

Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Urteil vom 24. März 2021
- 10 AZR 16/20 -
ECLI:DE:BAG:2021:240321.U.10AZR16.20.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 11. Oktober 2018
- 14 Ca 1367/18 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 15. November 2019
- 4 Sa 771/18 -

Entscheidungsstichwort:

Bestimmtheit einer Beschäftigungsklage

Leitsatz:

Erhebt ein Arbeitnehmer Klage auf Beschäftigung und ist allein die Art der Beschäftigung streitig, ist die Klage hinreichend bestimmt, wenn im Klageantrag das Berufsbild genannt ist, nach dem der Arbeitnehmer beschäftigt werden soll, oder sich in vergleichbarer Weise ergibt, worin die Tätigkeit bestehen soll.

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 16/20
4 Sa 771/18
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. März 2021

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. März 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune, den Richter am Bundesarbeitsgericht Pessinger sowie die ehrenamtliche Richterin Scheck und den ehrenamtlichen Richter Satl für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 15. November 2019 - 4 Sa 771/18 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers, als sog. Terminalmanager (Einsatzleiter) beschäftigt zu werden. 1
- Die Beklagte führt ua. am Flughafen Köln/Bonn die Sicherheitskontrollen der Flugpassagiere und ihres Handgepäcks im Auftrag der Bundespolizei durch. Sie ist Mitglied im Bundesverband der Sicherheitswirtschaft (BDSW). 2
- Der Kläger war bis zum Jahr 2017 Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di). Er ist bei der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen auf der Grundlage des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 24. November 2003 als Fluggastkontrolleur beschäftigt. Der Arbeitsvertrag enthält in § 9 Nr. 1 eine Regelung, wonach mündliche Nebenabreden nicht bestehen und Ergänzungen dieses Vertrags zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform bedürfen. 3
- Die Tarifgemeinschaft BDSW, FraSec GmbH und FIS GmbH sowie ver.di schlossen den Manteltarifvertrag für Sicherheitskräfte an Verkehrsflughäfen vom 4. September 2013 (MTV Aviation). Er enthält in § 2 allgemeine Bestimmungen. In dessen Absatz 2 heißt es: 4
- „Bei der Einstellung eines/r Beschäftigten ist ein schriftlicher Arbeitsvertrag entsprechend dem Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (NachwG) abzuschließen. Änderungen dieses Arbeitsvertrages bedürfen gleichfalls der Schriftform. Der/dem Beschäftigten ist eine Ausfertigung auszuhandigen.“

Mit Schreiben vom 16. Juli 2015 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie ab dem 1. Juni 2015 zusätzlich „den tariflichen Lohnzuschlag 2.1 ‚Terminalleiter‘ gemäß LTV NRW aktuell in Höhe von 1,50 brutto/Stunde“ zur Auszahlung bringe. 5

Der Kläger ist Mitglied des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats. Er war zeitweise an drei Arbeitstagen pro Woche nach § 38 Abs. 1 Satz 3 BetrVG für die Durchführung von Betriebsratstätigkeit von der Arbeitsleistung teilfreigestellt. Mit der Betriebsratswahl, die in der Zeit vom 3. bis 5. Juni 2019 stattfand, entfiel die Teilfreistellung. 6

Im Mai 2017 schrieb die Beklagte für ihre Niederlassung am Flughafen Köln/Bonn intern die Tätigkeit als Einsatzleiter/in aus. Der Kläger bewarb sich darum mit Schreiben vom 30. Juni 2017. Darin heißt es: 7

„Bewerbung als Terminalmanager

....,

hiermit bewerbe ich mich um die interne Stelle als Terminalmanager.

Ich bin seit 2002 als Luftsicherheitsassistent am Köln Bonner Flughafen tätig. Alle Ihre Voraussetzungen erfülle ich und bin bereit, den operativen Bereich ‚Terminalmanager‘ durch meine Fachkenntnisse und sozialen Kompetenzen mit großer Freude zu unterstützen.

Teamfähigkeit, Zuverlässigkeit sowie Flexibilität gehören zu meinen Stärken. Bedingt durch meine jahrelange Erfahrung im Sicherheitsbereich und den sicheren Umgang mit Menschen sehe ich mich für diese Position geeignet. Ich würde mich außerordentlich freuen, wenn ich Ihnen in einem persönlichen Gespräch meine Stärken deutlich machen dürfte.

Für weitere Fragen stehe ich Ihnen jederzeit zur Verfügung.

...“

Die Beklagte unterrichtete den Betriebsrat über die Besetzungen der Stellen mit dem Kläger und zwei anderen Arbeitnehmern. Der Betriebsrat stimmte den Stellenbesetzungen zu. Daraufhin wandte sich die Beklagte mit Schreiben 8

vom 26. Juli 2017 unter dem Betreff „Stellenausschreibung Terminalmanager/in“ an den Kläger. Dieses Schreiben lautet:

„...“

Sie haben sich für die Position im Terminalmanagement beworben. Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu dürfen, dass wir uns für Sie entschieden haben.

Eine Unterweisung erfolgt in Kürze durch die Betriebsleitung.

Wir freuen uns auf eine weitere gute Zusammenarbeit.

Für eventuelle Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

...“

Nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens entschloss sich die Beklagte, davon abzusehen, einen Einsatzleiter oder Terminalmanager zu beschäftigen. Der Kläger verrichtete jedenfalls nach dem 4. August 2017 keine Tätigkeiten als Terminalmanager. 9

Am 14. August 2019 trafen die Parteien eine Vereinbarung über den Umfang der Arbeitszeit des Klägers und ihre Verteilung auf die Tage von Montag bis Freitag. 10

Der Kläger hat behauptet, am 4. August 2017 auf Veranlassung des Betriebsleiters der Beklagten als Terminalmanager gearbeitet zu haben. Das ergebe sich aus einer E-Mail vom selben Tag, die er an den Betriebsleiter der Beklagten gerichtet habe. 11

Der Kläger hat gemeint, er habe sich mit der Beklagten auf eine Beschäftigung als Terminalmanager verständigt. In seiner Bewerbung liege ein Angebot, den bestehenden Arbeitsvertrag zu ändern. Dieses Angebot habe die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 26. Juli 2017 angenommen. Die Vertragsänderung sei wirksam. Ihr stehe nicht das Schriftformerfordernis nach § 2 Abs. 2 Satz 2 MTV Aviation entgegen, weil es nur deklaratorischen Charakter habe. 12

Zudem habe die Beklagte mit dem Nachtrag zum Arbeitsvertrag vom 16. Juli 2015 den Kreis der nach § 37 Abs. 4 BetrVG mit dem Kläger auf der ersten Führungsebene vergleichbaren Arbeitnehmer anerkannt. Mit Blick darauf habe der Kläger aus § 37 Abs. 5 BetrVG auch Anspruch darauf, tatsächlich auf 13

der ersten Führungsebene beschäftigt zu werden. Dazu gehöre die Position eines Terminalmanagers.

Mit seiner Klage hat der Kläger zunächst die Beschäftigung als Terminalmanager (Einsatzleiter) verlangt. Auf Nachfrage des Arbeitsgerichts hat er seinen Antrag dahin umgestaltet, dass er die Beschäftigung nur an den Tagen ohne Freistellung nach § 38 BetrVG geltend mache. Nach dem Ende der teilweisen Freistellung ist der Kläger in der Berufungsinstanz außerhalb der Frist zur Anschlussberufung zu seinem ursprünglich gestellten Antrag zurückgekehrt. 14

Zuletzt hat der Kläger beantragt, 15
die Beklagte zu verurteilen, ihn als Terminalmanager (Einsatzleiter) zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat bestritten, 16
dass der Kläger am 4. August 2017 als Terminalmanager gearbeitet habe. Er habe dokumentiert, an diesem Tag Betriebsratsarbeit versehen zu haben.

Nach Auffassung der Beklagten sei der Vertrag nicht geändert worden. 17
Jedenfalls sei eine mögliche Vertragsänderung aufgrund der Regelung in § 2 Abs. 2 Satz 2 MTV Aviation nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. Die Tarifnorm beinhalte ein konstitutives Schriftformerfordernis, dem die Erklärungen der Parteien nicht genügten.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, den Kläger über die Freistellung nach § 38 BetrVG von derzeit drei Arbeitstagen pro Woche hinaus als Terminalmanager (Einsatzleiter) zu beschäftigen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Kläger - nach dem Ende der teilweisen Freistellung - ohne Einschränkung als Terminalmanager (Einsatzleiter) zu beschäftigen ist. Die Parteien hätten den Arbeitsvertrag einvernehmlich geändert. Dem stünden die Formerfordernisse in Tarif- und Arbeitsvertrag nicht entgegen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte weiterhin das Ziel, dass die Klage abgewiesen wird. 18

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Vorinstanzen haben der Klage zu Unrecht stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Beklagte nicht verurteilt werden, den Kläger als Terminalmanager (Einsatzleiter) zu beschäftigen. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist der Arbeitsvertrag der Parteien nicht einvernehmlich durch schriftliche Erklärungen der Parteien geändert worden. Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung dieser Erklärungen hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Urteil ist nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO). Der Kläger kann seinen Anspruch nicht auf § 37 Abs. 5 BetrVG stützen. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst nach § 563 Abs. 3 ZPO entscheiden. Eine Vertragsänderung kann konkludent dadurch zustande gekommen sein, dass der Kläger am 4. August 2017 mit Wissen der Beklagten als Terminalmanager (Einsatzleiter) tätig wurde. Das Landesarbeitsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). 19

A. Die Klage ist zulässig. Der Kläger konnte seinen Klageantrag in der Berufungsinstanz umstellen und verlangen, als Terminalmanager (Einsatzleiter) an allen Tagen beschäftigt zu werden, ohne weiterhin die Tage auszuklammern, an denen er freigestellt war, um Betriebsrattätigkeit zu versehen. Er musste sich dazu nicht der Berufung der Beklagten anschließen. 20

I. Das Landesarbeitsgericht hat offengelassen, ob es sich bei der Umstellung des Antrags um einen privilegierten Fall des § 264 Nr. 2 ZPO oder um eine Klageänderung iSv. § 263 ZPO handelt. Die Voraussetzungen einer Klageänderung in der Berufungsinstanz nach § 533 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG seien gegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Klageänderung ausdrücklich für zulässig gehalten und über den Antrag in der Sache entschieden. In entsprechender Anwendung von § 268 ZPO ist in der Revisionsinstanz nicht mehr zu prüfen, ob eine Klageänderung gegeben und ggf. zulässig ist (*BAG 24. Februar* 21

2021 - 10 AZR 8/19 - Rn. 36; 21. Juli 2020 - 3 AZR 142/16 - Rn. 30; 22. August 2018 - 5 AZR 592/17 - Rn. 14).

II. Dem vorgelagert ist die Frage, ob der Kläger wirksam ein (Anschluss-) Rechtsmittel eingelegt hat (vgl. BAG 19. November 2019 - 3 AZR 144/18 - Rn. 18 ff.). Im Ausgangspunkt kann ein Kläger seine Klage in der Berufungsinstanz nur ändern, wenn er Rechtsmittelführer ist. Das gilt unabhängig davon, ob die Klageänderung nach § 263 ZPO zu beurteilen ist oder ob es sich um einen privilegierten Fall nach § 264 Nr. 2 ZPO handelt. Auch der in erster Instanz obsiegende Kläger muss sich der Berufung der Gegenseite anschließen, wenn er eine Klageerweiterung vornehmen oder neue Ansprüche einführen und sich damit nicht nur auf die Abwehr der Berufung beschränken will. Geht das Begehren des in erster Instanz erfolgreichen Klägers dagegen nicht darüber hinaus, was bereits erstinstanzlich zuerkannt wurde, ist es nur darauf gerichtet, die Berufung abzuwehren. In diesem Fall ist es nicht erforderlich, Anschlussberufung einzulegen (vgl. BAG 5. Juni 2019 - 10 AZR 100/18 (F) - Rn. 17, 19, BAGE 167, 36; BGH 7. Mai 2015 - VII ZR 145/12 - Rn. 28 f.).

III. Die Umstellung des Antrags dahin, dass der Kläger die Beschäftigung als Terminalmanager (Einsatzleiter) uneingeschränkt verlangt, ohne die Tage der Freistellung für die Betriebsratstätigkeit auszuklammern, erforderte nicht, dass der Kläger Anschlussberufung einlegte. In der Umstellung des Klageantrags lag keine Erweiterung der Klage. Der Kläger verfolgte sein ursprüngliches Begehren weiter und beschränkte sich darauf, die Berufung der Beklagten abzuwehren.

1. Der Kläger hat von Anfang an die vertragsgemäße Beschäftigung an den Tagen verlangt, an denen er zur Arbeitsleistung herangezogen werden konnte. Ihm ging es nur darum, die Art der Beschäftigung zu klären, dh. zu ermitteln, mit welchen Tätigkeiten er als Arbeitnehmer zu beschäftigen ist. Umfang und Lage der Arbeitszeit waren unstrittig. Das ergibt die Auslegung der Klageanträge unter Berücksichtigung der Anforderungen der Rechtsprechung an ihre Bestimmtheit.

2. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO verlangt, dass die Klageschrift neben der bestimmten Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs auch einen bestimmten Antrag enthält. Damit wird zum einen der Streitgegenstand abgegrenzt, zum anderen wird eine Voraussetzung für die ggf. erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen. Gemessen an diesen Zielen ist ein Klageantrag grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt und das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt. Schließlich muss der Antrag eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lassen. Unklarheiten über den Inhalt der Verpflichtung dürfen deshalb nicht aus dem Erkenntnisverfahren in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden. Dessen Aufgabe ist es zu klären, ob der Schuldner einer festgelegten Verpflichtung nachgekommen ist, nicht aber, worin sie besteht (*BAG 31. Mai 2012 - 3 AZB 29/12 - Rn. 15; 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 16, BAGE 130, 195; 28. Februar 2003 - 1 AZB 53/02 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 105, 195*).

25

3. Bei einer auf Beschäftigung gerichteten Klage muss demnach einerseits für den Prozessgegner aus rechtsstaatlichen Gründen erkennbar sein, in welchen Fällen er mit einem Zwangsmittel zu rechnen hat, wenn er die ausgerichtete Verpflichtung nicht erfüllt. Andererseits erfordern das Rechtsstaatsprinzip und das daraus folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes, dass materiell-rechtliche Ansprüche effektiv durchgesetzt werden können (*BAG 3. Dezember 2019 - 9 AZR 78/19 - Rn. 11 mwN, BAGE 169, 26; 25. Januar 2018 - 8 AZR 524/16 - Rn. 67; zu dem Gebot effektiven Rechtsschutzes BVerfG 12. Februar 1992 - 1 BvL 1/89 - zu C I der Gründe, BVerfGE 85, 337*). Deshalb müssen der Klageantrag und der darauf ggf. ergehende Vollstreckungstitel verdeutlichen, um welche Art der Beschäftigung es geht. Aus materiell-rechtlichen Gründen können Antrag und Titel allerdings nicht so genau sein, dass sie auf eine ganz bestimmte im Einzelnen beschriebene Tätigkeit oder Stelle zugeschnitten sind. Mit Blick auf das Weisungsrecht nach § 106 GewO hat der Arbeitnehmer darauf regelmäßig

26

keinen Anspruch. Soweit nicht die Ausübung dieses Weisungsrechts im Einzelfall Gegenstand des Erkenntnisverfahrens ist, gibt es keine rechtliche Handhabe, um den Arbeitgeber durch einen Beschäftigungsausspruch zu der Beschäftigung des Arbeitnehmers in einer bestimmten, eng begrenzten Weise zu verpflichten. Einzelheiten hinsichtlich der Art der Beschäftigung oder der sonstigen Arbeitsbedingungen muss der Klageantrag daher nicht enthalten (vgl. BAG 5. Februar 2020 - 10 AZB 31/19 - Rn. 24 mwN; 25. Januar 2018 - 8 AZR 524/16 - aaO; 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 19 f., BAGE 130, 195). Dies widerspricht nicht dem Verbot, Unklarheiten über den Inhalt der Verpflichtung aus dem Erkenntnisverfahren in das Vollstreckungsverfahren zu verlagern. Auch wenn die Aufgabe des Vollstreckungsverfahrens nicht darin liegt zu klären, worin die Verpflichtung des Vollstreckungsschuldners besteht, entbindet das Gebot effektiven Rechtsschutzes das Vollstreckungsgericht nicht von der Aufgabe, eine möglicherweise schwierige Klärung der Frage herbeizuführen, ob die aus einem Titel folgende Verpflichtung erfüllt wurde (BAG 31. Mai 2012 - 3 AZB 29/12 - Rn. 16 mwN).

4. Ist Streitgegenstand allein die Art der Beschäftigung und nicht (auch) der Umfang der Arbeitszeit oder deren Lage, genügt es, wenn der Klageantrag das Berufsbild enthält, nach dem der Arbeitnehmer beschäftigt werden soll, oder sich in vergleichbarer Weise ergibt, worin die Tätigkeit bestehen soll. Weitere Angaben sind im Klageantrag nicht erforderlich (BAG 5. Februar 2020 - 10 AZB 31/19 - Rn. 24; 25. Januar 2018 - 8 AZR 524/16 - Rn. 67; 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 19 f., BAGE 130, 195; zu dem Umfang der Arbeitszeit BAG 2. November 2016 - 10 AZR 419/15 - Rn. 11 ff.; zu der Lage der Arbeitszeit BAG 9. April 2014 - 10 AZR 637/13 - Rn. 27 ff., BAGE 148, 16). Der Beschäftigungsanspruch ist zwingend zukunftsgerichtet (vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 67/18 - Rn. 44, BAGE 163, 24; 13. Dezember 2017 - 7 AZR 369/16 - Rn. 32, BAGE 161, 179; 18. Oktober 2017 - 10 AZR 47/17 - Rn. 12, BAGE 160, 325; 2. November 2016 - 10 AZR 419/15 - Rn. 14; 13. Juni 1985 - 2 AZR 410/84 - zu C der Gründe). Mit Blick auf das verfassungsrechtlich verbürgte Gebot effektiven Rechtsschutzes muss eine Möglichkeit bestehen, diesen zukunftsbezogenen Anspruch wirksam durchzusetzen. Dem liefe es zuwider, wenn bei einer Beschäfti-

27

gungsklage, die allein die Art der Beschäftigung zum Gegenstand hat, weiter gehende Anforderungen an den Inhalt des Antrags gestellt würden. Sie führten dazu, dass die Bindungswirkung eines stattgebenden Beschäftigungsurteils endete, sobald der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht nach § 106 Satz 1 GewO Gebrauch machte, auch wenn nur ein nicht streitbefangener Aspekt betroffen wäre (zu der Bindungswirkung eines stattgebenden Beschäftigungsurteils BAG 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 16, BAGE 135, 239; ebenso BAG 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - Rn. 45; 23. September 2014 - 9 AZR 1100/12 - Rn. 12).

5. Macht ein nach § 38 Abs. 1 Satz 3 BetrVG teilweise freigestellter Arbeitnehmer ausschließlich die Art der Beschäftigung klageweise geltend, unterliegt der Klageantrag keinen weiter gehenden Anforderungen. 28

a) Der Arbeitnehmer will die Art der Beschäftigung für die Zeit geklärt wissen, während derer eine Arbeitspflicht besteht. Die Situation ist vergleichbar mit der Teilzeitbeschäftigter. Auch sie können die Beschäftigung nur im Umfang ihrer individuell vereinbarten Arbeitszeit verlangen. Bei einem Streit über die Art der Beschäftigung ist es hier ebenfalls nicht erforderlich, Einzelheiten zu dem Umfang und der Lage der Arbeitszeit in den Antrag aufzunehmen. 29

b) Einschränkungen des Klageantrags sind nicht mit Blick auf das für eine Klage erforderliche Rechtsschutzinteresse geboten. Für eine im Antrag nicht ausdrücklich auf die Tage mit Arbeitspflicht beschränkte Klage eines teilweise freigestellten Arbeitnehmers auf Beschäftigung besteht insgesamt ein Rechtschutzbedürfnis. Bei einer Teilfreistellung ist die Arbeitspflicht nicht vollständig suspendiert. Eine Klage auf Beschäftigung bezieht sich nur auf die Tage mit bestehender Arbeitspflicht. Die Rechtsprechung des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts steht der hier gefundenen Lösung deshalb nicht entgegen. Danach fehlt der Beschäftigungsklage eines vollständig nach § 38 Abs. 1 BetrVG freigestellten Arbeitnehmers, der die Verurteilung des Arbeitgebers verlangt, ihn mit bestimmten Tätigkeiten zu beschäftigen oder nicht zu beschäftigen, grundsätzlich das berechtigte Interesse, die Gerichte für Arbeitssachen in Anspruch zu nehmen (BAG 23. September 2014 - 9 AZR 1100/12 - Rn. 10). 30

6. Nach diesen Maßstäben hat der Kläger durchgehend verlangt, ihn bei bestehender Arbeitspflicht vertragsgemäß zu beschäftigen. In seiner Klageschrift hat er den Antrag angekündigt, die Beklagte zu verurteilen, ihn als Terminalmanager (Einsatzleiter) zu beschäftigen. Obwohl er im Zeitpunkt der Klageerhebung teilweise freigestelltes Betriebsratsmitglied war, hat er sein Begehren uneingeschränkt verfolgt. Nur aufgrund der Nachfrage des Arbeitsgerichts in der mündlichen Verhandlung nach der Teilfreistellung hat der Kläger den Klageantrag ergänzt und die Tage der Freistellung ausgeklammert. Andere Gründe, die zu der Ergänzung des Klageantrags geführt haben, sind nicht ersichtlich. Damit hat der Kläger sein Begehren nicht eingeschränkt, sondern lediglich klargestellt, dass es ihm um die Beschäftigung an Tagen mit bestehender Arbeitspflicht ging. Konsequenz hat er den illustrierenden Zusatz entfernt, nachdem die Arbeitspflicht mit dem Ende der Teilfreistellung wieder in vollem Umfang aufgelebt war. 31

B. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht der Klage nicht stattgeben. Seine Annahme, die Parteien hätten den Arbeitsvertrag einvernehmlich mit dem Inhalt der vom Kläger verlangten Tätigkeit geändert, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Beklagte hat mit ihrer Revision zwar nur die Auslegung des tarifvertraglichen Schriftformerfordernisses nach § 2 Abs. 2 MTV Aviation durch das Landesarbeitsgericht angegriffen. Sie rügt jedoch die Verletzung materiellen Rechts. Der Senat hat die materiell-rechtliche Lage in vollem Umfang zu überprüfen. Das Revisionsgericht ist nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 557 Abs. 3 Satz 1 ZPO nicht an die vorgebrachten materiellen Revisionsgründe gebunden. 32

I. Im Arbeitsverhältnis besteht grundsätzlich ein Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung (*BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 47/17 - Rn. 15, BAGE 160, 325*). Rechtsgrundlage hierfür sind § 611a Abs. 1, § 613 BGB iVm. der Generalklausel des § 242 BGB, die durch die Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG ausgefüllt wird (*vgl. BAG 21. Februar 2017 - 1 AZR 367/15 - Rn. 19 mwN, BAGE 158, 148*). 33

II. Nach dem Arbeitsvertrag vom 24. November 2003 ist vereinbart, dass der Kläger als Fluggastkontrolleur zu beschäftigen ist. 34

III. Diese Vereinbarung haben die Parteien nicht durch eine ausdrückliche Abrede dahin geändert, dass der Kläger als Terminalmanager (Einsatzleiter) einzusetzen ist. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts liegen in den schriftlichen Erklärungen der Parteien keine auf die Änderung des Arbeitsvertrags gerichteten Willenserklärungen. 35

1. Verträge kommen durch auf den Vertragsschluss gerichtete, einander entsprechende Willenserklärungen zustande, indem das Angebot („der Antrag“) der einen Vertragspartei nach §§ 145 ff. BGB von der anderen Vertragspartei angenommen wird. Eine Willenserklärung ist eine Äußerung, die darauf gerichtet ist, einen rechtsgeschäftlichen Erfolg herbeizuführen. Sie kann nicht nur durch eine ausdrückliche Erklärung, sondern auch durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden (*Realofferte und deren konkludente Annahme; BAG 19. Dezember 2018 - 7 AZR 70/17 - Rn. 23, BAGE 164, 370; 14. Dezember 2016 - 7 AZR 717/14 - Rn. 17; 12. Juli 2016 - 9 AZR 51/15 - Rn. 19; 9. April 2014 - 10 AZR 590/13 - Rn. 26*). Ein Antrag auf Abschluss eines Vertrags iSv. § 145 BGB kann nur dann angenommen werden, wenn die Erklärung - aus der Sicht des Adressaten - mit dem Willen zur rechtlichen Bindung abgegeben wird. Dagegen ist eine bloße Aufforderung zur Abgabe von Angeboten gegeben, wenn eine rechtsgeschäftliche Bindung erkennbar noch nicht gewollt ist, sich der Erklärende einen Vertragsabschluss also noch vorbehält (*BAG 14. Dezember 2016 - 7 AZR 717/14 - Rn. 20; BGH 4. Februar 2009 - VIII ZR 32/08 - Rn. 12, BGHZ 179, 319*). 36

2. Ob eine Äußerung oder ein Verhalten als Willenserklärung zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Nach §§ 133, 157 BGB sind Willenserklärungen und Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten, wobei vom Wortlaut auszugehen ist. Auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände sind einzubeziehen, um den wirklichen Willen der Parteien zu ermitteln, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Vor allem sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem 37

vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt. Haben alle Beteiligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinn verstanden, geht der wirkliche Wille dem Wortlaut des Vertrags und jeder anderen Interpretation vor. Er setzt sich selbst gegenüber einem völlig eindeutigen Vertragswortlaut durch. Diese Grundsätze sind auch anzuwenden bei der Frage, ob ein bestimmtes willentliches Verhalten eine Willenserklärung darstellt (*BAG 19. Dezember 2018 - 7 AZR 70/17 - Rn. 23 mwN, BAGE 164, 370; 14. Dezember 2016 - 7 AZR 717/14 - Rn. 17 mwN*).

3. Die revisionsrechtliche Prüfungsdichte für eine vom Landesarbeitsgericht gefundene Auslegung hängt davon ab, ob eine individuelle Willenserklärung oder eine typische Erklärung gegeben ist. Die Auslegung individueller Willenserklärungen kann das Revisionsgericht nur darauf überprüfen, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt, gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat. Die Auslegung typischer Erklärungen unterliegt dagegen einer unbeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle (*st. Rspr., zB BAG 19. November 2019 - 3 AZR 332/18 - Rn. 18 f.*). Das Revisionsgericht darf bei einer unterlassenen oder fehlerhaften Auslegung nichttypischer Willenserklärungen die Auslegung nur dann selbst vornehmen, wenn das Landesarbeitsgericht den erforderlichen Sachverhalt vollständig festgestellt hat und kein weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien zu erwarten ist. Diese Voraussetzungen gelten auch, wenn es - wie im Streitfall - um die Frage geht, ob überhaupt eine Willenserklärung gegeben ist (*BAG 19. Dezember 2018 - 7 AZR 70/17 - Rn. 24 mwN, BAGE 164, 370; 14. Dezember 2016 - 7 AZR 717/14 - Rn. 18 mwN*).

4. Nach diesen Grundsätzen ist die Auslegung des Landesarbeitsgerichts, die interne Stellenausschreibung der Beklagten sei nicht als Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrags zu werten, nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat die Erklärung rechtsfehlerfrei gewürdigt. Es hat alle wesentlichen Tatsachen berücksichtigt. Zutreffend hat es angenommen, dass sich die Beklagte mit der internen Ausschreibung erkennbar nicht habe binden wollen, sondern nur beabsichtigt habe, Interessierte zu einer Bewerbung zu motivieren

(sog. *invitatio ad offerendum*). Das Landesarbeitsgericht hat nachvollziehbar ausgeführt, es sei regelmäßig und auch im Streitfall erkennbar, dass sich ein Arbeitgeber bei einer Stellenausschreibung offenhalten wolle, ob und ggf. mit welchem von mehreren Bewerbern er eine ausgeschriebene Stelle besetze.

5. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kann die Bewerbung des Klägers vom 30. Juni 2017 nicht als ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Änderungsvertrags angesehen werden. Die vorgenommene Auslegung hält der eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 40

a) Bewerbungen sind in aller Regel nichts anderes als Einladungen des Bewerbers an die andere Seite, ihm ihrerseits ein entsprechendes Vertragsangebot zu unterbreiten, das der Bewerber dann annehmen kann (*BAG 17. Dezember 1997 - 5 AZR 332/96 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 87, 311*). Dies gilt vor allem mit Blick darauf, dass es möglich und nicht unüblich ist, sich zeitgleich um verschiedene Stellen zu bewerben. Ein Arbeitnehmer wird sich in diesem Fall nicht gleichzeitig hinsichtlich unterschiedlicher Stellen rechtlich binden wollen. Das Interesse an einem Vertragsschluss ist nicht gleichzusetzen mit den für einen Vertragsschluss erforderlichen Willenserklärungen mit Rechtsbindungswillen. 41

b) Das Landesarbeitsgericht schließt unzutreffend von den geringeren Anforderungen, die aus seiner Sicht an den Inhalt eines Änderungsangebots in einem bestehenden Arbeitsverhältnis zu stellen sind, auf ein Änderungsangebot. Dabei übersieht es, dass die inhaltlichen Anforderungen an ein Angebot nicht gleichzusetzen sind mit dem Rechtsbindungswillen der erklärenden Partei. Fehlen die wesentlichen Vertragsbedingungen in einer Erklärung, lässt das zwar den Schluss zu, dass ein Angebot iSv. § 145 BGB nicht gegeben ist (*vgl. BAG 6. Mai 1998 - 5 AZR 235/97 - zu A I der Gründe*). Bei abgesenkten Anforderungen an den Inhalt eines Angebots kann aber nicht allein deshalb auf ein bindendes Angebot iSv. § 145 BGB geschlossen werden. Vielmehr ist es auch in diesem Fall erforderlich zu prüfen, ob ein Wille des Erklärenden, sich rechtlich zu binden, aus Sicht des Adressaten angenommen werden kann. 42

- c) Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang unbeachtet gelassen, dass die Erklärung des Klägers nicht beinhaltet, zu welchem Zeitpunkt die Vertragsänderung wirksam werden soll. Unabhängig von der Frage, welchen inhaltlichen Anforderungen ein Änderungsangebot im bestehenden Arbeitsverhältnis hinsichtlich des Umfangs der Arbeitszeit und der Vergütung unterliegt, muss zumindest im Weg der Auslegung zu ermitteln sein, zu welchem Zeitpunkt die Änderung eintreten soll (*zu dem Mindestinhalt einer auf Abschluss eines Arbeitsvertrags gerichteten Willenserklärung BAG 18. September 2018 - 9 AZR 20/18 - Rn. 18*). Ein solcher Zeitpunkt ist im Schreiben des Klägers nicht genannt. Er lässt sich auch nicht durch Auslegung ermitteln, selbst wenn die Stellenausschreibung zu Hilfe genommen wird. Auch dort ist kein Datum angegeben, ab welchem Zeitpunkt die ausgeschriebene Stelle besetzt werden soll. 43
- d) Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht den vollständig festgestellten Sachverhalt nicht umfassend gewürdigt. Es hat das Bewerbungsschreiben des Klägers nur zum Teil herangezogen. Bei vollständiger inhaltlicher Würdigung hätte es nicht annehmen dürfen, dass darin ein Angebot auf Vertragsänderung iSv. § 145 BGB liegt. Es hat weder dem Betreff des Schreibens „Bewerbung als Terminalmanager“ noch der Mitteilung, dass der Kläger sich außerordentlich freue, seine Stärken in einem persönlichen Gespräch deutlich machen zu dürfen, Beachtung geschenkt. 44
- aa) Der Betreff eines Schreibens macht deutlich, welchen Zweck der Erklärende mit ihm in erster Linie verfolgt. Demnach ging es dem Kläger mit seinem Schreiben darum, sich um die ausgeschriebene Stelle zu bemühen, sich und seine Arbeitskraft für die Position zur Verfügung zu stellen (*vgl. Duden Das Synonymwörterbuch 7. Aufl. Stichworte „sich bewerben“ und „Bewerbung“; Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl. Stichworte „bewerben“ und „Bewerbung“*). Aus dem weiteren Inhalt des Schreibens ergibt sich, dass der Kläger lediglich seine Bereitschaft erklärt hat, die Funktion zu bekleiden. Er zählt seine beruflichen Erfahrungen auf, stellt seine Kompetenzen dar und teilt mit, das Anforderungsprofil zu erfüllen und für die Stelle geeignet zu sein. 45

- bb) Besonders deutlich wird der fehlende Rechtsbindungswille des Klägers, wenn er erklärt, sich über eine Einladung zu einem Gespräch zu freuen. Er bringt damit die Hoffnung zum Ausdruck, die Arbeitgeberseite von sich überzeugen zu können. Für den objektiven Empfänger ergibt sich damit, dass der Kläger mit seinem Schreiben den ersten Schritt in einem mehrstufigen Stellenbesetzungsverfahren getan hat. 46
- cc) Keine Aussage zum Rechtsbindungswillen des Klägers lässt sich dem Satz entnehmen, wonach der Kläger für weitere Fragen jederzeit zur Verfügung stehe. 47
6. Ebenso wenig liegt im Antwortschreiben der Beklagten vom 26. Juli 2017 eine auf eine Vertragsänderung gerichtete Willenserklärung. Auch insoweit hält die Auslegung des Landesarbeitsgerichts der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Es hat den Sachverhalt zwar umfassend festgestellt, aber das Schreiben inhaltlich nicht vollständig gewürdigt. 48
- a) Nicht einbezogen hat das Landesarbeitsgericht den Betreff des Schreibens, der mit „Stellenausschreibung Terminalmanager/in“ wiedergegeben ist. Die Formulierung spricht nicht für die vom Landesarbeitsgericht angenommene Vertragsänderung. Weder ist im Betreff die Änderung des Arbeitsvertrags noch der Beginn der neuen Tätigkeit benannt. 49
- b) Der weitere Inhalt des Schreibens lässt in der Gesamtschau vielmehr den Schluss zu, dass die Beklagte dem Kläger ihre Auswahlentscheidung mitteilen und ihn über das weitere Vorgehen in Kenntnis setzen wollte. 50
- aa) Der Formulierung „für Sie entschieden“ lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte ihr Einverständnis mit der Beschäftigung des Klägers im Sinn eines Vertragsangebots erklärt hat. „Sich entscheiden“ bedeutet, „nach Prüfen, Vergleichen oder kurzem Besinnen in einem Entschluss seine Wahl auf jemanden, etwas festzulegen“ (<https://www.duden.de/rechtschreibung/entscheiden>, zuletzt abgerufen am 23. März 2021), „zwischen mehreren Möglichkeiten zu wählen, eine Entscheidung zu treffen“ (*Duden Das Bedeutungswörterbuch 5. Aufl. Stichwort „entscheiden“*). In der Gesamtschau mit dem Betreff ergibt sich daraus, dass 51

die Beklagte das Bewerbungsverfahren abschließen und sein Ergebnis mitteilen wollte.

bb) Für eine Erklärung mit Rechtsbindungswillen spricht auch nicht die Mitteilung, dass eine Unterweisung in Kürze erfolge. Im Zusammenhang gewürdigt ergibt sich daraus das weitere Vorgehen in dem Verfahren der Stellenbesetzung. Die Beklagte greift damit den in der Stellenausschreibung dargestellten zeitlichen Ablauf auf. Dort heißt es, dass die zu besetzende Position „nach einer Unterweisung“ angeboten werde. Gerade die zeitlich unbestimmte Formulierung „in Kürze“ deutet darauf hin, dass die Beklagte lediglich die weitere Abfolge darstellt. Der Annahme einer auf Änderung des Arbeitsvertrags gerichteten Willenserklärung steht entscheidend entgegen, dass ein konkreter Zeitpunkt, zu dem die Unterweisung durchgeführt werden soll, nicht genannt ist. 52

cc) Soweit das Landesarbeitsgericht die von der Beklagten zum Ausdruck gebrachte Freude auf eine weitere gute Zusammenarbeit dahin versteht, dass mit der weiteren Zusammenarbeit nur die Tätigkeit des Klägers als Terminalmanager gemeint sein könne, mag diese Schlussfolgerung zutreffen. Ein bindendes Vertragsangebot lässt sich daraus jedoch nicht herleiten. Mit der erklärten Freude über die weitere gute Zusammenarbeit ist letztlich die Hoffnung verbunden, dass der Kläger die Stelle antreten und es zu einer entsprechenden Änderung des Arbeitsvertrags kommen wird. 53

dd) Die Mitteilung, für Rückfragen gerne zur Verfügung zu stehen, lässt ebenfalls keinen Schluss auf einen Rechtsbindungswillen der Beklagten zu. 54

C. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO). Der Kläger kann die geltend gemachte Beschäftigung als Terminalmanager (Einsatzleiter) nicht auf § 37 Abs. 5 BetrVG stützen. Um die Klage in der Berufungsinstanz wirksam um diesen neuen Streitgegenstand erweitern zu können, hätte der Kläger fristgerecht Anschlussberufung einlegen müssen. Mit dem Schriftsatz vom 14. November 2019 hat der Kläger die Frist zur Anschließung nicht gewahrt. 55

- I. Nach dem für den Zivil- und den Arbeitsgerichtsprozess geltenden sog. zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff wird der Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens durch den konkret gestellten Antrag (Klageantrag) und den ihm zugrunde liegenden Lebenssachverhalt (Klagegrund) bestimmt. Zum Klagegrund gehören alle Tatsachen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören. Vom Streitgegenstand werden damit alle materiell-rechtlichen Ansprüche erfasst, die sich im Rahmen des gestellten Antrags aus dem zur Entscheidung unterbreiteten Lebenssachverhalt herleiten lassen (*BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 507/18 - Rn. 20; 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 11, BAGE 164, 201*). 56
- II. Indem der Kläger seinen Anspruch in der Berufungsinstanz erstmals auch auf § 37 Abs. 5 BetrVG gestützt hat, hat er einen weiteren Streitgegenstand in den Rechtsstreit eingeführt. Dieses verfolgte Prozessziel ist nicht darauf gerichtet, entsprechend dem einvernehmlich geänderten Arbeitsvertrag beschäftigt zu werden. Der Kläger verlangt die Beschäftigung, um die betriebsübliche berufliche Entwicklung nach dem Ende der Teilfreistellung nachzuholen. Dem betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch liegt ein anderer Lebenssachverhalt zugrunde. Es geht nicht um rechtsgeschäftliche Erklärungen der Parteien, sondern darum, wie sich die berufliche Entwicklung von Arbeitnehmern, die mit dem Kläger vergleichbar sind, bei der Beklagten üblicherweise vollzieht. 57
- III. Für die darin liegende Erweiterung der Klage ist es erforderlich, dass der Kläger (Anschluss-)Rechtsmittelführer ist. Als erstinstanzlich obsiegende Partei hätte er sich der Berufung der Beklagten anschließen müssen. Die Erklärung im Schriftsatz vom 14. November 2019 genügt dem nicht. Mit ihr hat der Kläger die nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO, § 66 Abs. 1 Satz 3 ArbGG zu beachtende Frist nicht gewahrt. Dem Prozessbevollmächtigten des Klägers ist die Berufungsbegründung mit dem Hinweis auf § 66 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausweislich des Empfangsbekanntnisses am 18. Februar 2019 zugestellt worden. Der Kläger hätte sich der Berufung der Beklagten daher spätestens am 18. März 2019 schriftsätzlich anschließen müssen. 58

D. Auf der Grundlage des vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalts kann der Senat in der Sache nicht selbst entscheiden. Aus seiner Sicht konsequent hat das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Kläger mit Wissen der Beklagten am 4. August 2017 als Terminalmanager (Einsatzleiter) arbeitete. Es hat nicht geprüft, ob der Arbeitsvertrag dadurch konkludent geändert wurde. Deshalb ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). 59

I. Verträge kommen nicht nur durch ausdrückliche Erklärungen, sondern auch durch übereinstimmendes schlüssiges Verhalten zustande (*Realofferte und deren konkludente Annahme; BAG 19. Dezember 2018 - 7 AZR 70/17 - Rn. 23, BAGE 164, 370; 14. Dezember 2016 - 7 AZR 717/14 - Rn. 17; 12. Juli 2016 - 9 AZR 51/15 - Rn. 19; 9. April 2014 - 10 AZR 590/13 - Rn. 26*). Eine konkludente Vereinbarung setzt ein schlüssiges Verhalten voraus, aus dem die andere Partei ein Vertragsangebot entnehmen kann, das sie ihrerseits - durch schlüssiges Verhalten oder ausdrücklich - annehmen kann (*BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 51/15 - Rn. 19; 27. Juni 2006 - 3 AZR 151/05 - Rn. 26*). Der Arbeitnehmer kann dem Arbeitgeber den Abschluss eines Arbeitsvertrags im Weg einer Realofferte dadurch anbieten, dass er Arbeit leistet. Nimmt der Arbeitgeber die Arbeitsleistung wissentlich und widerspruchslos entgegen, kann darin die Annahme eines Angebots des Arbeitnehmers liegen (*vgl. BAG 9. April 2014 - 10 AZR 590/13 - Rn. 25; 8. April 2014 - 9 AZR 856/11 - Rn. 38*). 60

II. Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Arbeitgeber oder ein zum Abschluss von Arbeitsverträgen berechtigter Vertreter ihn wissentlich beschäftigt hat. Das entspricht dem allgemeinen Grundsatz, nach dem derjenige, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei der Frage, ob der Arbeitgeber oder sein Vertreter Kenntnis von der Beschäftigung hat, um eine in seiner Sphäre liegende „innere Tatsache“ handelt. Diesem Umstand ist durch die Grundsätze der abgestuften Darlegungslast Rechnung zu tragen. Es genügt zunächst, dass der Arbeitnehmer einen Sachverhalt vorträgt, der erkennen lässt, dass der Arbeitgeber 61

oder dessen Vertreter über eine entsprechende Kenntnis verfügte. Der Arbeitgeber muss sich auf diesen Vortrag nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen einlassen. Er kann einzelne Tatsachen konkret bestreiten oder Umstände vorbringen, die den Sachverhalt in einem anderen Licht erscheinen lassen. Trägt der Arbeitgeber nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Gelingt es dem Arbeitgeber, die vom Arbeitnehmer vorgetragene Tatsache für eine Kenntnis von der Beschäftigung zu entkräften, bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Arbeitnehmer die Kenntnis des Arbeitgebers oder seines Vertreters von der Beschäftigung auf der letzten Stufe darlegen und - wenn nötig - beweisen muss (vgl. zu § 24 BBiG BAG 20. März 2018 - 9 AZR 479/17 - Rn. 32 mwN, BAGE 162, 124).

III. Nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist offen, ob der Kläger zum einen am 4. August 2017 tatsächlich als Terminalmanager (Einsatzleiter) gearbeitet hat. Zum anderen ist nicht festgestellt, ob er diese Tätigkeit mit Kenntnis eines zum Abschluss von Änderungsverträgen berechtigten Vertreters der Beklagten aufgenommen hat. 62

1. Das Landesarbeitsgericht hat im streitigen Tatbestand wiedergegeben, der Kläger habe behauptet, am 4. August 2017 als sog. Terminalmanager eingesetzt gewesen zu sein. Der Kläger hat sich hierfür auf seine an den Betriebsleiter der Beklagten gerichtete E-Mail vom selben Tag bezogen. Die Beklagte hat dies bestritten und auf die Stundenliste „Betriebsrat“ vom 4. August 2017 verwiesen. Danach habe der Kläger an diesem Tag Betriebsratsarbeit versehen. 63

2. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht folgerichtig - nicht geprüft, ob der Tatsachenvortrag beider Parteien den Erfordernissen der abgestuften Darlegungslast genügt und ob eine Beweisaufnahme durchzuführen ist. Diese Prüfung wird es nachzuholen haben, nachdem es den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vortrag gegeben hat. 64

IV. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, die Parteien hätten den Inhalt des Arbeitsvertrags durch schlüssiges Verhalten geändert, ist die Vertragsänderung nicht unwirksam, weil die Einigung formfrei erfolgt ist. Das 65

Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass weder ein Verstoß gegen das tarifvertragliche Schriftformerfordernis des § 2 Abs. 2 Satz 2 MTV Aviation noch gegen die Schriftformklausel in § 9 des schriftlichen Arbeitsvertrags die Nichtigkeit der Vertragsänderung nach § 125 BGB nach sich ziehen.

1. Das Schriftformerfordernis in § 2 Abs. 2 Satz 2 MTV Aviation steht einer wirksamen konkludenten Vertragsänderung nicht entgegen. Das Landesarbeitsgericht hat der tariflichen Bestimmung zutreffend deklaratorischen Charakter beimessen. Die Angriffe der Revision, die von einem konstitutiven Schriftformerfordernis ausgeht, greifen nicht durch. 66
- a) Der MTV Aviation gilt für das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 und 3, § 4 Abs. 1 TVG. Der räumliche, fachliche und persönliche Geltungsbereich ist nach § 1 Abs. 1 MTV Aviation eröffnet. 67
- b) Das Landesarbeitsgericht hat § 2 Abs. 2 Satz 2 MTV Aviation zutreffend dahin ausgelegt, dass es sich um ein deklaratorisches und nicht um ein konstitutives Schriftformerfordernis handelt. 68
- aa) Tarifverträge können Bestimmungen mit Formerfordernissen für die Begründung, den Inhalt oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beinhalten. Als Rechtsnormen sind sie nach Art. 2 EGBGB Gesetze iSd. Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sie können ein gesetzliches Schriftformerfordernis iSd. § 125 Satz 1 BGB begründen. Nach dieser Vorschrift ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt. Die Nichtigkeitsfolge tritt jedoch nur bei einem konstitutiven Schriftformerfordernis ein. Durch Auslegung der Tarifnorm ist zu ermitteln, ob sie ein konstitutives oder lediglich ein deklaratorisches Schriftformerfordernis begründet. Eine Formvorschrift ist konstitutiv, wenn die Rechtsnorm nach Sinn und Zweck die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts davon abhängig machen will, dass die vorgeschriebene Form gewahrt wird (*BAG 1. Dezember 2004 - 7 AZR 135/04 - zu I 4 b bb der Gründe, BAGE 113, 64; 5. Juli 1995 - 5 AZR 755/93 - zu B III der Gründe*). Soll dagegen nur ein Anspruch da-

rauf bestehen, die getroffene Vereinbarung zu Beweis Zwecken schriftlich festzuhalten, handelt es sich um eine deklaratorische Formvorgabe (vgl. BAG 15. November 1957 - 1 AZR 189/57 - zu I der Gründe, BAGE 5, 58; HWK/Thüsing 9. Aufl. BGB § 611a Rn. 187; Schaub ArbR-HdB/Linck 18. Aufl. § 32 Rn. 47; MHdB ArbR/Benecke 5. Aufl. § 36 Rn. 40).

bb) In Anbetracht dessen hat das Landesarbeitsgericht § 2 Abs. 2 Satz 2 MTV Aviation zu Recht als deklaratorisches Schriftformerfordernis ausgelegt. 70

(1) Der deklaratorische Charakter des Formerfordernisses in § 2 Abs. 2 Satz 2 MTV Aviation ergibt sich aus der Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 Satz 1 MTV Aviation, der sich wiederum auf das Nachweisgesetz bezieht. 71

(a) Mit der Formulierung, dass Änderungen dieses Arbeitsvertrags gleichfalls der Schriftform bedürfen, nimmt Satz 2 des § 2 Abs. 2 MTV Aviation auf dessen Satz 1 Bezug. Dort ist geregelt, dass bei „der Einstellung eines/r Beschäftigten ... ein schriftlicher Arbeitsvertrag entsprechend dem Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (NachwG) abzuschließen“ ist. Dem Schriftformerfordernis in Satz 2 kommt damit dieselbe oder zumindest die gleiche Bedeutung zu wie dem in Satz 1. Auch § 2 Abs. 2 Satz 3 MTV Aviation deutet auf ein einheitliches Verständnis hin. Nach dieser Bestimmung ist „der/dem Beschäftigten ... eine Ausfertigung auszuhändigen“. Die Verpflichtung, die § 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG nachgebildet ist, bezieht sich einheitlich auf Satz 1 und 2 des § 2 Abs. 2 MTV Aviation und stützt die Annahme, dass die Schriftformgebote nach Satz 1 und 2 einen identischen Charakter aufweisen. 72

(b) Der deklaratorische Charakter der Schriftformerfordernisse ergibt sich aus der Bezugnahme auf das Nachweisgesetz. 73

(aa) § 2 Abs. 1 NachwG verpflichtet den Arbeitgeber, spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Arbeitsbedingungen zu dokumentieren und dem Arbeitnehmer einen entsprechenden Nachweis auszuhändigen. In dieser Dokumentationsverpflichtung liegt we- 74

der ein konstitutives Formerfordernis, noch ist die Durchsetzung durch besondere Sanktionen gesichert. Es handelt sich um ein deklaratorisches Schriftformerfordernis (vgl. BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 - Rn. 36, BAGE 126, 364). Die Verpflichtung soll zugunsten der Arbeitnehmer der größeren Rechtssicherheit im Arbeitsverhältnis dienen (BT-Drs. 13/668 S. 8). § 2 Abs. 2 Satz 1 MTV Aviation verlangt eine Schriftform entsprechend der des Nachweisgesetzes. Deshalb kommt auch dem tariflichen Formerfordernis deklaratorische Bedeutung zu.

(bb) Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Ansicht der Beklagten kann § 2 Abs. 2 Satz 1 MTV Aviation nicht dahin verstanden werden, dass die Bezugnahme auf das Nachweisgesetz allein dessen § 2 Abs. 1 Satz 2 betrifft, dh. Vorgaben für den Inhalt des nach § 2 Abs. 2 Satz 1 MTV Aviation abzuschließenden schriftlichen Arbeitsvertrags macht. Für ein in diesem Sinn eingeschränktes Verständnis der Bestimmung finden sich keine hinreichenden Anhaltspunkte im Wortlaut der Tarifnorm. Die Bezugnahme auf das Nachweisgesetz ist umfassend. Allein der Umstand, dass die Vorschrift aus Sicht der Beklagten unnötig wäre, wenn sie nur den Regelungsgehalt von § 2 Abs. 1 NachwG nachzeichnete, rechtfertigt nicht die Annahme der Beklagten. Im MTV Aviation finden sich auch zu anderen Regelungsgegenständen deklaratorische Bestimmungen. So sieht beispielsweise § 8 Satz 1 MTV Aviation wie § 83 Abs. 1 Satz 1 BetrVG das Recht vor, in die Personalakte Einsicht zu nehmen. § 16 Abs. 2 MTV Aviation regelt, dass während einer Krankheit unter den Voraussetzungen des § 3 EFZG das monatliche Regelentgelt fortzuzahlen ist.

75

(2) Der zwingende Charakter der Schriftformerfordernisse ergibt sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht daraus, dass die Tarifvertragsparteien in § 2 Abs. 2 Satz 1 MTV Aviation die Formulierung „ist ... abzuschließen“ und in Satz 2 das Wort „bedürfen“ verwendet haben. Auch § 2 Abs. 1 NachwG stellt in seinen Sätzen 1 und 2 zwingende Erfordernisse auf, ohne dass damit die Annahme verbunden ist, es handle sich um ein konstitutives Erfordernis („... hat ... schriftlich niederzulegen ...“, „... sind mindestens aufzunehmen ...“). Die befehlende Formulierung kann sich auch darauf beziehen, dass eine schriftliche Ausfertigung zu Dokumentationszwecken zwingend anzufertigen ist. Dafür spricht,

76

dass weder Satz 1 noch Satz 2 des § 2 Abs. 2 MTV Aviation die Voraussetzung begründen, die Form müsse notwendig gewahrt sein, bevor der Arbeitnehmer die Arbeit erstmalig oder nach einer ändernden Absprache aufnimmt (*vgl. BAG 22. Februar 1995 - 5 AZR 416/94 - zu B III der Gründe*).

(3) Dem konstitutiven Charakter der Schriftformerfordernisse in § 2 Abs. 2 MTV Aviation steht zudem entgegen, dass die Bestimmungen ihrem Wortlaut nach nicht die Voraussetzung begründen, Änderungen bedürften zu ihrer Wirksamkeit oder Gültigkeit der Schriftform (*vgl. BAG 5. Juni 2002 - 7 AZR 205/01 - zu I 3 der Gründe; 15. März 1989 - 7 AZR 264/88 - zu II 2 a der Gründe; 27. März 1987 - 7 AZR 527/85 - zu II 3 a der Gründe*). 77

(4) Auch der Umstand, dass sich die Formvorschriften sowohl in Satz 1 als auch in Satz 2 des § 2 Abs. 2 MTV Aviation jeweils auf den gesamten Arbeitsvertrag und nicht nur auf einzelne Arbeitsbedingungen beziehen, spricht gegen ein konstitutives Schriftformerfordernis. 78

(a) Bei einem globalen, sich auf den ganzen Vertrag erstreckenden Formgebot handelt es sich im Zweifel nur um eine deklaratorische Formvorschrift, weil die Tarifverträge letztlich den Arbeitnehmer schützen sollen und ihm nicht gedient wäre, wenn sein Arbeitsvertrag wegen Formmangels unwirksam wäre. Bezieht sich eine Formvorschrift dagegen auf einzelne „gefährliche“ Arbeitsbedingungen oder auf Kündigungen, spricht dies für eine konstitutive Schriftform (*BAG 22. Februar 1995 - 5 AZR 416/94 - zu B III der Gründe*). 79

(b) Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich bei § 2 Abs. 2 Satz 2 MTV Aviation um ein globales Formgebot. Nach der Bestimmung unterliegen sämtliche Änderungen der Schriftform. Dass sich die Bestimmung nur auf Änderungen bezieht, nimmt ihr nicht den globalen Charakter. Betroffen sind auch Absprachen zu den Hauptleistungspflichten und nicht nur Nebenabreden. 80

(5) Die Beklagte kann sich für ihre Rechtsauffassung nicht mit Erfolg auf die Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen stützen (*LAG Niedersachsen 6. Dezember 2005 - 13 Sa 1079/05 -*). Gegenstand des dortigen Rechtsstreits war eine tarifliche Vorschrift, nach der ua. der Abschluss und die 81

Änderung des Arbeitsvertrags der Schriftform bedurften. Die Tarifnorm dieses Verfahrens ist mit der Bestimmung, die der Senat im Streitfall zu beurteilen hat, bereits im Wortlaut nicht vergleichbar. Die von der Beklagten herangezogene tarifliche Regelung bezieht sich nicht auf das Nachweisgesetz. Der bloße Umstand, dass beide Tarifnormen das Wort „bedürfen“ verwenden, führt nicht zu einem vergleichbaren Regelungsgehalt.

2. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass auch die in § 9 des Arbeitsvertrags vereinbarte Schriftformklausel einer konkludenten Vertragsänderung nicht entgegensteht. Als individuelle Vertragsabrede verdrängt eine konkludent vereinbarte Vertragsänderung das arbeitsvertragliche Schriftformerfordernis. 82

a) Diese Wirkung ergibt sich aus dem Grundsatz des Vorrangs der Individualabrede. Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 BGB und vor in Verbraucherverträgen vorformulierten Einmalbedingungen iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Der Grundsatz des Vorrangs der Individualabrede stellt eine Kollisionsregel dar, die auf der Rechtsfolgenseite dazu führt, dass die vom Verwender als Allgemeine Geschäftsbedingung oder als Einmalbedingung gestellte Vertragsbedingung durch die Individualabrede verdrängt wird. Handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 BGB, gilt die ausdrückliche Regelung des § 305b BGB. Ist der Arbeitsvertrag der Parteien als Verbrauchervertrag zu bewerten, ist der Grundsatz trotz der fehlenden Verweisung in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf § 305b BGB auch für vorformulierte Einmalbedingungen in Verbraucherverträgen anzuwenden (*BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 35 mwN, BAGE 156, 157*). 83

b) Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen, die Parteien hätten den Inhalt des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses konkludent geändert, handelte es sich um eine Individualvereinbarung in diesem Sinn. 84

aa) Individualabreden können - weiter gehend als in § 305 Abs. 1 Satz 3 oder § 310 Abs. 3 Nr. 2 letzter Halbs. BGB geregelt - grundsätzlich alle Abreden 85

zwischen den Vertragsparteien außerhalb der einseitig vom Verwender vorgegebenen Vertragsbedingungen sein. Sie können sowohl ausdrücklich als auch konkludent getroffen werden. Sie können auch auf mündlichen Erklärungen der Parteien beruhen (*BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 19, BAGE 156, 157*).

bb) In der vom Kläger behaupteten konkludent getroffenen Abrede läge eine solche individuelle Vereinbarung. Die Parteien hätten sich in diesem Fall auf eine neue Tätigkeit des Klägers durch schlüssiges Verhalten verständigt, wenn der Kläger als Terminalmanager (Einsatzleiter) gearbeitet und die Beklagte diese Leistung wissentlich und unwidersprochen entgegengenommen hätte. 86

c) Eine solche individuelle Vertragsabrede verdrängt Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Einmalbedingungen. Für den Grundsatz des Vorrangs der Individualabrede kommt es nicht darauf an, ob die Individualvereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen wurde. Das Prinzip des Vorrangs individueller Vertragsabreden setzt sich auch gegenüber wirksamen konstitutiven Schriftformklauseln durch (*zu § 305b BGB BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 - Rn. 27 ff., BAGE 126, 364*). 87

V. Sollte das Landesarbeitsgericht von einer wirksamen konkludenten Vertragsänderung ausgehen, hätte es die von der Beklagten erhobenen Einwände zu prüfen. Zuvor wäre den Parteien auch insoweit Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme zu geben. 88

1. Soweit die Beklagte anführt, aus wirtschaftlichen Gründen entschieden zu haben, doch keine Zwischenebene mit der Position des Terminalmanagers einzuführen, kann darin der Einwand liegen, die geltend gemachte Beschäftigung des Klägers sei unmöglich iSv. § 275 Abs. 1 BGB. Allerdings fehlen bislang Feststellungen, dass die Beklagte den Eintritt des Leistungshindernisses nicht zu vertreten hat und sie dem Kläger deshalb nicht eine andere vertragsgemäße Beschäftigung zuweisen muss (*vgl. BAG 21. März 2018 - 10 AZR 560/16 - Rn. 24 ff., BAGE 162, 221*). 89

2. Auch den weiteren Einwänden der Beklagten, der Anspruch sei aufgrund der Zusatzvereinbarung vom 14. August 2019 und der erfolgreichen Bewerbung 90

des Klägers um eine Stelle bei der K GmbH hinfällig geworden, wird das Landesarbeitsgericht nachgehen müssen.

- a) Im angegriffenen Urteil finden sich Ausführungen dazu nur im Tatbestand, nicht jedoch in den Entscheidungsgründen. Das Landesarbeitsgericht hat zudem beide Einwände vermengt. Auf Seite 5 des angefochtenen Urteils hat es wiedergegeben, die Parteien hätten in der Zusatzvereinbarung festgelegt, dass der Kläger in einer Funktion nach § 9 LuftSiG bei U am Flughafen Köln/Bonn tätig sei. Diese Feststellung stimmt mit dem Einwand der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 7. November 2019 und dem - insoweit zutreffend wiedergegebenen - Argument auf Seite 8 des Berufungsurteils sowie dem Inhalt der Zusatzvereinbarung nicht überein. 91
- b) Mit Blick auf die Zusatzvereinbarung vom 14. August 2019 ist zu berücksichtigen, dass nach ihrem letzten Satz alle weiteren Punkte des Arbeitsvertrags unberührt bleiben. Regelungen der geschuldeten Tätigkeit des Klägers enthält die Vereinbarung nicht. Unabhängig davon ergibt sich aus dem bisherigen Vorbringen der Beklagten nicht, weshalb die Veränderung des Schichtrhythmus, dh. der Lage und Verteilung der Arbeitszeit des Klägers, der Beschäftigung als Terminalmanager (Einsatzleiter) zwingend entgegensteht. 92
- c) Im Zusammenhang mit dem Einwand der Beklagten, der Kläger habe sich erfolgreich um eine andere Stelle beworben, ist zu beachten, dass es sich nach dem Vortrag der Beklagten um eine Tätigkeit bei der K GmbH und damit um eine Aufgabe bei einer anderen juristischen Person handelt. Inwieweit die andere Tätigkeit dem eingeklagten Einsatz bei der Beklagten zwingend entgegensteht, verlangt weitere Feststellungen. 93

Gallner

Brune

Pessinger

Scheck

Satl