

## **Ermittlung der regelmäßigen Arbeitszeit bei fehlender Angabe im Arbeitsvertrag**

**Schließen Parteien konkludent einen Arbeitsvertrag ohne inhaltliche Bestimmungen, kann mangels anderer Anknüpfungspunkte zur Ermittlung der regelmäßigen vertraglichen Arbeitszeit auf das gelebte Rechtsverhältnis mittels der Referenzmethode abgestellt werden. Dies ist Ausdruck des wirklichen Parteiwillens, auch wenn dem tatsächlichen Verhalten kein bestimmter rechtsgeschäftlicher Erklärungswert in Bezug auf den Inhalt des Beschäftigungsverhältnisses zu entnehmen ist.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BAG, Urteil v. 2.11.2016 – 10 AZR 419/15 –

### **Zum Sachverhalt**

Die Parteien streiten nach rechtskräftiger Feststellung, dass zwischen ihnen seit dem 1. September 2001 ein Arbeitsverhältnis besteht, noch über den zeitlichen Umfang, in welchem die Beklagte den Kläger zu beschäftigen hat.

Der 1965 geborene Kläger arbeitet seit dem 1. September 2001 für die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin als Cutter. Die Parteien haben keinen schriftlichen Vertrag abgeschlossen. Die Beklagte stufte den Kläger in der Vergangenheit als freien Dienstvertragsnehmer ein. Die Zahl der tatsächlichen jährlichen Einsatztage des Klägers schwankte zwischen 106 Tagen im Jahr 2004 und 130 Tagen im Jahr 2013. Ein Einsatztage des Klägers entsprach einem Arbeitstag eines Vollzeitarbeitnehmers.

Der Kläger hat gemeint, seine Teilzeitbeschäftigungsquote sei nach der Zahl der Einsatztage in den letzten drei vollen Kalenderjahren vor Klageerhebung zu bestimmen. Dies spiegele den aktuellen Stand des Arbeitsverhältnisses der Parteien wider und sei ein geeigneter Referenzzeitraum. Hieraus würden sich im Schnitt 121 Einsatztage pro Jahr ergeben. Zu dieser Zahl seien noch zehn Tage zu addieren, die ein Arbeitnehmer in Deutschland nach Angaben des Statistischen Bundesamts im Durchschnitt eines Jahres krank sei. Ferner müsse anteilig der Urlaub berücksichtigt werden, den die Beklagte ihren Arbeitnehmern gewähre. Insgesamt ergebe sich so ein Beschäftigungsumfang von 59,28 % einer Vollzeitkraft.

Der Kläger hat zuletzt - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihn mit einer Teilzeitquote von 59,28 % als Cutter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat zuletzt - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt, die Klage abzuweisen, soweit der Kläger begehrt, mit einer Teilzeitquote von mehr als 51,1 % von ihr als Cutter beschäftigt zu werden.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Teilzeitbeschäftigungsquote des Klägers sei nach der durchschnittlichen Zahl der Einsatztage seit Beginn des Arbeitsverhältnisses zu bestimmen. Je länger der Referenzzeitraum gewählt werde, desto besser werde die Vertragspraxis der Parteien abgebildet und würden Zufälligkeiten bei der Berechnung vermieden. Dann ergäben sich durchschnittlich nur 115 Einsatztage des Klägers pro Jahr. Rein statistische Krankheitstage von Arbeitnehmern seien bei der Berechnung der Teilzeitquote des Klägers nicht zu beachten. Insgesamt ergebe sich so - unter weiterer rechnerischer Berücksichtigung von Urlaub - ein Anspruch des Klägers auf Beschäftigung im Umfang von 51,1 % einer Vollzeitkraft.

Das Arbeitsgericht hat die Klage des Klägers, die sich auch auf die Fragen des Arbeitnehmerstatus und der Eingruppierung bezog, insgesamt abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte das Ziel, den Kläger hinsichtlich der Teilzeitquote nur in geringerem Umfang beschäftigen zu müssen als vom Landesarbeitsgericht zugesprochen.

### **Aus den Gründen**

Die zulässige Revision der Beklagten ist nur teilweise begründet. Dem Kläger steht entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ein Anspruch auf Beschäftigung als Cutter im Umfang von nur 54,75 % der

Arbeitszeit einer Vollzeitkraft zu. Soweit die Beklagte von einem noch geringeren Beschäftigungsanspruch ausgeht, ist ihre Revision unbegründet.

I. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei im Umfang von 59,28 % der Arbeitszeit einer Vollzeitkraft zu beschäftigen, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Sie erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die Sache ist allerdings nicht an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), da der Senat in der Sache selbst entscheiden kann (§ 563 Abs. 3 ZPO).

1. Die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, zur Berechnung des Umfangs der tatsächlichen Beschäftigung des Klägers in der Vergangenheit und Bestimmung des Vertragsinhalts der Parteien sei als Referenzzeitraum der Zeitraum der letzten drei vollen Kalenderjahre vor Klageerhebung zugrunde zu legen, ist allerdings aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Haben die Parteien - wie im Streitfall - einen Arbeitsvertrag ohne ausdrückliche Willenserklärungen zu seinem näheren Inhalt geschlossen, kann in Ermangelung anderer Anknüpfungspunkte für die Bestimmung der regelmäßigen vertraglichen Arbeitszeit auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens abgestellt werden, auch wenn dem tatsächlichen Verhalten nicht notwendig ein bestimmter rechtsgeschäftlicher Erklärungswert in Bezug auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses zukommt (vgl. BAG 17. April 2013 - 10 AZR 272/12 - Rn. 34, BAGE 145, 26; 26. September 2012 - 10 AZR 336/11 - Rn. 14; 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 12 ff.). Dabei entspricht die vom Landesarbeitsgericht angewandte Referenzmethode am ehesten dem durch tatsächliche Arbeitsleistung geäußerten Parteiwillen, wenn der Beurteilung eine mehrjährig übereinstimmend und ohne entgegenstehende Bekundungen geübte Vertragspraxis zugrunde liegt. Sie vermeidet die Überbetonung von auf Zufälligkeiten beruhenden Ausschlägen nach oben und unten.

b) Der Referenzzeitraum ist so zu bemessen, dass zufällige Ergebnisse ausgeschlossen sind und der aktuelle Stand des Vertragsverhältnisses der Parteien wiedergegeben wird.

aa) Mangels ausdrücklicher Vereinbarung ist der wirkliche Wille der Vertragsparteien Ausgangspunkt der Bewertung, § 133 BGB. Dieser ist nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Es gibt keine feste Regel, welcher Zeitraum hierbei in den Blick zu nehmen ist. Soweit in verschiedenen arbeitsrechtlichen Gesetzen Referenzzeiträume angegeben sind, regeln sie nur die dortigen Spezialfälle und haben keinen Bezug zu der hier maßgeblichen Frage.

bb) Bei einem seit mehr als einem Jahr bestehenden Arbeitsverhältnis wird ein Referenzzeitraum von weniger als einem Jahr häufig ungeeignet sein, da hier auf Zufälligkeiten beruhenden Ausschlägen eine überproportionale Bedeutung zukommen kann. Andererseits können auch bei der Betrachtung des Gesamtzeitraums eines langjährigen Arbeitsverhältnisses Sondereffekte zu Verzerrungen führen. Ferner wird möglicherweise in einem solchen Fall der aktuelle Stand des Arbeitsverhältnisses nicht in genügendem Maße abgebildet. Als Dauerschuldverhältnis kann es Änderungen unterliegen. Da die Frage des Beschäftigungsumfangs vornehmlich zukunftsgerichtet ist, wird regelmäßig die länger zurückliegende Vergangenheit nur begrenzt von Bedeutung sein.

c) Ist zwischen den Parteien streitig, ob der Kläger seiner Klage den richtigen Referenzzeitraum zugrunde gelegt und damit den von ihm begehrten Beschäftigungsumfang richtig berechnet hat, gilt ein abgestuftes System der Darlegungs- und Beweislast. Grundsätzlich muss der Anspruchsteller die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen, also beispielsweise der Arbeitnehmer den Anspruch auf einen begehrten höheren Beschäftigungsumfang als ihm vom Arbeitgeber zugestanden wird (vgl. BAG 18. Juni 2014 - 10 AZR 699/13 - Rn. 41 mwN, BAGE 148, 271). Im Rechtsstreit ist daher zunächst von dem vom Kläger gewählten Referenzzeitraum auszugehen und zu prüfen, ob sein diesbezüglicher Vortrag schlüssig und der gewählte Referenzzeitraum iSd. oben genannten Voraussetzungen geeignet ist. Genügt der Vortrag des Klägers diesen Anforderungen, hat er zunächst seine Darlegungslast erfüllt. Bestreitet die Beklagte die Repräsentativität oder Aktualität des vom Kläger gewählten Referenzzeitraums, ist es ihre Sache, anhand konkreter Tatsachen erhebliche Einwendungen substantiiert vorzubringen. Gelingt ihr dies, wird der Kläger die Geeignetheit des von ihm gewählten Zeitraums näher zu substantiieren und ggf. zu beweisen haben.

d) Bei dem jedenfalls konkludent von den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag handelt es sich um eine individuelle (atypische) Vereinbarung. Die Auslegung nichttypischer, individueller Willenserklärungen

durch die Tatsachengerichte ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt, gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat (vgl. BAG 20. September 2016 - 3 AZR 77/15 - Rn. 32 mwN).

e) Nach diesem Maßstab ist der vom Landesarbeitsgericht zugrunde gelegte Referenzzeitraum der Jahre 2011 bis 2013 hinsichtlich Repräsentativität und Aktualität nicht rechtsfehlerhaft bestimmt. Damit ist von durchschnittlich 121 tatsächlichen jährlichen Einsatztagen des Klägers auszugehen.

aa) Soweit das Urteil des Landesarbeitsgerichts in seiner Erstbegründung so zu verstehen sein sollte, dass es unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Senats vom 17. April 2013 (- 10 AZR 668/12 -) den Referenzzeitraum generell auf die letzten drei Jahre vor Klageerhebung begrenzen will, wäre dies allerdings auch unter Zugrundelegung eines eingeschränkten Prüfungsmaßstabs zu beanstanden. Der Referenzzeitraum ist stets konkret aus dem gelebten Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.

bb) In seiner weiteren Begründung hat das Landesarbeitsgericht aber hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass es einen Referenzzeitraum von drei vollen Kalenderjahren vor Klageerhebung auch in Bezug auf den konkreten Einzelfall als geeignet und die Jahre 2011 bis 2013 als repräsentativ und aktuell ansieht. Hiergegen hat die Beklagte keine durchgreifenden Einwendungen erhoben.

(1) Das Landesarbeitsgericht durfte zur Bestimmung des Vergleichszeitraums zunächst von dem schlüssigen Vortrag des Klägers ausgehen, der bei der Berechnung der von ihm zuletzt begehrten Teilzeitquote als Referenzzeitraum die Jahre 2011 bis 2013 zugrunde gelegt hat. Nach seinem Vortrag war dieser Zeitraum repräsentativ und der Umfang der aktuellen Vereinbarung durch diesen Zeitraum entsprechend geprägt.

(2) Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, weder dem Vortrag der Beklagten sei hinreichend deutlich zu entnehmen, dass der vom Kläger gewählte Referenzzeitraum nicht repräsentativ sei, noch sei dies ansonsten ersichtlich. Drei volle Kalenderjahre sind ein Zeitraum, der nicht nur rein saisonale Schwankungen im Beschäftigungsumfang ausblendet, sondern auch zufällige Gestaltungen, die sich in einem einzelnen Jahr ergeben können, angemessen ausgleicht. Eine Verpflichtung, den Gesamtzeitraum des Arbeitsverhältnisses von zwölf vollen Kalenderjahren heranzuziehen - wie es die Beklagte verlangt -, besteht nicht. Zwar werden Einflüsse einzelner Jahre dadurch stärker zurückgedrängt. Andererseits leidet diese Betrachtungsweise unter dem Nachteil, dass sie in geringerem Maß den aktuellen Stand des Vertragsverhältnisses der Parteien widerspiegelt und von lange zurückliegenden Umständen zu Beginn des Arbeitsverhältnisses beeinflusst wird. Soweit die Beklagte meint, die Betrachtung der letzten drei vollen Kalenderjahre bevorzuge allein die Position des Klägers, da es sich um überdurchschnittliche Jahre handele, übersieht sie, dass zwar die Jahre 2012 (124 Einsatztage) und 2013 (130 Einsatztage) überdurchschnittlich waren, das Jahr 2011 (109 Einsatztage) aber nach Berechnung beider Parteien unterdurchschnittlich. Schon ein Vergleich der Berechnungen des Klägers (durchschnittlich 121 Einsatztage) und der Beklagten (durchschnittlich 115 Einsatztage), die nur etwa 5 % voneinander abweichen, zeigt, dass der vom Kläger gewählte kürzere, aber aktuellere Referenzzeitraum nicht zu einer Überbetonung von Zufälligkeiten führt. Soweit das Landesarbeitsgericht den Vortrag des Klägers für schlüssig und das Bestreiten der Beklagten für nicht ausreichend gehalten hat, ist dies von seinem Beurteilungsspielraum gedeckt.

2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, den tatsächlichen Einsatztagen des Klägers seien durchschnittliche statistische Krankheitstage von Arbeitnehmern hinzuzurechnen, beruht auf einem unzutreffenden rechtlichen Gesichtspunkt. Insoweit erweist sich das Urteil des Landesarbeitsgerichts als rechtsfehlerhaft und die Revision der Beklagten als begründet.

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, zur Bestimmung des Beschäftigungsumfangs, den der Kläger von der Beklagten beanspruchen kann, seien zu den tatsächlichen Einsatztagen im Referenzzeitraum die durchschnittlichen statistischen Krankheitstage eines Arbeitnehmers in Deutschland zu addieren.

b) Diese nicht näher begründete Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist rechtsfehlerhaft. Insoweit ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 563 Abs. 1 ZPO). Einer Zurückverweisung bedarf es nicht, da der Senat in der Sache selbst entscheiden kann (§ 563 Abs. 3 ZPO).

aa) Das Landesarbeitsgericht berücksichtigt nicht, dass mit der Referenzmethode aus dem gelebten Rechtsverhältnis der individuelle Parteiwille zur Bestimmung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu ermitteln ist. Hieraus folgt, dass ausschließlich das konkrete Verhalten der Parteien Rückschlüsse auf den Parteiwillen geben kann. Dem widerspricht die Heranziehung eines statistischen Durchschnitts von Krankheitstagen. Diese Betrachtung sagt weder etwas über das gelebte Arbeitsverhältnis der Parteien noch über deren Willen aus und widerspricht der im Übrigen gewählten Referenzmethode.

bb) Allerdings können konkrete Arbeitsunfähigkeitszeiten in der Vergangenheit für die Bestimmung der dem Parteiwillen entsprechenden Einsatztage durchaus Bedeutung haben. Soweit Einsatztage des Klägers deshalb entfallen sind, weil er an diesen Tagen arbeitsunfähig krank war, lässt dies einen Rückschluss auf den von den Parteien tatsächlichen gewollten Beschäftigungsumfang zu.

cc) Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich jedoch nicht, dass im Referenzzeitraum der Jahre 2011 bis 2013 Einsatztage ausgefallen sind, weil er arbeitsunfähig krank gewesen ist. Sein Vortrag bezieht sich zum Teil auf Krankheitszeiten außerhalb des Referenzzeitraums. Soweit der Kläger für das Jahr 2012 sieben konkrete Krankheitstage benennt, fehlt jeder Vortrag dazu, dass sich hierdurch die Gesamtzahl seiner Einsatztage verringert hätte. Eines solchen Vortrags hätte es schon deshalb bedurft, weil der Kläger ohnehin nur an einem Drittel der Kalendertage pro Jahr gearbeitet hat, so dass Zeiten von Krankheit nicht zwingend zu einem Arbeitsausfall führen mussten. Ferner hat die Beklagte bereits vorinstanzlich auf eine Tauschpraxis betreffend Einsatztage in Fällen von Arbeitsunfähigkeit hingewiesen, so dass sich der Sache nach durch Krankheit die Zahl der tatsächlichen Einsatztage nicht verringert habe.

3. Die Teilzeitquote des Klägers beträgt 54,75 %.

a) Bei der Berechnung der Teilzeitquote des Klägers ist zu berücksichtigen, dass diese nur dann zutreffend bestimmt werden kann, wenn seine tatsächlichen Einsatztage mit den tatsächlichen Arbeitstagen eines Vollzeitarbeitnehmers bei der Beklagten verglichen werden. Die oben ermittelten durchschnittlichen Einsatztage des Klägers pro Jahr geben seine tatsächliche Beschäftigung an, ohne dass darin gewährter Urlaub enthalten ist. Zur Berechnung der Teilzeitquote müssen dieser Zahl daher die tatsächlichen Einsatztage einer Vollzeitkraft - ohne Berücksichtigung von Wochenenden, Feiertagen und Urlaubstagen - gegenübergestellt werden.

b) Im Referenzzeitraum der Jahre 2011 bis 2013 entfielen auf Vollzeitarbeitnehmer in Brandenburg (unter Abzug von Wochenenden und Feiertagen) durchschnittlich 252 Arbeitstage. Bei 31 Urlaubstagen, die die Beklagte Vollzeitkräften mit vollendetem 40. Lebensjahr gewährt, verbleiben im Referenzzeitraum jährlich 221 tatsächliche Arbeitstage. Diese sind ins Verhältnis zu den durchschnittlich 121 tatsächlichen jährlichen Einsatztagen des Klägers zu setzen.