitsgericht hat keine hierauf gerichteten, ausdrücklichen oder konkludenten Willenserklärungen der Parteien festgestellt.
- 18 d) Die Beklagte hat den Kläger nicht im November 2004 für den Streitzeitraum im Sinne eines Verzichts auf die Arbeitsleistung einseitig von der Arbeit freigestellt. Vielmehr sollte die Arbeitspflicht entsprechend der arbeitsvertraglichen Regelung im Grundsatz bestehen bleiben und der Kläger sich für einen eventuellen Arbeitseinsatz auch schon vor dem 1. März bereithalten. Die Rechtsfolge einer einseitigen Freistellung kann demnach dahingestellt bleiben.
- 19 e) Die Arbeitspflicht entfiel schließlich nicht deshalb, weil die Beklagte den Kläger nicht zur Arbeit abgerufen hat.

- 20 aa) Bei einer wirksamen Vereinbarung von Abrufarbeit und einem dem Vertrag sowie übergeordneten Rechtsvorschriften gerecht werdenden Abruf der Arbeit ist der Arbeitnehmer nur im Umfang des jeweiligen Abrufs durch den Arbeitgeber zur Arbeitsleistung berechtigt und verpflichtet. Soweit der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu Recht nicht abrufft, fällt die Arbeit nicht aus.
- 21 bb) Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Zwar kann der Arbeitsvertrag dahin verstanden werden, der Beklagten solle das Recht zukommen, nach ihrem Ermessen zu bestimmen, ob der Kläger zu arbeiten habe. Die Beklagte wollte sich offenbar vorbehalten, den Kläger zur Arbeit abzurufen oder nicht abzurufen. Dem entspricht der Hinweis, den die Beklagte dem Kläger vor Urlaubsantritt gegeben hat. Insofern kann von Arbeit auf Abruf gesprochen werden, auch wenn die §§ 6 ff., 12 TzBfG nach ihrem Geltungsbereich nicht einschlägig sind. Diese Vereinbarung ist aber gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Es handelt sich unstreitig um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die die Beklagte dem Kläger gestellt hat, und damit um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Vereinbarung benachteiligt den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil dessen Arbeitspflicht (oder ihr Ruhen) insgesamt nach Grund und Höhe einseitig der Beklagten überantwortet ist. Die Regelung erstreckt sich auf immerhin drei Monate und beinhaltet weder ein Mindestarbeitsdeputat noch ein Höchstdeputat noch ein angemessenes Verhältnis von festen und variablen Arbeitsbedingungen (vgl. *Senat 7. Dezember 2005 - 5 AZR 535/04 - BAGE 116, 267, 278 ff.*). Ein völlig offener Umfang der Arbeitspflicht ist nicht tragbar, das gilt nicht nur im Falle des § 12 Abs. 1 Satz 1, 2 TzBfG. Daran vermag die Witterungsabhängigkeit des Betriebs der Beklagten nichts zu ändern. Das sog. Zeitarbeitskonto ist nicht geeignet, einen Jahresbezug mit einer Mindestdauer der Arbeitszeit und einer möglicherweise anderen Beurteilung der variablen Arbeitszeit herzustellen, denn es handelt sich hier lediglich um eine nachträgliche Auszahlung von verdienter Vergütung.
- 22 3. Die Arbeit ist von Dezember 2004 bis Februar 2005 vollständig ausgefallen, da die Beklagte den Kläger nicht zur Arbeit herangezogen hat. Die Beklagte trägt das Risiko des Arbeitsausfalls.
- 23 a) Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lassen keine Beurteilung zu, ob die Arbeit des Klägers unmittelbar auf Grund der Witterung bzw. anderer von außen einwirkender Umstände unmöglich geworden ("zum Erliegen gekommen") ist. Eine Unmöglichkeit in diesem Sinne wäre auch dann anzunehmen, wenn die Aufrechterhaltung der Arbeit durch die Beklagte nur mit wirtschaftlich nicht sinnvollen und damit nicht zumutbaren Mitteln möglich gewesen wäre, § 275 Abs. 1 BGB. In diesem Falle ist ohne weiteres einsichtig, dass sich das Risiko, unter dem der Betrieb arbeitet, verwirklicht hat und die Beklagte abweichend von § 326 Abs. 1 BGB die Vergütung gem. § 615 Satz 1 und 3 BGB zahlen muss. Die Wetterverhältnisse bilden ein typisches Risiko für die Bautätigkeit und den damit zusammenhängenden Zement- und Baustoffhandel.
- 24 b) Die Rechtslage stellt sich nicht anders dar, wenn die Arbeit allein auf Grund der Entscheidung der Beklagten, den Betrieb wegen der genannten Umstände teilweise einzustellen, ausgefallen ist. Es bedarf keiner Entscheidung, inwieweit § 615 Satz 3 BGB an die Gründe für eine Betriebseinschränkung durch den Arbeitgeber anknüpft. Die hier vorliegende Einschränkung auf Grund der Witterung fällt jedenfalls unter das Betriebsrisiko iSv. § 615 BGB, denn die Beurteilung, inwieweit es sich wirtschaftlich lohnt, den Betrieb auch im Winter aufrecht zu erhalten, liegt beim Arbeitgeber. Der Arbeitgeber trägt auch dann das Risiko des Arbeitsausfalls, wenn er selbst den Betrieb aus Gründen, die in seinem betrieblichen oder wirtschaftlichen Verantwortungsbereich liegen, einschränkt oder stilllegt.
- 25 4. Die Parteien haben § 615 Satz 3 BGB nicht wirksam abbedungen. Die §§ 5 und 6 des Arbeitsvertrags der Parteien gehen offenbar davon aus, dass die Beklagte von Dezember bis Februar Vergütung nur für geleistete Arbeit zahlt. Ob damit lediglich die Rechtslage fehlerhaft beurteilt oder ein Anspruch nach § 615 Satz 1 und 3 BGB ausgeschlossen wird, ist nicht hinreichend klar. Die Auslegung ergibt im Zweifel keinen Verzicht auf gesetzliche

Ansprüche (§ 305c Abs. 2 BGB). Jedenfalls könnte und müsste der Ausschluss von Ansprüchen gem. § 615 BGB aus Annahmeverzug und/oder bei Arbeitsausfall klar und deutlich geregelt werden. Die §§ 5 und 6 des Arbeitsvertrags sind insoweit nicht klar und verständlich, so dass ein wirksamer Ausschluss nicht vorliegt (§ 307 Abs. 1 Satz 2 in Verb. mit Satz 1 BGB). Darüber hinaus benachteiligt ein Ausschluss den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Bestand die Arbeitspflicht für drei Monate fort und musste der Kläger grundsätzlich jederzeit mit einem Abruf rechnen, ist es unangemessen, ihm für diese Zeit von vorneherein Ansprüche zu verwehren. Das einseitige Recht der Beklagten, die Arbeitspflicht und damit den Vergütungsanspruch des Klägers zu bestimmen, ist mit wesentlichen Grundgedanken der §§ 611, 615 BGB nicht vereinbar. Der hauptsächliche Vertragszweck des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis, regelmäßige Ansprüche auf Arbeitsleistung und auf Vergütung zu begründen, wird gefährdet. Dem typischen Vertragspartner der Beklagten ist es auf dieser Grundlage über eine erhebliche Zeitdauer nicht möglich, seine Lebensplanung finanziell nach der Arbeitsvergütung auszurichten, weil deren Höhe nicht absehbar ist. Er hat auch keine sichere Möglichkeit, seine Arbeitskraft anderweitig einzusetzen, um den Lebensunterhalt zu erwirtschaften. Insofern unterscheidet sich die vorliegende Vertragsgestaltung deutlich von den Fällen, in denen die Arbeitspflicht für einen vorher bestimmten Zeitraum ruht (vgl. *Senat 10. Januar 2007 - 5 AZR 84/06 - AP BGB § 611 Ruhen des Arbeitsverhältnisses Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 16*). Mit ihrer einseitigen Vertragsgestaltung versucht die Beklagte, missbräuchlich das eigene Interesse durchzusetzen, Risiken des witterungsbedingten Arbeitsausfalls zu vermeiden, ohne dem Kläger einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Die Zahlungen gem. § 6 des Arbeitsvertrags stellen nur eine verzögerte Auszahlung eines Teils der Vergütung für bereits geleistete Arbeit dar.

- 26 5. Der Kläger kann demnach die vereinbarte Vergütung (§ 611 Abs. 1 BGB) für den Streitzeitraum verlangen. Sie beträgt nach § 5 Satz 1 des Arbeitsvertrags 1.300,00 Euro brutto monatlich. Die Zahlungen für zuvor geleistete Arbeit gem. § 6 des Arbeitsvertrags stellen keine teilweise Erfüllung dar.
- 27 6. Nach § 615 Satz 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer anrechnen lassen, was er während der Zeit des Arbeitsausfalls anderweitig verdient oder zu verdienen vorsätzlich unterlässt oder wegen des Arbeitsausfalls an Unkosten einspart. Die Beklagte hat hierzu nichts vorgetragen.
- 28 II. Die Ansprüche sind nicht verwirkt. Die Beklagte hat keine Umstände vorgetragen, nach denen sie darauf vertrauen könnte, eine Geltendmachung der Ansprüche werde nicht mehr erfolgen. Inwiefern der Beklagten eine Einlassung auf die Ansprüche nicht mehr zugemutet werden kann, ist nicht ersichtlich (vgl. *Senat 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - BAGE 115, 372, 379*).
- 29 III. Die Zinsansprüche des Klägers ergeben sich aus § 286 Abs. 1 und 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB.
- 30 IV. Die Beklagte hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

Müller-Glöge

Mikosch

Laux

Reinders

E. Haas