

Pressemitteilungen - Infos

Pressesprecher



Verknüpftes Dokument, siehe auch: **Pressemitteilung Nr. 50/11 vom 21.6.2011**

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 21.6.2011, 9 AZR 236/10

Parteiwechsel in der Revisionsinstanz - Umfang der monatlichen Arbeitszeit - AGB-Kontrolle - unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers durch Vereinbarung einer Durchschnittsarbeitszeit

Leitsätze

1. Tritt der Erwerber eines Betriebs noch in der ersten Instanz als streitgenössischer Nebenintervenient dem beklagten Betriebsveräußerer bei, ist ein Parteiwechsel auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zulässig, wenn die klagende Partei nunmehr den Betriebserwerber anstelle des Betriebsveräußerers auf Abgabe einer das Arbeitsverhältnis gestaltenden Willenserklärung in Anspruch nimmt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sowohl der aus dem Rechtsstreit ausscheidende Betriebsveräußerer als auch der in den Rechtsstreit eintretende Betriebserwerber ihr Einverständnis mit dem Parteiwechsel erklären.
2. § 9 TzBfG gewährt vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber, die vertragliche Arbeitszeit zu verlängern. Die regelmäßige Arbeitszeit des Vollzeitbeschäftigten bildet die Obergrenze des Arbeitszeitverlängerungsanspruchs nach § 9 TzBfG.

Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 25. Januar 2010 - 2 Sa 996/09 - aufgehoben und aus Gründen der Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 18. Mai 2009 - 15 Ca 3663/08 - hinsichtlich der Nr. 3 des Tenors teilweise abgeändert. Es wird festgestellt, dass die Mindestarbeitszeit des Klägers 160 Stunden im Monat beträgt. Im Übrigen wird die Klage hinsichtlich der in der ersten Instanz gestellten Klageanträge zu 8. und zu 9. abgewiesen. Im Übrigen wird die Berufung der

Beklagten zurückgewiesen.

Im Übrigen werden die Revisionen der Beklagten und des Klägers zurückgewiesen.

Der Kläger hat 85 Prozent der Kosten des Rechtsstreits zu tragen, die Beklagte 15 Prozent.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz über den Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit des Klägers sowie hilfsweise über die Verpflichtung der früheren Nebenintervenientin und jetzigen Beklagten, die Arbeitszeit des Klägers zu verlängern.
- 2 Der Kläger trat 2004 in die Dienste der D GmbH & Co. KG (*DSW*). Die DSW setzte den Kläger als Flugsicherheitskraft in der Fluggastkontrolle am Flughafen K ein. Der vom 14. Januar/4. März 2004 datierende Formulararbeitsvertrag (*ArbV*) enthält ua. folgende Regelungen:

„§ 2

...

2. Der Angestellte ist verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten ... Die Einzelheiten ergeben sich aus dem jeweiligen Dienstesatzplan, 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.

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

...

§ 3

...

2. Der Angestellte erhält ein Entgelt in Höhe von EUR 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 dem Angestellten einen Zuschlag in Höhe von 25 % auf den vereinbarten Stundenlohn.“

- 3 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:

„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.

...“

- 4 Im Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2007 setzte die DSW den Kläger zwischen 137,5 und 279,5 Stunden und damit insgesamt durchschnittlich 188 Stunden im Monat ein.
- 5 Als der Kläger im November 2007 erfuhr, die DSW wolle zusätzliche Arbeitsplätze schaffen, forderte er die DSW erfolglos auf, seine Arbeitszeit auf 173 Stunden im Monat zu verlängern.
- 6 Der Kläger hat am 21. August 2007 gegen die DSW Klage erhoben. Mit Schriftsatz vom 28. Februar 2008, der der DSW am 5. März 2008 zugestellt worden ist, hat er sein Aufstockungsverlangen geltend gemacht.
- 7 Zum 1. Januar 2009 ging das Arbeitsverhältnis zwischen der DSW und dem Kläger infolge eines Betriebsübergangs auf die Beklagte über.
- 8 Mit Schriftsatz vom 23. Januar 2009 ist die Beklagte dem Rechtsstreit zwischen der DSW und dem Kläger als Nebenintervenientin aufseiten der DSW beigetreten.
- 9 Der Kläger 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 der Jahre 2005 bis 2009 zu ermitteln. Hilfsweise sei auf die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltende tarifvertragliche Arbeitszeitregelung zurückzugreifen.
- 10 Der Kläger hat vor dem Landesarbeitsgericht zuletzt beantragt
festzustellen, dass seine regelmäßige monatliche Arbeitszeit 188 Stunden beträgt, und
hilfsweise die DSW zu verurteilen, sein Angebot aus dem Monat November 2007 auf Verlängerung der vertraglichen Arbeitszeit von 150 Stunden auf monatlich 173 Stunden mit Wirkung zum 1. Dezember

2007 anzunehmen.

- 11 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. Das Aufstockungsbegehren des Klägers sei nicht begründet. Da die Anzahl der eingesetzten Flugsicherheitskräfte im Tagesverlauf starken Schwankungen unterliege, ziele ihr unternehmerisches Konzept darauf ab, das Arbeitsvolumen ausschließlich auf Teilzeitkräfte zu verteilen.
- 12 Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - dem Hauptantrag nach stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert. Auf den Hilfsantrag hat es die Beklagte verurteilt, das Änderungsangebot des Klägers insoweit anzunehmen, als der Kläger eine Erhöhung der Arbeitszeit auf 160 Stunden im Monat verlangt hat. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. In der Revisionsinstanz hat er einen Parteiwechsel erklärt, dem sowohl die DSW als auch die Beklagte zugestimmt haben. Er nimmt nunmehr anstelle der DSW die Beklagte in Anspruch.

Entscheidungsgründe

- 13 A. Parteien des Rechtsstreits sind der Kläger und die frühere Nebenintervenientin und jetzige Beklagte. Der Kläger hat einen zulässigen Parteiwechsel erklärt. In dessen Folge ist die Beklagte an die Stelle der DSW getreten. Es begegnet keinen durchgreifenden Bedenken, dass der Kläger die auf den Wechsel zielende Prozessklärung erst in der Revisionsinstanz abgegeben hat.
- 14 I. Das Bundesarbeitsgericht geht allerdings bislang davon aus, ein gewillkürter Parteiwechsel in der Revisionsinstanz sei ausgeschlossen (*vgl. BAG 14. September 1983 - 4 AZR 78/81 -*). Der Bundesgerichtshof teilt diese Auffassung (*vgl. 7. Juli 2008 - II ZR 26/07 - Rn. 6, MDR 2008, 1183; 7. Februar 1990 - VIII ZR 98/89 - zu II 2 der Gründe, WM 1990, 742; 24. September 1982 - V ZR 188/79 - juris Rn. 12, DB 1982, 2562*). Die sozial- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung kommt - wenn auch auf der Grundlage unterschiedlicher Verfahrensordnungen - zu demselben Ergebnis (*vgl. BSG 22. Mai 2002 - B 8 KN 11/00 R - Rn. 22, SozR 3-2600 § 93 Nr. 12 und BVerwG 24. Juni 1959 - V C 134.56 - juris Nr. 17, BVerwGE 9, 18*). Das zivilprozessrechtliche Schrifttum hat die Rechtsprechung rezipiert, ohne Einwände zu erheben (*vgl. Zöller/Heßler ZPO 28. Aufl. § 559 Rn. 4; MünchKommZPO/Wenzel 3. Aufl. § 559 Rn. 21; Musielak/Ball ZPO 7. Aufl. § 559 Rn. 3; PG/Ackermann 3. Aufl. § 559 Rn. 4; Hk-ZPO/Kayser 4. Aufl. § 559 Rn. 9*).

- 15 Zur Begründung ihres Rechtsstandpunkts greift die Rechtsprechung in erster Linie auf formale Argumente zurück. Dem Revisionsgericht sei die Aufgabe zugewiesen zu prüfen, ob die Vorinstanz über die Klage rechtsfehlerfrei entschieden habe (§ 545 Abs. 1 ZPO). Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliege der jeweilige Streitstoff so, wie er sich aus Rubrum und Tatbestand des Berufungsurteils sowie dem Sitzungsprotokoll ergebe (BAG 14. September 1983 - 4 AZR 78/81 - juris Rn. 18). Deshalb gelte der Grundsatz, dass die Urteilsgrundlage mit dem Ende der Berufungsverhandlung abgeschlossen werde (vgl. BAG 13. Februar 2007 - 9 AZR 575/05 - Rn. 34, BAGE 121, 199). Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Darüber hinaus sprechen Gründe des Beteiligenschutzes gegen die schrankenlose Möglichkeit eines Parteiwechsels. Die bislang am Rechtsstreit nicht beteiligte Partei darf nicht ohne ihre Zustimmung in einen Rechtsstreit hineingezogen werden, der bereits so weit gediehen ist, dass die Tatsacheninstanzen den Streitstoff mit Bindung für das Revisionsgericht festgestellt haben (§ 559 ZPO). Denn in diesem Fall kann sich die Partei, gegen die sich die Klage nach vollzogenem Parteiwechsel richtet, nur mit Rechtsargumenten, nicht aber mit eigenem Sachvortrag verteidigen.
- 16 II. Das Parteiwechselverbot kann in engen Ausnahmefällen durchbrochen werden. In der vorliegenden Fallgestaltung, in der die Beklagte nach dem Erwerb des Betriebs am Flughafen K noch in der ersten Instanz aufseiten der DSW dem Rechtsstreit beigetreten ist, ist ein Parteiwechsel zulässig, obwohl der Kläger ihn erst in der Revisionsinstanz erklärt hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie im Streitfall - sowohl die aus dem Rechtsstreit ausscheidende Partei als auch die in den Rechtsstreit eintretende Partei ihr Einverständnis mit dem Parteiwechsel erklären und die neue Beklagte bereits - wenn auch in anderer Stellung - an dem Rechtsstreit beteiligt gewesen ist.
- 17 1. Formale Gesichtspunkte stehen dem Parteiwechsel nicht entgegen. Nicht die DSW, sondern die Beklagte hat gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt. Dementsprechend ist sie im Rubrum des angefochtenen Urteils namentlich aufgeführt. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung ua. unter Berücksichtigung des Sachvortrags getroffen, den die Beklagte als Nebenintervenientin in der Berufungsinstanz geleistet hat.
- 18 2. Die Beklagte bedarf auch keines Schutzes. Sie war streitgenössische Nebenintervenientin und hat sich in beiden Instanzen nicht nur mit Rechtsargumenten, sondern auch mit eigenem Sachvortrag einschränkungslos gegen das Klagebegehren zur Wehr setzen können. Ihre Stellung als Streithelferin der DSW hat die Beklagte weder im erst- noch im zweitinstanzlichen Verfahren gehindert, den Prozess so zu führen, als wäre sie selbst Partei des Rechtsstreits. Denn die DSW und die Beklagte haben dem Kläger als gemeinsame Streitgenossen gegenübergestanden.
- 19 a) Ein Nebenintervenient ist in seiner Rechtsverteidigung eingeschränkt (§ 67 Halbs. 2 ZPO). Er genießt in den Tatsacheninstanzen nicht dieselben Rechte wie die Hauptpartei. Denn er darf Angriffs- und Verteidigungsmittel nur insoweit geltend machen, wie seine Erklärungen und Handlungen nicht mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen. Der „Vorrang des Willens der Hauptpartei“ (Zöller/Vollkommer ZPO § 67 Rn. 9) führt dazu, dass der Sachvortrag der Partei dem Sachvortrag des Nebenintervenienten vorgeht

(vgl. OLG Hamm 10. November 1997 - 6 U 1/97 - juris Rn. 7, MDR 1998, 285). Dies gilt selbst in den Fällen, in denen die Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten, denen der Nebenintervenient unterliegt, zum Rechtsverlust führen (vgl. OLG Karlsruhe 7. November 2001 - 7 U 87/97 - juris Rn. 34, BauR 2003, 98). Durch einen Parteiwechsel, der erst in der Revisionsinstanz erfolgt, würden diese Einschränkungen, mit denen der Nebenintervenient belastet ist, zu seinen Lasten verstetigt.

- 20 b) Anders sind die Verhältnisse bei der streitgenössischen Nebenintervention iSd. § 69 ZPO. Als in den Vorinstanzen beteiligte streitgenössische Nebenintervenientin ist die Beklagte von den Beschränkungen des § 67 ZPO befreit gewesen.
- 21 aa) Ein Nebenintervenient gilt insofern nach § 69 ZPO als Streitgenosse der Hauptpartei iSd. § 61 ZPO, als nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozess erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist. Ist der Nebenintervenient Streitgenosse, so kann er als solcher - anders als bei der gewöhnlichen Nebenintervention - auch gegen den Widerspruch der von ihm unterstützten Partei Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen und Prozesshandlungen vornehmen (vgl. BGH 31. März 2008 - II ZB 4/07 - Rn. 8, NJW 2008, 1889).
- 22 bb) Hier ist die Beklagte, die den Betrieb der DSW am Flughafen K mit Wirkung zum 1. Januar 2009 übernommen hat, nach ihrem Beitritt in der Vorinstanz Streitgenossin der DSW gewesen. Denn die Rechtskraft einer Entscheidung zwischen dem Kläger und der DSW hätte auch Wirkung gegenüber der Nebenintervenientin entfaltet.
- 23 Nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB tritt der Betriebserwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Deshalb ist der Betriebserwerber im Verhältnis zu den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern Rechtsnachfolger des bisherigen Betriebsinhabers. Ein zwischen Arbeitnehmer und bisherigem Betriebsinhaber ergangenes rechtskräftiges Urteil in Bezug auf Rechte und Pflichten aus diesem Arbeitsverhältnis wirkt daher nach § 325 ZPO auch gegenüber dem Betriebserwerber (BAG 5. Februar 1991 - 1 ABR 32/90 - zu B IV 2 c aa der Gründe, BAGE 67, 168).
- 24 3. Rechtspraktische Erwägungen sprechen dafür, im Falle einer streitgenössischen Nebenintervention, die - wie hier - bereits in der ersten Instanz stattgefunden hat, einen Parteiwechsel auch in der Revisionsinstanz zuzulassen. Andernfalls würde die Durchsetzung des Anspruchs nach § 9 TzBfG, wie ihn der Kläger im Streitfall geltend macht, vereitelt. Wenn nämlich der Betrieb nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht auf einen Dritten übergeht, kann der frühere Betriebsinhaber nicht mehr auf die Abgabe einer den Betriebsnachfolger verpflichtenden Willenserklärung in Anspruch genommen werden. Rechtlich schützenswerte Interessen der streitgenössischen Nebenintervenientin, die infolge des Parteiwechsels an die Stelle der ursprünglichen Beklagten tritt, stehen dem nicht entgegen (vgl. A II 2).

- Dies gilt umso mehr, als sowohl die DSW als auch die Beklagte in den
Parteiwechsel eingewilligt haben.
- 25 B. Die zulässige Revision des Klägers ist insoweit begründet, als sie die vollständige Abweisung des Begehrens angreift, eine 150 Stunden im Monatsdurchschnitt übersteigende regelmäßige Arbeitszeit festzustellen.
- 26 I. Das Landesarbeitsgericht hat das eine regelmäßige Arbeitszeit von 188 Monatsstunden feststellende Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert, indem es den Feststellungsantrag 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 Arbeitszeit von 160 Monatsstunden festzustellen. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts zu weitgehend abgeändert.
- 27 1. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht - ohne dies eigens zu thematisieren - davon ausgegangen, dass die Klage zulässig ist.
- 28 a) Die von dem Kläger mit dem Hauptantrag verfolgte Feststellung der regelmäßigen Arbeitszeit begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.
- 29 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 Gegenstand 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*).
- 30 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. Der Kläger begehrt die gerichtliche Feststellung, dass seine monatliche Regelarbeitszeit 188 Stunden beträgt. Die Beklagte nimmt den Rechtsstandpunkt ein, die Arbeitspflicht des Klägers umfasse lediglich 150 Monatsstunden.
- 31 b) Der hilfsweise gestellte Leistungsantrag ist hinreichend bestimmt, obwohl sich ihm nicht entnehmen lässt, wie die erhöhte Arbeitszeit verteilt sein soll (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Fehlen Angaben hierzu, überlässt der klagende Arbeitnehmer die Verteilung der Arbeitszeit dem Arbeitgeber, der sie in Ausübung seines Direktionsrechts, § 106 Satz 1 GewO, nach billigem Ermessen festlegen soll. Dies hat der Senat in einem Fall entschieden, in dem der Kläger die Verringerung seiner Arbeitszeit begehrt hat (*BAG 12. September 2006 - 9 AZR 686/05 - Rn. 13, BAGE 119, 254*). Für den vorliegenden Fall, in dem der Kläger von der Beklagten verlangt, die Arbeitszeit zu verlängern, gilt dies entsprechend.
- 32 c) Der Kläger verfolgt die beiden Klageanträge zulässigerweise im Wege der eventuellen Klagehäufung, § 260 ZPO. Über den Leistungsantrag, mit dem der Kläger die Verlängerung der Arbeitszeit verlangt, soll nur entschieden werden, wenn er mit dem Hauptantrag, der auf die Feststellung einer monatlichen

Arbeitszeit von 188 Stunden zielt, nicht erfolgreich ist.

- 33 2. Der Feststellungsantrag ist insoweit begründet, als die monatliche Mindestarbeitszeit des Klägers 160 Stunden beträgt. Das Klagebegehren findet seine Rechtsgrundlage in der manteltariflichen Vorschrift des § 2 Abs. 1 MTV.
- 34 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.
- 35 b) Nach § 2 Abs. 1 MTV beträgt die tarifliche Mindestarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers monatlich 160 Stunden.
- 36 c) Der Kläger 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.
- 37 aa) Unter § 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV einigten sich die DSW und der Kläger darauf, der Kläger sei „verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten“. Diese Vereinbarung ist intransparent.
- 38 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).
- 39 cc) § 2 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 ArbV ist an diesen Vorgaben des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu messen.
- 40 (1) Die DSW und der Kläger schlossen einen Formulararbeitsvertrag, der als solcher Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, die die DSW dem Kläger bei Abschluss des Vertrags stellte (§ 305 Abs. 1 BGB).
- 41 (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.
- 42 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 Umfang der von dem Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung festlegt (*vgl. BAG 14. März 2007 - 5 AZR 630/06 - Rn. 24, BAGE 122, 12*).

- 43 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*).
- 44 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 Durchsetzung 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.

- 45 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 der Kläger mit seiner Revision zu Recht.
- 46 (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).
- 47 (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). 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).
- 48 (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: „Der 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. 1 Satz 1 ArbV, der zufolge der Arbeitnehmer bei Vorliegen betrieblicher Gründe verpflichtet ist, Überstunden im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu leisten. Die DSW beabsichtigte, sich die Befugnis zu sichern, den Arbeitnehmer 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.

- 49 (2) Eine zugunsten der Beklagten vorzunehmende ergänzende Auslegung scheidet an der erforderlichen Regelungslücke. Denn der Wille der DSW als Verwenderin war bei Vertragsabschluss darauf gerichtet, über die Arbeitszeit des Klägers ohne Bindung an vertragliche Vereinbarungen verfügen zu können. Dies ergibt die Auslegung der maßgeblichen Vertragsbestimmungen in ihrer Gesamtheit.
- 50 (a) Während bei der geltungserhaltenden Reduktion nach der Grenze des am Maßstab der §§ 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).
- 51 (b) Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Wie die übrigen Bestimmungen über die Arbeitszeit belegen, ging es der DSW darum, den Kläger im selben Umfang wie eine Vollzeitkraft einsetzen zu können. So ist der Kläger 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 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 Arbeitszeitregelung dazu führt, dass zwischen den Arbeitsvertragsparteien ein Vollzeitarbeitsverhältnis besteht.

- 52 (3) Bei Fehlen einer Teilzeitvereinbarung wird im Zweifel ein Vollzeitarbeitsverhältnis 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 Schutzgewerbes 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*).
- 53 II. Soweit die Revision des Klägers das Ziel verfolgt, eine 160 Monatsstunden überschreitende regelmäßige Arbeitszeit feststellen zu lassen, ist sie ohne Erfolg.
- 54 1. Die Parteien verbindet ein Vollzeitarbeitsverhältnis (*vgl. B I 2 c ee*). Die Mindestarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers im Wach- und Schutzgewerbe beträgt nach § 2 Abs. 1 MTV 160 Stunden im Monat.
- 55 2. Die Arbeitsvertragsparteien haben nach Abschluss des vom 14. Januar/4. März 2004 datierenden Arbeitsvertrags keine Vereinbarung getroffen, der zufolge die Arbeitszeit des Klägers mehr als die einer Vollzeitarbeitskraft betragen sollte.
- 56 a) Zwar setzten sowohl die DSW als auch die Beklagte den Kläger über einen längeren Zeitraum 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.
- 57 b) Die Tatsache, dass der Kläger in der Vergangenheit mehr als 188 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.

- 58 c) Nach Inkrafttreten des allgemeinverbindlichen MTV am 1. Januar 2006 lag die Arbeitszeit des Klägers im Durchschnitt 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 (§ 2 Abs. 2 MTV). Die DSW setzte den Kläger durchschnittlich 188 Stunden und damit im Umfang einer Vollzeitkraft ein. Sonstige Umstände, die darauf hindeuten, dass die damaligen Arbeitsvertragsparteien den Arbeitsvertrag hätten ändern wollen, hat der Kläger nicht vorgetragen; sie sind im Übrigen nicht ersichtlich.
- 59 3. Durch die Beschäftigung des Klägers über die tarifliche Mindestarbeitszeit hinaus hat sich die jeweilige Arbeitgeberin nicht dergestalt selbst gebunden, dass sie gehindert wäre, den Kläger künftig nur noch im Umfang der Mindestarbeitszeit einzusetzen (§ 242 BGB).
- 60 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*). Die DSW hat den Kläger zwar in den Jahren 2005 bis 2008 in der Mehrzahl der Monate über 150 Stunden hinaus eingesetzt; Umstände, aus denen der Kläger hätte entnehmen können, seine Arbeitgeberin werde auch in Zukunft so verfahren, lassen sich dem Sachvortrag des Klägers nicht entnehmen. Im Übrigen sind sie nicht ersichtlich.
- 61 III. Die Revision des Klägers ist auch erfolglos, soweit sie mit dem wegen der Teilabweisung angefallenen Hilfsantrag das Ziel verfolgt, die Zustimmung der Beklagten zu einer Erhöhung der Arbeitszeit über die tarifliche Mindestarbeitszeit von 160 Stunden im Monat auf 173 Stunden im Monat zu erhalten. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht die Klage abgewiesen.
- 62 1. Nach § 9 TzBfG hat der Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen.
- 63 2. Der auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichtete Antrag ist nicht schon deshalb unbegründet, weil der Kläger die rückwirkende Änderung des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung zum 1. Dezember 2007 verlangt.
- 64 Seit Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB idF des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (*BGBl. I S. 3138*) kommt die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung mit Rückwirkung in Betracht (*BAG 17. August 2010 - 9 AZR 414/09 - Rn. 18, EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 33*). Ein Vertragsangebot kann auch dann angenommen werden, wenn es auf eine Vertragsänderung zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt

gerichtet ist (vgl. BAG 4. Mai 2010 - 9 AZR 155/09 - Rn. 35, AP ATG § 3 Nr. 21 = EzA ZPO 2002 § 894 Nr. 2). Im Unterschied zum alten Recht stellt § 311a Abs. 1 BGB klar, dass ein Vertrag selbst dann nicht nichtig ist, wenn er hinsichtlich der Vergangenheit tatsächlich nicht durchgeführt werden kann (vgl. BAG 15. April 2008 - 9 AZR 111/07 - Rn. 26, BAGE 126, 264). Der Senat hat es deshalb für unbedenklich gehalten, dass ein Arbeitnehmer eine Reduzierung der Arbeitszeit mit Wirkung für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt verlangt (vgl. 4. Mai 2010 - 9 AZR 155/09 - Rn. 35, aaO). Entsprechendes gilt für den Streitfall. Der Kläger ist nicht gehindert, die Beklagte auf eine Verlängerung der Arbeitszeit mit Wirkung zum 1. Dezember 2007 in Anspruch zu nehmen.

- 65 3. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 9 TzBfG liegen nicht vor. Der Kläger ist nicht teilzeitbeschäftigter, sondern - wie sich aus den Gründen unter B I 2 ergibt - vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer iSd. § 2 TzBfG. Auf Letzteren ist § 9 TzBfG nicht anwendbar.
- 66 a) Maßgeblich für die Abgrenzung von Teilzeit- und Vollzeitarbeitnehmern ist § 2 TzBfG. Danach ist ein Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt, dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers (§ 2 Abs. 1 Satz 1 TzBfG). Ist eine regelmäßige Wochenarbeitszeit nicht vereinbart, ist § 2 Abs. 1 Satz 2 TzBfG anzuwenden. Danach ist ein Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt, wenn seine regelmäßige Arbeitszeit im Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums unter der eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers liegt. Vergleichbar ist nach § 2 Abs. 1 Satz 3 TzBfG ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer des Betriebs mit derselben Art des Arbeitsverhältnisses und der gleichen oder einer ähnlichen Tätigkeit. Gibt es im Betrieb keinen vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, so ist der vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer aufgrund des anwendbaren Tarifvertrags zu bestimmen (§ 2 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 1 TzBfG).
- 67 b) Nach diesen Maßstäben ist der Kläger vollzeitbeschäftigt. Die regelmäßige Arbeitszeit des Klägers ist nicht kürzer als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Da die Arbeitszeitregelung in § 2 Abs. 2 ArbV infolge Intransparenz unwirksam ist, fehlt es an einer vertraglichen Arbeitszeitvereinbarung. Auf einen vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer iSd. § 2 Abs. 1 Satz 2 TzBfG kann im Streitfall nicht abgestellt werden, da die Beklagte in ihrem Betrieb am Flughafen K (§ 2 Abs. 1 Satz 3 TzBfG) keine vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer beschäftigt. Maßgeblich ist demnach die manteltarifvertragliche Bestimmung des § 2 Abs. 1 MTV, der zufolge die Mindestarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers monatlich 160 Stunden beträgt. Dies entspricht der Arbeitszeit des Klägers, wie sie aus § 2 Abs. 1 MTV folgt (vgl. B I 2 c ee).
- 68 c) Vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer können sich nicht mit Erfolg auf § 9 TzBfG berufen (vgl. ErfK/Preis 11. Aufl. § 9 TzBfG Rn. 3). Das TzBfG zielt darauf ab, mehr Arbeitsplätze zu schaffen, nicht aber Überstunden, die der Arbeitnehmer in der Vergangenheit geleistet hat, mit Wirkung für die Zukunft zu verstetigen (vgl. Däubler ZIP 2001, 217, 222). Die regelmäßige Arbeitszeit des Vollzeitbeschäftigten bildet daher die Obergrenze des

Arbeitszeitverlängerungsanspruchs nach § 9 TzBfG (vgl. *Kliemt NZA 2001, 63, 69*). Gleiches gilt für die in § 2 Abs. 1 MTV genannte Mindestarbeitszeit, die für das Wach- und Sicherheitsgewerbe Nordrhein-Westfalens die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers beschreibt (vgl. *BAG 22. April 2009 - 5 AZR 629/08 - Rn. 12, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bewachungsgewerbe Nr. 21*).

- 69 C. Die Revision der Beklagten ist teilweise begründet; im Übrigen ist sie unbegründet.
- 70 I. Das angefochtene Urteil ist insoweit aufzuheben, als das Landesarbeitsgericht die Beklagte auf den Hilfsantrag zur Annahme des Angebots des Klägers verurteilt hat, die regelmäßige Arbeitszeit auf 160 Stunden im Monat zu erhöhen. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts beruht insoweit auf revisiblen Rechtsfehlern.
- 71 1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Hauptantrag sei unbegründet. Von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent hat es sodann geprüft, ob der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit hat. Das Landesarbeitsgericht hat diesen Anspruch teilweise bejaht und die Beklagte verurteilt, das Angebot des Klägers auf Verlängerung der vertraglichen Arbeitszeit anzunehmen. Es hat angenommen, der Anspruch folge dem Grunde nach aus § 9 TzBfG, sei aber der Höhe nach auf die tarifvertragliche Mindestarbeitszeit im Umfang von monatlich 160 Stunden (§ 2 Abs. 1 MTV) begrenzt.
- 72 2. Über den Hilfsantrag ist lediglich insoweit zu entscheiden, wie der Kläger eine Erhöhung seiner Arbeitszeit von 160 Stunden im Monat auf 173 Stunden verlangt. Denn die Arbeitszeit des Klägers richtet sich nach den tariflichen Vorschriften und beträgt nach § 2 Abs. 1 MTV 160 Stunden im Monat. Da die Parteien ein Vollzeitarbeitsverhältnis verbindet, hat der Kläger keinen Anspruch gegen die Beklagte, die Arbeitszeit zu verlängern (vgl. *B II 2*).
- 73 II. Im Übrigen ist die Revision der Beklagten unbegründet. Der von dem Kläger in der Hauptsache verfolgte Feststellungsantrag ist in dem unter B I bezeichneten Umfang begründet.
- 74 D. Von den Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger 85 Prozent zu tragen, die Beklagte 15 Prozent (§ 92 Abs. 1 ZPO). Trotz unterschiedlicher Streitgegenstände in den Instanzen kann die Kostenquote für den gesamten Rechtsstreit einheitlich gebildet werden.
- 75 I. Hinsichtlich der Kosten der ersten Instanz gilt Folgendes:
- 76 1. Der Streitwert der ersten Instanz beträgt 23.035,30 Euro. Die Summe der bezifferten Zahlungsanträge beträgt 12.548,28 Euro. Der Streitwert des Feststellungsantrags ist mit einem Betrag iHv. 4.660,90 Euro anzusetzen. Der Streitwert ist gemäß § 42 Abs. 2 Satz 1 GKG auf der Grundlage der 36-fachen Differenz von 38 Stunden im Monat (*Differenz zwischen 150 und 188 Stunden*) mal 10,33 Euro pro Stunde (*insgesamt 14.131,44 Euro*), gedeckelt durch das dreifache Monatseinkommen (*5.826,12 Euro*), zu bilden. Von letztgenanntem Betrag sind 80 Prozent anzusetzen, da der Kläger lediglich die Feststellung seiner Arbeitsverpflichtung verlangt. Schließlich ist der Leistungsantrag zu 9. mit

einem Betrag iHv. 5.826,12 Euro zu berücksichtigen. Der Streitwert des Leistungsantrags ist wie der des Feststellungsantrags - allerdings ohne Abzug - zu berechnen.

- 77 2. Hinsichtlich der Zahlungsanträge obsiegt der Kläger erstinstanzlich mit einem Betrag iHv. 2.017,10 Euro und unterliegt mit einem Betrag iHv. 9.764,02 Euro. Insoweit hat das Arbeitsgericht über die Anträge rechtskräftig entschieden. Hinsichtlich des Restbetrags iHv. 767,16 Euro haben die Parteien vor dem Landesarbeitsgericht einen Teilvergleich geschlossen. Der Kläger unterliegt demnach hinsichtlich der Zahlungsanträge mit einem Gesamtbetrag iHv. 10.147,60 Euro (*9.764,02 Euro plus die Hälfte des auf den Teilvergleich entfallenden Betrags [§ 98 ZPO]*). Des Weiteren unterliegt der Kläger mit dem Feststellungsantrag zu 8. mit ca. 74 Prozent (*10 Stunden statt der begehrten 38, über 150 Stunden hinausgehenden Stunden*). Schließlich unterliegt er mit dem Leistungsantrag zu 9.
- 78 3. Der Kläger unterliegt demnach mit insgesamt 19.408,07 Euro. Bei einem Gesamtstreitwert iHv. 23.035,30 Euro (*12.548,28 Euro plus 4.660,90 Euro plus 5.826,12 Euro*) ergibt dies eine Quote von gerundet 15 Prozent zu 85 Prozent.
- 79 II. Hinsichtlich der Kosten der zweiten Instanz gilt Folgendes:
- 80 1. Der Streitwert der zweiten Instanz beträgt 11.254,18 Euro. Der Kläger hat in der zweiten Instanz die Zahlung eines Betrags iHv. 767,16 Euro geltend gemacht. Des Weiteren haben die Parteien über das Feststellungs- (*4.660,90 Euro*) und das Leistungsbegehren (*5.826,12 Euro*) gestritten.
- 81 2. Hinsichtlich des teilweisen Obsiegens und Unterliegens der Parteien gelten die Ausführungen unter D I 2 entsprechend. Hinsichtlich des Zahlungsbetrags haben sich die Parteien im Wege des Teilvergleichs verständigt, sodass die Hälfte des Vergleichswerts zulasten des Klägers zu berücksichtigen ist (§ 98 ZPO). Hinsichtlich des Feststellungsantrags unterliegt der Kläger mit ca. 74 Prozent, hinsichtlich des Leistungsantrags vollständig.
- 82 3. Der Kläger verliert demnach mit insgesamt 9.644,05 Euro. Bei einem Gesamtstreitwert iHv. 11.254,18 Euro ergibt dies eine Quote von gerundet 15 Prozent zu 85 Prozent.
- 83 III. Hinsichtlich der Kosten der dritten Instanz gilt Folgendes:
- 84 1. Der Streitwert der dritten Instanz beträgt 10.487,02 Euro. Den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildete das Feststellungs- (*4.660,90 Euro*) und das Leistungsbegehren (*5.826,12 Euro*) des Klägers.
- 85 2. Hinsichtlich des teilweisen Obsiegens und Unterliegens der Parteien gelten die Ausführungen unter D II 2 entsprechend. Lediglich der Zahlungsantrag, über den die Parteien in der Revisionsinstanz nicht mehr gestritten haben, bleibt außer Betracht.
- 86 3. Auf die zu bildende Kostenquote hat der gegenüber der zweiten Instanz reduzierte Streitwert keinen signifikanten Einfluss. Der Kläger verliert mit insgesamt 9.260,47 Euro. Bei einem Gesamtstreitwert iHv. 10.487,02 Euro rechtfertigt dies eine Quote von ca. 15 Prozent zu 85 Prozent.

Düwell

Krasshöfer

Suckow

Preuß

Merte