

Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 21. Juni 2011  
- 9 AZR 238/10 -

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 24. Juni 2009  
- 18 Ca 902/09 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 25. Januar 2010  
- 2 Sa 963/09 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Transparenz einer Arbeitszeitklausel in einem Formulararbeitsvertrag -  
Grundsatz „ne ultra petita partium“

Gesetze:

BGB §§ 242, 305 Abs. 1, §§ 306, 307; TVG § 4 Abs. 5; ZPO § 256  
Abs. 1, §§ 264, 297, 308 Abs. 1; Manteltarifvertrag für das Wach- und  
Sicherheitsgewerbe in Nordrhein-Westfalen vom 8. Dezember 2005 § 2

Leitsätze:

keine



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 238/10  
2 Sa 963/09  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
21. Juni 2011

## URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin,  
Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte,  
Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Juni 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Düwell, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Dr. Suckow sowie den ehrenamtlichen Richter Preuß und die ehrenamtliche Richterin Merte für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten und der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 25. Januar 2010 - 2 Sa 963/09 - aufgehoben und aus Gründen der Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24. Juni 2009 - 18 Ca 902/09 - insoweit abgeändert, als das Arbeitsgericht die Beklagte verurteilt hat, die Klägerin als Flugsicherheitskraft auf dem K Flughafen monatlich in Höhe von 160 Stunden tatsächlich zu beschäftigen. Es wird festgestellt, dass die Mindestarbeitszeit der Klägerin 160 Stunden im Monat beträgt. Im Übrigen werden die Berufungen der Beklagten und der Klägerin zurückgewiesen.

Im Übrigen werden die Revisionen der Beklagten und der Klägerin zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu 3/4 und die Beklagte zu 1/4 zu tragen.

## Von Rechts wegen!

## Tatbestand

Die Klägerin und die Beklagte streiten in der Revisionsinstanz über den Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit der Klägerin. 1

Die Klägerin trat am 15. Januar 2004 in die Dienste der D GmbH & Co. KG (DSW). Die DSW setzte die Klägerin als Flugsicherheitskraft in der Fluggastkontrolle am Flughafen K ein. Der vom 17./19. Dezember 2003 datierende 2



Formulararbeitsvertrag (*ArbV*) enthält ua. folgende Regelungen:

## „§ 2

2. Die Angestellte ist verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten ... Die Einzelheiten ergeben sich aus dem jeweiligen Dienst einsatzplan, der von der Firma rechtzeitig im Voraus erstellt wird. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die Lage der Pausen werden durch den Vorgesetzten festgelegt. Die Arbeitszeit beginnt und endet am Einsatzort.

Die Angestellte ist verpflichtet, Überstunden im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu leisten, soweit dies aus betrieblichen Gründen erforderlich ist.

## § 3

2. Die Angestellte erhält ein Entgelt in Höhe von € 10,33 brutto pro Stunde.
3. Als Überstunden vergütet wird die Arbeitszeit, die über 195,0 Stunden pro Monat hinausgeht. Wird die regelmäßige Arbeitszeit an einem Tag um nicht mehr als 15 Minuten überschritten, findet eine Vergütung dieser Zeit als Überstunden nicht statt.

Für Überstunden, die nach den vorstehenden Regelungen zu bezahlen sind, gewährt die Firma der Angestellten einen Zuschlag in Höhe von 25 % auf den vereinbarten Stundenlohn.

“

Der seit dem 1. Januar 2006 allgemeinverbindliche Manteltarifvertrag für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in Nordrhein-Westfalen vom 8. Dezember 2005 (*MTV*) sieht unter § 2 ua. folgende Regelungen vor:

3



**„Arbeitsbedingungen für vollzeitbeschäftigte  
Arbeitnehmer**

1. Die tarifliche Mindestarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers beträgt monatlich 160 Stunden.
2. Die monatliche Regelarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers beträgt im Durchschnitt eines Kalenderjahres 260 Stunden.

“

Zum 1. Januar 2009 ging das Arbeitsverhältnis zwischen der DSW und der Klägerin infolge eines Betriebsübergangs auf die Beklagte über.

Die Klägerin hat die Rechtsauffassung vertreten, § 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV sei intransparent und deshalb rechtsunwirksam. Die Vertragslücke sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Der mutmaßliche Parteiwille sei unter Heranziehung des tatsächlichen Arbeitsumfangs zu ermitteln. Die Klägerin hat behauptet, in den Jahren 2008 und 2009 durchschnittlich 180 Stunden im Monat gearbeitet zu haben. Hilfsweise seien die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden tarifvertraglichen Arbeitszeitregelungen maßgeblich.

In erster Instanz hat die Klägerin zunächst beantragt festzustellen, dass die vertragliche regelmäßige monatliche Arbeitszeit der Parteien 180 Stunden beträgt. Sodann hat sie die Klage geändert. Sie hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, sie als Flugsicherheitskraft auf dem K Flughafen monatlich tatsächlich 180 Stunden zu beschäftigen und zu vergüten, hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, ihren Antrag auf Erhöhung der monatlichen durchschnittlichen Arbeitszeit als Flugsicherheitskraft auf dem K Flughafen von 150 Stunden/Monat auf monatlich 180 Stunden anzunehmen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin den Antrag erneut geändert und zuletzt vor dem Landesarbeitsgericht beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, sie als Flugsicherheitskraft auf dem K Flughafen monatlich tatsächlich 180 Stunden zu beschäftigen und zu vergüten.



Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, auf die vertragliche Arbeitszeitregelung sei der sog. Blue-pencil-Test anzuwenden. Streiche man die Worte „im monatlichen Durchschnitt“ ergebe sich ein Beschäftigungsumfang von monatlich 150 Stunden.

7

Das Arbeitsgericht hat der Klage, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, dem Hauptantrag nach teilweise stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Es hat die Beklagte verurteilt, die Klägerin als Flugsicherheitskraft auf dem K Flughafen monatlich tatsächlich 160 Stunden zu beschäftigen. Hinsichtlich des Erhöhungsverlangens hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert. Es hat die Klage hinsichtlich des in der Berufungsinstanz gestellten Antrags abgewiesen. Sodann hat es die Beklagte, ohne dass die Klägerin dies beantragt hätte, verurteilt, das Angebot der Klägerin, die regelmäßige Arbeitszeit zu verlängern, insoweit anzunehmen, als die Klägerin verlangt hat, die Arbeitszeit auf 160 Stunden im Monat zu erhöhen. Die Klägerin verfolgt mit ihrer Revision - wie sie in der mündlichen Revisionsverhandlung verdeutlicht hat - den vor dem Landesarbeitsgericht gestellten Klageantrag in Form eines Feststellungsantrags weiter. Die Beklagte begehrt mit ihrer Revision die Abweisung der Klage.

8

## Entscheidungsgründe

A. Die zulässige Revision der Klägerin ist insoweit begründet, als sie die Abweisung des Begehrens angreift, eine 150 Stunden im Monatsdurchschnitt übersteigende regelmäßige Arbeitszeit festzustellen.

9

I. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts, das die Beklagte verurteilt hat, die Klägerin im Umfang von 160 Monatsstunden zu beschäftigen, abgeändert, indem es den Antrag ohne Einschränkung zurückgewiesen hat. Es ist von einer wirksamen Festlegung der Arbeitszeit im Arbeitsvertrag mit 150 Stunden im Monatsdurchschnitt ausgegangen. Das ist fehlerhaft. Es ist eine Mindestarbeitszeit von 160 Monatsstunden festzustellen.

10



1. Der zur Entscheidung des Senats gestellte Feststellungsantrag ist zulässig. 11
- a) Soweit der in der Revisionsverhandlung gestellte Feststellungsantrag hinter dem in der Berufungsverhandlung gestellten Leistungsantrag zurückbleibt, handelt es sich um eine Beschränkung des Leistungsbegehrens, die als solche nicht als Klageänderung anzusehen ist (§ 264 Nr. 2 ZPO). 12
- Während die Klägerin in den Vorinstanzen von der Beklagten im Wege der Leistungsklage verlangt hat, sie im Umfang von 180 Stunden im Monat zu beschäftigen, hat sie ihren Antrag in der Revisionsinstanz auf die Feststellung beschränkt, dass die regelmäßige Arbeitszeit 180 Stunden im Monat betrage. Dies ist zulässig. Unzulässig sind in der Revisionsinstanz wegen § 559 Abs. 1 ZPO nur Klageänderungen, mit denen neue Ansprüche in den Rechtsstreit eingeführt werden sollen. Denn der Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bildet nicht nur bezüglich des tatsächlichen Vorbringens, sondern auch für den durch den Antrag und den Klagegrund bestimmten Streitgegenstand die Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht. Die Beschränkung des Antrags, aufgrund der ohne Änderung des Klagegrundes vom Leistungs- zum Feststellungsantrag gewechselt wurde, verändert nicht den Streitgegenstand. Insoweit liegt nur eine Beschränkung des Klageantrags vor, die nach § 264 Nr. 2 ZPO nicht als Klageänderung gilt und deshalb weder einer Einwilligung noch einer Feststellung der Sachdienlichkeit bedarf. Eine - wie hier - erklärte bloße Antragsbeschränkung ist somit auch in der Revisionsinstanz unbedenklich zulässig (BAG 14. Dezember 2010 - 9 AZR 642/09 - Rn. 21, NZA 2011, 509). 13
- b) Die von der Klägerin begehrte Feststellung der regelmäßigen Arbeitszeit begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. 14
- aa) Der Feststellungsantrag ist auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien iSv. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet. Feststellungsklagen müssen sich nicht auf das Rechtsverhältnis im Ganzen beziehen, sondern können einzelne daraus entstehende Rechte, Pflichten oder Folgen zum Ge- 15



genstand haben (vgl. BAG 20. April 2010 - 3 AZR 370/08 - Rn. 20, EzA GG Art. 3 Nr. 109). So ist der Umfang der Leistungspflicht des Arbeitnehmers zulässiger Inhalt einer Feststellungsklage (vgl. BAG 14. Oktober 2004 - 6 AZR 564/03 - zu I 1 der Gründe, AP BAT § 2 SR 2r Nr. 3).

- bb) Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtliche Interesse besteht, wenn ein Teil eines bestehenden Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien streitig ist und die gerichtliche Entscheidung geeignet ist, diesen Streit zu klären (vgl. BAG 12. September 2006 - 9 AZR 675/05 - Rn. 11, BAGE 119, 248). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Die Klägerin begehrt die gerichtliche Feststellung, dass ihre monatliche Regelarbeitszeit 180 Stunden beträgt. Die Beklagte nimmt den Rechtsstandpunkt ein, die Arbeitspflicht der Klägerin umfasse lediglich 150 Monatsstunden. 16
2. Der Feststellungsantrag ist insoweit begründet, als die monatliche Mindestarbeitszeit der Klägerin 160 Stunden beträgt. In diesem Umfang findet das Klagebegehren seine Rechtsgrundlage in der manteltariflichen Vorschrift des § 2 Abs. 1 MTV. 17
- a) Die Vorschriften des MTV finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung (§ 4 Abs. 5 TVG). Unter dem 20. März 2007 erklärte das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen den MTV mit Wirkung zum 1. Januar 2006 für allgemeinverbindlich. 18
- b) Nach § 2 Abs. 1 MTV beträgt die tarifliche Mindestarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers monatlich 160 Stunden. 19
- c) Die Klägerin ist vollzeitbeschäftigt iSd. § 2 Abs. 1 MTV. Die Arbeitszeitregelung in § 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 des die Parteien verbindenden Formulararbeitsvertrags ist infolge Intransparenz rechtsunwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB). Auf die Vertragsklausel ist der sog. Blue-pencil-Test nicht anwendbar. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist nicht möglich. An die Stelle der unwirksamen Vertragsklausel tritt die in § 2 Abs. 1 MTV geregelte Mindestarbeitszeit. 20



- aa) Unter § 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV einigten sich die DSW und die Klägerin darauf, die Klägerin sei „verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten“. Diese Vereinbarung ist intransparent. 21
- bb) Gemäß § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). 22
- cc) § 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV ist an diesen Vorgaben des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu messen. 23
- (1) Die DSW und die Klägerin schlossen einen Formulararbeitsvertrag, der als solcher Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, die die DSW der Klägerin bei Abschluss des Vertrags stellte (§ 305 Abs. 1 BGB). 24
- (2) Der Umstand, dass die Klausel den Umfang der Arbeitszeit und damit eine Hauptleistungspflicht des Arbeitsverhältnisses regelt, steht einer Überprüfung der Klausel auf Transparenz nicht entgegen. 25
- Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB unterliegen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur insoweit der uneingeschränkten Inhaltskontrolle, wie durch sie von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die nicht von Rechtsvorschriften abgewichen wird, weil in ihnen frei von gesetzlicher Regulierung die Art der Arbeitsleistung, die Höhe des Arbeitsentgelts und der Umfang der Arbeitszeit festgelegt werden, sind von der Angemessenheitskontrolle ausgenommen. Sie unterliegen jedoch der Transparenzkontrolle (§ 307 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese erfasst insbesondere Klauseln, die den Umfang der von den Parteien geschuldeten Vertragsleistungen festlegen (BAG 15. April 2008 - 9 AZR 159/07 - Rn. 73, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 38 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 21). Hierzu zählt insbesondere die Arbeitszeit, die den 26



Umfang der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung festlegt (vgl. BAG 14. März 2007 - 5 AZR 630/06 - Rn. 24, BAGE 122, 12).

dd) Sinn des Transparenzgebots ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - Rn. 14, BAGE 124, 259). Für die Annahme, eine Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot, reicht es deshalb nicht aus, dass der Arbeitnehmer keine oder nur eine erschwerte Möglichkeit hat, die betreffende Regelung zu verstehen (BAG 15. April 2008 - 9 AZR 159/07 - Rn. 77, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 38 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 21). Erst in der Gefahr, dass der Arbeitnehmer wegen unklar abgefasster Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht erkennen kann, ob und wie er seine Rechte wahrnehmen kann, liegt die für die Rechtsfolge der Unwirksamkeit erforderliche unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 BGB (BAG 14. März 2007 - 5 AZR 630/06 - Rn. 27, BAGE 122, 12). Bei der Beurteilung, ob eine Regelung dem Transparenzgebot genügt, ist folglich nicht auf den flüchtigen Betrachter, sondern auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr abzustellen (BAG 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - Rn. 45, AP BGB § 309 Nr. 4).

27

Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass § 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV nicht hinreichend klar und verständlich ist. Die Vertragsklausel bestimmt mit 150 Stunden „im monatlichen Durchschnitt“ eine Durchschnittsarbeitszeit, ohne den Zeitraum, der für die Ermittlung des Durchschnitts maßgeblich ist, festzulegen. Durch diese Vertragsgestaltung besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer als Vertragspartner des Arbeitgebers von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Denn es bleibt offen, ob die durchschnittliche Arbeitszeit in Bezug auf ein Kalenderjahr, auf das jeweilige Beschäftigungsjahr des Arbeitnehmers oder gar in Bezug auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berechnen ist. Die Klausel eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitnehmer über einen geraumen Zeitraum nicht zur Arbeit heranzuziehen, ohne dass sich der Arbeitnehmer - die Wirksamkeit der Klausel unterstellt - dagegen wehren könnte. Sowohl die Durchset-

28



zung des arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruchs als auch die Geltendmachung von Annahmeverzugsansprüchen wird durch eine solche Vertragsgestaltung vereitelt. Denn der Arbeitgeber könnte den Arbeitnehmer zu jeder Zeit darauf verweisen, ihn in der Zukunft in einem Umfang zu beschäftigen, der den Ausgleich eines Stundendefizits gewährleistet. Eine derartige Vertragsbestimmung benachteiligt den Arbeitnehmer umso mehr, als der Arbeitsvertrag der Parteien weder eine Mindestarbeitszeit noch eine feste Monatsvergütung vorsieht, sondern das Arbeitsentgelt sich allein an den von ihm geleisteten Arbeitsstunden orientiert. Gegen diese vom Senat in der Revisionsverhandlung vorgetragene Auslegung sind keine Einwände erhoben worden.

ee) Die Intransparenz des § 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV hat die Unwirksamkeit der gesamten Klausel zur Folge (§ 306 Abs. 1 BGB). Das Landesarbeitsgericht geht fehl in der Annahme, der von der Rechtsprechung entwickelte sog. Blue-pencil-Test sei auf die Vertragsbestimmung anwendbar. Dies rügt die Klägerin mit ihrer Revision zu Recht. 29

(1) § 306 Abs. 1 BGB enthält eine „kodifizierte Abweichung von der Auslegungsregel des § 139 BGB“ (BAG 12. März 2008 - 10 AZR 152/07 - Rn. 27, AP BGB § 305 Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 33) und bestimmt, dass bei Teilnichtigkeit grundsätzlich der Vertrag im Übrigen aufrechterhalten bleibt. Die Anwendung dieses Grundsatzes entspricht der Interessenlage beider Arbeitsvertragsparteien (BAG 13. April 2010 - 9 AZR 36/09 - Rn. 22, AP BGB § 307 Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 47). Soweit die Klausel nicht teilbar ist, tritt an ihre Stelle nach § 306 Abs. 2 BGB das Gesetz. Handelt es sich hingegen um eine teilbare Klausel, ist die Inhaltskontrolle jeweils für die verschiedenen, nur formal verbundenen Bestimmungen vorzunehmen (BAG 11. April 2006 - 9 AZR 610/05 - Rn. 32, BAGE 118, 36). 30

(a) Die Teilbarkeit einer Klausel ist mittels des sog. Blue-pencil-Tests durch Streichung des unwirksamen Teils zu ermitteln (vgl. BAG 6. Mai 2009 - 10 AZR 443/08 - Rn. 11, AP BGB § 307 Nr. 43 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 44). Ist die verbleibende Regelung weiterhin verständlich, bleibt sie bestehen (BAG 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 29, EzA BGB 2002 § 307 Nr. 49). 31



Maßgeblich ist, ob die Klausel mehrere sachliche Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abtrennbar ist (BAG 12. März 2008 - 10 AZR 152/07 - Rn. 28, AP BGB § 305 Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 33). Die Zerlegung einer ihrem Wortlaut nach eindeutig einheitlichen Regelung in mehrere selbstständige Regelungen ist nicht zulässig (BAG 11. April 2006 - 9 AZR 610/05 - Rn. 32, BAGE 118, 36).

(b) Nach diesen Grundsätzen ist § 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV nicht teilbar. Die Verbindung zwischen Stundenangabe und Bestimmung der Arbeitszeit als Durchschnittsarbeitszeit konstituiert eine Regelungseinheit, die nicht durch die Streichung der Worte „im monatlichen Durchschnitt“ in eine Bestimmung der Stundenanzahl und in eine Bestimmung des Berechnungszeitraums für die Ermittlung der durchschnittlichen Monatsarbeitszeit aufgebrochen werden kann. Bei Anwendung des sog. Blue-pencil-Tests ergäbe sich: „Die Angestellte ist verpflichtet, (monatlich) 150 Stunden zu arbeiten, wobei diese Arbeitstage auch auf Samstage, Sonn- und Feiertage fallen können.“ Eine solche - im Ergebnis starre - Regelung der Arbeitszeit widerspricht jedoch dem Regelungsplan, den die DSW als Verwenderin der Klausel verfolgte. Sie wollte ein frei flottierendes Arbeitszeitregime etablieren, das auf Vertragsebene weder eine Mindest- noch eine Höchstarbeitszeit vorsieht. Dies verdeutlicht insbesondere die Bestimmung des § 2 Abs. 2 Unterabs. 2 ArbV, der zufolge die Arbeitnehmerin bei Vorliegen betrieblicher Gründe verpflichtet ist, Überstunden im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu leisten. Die DSW beabsichtigte, sich die Befugnis zu sichern, die Arbeitnehmerin in einem Arbeitszeitkorridor einzusetzen, der von null Stunden im Monat bis zu den durch das Arbeitszeitgesetz gezogenen Grenzen reicht. Die Flexibilisierung durch Anknüpfung an einen Durchschnittswert stellt damit ein konstitutives Element der Vertragsbestimmung dar, das von der Bestimmung der Anzahl monatlicher Arbeitsstunden nicht zu trennen ist.

(2) Eine zugunsten der Beklagten vorzunehmende ergänzende Auslegung scheitert an der erforderlichen Regelungslücke. Denn der Wille der DSW als Verwenderin war bei Vertragsabschluss darauf gerichtet, über die Arbeitszeit der Klägerin ohne Bindung an vertragliche Vereinbarungen verfügen zu können.

32

33



Dies ergibt die Auslegung der maßgeblichen Vertragsbestimmungen in ihrer Gesamtheit.

(a) Während bei der geltungserhaltenden Reduktion nach der Grenze des am Maßstab des § 307 ff. BGB zu beurteilenden „gerade noch Zulässigen“ gesucht wird, erstrebt die ergänzende Vertragsauslegung einen beiden Seiten soweit wie möglich gerecht werdenden Ausgleich (vgl. BAG 11. April 2006 - 9 AZR 610/05 - Rn. 36, BAGE 118, 36). Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass der Regelungsplan der Parteien infolge der durch die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel entstandenen Lücke einer Vervollständigung bedarf (BAG 11. April 2006 - 9 AZR 610/05 - Rn. 35, aaO). Dies ist dann anzunehmen, wenn die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel für den Verwender eine unzumutbare Härte darstellen würde (vgl. BAG 15. September 2009 - 3 AZR 173/08 - Rn. 49, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 42 = EzA BGB 2002 § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 13).

34

(b) Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Wie die übrigen Bestimmungen über die Arbeitszeit belegen, ging es der DSW darum, die Klägerin im selben Umfang wie eine Vollzeitkraft einsetzen zu können. So ist die Klägerin nach § 2 Abs. 2 Unterabs. 2 ArbV verpflichtet, Überstunden im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu leisten, soweit dies aus betrieblichen Gründen erforderlich ist. Mit dieser Regelung sicherte sich die DSW einen Arbeitszeitkorridor, der nach oben lediglich durch die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes begrenzt ist. In dieselbe Richtung weist die Vergütungsregelung in § 3 Abs. 3 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV. Danach wird - lediglich - die Arbeitszeit, die „über 195,0 Stunden pro Monat“ hinausgeht, als Überstunden vergütet. Die DSW sah demnach die Arbeitszeit, die zwischen 150 Stunden (§ 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV) und 195 Stunden im Monat (§ 3 Abs. 3 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV) liegt, in vergütungsrechtlicher Hinsicht nicht als Überstunden an. Diese Regelung ist mit entsprechenden Regelungen für Vollzeitbeschäftigte kompatibel, ohne dass es einer ergänzenden Vertragsauslegung bedürfte. Denn die für Vollzeitkräfte geltende manteltarifliche Mindestarbeitszeit liegt mit 160 Stunden im Monat (§ 2 Abs. 1 MTV) ebenso unterhalb der in § 3

35



Abs. 3 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV genannten Grenze wie die Arbeitszeit einer Teilzeitkraft. Für einen Arbeitgeber, der sich vorbehält, einen Arbeitnehmer bei Vorliegen betrieblicher Gründe im selben Umfang wie eine Vollzeitkraft einzusetzen, ohne eine Mindestbeschäftigung zu vereinbaren, bedeutet es keine unzumutbare Härte, wenn die Unwirksamkeit einer vertraglichen Arbeitszeitergelenkung dazu führt, dass zwischen den Arbeitsvertragsparteien ein Vollzeit-arbeitsverhältnis besteht.

(3) Bei Fehlen einer Teilzeitvereinbarung wird im Zweifel ein Vollzeit-arbeitsverhältnis begründet (*BAG 8. Oktober 2008 - 5 AZR 715/07 - Rn. 19, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 27*). Der von dem Arbeitnehmer geschuldete Beschäftigungsumfang ist in einem solchen Fall unter Rückgriff auf das Tarifrecht, im Streitfall § 2 Abs. 1 MTV, zu bestimmen (*vgl. BAG 8. Oktober 2008 - 5 AZR 715/07 - Rn. 20, aaO*). § 2 Abs. 1 MTV legt die Mindestarbeitszeit auf 160 Stunden im Monat fest. Die tarifliche „Mindestarbeitszeit“ entspricht für den Bereich des Wach- und Sicherheitsgewerbes der in anderen Branchen üblichen „Regelarbeitszeit“. Die „monatliche Regularbeitszeit“ des § 2 Abs. 2 MTV hingegen kennzeichnet nicht den vom Arbeitgeber geschuldeten Arbeitseinsatz, sondern eröffnet dem Arbeitgeber lediglich die Möglichkeit, den Arbeitnehmer über die für einen vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer maßgebliche Arbeitszeit hinaus einzusetzen (*vgl. BAG 22. April 2009 - 5 AZR 629/08 - Rn. 15, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bewachungsgewerbe Nr. 21*). 36

II. Soweit die Revision der Klägerin das Ziel verfolgt, eine 160 Monats-stunden überschreitende regelmäßige Arbeitszeit feststellen zu lassen, ist sie ohne Erfolg. 37

1. Die Parteien verbindet ein Vollzeitarbeitsverhältnis (*vgl. A I 2 c*). Die Mindestarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers im Wach- und Sicherheitsgewerbe beträgt nach § 2 Abs. 1 MTV 160 Stunden im Monat. 38

2. Die Arbeitsvertragsparteien haben nach Abschluss des vom 17./19. Dezember 2003 datierenden Arbeitsvertrags keine Vereinbarung getrof- 39



fen, der zufolge die Arbeitszeit der Klägerin mehr als die einer Vollzeitarbeitskraft betragen sollte.

- a) Zwar setzten sowohl die DSW als auch die Beklagte die Klägerin über mehrere Monate in einem zeitlichen Umfang ein, der über der tarifvertraglich vorgesehenen Mindestarbeitszeit liegt; doch lässt dieses tatsächliche Verhalten der Arbeitsvertragsparteien nicht auf den Willen schließen, sie hätten die arbeitsvertraglichen Absprachen ändern wollen. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 40
- b) Die Tatsache, dass die Klägerin nach ihrem Vortrag in der Vergangenheit mehr als 160 Stunden im Monat arbeitete, ist nicht ausreichend, um einen vertraglichen Anspruch auf Fortsetzung dieser Handhabung zu begründen. Das entspricht der Rechtsprechung, nach der eine Überschreitung der vertraglich vorgesehenen Arbeitszeit für sich genommen noch keine einvernehmliche Vertragsänderung herbeiführt (*vgl. BAG 22. April 2009 - 5 AZR 133/08 - Rn. 13, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 51*). Bei einem entsprechenden Arbeitseinsatz handelt es sich um ein tatsächliches Verhalten, dem nicht notwendig ein bestimmter rechtsgeschäftlicher Erklärungswert in Bezug auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses zukommt (§ 145 BGB). Es ist auf die Absprachen abzustellen, die dem erhöhten Arbeitseinsatz zugrunde liegen. Die Annahme einer dauerhaften Vertragsänderung mit einer erhöhten regelmäßigen Arbeitszeit setzt die Feststellung entsprechender Erklärungen der Parteien voraus (*vgl. BAG 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 12, AP BGB § 615 Nr. 121 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 20*). Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen ein auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag neben einer Mindest- eine Regelarbeitszeit vorsieht, die über dem Durchschnittswert des tatsächlichen Beschäftigungsumfangs liegt. 41
- c) Nach Inkrafttreten des allgemeinverbindlichen MTV am 1. Januar 2006 lag die Arbeitszeit der Klägerin im Durchschnitt im Höchstfalle zwischen der Mindest- und der Regelarbeitszeit, wie sie die Tarifvertragsparteien in § 2 MTV festgelegt haben. Die tarifliche Mindestarbeitszeit betrug 160 Stunden im Monat (§ 2 Abs. 1 MTV); die tarifliche Regelarbeitszeit lag bei 260 Stunden im Monat 42



(§ 2 Abs. 2 MTV). Die DSW setzte die Klägerin höchstens im Umfang einer Vollzeitkraft ein. Sonstige Umstände, die darauf hindeuten, dass die damaligen Arbeitsvertragsparteien den Arbeitsvertrag hätten ändern wollen, hat die Klägerin nicht vorgetragen; sie sind im Übrigen nicht ersichtlich.

3. Durch die Beschäftigung der Klägerin über die tarifliche Mindestarbeitszeit hinaus hat sich die jeweilige Arbeitgeberin nicht dergestalt selbst gebunden, dass sie gehindert wäre, die Klägerin künftig nur noch im Umfang der Mindestarbeitszeit einzusetzen (§ 242 BGB). 43

Arbeitspflichten können sich nach längerer Zeit auf bestimmte Arbeitsbedingungen konkretisieren. Dazu genügt jedoch nicht schon der bloße Zeitablauf. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten, aufgrund derer der Arbeitnehmer erkennen kann und vertrauen darf, dass er nicht in anderer Weise eingesetzt werden soll (BAG 13. März 2007 - 9 AZR 433/06 - Rn. 50, AP BGB § 307 Nr. 26). Selbst wenn die DSW die Klägerin in den Jahren 2008 und 2009 in einer Vielzahl von Monaten über 160 Stunden hinaus eingesetzt haben sollte, lassen sich Umstände, aus denen die Klägerin hätte entnehmen können, ihre Arbeitgeberin werde auch in Zukunft so verfahren, aus dem Sachvortrag der Klägerin nicht entnehmen. Im Übrigen sind sie nicht ersichtlich. 44

B. Die Revision der Beklagten ist teilweise begründet; im Übrigen ist sie unbegründet. 45

I. Das angefochtene Urteil ist insoweit aufzuheben, als das Landesarbeitsgericht die Beklagte verurteilt hat, die regelmäßige Arbeitszeit auf 160 Stunden im Monat zu erhöhen. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts beruht insoweit auf revisiblen Rechtsfehlern. 46

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Klageantrag sei unbegründet. Sodann hat das Landesarbeitsgericht geprüft, ob die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit hat und diesen Anspruch teilweise bejaht. Das ist rechtsfehlerhaft. Denn es fehlt an einem entsprechenden Klageantrag. Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz das in der ersten Instanz geäußerte Erhöhungsbegehren nicht weiterverfolgt. 47



2. Gemäß § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, das sie nicht beantragt hat. 48
- a) Die Antragsbindung des erkennenden Gerichts nach § 308 Abs. 1 ZPO ist in Relation zum durch den Parteiantrag bestimmten Streit- und Entscheidungsgegenstand zu bestimmen (*BAG 22. Oktober 2009 - 8 AZR 865/08 - Rn. 29, AP BGB § 133 Nr. 57*). Ein Gericht darf und muss ein „Weniger“ zuerkennen, wenn dieses Begehren im jeweiligen Sachantrag enthalten ist. Etwas anderes gilt, wenn es sich nicht um „weniger“, sondern um etwas „anderes“ handelt (*BAG 22. Juni 2010 - 1 AZR 853/08 - Rn. 15, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 136 = EzA BetrVG 2001 § 87 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 22*). Dies ist durch Auslegung des Klageantrags zu ermitteln (*vgl. BAG 6. Juni 2007 - 4 AZR 505/06 - Rn. 17, AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 308*). 49
- b) Das Landesarbeitsgericht durfte über einen möglichen Anspruch der Klägerin auf Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit nicht entscheiden. Die Klägerin hat diesen Antrag in der mündlichen Verhandlung, auf die das angefochtene Urteil ergangen ist, nicht in prozessual wirksamer Weise zur Entscheidung des Berufungsgerichts gestellt. Soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte gleichwohl verurteilt hat, das Änderungsangebot der Klägerin in einem bestimmten Umfang anzunehmen, hat es der Klägerin etwas zugesprochen, das diese nicht beantragt hat. 50
- aa) Gemäß § 297 Abs. 1 ZPO sind die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen zu verlesen. Soweit sie darin nicht enthalten sind, müssen sie aus einer dem Protokoll als Anlage beizufügenden Schrift verlesen werden. Der Vorsitzende kann auch gestatten, dass die Anträge zu Protokoll erklärt werden. Nach § 297 Abs. 2 ZPO kann die Verlesung dadurch ersetzt werden, dass die Parteien auf die Schriftsätze Bezug nehmen, die die Anträge enthalten. 51
- bb) Die Klägerin hat den in der ersten Instanz als Hilfsantrag gestellten Antrag, die Beklagte zu verurteilen, ihr Angebot auf Erhöhung der Arbeitszeit anzunehmen, in der Berufungsinstanz nicht weiterverfolgt. Sie hat ihn weder in der Berufungsschrift angekündigt, noch hat sie ihn in der mündlichen Verhandlung 52



lung vor dem Berufungsgericht zu Protokoll erklärt. Sie hat ausweislich der Sitzungsniederschrift allein auf den angekündigten Antrag, sie tatsächlich 180 Stunden im Monat „zu beschäftigen und zu vergüten“, Bezug genommen. Auch der Tatbestand des angefochtenen Urteils nennt allein den Antrag, „unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts ... die Beklagte zu verurteilen, sie als Flugsicherheitskraft auf dem K Flughafen monatlich tatsächlich 180 Stunden zu beschäftigen und zu vergüten“. Der Antrag, sie tatsächlich zu beschäftigen, und der Antrag, den Arbeitsvertrag der Parteien zu ändern, sind weder inhaltlich identisch noch umfasst der erstere letzteren.

cc) Der Verstoß des Landesarbeitsgerichts gegen § 308 Abs. 1 ZPO ist nicht dadurch geheilt worden, dass die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt und sich hiermit die Entscheidung des Berufungsgerichts zu eigen macht. Denn insoweit handelt es sich um eine Klageerweiterung, die die Rechtsprechung im Revisionsverfahren grundsätzlich für nicht zulässig hält (*vgl. BGH 29. Juni 2006 - I ZR 235/03 - Rn. 24, BGHZ 168, 179*). Es kann offenbleiben, ob der Senat sich dieser Rechtsprechung anschließt. Jedenfalls sind hier die maßgeblichen Voraussetzungen des § 9 TzBfG weder vom Landesarbeitsgericht festgestellt noch von den Parteien unstreitig vorgetragen worden. Deshalb steht bereits die Bindung des Revisionsgerichts an die tatsächlichen Feststellungen iSd. § 559 ZPO einer Heilung durch Klageerweiterung entgegen.

53

dd) Der Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO wird von der Revision zwar nicht gerügt. Dies ist jedoch unschädlich. Spricht ein Gericht einer Partei entgegen § 308 Abs. 1 ZPO mehr zu als sie verlangt hat, ist dies vom Revisionsgericht ohne Rüge von Amts wegen zu beachten (*vgl. BAG 20. Januar 2009 - 9 AZR 677/07 - Rn. 20, BAGE 129, 131*). Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über die Verpflichtung der Beklagten, die Arbeitszeit der Klägerin zu erhöhen, ist deshalb gegenstandslos (*vgl. zu dieser Rechtsfolge BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 378/08 - Rn. 18*).

54

II. Im Übrigen ist die Revision der Beklagten unbegründet. Der von der Klägerin in der Hauptsache verfolgte Feststellungsantrag ist in dem unter A I bezeichneten Umfang begründet.

55



- C. Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin drei Viertel zu tragen, die Beklagte ein Viertel (§ 92 Abs. 1 ZPO). 56
- I. Der Streitwert ist gemäß § 42 Abs. 2 Satz 1 GKG auf der Grundlage der 36-fachen Differenz von 30 Stunden im Monat (*Differenz zwischen 150 und 180 Stunden*) mal 10,33 Euro pro Stunde (*insgesamt 11.156,40 Euro*), gedeckelt durch das dreifache Monatseinkommen (= 5.578,20 Euro), zu bilden. Von dem zuletzt genannten Betrag sind 80 Prozent (= 4.462,56 Euro) anzusetzen, da die Klägerin zuletzt nicht eine Leistung der Beklagten, sondern lediglich die Feststellung der Mindestarbeitszeit verlangt hat. 57
- II. Die Klägerin obsiegt mit 1.487,52 Euro. Denn der von ihr verfolgte Feststellungsantrag hat mit einem Drittel Erfolg (*10 Stunden statt der begehrten 30, über 150 Stunden hinausgehenden Stunden*). Bezogen auf den Streitwert des ursprünglichen Leistungsbegehrens entspricht dies einer gerundeten Quote von einem Viertel. Die Beklagte obsiegt demnach zu drei Vierteln. 58

Düwell

Krasshöfer

Suckow

Preuß

Merte



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
([mobile App](#))

