

Mehrarbeit – Durchsetzung des Freizeitanspruchs

1. § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 des Manteltarifvertrages für das Maschinenbauer-, Schlosser-, Schmiede-, Werkzeugmacher-, Dreher-, Metallformer- und Metallgießerhandwerk im Lande Nordrhein-Westfalen vom 29. März 1989 (MTV) räumt beiden Arbeitsvertragsparteien eine Ersetzungsbefugnis ein. Nach dieser Vorschrift kann der Arbeitnehmer anstelle der an sich geschuldeten Mehrarbeitsvergütung Freizeitausgleich verlangen und der Arbeitgeber an Erfüllungs Statt Freizeitausgleich gewähren.

2. Die Ersetzungsbefugnis nach § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV umfasst nicht die ersten 16 Mehrarbeitsstunden. Insoweit bedarf es auch dann einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wenn innerhalb von 30 Kalendertagen mehr als 16 Mehrarbeitsstunden angefallen sind.

3. Der Vertragspartner, der von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht, muss dies unmissverständlich erklären. Die Erklärung muss zwar nicht ausdrücklich abgegeben werden, sich aber aus den für den Erklärungsempfänger erkennbaren Umständen zweifelsfrei ergeben. Allein die Mitteilung des Arbeitgebers, keine Einsatzmöglichkeiten für den Arbeitnehmer zu haben, genügt nicht.

4. Der Arbeitgeber legt den Zeitpunkt des Freizeitausgleichs fest. Diese einseitige Leistungsbestimmung hat nach billigem Ermessen zu erfolgen (§ 315 BGB). Daraus ergibt sich u. a., dass der Arbeitgeber eine angemessene Ankündigungsfrist wahren muss. Die Arbeitsfreistellung muss dem Arbeitnehmer so rechtzeitig mitgeteilt werden, dass er sich noch ausreichend auf die zusätzliche Freizeit einstellen kann. Dieses Erfordernis ist nicht erfüllt, wenn der Arbeitnehmer erst zwischen 15.00 und 17.00 Uhr davon in Kenntnis gesetzt wird, ob er am folgenden Tag zur Arbeitsleistung verpflichtet ist oder Freizeitausgleich erhält.

BAG vom 17.01.1995 - 3 AZR 399/94

Sachverhalt

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger nach § 3 Nr. 2 des Manteltarifvertrags für das Maschinenbauer-, Schlosser-, Schmiede-, Werkzeugmacher-, Dreher-, Metallformer- und Metallgießerhandwerk im Land Nordrhein-Westfalen (MTV) vom 29. 3. 1989 noch Mehrarbeitsvergütung für die Monate Februar und März 1993 zusteht oder diese Mehrarbeit durch bezahlte Freizeit ausgeglichen wurde.

Der Kläger ist seit 18. 6. 1985 als Montagearbeiter bei der Beklagten beschäftigt, die u. a. Arbeitnehmerüberlassung betreibt. In diesem Bereich ist der Kläger tätig. Sein Stundenlohn betrug zuletzt 20,67 DM brutto.

In Nr. 10 des Arbeitsvertrags vom 12. 6. 1985 vereinbarten die Parteien:

"Die Leistungen bei Urlaub und Krankheit richten sich nach den tariflichen bzw. gesetzlichen Bestimmungen. Bei Nichtbeschäftigung, die der Arbeitnehmer nicht zu vertreten hat, wird der Lohn fortgezahlt. Die Vergütung erfolgt für die ausgefallene Normalstunde mit dem unter Pkt. 4 ausgewiesenen Lohnsatz."

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ist unstreitig der MTV vom 29. 3. 1989 anzuwenden. Nach § 2 Nr. 1a MTV beträgt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit seit dem 1. 1. 1991 37 Stunden. Sie kann jedoch durch Betriebsvereinbarung auf 38,5 Stunden festgelegt werden, wobei dann ein Zeitausgleich auf 37 Stunden pro Woche vorzunehmen ist. Von dieser Möglichkeit ist im Betrieb der Beklagten Gebrauch gemacht worden. § 3 MTV enthält u. a. folgende Vorschriften zur Mehrarbeit:

"1. Mehrarbeit ist die Arbeitszeit, die über die jeweils festgelegte tägliche Arbeitszeit hinausgeht. Hierunter fallen nicht die Arbeitsstunden, die zum Ausgleich ausfallender Arbeitsstunden vor- oder nachgearbeitet werden. Arbeit an einem sonst betrieblich arbeitsfreien Werktag ist Mehrarbeit. ...

2. Mehrarbeit setzt grundsätzlich die Erfüllung der nach § 2 festgelegten Arbeitszeit voraus. Die durch gesetzlichen oder betrieblichen Feiertage, durch nachgewiesene Krankheit oder Urlaub, auch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten unbezahlten Sonderurlaub und im voraus entschuldigte ehrenamtliche Tätigkeit ausfallende Arbeitszeit

wird wie vereinbarte Arbeitszeit gewertet. Mehrarbeit bis 16 Stunden in einem einmonatigen Zeitraum (30 Kalendertage) kann im einzelnen Fall auch durch bezahlte Freizeit ausgeglichen werden. Der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer kann bei mehr als 16 Mehrarbeitsstunden in einem einmonatigen Zeitraum für die über 16 Mehrarbeitsstunden hinausgehende Mehrarbeit die Abgeltung durch bezahlte Freistellung von der Arbeit in den nachfolgenden drei Monaten verlangen. Soweit dringende betriebliche Belange, insbesondere die zu erwartende Auftrags- und Beschäftigungssituation, dem entgegenstehen, kann der Ausgleichszeitraum durch Betriebsvereinbarung auf die nachfolgenden 6 Monate ausgedehnt werden. Besteht kein Betriebsrat/Betriebsobmann, so regelt der Betriebsinhaber den Ausgleichszeitraum allein.

3. Mehrarbeit, die nicht durch bezahlte Freistellung abgegolten wird, ist zu vergüten. Mehrarbeitszuschläge sind grundsätzlich in Geld zu vergüten. ..."

§ 4 MTV regelt die Höhe der Zuschläge für Mehr-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit.

§ 5 MTV, der sich mit "Arbeitsausfall, Arbeitsverhinderung und Arbeitsunfähigkeit" befasst, bestimmt u. a.:

"1. Arbeitsausfall

a) Muss die Arbeit aus Gründen ruhen, die der Arbeitgeber zu vertreten hat, so sind dem Arbeitnehmer die ausgefallenen Stunden mit dem vereinbarten Stundenlohn auf der Basis von 38,5, ab dem 1. 1. 1990 auf der Basis 37,5, ab dem 1. 1. 1991 auf der Basis 37 Stunden pro Woche, bzw. das vereinbarte Gehalt weiterzuzahlen. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, während dieser Zeit andere zumutbare Arbeiten auszuführen. ..."

Der Kläger leistete im Februar 1993 insgesamt 42 Stunden und im März 1993 insgesamt 43,4 Stunden Mehrarbeit i. S. des § 3 MTV. Andererseits konnte die Beklagte den Kläger in diesen Monaten an jeweils acht Arbeitstagen nicht einsetzen. Während dieser sog. Wartezeit von jeweils 61,6 Stunden (= 8 x 7,7 Stunden) musste sich der Kläger von 15.00 Uhr bis 17.00 Uhr zu Hause aufhalten, um telefonische Mitteilungen über einen etwaigen Arbeitseinsatz am folgenden Tag entgegennehmen zu können. Diese zwei Stunden vergütete die Beklagte als sog. Ausfallzeit. Im übrigen stellte die Beklagte den Kläger während der sog. Wartezeit unter Fortzahlung der Grundvergütung von der Arbeit frei. Insoweit betrachtete sie die Mehrarbeit des Klägers als abgegolten und zahlte ihm zusätzlich lediglich die Mehrarbeitszuschläge.

Der Kläger hat auch die Zahlung des Stundenlohnes von 20,67 DM brutto für die in den Monaten Februar und März 1993 angefallenen 85,4 Mehrarbeitsstunden verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, die Grundvergütung für diese Mehrarbeit mit den sog. Wartezeiten zu verrechnen. Abgesehen davon, dass § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG, § 5 Nr. 1a MTV und Nr. 10 des Arbeitsvertrages dies nicht zuließen, hätten die Mehrarbeitsstunden nur im Einvernehmen mit dem Kläger bzw. mit der Arbeitnehmervertretung durch bezahlte Freizeit ausgeglichen werden können. Selbst wenn ein einseitiges Vorgehen der Beklagten zulässig gewesen wäre, habe sie jedenfalls nicht deutlich genug die Abgeltung der Mehrarbeit durch bezahlte Freizeit verlangt. Im übrigen könne von einem bezahlten Freizeitausgleich nicht die Rede sein, weil der Kläger nicht frei über die Tage habe verfügen können, sondern sich zwischen 15.00 Uhr und 17.00 Uhr zu Hause habe aufhalten müssen. Jedenfalls habe die Beklagte bei der Festlegung des Freizeitausgleichs die Interessen des Klägers nicht genügend berücksichtigt.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1765,21 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich ergebenden Nettobetrag seit dem 24. 5. 1993 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, Nr. 10 des Arbeitsvertrages, § 5 Nr. 1a MTV und § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG stünden einer Abgeltung der Mehrarbeit durch bezahlte Freizeit nicht entgegen. Nach § 3 Nr. 2 MTV sei sie berechtigt gewesen, den Kläger auch ohne dessen Einverständnis unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeit freizustellen und seinen Anspruch auf Zahlung der Grundvergütung für die geleistete Mehrarbeit durch Freizeitausgleich zu erfüllen. Dabei spiele es keine Rolle, dass sie den Kläger an den Tagen seiner Freistellung ohnehin nicht habe beschäftigen können. Unerheblich sei es auch, dass der Kläger verpflichtet gewesen sei, jeweils von 15.00 Uhr bis 17.00 Uhr zu Hause telefonisch erreichbar zu sein. Dies ändere an der Arbeitsfreistellung bis 15.00 Uhr nichts. Die Zeit von 15.00 Uhr bis 17.00 Uhr sei auch zusätzlich als sog.

Ausfallzeit vergütet worden. Wenn die Verrechnung von Mehrarbeit und sog. Wartezeiten nicht möglich sei, würde die Flexibilität des Unternehmens erheblich gefährdet. Auch in der Vergangenheit sei regelmäßig zum Ende einer Baustelle oder bei Putzschichten Mehrarbeit angefallen, die dann mit sog. Wartezeiten und Brückentagen verrechnet worden sei. Das ArbG hat die noch anhängige Klage abgewiesen. Das LAG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Revision des Klägers hat Erfolg.

Auszug aus den Gründen:

Nach § 3 Nr. 2 und 3 MTV steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung der Grundvergütung für die in den Monaten Februar und März 1993 geleisteten Mehrarbeitsstunden zu. Dieser Anspruch ist nicht nach § 3 Nr. 2 Abs. 2 MTV durch bezahlte Freistellung abgegolten.

I. Zu Recht hat das LAG angenommen, dass § 3 Nr. 2 MTV, der unter bestimmten Voraussetzungen die Abgeltung der Mehrarbeit durch bezahlte Arbeitsfreistellung vorsieht, anwendbar ist und weder Nr. 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages noch § 5 Nr. 1a MTV einem Freizeitausgleich entgegenstanden.

In Nr. 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages haben die Parteien vereinbart, dass bei einer Nichtbeschäftigung, die der Arbeitnehmer nicht zu vertreten hat, der Lohn fortgezahlt wird. Nach § 5 Nr. 1a MTV sind dem Arbeitnehmer die ausgefallenen Stunden mit dem vereinbarten Stundenlohn auf der Basis von 37 Stunden pro Woche weiterzuzahlen, falls die Arbeit aus Gründen ruhen muss, die der Arbeitgeber zu vertreten hat. Die Frage, ob der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber eine Nichtbeschäftigung oder das Ruhen der Arbeit "zu vertreten" haben, stellt sich aber nur, wenn der Arbeitnehmer ohne das Leistungshindernis zur Arbeit und der Arbeitgeber zur Beschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet wäre. Diese Voraussetzung ist insoweit nicht erfüllt, als der Arbeitgeber berechtigt ist, die geleisteten Überstunden durch bezahlte Freizeit auszugleichen. Durch die Freistellung von der Arbeit erlischt die entspr. Dienstleistungspflicht des Arbeitnehmers. Der zulässige Freizeitausgleich stellt eine Arbeitszeitverlegung im Rahmen der zulässigen Arbeitszeit dar. Die Überstunden sind als vorweggenommene Arbeitsleistung anzusehen. Diese Verschiebung der Arbeitszeit ist von der Nichtbeschäftigung (Nr. 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages) und vom Ruhen der Arbeit (§ 5 Nr. 1a MTV) zu unterscheiden.

II. Dem LAG kann jedoch insoweit nicht gefolgt werden, als es angenommen hat, die Beklagte habe nach § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV die in den Monaten Februar und März 1993 angefallene Mehrarbeit des Klägers durch bezahlte Freizeit ausgeglichen.

1. Der Freizeitausgleich für die ersten 16 in einem Zeitraum von 30 Kalendertagen angefallenen Mehrarbeitsstunden bedurfte einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Eine derartige Vereinbarung fehlt.

a) Die gegenteilige Ansicht des LAG, die Regelung des § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV gelte auch für die ersten 16 Mehrarbeitsstunden, lässt sich nicht auf das Ur. des Vierten Senats vom 24. 1. 1990 stützen. In dieser Entscheidung hat der Vierte Senat § 4 Nr. 1 des TV vom 3. 7. 1984 zur Änderung des Manteltarifvertrags für die Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden in der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie Nordrhein-Westfalens vom 30. 4. 1984 (Änd-TV) ausgelegt und ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, dass der Arbeitnehmer bei mehr als 16 Mehrarbeitsstunden im Monat die Abgeltung sämtlicher Mehrarbeitsstunden durch Freistellung von der Arbeit verlangen kann. § 4 Nr. 1 Abs. 5 Änd-TV lautete:

"Mehrarbeit bis 16 Stunden im Monat kann im einzelnen Fall auch durch bezahlte Freistellung von der Arbeit ausgeglichen werden. Bei mehr als 16 Mehrarbeitsstunden im Monat kann der Arbeitnehmer die Abgeltung durch bezahlte Freistellung von der Arbeit verlangen, soweit dem nicht dringende betriebliche Belange entgegenstehen. Der Freizeitausgleich hat in den folgenden drei Monaten zu erfolgen."

Dieser Tarifvorschrift ließ sich nicht entnehmen, dass der Anspruch auf Freizeitausgleich nur die Mehrarbeit ab der 17. Mehrarbeitsstunde im Monat erfassen sollte. Eine entspr. Einschränkung fehlte damals. Demgegenüber hat der im vorliegenden Fall anzuwendende § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV vom 29. 3. 1989 ausdrücklich nur "für die über 16

Mehrarbeitsstunden hinausgehende Mehrarbeit" einen Anspruch auf Freizeitausgleich geschaffen und damit für die im Urte. vom 24. 1. 1990 geforderte Klarstellung gesorgt.

b) Aus § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV ergibt sich, dass für die ersten 16 Mehrarbeitsstunden weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer einen Freizeitausgleich einseitig durchsetzen können. § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 MTV ermöglicht zwar den Arbeitsvertragsparteien einen Freizeitausgleich, räumt aber insoweit keiner von ihnen einen Anspruch ein. Vielmehr bedarf es einer Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien im Einzelfall. Nach den tatsächlichen Feststellungen des LAG ist eine derartige Vereinbarung nicht geschlossen worden.

2. Die Beklagte hat dem Kläger auch die Grundvergütung für die übrigen in den Monaten Februar und März 1993 erbrachten Mehrarbeitsstunden zu zahlen, obwohl ab der 17. Mehrarbeitsstunde sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber einen Freizeitausgleich verlangen können.

a) § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV räumt beiden Arbeitsvertragsparteien eine Ersetzungsbefugnis ein. Eine Ersetzungsbefugnis liegt vor, wenn zunächst eine bestimmte Leistung geschuldet wird, der Gläubiger aber an ihrer Stelle eine andere Leistung fordern oder der Schuldner an Erfüllung Statt eine andere Leistung erbringen kann. Derartige Rechte räumt § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV den Arbeitsvertragsparteien ein. Nach § 3 Nr. 2 und 3 MTV ist die Mehrarbeit in Geld zu vergüten. Unter den Voraussetzungen des § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV kann aber der Arbeitgeber als Schuldner ebenso wie der Arbeitnehmer als Gläubiger einen Ausgleich der Mehrarbeit durch bezahlte Freizeit verlangen. Dadurch verändern sich die rechtliche Bedeutung der Mehrarbeit und der Inhalt der Gegenleistung des Arbeitgebers. Die Mehrarbeit wird zu einer vorverlegten Arbeitsleistung, die durch bezahlte Freizeit entlohnt wird.

b) Diese Veränderung des Leistungsinhalts macht § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV ausdrücklich davon abhängig, dass entweder der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer den Freizeitausgleich "verlangt". Das "Verlangen", mit dem die Vertragsparteien ihre Ersetzungsbefugnis ausüben, ist eine einseitige, empfangsbedürftige, rechtsgestaltende Willenserklärung.

aa) Der Vertragspartner, der von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht, muss klar und unmissverständlich erklären, dass die geschuldete Leistung durch eine andere ersetzt werden soll. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer seine Ersetzungsbefugnis ausübt. Beide Vertragspartner müssen Klarheit über den Inhalt der für die Mehrarbeit zu entrichtenden Gegenleistung haben. Der Arbeitgeber muss sich darauf einstellen können, dass dem Arbeitnehmer in nächster Zeit Freizeitausgleich zu gewähren und er insoweit nicht einsetzbar ist. Der Arbeitnehmer muss wissen, dass er, abgesehen von den Mehrarbeitszuschlägen, keine zusätzliche Lohnzahlung, sondern stattdessen bezahlte Freizeit erhält.

bb) Die erforderliche Erklärung bedarf keiner bestimmten Form. Sie muss auch nicht ausdrücklich abgegeben werden. Bei der Auslegung können zwar die Begleitumstände berücksichtigt werden. Aus den für den Erklärungsempfänger erkennbaren Umständen muss sich aber zweifelsfrei die Ausübung der Ersetzungsbefugnis ergeben. Insbesondere genügt es nicht, dass der Arbeitgeber lediglich darauf hinweist, für den Arbeitnehmer keine Einsatzmöglichkeiten zu haben. Dies kann als bloße Erläuterung für einen Verzicht auf die Annahme der Arbeitsleistung anzusehen sein. Bei der Auslegung kann es allerdings eine Rolle spielen, wie sich die Parteien früher in gleichgelagerten Fällen verhalten haben. Nähere tatsächliche Feststellungen der Vorinstanzen hierzu fehlen. Dennoch bedarf es keiner Zurückverweisung. Ob die Beklagte dem Kläger gegenüber deutlich genug zum Ausdruck gebracht hatte, dass sie Freizeitausgleich "verlange", kann offen bleiben; denn der Freizeitausgleich ist nicht wirksam durchgeführt worden.

c) Allerdings ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Arbeitsvertragsparteien nur für einen Teil der Mehrarbeitsstunden von ihrer Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen. § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV zwingt die Arbeitsvertragsparteien nicht dazu, die gesamte über 16 Stunden hinausgehende Mehrarbeit entweder in Geld zu entlohnen oder in Freizeit auszugleichen. Aus dem Wortlaut des MTV ergibt sich keine derartige Einschränkung. Auch zum Schutz des Erklärungsempfängers bedarf es keiner engen Auslegung des § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV.

d) Die Beklagte hat den Freizeitausgleich nicht wirksam durchgeführt.

aa) Der Freizeitausgleich erfolgt in zwei Schritten. Der erste Schritt besteht darin, dass der Freizeitausgleich "verlangt" und dadurch der Inhalt der geschuldeten Leistung verändert wird. Wünscht der Erklärungsempfänger, dass der Freizeitausgleich nicht nur teilweise, sondern umfassend erfolgt, so kann er die auch ihm zustehende Ersetzungsbefugnis ausüben. Macht eine der Arbeitsvertragsparteien von ihrer Ersetzungsbefugnis Gebrauch, so entsteht für den Arbeitgeber das Recht und die Pflicht zu bestimmen, wann der Arbeitnehmer zum Ausgleich für die früher geleisteten Mehrarbeitsstunden von der Arbeit freigestellt werden soll (zweiter Schritt). Soweit der TV die Durchführung des Freizeitausgleichs nicht näher regelt, trifft der Arbeitgeber eine einseitige Leistungsbestimmung, die nicht nach freiem Belieben, sondern nach billigem Ermessen zu erfolgen hat (§ 315 BGB).

bb) Die einseitige Leistungsbestimmung der Beklagten entsprach nicht billigem Ermessen. Sie war nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich

Nach billigem Ermessen ist die Leistungsbestimmung nur dann erfolgt, wenn die Interessen beider Parteien ausreichend berücksichtigt worden sind. Der zur Leistungsbestimmung Berechtigte darf nicht einseitig auf seine Bedürfnisse abstellen; er darf die Belange seines Vertragspartners nicht außer acht lassen. Vor allem sind der Zweck der zu gewährenden Leistung und die Folgen, die für die Vertragsparteien durch die in Betracht kommenden Leistungsbestimmungen voraussichtlich eintreten, angemessen zu berücksichtigen.

Der Freizeitausgleich muss nicht ohne weiteres für volle Tage gewährt werden. Er dient nicht Erholungszwecken, sondern wird zum Ausgleich dafür gewährt, dass der Arbeitnehmer an anderen Tagen bereits Arbeitsleistungen erbracht und bezahlt erhalten hat. Da der Freizeitausgleich kein Erholungsurlaub ist, kann er weitergehend aufgeteilt werden. Dies ändert aber nichts daran, dass der Arbeitgeber bei der erforderlichen Interessenabwägung zu prüfen hat, welche Vorteile die Arbeitnehmer bei einer Freistellung für volle Arbeitstage haben, welche Nachteile ihnen bei einer stundenweisen Freistellung entstehen und inwieweit betriebliche Interessen durch die verschiedenen Möglichkeiten des Freizeitausgleichs berührt sind.

Entgegen der Ansicht des Klägers begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, wenn der Arbeitgeber den Freizeitausgleich für Zeiten gewährt, in denen er die Arbeitnehmer ohnehin nicht hätte beschäftigen können. Dies widerspricht nicht dem Sinn und Zweck des § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV. Dadurch, dass § 3 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 MTV auch dem Arbeitgeber das Recht einräumt, Freizeitausgleich zu verlangen, haben die TVParteien dem Arbeitgeber bewusst die Möglichkeit eröffnet, einem schwankenden Arbeitsanfall Rechnung zu tragen. Die Flexibilisierungsinteressen des Arbeitgebers dürfen aber nach § 315 BGB nicht einseitig zu Lasten der Arbeitnehmer durchgesetzt werden.

Aus § 315 BGB ergibt sich insbesondere, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer rechtzeitig mitteilen muss, wann er den Freizeitausgleich erhält. Dem Arbeitnehmer muss es ermöglicht werden, sich ausreichend darauf einzustellen und die zusätzliche Freizeit sinnvoll nutzen zu können.

(1) Das Erfordernis einer rechtzeitigen Ankündigung findet sich auch in Art. 1 § 4 BeschFG 1985. Diese gesetzliche Vorschrift regelt Besonderheiten der variablen Arbeitszeit, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart haben, dass die Arbeitsleistung entspr. dem Arbeitsanfall zu erbringen ist. Nach Art. 1 § 4 Abs. 2 BeschFG 1985 ist der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung nur verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im voraus mitteilt. Die in Art. 1 § 4 BeschFG 1985 geregelte Vertragsgestaltung belastet zwar den Arbeitnehmer stärker als der in § 3 Nr. 2 Abs. 2 MTV vorgesehene Freizeitausgleich für Mehrarbeitsstunden. Dies rechtfertigt aber nur eine kürzere Ankündigungsfrist und nicht ihren völligen oder nahezu völligen Wegfall.

(2) Keinesfalls ist es zulässig, den Arbeitnehmer erst zwischen 15.00 und 17.00 Uhr davon in Kenntnis zu setzen, ob er am folgenden Tag zur Arbeitsleistung verpflichtet ist oder Freizeitausgleich erhält. Dem Arbeitnehmer bleibt dann nicht mehr genügend Zeit, seine persönliche Terminplanung darauf einzurichten und die ihm eingeräumte Freizeit entspr. seinen Vorstellungen und Interessen sinnvoll nutzen zu können. Die verspätete Ankündigung der Beklagten entwertete weitgehend den eingeräumten Freizeitausgleich.

e) Da der von der Beklagten festgelegte Freizeitausgleich nicht billigem Ermessen entsprach, ist ihre Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich. Damit hat die Beklagte nicht innerhalb der in § 3 Nr. 2 Abs. 2 MTV vorgeschriebenen Frist von drei bzw. sechs Monaten Freizeitausgleich gewährt. Verlangt der Arbeitgeber Freizeitausgleich, so muss er ihn innerhalb der tarifvertraglich festgelegten Frist durchführen. Wenn er dies pflichtwidrig unterlässt, verbleibt es bei der grundsätzlichen Regelung des § 3 Nr. 3 Abs. 1 MTV, wonach Mehrarbeit, die nicht durch bezahlte Freizeit abgegolten wird, zu vergüten ist. Damit steht die Veränderung der geschuldeten Leistung, die der Arbeitgeber mit der Ausübung seiner Ersetzungsbefugnis herbeiführen möchte, unter einer auflösenden Bedingung, die im vorliegenden Fall eingetreten ist.

III. Bei einer Vorverlegung der Arbeitszeit durch Freizeitausgleich liegt kein Fall des § 615 BGB vor, so dass die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 1 § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG nicht erfüllt sind. Unter welchen Voraussetzungen eine Umgehung des Art. 1 § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG in Betracht kommt, kann offen bleiben, weil ein fristgerechter Freizeitausgleich fehlt und die Klageforderung deshalb ohnehin begründet ist.