

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 28. November 2019
- 8 AZR 125/18 -
ECLI:DE:BAG:2019:281119.U.8AZR125.18.0

I. Arbeitsgericht Darmstadt

Urteil vom 9. Mai 2017
- 3 Ca 160/16 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 10. November 2017
- 10 Sa 964/17 -

Entscheidungsstichworte:

Unwirksame Versetzung - Schadensersatz - Schadensschätzung

Leitsätze:

1. Befolgt der Arbeitnehmer eine unwirksame Versetzung, ist der Arbeitgeber nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Ersatz der zusätzlichen Reisekosten des Arbeitnehmers verpflichtet, die für die Fahrten von seiner Wohnung zu dem Arbeitsort, an den er versetzt wurde, entstehen.

2. Der Umstand, dass keine - auch keine vorläufige - Bindung des Arbeitnehmers nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB an unbillige Weisungen des Arbeitgebers besteht, führt nicht dazu, dass ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers, der die unwirksame Versetzung befolgt, wegen eines Mitverschuldens gemäß § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen oder gemindert ist.

3. Im Rahmen einer Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO können wegen der Reisekosten die Regelungen des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes (JVEG) herangezogen werden.

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 125/18
10 Sa 964/17
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. November 2019

URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. November 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Volz und die ehrenamtliche Richterin Gothe für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird - unter Zurückweisung der Revision des Klägers im Übrigen - das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 10. November 2017 - 10 Sa 964/17 - im Kostenpunkt und im Übrigen insoweit teilweise aufgehoben, als das Landesarbeitsgericht in Ziffer 5 des Tenors das Urteil des Arbeitsgerichts Darmstadt vom 9. Mai 2017 - 3 Ca 160/16 - auf die Berufung der Beklagten teilweise abgeändert und die Klage wegen der geltend gemachten Reisekosten teilweise abgewiesen hat. Insoweit wird die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Darmstadt vom 9. Mai 2017 - 3 Ca 160/16 - zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger 22 vH und die Beklagte 78 vH zu tragen, mit Ausnahme der Kosten der Säumnis des Klägers im Termin am 11. Oktober 2016, die dieser selbst zu tragen hat.

Von den Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz haben der Kläger 29 vH und die Beklagte 71 vH zu tragen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben der Kläger 17 vH und die Beklagte 83 vH zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch darüber, ob die Beklagte dem Kläger Reisekosten für wöchentliche Heimreisen in der Zeit von Juni bis September 2016 zu erstatten sowie für dieselbe Zeit Tagegelder zu zahlen hat. 1

Der Kläger ist seit 1997 bei der Beklagten als Metallbaumeister beschäftigt. Aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit gelten für das Arbeitsverhältnis der Parteien die Tarifverträge für das hessische Tischlerhandwerk, Bestattungs- und Montagegewerbe, ua. der Manteltarifvertrag vom 2. April 2012 (im Folgenden MTV). 2

Im MTV heißt es auszugsweise:

3

„§ 10

Montageregelung

1. Für Arbeiten außerhalb des Betriebes wird ein Montagezuschlag gezahlt, wenn die Arbeit einen vollen Arbeitstag in Anspruch nimmt und mit erkennbaren Mehraufwendungen und Erschwernissen (...) verbunden ist.

Der Zuschlag beträgt je Stunde 10 % des tariflichen Facharbeiter-Ecklohnes.

2. Für Montagearbeiten in Entfernungen, die ein auswärtiges Übernachten erforderlich machen, wird zur Abgeltung der dadurch entstehenden Mehraufwendungen für jeden vollen Tag der durch die Montage bedingten Abwesenheit vom Betrieb ein Betrag in Höhe von 2,5 Facharbeiter-Ecklöhnen (Stundenlohn) als Tagegeld gezahlt.

Hiervon abweichend kann durch Betriebsvereinbarung geregelt werden, dass nur die steuerfreien Pauschbeträge gem. den Lohnsteuer-Richtlinien gezahlt werden.

Die notwendigen Aufwendungen für die Übernachtung sind vom Betrieb zu tragen.

3. Übersteigt die Fahrzeit von der Wohnung des Arbeitnehmers zur Montagestelle und zurück die gewöhnliche Fahrzeit zum Betrieb und zurück, gilt der übersteigende Teil als Arbeitszeit und wird als solche vergütet. Fahrzeit vom Betrieb zur Montagestelle zählt als Arbeitszeit. Abweichungen hiervon können betriebsintern geregelt werden.

Die Fahrtkosten vom Betrieb zur Montagestelle und zurück werden in Höhe des Tarifes der 2. Klasse der üblichen öffentlichen Verkehrsmittel ersetzt. Benutzt ein Arbeitnehmer ein eigenes Fahrzeug, so erhält er als Vergütung die gleichen Sätze, die bei der Benutzung des sonst in Frage kommenden öffentlichen Verkehrsmittels zu zahlen wären.

Die Fahrtkosten von der Wohnung des Arbeitnehmers zur Montagestelle und zurück werden nur insoweit ersetzt, als sie die Kosten der Fahrt von der Wohnung des Arbeitnehmers zum Betrieb übersteigen.

Für den Transport zur Montagestelle stellt der Betrieb ein Fahrzeug zur Verfügung. Benutzt ein Arbeitnehmer auf Wunsch des Arbeitgebers ein eigenes Fahrzeug, so erhält er als Vergütung den jeweils steuerlich zulässigen Kilometergeldsatz.

4. Dauert eine Montagearbeit, die ein Übernachten erforderlich macht, länger als 2 Wochen, so steht dem Arbeitnehmer nach jeweils 2 Wochen zum folgenden Wochenende eine Heimreise unter Vergütung der Kosten für die Hin- und Rückfahrt zu.
5. ...“

Ab dem 1. November 2014 versetzte die Beklagte den Kläger „für mindestens 2 Jahre, ggf. auch länger“ vom Betriebssitz in M (Hessen) in ihre ca. 487 km entfernte Niederlassung in G (Sachsen). Gegen diese Versetzung erhob der Kläger vor dem Arbeitsgericht Klage, kam allerdings der Aufforderung nach, in G zu arbeiten. Die Beklagte stellte ihm bis Mitte Februar 2015 eine Dienstwohnung zur Verfügung, danach mietete der Kläger eine private Unterkunft in G. Eine Vereinbarung über die Erstattung von versetzungsbedingten Fahrtkosten oder die Gewährung von Tagegeldern trafen die Parteien nicht. Der Kläger fuhr wöchentlich jeweils sonntags von seinem Hauptwohnsitz in R (Hessen) nach G und jeweils freitags zurück. Hierfür nutzte er seinen privaten PKW.

4

Mit - rechtskräftigem - Urteil vom 20. Mai 2016 (- 10 Sa 231/15 -) stellte das Hessische Landesarbeitsgericht die Unwirksamkeit der Versetzung des Klägers fest. Der Kläger arbeitete danach zunächst weiter in G. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2016 teilte die Beklagte ihm mit, dass er ab dem 17. Oktober 2016 wieder in M arbeiten solle.

5

Der Kläger hat die Beklagte mit seiner Klage ua. auf Ersatz der ihm in der Zeit von Juni bis September 2016 für die wöchentlichen Heimreisen entstandenen Reisekosten sowie auf Zahlung von Tagegeldern für dieselbe Zeit in Anspruch genommen.

6

Er hat die Ansicht vertreten, er habe nach § 670 BGB sowie in entsprechender Anwendung von § 10 MTV Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die ihm aufgrund der unwirksamen Versetzung entstanden seien. Dabei seien die Reisekosten mit dem steuerlichen Satz von 0,30 Euro pro km für - unstreitig - insgesamt gefahrene 15.540 km in Ansatz zu bringen. Der Anspruch auf Zahlung von Tagegeld ergebe sich aus § 10 Ziff. 2 MTV in entsprechender Anwendung, jedenfalls aber aufgrund einer von der Beklagten selbst eingeräumten betrieblichen Übung. Die Beklagte habe ihm während der Zeit der unberechtigten Versetzung kein Dienstfahrzeug für die Heimfahrten bewilligt. Erst ab Oktober 2016 habe sie ihm für die Dienstfahrten von M nach G ein Dienstfahrzeug gestellt.

7

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - zuletzt beantragt,

8

7. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.662,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
8. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.464,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Ansicht vertreten, ein Anspruch auf Reisekostenerstattung stehe dem Kläger nicht zu. Nach § 10 MTV könne er zudem allenfalls einen Betrag als Aufwand ersetzt erhalten, der der Höhe des Tarifs der zweiten Klasse der üblichen öffentlichen Verkehrsmittel entspreche und dies auch nur für eine Heimreise alle zwei Wochen. Sie habe dem Kläger ein Dienstfahrzeug für die Heimfahrten zur Verfügung gestellt, dessen Nutzung dieser jedoch abgelehnt habe. Zahlung von Tagegeld neben der Erstattung des Mietzinses könne der Kläger ebenfalls nicht verlangen. Mit der Anmietung einer Wohnung in G habe er einen eigenen Wohnraum begründet, so dass keine Abwesenheit von seinem Wohnsitz vorgelegen habe. Eine betriebliche Übung, nach der im Fall einer dauerhaften Versetzung Tagegeld

9

nach lohnsteuerrechtlichen Grundsätzen gezahlt werde, bestehe bei ihr nicht; ein solches Tagegeld werde allenfalls bei üblichen Montageeinsätzen gezahlt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und dem Kläger Reisekosten iHv. 4.662,00 Euro sowie Tagegelder iHv. 1.464,00 Euro zugesprochen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von Reisekosten iHv. 1.344,00 Euro sowie zur Zahlung von Tagegeldern iHv. 776,00 Euro verurteilt. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Zahlungsanträge zu 7. und 8. weiter, soweit das Landesarbeitsgericht ihnen nicht entsprochen hat.

10

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers hat teilweise Erfolg. Soweit der Kläger für die Monate Juni bis September 2016 die Erstattung weiterer Fahrtkosten iHv. 3.318,00 Euro begehrt, ist die Revision begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Erstattung von Reisekosten iHv. insgesamt 4.662,00 Euro, so dass er über die vom Landesarbeitsgericht bereits zugesprochenen 1.344,00 Euro hinaus weitere 3.318,00 Euro verlangen kann. Soweit der Kläger für die Monate Juni bis September 2016 die Zahlung weiterer Tagegelder iHv. 688,00 Euro fordert, ist seine Revision unbegründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf Zahlung weiterer Tagegelder.

11

I. Soweit der Kläger für die Monate Juni bis September 2016 über die ihm bereits zugesprochenen 1.344,00 Euro hinaus die Erstattung weiterer Fahrtkosten iHv. 3.318,00 Euro begehrt, ist die Revision begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Erstattung von Reisekosten iHv. insgesamt 4.662,00 Euro, weshalb die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger über die diesem vom Landesarbeitsgericht bereits zugesprochenen 1.344,00 Euro hinaus weitere 3.318,00 Euro zu zahlen. Der Anspruch folgt allerdings nicht aus

12

§ 10 Ziff. 3 MTV in unmittelbarer oder analoger Anwendung. Ob er sich aus § 670 BGB in entsprechender Anwendung ergibt, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls folgt der Anspruch des Klägers aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB.

1. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, folgt der geltend gemachte Anspruch nicht aus § 10 Ziff. 3 Abs. 2 iVm. Abs. 4 MTV in unmittelbarer Anwendung. Diese Regelung ist vorliegend nicht einschlägig. 13

a) § 10 Ziff. 3 Abs. 2 iVm. Abs. 4 MTV begründet Ansprüche ausschließlich im Zusammenhang mit Arbeiten „außerhalb des Betriebes“. Gemeint sind damit, wie sich sowohl aus der Überschrift „Montageregelung“ als auch aus der Verwendung der Begriffe „Montagearbeiten“ und „Montagestelle“ im Text von § 10 MTV ergibt, Ansprüche im Zusammenhang mit „Montagearbeiten“. Der Kläger macht keinen Anspruch auf Ersatz der Fahrtkosten geltend, die ihm im Zusammenhang mit auswärtigen Montagearbeiten entstanden sind, sondern fordert vielmehr Ersatz der Aufwendungen für die Fahrten zwischen der Niederlassung der Beklagten in G, in die er versetzt worden war, und seinem Wohnsitz in R. Es geht damit in der Sache um die Kosten der Anreise zu dem Betriebssitz der Beklagten, der aufgrund der Versetzung maßgeblicher Arbeitsort sein sollte. 14

b) § 10 Ziff. 3 MTV kann auch nicht ergänzend dahin ausgelegt werden, dass er die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz der Reisekosten erfasst, die diesem durch die unwirksame Versetzung entstanden sind. 15

aa) Tarifvertragliche Regelungen sind einer ergänzenden Auslegung grundsätzlich nur dann zugänglich, wenn damit kein Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie verbunden ist. Eine ergänzende Auslegung eines Tarifvertrags scheidet daher aus, wenn die Tarifvertragsparteien eine regelungsbedürftige Frage bewusst ungeregelt lassen und diese Entscheidung höherrangigem Recht nicht widerspricht. Voraussetzung für eine ergänzende Auslegung ist, dass entweder eine unbewusste Regelungslücke vorliegt oder eine Regelung nachträglich lückenhaft geworden ist. In einem solchen Fall haben die Gerichte für Arbeitssachen grundsätzlich die Möglichkeit und die 16

Pflicht, eine Tariflücke zu schließen, wenn sich unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ausreichende Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen der Tarifvertragsparteien ergeben. Allerdings haben die Tarifvertragsparteien in eigener Verantwortung darüber zu befinden, ob sie eine von ihnen geschaffene Ordnung beibehalten oder ändern. Solange sie daran festhalten, hat sich eine ergänzende Auslegung an dem bestehenden System und dessen Konzeption zu orientieren. Eine ergänzende Tarifauslegung scheidet aus, wenn den Tarifvertragsparteien ein Spielraum zur Lückenschließung bleibt und es ihnen wegen der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie überlassen bleiben muss, die von ihnen für angemessen gehaltene Regelung selbst zu finden (*st. Rspr.*, vgl. etwa BAG 14. September 2016 - 4 AZR 1006/13 - Rn. 21 mwN; 3. Juli 2014 - 6 AZR 753/12 - Rn. 37, BAGE 148, 323; 23. April 2013 - 3 AZR 23/11 - Rn. 29 mwN; vgl. auch BVerfG 29. März 2010 - 1 BvR 1373/08 - Rn. 29).

bb) Daran gemessen kommt eine ergänzende Auslegung von § 10 Ziff. 3 MTV dahin, dass die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz der ihm infolge der unwirksamen Versetzung entstandenen Reisekosten erfasst werden, schon deshalb nicht in Betracht, weil sich keine unbewusste Regelungslücke feststellen lässt. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die vorliegende spezielle Fallgestaltung einer unwirksamen Versetzung aus Sicht der Tarifvertragsparteien einer tariflichen Regelung bedurft hätte. Darüber hinaus bestehen insoweit auch keine ausreichenden Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen der Tarifvertragsparteien. Es ist nichts dafür erkennbar, dass diese den Fall einer vom Arbeitnehmer befolgten Versetzung in gleicher Weise geregelt hätten wie einen Montageeinsatz. Das folgt zum einen daraus, dass ein Montageeinsatz typischerweise vorübergehender Natur ist, während eine Versetzung regelmäßig auf Dauer angelegt ist und zudem einen Wohnortwechsel erforderlich machen kann, und zum anderen daraus, dass der hier geltend gemachte Anspruch auf einer unwirksamen Versetzung und damit einem nicht vertragskonformen Verhalten des Arbeitgebers beruht. § 10 MTV stellt hingegen eine Regelung dar, mit der einerseits die mit der Arbeit auf einer auswärtigen Montagestelle verbundenen Aufwendungen der Arbeitnehmer ausgeglichen werden, mit

17

der andererseits aber auch die hierdurch verursachten Mehrkosten für den Arbeitgeber begrenzt werden sollen. Dabei haben die Tarifvertragsparteien für Tätigkeiten auf auswärtigen Montagestellen einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitsvertragsparteien gefunden. Dieser besondere tarifliche Ausgleich passt aber nicht für Fälle, in denen es um die Erstattung der Kosten für die Fahrt des Arbeitnehmers zur Betriebsstätte geht, insbesondere nicht für den Fall, dass der Arbeitnehmer längerfristig an eine andere Betriebsstätte versetzt wird, und erst recht nicht für den Fall, dass die Versetzung unwirksam ist.

2. Der Kläger hat - wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat - auch keinen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Reisekosten in analoger Anwendung von § 10 Ziff. 3 MTV. Insoweit fehlt es - wie unter Rn. 17 ausgeführt - bereits an der erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Darüber hinaus sind mehrere Möglichkeiten zur Regelung der vorliegenden Fallkonstellation denkbar (etwa eine Umzugskostenerstattung) und damit mehrere Möglichkeiten einer Lückenschließung. In einem solchen Fall muss es den Tarifvertragsparteien vorbehalten bleiben, eine bestehende Regelungslücke zu schließen (*vgl. etwa BAG 3. Juli 2014 - 6 AZR 753/12 - Rn. 46, BAGE 148, 323*). 18

3. Es kann dahinstehen, ob der Kläger einen Anspruch auf Erstattung von Fahrtkosten mit Erfolg auf § 670 BGB in analoger Anwendung stützen könnte. Jedenfalls folgt der Anspruch des Klägers auf Erstattung der in der Zeit von Juni bis September 2016 entstandenen Fahrtkosten iHv. insgesamt 4.662,00 Euro als Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, weshalb die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger über die diesem vom Landesarbeitsgericht bereits zugesprochenen 1.344,00 Euro hinaus weitere 3.318,00 Euro zu zahlen. 19

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dem Kläger stehe kein Anspruch auf Erstattung der Fahrtkosten aus § 670 BGB analog zu. Nach dieser Bestimmung ist der Auftraggeber dem Beauftragten zum Ersatz verpflichtet, wenn der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen macht, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf. Aus Sicht des 20

Senats ist es sehr zweifelhaft, ob die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 670 BGB auf den Fall einer vertragswidrigen Versetzung und damit einer fehlenden wirksamen Beauftragung des Arbeitnehmers vorliegen. Diese Frage kann im vorliegenden Fall jedoch dahingestellt bleiben.

b) Der Kläger hat Anspruch auf Erstattung der in der Zeit von Juni bis September 2016 entstandenen Fahrtkosten iHv. insgesamt 4.662,00 Euro aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Er kann deshalb von der Beklagten über die ihm vom Landesarbeitsgericht bereits zuerkannten 1.344,00 Euro hinaus weitere 3.318,00 Euro verlangen. 21

aa) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Kläger dem Grunde nach einen Anspruch auf Erstattung von Fahrtkosten aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB hat. Nach dieser Bestimmung kann der Gläubiger, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. 22

(1) Die Beklagte hat - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - schuldhaft gegen ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verstoßen, indem sie eine unwirksame Versetzung des Klägers nach G erklärt und hieran bis in den Monat Oktober 2016 hinein festgehalten hat. Die Unwirksamkeit dieser Versetzung steht aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 20. Mai 2016 (- 10 Sa 231/15 -) fest. Die Beklagte wäre daher verpflichtet gewesen, den Kläger auch in dem streitbefangenen Zeitraum von Juni bis September 2016 in M zu beschäftigen. 23

(2) Infolge der Versetzung nach G sind dem Kläger Kosten für die Heimfahrten nach R entstanden. Der Umstand, dass die Versetzung des Klägers - wie aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 20. Mai 2016 (- 10 Sa 231/15 -) feststeht - rechtsunwirksam war, ändert nichts daran, dass die Beklagte den Kläger angewiesen hatte, in G zu arbeiten. Auch nachdem sich der Kläger gegen diese Versetzung gerichtlich zur Wehr gesetzt hatte, hat die Beklagte diese nicht etwa zurückgenommen, sondern weiterhin erwartet, dass der Kläger in G arbeitete. Darüber hinaus hat 24

sie, auch nachdem das Landesarbeitsgericht die Unwirksamkeit der Versetzung festgestellt hatte, für den streitbefangenen Zeitraum an der Versetzung festgehalten.

(3) Der Anspruch ist nicht wegen eines ganz überwiegenden Mitverschuldens des Klägers gemäß § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. 25

(a) Der Kläger handelte nicht etwa schuldhaft, indem er die unwirksame Versetzung durch die Beklagte befolgte. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts besteht zwar keine - auch keine vorläufige - Bindung des Arbeitnehmers nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB an unbillige Weisungen, sofern der Arbeitnehmer diese nicht trotz ihrer Unbilligkeit akzeptiert (*BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 63, BAGE 160, 296; so auch 28. Juni 2018 - 2 AZR 436/17 - Rn. 18*). Insoweit ist die frühere abweichende Rechtsprechung des Fünften Senats (*vgl. etwa BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 24, BAGE 141, 34*) überholt. Es war dem Kläger aber im bestehenden Arbeitsverhältnis nicht zumutbar, der Versetzung, deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig geklärt war, nicht nachzukommen. Der Gefahr einer arbeitsrechtlichen Sanktion durch die Beklagte etwa in Form einer Abmahnung oder sogar Kündigung musste der Kläger sich nicht aussetzen. 26

(b) Der Kläger war auch nicht gehalten, den Schaden dadurch abzuwenden, dass er seinen bisherigen Wohnsitz in R aufgab. Der Kläger hatte seinen Hauptwohnsitz und Lebensmittelpunkt in R. Daran hat sich auch nichts dadurch geändert, dass die Beklagte ihm eine Wohnung in G gestellt hat bzw. dass sie die Kosten der vom Kläger angemieteten Wohnung zu tragen hatte. Denn für den Kläger bestand aufgrund der Versetzung keine Veranlassung, seinen bisherigen Lebensmittelpunkt aufzugeben. Dies folgt bereits daraus, dass das Hessische Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 20. Mai 2016 (- 10 Sa 231/15 -) - rechtskräftig - festgestellt hat, dass die Versetzung rechtsunwirksam war. Im Übrigen hatte die Beklagte den Kläger nur vorübergehend, nämlich „für mindestens 2 Jahre, ggf. auch länger“ nach G versetzt, weshalb der Kläger selbst im 27

Fall der Wirksamkeit der Versetzung damit hätte rechnen müssen, bereits nach zwei Jahren wieder in M eingesetzt zu werden.

(c) Die Beklagte kann gegenüber dem Anspruch des Klägers nicht mit Erfolg einwenden, der Kläger hätte für die Heimfahrten ein Dienstfahrzeug nutzen müssen. Insoweit fehlt es bereits an einem hinreichend substantiierten Vorbringen der Beklagten, wann genau und unter welchen konkreten Voraussetzungen dem Kläger ein Dienstfahrzeug zur Verfügung gestellt bzw. angeboten wurde. Insoweit hat sie lediglich ausgeführt, der Kläger habe die Fahrt mit einem Dienstfahrzeug „ursprünglich“ abgelehnt, da die private Nutzung nicht gestattet gewesen sei und dem Kläger habe jeweils ein Dienstfahrzeug für Heimfahrten zur Verfügung gestanden. 28

bb) Anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat, beläuft sich der Schadensersatzanspruch des Klägers der Höhe nach nicht lediglich auf 1.344,00 Euro. Die Beklagte schuldet dem Kläger nicht lediglich Ersatz der Kosten für 16 Bahnfahrten 2. Klasse von D nach G. Vielmehr stehen dem Kläger gegen die Beklagte für mit seinem privaten PKW insgesamt gefahrene 15.540 km unter Berücksichtigung eines Kilometergeldsatzes von 0,30 Euro insgesamt 4.662,00 Euro zu, weshalb die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger über die diesem vom Landesarbeitsgericht bereits zuerkannten 1.344,00 Euro hinaus weitere 3.318,00 Euro zu zahlen. 29

(1) Nach § 249 BGB hat der Schuldner den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Soweit dies nicht möglich ist, hat der Schuldner den Gläubiger nach § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu entschädigen. 30

(2) Allerdings hat der Kläger keine Angaben zur Größe und zum Typ seines Fahrzeugs gemacht, insbesondere hat er keine konkreten Aufwendungen dargetan, sondern seine Aufwendungen nach steuerrechtlichen Gesichtspunkten zusammengestellt, indem er die Anzahl der Fahrten mit 32 mitgeteilt, die Entfernung von seinem Wohnort nach G mit ca. 487 km angegeben und die Anzahl der insgesamt gefahrenen Kilometer mit 15.540 km beziffert hat. Die- 31

ses - unstreitige - Zahlenwerk reicht für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO aus.

(3) Aufgrund von § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch er ist. Allerdings ist die Bemessung der Höhe des Schadenersatzanspruchs in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders frei gestellten Tatsachengerichts. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob das Tatsachengericht Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (*BAG 26. September 2012 - 10 AZR 370/10 - Rn. 25, BAGE 143, 165; 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 48; BGH 17. November 2009 - VI ZR 64/08 - Rn. 20 jeweils mwN*). Insoweit ist anerkannt, dass sich der Tatrichter in Ermangelung konkreter Anhaltspunkte für eine abweichende Beurteilung im Rahmen der Schadensschätzung gesetzlich geregelter oder in anerkannten Tabellen enthaltener Erfahrungswerte bedienen kann (*vgl. etwa BGH 17. November 2009 - VI ZR 64/08 - Rn. 21 mwN*).

32

(4) Das Landesarbeitsgericht hat insoweit angenommen, es sei auf die im öffentlichen Recht geltenden Regelungen als Leitbild abzustellen. Der Gesetzgeber habe mit dem Bundesreisekostengesetz (BRKG) sowie der Verordnung über das Trennungsgeld bei Versetzungen und Abordnungen im Inland (Trennungsgeldverordnung) Regelungen geschaffen, die einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers im Fall einer betrieblich bedingten Begründung eines Zweitwohnsitzes des Arbeitnehmers beinhalteten. Auch sonst entspreche es wohl vielfach der Praxis, dass sich die Beteiligten an dem für den öffentlichen Dienst geltenden Reisekostenrecht orientierten. Die entsprechende Regelung über die Ersatzfähigkeit von Heimfahrten finde sich in § 5 Trennungsgeldverordnung. Danach erscheine es sachgerecht, lediglich die Kosten 2. Klasse für eine Fahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln alle zwei Wochen zu erstatten.

33

(5) Die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruchs des Klägers durch das Landesarbeitsgericht hält einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Schadensschätzung einen unzutreffenden Maßstab zugrunde gelegt. Bei der vom Berufungsgericht herangezogenen Trennungsgeldverordnung handelt es sich um eine Regelung für den öffentlichen Dienst, die umfassend verschiedene Ansprüche (Trennungstagegeld, Trennungsreisegeld, Reisebeihilfe für Heimfahrten) aus bestimmten in § 1 Trennungsgeldverordnung genannten Anlässen regelt und dabei zudem davon ausgeht, dass unter bestimmten Voraussetzungen daneben ein Anspruch auf Umzugskostenvergütung besteht. Aus diesem komplexen Regelungssystem lassen sich keine einzelnen Bestimmungen isoliert herausgreifen, weil hierdurch der tatsächlich für den Arbeitnehmer bei einer unwirksamen Versetzung entstehende Mehraufwand nicht abgebildet wird. 34

(6) Fehlt es damit an einer der revisionsrechtlichen Überprüfung standhaltenden Bemessung der Schadenshöhe durch das Tatsachengericht, ist der Senat vor dem Hintergrund, dass die Anzahl der in dem Zeitraum von Juni bis September 2016 vorgenommenen Heimfahrten sowie die insgesamt gefahrenen Kilometer unter den Parteien unstreitig sind, nicht gehindert, auf die für die Schadensschätzung zutreffenden Kriterien zurückzugreifen (*vgl. BGH 8. Juli 1992 - XII ZR 127/91 - zu 2 b bb der Gründe*). 35

(a) Mangels sonstiger Anhaltspunkte für die Bemessung der Fahrtkosten erscheint es dem Senat angemessen, sich an den Bestimmungen über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen zu orientieren, die auch sonst in der gerichtlichen Praxis zur Schätzung von Fahrtkosten herangezogen werden (*BGH 26. April 2016 - VI ZR 50/15 - Rn. 18; 17. November 2009 - VI ZR 64/08 - Rn. 21 mwN*). Dabei ist der für die in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 JVEG aufgeführten Personen (Sachverständige, Dolmetscherinnen, Dolmetscher, Übersetzerinnen und Übersetzer) in § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 JVEG festgelegte Kilometersatz von 0,30 Euro für jeden gefahrenen Kilometer zugrunde zu legen. Die von dieser Bestimmung erfassten Personen benutzen ihren PKW, ebenso wie der Kläger im vorliegenden Fall, im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit. Daher werden mit 36

dem aufgrund dieser Regelung geltenden Kilometersatz nicht nur die Betriebskosten sowie die Abgeltung der Abnutzung des Kraftfahrzeugs, sondern auch die Anschaffungs- und Unterhaltungskosten und damit alle mit der Haltung, dem Betrieb, der Steuer, der Versicherung und der Wiederbeschaffung eines PKW verbundenen Kosten ausgeglichen. Nicht maßgeblich ist dagegen der für Zeugen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 JVEG geltende geringere Kilometersatz von 0,25 Euro. Ein Zeuge erfüllt mit seiner Anreise zu einem Termin eine staatsbürgerliche Pflicht und benutzt seinen eigenen PKW nicht im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit, weshalb ihm gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 JVEG lediglich die Betriebskosten sowie die Abgeltung der Abnutzung des Kraftfahrzeugs erstattet werden.

(b) Danach ergibt sich für insgesamt gefahrene 15.540 km unter Berücksichtigung eines Kilometergeldsatzes von 0,30 Euro ein Betrag iHv. 4.662,00 Euro. 37

(7) Der Anspruch des Klägers ist auch nicht nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB wegen eines Verstoßes des Klägers gegen seine Schadensminderungspflicht eingeschränkt. Der Kläger war entgegen der Ansicht der Beklagten nicht gehalten, nur alle zwei Wochen eine Heimfahrt nach R zu unternehmen. Der Kläger hatte seinen Hauptwohnsitz und Lebensmittelpunkt in R. Aus der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB lässt sich keine Obliegenheit des Klägers ableiten, jedes zweite Wochenende an seinem Einsatzort in G zu verbringen. Eine solche Obliegenheit folgt auch nicht aus § 10 Ziff. 4 MTV. Diese Regelung betrifft - wie bereits unter Rn. 13 ff. ausgeführt - lediglich Mehraufwendungen bei Montagearbeiten und lässt sich auf die vorliegende Fallkonstellation nicht, auch nicht sinngemäß übertragen. 38

(8) Eine Vorteilsausgleichung durch Abzug der Kosten, die dem Kläger auch ohne die Versetzung für die Fahrt von seinem Hauptwohnsitz zur Arbeitsstätte in M entstanden wären, war im vorliegenden Verfahren nicht veranlasst. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger insoweit Aufwendungen erspart haben könnte, ergeben sich weder aus dem Vorbringen der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten noch aus dem Vortrag des Klägers. 39

II. Soweit der Kläger für die Monate Juni bis September 2016 die Zahlung weiterer Tagegelder iHv. 688,00 Euro fordert, ist seine Revision unbegründet. Dies folgt allerdings, anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat, bereits daraus, dass der Kläger schon dem Grunde nach keinen Anspruch auf Zahlung von Tagegeldern hat. 40

1. Ein Anspruch nach § 10 Ziff. 2 MTV scheidet aus, weil diese tarifliche Bestimmung - wie unter Rn. 13 ff. ausgeführt - auf den vorliegenden Fall einer Versetzung weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar ist. 41

2. Der geltend gemachte Tagegeldanspruch ergibt sich ferner nicht aus einer betrieblichen Übung. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte eine betriebliche Übung im Hinblick auf die Zahlung von Tagegeldern lediglich für längere Montageeinsätze eingeräumt. Um einen solchen Montageeinsatz handelt es sich im vorliegenden Fall jedoch nicht. Konkrete Anhaltspunkte für eine weitergehende betriebliche Übung hat der Kläger nicht dargetan. 42

3. Ein Anspruch auf Zahlung von Tagegeldern folgt auch nicht aus § 670 BGB in analoger Anwendung. 43

Unabhängig davon, ob eine analoge Anwendung von § 670 BGB auf Aufwendungen bzw. Schäden des Arbeitnehmers, die durch eine unwirksame Versetzung verursacht wurden, überhaupt in Betracht kommt, was - wie unter Rn. 20 ausgeführt - sehr zweifelhaft ist, hat der Kläger schon nicht dargetan, dass ihm infolge der Versetzung ein Verpflegungsmehraufwand entstanden ist. Mit einem Tagegeld soll typischerweise der mit einem auswärtigen Einsatz verbundene Verpflegungsmehraufwand ausgeglichen werden, der dem Arbeitnehmer dadurch entsteht, dass er sich aus beruflichen Gründen außerhalb der eigenen Wohnung aufhält. Denkbar ist zwar auch der Ausgleich sonstiger Mehraufwendungen wie etwa der Ausgleich von Reise- oder Unterbringungskosten. Im vorliegenden Verfahren macht der Kläger mit seinem auf Zahlung von Tagegeldern gerichteten Antrag jedoch allein einen Anspruch auf Ersatz des Verpflegungsmehraufwands geltend. Die Kosten für die Wohnung des Klä- 44

gers in G und die Fahrtkosten für die wöchentlichen Heimfahrten sind schon durch die in den Vorinstanzen ebenfalls geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz der Mietkosten für die Wohnung des Klägers in G sowie der Reisekosten erfasst. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer jedoch für die Kosten der Verpflegung selbst aufzukommen. Die steuerrechtliche Behandlung eines möglicherweise bestehenden Verpflegungsmehraufwands nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 EStG begründet keinen arbeitsrechtlichen Anspruch (*BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03 - zu II der Gründe, BAGE 110, 79*). Dass der Kläger, der in G über eine eigene Wohnung verfügte, überhaupt einen Verpflegungsmehraufwand hatte, hat er nicht dargetan. Damit ist ein entsprechender Aufwand schon dem Grunde nach nicht dargelegt. Auf die Frage einer etwaigen Pauschalierungsmöglichkeit nach Maßgabe gesetzlicher oder tariflicher Regelungen kommt es demnach nicht an.

4. Schließlich folgt ein Anspruch des Klägers auf Zahlung von Tagegeldern für den Zeitraum von Juni bis September 2016 entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zwar hat die Beklagte mit der unwirksamen Versetzung des Klägers nach G - wie unter Rn. 23 ausgeführt - schuldhaft gegen ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verstoßen. Es fehlt jedoch an der Darlegung eines Schadens, der über die durch die Reisekosten und die Kosten der Unterkunft verursachten Vermögenseinbußen hinausgeht. Es liegt aus den unter Rn. 44 ausgeführten Gründen schon keine Sachverhaltskonstellation vor, in der typischerweise ein Verpflegungsmehraufwand entsteht.

45

Schlewing

Winter

Vogelsang

Volz

C. Gothe