
Datum: 05.06.2013
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 3. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 Sa 131/13
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2013:0605.3SA131.13.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 4 Ca 3766/12
Parallelentscheidung(en): vollständig (4 Sa 1120/12)
Schlagworte: Vergütung von Pausen
Normen: §§ 615 BGB, 4 ArbZG, 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:
Parallelverfahren zu LAG Köln, 26.04.2013 - 4 Sa 1120/12 -

Tenor:

- 1 Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 29.11.2012 – 4 Ca 3766/12 – teilweise abgeändert und klarstellend insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, dem Antrag des Klägers vom 18.04.2012 zuzustimmen, die monatliche Arbeitszeit von „regelmäßig 120 Stunden“ auf „mindestens 160 Stunden“ mit Wirkung ab 01.05.2012 zu erhöhen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 6,18 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2012 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 948,87 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem

Basiszinssatz seit dem 01.10.2012 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 154,13 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2012 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 29,97 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

- 2 Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
- 3 Die Kosten der ersten Instanz tragen der Kläger zu 7% und die Beklagte zu 93%; die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 3% und die Beklagte zu 97%.
- 4 Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten in der zweiten Instanz noch um Vergütung für sogenannte „Breakstunden“ und um Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge für solche Breakstunden für die Zeit von Januar bis September 2012. Der Kläger begehrt die Bezahlung der angeordneten Arbeitsunterbrechungen aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges. Die Parteien streiten darüber, ob die Arbeitsunterbrechungen Pausen im Sinne des § 4 Arbeitszeitgesetz sind, ob sie vom Arbeitgeber gesetzeskonform, insbesondere gemäß § 4 Arbeitszeitgesetz „vorab“ angeordnet wurden, ob sie billigem Ermessen entsprechen (§ 106 GewO), und ob sie kollektivrechtlich wirksam (insbesondere einer Betriebsvereinbarung entsprechend und unter Wahrung des Mitbestimmungsrechtes nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) angeordnet wurden.

2

Der Kläger ist seit 2008 als Flugsicherheitskraft für die Beklagte zunächst in Hamburg und seit Mai 2010 auf dem Flughafen K tätig. Die Beklagte ist dort rund um die Uhr in drei Schichten tätig. Sie führt im Auftrag der Bundespolizei Sicherheitskontrollen durch. Die Zahl der zu den jeweiligen Tageszeiten eingesetzten Arbeitnehmer ist von den oft auch kurzfristig erfolgenden Anforderungen der Bundespolizei abhängig.

3

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die allgemeinverbindlichen Tarifverträge für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in N Anwendung. Ebenso gilt der Manteltarifvertrag für Sicherheitskräfte an Verkehrsflughäfen, der bundesweit abgeschlossen ist und ebenfalls allgemein verbindlich ist. Der seit dem 01.01.2006 gültige Manteltarifvertrag enthält in § 9 Ausschlussfristen. Danach erlöschen sämtliche gegenseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis beiderseits 3 Monate nach Fälligkeit, sofern sie nicht vorher unter Angabe der Gründe schriftlich geltend gemacht worden sind. Lehnt die Gegenpartei den Anspruch ab, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von 3 Monaten nach der Ablehnung

4

gerichtlich geltend gemacht wird. Ausnahmen bestehen für Schadensersatzansprüche, die auf vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handlungen beruhen. In § 3 des Manteltarifvertrages sind Lohnzuschläge geregelt, unter anderem ein 50%-iger für Sonntagsarbeit zwischen 0:00 Uhr und 24:00 Uhr und ein 100%-iger für Arbeitsstunden, die an gesetzlichen Feiertagen geleistet werden (mit einigen Ausnahmen). Für die Zeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr wird grundsätzlich ein 5%-prozentiger Zuschlag vom Stundengrundlohn für bestimmte Lohngruppen als Nachzuschlag gezahlt.

Für den Zeitraum, aus dem im vorliegenden Fall die Forderungen resultieren, galt die auf einen Spruch einer Einigungsstelle zurückgehende „Betriebsvereinbarung Dienst- und Pausenregelung vom 31.01.2011“. 5

In den Absätzen 1 und 2 des § 9 dieser Betriebsvereinbarung heißt es: 6

§ 9 Pausen 7

(1) Dem Mitarbeiter werden die gesetzlichen Ruhepausen (§ 4 ArbZG) in einem Zeitkorridor zwischen Beginn der 2. Arbeitsstunde (frühester Beginn der Ruhepause) und Ende der 7. Arbeitsstunde (spätestens Ende der Ruhepause) durchgehend gewährt. Die Lage der Ruhepause/n wird dem Mitarbeiter bei Beginn der Schicht mitgeteilt. 8

(2) Es können pro Schicht zusätzlich unbezahlte Ruhepausen von maximal 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als 6 Stunden angeordnet werden, wenn innerhalb eines Kalenderjahres im Durchschnitt unbezahlte Pausen an nicht mehr als zehn Arbeitstagen monatlich gegenüber dem Mitarbeiter angeordnet werden. ... 9

Gemäß § 7 der Betriebsvereinbarung wird für jeweils einen Zeitraum von einem Monat ein Monatsplan erstellt, der folgende Angaben enthält: 10

§ 7 Monatsplan 11

... 12

(2) Der Monatsplan enthält folgende Angaben: 13

- Vorname und Name des Mitarbeiters 14
- Personalnummer des Mitarbeiters 16
- Schichtbenennung mit Anfangs- und Endzeit der Schicht 17
- Bezeichnung der freien Tage 18
- Sternchenschichten 19

... 20

Nach § 8 der Betriebsvereinbarung wird „auf Grund der Tagesanforderungen der Bundespolizei“ ein sogenannter Tagesplan erstellt. Dieser enthält folgende Angaben: 21

§ 8 Tagesplan 22

23

(1) Aufgrund der Tagesanforderung der Bundespolizei erstellt der Arbeitgeber den Tagesplan. Der Tagesplan enthält folgende Angaben:

• Vorname und Name des Mitarbeiters	225
• Personalnummer des Mitarbeiters	26
• Datum des Einsatztages	27
• Beginn und Ende der Arbeitszeit.	28
...	29
Nach § 8 Abs. 3 der Betriebsvereinbarung wird der Tagesplan den Mitarbeitern nach Zustimmung des Betriebsrates unverzüglich zur Kenntnis gebracht.	30
In § 14 der Betriebsvereinbarung heißt es, dass der Arbeitgeber den Tagesplan als Entwurf unverzüglich nach Erhalt der Tages-Personalanforderungen von der Bundespolizei dem Betriebsrat zuleitet. In § 14 Abs. 4 ist geregelt, dass dann, wenn die Ablehnung nicht binnen 36 Stunden nach Eingang des Entwurfs beim Betriebsrat erfolgt, die Zustimmung des Betriebsrats als erteilt gilt.	31
In § 15 der Betriebsvereinbarung ist ein „Mitbestimmungsverfahren für Eilfälle“ geregelt. Als Eilfälle gelten gem. Absatz 1 ausschließlich vertraglich zulässige Kundenanforderungen, Krankheit eines Mitarbeiters und Notfälle, wenn sie auf Grund von unvorhergesehenen Umständen, die der Arbeitgeber nicht zu vertreten hat, Abweichungen vom Tagesplan innerhalb einer Reaktionszeit von 12 Stunden oder kürzer bis zum Beginn der betroffenen Schicht notwendig machen, um einen vertraglich zulässigen Kundenauftrag termingerecht abwickeln zu können. In diesen Fällen gilt gemäß § 15 Absatz 2 die Zustimmung des Betriebsrats für die Dauer von 24 Stunden nach Beginn der zeitlich ersten Änderung des Tagesplans als erteilt, wenn die durch den Eilfall notwendige Dienstplanänderung zu einer Verlängerung der Arbeitsschicht der betroffenen Mitarbeiter führt oder der Betriebsrat unverzüglich von der Eilfallregelung und deren Gründe in Textform unterrichtet wird.	32
In der Betriebsvereinbarung ist weder in dem Mitbestimmungsverfahren für den Monatsplan (§ 13), noch in dem Mitbestimmungsverfahren für den Tagesplan (§ 14), noch in dem Mitbestimmungsverfahren für Eilfälle (§ 15) etwas über Pausenzeiten gesagt.	33
Nach insoweit unstreitigem Vortrag der Beklagten werden die Tagespläne, die in der Betriebsvereinbarung geregelt sind, 3 bis 4 Tage vor dem jeweils geplanten Tag dem Betriebsrat zugeleitet. Sie werden in Abstimmung mit dem Betriebsrat in einem Rhythmus von 3 bis 4 Tagen auch veröffentlicht. In diesen Tagesplänen sind die Pausenzeiten nicht enthalten.	34
Die Pausenzeiten werden nach insoweit unstreitigem Vortrag der Beklagten erst in der Nacht vor dem Einsatztag von dem Disponenten der Nachtschicht festgelegt. Sie werden in die sogenannte Tabelle „Tagesdisposition“ eingetragen. Diese Tabelle und das sogenannte „Planungsprotokoll“ werden für jeden Tag erstellt. Aus dem Planungsprotokoll ergeben sich die Schichten der einzelnen Mitarbeiter, die Truppzusammenstellung und die Pausen- und Fortbildungszeiten, die von dem Disponenten erstellt werden. Die Tagesdisposition und die	35

Planungsprotokolle werden nach Erstellung in der Nacht vor dem Einsatztag an den Betriebsrat gesendet. Nach nicht näher konkretisierter Behauptung der Beklagten ist dieses Verfahren mit dem Betriebsrat abgestimmt.

Der Kläger verlangt zusammengefasst für folgende Monate die Vergütung folgender Stundensummen an „Breakstunden“: 36

Januar 2012	6,00 Stunden	37
Februar 2012	5,00 Stunden	38
März 2012	1,00 Stunden	39
April 2012	9,00 Stunden	40
Mai 2012	5,00 Stunden	41
Juni 2012	5,50 Stunden	42
Juli 2012	22,00 Stunden	43
August 2012	10,00 Stunden	44
September 2012	<u>15,50 Stunden</u>	45
insgesamt:	79,00 Stunden.	46

Zusätzlich verlangt er für die einzelnen Monate folgende summenmäßig zusammengefasste Zuschläge für Sonn- und Feiertage: 47

Januar 2012	12,06 €	48
Februar 2012	6,03 €	49
März 2012	0,00 €	50
April 2012	24,72 €	51
Mai 2012	37,08 €	52
Juni 2012	12,36 €	53
Juli 2012	24,72 €	54
August 2012	16,16 €	55
September 2012	<u>33,04 €</u>	56
insgesamt:	166,19 €	57

Nachtzuschläge macht er in folgender Höhe geltend: 58

Mai 2012	0,62 €	59
Juni 2012	1,24 €	60

Juli 2012	12,98 €	61
August 2012	6,18 €	62
September 2012	<u>8,96 €</u>	63
insgesamt:	29,97 €	64

Das tarifliche Stundenentgelt betrug bis März 2012 12,06 €, ab März 2012 12,36 €. Daraus errechnet der Kläger – rechnerisch unstreitig – eine Gesamtbruttolohnforderung von 973,14 €. Die Forderungen für Sonn- und Feiertagszuschläge für diese Breakstunden summiert er auf 166,19 €, die für Nachtzuschläge auf 29,97 €.

Die Beklagte hat für sämtliche vorliegend streitigen Monate (Januar 2012 bis September 2012) Stundennachweise und die jeweiligen monatlichen Entgeltabrechnungen zu den Akten gereicht. Auf Blatt 71-84 sowie Bl. 88-91 der Akten wird insoweit Bezug genommen.

Der Kläger hat zur konkreten Lage der Arbeitsunterbrechungen monatliche Aufstellungen vorgelegt. Auf die Schriftsätze des Klägers (nebst Anlagen) vom 12.09.2012 (Bl. 37-43 d. A.) wird für die Monate Januar bis Juli 2012 und vom 18.10.2012 (Bl. 49/50 d. A.) für die Monate August und September 2012 Bezug genommen. Aus diesen Aufstellungen ergibt sich auch, für welche Pausen an welchen Tagen der Kläger Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeit begehrt. Auch insoweit wird auf die genannten Schriftsätze und Aufstellungen Bezug genommen.

Der Kläger hat sich darauf berufen, dass die Beklagte ihr Ermessen bei der Anordnung der Pausen nicht korrekt ausübe, sondern die Unterbrechungen nur anordne, wenn sie betrieblichen Zwecken diene. Es sei auch nicht so, dass der Kläger sich darauf verlassen könne, dass die Unterbrechung tatsächlich durchgeführt werde. Es komme vor, dass zunächst angeordnete Unterbrechungen wieder abgesagt, nach vorne oder hinten verschoben, verkürzt oder verlängert würden. Die Unterbrechung sei nicht planbar. Es sei auch nicht richtig, wenn die Beklagte vortrage, dass die Unterbrechungen im Voraus feststünden. Der Kläger erfahre regelmäßig erst mit Dienstbeginn, wann seine Arbeitszeit unterbrochen werde.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, dem Antrag des Klägers vom 18.04.2012 zuzustimmen, die monatliche Arbeitszeit von „regelmäßig 120 Stunden“ auf „mindestens 160 Stunden“ mit Wirkung ab 01.05.2012 zu erhöhen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 400,46 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2012 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 973,14 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2012 zu zahlen,
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 166,19 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2012 zu zahlen,
5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 29,97 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2012 zu zahlen,

6. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an ihn 39,55 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2012 zu zahlen	75
Die Beklagte hat beantragt,	76
die Klage abzuweisen.	77
Die Beklagte hat vorgetragen, den Mitarbeitern seien die Pausen vor Dienstbeginn bekannt. Bei Dienstbeginn werde den Mitarbeitern durch den Disponenten bzw. den Schichtleiter mitgeteilt, wann sie eine Ruhepause nach dem Arbeitszeitgesetz hätten. Darüber hinaus werde dem Mitarbeiter vor Beginn der Schicht mitgeteilt, wann er eine weitere nach der Betriebsvereinbarung zulässige Pause habe. Das heiße, vor Beginn der Schicht sei den Mitarbeitern sowohl die gesetzliche als auch die nach der Betriebsvereinbarung weiterhin zulässige zusätzliche Pause bekannt. Derartige Zeiten könne der Mitarbeiter auch zur freien Verfügung gestalten. Er habe sich während dieser Zeit weder arbeitsbereit noch arbeitswillig zu halten.	78
Das Arbeitsgericht hat der Klage hinsichtlich des Antrags zu 1. insgesamt und hinsichtlich des Antrags zu 2. in Höhe von 6,18 € stattgegeben. Beide Anträge waren nicht auf den zweitinstanzlichen Streitgegenstand der sogenannten „Breakstunden“ bezogen. Hinsichtlich der Anträge zu 3. bis 5., also der sogenannten „Breakstunden“ und der diesbezüglichen Sonn- Feiertags- und Nachtzuschläge, hat das Arbeitsgericht der Klage in vollem Umfang stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von 973,14 € (Breaks) und 166,19 € (Sonn- und Feiertagszuschläge) sowie 29,97 € (Nachtzuschläge) verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen.	79
Dieses am 29.11.2012 verkündete Urteil ist der Beklagten am 15.01.2013 zugestellt worden. Ihre Berufungsschrift ist am 13.02.2013 eingegangen. Die Berufung ist am 11.03.2013 begründet worden.	80
Die Beklagte rügt, der Kläger habe nicht bestritten, dass ihm die jeweilige Pause zu Beginn der Schicht mitgeteilt worden sei. Außerdem habe die Beklagte erstinstanzlich unter Beweisanspruch angegeben, dass der jeweils zuständige Disponent dem Kläger zu Beginn der Schicht den Einsatzort und die Pausenzeit mitteile. Zusätzlich benennt sie nunmehr für alle streitbefangenen Monate zu den einzelnen Tagen den zeitlichen Umfang der einzelnen Pausen, die jeweilige Schichtdauer sowie den jeweils diensthabenden Disponenten und benennt diesen als Zeugen. Dieser namentlich benannte Disponent habe jeweils zu Beginn der Schicht des Klägers diesem die Pause mitgeteilt, die dann auch so gewährt worden sei. Außerdem habe die Beklagte auch die weitere Zulässigkeitsvoraussetzung der sogenannten zusätzlichen Pause nach § 9 Abs. 2 der Betriebsvereinbarung eingehalten. Sie beziffert hierzu summenmäßig jeweils monatsweise die angeordneten zusätzlichen Pausen.	81
Die Beklagte beantragt,	82
das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 29.11.2012 zu dem Aktenzeichen 4 Ca 3766/12 abzuändern soweit die Beklagte verurteilt wurde, an den Kläger 973,14 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2012 zu zahlen, soweit die Beklagte verurteilt wurde, an den Kläger 166,19 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2012 zu zahlen, soweit die Beklagte verurteilt wurde, an den Kläger 29,97 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2012 zu zahlen und die Klage auch insoweit abzuweisen.	83

Der Kläger beantragt,	84
die Berufung zurückzuweisen.	85
Der Kläger hält die Berufung für unbegründet. Er trägt vor, die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt eine „Pause“ und erst recht keine „zusätzliche Pause“ angeordnet. Vielmehr nehme sie diese Qualifizierung erst am Monatsende bei der Erstellung der Lohnabrechnung vor. Die Pausenzeit müsse aber nach dem Gesetz „im voraus“ bekannt gegeben werden.	86
Ferner meint der Kläger, es sei bereits faktisch unmöglich, dass die Disponenten etwas zu den Pausenanordnungen in der Vergangenheit sagen könnten. Die Beklagte ordne mindestens etwa 20 Unterbrechungen je Mitarbeiter und Monat an. Dies seien monatlich 10.000 Unterbrechungen, an die sich denkbare niemand mehr erinnern könne. Auch fehle es nach wie vor an exaktem Vortrag zur angeblichen Pausenanordnung.	87
Des Weiteren könnten Unterbrechungszeiten verlängert, verkürzt und verschoben werden, wie die Beklagte selbst in anderen parallelen Rechtstreiten vorgetragen habe. Zudem erfolge die Pausenanordnung nach dem eigenen Vortrag der Beklagten außerhalb der Dienstzeit des Klägers, nämlich vor Schichtbeginn. Die Beklagte könne nicht erwarten, dass der Kläger derartige Direktionen wahrnehme. Eine solche entspreche offensichtlich nicht billigem Ermessen. Das Gleiche gelte für die korrespondierende Arbeitszeit des angeblich diensthabenden Disponenten. Letztlich nutze die Beklagte ihre Mitarbeiter, wann sie sie brauche. Faktisch handele es sich um nichts anderes als eine Arbeitsbereitschaft, die die Beklagte nicht vergüte.	88
Schließlich rügt der Kläger nochmals, dass die Anordnung der jeweiligen Unterbrechungen ohne Abstimmung mit dem Betriebsrat erfolge, da nur die Monatsdienstpläne, nicht aber Tageseinsätze mit diesem abgestimmt würden. Außerdem bestreitet er die rechtliche Existenz und Wirksamkeit der von der Beklagten vorgelegten Betriebsvereinbarung vom 31.01.2011.	89
Wegen des übrigen Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen diesen gewechselten Schriftsätzen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.	90
<u>Entscheidungsgründe</u>	91
Die zulässige, form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Beklagten hat in der Sache nur in geringem Umfang Erfolg, nämlich bezüglich der Vergütung für zwei sog. Breakstunden und einer Stunde Sonn- und Feiertagszuschlag. Die ganz überwiegende Berufung bleibt erfolglos.	92
I. Hinsichtlich der Vergütung der „Breakstunden“ und der entsprechenden Zuschläge geht die erkennende Kammer in Anlehnung an das den Parteien bekannte Urteil der 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Köln (5 Sa 252/12) und unter Berücksichtigung der von der 4. Kammer im Urteil vom 24. August 2012 (4 Sa 1183/11) bereits ausführlich begründeten Grundsätze von folgender Rechtslage aus:	93
1. Anspruchsgrundlage für die Vergütung der „Breakstunden“ ist § 615 BGB. Dieser setzt Annahmeverzug nach § 293 ff BGB voraus.	94
Der vorliegende Fall ist wie die zahlreichen Parallelfälle dadurch geprägt, dass der Kläger an allen Tagen, an denen er Vergütung der „Breakstunden“ verlangt, zum	95

Schichtbeginn, der in allen Fällen um mindestens 1 Stunde vor den Breakstunden lag, zur Arbeit angetreten ist. Damit hat der Kläger zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Weise seine Arbeit angeboten. Es liegt mithin ein tatsächliches Angebot vor (BAG 29.10.1992 – 2 AZR 250/92). In dem Antritt der Schicht liegt das tatsächliche Angebot, für die Dauer der Schicht Arbeit zu leisten.

Dem steht die Entscheidung des 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 18.11.2009 (5 AZR 774/08) nicht entgegen. Denn in dieser Entscheidung ging es darum, ob die beklagte Arbeitgeberin den dortigen Kläger jeweils eine halbe Stunde *vor* oder *nach* der jeweiligen Schicht zu beschäftigen hatte und auf Grund der Nichtbeschäftigung in Annahmeverzug geriet. Hat ein Arbeitnehmer seine Schicht noch gar nicht angetreten, so kann der Arbeitgeber nicht durch ein tatsächliches Angebot in Annahmeverzug gekommen sein. Das Gleiche gilt, wenn die Schichtzeit abgelaufen ist und der Arbeitnehmer ohne weitere Erklärung den Arbeitsplatz verlässt. Ganz anders aber liegt der vorliegende Fall, wo innerhalb der Schicht die Arbeit auf Weisung des Arbeitgebers unterbrochen wird. In dem am 18.11.2009 vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall ging es gerade nicht um die hier zu entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät, wenn er während der Schicht, in der der Arbeitnehmer zur Arbeit angetreten ist und tatsächlich gearbeitet hat, die Arbeit unterbrechen lässt. 96

2. Annahmeverzug tritt indes trotz des gegebenen tatsächlichen Angebots nicht ein, wenn der Arbeitgeber die ihm nach § 4 Arbeitszeitgesetz obliegende Pflicht wahrnimmt, den Arbeitnehmer anzuweisen, die Arbeit durch im Voraus feststehende Ruhepausen mindestens 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als 6 bis zu 9 Stunden und mindestens 45 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden insgesamt zu unterbrechen. 97

Der Arbeitgeber kommt in diesen Fällen deshalb nicht in Annahmeverzug, weil der Arbeitnehmer während solcher gesetzlicher Arbeitszeitpausen nach § 4 Arbeitszeitgesetz aus Rechtsgründen nicht leistungsfähig ist (§ 297 BGB – vgl. dazu BAG 18.11.2009 a. a. O.). 98

Allerdings muss der Arbeitgeber zur Festlegung der Pause, dass heißt zur Bestimmung der zeitlichen Lage und der Dauer der Pause sein Direktionsrecht ausüben. Dieses wiederum hat er nach den gesetzlichen und betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben zu tun, wobei auch § 106 GewO zu beachten ist. Verstößt der Arbeitgeber mit der Anordnung der Pause gegen Gesetz oder kollektives Recht oder gegen billiges Ermessen, so befreit ihn diese Anordnung nicht von den Folgen des Annahmeverzuges. 99

Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Umstände, die den Annahmeverzug begründen, trägt nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen der Arbeitnehmer. Da die konkret zu leistende Arbeit in der Regel vom Arbeitgeber durch Weisungen zu bestimmen ist (§ 106 GewO), genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, in dem er vorträgt, er habe sich zur rechten Zeit am rechten Ort bereit gehalten, um Arbeitsanweisungen des Arbeitgebers zu befolgen (BAG 16.05.2012 – 5 AZR 347/11-). Dieses ist im vorliegenden Fall unstrittig. Der Kläger war jeweils zu Beginn der Pausen und auch zu dem Zeitpunkt, als ihm die Pausen mitgeteilt worden sind, am Arbeitsort und arbeitsbereit. 100

Dagegen hat der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es sich bei den angeordneten Unterbrechungen um Pausen nach § 4 ArbZG handelt, die sich an die gesetzlichen, insbesondere auch betriebsverfassungsrechtlichen und die kollektivrechtlichen Vorgaben sowie das billige Ermessen im Sinne des § 106 GewO halten. Diese Beweislast ergibt sich daraus, dass während der Pausen Annahmeverzug nur deshalb nicht besteht, weil 101

der Arbeitnehmer rechtlich im Sinne des § 297 BGB nicht in der Lage ist, die Leistung zu bewirken (vgl. nochmals BAG 18.11.2009 – 5 AZR 774/08). Zu § 297 BGB aber ist es allgemeine Meinung, dass die Beweislast der Gläubiger trägt, wie sich aus der Negativformulierung des § 297 BGB eindeutig ergibt (vgl. z. B. BAG 17.08.2011 – 5 AZR 251/10 – mit weiteren Nachweisen zur ständigen Rechtsprechung).

Die Beklagte hat also die Beweislast dafür, dass die Unterbrechungen die gesetzliche Vorschrift des § 4 ArbZG einhalten, dass sie den betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben und den kollektivrechtlichen Vorgaben entsprechen und billiges Ermessen waren. 102

a) Die Kammer lässt im vorliegenden Fall dahinstehen, ob die Pausen „im Voraus“ im Sinne des § 4 ArbZG angeordnet worden sind. Die Frage, wie *lange* im Voraus der Beginn und die Dauer der Arbeitsunterbrechung feststehen müssen, ist umstritten. Das Bundesarbeitsgericht hat es für unverzichtbar, aber wohl auch für ausreichend gehalten, dass der Arbeitnehmer bei Beginn der Pause weiß, wie lange sie dauern soll (BAG 13.10.2009– 9 AZR 1398/08 ; 29.10.2002 – 1 AZR 603/01). Nach anderer, auch von der erkennenden Kammer vertretenen Meinung muss die zeitliche Lage der Ruhepause vor Beginn der tatsächlichen Arbeitszeit bestimmt werden (vgl. z. B. LAG Köln 16.05.2012 – 3 Sa 49/12; Neumann/*Biebl*/ ArbZG, 16. Auflage, § 4 Rn. 3). Da im vorliegenden Fall die Klage aus einem anderen Grunde begründet ist, braucht die Kammer diese Frage im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden. Für den in Höhe von 36,33 € abgewiesenen Teil der Klage ist diese Rechtsfrage ebenfalls rechtlich unerheblich. 103

b) Es kann im vorliegenden Fall nicht festgestellt werden, dass die Voraussetzungen des § 9 Absatz 1 der Betriebsvereinbarung „Dienst- und Pausenregelung“, die auf Grund eines Spruchs der Einigungsstelle vom 31.01.2011 in Kraft gesetzt wurde und seit April 2011 bei der Beklagten gilt, nicht eingehalten wurden. 104

Nach § 9 Abs. 1 sind dem Mitarbeiter die gesetzlichen Ruhepausen (gemeint sind offenbar: die gesetzlichen Mindest-Ruhepausen) bei Beginn der Schicht mitzuteilen. Aus systematischen Gründen gilt das auch für die in § 9 Abs. 2 geregelten „zusätzlichen unbezahlten Ruhepausen“. Das hat die 4. Kammer in der den Parteien bekannten Entscheidung vom 24. August 2012 (4 Sa 1183/11) ausführlich im Anschluss an die bereits zitierte Entscheidung der 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Köln begründet. Darauf wird Bezug genommen. 105

Die Beklagte hat im vorliegenden Fall anders als noch in den vorgenannten Fällen der 4. und 5. Kammer, ohne Einschränkung behauptet, dass die Pause dem Kläger jeweils bei Beginn der Schicht so mitgeteilt worden ist, wie sie tatsächlich durchgeführt wurde. Sie hat ebenso ausdrücklich behauptet, dass die Pause in keinem Fall verschoben wurde und hat die jeweils nach ihrem Vortrag zu Beginn der Schicht des Klägers tätigen Disponenten als Zeugen benannt. 106

Der Kläger hat hierauf nicht substantiiert entgegnet. Er hat nicht seinerseits substantiiert dargetan, an welchen Tagen die Pause vom Disponenten nicht genannt worden ist. Es kann dem Vorbringen des Klägers nicht einmal sicher entnommen werden, ob er pauschal behaupten will, dass an einzelnen von der Beklagten benannten Tagen die Pause bei Beginn der Schicht nicht tatsächlich so mitgeteilt worden ist wie sie durchgeführt wurde. Unstreitig ist jedenfalls – dies entspricht auch dem Klägervortrag – dass der Kläger sich bei Beginn der Schicht erkundigt, wo er an diesem Tag arbeiten muss. Dem Vortrag des Klägers ist jedoch nicht zu entnehmen, dass er behaupten will, dass ihm in den hier streitigen Fällen gar keine Pause mitgeteilt worden ist. Sollte der Kläger so zu verstehen sein, dass ihm in den 107

hier streitigen Fällen an einzelnen Tagen die Pause nicht schon mitgeteilt worden ist, so müsste er dieses substantiieren. Das entspricht seiner eigenen Wahrnehmung und überfordert ihn auch nicht. Es wäre ein Leichtes gewesen, die Tage zu notieren, an denen die Pause nicht spätestens bei Beginn mitgeteilt wurde. Es ist auch nicht klar ersichtlich, ob der Kläger überhaupt behaupten will, dass an den hier streitigen Tagen die Pause durch spätere Anordnung verschoben worden ist. Jedenfalls fehlt auch insoweit substantiierter Vortrag. Auch insoweit hätte der Kläger ohne Probleme diese Fälle notieren können.

Es ist daher davon auszugehen, dass entsprechend dem Beklagtenvortrag die jeweils durchgeführte Pause bei Dienstbeginn, wie es der Betriebsvereinbarung entspricht, mitgeteilt worden ist – sofern es sich bei dem Vortrag der Beklagten nicht um sogenannten „Vortrag ins Blaue“ handelt. 108

Im Zivilprozess ist Vortrag wegen Rechtsmissbrauchs unzulässig, wenn die Behauptung ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich aufs Geratewohl, gleichsam „ins Blaue hinein“ aufgestellt wird (vgl. hierzu z. B. BGH 20.09.2002 – V ZR 170/01). Bei der Annahme eines solchen missbräuchlichen Verhaltens ist aber Zurückhaltung geboten. Denn oftmals wird es einer Partei nicht erspart bleiben, in einem Zivilprozess Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse haben kann, die sie nach Lage der Dinge aber für wahrscheinlich hält. In der Regel wird nur das Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte den Vorwurf einer Behauptung „ins Blaue hinein“ rechtfertigen können (BGH a. a. O.). 109

Danach durfte die Beklagte ihren Vortrag anhand der ihr vorliegenden Listen über die Zeit des Dienstbeginns und der jeweils bei Dienstbeginn zuständigen Disponenten halten, sofern sie nicht Anhaltspunkte dafür hatte, dass die Pausen tatsächlich nicht mitgeteilt oder später verschoben wurden. Dass die Disponenten die Pausen jeweils bei Dienstbeginn angegeben haben, wird zumindest indiziell dadurch belegt, dass unstreitig bei Dienstbeginn der Kläger sich nach seinem Einsatzort erkundigen muss. Da der Kläger keine einzige in ihrer Zeit verlegte Pause für den gesamten Klagezeitraum nennt, spricht auch indiziell Einiges dafür, dass die Verlegung tatsächlich selten vorkommt und nicht – wie der Kläger es pauschal behauptet - eher die Regel ist. Die Beklagte hat also Anhaltspunkte für ihren Vortrag. Sie behauptet nicht „ins Blaue hinein“. 110

Danach ist im vorliegenden Fall zum Tatsächlichen festzustellen, dass die jeweils durchgeführte Pause dem Kläger bei Dienstbeginn mitgeteilt worden ist und damit jedenfalls die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 der Betriebsvereinbarung eingehalten sind. 111

c) Es muss jedoch festgestellt werden, dass die Beklagte die Pausen festgelegt hat, ohne gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats dafür erhalten zu haben. Aus diesem Grunde hat die Beklagte die Pausen nicht wirksam festgelegt und damit den Annahmeverzug nicht beseitigt. Die Klageansprüche stehen dem Kläger auch unter dem Gesichtspunkt der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zu. 112

Hierzu hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Köln im Urteil vom 26.04.2013 (4 Sa 1120/12) im Einzelnen Folgendes ausgeführt: 113

„a) Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der Betriebsrat über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auch auf die Dauer und die Lage der Pausen (vgl. statt vieler Fitting BetrVG, 26. Aufl., § 87 Rn. 116). 114

Aus dem Vortrag der Beklagten ergibt sich aber, dass zu den konkret vom Disponenten dem Kläger am jeweiligen Tag bei Beginn der Schicht mitgeteilten Pausen der Betriebsrat nicht mitbestimmt hat. Weder in dem in der Betriebsvereinbarung vorgesehenen Monatsplan noch in dem dort vorgesehenen Tagesplan sind die Pausen enthalten. Das ist unstreitig und entspricht den Regelungen der Betriebsvereinbarung. Die Pausen werden dem Betriebsrat erst in der Nacht unmittelbar vor dem Einsatz per E-Mail mitgeteilt.

Diese bloße Mitteilung genügt aber dem Mitbestimmungsrecht nicht. Es ist vielmehr 116 die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich. Schweigen des Betriebsrats kann nicht als Zustimmung gewertet werden, da das Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG kein Vetorecht ist. Die Regelung sieht auch anders als § 99 BetrVG keine Fristen vor, nach deren fruchtlosem Ablauf die Zustimmung des Betriebsrats fingiert wird (vgl. dazu z. B. BAG 29.01.2008 – 3 AZR 42/06).

b) Ebenfalls nicht ausreichend ist es, dass das zuständige Betriebsverfassungsorgan 117 lediglich zu erkennen gibt, es sehe hinsichtlich der Angelegenheit kein Mitbestimmungsrecht, und es damit dem Arbeitgeber in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit ohne inhaltliche Mitgestaltung „freie Hand“ gibt. Im Ergebnis würde dem Arbeitgeber durch ein derartiges Verhalten das alleinige Gestaltungsrecht über den mitbestimmungspflichtigen Sachverhalt eröffnet. Das ist unzulässig (BAG a. a. O., BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98). Die Behauptung der Beklagten, das Verfahren sei mit dem Betriebsrat „abgestimmt“, ist damit ebenso unerheblich wie unsubstantiiert.

c) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darf ein Betriebsrat 118 sein Mitbestimmungsrecht auch nicht in der Weise ausüben, dass er dem Arbeitgeber das alleinige Gestaltungsrecht über den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand eröffnet (vgl. außer den vorherigen Fundstellen auch BAG 26.04.2005 – 1 AZR 76/04 – mit weiteren Nachweisen). Sofern daher das Schweigen der Regelungen der Betriebsvereinbarung über den Monatsplan und den Tagesplan hinsichtlich der Pausen so ausgelegt werden sollte, dass der Arbeitgeber das alleinige Gestaltungsrecht über die Lage der Pausen haben solle, wäre die Betriebsvereinbarung insoweit unwirksam und wäre der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ebenfalls nicht genügt.

d) Allerdings kann das Mitbestimmungsrecht durch den Abschluss einer 119 Betriebsvereinbarung als solcher ausgeübt werden, wenn die Betriebsvereinbarung vorsieht, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, unter bestimmten, in der Vereinbarung geregelten Voraussetzungen die Maßnahme allein zu treffen, wenn also die Betriebsvereinbarung schon das Wesentliche regelt (vgl. hierzu und zum Folgenden BAG 03.06.2003 – 1 AZR 349/02). Das Gesetz fordert nicht, dass zu jeder einzelnen mitbestimmungspflichtigen Anordnung jeweils die Zustimmung des Betriebsrats eingeholt wird, wenn dieser seine Zustimmung – etwa für immer wieder auftretende Eilfälle – im Voraus erteilt hat. Dadurch darf aber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht in seiner Substanz verletzt werden. Das Bundesarbeitsgericht hat in der zitierten Entscheidung eine Betriebsvereinbarung als wirksame Ausübung des Mitbestimmungsrechts angesehen, dabei aber hervorgehoben, dass die Betriebsvereinbarung „detaillierte Regelungen“ über die mit der einseitigen Anordnungsbefugnis verbundenen Verfahrens- und Verteilungsmodalitäten enthielt (so Rn. 56) und dadurch der Betriebsrat die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit „wesentlich mitgestaltet“ habe (so Rn. 54).

§§ 7, 8, 14 und 15 der hier vorliegenden Betriebsvereinbarung regeln die Pausen 120 nicht.

§ 9 der Betriebsvereinbarung enthält hinsichtlich der Pausen eine solche wesentliche Mitgestaltung jedoch nicht. Vielmehr wird – will man § 9 der Betriebsvereinbarung überhaupt als eine abschließende Regelung des Mitbestimmungsrechts und nicht nur als eine Rahmenregelung hinsichtlich der Pausen verstehen – das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats dadurch in seiner Substanz verletzt.

Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts wird nicht genügt. Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hinsichtlich der Dauer und der Lage der gesetzlichen Pausen ist offensichtlich, dass der Betriebsrat darüber wachen soll, dass der Arbeitgeber die Pausen nicht nach eigenen betriebswirtschaftlichen Flexibilisierungsgesichtspunkten und nach Gesichtspunkten der Gewinnoptimierung festlegt, sondern dass dabei die Erholungsbedürfnisse und sonstigen persönlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer gewahrt werden (vgl. BAG 01.07.2003 - 1 ABR 20/02). 122

Diesen Kernbereich der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfasst und regelt § 9 Abs. 1 der Betriebsvereinbarung nicht. In § 9 Abs. 1 der Betriebsvereinbarung ist lediglich bestimmt, dass die gesetzlichen Ruhepausen in einem Zeitkorridor zwischen Beginn der zweiten Arbeitsstunde (frühester Beginn der Ruhepause) und Ende der 7. Arbeitsstunde (spätestes Ende der Ruhepause) durchgehend gewährt werden. 123

In der ersten halben Stunde kann ohnehin eine Pause nicht gewährt werden, weil keine Arbeitszeit vorausgegangen ist und es sich insoweit schon begrifflich nicht um eine Pause handelt. Aber auch eine durch die Betriebsvereinbarung zugelassene Pause bei Beginn der zweiten Arbeitsstunde ist jedenfalls, zumal die Pause „durchgehend“ gewährt werden muss, d. h. in ihrem gesamten gesetzlichen Umfang, in zahlreichen der vom Kläger geleisteten Schichten schon nicht mit dem Gesetz, d. h. mit § 4 ArbZG, vereinbar. Denn sie kann auch bei einer Normalschicht die Erholungsbedürfnisse des Arbeitnehmers nicht befriedigen. Dieser von der Betriebsvereinbarung zugelassene frühe Beginn der Pausen ist ersichtlich im alleinigen Interesse des Arbeitgebers gewählt und würde – sollte man § 9 überhaupt als abschließend verstehen – das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in seiner Substanz aushöhlen. 124

Das gleiche gilt für das zugelassene späteste Ende der Pausen mit Ende der siebten Arbeitsstunde. Zahlreiche Schichten des Klägers haben überhaupt nur acht Arbeitsstunden. Die Pause kurze Zeit vor dem Ende der Schicht kann ebenfalls dem Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers nicht gerecht werden und ist offensichtlich von der Betriebsvereinbarung nur zugelassen, um den betrieblichen Bedürfnissen des Arbeitgebers zu genügen. 125

Dadurch, dass die Betriebsvereinbarung in § 9 Abs. 1 dem Arbeitgeber den sehr weiten Rahmen mit der Zeit nach der ersten Arbeitsstunde bis vor Beginn der (typischerweise) letzten Arbeitsstunde ohne jegliche weitere Einschränkung seines Gestaltungsrechts zur Verfügung stellt, verletzt sie das Mitbestimmungsrecht in der Substanz, regelt es in seinem Kernbereich gerade nicht, lässt sie das Wesentliche der Mitbestimmung bei der Lage und der Dauer der Pausen gerade ungeregt. § 9 Abs. 1 der Betriebsvereinbarung stellt damit einen rechtsunwirksamen Verzicht des Betriebsrats auf sein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG dar, das damit für die jeweiligen Pausenanordnungen weiter ausfüllungsbedürftig bleibt. 126

§ 9 Abs. 2 enthält überhaupt keinen zeitlichen Rahmen für die Ruhepausen von weiteren 30 Minuten (wobei aus systematischen Gründen die Gesamtnorm so auszulegen ist, dass diese weiteren 30 Minuten als Pausen zusätzlich zu der gesetzlichen Mindestpause anzusehen sind). 127

- d) Ist hinsichtlich der dem Kläger zugewiesenen sogenannten „Breakstunden“ das Mitbestimmungsrecht nicht gewahrt, so ergibt sich daraus, dass dem Kläger die Bezahlung für die entsprechende Zeit zusteht: 128
- Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung führt die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedenfalls zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften, die den Arbeitnehmer belasten. Es soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch Rückgriff auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht. Dem Arbeitgeber darf aus einer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichtwidrigkeit auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kein Vorteil erwachsen. Maßnahmen zum Nachteil der Arbeitnehmer sind dabei nur solche, die bereits bestehende Rechtspositionen der Arbeitnehmer schmälern. Nach der Senatsrechtsprechung führt die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats bei diesen allerdings nicht dazu, dass sich individualrechtliche Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer ergeben, die zuvor nicht bestanden haben (BAG 22.06.2010 – 1 AZR 857/08). 129
- Eine Pause, die die Erholungsbedürfnisse des Arbeitnehmers nicht befriedigt, sondern einseitig nach den betrieblichen oder unternehmenspolitischen Zielen des Arbeitgebers angesetzt ist, ist für den Arbeitnehmer belastend. Er soll nicht zu Zeiten die Arbeit unterbrechen müssen, die nicht seinem Erholungsbedürfnis entsprechen. Genau darin den Arbeitnehmer zu schützen, ist die Zielrichtung des Mitbestimmungsrechts. Wenn der Arbeitgeber daher die Pause ohne Wahrung des Mitbestimmungsrechts anordnet, so belastet er den Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer hätte ohne die Pause einen Anspruch auf Entgelt, sei es, weil er gearbeitet hätte, sei es, weil der Arbeitgeber sich in Annahmeverzug befände. Der Annahmeverzug wird aber – wie oben gezeigt – nur dann beseitigt, wenn die Pause den gesetzlichen und kollektiven Bestimmungen und billigem Ermessen entsprechend angeordnet ist. Erst dann, wenn die Pause nach billigem Ermessen, gesetzlichen Vorgaben und Einhaltung des Kollektivrechts, damit auch unter Wahrung der Mitbestimmungsrechte angeordnet ist, wird der sonst bestehende Entgelt- oder Annahmeverzugsanspruch beseitigt. Aus der Verletzung des Mitbestimmungsrechts ergeben sich hiermit also nicht Ansprüche des betroffenen Arbeitnehmers, die zuvor nicht bestanden hätten. Vielmehr werden bereits bestehende Rechtspositionen des Arbeitnehmers geschmälert. 130
- Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, der Arbeitnehmer müsse nach dem Arbeitszeitgesetz ohnehin bei Arbeit über die in § 4 ArbZG genannten Zeitgrenzen hinaus unbezahlte Pausen hinnehmen bzw. der Arbeitgeber müsse sie anordnen. Denn, wie oben gezeigt, erfüllt nicht jede vom Arbeitgeber angeordnete Pause die Verpflichtung aus § 4 ArbZG, oder umgekehrt, muss der Arbeitnehmer nicht jede angeordnete Pause als Erfüllung der gesetzlichen Pflicht aus § 4 ArbZG hinnehmen, insbesondere dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Pausenanordnung zu seinen eigenen Flexibilisierungsinteressen nutzt ohne Rücksicht auf die Erholungsbedürfnisse der Arbeitnehmer. 131
- Dass der Arbeitgeber gem. § 4 ArbZG verpflichtet ist, spätestens nach den dort festgesetzten Zeitgrenzen (Mindest)Pausen anzuordnen, spricht aber gerade für die Anwendung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung mit den oben aufgezeigten Konsequenzen auf die Mitbestimmung bei der Anordnung von Pausen nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Denn eine sonst wirksame Sanktionsmöglichkeit versagt hier: Einem auf Unterlassung der nicht mitbestimmten Pausenanordnung gerichteten Antrag des Betriebsrats könnte ein Arbeitsgericht nicht stattgeben, da der Arbeitgeber dann seine täglich bestehende gesetzliche Pflicht nach § 4 ArbZG vor der oft langwierigen Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens 132

ggfls. mit Einigungsstelle gar nicht erfüllen könnte. Allein die Rechtsfolge, dass der Arbeitgeber die unter Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG angeordnete Pause bezahlen muss, erscheint als angemessene und wirksame Sanktion des Verstoßes.“

Diesen Ausführungen schließt sich die erkennende Kammer vollinhaltlich an und macht sich diese zu Eigen. 133

II. Dem Kläger stehen damit unter Annahmeverzugsgesichtspunkten die Vergütungsansprüche für 77 sogenannte Breakstunden im Zeitraum von Januar bis September 2012 in Höhe von 948,87 € zu. Im Einzelnen gilt danach folgende Berechnung: 134

Der Kläger hat insgesamt Vergütung für 79 sog. Breakstunden geltend gemacht, die er wie folgt aufgeschlüsselt hat: 135

Januar 2012:	6 Stunden	136
Februar 2012	5 Stunden	137
März 2012	1 Stunde	138
April 2012	9 Stunden	139
Mai 2012	5 Stunden	140
Juni 2012	5,5 Stunden	141
Juli 2012	22 Stunden	142
August 2012	10 Stunden	143
September 2012	<u>15,5 Stunden</u>	144
insgesamt:	79 Stunden	145

Eine geringere als die vom Kläger geltend gemachte Anzahl an sog. Breakstunden hat die Beklagte für Januar 2012 (5 Stunden), für Februar 2012 (4,5 Stunden) und für April 2012 (8,5 Stunden) im Einzelnen beziffert vorgetragen. Dem ist der Kläger nicht weiter entgegengetreten, so dass der diesbezügliche Vortrag der Beklagten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt. Soweit die Beklagte in anderen Monaten zum Teil eine höhere als die klägerseits geltend gemachte Stundenzahl anführt ist dies nach § 308 Abs. 1 ZPO (ne ultra petita) rechtlich ohne Relevanz. Dies ergibt mithin eine Zahl von insgesamt 77 sog. Breakstunden. Aufgrund der zum 01.03.2012 erhöhten Stundenvergütung errechnet sich der Vergütungsanspruch wie folgt: 146

9,5 Stunden (Januar und Februar 2012) x 12,06 €	= 114,57 €	147
67,5 Stunden (März bis September 2012) x 12,36 €	= <u>834,30 €</u>	148
insgesamt:	948,87 €	149

Hinsichtlich der Zuschläge für sog. Breakstunden, die an Sonn- und Feiertagen angefallen sind, macht der Kläger insgesamt 166,19 € geltend. Von diesem Betrag sind 12,06 € für den Monat Januar 2012 in Abzug zu bringen, da der Kläger auch insoweit dem 150

konkreten Einwand der Beklagten, dass für diesen Feiertag seine behauptete Pausenzeit nicht zutreffe und für 9 Stunden Feiertagszuschläge gezahlt worden seien, nicht entgegengetreten ist. Im Übrigen ist der Vortrag der Beklagten sämtliche Zuschläge seien gezahlt unsubstantiiert und damit rechtlich unerheblich. Es bleibt damit ein zu zahlender Betrag für Sonn- und Feiertagszuschläge in Höhe von 154,13 €. Das Gleiche gilt für den Vortrag der Beklagten zu den erstinstanzlich titulierten Nachtzuschlägen in Höhe von 29,97 €.	
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.	151
Die Kammer hat die Revision zugelassen, weil zu der Anwendung der Theorie der individuellen Wirksamkeitsvoraussetzung auf der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bei der Anordnung von Pausen noch keine Rechtsprechung vorliegt und die Frage erhebliche praktische Bedeutung über den hier entschiedenen Fall hinaus hat. Außerdem liegt eine Divergenz zu Urteilen anderer Kammern des Landesarbeitsgerichts Köln vor.	152
<u>RECHTSMITTELBELEHRUNG</u>	153
Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien	154
REVISION	155
eingelegt werden.	156
Die Revision muss <u>innerhalb einer Notfrist* von einem Monat</u> schriftlich beim	157
Bundesarbeitsgericht	158
Hugo-Preuß-Platz 1	159
99084 Erfurt	160
Fax: 0361 2636 2000	161
eingelegt werden.	162
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	163
Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	164
• 1 Rechtsanwälte,	165
• 2 Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,	167
• 3 Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die	168

Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben. 169

Eine Partei die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten. 170

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.** 171

D K K H 172
