

Aktenzeichen: 3 Sa 459/15
3 Ca 35/15
Arbeitsgericht Nordhausen



Verkündet am 29.08.2019

gez. Krummrich
Justizangestellte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Thüringer Landesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

- Kläger und
Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:
Rechtsanwälte

gegen

- Beklagte und
Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

hat das Thüringer Landesarbeitsgericht auf die mündliche Verhandlung vom 29.08.2019 durch die Präsidentin des Thüringer Landesarbeitsgerichts Frau Engel als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter Frau Feist und Herr Kurth als Beisitzer für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Nordhausen vom 18.06.2015 – 3 Ca 35/15 – auf Kosten der Beklagten wie folgt abgeändert:

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für das Kalenderjahr 2012 eine weitere Vergütung für 818,75 geleistete Überstunden in Höhe von 5.952,31 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2013 zu zahlen.**
- 2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für das Kalenderjahr 2013 eine weitere Vergütung für 703 geleistete Überstunden in Höhe von 5.110,81 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2014 zu zahlen.**
- 3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für das Kalenderjahr 2014 eine weitere Vergütung für 618,75 geleistete Überstunden in Höhe von 4.498,31 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2015 zu zahlen.**

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten zuletzt noch über die Frage, in welchem zeitlichen Umfang der Kläger als Fahrer im Patiententransportdienst in den Jahren 2012 bis 2014 Arbeitsleistungen erbrachte und ob hierbei auch ein Anspruch auf Vergütung sog. „einsatzfreier Zeiten“ besteht.

Die Beklagte betreibt in Thüringen ein Unternehmen mit den Sparten mediaktiv, medimobil, medicare und meditours. Der als Kraftfahrer angestellte Kläger sollte regelmäßig 40 Stunden in der Woche arbeiten und „(...) bei betrieblichem Bedarf (...)“ Überstunden leisten. Im streitigen Zeitraum vergütete die Beklagte in der Regel pauschal 40 Stunden á 7,27 Euro brutto. Der Lohn war zum dritten Werktag des Folgemonats fällig. Das Arbeitsverhältnis ist zwischenzeitlich beendet.

Mit ihrer Sparte meditours bot die Beklagte Patiententransporte jeder Art an, u.a. Hol- und

Bringendienste, Krankenfahrdienste und Dialysefahrten. U.a. erledigte sie mit ca. zehn Kraftfahrern den Dienstleistungsauftrag zum Transport der Patienten eines Reha-Zentrums in Erfurt. Das Reha-Zentrum gab der Beklagten den Beginn und das Ende der Behandlung ihrer Patienten vor und fertigte für jeden Tag sog. Fahrdienstlisten. Dort fanden sich die Namen und Anschriften der zu transportierenden Patienten sowie die Uhrzeit des Beginns und des Endes der Behandlungen im Reha-Zentrum. Diese begannen regelmäßig um 8:00 Uhr im Behandlungsraum. Wegen der körperlichen Handikaps ihrer Patienten erwartete das Reha-Zentrum von der Beklagten eine Anfahrt bis 15 Minuten vor dem Behandlungsbeginn.

Die Beklagte hatte ihren Dienstleistungsauftrag mit dem Reha-Zentrum so organisiert, dass ihre Fahrer am Vortrag in der Verwaltung des Reha-Zentrums eine handschriftlich mit Namenskürzeln und Zahlen als Vorschlag eines Tourenplans disponierte Fahrdienstliste abholen sollten (Tourenpläne). Die Beklagte erklärte erst, dass die Fahrer diesen Dienstleistungsauftrag in den Jahren 2012 und 2013 erfüllt hätten, ohne dass sie selbst irgendwelche Unterlagen oder Nachweise für die erbrachten Fahrertätigkeiten, insbesondere keine Tourenpläne erhalten habe. Auf dem Tourenplan für den 23.10.2013, hatte der Kläger notiert:

„... Wer plant solch einen Stuß? 5 Tage/4 verschiedene 13:00 Uhr Touren??...“

Am 24.10.2013 vermerkte der Geschäftsführer der Beklagten auf diesem Tourenplan:

„...Diesen „Stuß“ plant jemand in meinem Auftrag! Wenn Ihnen dieses nicht passt, sprechen Sie bitte mich selbst an! St. Jakobi 24.20.13“.

In der Berufungsverhandlung erklärte er, dass er die Tourenpläne, etwa Bl. 297 d.A., also die Unterlagen aus der Zeit der Disposition durch das Reha-Zentrum doch kenne. Später ließ er erklären, dass er erst ab dem 01.06.2012 die identischen Tourenpläne wie die Fahrer erhalten habe. Ab dem 23.09.2013 fuhr der Kläger regelmäßig mit einem Fahrzeug, das mit GPS ausgestattet war. Ab 2014 übernahm die Beklagte die Disposition der Fahrdienstlisten des Reha-Zentrums selbst. Die Fahrer fanden nun am Vorabend in ihrem Fach am Betriebssitz eine von der Beklagten disponierte Liste der für den Folgetag zugewiesenen Fahraufträge.

Die Disposition und Weisung der Fahrer zur Erledigung sonstiger Transportaufträge, etwa von und zur Reha-Einrichtung in, Krankenhäusern und Ärzten oder zum Transport von Sanitätsartikel erfolgten stets durch die Zentrale der Beklagten.

Um den Dienstleistungsauftrag der Beklagten mit dem Reha-Zentrum in termingerecht erfüllen zu können, holten die Fahrer die Fahrzeuge ohne Rücksicht auf die sonst üblichen Betriebszeiten regelmäßig am Betriebssitz ab. Die Beklagte gibt die Betriebszeiten mal mit 6:00 Uhr und mal mit 6:30 Uhr an. Die Fahrer legten ihren Arbeitsbeginn nach der von ihnen errechneten Dauer der an diesem Tag zugewiesenen Fahrten so fest, dass die Patienten rechtzeitig bis 7:45 Uhr zum Reha-Zentrum nach gebracht werden können. Sie holten die Patienten in der vorgegebenen oder geänderten Reihenfolge ab, wobei sie bei dem am

weitesten vom Reha-Zentrum entfernt wohnenden Patienten begannen und neben der Fahrtzeit auch Ein- und Aussteigzeiten sowie etwaige Hilfestellungen einrechneten.

Die Beklagte wies die Fahrer an, nicht jeden Patienten gesondert zurück zu fahren. Sie sollten bis zum Abschluss des letzten ihnen zugewiesenen Patienten warten, um alle Patienten gemeinsam auf der effektivsten Route nach Hause zu bringen. Hierdurch kam es für die Fahrer zu unterschiedlich langen Wartezeiten. Die Beklagte nennt diese Warte- bzw. Standzeiten sog. „einsatzfreie Zeiten“. Die Fahrer konnten in dieser Zeit private Angelegenheiten erledigen. Es war ihnen aber verboten, hierzu die Fahrzeuge der Beklagten zu nutzen. Sie mussten vor dem Reha-Zentrum am Stadtrand von abgestellt werden. Die Fahrer legten ihre von der Beklagten zeitlich nicht festgelegten Pausen in die „einsatzfreie Zeit“. Sie verbrachten die "einsatzfreie Zeit" häufig in einem nahegelegenen Tankstellenimbiss. Jeder Fahrer hatte ein Diensthandy, um für die Beklagte telefonisch erreichbar zu sein. Es ist streitig, ob alle Fahrer während der „einsatzfreien Zeit“ zu weiteren betrieblichen Tätigkeiten herangezogen wurden oder jedenfalls für solche auf Abruf bereit stehen mussten, insbesondere um Sanitätsartikel auszuliefern oder weitere ärztliche Patiententransporte vorzunehmen.

Nach dem Rücktransport der Patienten brachten die Fahrer die Fahrzeuge regelmäßig zum Betriebssitz. Die Beklagte, die in Abrede stellt, dass die Fahrer verpflichtet waren, die Fahrzeuge instand zu halten und zu pflegen, erteilte am 19.01.2010 eine „Arbeitsanweisung/Information an alle Mitarbeiter“ (Bl. 735 d.A.). Hierin verwies sie u.a. auf die Notwendigkeit ordnungsgemäß ausgefüllter Transportscheine für jede Fahrt, da sie diese anderenfalls nicht abrechnen könne. Entsprechend ihrer Qualitätsstandards sollten die Fahrer zudem wöchentlich den Reifendruck, die Profiltiefe der Reifen und alle Flüssigkeiten kontrollieren und für die Sauberkeit der Fahrzeuge Sorge tragen, was zu dokumentieren sei und geprüft werde.

Mit seiner vor dem Arbeitsgericht Nordhausen erhobenen Klage machte der Kläger, soweit noch relevant, geltend, dass die Beklagte nur die vertragliche vereinbarte Arbeitszeit von acht Stunden, nicht aber die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung vergütet habe. Anhand der von ihm eingereichten täglichen Tourenpläne und Fahrtenbüchern könne das Gericht erkennen, dass er im Jahre 2012 jedenfalls 836 Überstunden, im Jahre 2013 insgesamt 711 und im Jahre 2014 weitere 599 Überstunden geleistet habe. Bei der Berechnung der Überstunden habe er die vergütete Arbeitsleistung von acht Stunden und eine tägliche Pause von 45 Minuten abgezogen. Die Beklagte habe verlangt, die Patienten rechtzeitig in abzuliefern. Damit habe sie auch verlangt, die Arbeit so rechtzeitig anzutreten, dass dies gewährleistet sei. Die betriebsüblichen Zeiten des Betriebsbeginns seien also unerheblich. Das gleiche gelte für das Ende der Arbeit, da die Fahrer weisungsgemäß bis zum Ende der letzten Behandlung hätten warten müssen. Die Beklagte könne ihr Unternehmerrisiko für diese Stand-

zeiten nicht mit dem Argument auf die Fahrer abwälzen, dass diese ja „nicht gearbeitet“ hätten. Alle Fahrer seien während der Wartezeit zu diversen geplanten oder ungeplanten Zusatzeinsätzen herangezogen worden. Sie hätten zudem jederzeit für weitere telefonische Aufträge auf Abruf bereit stehen müssen. Die Beklagte müsse auch diese Zeiten vergüten.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klageanträge. Sie bestreite etwaige Überstunden. Die vom Kläger behaupteten Zeiten seien nicht nachvollziehbar. Dienstbeginn sei um 6:00 Uhr gewesen. Was der Kläger nach dem Abholen des Fahrzeugs getan habe, wisse sie einfach nicht. Jedenfalls für die Jahre 2012 und 2013 habe sie als Subunternehmerin des Reha-Zentrums keine Disposition und keine Abrechnung der Fahrten vorgenommen. Auch anhand der jetzt vorgelegten Unterlagen seien die angeblichen Arbeitsleistungen nicht nachzuvollziehen. Sowohl das Reha-Zentrum in als auch später die Beklagte hätten die Touren je „auf acht Stunden“ geplant. Der Kläger und die anderen Fahrer könnten doch nicht ernsthaft erwarten, dass sie ihnen die Stand- und Wartezeiten vergüte. Schließlich hätten sie die Zeit für private Angelegenheiten, etwa für Essen oder Besorgungen nutzen können. Die Beklagte wisse nicht, was die Fahrer in der „einsatzfreien Zeit“ getan haben.

Mit einem am 18.06.2015 verkündeten Urteil hat das Arbeitsgericht die in der Berufungsinstanz noch streitigen Ansprüche auf Überstundenvergütung abgewiesen. Unter Wiederholung der ständigen obergerichtlichen Rechtsprechung, v.a. zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, rügte das Arbeitsgericht den Sachvortrag des primär darlegungsbelasteten Klägers als unschlüssig. Es genüge nicht, auf die Anlagen zu verweisen. Insbesondere sei das Arbeitsgericht nicht verpflichtet, sich die hieraus folgenden Zeiten selbst zu ermitteln.

Der Kläger hat gegen das ihm am 23.11.2015 zugestellte Urteil am 16.12.2015 Berufung beim Thüringer Landesarbeitsgericht eingelegt und sie am 18.01.2016 begründet. Das Urteil sei falsch. Für Kraftfahrer genüge es, die zugewiesenen Touren vorzutragen. Schließlich verfüge der Arbeitgeber über alle Unterlagen, vom Auftrag bis zur Disposition. Wenn die Berufungskammer auf den Referenzzeitraum der "wöchentlichen Arbeitszeit" hinweise, stelle er seinen Vortrag um. Er habe nun alle in jeder Woche zugewiesenen und gefahrenen Patienten einzeln aufgeführt. Soweit die Tourenpläne des Reha-Zentrums weitere Fahraufträge wiedergäben, seien dies sonstige von der Beklagten disponierte Sonderfahrten, die er nur zum Papiersparen ausgeschnitten und auf die Tourenpläne des Reha-Zentrums geklebt habe. Er habe auch diese Sonderfahrten, etwa Auslieferungen von Sanitätswaren oder sonstige Patientenfahrten, nun zeitlich konkret aufgeführt. Gleiches gelte für alle weiteren Arbeiten, wie Tanken, Fahrzeugreinigung etc.. Dennoch ergäben sich Standzeiten, die aber ebenso auf die Weisung der Beklagten zurückgingen, je auf den Rücktransport des letzten Patienten zu warten. Die vorgelegte Telefonliste der Beklagten zeige, dass jeder Fahrer für

den jederzeitigen Abruf von Arbeit ein Diensthandy gehabt habe. Sein Sachvortrag zeige, dass und wann auch er zu solchen Fahrten gerufen worden sei. Er habe auch die zeitliche Lage der Pausen konkretisiert. Habe er gelegentlich private Erledigungen unternommen, habe er auch diese zeitlich konkretisiert. Hierauf habe sich die Beklagte nicht eingelassen. Sein Sachvortrag gelte daher als zugestanden.

Der Kläger beantragte zuletzt noch:

Unter Abänderung des am 18.06.2015 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Nordhausen wird die Beklagte verurteilt,

1. für das Kalenderjahr 2012 Vergütung für 818,75 geleistete Überstunden á 7,27 Euro in Höhe von 5.952,31 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2013 zu zahlen.
2. für das Kalenderjahr 2013 Vergütung für 703 geleistete Überstunden á 7,27 Euro in Höhe von 5.110,81 EUR brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2014 zu zahlen.
3. für das Kalenderjahr 2014 Vergütung für 618,75 geleistete Überstunden á 7,27 Euro in Höhe von 4.498,31 EUR brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2015 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

diese Berufungsanträge zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil. Der Hinweis auf die Rechtsprechung zu Kraftfahrern gehe fehl. Sie habe die ihr nicht bekannten Touren ja gerade nicht selbst disponiert. Die Fahrer hätten vom Reha-Zentrum jederzeit in die Stadt gehen können. Sie seien oft beim Imbiss gewesen. Der Kläger müsse vortragen, was er in den Standzeiten getan habe. Keine Tour sei so disponiert gewesen, dass die gesamte arbeitsvertragliche Arbeitszeit aufgebracht worden sei. Zudem bestreite sie, dass der Kläger vor der betriebsüblichen Arbeitszeit von 6:30 Uhr irgendeine Tour gestartet habe. Schließlich hätten die Behandlungen nie vor 8:00 Uhr begonnen. Zudem habe der Kläger das Fahrzeug mit nach Hause nehmen könne, was aber nicht im Zusammenhang mit etwaigen Bereitschaftsdiensten stehe. Die Fahrer hätten die Fahrzeuge auch nicht warten oder sauber halten müssen. Dies habe regelmäßig eine Werkstatt erledigt.

Wegen der Einzelheiten des erst- und zweitinstanzlichen Sachvortrags wird auf die in beiden Instanzen ausgetauschten Schriftsätze verwiesen.

Entscheidungsgründe

Nach der Rücknahme der Berufung der Beklagten stand nur noch die Berufung des Klägers zur Entscheidung. Der Kläger begrenzte diese zuletzt auf die Zahlung einer Überstundenvergütung für die Jahre 2012, 2013 und 2014. In diesem Umfang ist sie zulässig und begründet.

A. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen nicht. Sie ist statthaft. Sie wurde sowohl form- und fristgerecht eingelegt als auch begründet.

B. Die Berufung des Klägers ist im zuletzt beantragten Umfang begründet. Dem Kläger stehen die zuletzt noch geltend gemachten Ansprüche auf Vergütung seiner geleisteten Überstunden nach §§ 611 Abs. 1, 612 Abs. 1 BGB zu.

1. Nach § 611 Abs. 1 BGB ist die Beklagte zur Zahlung der vereinbarten Vergütung für die mit dem Kläger vereinbarte Arbeitsleistung verpflichtet. Legen die Vertragsparteien zunächst nur die zu erbringende Regel- bzw. Normalarbeitszeit fest, betrifft diese Vergütungspflicht nach § 611 Abs. 1 BGB ebenfalls zunächst nur die Vergütung der Normalarbeitszeit. Die Parteien haben in Bezug auf Überstunden nur vereinbart, dass der Kläger solche Überstunden leisten muss, nicht aber dass und wie sie zu vergüten sind. Andererseits haben die Parteien die Vergütung von Überstunden vertraglich auch nicht ausgeschlossen. Damit greift § 612 Abs. 1 BGB ein. Hiernach gilt eine Vergütung auch für die über die normale Arbeitszeit hinaus erbrachte Leistung als stillschweigend vereinbart, wenn sie den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Es gibt zwar keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Überstunden ohne Ausnahme besonders zu vergüten sind. Vielmehr ist die Vergütungserwartung stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen (BAG 23.09.2015 – 5 AZR 626/13 – Juris, Rd. 21). Eine berechnete Vergütungserwartung kann aber angenommen werden, wenn ein Arbeitnehmer im Rahmen eines „Normalarbeitsverhältnisses“ ausschließlich eine arbeitszeitbezogene Vergütung erhält und auch sonst keine Kompensation für Mehrarbeit vorgesehen ist. Vorliegend folgt die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche objektive Vergütungserwartung aus dem Umstand, dass der Kläger als Kraftfahrer keine Dienste höherer Art schuldet und keine deutlich herausgehobene, über der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung liegende Vergütung erhielt (BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – Juris, Rd. 15).

2. Zur Begründung seines Vergütungsanspruchs muss der Kläger die von ihm tatsächlich abgeleiteten Überstunden darlegen. Auf einer ersten Stufe seiner Darlegungslast genügt es allgemein, wenn er schriftsätzlich vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisungen des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat.

Auf diesen Vortrag muss die Beklagte im Rahmen einer gestuften Darlegungslast substantiiert erwidern und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten sie dem Kläger zugewiesen hat und an welchen Tagen er von wann bis wann diesen Weisungen - nicht - nachgekommen ist (BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – Juris, Rd. 23 f.). Lässt sie sich nicht substantiiert ein, gilt der Sachvortrag des Arbeitnehmers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

Diese Grundsätze müssen stets unter Berücksichtigung der vorliegend vom Kläger verrichteten Tätigkeiten oder der konkreten betrieblichen Abläufe bei der Beklagten angewandt werden. Werden etwa einem Kraftfahrer vom Arbeitgeber bestimmte Touren zugewiesen, genügt der Kraftfahrer seiner Darlegungslast bereits dann, wenn er vorträgt, an welchen Tagen er welche Tour wann begonnen und wann beendet hat. Im Rahmen der gestuften Darlegungslast ist es dann Sache des Arbeitgebers, unter Auswertung der Aufzeichnungen, etwa nach § 21a Abs. 7 S. 1 ArbZG, substantiiert darzulegen, an welchen Tagen der Arbeitnehmer aus welchen Gründen im geringeren zeitlichen Umfang als von ihm behauptet gearbeitet hat (BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – Juris, Rd. 23 f.).

3. In Anwendung dieser Grundsätze hat der Kläger als Kraftfahrer im Patiententransport unter Berücksichtigung der besonderen Betriebsabläufe der Beklagten alle erforderlichen Tatsachen vorgetragen, um seiner Darlegungslast auf der ersten Stufe gerecht zu werden. Auf diese äußerst zeitlich und inhaltlich detaillierten Schilderungen der von ihm erbrachten Arbeitsleistungen hat sich die Beklagte nicht substantiiert eingelassen. Daher gilt der Sachvortrag des Klägers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden und seine Klage als begründet.

Die Parteien vereinbarten eine Normalarbeitszeit von 40 Stunden in der Woche. Für das Vorliegen von Überstunden ist damit das Überschreiten dieser regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit maßgeblich. Auf den Hinweis der Kammer hat der Kläger seinen Sachvortrag folgerichtig auf diesen Referenzzeitraum umgestellt. Zu Recht hatte das Arbeitsgericht die weitere Unschlüssigkeit der erstinstanzlichen Ausführungen des Klägers beanstandet. Er hatte seine täglichen Arbeitsstunden nur addiert vorgetragen und im Übrigen auf die zu den Akten gereichten Unterlagen verwiesen. Damit genügte er nicht seiner Darlegungslast. Allerdings hätte es der Prozessförderungspflicht des Arbeitsgerichts entsprochen, den Kläger rechtzeitig darauf hinzuweisen, nach welchen rechtlichen und tatsächlichen Maßstäben es zu entscheiden gedenkt. Dies musste sodann von der Berufungskammer nachgeholt werden.

Entsprechend dieser Hinweise in der ersten Berufungsverhandlung hat der Kläger zuletzt für jede streitige Kalenderwoche, je von Montag bis Freitag, detailliert alle von ihm erbrachten Tätigkeiten geschildert. Unter Hinweis auf die ihm in den Tourenplänen vorgegebenen Dispositionen der Beklagten bzw. der Dispositionen des Reha-Zentrums im Auftrag der Beklagten benannte er jeweils die konkrete Uhrzeit des täglichen Beginns seiner Arbeitszeit und

deren Ende. Er begründet die Schlüssigkeit dieser Arbeitszeiten, indem er jeden einzelnen Patienten nebst dessen Wohnort entsprechend des ihm übergebenen Tourenplans benennt. Er führt den dort ausgewiesenen Behandlungsbeginn der Patienten und die von ihm gefahrene Abholtour für einen termingerechten Transport eben zum Reha-Zentrum in aus. Dieser Sachvortrag ist für die Beklagte ohne weiteres einlassungsfähig. Sie kennt spätestens jetzt die Vor- und Nachnamen aller dem Kläger an den betreffenden Tagen zugewiesenen Patienten, sowie deren Wohnanschriften. Sie wusste von der vermeintlichen Erwartung des Reha-Zentrums in, die Patienten ca. eine ¼ Stunde vor dem Behandlungsbeginn zu bringen. Diese behandlungslogische Vorlaufzeit hat die Beklagte nie in Abrede gestellt. Aus den Umständen folgt daher die konkludente Weisung der Beklagten an ihre Fahrer, die Patienten entsprechend der Vorstellungen ihrer Auftraggeberin termingerecht zu den Behandlungen zu bringen. Die Kammer hat auf der Grundlage des Sachvortrags des Klägers zum 02.01.2012 eine exemplarische Schlüssigkeitskontrolle durchgeführt. Entsprechend der effektivsten Fahrtroute vom Betriebssitz der Beklagten zu dem einzelnen Patienten und dann zum Reha-Zentrum in dauerte die reine Fahrzeit 1 Stunde und 57 Minuten – allerdings ohne Berücksichtigung des morgendlichen Berufsverkehrs und ohne Berücksichtigung etwaiger Verzögerungen beim Ein- und Aussteigen gesundheitlich beeinträchtigter Patienten. Ausgehend von der erwarteten und angewiesenen Ankunft um ca. 7:45 Uhr musste der Kläger am 02.01.2012 spätestens um 5:45 Uhr die Arbeit aufnehmen, das Fahrzeug am Betriebssitz der Beklagten abholen und dann zu den Patienten fahren. In diesem Zusammenhang ist es also irrelevant, ob die Arbeitszeiten der übrigen Arbeitnehmer der Beklagten um 6:00 oder – im Widerspruch zu ihrem eigenen Sachvortrag – sogar erst um 6:30 Uhr begann. Ebenso ist ohne Belang, dass die Fahrer die Fahrzeuge gelegentlich mit nach Hause nehmen durften und damit später starten mussten. Der Kläger hat sich auch hierauf durch einen substantiierten Sachvortrag eingelassen, wenn er für jeden einzelnen Tag darlegt, dass und wo - zu Hause oder am Betriebssitz - er seine Arbeit angetreten hat. Spätestens für die Zeit ab dem 23.09.2013 standen der Beklagten zur Überprüfung dieses Sachvortrags zusätzlich die GPS-Daten des vom Kläger regelmäßig verwendeten Fahrzeugs zur Verfügung. Die Beklagte kann auch nicht mit Erfolg einwenden, dass sie sich jedenfalls für die Zeit vor dem 01.06.2012 nicht hinreichend auf den Sachvortrag des Klägers einlassen könne, weil sie die nun vorgelegten Fahrdienstlisten nicht gekannt und sonst keine Unterlagen über dessen Arbeitsleistungen gehabt habe. Die Kammer würdigt insoweit nach § 286 Abs. 1 ZPO den Inhalt aller Schriftsätze, alle Anlagen und den gesamten Inhalt beider Berufungsverhandlungen. Sie kommt nach freier Überzeugung zu der Entscheidung, dass die behauptete Unkenntnis als nicht wahr zu erachten ist. Es ist gerade die Aufgabe der Kammer, nicht nur den letzten Inhalt des Sachvortrags einer Partei zu würdigen, sondern auch deren gesamtes Prozessverhalten, insbesondere einen wiederholt wechselnden und in sich widersprüchlichen Tatsachenvortrag sowie das Ergebnis einer Anhörung nach § 141 ZPO unter dem Eindruck eines unmittelbaren richterlichen Vorhalts. In einer solchen informatorischen Anhörung während der ersten Beru-

fungsverhandlung hielt die Kammer dem Geschäftsführer vor, dass sie es für nicht glaubhaft halte, wenn die Beklagte tatsächlich erst im Jahre 2014 von jedweden Tätigkeiten ihrer Fahrer erfahren haben will. Bereits ab dem 18.10.2013 hatte sich der Dokumententypus für die disponierten Fahrdienstlisten geändert. Seitdem wurden nicht mehr die bislang vom Reha-Zentrum bearbeiteten Tourenpläne verwendet (vgl. Bl. 603 und 603 Rückseite d.A.). Ab dem 23.09.2013 standen der Beklagten die GPS-Daten ihrer Fahrzeuge zur Verfügung. Auf einen provokanten Vermerk des Klägers zur Sinnhaftigkeit einer Tourenplanung vom 23.10.2013 zeigte sich der Geschäftsführer pikiert. In seiner schriftlichen Antwort verwies er darauf, dass die Tourenplanung schließlich in seinem Auftrag vorgenommen worden sei. Auf den Glaubhaftigkeitseinwand der Kammer musste der Geschäftsführer der Beklagten daher sein bisheriges Globalbestreiten aufgeben. Er erklärte, dass er die in der Verhandlung in Augenschein genommenen Fahrdienstlisten mit den vom Reha-Zentrum vorgenommenen Dispositionen doch gekannt habe. Im folgenden Schriftsatz schränkte die Beklagte den Zeitraum dieser Kenntnis jedoch erneut, nun auf die Zeit nach dem 01.06.2012, ein. Die völlige Unkenntnis eines Unternehmers von den Arbeitsleistungen seiner Arbeitnehmer, die er zur Erfüllung seines Dienstleistungsvertrags mit seinem Kunden einsetzt ist unabhängig etwaiger Datumsgrenzen unglaublich. Entsprechend der Arbeitsanweisung vom 19.01.2010 erhielt die Beklagte zur Abrechnung der Patiententransporte ausgefüllte Transportscheine. Selbst wenn das Reha-Zentrum die Abrechnung gegenüber der Kostenträger für die Beklagte übernommen haben sollte, hätte sich die Beklagte entsprechend der Leistungsbeschreibung ihres Dienstleistungsvertrags einlassen können. Zudem hätte sie sich auf der Grundlage des detaillierten Sachvortrags des Klägers und den zu den Akten gereichten Tourenplänen bei ihrem Vertragspartner, dem Reha-Zentrum ohne Weiteres und ohne großen Aufwand nachträglich die erforderlichen Informationen über die für sie abgerechneten Arbeitsleistungen der Fahrer beschaffen können. Diese Anstrengungen waren ihr auch insoweit zuzumuten, als sie sich in der Zeit vor dem 01.06.2012 ersichtlich selbst jeglicher Kenntnismöglichkeit begeben hat, obwohl sie bereits nach dem ArbZG aus Fürsorgegründen verpflichtet war, auf die Einhaltung der dortigen Arbeitszeitgrenzen zu achten. Da sich die Beklagte hätte einlassen können, sich aber auf die detaillierten Ausführungen des Klägers nicht substantiiert eingelassen hat, geltend seine vorgetragenen Behauptungen nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

Diese Erwägungen gelten nicht nur für den Arbeitsantritt und die Fahrten zum Reha-Zentrum in Sie gelten im gleichen Maße für die vom Kläger vorgetragene Rücktransporte entsprechend der diesbezüglichen Vorgaben in den Tourenplänen. Unstreitig hatte die Beklagte die Fahrer angewiesen, mit den bereits abfahrbereiten Patienten solange zu warten, bis der letzte zugewiesene Patient seine Behandlung abgeschlossen hat. Ausgehend von dessen letzten Behandlungstermin ergab eine weitere Stichprobenprüfung für den 02.01.2012, dass der Kläger für die Rückfahrt bis zum Abstellen des Fahrzeugs auf dem Betriebshof der Beklagten ohne Verkehrsbesonderheiten und Hilfestellungen ca. 1 Stunde und 52 Minuten be-

nötigte. Hinzu kamen die an diesem Abend vorgenommenen und detailliert dargestellten Abschlussarbeiten. Zusammen ergab sich schlüssig das behauptete Arbeitsende. Auch hierauf hätte sich die Beklagte entsprechend der obigen Erwägungen schlüssig einlassen können. Sie kann aber nicht pauschal einwenden, dass die Fahrzeuge von den Fahrern zu keiner Zeit hätten gewartet oder gereinigt werden müssen. Mit diesem pauschalen Bestreiten setzt sich die Beklagte in Widerspruch mit ihrer eigenen Arbeitsanweisung vom 19.01.2010, in der sie selbst ausdrücklich eine wöchentliche Wartung und Reinigung anweist. Sie hat weder den Widerspruch aufgelöst, noch zu den vom Kläger zeitlich konkret geschilderten Arbeiten vorgetragen. Dies wäre ihr aber möglich gewesen, da sie entsprechend der Arbeitsanweisung nicht nur die Arbeiten, sondern auch deren Dokumentation angewiesen hatte, was sie künftig auch prüfen wollte. Anhand dieser Dokumente konnte sie sich also zu den durchgeführten oder auch nicht durchgeführten Arbeiten des Klägers einlassen. Nur am Rande seien die entsprechenden Pflichten eines jeden Autofahrers nach §§ 30 ff. StVZO erwähnt. Da sich die Beklagte auch auf diese Arbeitsleistungen des Klägers hätte einlassen können, dies aber nicht getan hat, geltend die Ausführungen des Klägers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Damit hat der Kläger zu jedem einzelnen Tag pro Woche den Beginn seiner Arbeitszeit, die Hinfahrten zum Reha-Zentrum und die entsprechenden Rückfahrten zum Betriebssitz nebst allen Abschlussarbeiten schlüssig vorgetragen. Darüber hinaus hat die Beklagte nie ihre Weisung in Abrede gestellt, dass die Fahrer nicht jeden Patienten einzeln nach Hause fahren dürfen, sondern bis zum Ende der letzten Behandlung warten müssen. Dies führte zu Wartezeiten. Der Beklagten steht es nach § 106 GewO grundsätzlich frei, ihren Arbeitnehmern den Ort und den Inhalt ihrer Arbeitsleistungen anzuweisen. Mit der Weisung, auf den letzten Patienten zu warten, hat die Beklagte den Fahrer aus Sicht des Klägers nach § 106 GewO eine Arbeitsanweisung "zur Untätigkeit" erteilt. Die Beklagte sieht hierin eine zwischenzeitliche Suspendierung von jeglichen Arbeitspflichten. Während die Zuweisung einer zeitlich zusammenhängenden Arbeit dem Normalfall entspricht, ist die gestückelte Zuweisung von Arbeit der Ausnahmefall. Die Beklagte hat eine gleichwohl grundsätzlich denkbare Weisung aber bereits nicht substantiiert dargelegt. Ob eine solche Weisung tatsächlich erteilt wurde, welchen genauen Inhalt sie hatte und ob diese zulässig wäre (vgl. insoweit LAG Hamm 17.05.2013 - 18 Sa 219/13 - Juris, mwN zum Meinungsstreit), kann vorliegend dahin stehen. Denn nach dem weiteren vom Kläger vorgetragenen und nach § 138 Abs. 3 ZPO zugestanden Tatsachen, hat die Beklagte keinen Abruf der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit in vorher festgelegten konkret geteilten Diensten angewiesen, sondern eine jederzeitige Arbeitsbereitschaft auf Abruf.

Auch für die Zeit zwischen der Hin- und Rückfahrten hat der Kläger ebenso detailliert vorgetragen, dass und welche konkreten Arbeitsleistungen er an den einzelnen Tagen von wie viel Uhr bis wie viel Uhr er für die Beklagte erbracht hat. Insoweit hat er etwa auf die weiteren

stets allein von der Beklagten disponierten sonstigen Patiententransporte von und zur Reha-Klinik oder Fahrten von und zu Ärzten verwiesen. Zudem hat er regelmäßig entsprechend der anderen Sparten der Beklagten Sanitätsartikel abgeholt und ausgeliefert. Wenn die Beklagte einwendet, dass stets nur ein Fahrer "Bereitschaftsdienst" für solche Fahrten gehabt habe, hätte sie sich auf den gegenteiligen schlüssigen Sachvortrag des Klägers im Detail einlassen können und müssen. Sie hat aber weder den "diensthabenden Fahrer" der betreffenden Tage benannt, noch sonst anhand ihrer Dispositions- und Buchhaltungsunterlagen auf den detaillierten Sachvortrag des Klägers erwidert. Daher gelten auch insoweit seine Tatsachenbehauptungen zu den in der Zwischenzeit zahlreich erbrachten Arbeitsleistungen nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Hat der Kläger nach seinem täglichen Arbeitsantritt aber regelmäßig - geplant oder auf telefonischen Abruf - weitere Patienten- oder Warentransportaufträge erhalten und hat er diese auch tatsächlich durchgeführt, gab es faktisch keine Weisung mehr zu vorher festgelegte "geteilte Vormittag- und Nachmittagsdienste". Stand der Kläger der Beklagten daher auch in der Zwischenzeit jederzeit zur Verfügung und hat die Beklagte die Arbeitsbereitschaft entsprechend der nach § 138 Abs. 3 ZPO dargelegten täglichen Zusatzfahrten auch tatsächlich abgerufen, ist von einer Normalverteilung der Arbeitszeit "an einem Stück" auszugehen. Gegen die Annahme "geteilter Dienste" spricht auch die Behauptung der Beklagten, dass die Touren der Fahrer stets "auf acht Stunden disponiert" worden seien. Bei durchschnittlich 2 bis 2,5 Stunden am Morgen und am Nachmittag geht diese eigene Rechnung nicht auf und erklärt sich nur unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich zu völlig unterschiedlichen Zeiten abgerufenen Zusatzfahrten.

Scheidet die Annahme "geteilter Dienste" aus, bleibt unklar, welche Weisungen die Beklagte nach § 106 GewO erteilt haben will. Sie hat nicht dargelegt, was sie wann wem gegenüber angewiesen haben will. Im Normalfall ist von der Weisung zusammenhängender Arbeitsleistung auszugehen. Dementsprechend stand der Kläger für die Entgegennahme von Arbeitsaufträgen stets für acht Stunden täglich zur rechten Zeit am rechten Ort zur Verfügung (§§ 293, 294 BGB). Vertragsrechtlich befand sie sich damit während der angewiesenen Wartezeiten im Verzug mit der Annahme der Arbeitsleistungen des Klägers. Die Beklagte scheint ihre Untätigkeits-Weisung demgegenüber so zu verstehen, dass die Fahrer zwar jederzeit für etwaige Arbeitsleistungen zur Verfügung stehen sollten, jegliche Wartezeiten aber automatisch die Anweisung von "Freizeit" beinhaltete. Eine solche Weisung wäre jedoch in Abwägung der beiderseitigen Interessen nach § 106 GewO unbillig. Die Wartezeiten dauerten nach dem zugestandenen Sachvortrag des Klägers höchst unterschiedlich lang. Es gab Untätigkeitszeiten von ein bis zwei Stunden, teilweise nur von wenigen Minuten. Die Zeiten waren für die Fahrer nicht vorhersehbar und ihre vermeintliche Freizeit damit nicht planbar. Die Wartezeiten lagen an jedem Tag zu anderen Zeiten. Sie konnten und wurden regelmäßig durch weitere Zuweisung von Arbeit unterbrochen. Der Kläger befand sich nach dem Abliefern der Patienten am Reha-Zentrum am äußersten Rand des Stadtgebietes. Er durfte das Fahr-

zeug der Beklagten nicht nutzen, um vom Gewerbegebiet am Stadtrand zu einem freizeitauglichen Ort zu gelangen. Folgerichtig verbrachte der Kläger die Zwischenzeit meist mit seinen Kollegen am angenehmsten Ort der Gegend, dem Imbissstand einer Tankstelle, um von dort aus kurzfristig erneut auf das Fahrzeug zugreifen zu können. Die Beklagte kann nicht einwenden, dass sie die Fahrer doch nicht für diese Freizeit bezahlen müsse. Soweit der Kläger tatsächlich mal eine private Angelegenheit unternommen hat, hat er diese anhand der konkreten Uhrzeiten geschildert und aus dieser Berechnung der Überstunden herausgenommen. Soweit er aber nur auf dienstliche Aufträge gewartet hat, ist diese im betrieblichen Interesse erbrachte Zeit selbstverständlich zu vergüten. Dies folgt bereits aus den allgemeinen Grundsätzen zur Verteilung des Unternehmerrisikos. Die Beklagte hat sich entschlossen den zeitlich zweigeteilten Dienstleistungsvertrag mit dem Reha-Zentrum abzuschließen. Sie kannte die Vertragskonditionen und die Folgen für den Arbeitseinsatz ihrer Fahrer. Sie hätte mit ihnen im Voraus feststehende geteilte Dienste vereinbaren können, dann aber auf deren Arbeit in der Zwischenzeit verzichten müssen. Trifft sie keine Regelung oder ergeben die Arbeitsleistungen in der Zwischenzeit einen wirtschaftlichen Wert, ist dies ihre Entscheidung. Konsequenz dieser freien Unternehmerentscheidung ist aber, dass sie für die Restzeiten, in denen sie die Arbeitsbereitschaft der Fahrer doch nicht wirtschaftlich verwerten kann, das Unternehmerrisiko hierfür trägt. Sie gerät in Annahmeverzug, für den sie den gesetzlich vorgesehenen Annahmeverzugslohn zahlen muss. Das Risiko ihrer Entscheidungen kann sie nicht auf ihre Fahrer abwälzen.

Daher stand der Kläger der Beklagten nach der Arbeitsaufnahme täglich für acht Stunden Arbeit zur Verfügung. Der zeitlich zweigeteilte Dienstleistungsvertrag mit dem Reha-Zentrum hat jedoch zwangsläufig Überstunden der Fahrer zur Folge. Ohne die Überstunden können sie den Dienstvertrag der Beklagten nicht weisungsgemäß erfüllen. Legt man z.B. für den 02.01.2012 den zugewiesenen und nach § 138 Abs. 3 ZPO zugestandenen Tourenplan des Klägers zugrunde, begann seine Arbeitszeit notwendigerweise um 5:45 Uhr. Bei einer achtstündigen Arbeitszeit und einer unstrittigen Pause von 45 Minuten dauerte die Normalarbeitszeit bis 14:30 Uhr. Zu dieser Zeit bestand aber anhand des Tourenplans die Weisung, die ihm zugeteilten Patienten zurück zu transportieren. Die Beklagte hat mit der eigenen bzw. der von ihr veranlassten Disposition der Tourenpläne immanent eine Arbeitsleistung angewiesen, die nur durch das Erbringen von Überstunden abgearbeitet werden konnte.

Eine nochmalige Schriftsatznachlassfrist für die Beklagte ist nicht veranlasst. Die vorstehende rechtliche Bewertung der „einsatzfreien Zeiten“ war bereits Gegenstand der ausführlichen Erörterungen der Kammer in der ersten Berufungsverhandlung. Nicht umsonst hat der Kläger gerade hierzu ausgiebig Tatsachen und Rechtsmeinungen vorgetragen, was die Beklagte jedoch nicht zu vergleichbar detaillierten Erwiderungen veranlasst hat. Damit wurde ihr hinreichend rechtliches Gehör gewährt.

C. Die Beklagte hat nach §§ 92, 516 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Bei der Kostenverteilung fielen insbesondere der vergleichsweise hohe Streitwert der tenorierten Forderungen und der zurückgenommenen Berufung der Beklagten und der geringe Streitwert des zurückgenommenen Klageantrags des Klägers ins Gewicht. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Nichtzulassung der Revision kann die Beklagte Beschwerde bei dem

**Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt**

einlegen. Die Beschwerde muss innerhalb **einer Notfrist von einem Monat** nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich, per Fax oder durch Einreichen eines elektronischen Dokuments nach § 46b ArbGG bei dem Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Sie ist gleichzeitig oder **innerhalb einer Frist von zwei Monaten** nach Zustellung dieses Urteils schriftlich, per Fax oder durch Einreichen eines elektronischen Dokuments nach § 46b ArbGG zu begründen.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen von einem Prozessbevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Prozessbevollmächtigte kommen in Betracht:

1. ein/e bei einem deutschen Gericht zugelassene/r Rechtsanwalt/Rechtsanwältin oder
2. eine der nachfolgend genannten Organisationen, wenn sie durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt handelt:
 - Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
 - juristische Personen, deren Anteile sämtlich im Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn sie 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.

Die Beschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass

1. eine Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat und diese entscheidungserheblich ist oder
2. dieses Urteil von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung einer anderen Kammer dieses Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht oder
3. ein absoluter Revisionsgrund gemäß § 547 Nr. 1 bis 5 ZPO oder eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliegt und diese Verletzung entscheidungserheblich ist.

gez. Engel

gez. Feist

gez. Kurth

Hinweis der Geschäftsstelle

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze in **siebenfacher Ausfertigung** bei ihm einzureichen.