

Bestimmung des Umfangs der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber: AGB-Kontrolle und Ausübungskontrolle

Leitsätze

1. Eine arbeitsvertragliche Regelung, in der sich der Arbeitgeber das Recht vorbehält, den Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit innerhalb einer bestimmten Spannbreite einseitig festzulegen, hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB nur stand, wenn die maximal abrufbare Arbeitszeit die geschuldete Mindestarbeitszeit um nicht mehr als 25% übersteigt und die Gründe für die Festlegung in der Regelung bezeichnet sind.

2. Darüber hinaus unterliegt die Festlegung im Einzelfall der Ausübungskontrolle nach § 106 Satz 1 GewO i.V.m. § 315 Abs. 3 BGB.

A. Problemstellung

Seit der grundlegenden Entscheidung des BAG vom 07.12.2005 (5 AZR 535/04 m. Anm. Sievers, jurisPR-ArbR 16/2006 Anm. 2 und Decruppe, jurisPR-ArbR 46/2006 Anm. 6) entspricht es inzwischen h.M., dass Änderungsvorbehaltsvereinbarungen bezüglich des Arbeitszeitumfangs – auch in Formulararbeitsverträgen – grundsätzlich zulässig sind, wenn die vereinbarte Arbeitszeit nicht um mehr als 25% überschritten bzw. nicht um mehr als 20% unterschritten wird (BAG, Urt. v. 14.08.2007 - 9 AZR 18/07 Rn. 38 - NZA 2008, 1194, 1198; Preis in: ErfKomm, 15. Aufl. 2015, §§ 305-310 BGB Rn. 56; Hromadka/Schmitt-Rolfes, NJW 2007, 1777, 1783; Zundel, NJW 2006, 2304, 2306; a.A. Schoof in: Kittner/Zwanziger/Deinert, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2013, § 27 Rn. 15). Ist die arbeitsvertragliche Regelung wirksam, unterliegt die Ausübung des Änderungsvorbehalts im Einzelfall zusätzlich der Ausübungskontrolle anhand § 106 Satz 1 GewO i.V.m. § 315 Abs. 3 BGB (BAG, Urt. v. 14.08.2007 - 9 AZR 58/07 Rn. 47; BAG, Urt. v. 11.10.2006 - 5 AZR 721/05 m. Anm. Stuntz, jurisPR-ArbR 10/2007 Anm. 1; Preis in: ErfKomm, §§ 305-310 BGB Rn. 51; Gotthardt in: HWK, Arbeitsrecht Kommentar, 6. Aufl. 2014, Anh. §§ 305-310 BGB Rn. 20). Vorliegend war das LArbG Berlin-Brandenburg mit diesen Fragen befasst.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger ist seit dem 01.12.2008 als telefonischer Kundenbetreuer bei der Beklagten beschäftigt. Die Beklagte beschäftigt am Standort Berlin etwa 370 Arbeitnehmer. Sie erbringt als Subunternehmer für ihren einzigen Kunden A telefonische IT-Service-Leistungen u.a. für die Unternehmen S., B. und D.B. Die Arbeitszeitregelung in dem schriftlichen Arbeitsvertrag lautete ab Juli 2009: „Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt wöchentlich 32 Stunden. Die Anzahl der Stunden kann sich bis auf max. 40 Stunden wöchentlich erhöhen.“ Ab Januar 2010 arbeitete der Kläger durchgehend 40 Stunden wöchentlich. Mit Schreiben vom 13.03.2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30.04.2013. Der vom Kläger erhobenen Kündigungsschutzklage gab das Arbeitsgericht am 18.06.2013 – inzwischen rechtskräftig – statt. Nachdem der Kläger ab Juli 2013 die Arbeit wieder aufgenommen hatte, teilte ihm die Beklagte mit Schreiben vom 29.07.2013 mit, aufgrund einer rückläufigen Beauftragung durch ihren Kunden A reduziere sich die Arbeitszeit des Klägers ab August 2013 bis auf weiteres auf 32 Stunden wöchentlich.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger zuletzt beantragt festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn über den 01.08.2013 hinaus mit 40 Stunden wöchentlich als telefonischen Kundenbetreuer zu beschäftigen. Die Beklagte hat geltend gemacht, aus dem Umstand, dass der Kläger ab Januar 2010 durchgehend mit 40 Stunden wöchentlich beschäftigt wurde, könne er keinen Rechtsanspruch auf eine wöchentliche Arbeitszeit in diesem Umfang herleiten. Ihr Kunde A habe ab August 2013 deutlich weniger Personalleistung abgefordert. In dem GSA-Projekt bei S. habe sie im Juli 2013 noch 199 Mitarbeiter, ab August nur noch 185 Mitarbeiter zum Einsatz bringen können. Das habe die Arbeitszeitreduzierung erforderlich gemacht. Gerade deshalb habe sie den Kläger auch in einem Abrufarbeitsverhältnis eingestellt. Die Klage hatte in beiden Instanzen Erfolg.

Das LArbG Berlin-Brandenburg stellt zunächst fest, dass der Kläger nicht aufgrund der seit Januar 2010 erfolgten Beschäftigung von 40 Stunden wöchentlich einen vertraglichen Anspruch auf Beschäftigung in diesem Umfang erworben habe. Durch dieses rein faktische Verhalten sei die Arbeitszeitvereinbarung nicht konkludent geändert worden. Auch habe sich die wöchentliche Arbeitszeit nicht auf 40 Stunden konkretisiert. Hierzu genüge der reine Zeitablauf nicht. Vielmehr müssten weitere Umstände hinzutreten, aus denen der Kläger hätte schließen können, er solle dauerhaft mit 40 Stunden wöchentlich beschäftigt werden. Solche Umstände seien nicht gegeben.

Zweifelhaft sei aber, ob die formularmäßig getroffene Arbeitszeitregelung einer Inhaltskontrolle anhand der §§ 305 ff. BGB standhalte. Zwar liege darin, dass sich die Beklagte vorbehalten habe, die wöchentliche Arbeitszeit von 32 Stunden um bis zu 25% zu erhöhen, noch keine unangemessene Benachteiligung des Klägers i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung sei aber darin zu sehen, dass die Ausübung des Änderungsvorbehalts an keinerlei Voraussetzungen gebunden sei, also im Belieben der Beklagten stehen solle. Es verletze das Transparenzgebot, wenn keine Änderungsgründe in der Klausel bezeichnet seien.

Letztlich komme es hierauf jedoch nicht an. Selbst bei Wirksamkeit der Klausel habe eine Ausübungskontrolle gemäß § 106 Satz 1 GewO i.V.m. § 315 Abs. 3 BGB stattzufinden. Die einseitige Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlange eine umfassende Interessenabwägung, in die alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen seien (BAG, Urt. v. 10.07.2013 - 10 AZR 915/12 - NZA 2013, 1142). Die hierfür darlegungs- und beweispflichtige Beklagte habe nicht dargelegt, ob und inwieweit die Reduzierung der Arbeitszeit des Klägers ab August 2013 billigem Ermessen entspreche. Dass ihr Kunde A deutlich weniger Personalleistung in dem GSA-Projekt bei S. abgefordert habe, reiche nicht aus. Zum einen sei der Kunde A nicht nur für S., sondern auch für die B. und die D.B. tätig gewesen. Zum anderen sei nicht klar, wie viele und welche der 370 in Berlin Beschäftigten von der Reduzierung der Personalanforderungen betroffen seien, wie und aus welchen Gründen die Beklagte die Reduzierung auf diese verteilt und welche Interessen sie dabei berücksichtigt habe.

C. Kontext der Entscheidung

I. Das LArbG Berlin-Brandenburg folgt hinsichtlich der materiellen Anforderungen, die an die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts bezüglich des Arbeitszeitumfangs zu stellen sind, der seit der Entscheidung des BAG vom 07.12.2005 (5 AZR 535/04 m. Anm. Sievers, jurisPR-ArbR 16/2006 Anm. 2 und Decruppe, jurisPR-ArbR 46/2006 Anm. 6) bestehenden ständigen Rechtsprechung. Soweit es die streitgegenständliche Klausel für unwirksam hält, weil der Änderungsvorbehalt nicht an weitere materielle Voraussetzungen geknüpft und diese Voraussetzungen nicht in der Klausel

bezeichnet sind, kann dem nicht zugestimmt werden. Allerdings hat es das BAG in seiner Entscheidung vom 14.08.2007 (9 AZR 18/07 Rn. 43 - NZA 2008, 1194, 1198) im Hinblick auf das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB für erforderlich gehalten, dass die Änderungsvorbehaltsklausel zumindest „bedarfsbedingte Gründe“ für eine Aufstockung der Arbeitszeit angibt. Das mag daher rühren, dass das BAG in seiner Entscheidung vom 07.12.2005 (5 AZR 535/04) auf die zum Widerrufsvorbehalt aufgestellten Grundsätze zurückgegriffen und dort zumindest die Bezeichnung der Widerrufsründe verlangt hatte (ebenso BAG, Urt. v. 11.10.2006 - 5 AZR 721/05 - NZA 2007, 87, 89 f.). Bei einer Versetzungsklausel hält das BAG die Nennung möglicher Gründe für die Ausübung dieses Leistungsbestimmungsrechts in der Klausel dagegen für entbehrlich (BAG, Urt. v. 11.04.2006 - 9 AZR 557/05 Rn. 43 f. - NZA 2006, 1149, 1152; BAG, Urt. v. 13.03.2007 - 9 AZR 433/06 Rn. 46 - AP Nr. 26 zu § 307 BGB m. Anm. Lembke). Eine Konkretisierung werde dem Bedürfnis, auf im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbare Veränderungen reagieren zu können, nicht gerecht. Die Aufzählung aller in einer möglicherweise fernen Zukunft einmal in Betracht kommenden Gründe stoße auf Schwierigkeiten, und die Zusammenfassung unter einen Oberbegriff führe zu Leerformeln, die nicht mehr Klarheit schaffen würden. Das trifft auf Änderungsvorbehalte bezüglich des Arbeitszeitumfangs in gleicher Weise zu.

Hier kommt noch hinzu, dass ein solcher Änderungsvorbehalt mit der Abrufarbeit vergleichbar ist und es der Abrufarbeit immanent ist, dass sie aus „bedarfsbedingten Gründen“ erfolgt (Preis in: ErfKomm, §§ 305 bis 310 BGB Rn. 56; Gotthardt in: HWK, Arbeitsrecht Kommentar, Anh. §§ 305 bis 310 BGB Rn. 30; Hohenstatt/Schramm, NZA 2007, 238, 239 f.). § 12 TzBfG verlangt daher konsequent keine Angabe von Abrufgründen. Dem Schutz des Arbeitnehmers, erkennen zu können, was ggf. auf ihn zukommt, ist dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass der Umfang der möglichen Arbeitszeitänderung in der Klausel konkret festgelegt sein muss. Überdies verhindert die auf der zweiten Stufe durchzuführende Ausübungskontrolle eine unbillige Inanspruchnahme des Arbeitnehmers.

II. Bei der Ausübungskontrolle bezieht sich das LArbG Berlin-Brandenburg auf die im Urteil des BAG vom 10.07.2013 (10 AZR 915/12 - NZA 2013, 1142) aufgestellten Grundsätze. Darin hat das BAG sehr hohe Anforderungen an die Ausübung des billigen Ermessens formuliert. Bedenklich ist insbesondere, dass auch Umstände außerhalb der Vertragsbeziehung, wie Vermögensverhältnisse, soziale Lebensverhältnisse, familiäre Pflichten und Unterhaltsverpflichtungen des Arbeitnehmers relevant sein sollen (krit. Preis in: ErfKomm, § 106 GewO Rn. 6). § 106 Satz 3 GewO nennt lediglich Behinderungen des Arbeitnehmers als zu berücksichtigenden Belang. Hat der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Leistungsbestimmungsrechts eine personelle Auswahlentscheidung zu treffen, so findet andererseits keine Sozialauswahl i.S.v. § 1 Abs. 3 KSchG statt (BAG, Urt. v. 10.07.2013 - 10 AZR 915/12 Rn. 29). Welche Umstände bei der Ermessensausübung im Einzelfall in die Abwägung einzubeziehen sind, hängt nicht zuletzt vom Gegenstand der Leistungsbestimmung ab (BAG, Urt. v. 17.08.2010 - 9 AZR 414/09). Bei einem Änderungsvorbehalt bezüglich des Arbeitszeitumfangs fällt besonders ins Gewicht, dass der Arbeitgeber mit der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts zugleich über die Höhe des Vergütungsanspruchs bestimmt. Nutzt der Arbeitgeber den ihm von der Rechtsprechung zugestandenen Spielraum, kann das für den Arbeitnehmer zu spürbaren Einkommensschwankungen führen. Daher wird man für die Ausübung billigen Ermessens zwar nicht die Darlegung dringender betrieblicher Erfordernisse i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG verlangen können. Auf der anderen Seite darf die Kombination von fester Sockelarbeitszeit und zusätzlicher abrufbarer Arbeitszeit nicht zur Umgehung des Inhaltsschutzes von Arbeitsverhältnissen führen. Dieser wird zum

einen in § 2 KSchG und zum anderen durch die Rechtsprechung zur befristeten Arbeitszeiterhöhung (vgl. BAG, Urt. v. 27.07.2005 - 7 AZR 486/04 - NZA 2006, 40) konkretisiert.

Allgemein lässt sich sagen, dass die Anforderungen an die Darlegung der Billigkeit mit dem Umfang und der Dauer der Ausschöpfung des Abrufpotentials steigen. Im gegebenen Fall hatte die Beklagte das Erhöhungspotential mehr als dreieinhalb Jahre vollständig genutzt. Hier wird man für eine Reduzierung des Arbeitsumfangs die Darlegung des Wegfalls eines für die ursprüngliche Erhöhung gegebenen sachlichen Grundes i.S.v. § 14 Abs. 1 TzBfG verlangen müssen. Außerdem muss dem Arbeitnehmer eine angemessene Zeit zugestanden werden, sich auf die veränderte Situation einstellen zu können. Insoweit bietet sich ein Rückgriff auf die für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses geltenden Fristen an. So erhält der Arbeitnehmer den zeitlichen Spielraum, sich ggf. eine Teilzeitbeschäftigung zu suchen, um den Einkommensverlust zu kompensieren. Schließlich kann das Leistungsbestimmungsrecht verwirkt sein, wenn es über längere Zeit nicht ausgeübt wurde (Zeitmoment) und zusätzliche Umstände hinzutreten, denen zufolge der Arbeitnehmer sich darauf einstellen durfte, der Arbeitgeber werde das Recht zukünftig nicht mehr ausüben (vgl. BAG, Urt. v. 25.04.2001 - 5 AZR 497/99 - NZA 2001, 966). Im gegebenen Fall hätte die Beklagte konkret darlegen müssen, nach welchem Konzept sie auf die rückläufige Auftragslage reagiert hat. Das war nicht einmal ansatzweise geschehen.

III. Erweist sich eine Änderungsvorbehaltsklausel über den Umfang der Arbeitszeit als unwirksam, fehlt eine an sich gemäß § 306 Abs. 2 BGB zur Lückenausfüllung heranzuziehende gesetzliche Vorschrift (Preis in: ErfKomm, §§ 305-310 BGB Rn. 104). Insbesondere scheidet ein Rückgriff auf § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG aus (BAG v. 07.12.2005, aaO, Rn. 49). Die h.M. greift daher auf eine ergänzende Vertragsauslegung zurück (BAG, Urt. v. 07.12.2005 - 5 AZR 535/04 Rn. 50; LArbG Mainz, Urt. v. 10.05.2007 - 11 Sa 167/07 - AE 2008, 25; LArbG Köln, Urt. v. 07.12.2001 - 11 (6) Sa 827/01 - NZA-RR 2002, 415; Bayreuther in: BeckOK-ArbR, Stand: 01.09.2014, § 12 TzBfG Rn. 10 f.; Preis in: ErfKomm, § 12 TzBfG Rn. 16; Gotthardt in: HWK, Arbeitsrecht Kommentar, Anh. §§ 305-310 BGB Rn. 30; Schüren in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 41 Rn. 15; Müller-Glöge in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 12 TzBfG Rn. 9; Mühlmann, RdA 2006, 356, 359).

Richtigerweise bewirkt die vom Vertrag bzw. der gesetzlichen Fiktion des § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG abweichende Vertragspraxis eine stillschweigende Änderung der Leistungspflichten des Arbeitsvertrags (Hamann/Rudnik, jurisPR-ArbR 48/2014 Anm. 1). Beide Ansichten werden häufig zum selben Ergebnis kommen. Denn sowohl für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens als auch für die Annahme eines konkludenten Änderungswillens gibt die bisherige Vertragspraxis wichtige Aufschlüsse. Im vorliegenden Fall war der Kläger ab Januar 2010 durchgehend im Umfang von 40 Stunden zur Arbeit herangezogen worden. Hätte dieses Verhalten wegen Unwirksamkeit der Klausel nicht dem Arbeitsvertrag entsprochen, so hätten die Parteien mit der mehr als zweieinhalbjährigen gleichmäßig und vorbehaltlos geübten Praxis ihren Willen zum Ausdruck gebracht, die Arbeitszeit einvernehmlich auf 40 Stunden zu ändern. Zum selben Ergebnis wird man mittels ergänzender Vertragsauslegung gelangen.

Demgegenüber stellt das LArbG Berlin-Brandenburg eingangs der Entscheidungsgründe fest, dass infolge der langjährigen Vertragspraxis die Arbeitszeit nicht vertraglich auf 40 Stunden geändert worden sei und auch eine Konkretisierung des Direktionsrechts der Beklagten nicht stattgefunden habe. Offenbar geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass nach wie vor ein

Leistungsbestimmungsrecht zugunsten der Beklagten bestand. Dann aber hätte es nicht offenlassen dürfen, ob der vertragliche Änderungsvorbehalt wirksam war oder nicht. Bei der Frage, ob eine Änderungsvorbehaltsklausel unwirksam ist, handelt es sich um einen anderen Streitgegenstand als bei der Entscheidung über die Billigkeit einer einseitigen Leistungsbestimmung. Beide stehen nicht in einem Alternativ-, sondern in einem Stufenverhältnis. Vorrangig zu prüfen und zu entscheiden wäre also, ob der vertragliche Änderungsvorbehalt wirksam ist. Nur wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass dem Arbeitgeber überhaupt noch ein Änderungsspielraum verbleibt, ist Raum für eine Ausübungskontrolle anhand § 106 Satz 1 GewO i.V.m. § 315 Abs. 3 BGB.

Das Landesarbeitsgericht hat dagegen beide Streitgegenstände vermengt. Zum einen stellt es fest, der Streit der Parteien beschränke sich auf den wöchentlichen Arbeitszeitumfang. Im nachfolgenden Absatz führt es aus, die Beklagte sei nach § 106 Satz 1 GewO i.V.m. § 315 Abs. 3 BGB nicht berechtigt gewesen, die Arbeitszeit des Klägers ab 01.08.2013 auf 32 Stunden wöchentlich zu reduzieren. Im Ergebnis hat das Landesarbeitsgericht den Streit der Parteien, welche Arbeitszeit für ihr Arbeitsverhältnis zukünftig gilt, nicht entschieden. Entschieden hat es, wie den Urteilsgründen zu entnehmen ist, lediglich darüber, dass die mit Schreiben vom 29.07.2013 vorgenommene Änderung des Arbeitszeitumfangs unbillig und damit für den Kläger unverbindlich war. Die zu weit gehende Tenorierung steht dem nicht entgegen. Denn in Rechtskraft erwachsen kann nur das, worüber entschieden wurde. Der Beklagten ist es folglich nicht verwehrt, einen erneuten, diesmal besser begründeten Versuch zu starten, den Arbeitszeitumfang herabzusetzen. Dann allerdings wird man um eine Entscheidung über die Wirksamkeit der Änderungsvorbehaltsklausel nicht herumkommen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Kombination von fester Sockelarbeitszeit und zusätzlich abrufbarer Arbeitszeit kann eine interessante Variante der Arbeitszeitflexibilisierung sein. Bei ihrer Vereinbarung sind die Vorgaben der Rechtsprechung zu beachten. Der gewollte Änderungsumfang muss konkret in der Klausel angegeben sein. Dabei darf die zulässige Bandbreite (Sockelarbeitszeit plus 25% und/oder Sockelarbeitszeit minus 20%) nicht überschritten werden. Darüber hinaus sollte die Klausel als Änderungsgrund zumindest „bedarfsbedingte Gründe“ nennen. Eine starre Ankündigungsfrist empfiehlt sich nicht, da deren Angemessenheit je nach Umfang und Dauer der neu festgelegten Arbeitszeit variieren kann. Es spricht aber nichts dagegen, die viertägige Ankündigungsfrist des § 12 Abs. 2 TzBfG als Mindestfrist zu vereinbaren.

Bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts sind die Grundsätze billigen Ermessens zu beachten. Das schließt die willkürliche, maßregelnde oder gar diskriminierende Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts aus. Außerdem kann diese Vertragsgestaltung nicht dazu herhalten, die Anforderung an die Vereinbarung einer befristeten Arbeitszeiterhöhung zu umgehen.