

4 Sa 176/08
5 Ca 496/07
(Arbeitsgericht Bayreuth)

Verkündet am: 12.11.2008



Landesarbeitsgericht Nürnberg

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

J... S...

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwältin A... K...

gegen

K... B... GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer R... R...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte Dr. K... & Kollegen

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **Roth** und die ehrenamtlichen Richter Riegler und Adacker

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Bayreuth vom 28.11.2007, Az.: 5 Ca 496/07, wird auf Kosten des Berufungsführers zurückgewiesen.
2. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Zahlung einer tariflichen Schichtzulage.

Der Kläger ist seit Jahren bei der Beklagten als gewerblicher Arbeiter in der technischen Abteilung beschäftigt.

Auf das Arbeitsverhältnis des Klägers fand bis zum 30.09.2005 der Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G II) Anwendung und ab dem 01.10.2005 der Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst (TVöD).

Seit dem 01.04.2005 hatte der Kläger seine Arbeit jeweils an drei Wochen in Normal- schicht (Arbeitszeit Montag bis Freitag: 7.30 Uhr bis 16.00 Uhr; Samstag und Sonntag frei) und eine Woche in Spätschicht (Arbeitszeit Montag bis Freitag: 11.30 Uhr bis 20.00 Uhr; Samstag und Sonntag: 7.00 Uhr bis 11.30 Uhr) zu leisten. Hierfür erhielt er bis zum 30.09.2005 eine monatliche Schichtzulage in Höhe von EUR 35,79 brutto. Ab dem 01.10.2005 bezahlte die Beklagte an den Kläger keine Schichtzulage mehr.

Der Kläger machte mit Schreiben vom 21. und 22.12.2005 sowie vom 25.01.2006 gegenüber der Beklagten die Weitergewährung der Schichtzulage schriftlich geltend.

Nachdem die Beklagte seinem Zahlungsbegehren nicht nachgekommen ist, hat der Kläger mit seiner am 09.05.2005 beim Erstgericht eingereichten Klage seinen Anspruch gerichtlich weiterverfolgt.

Wegen der Anträge der Parteien und ihres näheren Vorbringens im erstinstanzlichen Verfahren wird auf Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht Bayreuth hat mit Endurteil vom 28.11.2007 die Klage abgewiesen.

Gegen das den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 01.02.2008 zugestellte Urteil haben diese mit Telefax vom 03.03.2008 (= Montag) Berufung eingelegt und sie innerhalb der bis 02.05.2008 verlängerten Begründungsfrist mit Telefax vom 02.05.2008 begründet.

Der Kläger meint, die Beklagte schulde ihm die Zahlung einer monatlichen Schichtzulage in Höhe von EUR 40,00 brutto gemäß § 8 Abs. 6 Satz 1 TVöD, denn er leiste eine zuschlagpflichtige Schichtarbeit gemäß § 7 Abs. 2 TVöD. Er habe die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung auf der Grundlage eines Schichtplanes zu erbringen. Dieser sehe zumindest einmal im Monat den Wechsel von einer Schicht in die andere vor. Der Arbeitsbeginn der Normalschicht und der Spätschicht sei um mindestens zwei Stunden zeitversetzt.

Von ihm müsse die Schichtarbeit auch innerhalb einer Zeitspanne von mindestens 13 Stunden geleistet werden. Hierbei sei nicht auf den Schichtwechsel von der Normalschicht in die Spätschicht an den Wochenarbeitstagen Montag bis Freitag abzustellen, denn diesbezüglich werde nur eine Zeitspanne von 12,5 Stunden erreicht. Ausreichend sei jedoch, dass er innerhalb der Spätschicht seine Arbeit an Samstagen, Sonntagen und Wochenfeiertagen von 7.00 Uhr bis 11.30 Uhr erbringen müsse und an den Arbeitstagen derselben Woche in der Zeit von 11.30 Uhr bis 20.00 Uhr. Da die geforderte Zeitspanne von 13 Stunden nicht innerhalb eines Arbeitstages vorliegen müsse, könne auch auf den Arbeitsbeginn des einen Tages und das Arbeitsende des Folgetages abgestellt werden. Auf die frühere Vorschrift des § 33a Abs. 2 BAT und die hierzu von den Tarifvertragsparteien vereinbarte Protokollnotiz könne bei Auslegung der eigenständigen Definition der Schichtarbeit in § 7 Abs. 2 TVöD nicht abgestellt werden.

Sollten die tarifvertraglichen Voraussetzungen für die Gewährung der Schichtzulage nicht vorliegen, schulde ihm die Beklagte die Zahlung unter dem Gesichtspunkt einer betrieblichen Übung, denn bereits nach dem bis 30.09.2005 geltenden Tarifrecht hätten die Anspruchsvoraussetzungen für die Zahlung einer Schichtzulage nicht vorgelegen. Insoweit habe es sich bei den Zahlungen ab dem 01.04.2005 um eine zusätzliche Arbeitgeberleistung gehandelt, auf deren Fortgewährung er habe vertrauen dürfen.

Der Kläger und Berufungskläger beantragt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bayreuth vom 14.11.2007, Az.: 5 Ca 496/07, abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine monatliche Schichtzulage in Höhe von EUR 40,00 brutto ab dem 01.05.2007 zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 760,00 nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
3. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

- 4 -

Zur Begründung trägt sie vor, der Anspruch des Klägers auf eine Schichtzulage könne nicht damit verquickt werden, dass der Kläger zusätzlich Rufbereitschaft zu leisten habe, denn hierfür erhalte er eine gesonderte Vergütung. Durch die Schichtzulage solle eine auftretende besondere Belastung finanziell ausgeglichen werden, die dadurch entstehe, dass sich die Arbeitszeit eines Arbeitstages infolge des Schichtwechsels erheblich zeitlich verlagere. Insoweit beziehe sich die geforderte Zeitspanne auf den Arbeitszeitrahmen innerhalb eines Arbeitstages. Dies hätten die Tarifvertragsparteien im früheren Tarifrecht ausdrücklich klargestellt. An dieser Betriebsbestimmung knüpfe auch das neue Tarifrecht an.

Der Kläger könne seinen Anspruch nicht auf eine betriebliche Übung bei der Beklagten stützen, denn nur irrtümlich sei ihm bei einem Wechsel seiner Arbeitszeit ab dem 01.04.2005 die zuvor zu recht gewährte Schichtzulage weiterhin bezahlt worden. Die Arbeitszeitänderung sei versehentlich nicht an die Lohnbuchhaltung weitergegeben worden. Der Kläger habe nicht davon ausgehen dürfen, sie habe ihm trotz der fehlenden tarifvertraglichen Voraussetzungen die Leistung weiter gewähren wollen. Insoweit könne von keinem schützenswerten Vertrauen auf eine übertarifliche Vergütungszahlung ausgegangen werden.

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Von einer weitergehenden Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft, § 64 Abs. 1, Abs. 2 b ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO.

II.

Die Berufung ist sachlich nicht begründet.

Das Erstgericht hat mit zutreffender Begründung die Klage abgewiesen, denn dem Kläger steht kein Anspruch auf Gewährung einer Schichtzulage gemäß der §§ 8 Abs. 6, 7 Abs. 2 TVöD zu und er kann diesen Anspruch auch nicht auf eine diesbezügliche betriebliche oder persönliche Übung stützen.

1. Die tarifvertraglichen Voraussetzungen für die Gewährung einer Schichtzulage liegen nicht vor, denn der Kläger leistet ab dem 01.10.2005 keine Schichtarbeit gemäß § 7 Abs. 2 TVöD.
 - a) Für die Gewährung einer Schichtzulage ist gänzlich irrelevant, ob der Arbeitnehmer neben seinen wechselnden Arbeitseinsätzen noch Rufbereitschaft zu leisten hat, denn diese ist in § 7 Abs. 4 TVöD gesondert geregelt und löst einen völlig unabhängigen Vergütungsanspruch i.R.d. § 8 Abs. 3 TVöD aus.
 - b) Der Begriff der Schichtarbeit im Sinne des Tarifvertrags ist in § 7 Abs. 2 TVöD abschließend bestimmt. Nach dieser Vorschrift muss die Arbeit nach einem Schichtplan erfolgen, der einen regelmäßigen Wechsel des Beginns der täglichen Arbeitszeit um mindestens zwei Stunden in Zeitabschnitten längstens einem Monat vorsieht und die innerhalb einer Zeitspanne von mindestens 13 Stunden geleistet wird.

Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass im vorliegenden Fall für den Kläger ein Schichtplan gilt, der einen regelmäßigen Wechsel innerhalb eines Monats vorsieht, bei dem der Beginn der täglichen Arbeitszeit an den Wochentagen Montag bis Freitag um mindestens zwei Stunden zeitversetzt ist.

Streitig ist zwischen den Parteien alleine, ob sich die geforderte Zeitspanne von mindestens 13 Stunden auf die zeitversetzte Arbeit an unterschiedlichen Arbeitstagen bezieht oder auf die tägliche Arbeitszeit unter Berücksichtigung eines Schichtwechsels.

Diese Streitfrage war bereits aufgrund der bis 30.09.2005 geltenden tariflichen Regelungen im Sinne der zweiten Alternative zu entscheiden. Dies gilt bei verständiger Würdigung des Inhalts des § 7 Abs. 2 TVöD auch für die tarifliche Neuregelung, denn diese knüpft an das bisherige tarifrechtliche Verständnis an.

Danach war und ist für den Begriff der Schichtarbeit wesentlich, dass bestimmte Arbeitsaufgaben über einen erheblich längeren Zeitraum als die individuelle Arbeitszeit eines Arbeitnehmers hinaus anfallen und daher von mehreren Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen in einer geregelten zeitlichen Reihenfolge erfüllt werden müssen (vgl. BAG vom 14.12.1993 – 10 AZR 368/93 -, AP Nr. 3 zu § 33 a BAT; LAG Baden-Württemberg vom 30.01.2008 – 10 Sa 66 /07 -, zitiert in Juris). Die Besonderheit der Schichtarbeit ist, dass diese auf den Lebensrhythmus der betroffenen Arbeitnehmer einwirkt, mit all den damit verbundenen Beschränkungen des Lebens und Geschehens innerhalb und außerhalb der Familie. Diese generelle Belastung durch Schichtarbeit soll durch Zahlung des Schichtzuschlages zusätzlich honoriert werden. Dabei soll jedoch nicht jegliche zeitliche Verschiebung der Arbeitszeit aufgrund des Schichtwechsels zusätzlich honoriert werden, sondern nur eine solche, die geeignet ist, eine ausgleichspflichtige Belastung abzugeben. Aus diesem Grund verlangt die tarifvertragliche Regelung einen mindestens um zwei Stunden versetzten Beginn der täglichen Arbeitszeit und die Lage der versetzten Arbeitszeit innerhalb einer Zeitspanne von mindestens 13 Stunden. Der Begriff der Zeitspanne bezieht sich auf den Beginn der frühesten Schicht und auf das Ende der spätesten Schicht eines bestimmten Arbeitstages (vgl. hierzu LAG Niedersachsen vom 21.08.2008 – 4 Sa 647/08 -, zitiert in Juris). Da der Be-

griff der Schichtarbeit auf die infolge eines Schichtplanes zeitversetzte Arbeitszeit eines Mitarbeiters anknüpft, bezieht sich der Begriff der Zeitspanne alleine auf die Veränderung der arbeitstäglichen Arbeitszeit aufgrund des Schichtwechsels.

Von der Begrifflichkeit der Schichtarbeit zu trennen ist die zeitversetzte Ableistung der Arbeit an einzelnen Arbeitstagen außerhalb eines Schichtwechsels. Insofern wird mit einer Schichtzulage nicht honoriert, wenn sich innerhalb eines starren Arbeitszeitsystems die Arbeitszeit eines Mitarbeiters an den einzelnen Arbeitstagen erheblich unterscheidet. Wenn immer an einem bestimmten Arbeitstag ganz zeitig (z.B. Montag) und an einem anderen Arbeitstag ganz spät (z.B. Dienstag) die Arbeit zu erbringen ist fehlt es an der besonderen Erschwernis eines Schichtwechsels und der Zeitversetzung der Arbeit bezogen auf denselben Arbeitstag einer Woche.

- c) Unter Berücksichtigung obiger Grundsätze zum Begriff der Schichtarbeit i.S.d. § 7 Abs. 2 TVöD leistet der Kläger ab dem 01.10.2005 keine zuschlagspflichtige Schichtarbeit.

Die arbeitstägliche Verschiebung seiner Arbeitszeit infolge des Schichtwechsels umfasst nämlich nur eine Zeitspanne von 12,5 Stunden, denn die früheste Schicht an den Wochentagen Montag bis Freitag beginnt um 7.30 Uhr (Normalschicht) und die späteste Schicht endet um 20.00 Uhr (Spätschicht).

Eine zeitversetzte Arbeit an Samstagen, Sonntagen und Wochenfeiertagen findet nicht statt, denn der Kläger hat an diesen Tagen entweder frei (Normalschicht) oder eine feste Arbeitszeit von 7.00 Uhr bis 11.30 Uhr (Spätschicht).

Da der Begriff der Zeitspanne nicht die zeitlich versetzte Lage an unterschiedlichen Arbeitstagen betrifft, kommt es auf die unterschiedlichen Arbeitszeiten des Klägers innerhalb der Spätschicht nicht an. Insofern ist nicht darauf abzustellen, dass Arbeitsbeginn am Wochenende und an einem Wochenfeiertag innerhalb derselben Schichtwoche 7.00 Uhr ist und das Arbeitsende an allen übrigen Arbeitstagen derselben Schichtwoche 20.00 Uhr. Die sich hieraus rechnerisch ergebende Zeitspanne von 13 Stunden beruht nicht auf einem schichtplanmäßigen Wechsel der Arbeitszeit desselben Arbeitstages sondern auf einer zeitversetzten Lage der Arbeitszeit unterschiedlicher Arbeitstage.

2. Dem Kläger steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch auch nicht aufgrund einer betrieblichen Übung der Beklagten zu.
- a) Als betriebliche Übung wird die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers bezeichnet, aus denen seine Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. Aus dem Verhalten des Arbeitgebers, das als Willenserklärung zu werten ist, die von den Arbeitnehmern stillschweigend (§ 151 BGB) angenommen wird, erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordene Leistung oder Vergünstigung. Die rechtsgeschäftliche Bindung des Arbeitgebers ist danach zu beurteilen, inwieweit die Arbeitnehmer aus dem Erklärungsverhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie aller Begleitum-

stände gemäß der §§ 133, 157 BGB hierauf schließen durften (vgl. BAG vom 29.09.2004 – 5 AZR 528/03 -, AP Nr. 67 zu § 242 BGB Betriebliche Übung).

- b) Die Arbeitgeber des Öffentlichen Dienstes sind durch gesetzliche Regelungen, Verordnungen, Verwaltungsrichtlinien und durch die Festlegung des Haushaltsplanes gebunden und anders als private Arbeitgeber gehalten, die Mindestbedingungen des Dienst- und Tarifrechts sowie die Haushaltsvorgaben bei der Gestaltung von Arbeitsverhältnissen zu beachten. Sie können bei der Schaffung materieller Dienst- und Arbeitsbedingungen nicht autonom wie ein Unternehmer der privaten Wirtschaft handeln. Aus diesem Grund gilt im Zweifel, dass sie lediglich Normvollzug betreiben wollen. Ein Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes muss grundsätzlich davon ausgehen, dass ihm sein Arbeitgeber nur die Leistungen gewähren will, zu denen dieser rechtlich verpflichtet ist. Er darf nur auf eine korrekte Anwendung der aktuell geltenden rechtlichen Vorgaben vertrauen. Ohne besondere Anhaltspunkte darf er auch bei längerjähriger Gewährung von Vergünstigungen nicht annehmen, die Übung sei Vertragsinhalt geworden und werde unabhängig von einer zugrunde liegenden normativen Regelung unbefristet beibehalten (so das BAG, a.a.O.).

Diese Grundsätze können auch auf einen privaten Krankenhausträger übertragen werden, wenn der Krankenhausbetrieb in der Vergangenheit zum Bereich des Öffentlichen Dienstes gehört hat und auf die Beschäftigungsverhältnisse der Mitarbeiter weiterhin öffentliches Dienstrecht zur Anwendung gelangt. Dies ist im vorliegenden Fall durch die weitere Anwendung der Tarifverträge des Öffentlichen Dienstes der Fall.

Besondere Umstände, die im konkreten Fall eine abweichende Beurteilung des Verhaltens der Arbeitgeberin erlauben würden, werden von dem Kläger nicht vorgetragen. Insoweit musste er weiterhin davon ausgehen, dass die Beklagte die Zahlungen lediglich im Rahmen einer vermeintlichen tarifvertraglichen Verpflichtung erbringe und ihm keine freiwillige übertarifliche Leistung gewähren wollte (vgl. BAG vom 06.03.1984 – 3 AZR 340/08 -, NZA 1984, 256.).

- c) Selbst wenn das Verhalten der Beklagten geeignet wäre, eine allgemeine betriebliche Übung oder eine individuelle Übung in Bezug auf den Kläger zu begründen, würde der Entstehung eines rechtlichen Anspruchs die Schriftformklausel des § 4 Abs. 2 BMT-G bzw. § 2 Abs. 3 Satz 1 TVöD entgegenstehen.

Sowohl nach bisherigen als auch nach neuem Tarifrecht bedürfen Nebenabreden zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform und kann bei Nichteinhaltung dieser Form weder eine ausdrückliche mündliche Abrede getroffen werden noch eine solche durch das schlüssige Verhalten einer betrieblichen Übung. Dies selbst dann, wenn in Ermangelung der normativen Wirkung des Tarifvertrages es sich bei dem tarifvertraglichen Schriftformerfordernis nicht um eine gesetzliche Schriftform i.S.d. §§ 125, 126 BGB handelt, sondern wegen der Inbezugnahme des Tarifvertrages lediglich um eine gewillkürte Schriftform gemäß § 127 BGB (so BAG vom 27.03.1987 – 7 ARZ 527/85 -, DB 1985, 1996).

Um eine der Schriftform bedürftige Nebenabrede handelt es sich, wenn eine tarifvertraglich geregelte Zulage mit Arbeitnehmern vereinbart wird, die die tarifvertrag-

lichen Voraussetzungen für den Bezug dieser Zulage nicht erfüllen (so BAG vom 07.05.1986 – 4 AZR 556/83 -, AP Nr. 12 zu § 4 BAT). Gleiches gilt, wenn keine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien vorliegt, sondern – wie im vorliegenden Fall – die tarifvertraglich geregelte Zulage tatsächlich gewährt wird und der Arbeitnehmer aus der praktischen Handhabung einen einzelvertraglichen Anspruch über das Rechtsinstitut der Betrieblichen Übung abzuleiten versucht.

III.

1. Der Kläger hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.
2. Die Revision ist gemäß § 72 Abs. 2 Ziffer 1 ArbGG zuzulassen, denn der entscheidungserheblichen Rechtsfrage, wie der Begriff der Zeitspanne in § 7 Abs. 2 TVöD zu verstehen ist, wird grundsätzliche Bedeutung beigemessen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht, Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt
Postanschrift: Bundesarbeitsgericht 99113 Erfurt ,
Telefax-Nummer: 0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Roth
Vorsitzender Richter
Am Landesarbeitsgericht

Riegler
Ehrenamtlicher
Richter

Adacker
Ehrenamtlicher
Richter