
Datum: 17.09.2004
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 18. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 Sa 224/04
ECLI: ECLI:DE:LAGD:2004:0917.18SA224.04.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Krefeld, 3 Ca 1224/03

Schlagworte: Abrufarbeit, Bandbreitenregelung

Normen: § 315 BGB, § 12 TzBfG, § 134 BGB

Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Die einzelvertragliche Vereinbarung, wonach einerseits eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden gilt, der Arbeitnehmer andererseits jedoch verpflichtet ist, auf Anforderung des Arbeitgebers auch darüber hinaus zu arbeiten, ist als sog. Bandbreitenregelung gemäß § 134 BGB unwirksam, weil sie eine Umgehung zwingender gesetzlicher Vorschriften des Kündigungsschutzes darstellt. 2. Anstelle der unwirksamen Arbeitszeitregelung ist die fortan maßgebliche Arbeitszeit aus der bisherigen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der Begleitumstände des Einzelfalles abzuleiten. Als Anknüpfungspunkt bietet sich hierbei eine Durchschnittsberechnung der in der Vergangenheit angefallenen Arbeitsstunden an.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 07.01.2004 abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin 35 Stunden wöchentlich zu beschäftigen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Parteien je zur Hälfte.

Die Revision wird zugelassen.

T A T B E S T A N D	1
Die Parteien streiten über den Umfang der arbeitsvertraglich vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit.	2
Die Klägerin ist auf Basis verschiedener schriftlicher Arbeitsverträge durchgehend seit dem 13.07.1998 bei der Beklagten als gewerbliche Mitarbeiterin mit arbeitzeitabhängiger Vergütung beschäftigt.	3
In dem von Klägerseite in Kopie zu den Akten gereichten Arbeitsvertrag vom 01.10.2000 war vereinbart, dass die betriebsübliche Arbeitszeit 35 Stunden wöchentlich an Werktagen beträgt und entsprechend dem jeweiligen Arbeitsanfall von dem Arbeitnehmer Über- und ggf. auch Mehrarbeit in gesetzlich vorgesehenem Umfang zu leisten ist. Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf die zu den Akten gereichte Kopie dieses Arbeitsvertrages (Bl. 66 ff. d.A.).	4
Unter dem 01.10.2002 schlossen die Parteien den derzeit maßgeblichen Arbeitsvertrag. Darin heißt es ausweislich der ebenfalls von Klägerseite zu den Akten gereichten Fotokopie (Bl. 22 ff. d.A.) zur Arbeitszeit wie folgt:	5
§ 4 ARBEITSZEIT	6
§ 4.1	7
Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt dreissig Stunden. Die Parteien sind sich darüber einig, daß der Arbeitnehmer keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber hat, ihn wöchentlich mehr als dreissig Stunden zu beschäftigen. Die Arbeitswoche beginnt am Montag und endet am Samstag. Der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die Pausenregelung richteten sich nach den individuellen Vereinbarungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber. Unabhängig davon beginnt die jeweilige Arbeitszeit erst mit dem Eintreffen an dem dem Arbeitnehmer zugewiesenen Arbeitsplatz und endet mit dem Verlassen desselben. Arbeitsplatz ist nicht die Betriebsstätte des Arbeitgebers, sondern derjenige Ort, an dem der Arbeitnehmer innerhalb der Betriebsstätte des Arbeitgebers Arbeit tatsächlich verrichtet (z. B. die jeweilige Werkbank, der konkrete Schreibtisch etc.). Deshalb gilt die Wege-Zeit von und zu dem jeweiligen Arbeitsplatz in dem vorgenannten Sinne sowie die Zeiten des Umkleidens und Waschens vor und nach der Arbeit, Arztbesuche und Behördengänge nicht als von dem Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu vergütende Arbeitszeit. Der Arbeitgeber teilt dem Arbeitnehmer den Beginn und das Ende der Arbeitszeit jeweils eine Woche vorher mit.	8
§ 4.2	9
Der Arbeitnehmer erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden und verpflichtet sich, auf eine Aufforderung des Arbeitgebers mehr als dreissig Stunden zu arbeiten. Die Arbeit wird je nach Arbeitsanfall jeweils eine Woche vorher eingeteilt. Für die geleisteten Arbeitsstunden von der dreissigsten Stunde bis einschließlich der vierzigsten Stunde erhält der Arbeitnehmer dieselbe Stundenvergütung je geleisteter Arbeitsstunde wie für die Arbeitsstunden innerhalb	

der Regelarbeitszeit.

§ 4.3	11
Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, gelegentlich auch nachts, an Sonn- und Feiertagen und 12 über vierzig Stunden in der Woche zu arbeiten. Diese Arbeit muß schriftlich durch den Arbeitgeber genehmigt oder auf ausdrückliche Anweisung des Arbeitgebers geleistet werden. Die Arbeitsstunden, welche der Arbeitnehmer nachts, an Sonn- und Feiertagen oder ab der einundvierzigsten Stunde pro Woche arbeitet, können durch den Arbeitgeber mit Freizeit abgegolten werden. Es besteht kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Abgeltung mit Freizeit. Sofern keine Freizeitabgeltung, sondern eine Vergütung erfolgt, sind diese Stunden entsprechend den Arbeitsstunden in der Regelarbeitszeit zu vergüten.	
§ 4.4 ...	13
§ 4.5 ...	14
§ 4.6 ...	15
§ 4.7 ...	16
Nach übereinstimmendem Vortrag hatten die Parteien zwischen diesen beiden Verträgen weitere schriftliche Arbeitsverträge geschlossen, die jedoch nicht vorgelegt wurden.	17
In dem auf den letzten Arbeitsvertrag entfallenden Zeitraum ab 01.10.2002 wurde die Klägerin ausweislich der in Kopie vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen wie folgt beschäftigt:	18
Oktober 2002: 149,95 Stunden bei einem Feiertag und 2 Tagen	19
Freizeitausgleich	20
November 2002: 105,85 Stunden bei einem Feiertag, 2 Tagen	21
Freizeitausgleich und 3 Tagen unbezahltem Urlaub	22
Dezember 2002: 110,45 Stunden bei 2 Feiertagen.	23
(Ob weitere unbezahlte freie Tage zwischen	24
Weihnachten und Neujahr lagen, ist zwischen den	25
Parteien umstritten).	26
Januar 2003: 145,80 Stunden bei 2 Tagen Urlaub und 1 Feiertag	27 28
Februar 2003: 96,05 Stunden bei 8 Tagen Arbeitsunfähigkeit	29
März 2003: durchgehend arbeitsunfähig	30
April 2003: 95,80 Stunden bei 2 Feiertagen und 3 Tagen	31
Arbeitsunfähigkeit	32
	33

Nach Genesung meldete sich die Klägerin am 04.04.2003 zum Arbeitsantritt. Sie wurde hieraufhin in eine andere Abteilung versetzt und seither nicht mehr als 30 Stunden wöchentlich beschäftigt.

Mit der am 14.04.2003 beim Arbeitsgericht Krefeld eingegangenen Klage wendet sich die Klägerin dagegen, fortan nur noch 30 Stunden wöchentlich eingesetzt zu werden. 34

Für die Klägerin stellt sich die Reduzierung ihrer Arbeitszeit als eine unzulässige Reaktion der Beklagten auf ihre krankheitsbedingten Fehlzeiten dar. Sie hat behauptet, bei einer betriebsüblichen Fünf-Tage-Woche an 8 Stunden pro Arbeitstag in der Vergangenheit immer 40 Stunden wöchentlich eingesetzt worden zu sein. Auch alle übrigen Mitarbeiter würden 40 Stunden wöchentlich oder sogar mehr arbeiten. Dies entspreche auch den nach Anordnung der Beklagten bestehenden Schichtzeiten von 7:00 Uhr bis 15:30 Uhr mit einer halben Stunde Mittagspause sowie von 22:00 Uhr bis 7:00 Uhr mit ebenfalls halbstündiger Pause. 35

Da die Beklagte eine Änderungskündigung nicht ausgesprochen habe, sei ihr Verhalten rechtswidrig. 36

Die Praxis der Beklagten, mit den Arbeitnehmern immer wieder neue schriftliche Arbeitsverträge abzuschließen, müsse als dubios bezeichnet werden. Sie benutze die vorformulierten Verträge als Knebelungsmittel. Tatsächlich sei von der Beklagten eine Arbeitszeit von 40 Stunden und nicht lediglich von 30 Stunden gewollt. 37

Die Klägerin hat beantragt, 38

die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin 40 Stunden in der Woche zu beschäftigen. 39

Die Beklagte hat beantragt, 40

die Klage abzuweisen. 41

Zur Begründung hat sie auf die im letzten Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung verwiesen. Danach habe die Klägerin Anspruch auf lediglich 30 Stunden wöchentlich. Jede darüber hinausgehende Beschäftigung unterliege dem Direktionsrecht der Arbeitgeberin. Dieses sei in der Zeit ab April nicht mehr über 30 Wochenstunden hinausgehend ausgeübt worden. Der Grund hierfür habe zum einen darin gelegen, dass der Arbeitsanfall bei der Beklagten eine weitergehende Beschäftigung nicht erfordert habe. Zum anderen habe sich die Klägerin in der Vergangenheit verschiedentlich als unzuverlässig erwiesen, weshalb eine Versetzung in die Tagschicht angezeigt gewesen sei. 42

Mit Urteil vom 07.01.2004 hat das Arbeitsgericht Krefeld der Klage stattgegeben und seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass die Beklagte eine Versetzung vorgenommen habe, von der sie als darlegungspflichtige Partei nicht dargelegt habe, dass und warum die von ihr angeordnete Arbeitszeit den Anforderungen des § 315 BGB genüge. Es sei weder ein billigenwertes Interesse der Beklagten aus wirtschaftlichen Gründen hinreichend dargelegt worden, noch genüge der Hinweis der Beklagten auf angebliche Pflichtverstöße der Klägerin den Anforderungen an substantiierten Klagevortrag. 43

Gegen das am 03.02.2004 zugestellte Urteil hat die Beklagte per Telefax am 11.02.2004 und im Original am 12.02.2004 Berufung eingelegt und diese mit einem am Montag, dem 05.04.2004 per Telefax und im Original am 06.04.2004 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 44

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Sie ist der Auffassung, die Klage sei bereits deshalb unzulässig, weil es dem Klageantrag an der notwendigen Bestimmtheit fehle. Eine Beschäftigung der Klägerin für die Dauer von 40 Stunden pro Woche sei der Beklagten ohne nähere Konkretisierung nicht möglich. 46

In der Sache habe das Arbeitsgericht verkannt, dass nach dem Arbeitsvertrag eine Beschäftigung von 30 Stunden wöchentlich vereinbart sei. Diese Beschäftigungspflicht habe die Beklagte erfüllt. Eine weitergehende Verpflichtung besteht nicht. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts Krefeld sei vom Direktionsrecht wirksam Gebrauch gemacht worden. Ein Anspruch der Klägerin auf Zuweisung von Überstunden über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus bestehe nicht. Die Reduzierung der Arbeitszeit sei der betrieblichen Notwendigkeit angepasst. Überstunden seien aufgrund der Auftragslage nicht notwendig. 47

Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin ebenso wie alle anderen Arbeitnehmer in den zurückliegenden Jahren 40 Stunden und mehr gearbeitet hätte. Aus den vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen ergebe sich eine geringere Arbeitszeit der Klägerin. Darüber hinaus habe sie auch weder mit allen Arbeitnehmern Arbeitsverträge über eine wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden geschlossen noch sei mit allen Arbeitnehmern Nachtarbeit vereinbart. Verschiedene Arbeitnehmer würden lediglich mit einer vertraglich vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden beschäftigt. Andere hingegen hätten eine wöchentliche Arbeitszeit von 35 Wochenstunden oder 40 Wochenstunden. 48

Die unter § 4 des Arbeitsvertrages getroffenen Regelungen übersteigen nach Auffassung der Beklagten auch nicht die Grenzen des dem Arbeitgeber zustehenden Weisungsrechtes. Mit der Fallkonstellation, die der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 12.12.1984 zugrundegelegt habe, könne der vorliegende Fall nicht verglichen werden. Ungeachtet des Umstandes, dass diese Entscheidung durch § 4 BeschFG bzw. nunmehr § 12 TzBfG überholt sei, habe man hier lediglich vereinbart, ob und in welchem Umfang Mehrarbeit von der Klägerin zu erbringen sei. Selbst wenn aber die Regelung des § 4.2 unzulässig sei, ergebe sich hieraus nicht das Recht der Klägerin, für die Beklagte 40 Stunden wöchentlich tätig zu werden. 49

Die Beklagte beantragt, 50

das Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 07.01.2004, Az.: 3 Ca 1224/03, abzuändern und die Klage abzuweisen. 51

Die Klägerin beantragt, 52

die Berufung zurückzuweisen. 53

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. 54

Sie hält an ihrer Behauptung fest, in der Vergangenheit 40 Stunden wöchentlich gearbeitet zu haben. Dies ergebe sich aus den vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen. Von allen Mitarbeitern werde grundsätzlich 40 Stunden wöchentlich gearbeitet, obwohl auch diese Verträge hätten, die über 30 oder 40 Stunden lauteten. 55

Die Praxis der Beklagten, in den Arbeitsverträgen nur 30 statt jahrelang geleisteter 40 Stunden festzuschreiben, stelle eine Umgehung von Kündigungsschutzvorschriften dar mit der Folge, dass die Vereinbarung der 30-Stunden-Woche unzulässig und statt dessen die 56

durch jahrelange Praxis gefestigte 40-Stunden-Woche gelte. Dies entspreche auch den feststehenden Schichtzeiten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhalts sowie des widerstreitenden Sachvortrags und der unterschiedlichen Rechtsauffassung der Parteien wird ergänzend Bezug genommen auf den Akteninhalt, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen aus beiden Instanzen sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlung. 57

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE 58

I. 59

Die Berufung ist zulässig. 60

Sie ist nach Maßgabe der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i. V. m. mit § 520 ZPO form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie ist auch statthaft im Sinne des § 64 Abs. 1, 2 ArbGG. 61

II. 62

Die Berufung ist zum Teil begründet, weil die Klage zwar zulässig, aber entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichtes nur zum Teil begründet ist. 63

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Klage zulässig. 64

Dem Klageantrag mangelt es nicht an der erforderlichen Bestimmtheit. 65

Die Parteien streiten über den Umfang der arbeitsvertraglich geltenden wöchentlichen Arbeitszeit. Während die Beklagte meint, diese betrage lediglich 30 Arbeitsstunden wöchentlich, ist die Klägerin der Auffassung, einen Anspruch darauf zu haben, 40 Stunden wöchentlich beschäftigt zu werden. Angesichts dieses Streites ist das Klageziel mit dem Klageantrag klar und deutlich erfasst. 66

Dass der Klageantrag nicht die konkrete Beschäftigungszeit oder die konkreten Beschäftigungstage bezeichnet, ist unschädlich. Die Festlegung der genauen Lage der Arbeitszeit unterliegt dem arbeitgeberseitigen Direktionsrecht der Beklagten. In diesem Punkt herrscht unter den Parteien kein Streit. 67

2. Die Klage ist bis zur Höhe einer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden begründet. Darüber hinausgehend ist sie unbegründet. 68

a. Das Arbeitsgericht hat den Rechtsstreit als einen Streit über die Wirksamkeit einer Versetzung gesehen und der Klage aus dieser Perspektive in vollem Umfang stattgegeben, weil die Beklagte die Rechtmäßigkeit ihrer Versetzung im Lichte des § 315 BGB und der hieraus ihr erwachsenen Darlegungs- und Beweislast nicht hinreichend erläutert habe. 69

Diesem Ansatz vermag die Kammer nicht zu folgen. 70

Die Klägerin wendet sich nicht gegen eine Versetzung als solche, sondern ausweislich ihrer Klagebegründung allein gegen die von ihr als unrechtmäßig empfundene Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit. Dem entsprechend zielt ihr Klageantrag auch nicht auf die Feststellung der Unwirksamkeit einer Versetzungsmaßnahme ab. Er ist vielmehr darauf 71

gerichtet, per Leistungsantrag die nach Auffassung der Klägerin geltende wöchentliche Beschäftigungspflicht durchzusetzen.

Diesem Begehren ist nur zum Teil Erfolg beschieden. 72

b. Die Klägerin hat Anspruch darauf, 35 Stunden wöchentlich beschäftigt zu werden. Ein darüber hinausgehender Anspruch besteht nicht. 73

aa. Unter § 4.1 des Arbeitsvertrages vom 01.10.2002 haben die Parteien bei gleichzeitigem Ausschluss weitergehender Ansprüche der Klägerin eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden vereinbart. Zugleich ist unter § 4.2 geregelt, dass die Klägerin verpflichtet ist, auf Anforderung der Beklagten mehr als 30 Stunden zu arbeiten. 74

Diese Vertragsgestaltung ist gemäß § 134 BGB unwirksam, weil sie eine Umgehung zwingender gesetzlicher Vorschriften des Kündigungsschutzes (§ 2 KSchG i. V. m. § 1 Abs. 2 KSchG, § 1 Abs. 3 KSchG, § 622 BGB) darstellt. Anstelle der unwirksamen Arbeitszeitregelung gilt die aus der tatsächlichen Durchführung des Arbeitsverhältnisses in der Zeit von Oktober 2002 bis April 2003 abgeleitete durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 35 Stunden als vereinbart. 75

(1) In seiner Entscheidung vom 12.12.1984 hat das Bundesarbeitsgericht darauf erkannt, dass eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, die bei arbeitszeitabhängiger Vergütung den Arbeitgeber berechtigen soll, die zunächst festgelegte Arbeitszeit später einseitig nach Bedarf zu reduzieren, eine objektive Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechtes darstelle und daher nach § 134 BGB nichtig sei (BAG vom 12.12.1984 7 AZR 509/83 = NZA 1985, 321). 76

Eine vergleichbare Situation ist hier gegeben. 77

Der Beklagten ist zwar zuzugestehen, dass die hiesige Fallkonstellation von dem Fall abweicht, den das Bundesarbeitsgericht zu entscheiden hatte. Während dort das Recht des Arbeitgebers vereinbart war, den grundsätzlich fest vereinbarten Arbeitszeitumfang durch einseitige Erklärung reduzieren zu können, haben die Parteien des hiesigen Rechtsstreits eine feste Mindestwochenarbeitszeit vereinbart und diese um die Verpflichtung der Klägerin ergänzt, auf Aufforderung der Beklagten mehr arbeiten zu müssen. 78

In rechtlicher Hinsicht fällt dieser Unterschied jedoch nicht ins Gewicht. 79

In seiner Entscheidung vom 12.12.1984 hat das Bundesarbeitsgericht klargestellt, dass die Frage, ob zwingender Kündigungsschutz objektiv umgangen wird, nicht davon abhängen kann, in welchem zeitlichen Rahmen der Arbeitgeber befugt sein soll, einseitig den Umfang der Arbeitszeit zu bestimmen. Es hat betont, dass der durch das Kündigungsschutzrecht geschützte Kernbereich des Arbeitsverhältnisses auch dann angetastet werde, wenn nur eine zeitliche Bandbreite von wenigen Stunden zur einseitigen Disposition des Arbeitgebers gestellt werde. Dies sei etwa auch dann der Fall, wenn eine feste Arbeitszeitdauer innerhalb eines bestimmten Zeitraumes (Woche oder Monat) vereinbart werde, von dem der Arbeitgeber einseitig innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens nach oben und unten abweichen dürfe. Nach den Erwägungen des Bundesarbeitsgerichts besteht also kein Unterschied zwischen der Vereinbarung einer zeitlichen Höchstgrenze mit Kürzungsrecht des Arbeitgebers und der Einräumung eines bestimmten Mindestbeschäftigungsumfangs bei gleichzeitiger Verpflichtung des Arbeitnehmers, auf kurzfristige Anordnung mehr Arbeitszeit ableisten zu müssen. Dies erscheint auch folgerichtig, denn hier wie dort wird dem 80

Arbeitgeber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Umfangs der Arbeitszeit eingeräumt. Dem entsprechend werden in der Literatur sogenannte "Bandbreitenregelungen" im allgemeinen für unzulässig erachtet (vgl. z. B. Preis, Der Arbeitsvertrag II A 90, Rn. 65 ff. m. w. N.; Jacobs in Annuß/Thüsing, Teilzeit- und Befristungsgesetz, § 12 Rn. 24; m. w. N; Rudolf, Bandbreitenregelungen, NZA 2002, 113 ff.).

Die Kammer teilt diese Auffassung. 81

Hätte es der Arbeitgeber in der Hand, im Rahmen der ihm gegebenen Bandbreite das Arbeitszeitvolumen zu bestimmen, so könnte er damit zugleich auch die anfallenden Personalkosten ohne kündigungsschutzrechtliche Rechtfertigung und sogar ohne Einhaltung von Kündigungsfristen an seinen jeweiligen Bedarf anpassen. Eine solche Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos auf den Arbeitnehmer läuft der Grundkonzeption des Arbeitsvertrages sowie allen kündigungsschutzrechtlichen Bestrebungen zuwider. Dabei kann der Umstand, dass der Arbeitgeber sein Bestimmungsrecht nur nach billigem Ermessen i. S. d. § 315 Abs. 1 BGB ausüben darf, keinen gleichwertigen arbeitsrechtlichen Schutz bewirken (vgl. LAG Brandenburg vom 24.10.1996 3 Sa 393/96 a. a. O; BAG vom 12.12.1984, a. a. O.). 82

(2) An der Unzulässigkeit einzelvertraglicher Bandbreitenregelungen im dargestellten Sinne hat auch § 12 TzBfG (vormals § 4 BeschFG) nichts geändert. 83

Die Vorschrift erlaubt den Arbeitsvertragsparteien lediglich, eine Vereinbarung über Abrufarbeit zu treffen, und definiert hieran anknüpfend die besonderen Anforderungen, die eine solche Vereinbarung erfüllen muss. Dazu gehört insbesondere, dass eine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festgelegt wird. So wie die Vorgängerregelung des § 4 BeschFG zielt auch § 12 TzBfG nicht darauf ab, das Direktionsrecht des Arbeitgebers auf die Dauer der Arbeitszeit zu erweitern. Erst recht beinhaltet § 12 TzBfG keine Modifikation von Kündigungsschutzbestimmungen zugunsten des Arbeitgebers. Es bleibt deshalb auch und gerade angesichts der Regelungen des § 12 TzBfG dabei, dass einzelvertraglich vereinbarte Bandbreitenregelungen, die eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit nicht festlegen, sondern den Umfang der konkret zu erbringenden Arbeitszeit ganz oder teilweise dem einseitigen Bestimmungsrecht des Arbeitgebers unterwerfen, unzulässig sind (so im Ergebnis auch: Preis, Der Arbeitsvertrag II A 90, Rn. 82). 84

(3) Diesem Ergebnis lässt sich im hier gegebenen Fall auch nicht entgegen halten, die Parteien hätten doch unter § 4.1 des Arbeitsvertrages eine wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden fest vereinbart und damit eine den Anforderungen des § 12 TzBfG genügende Regelung getroffen. 85

Eine solche auf § 4.1 des Arbeitsvertrages verkürzte Betrachtung würde außer Acht lassen, dass die Klägerin nach § 4.2 verpflichtet ist, über 30 Stunden hinaus zu arbeiten. Erst die Zusammenschau der §§ 4.1 und 4.2 erfasst die der Klägerin obliegende Hauptleistungspflicht vollständig. Danach kann aber kein Zweifel bestehen, dass ein Teil der Hauptleistungspflicht, nämlich der über 30 Wochenstunden hinausgehende, gerade nicht fest vereinbart, sondern dem einseitigen Bestimmungsrecht der Beklagten unterworfen ist. Teilt die Beklagte die Klägerin in Ausübung dieses Bestimmungsrechtes für mehr als 30 Wochenstunden ein, erhöht sich das monatliche Arbeitsvolumen. Einen Freizeitausgleich sieht § 4.2 nicht vor. Hierin zeigt sich deutlich, dass ein fest vereinbartes Stundenvolumen und eine damit korrespondierende feste Vergütungserwartung gerade nicht vorliegen. Folglich handelt es sich bei der hier getroffenen Regelung auch nicht um eine dem Erfordernis des § 12 TzBfG entsprechende Vereinbarung von Abrufarbeit. 86

(4) Die Bedeutung der unter § 4.2 des Arbeitsvertrages formulierten Verpflichtung der Klägerin, auch über die 30. Wochenstunde hinaus zu arbeiten, lässt sich auch nicht auf eine bloße Verpflichtung zur Ableistung von Überstunden reduzieren, wie sie häufig in (Vollzeit-) Arbeitsverträgen anzutreffen ist. 87

Überstunden werden wegen bestimmter besonderer Umstände vorübergehend zusätzlich geleistet (BAG vom 21.11.2001 5 AZR 296/00 = EZA § 4 EFZG Nr. 4 unter II 3 b cc der Entscheidungsgründe). Ausgehend von dieser Definition kann bei Teilzeitbeschäftigten von einer Überstundenabrede nur dann gesprochen werden, wenn sich diese auf Tätigkeiten bezieht, die aufgrund bestimmter betrieblicher Belange vorübergehend über das mit dem Teilzeitbeschäftigten regulär vereinbarte Zeitkontingent hinaus erforderlich werden. Besteht hingegen für den Teilzeitbeschäftigten eine von solchen besonderen Umständen abgekoppelte, generelle Verpflichtung zu überplanmäßiger, nach Dauer und/oder Lage nicht fixierter Arbeit und liegt die vertraglich vereinbarte Mindestarbeitszeit regelmäßig deutlich unter dem tatsächlichen Stundenaufkommen, dann geben die im Vertrag gewählten Formulierungen nicht den wirklichen Parteiwillen wieder (vgl. Preis, Der Arbeitsvertrag II A 90, Rn. 102 und 103). Dieser manifestiert sich vielmehr in der tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere der konkreten Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsabläufe. Liegt danach die tatsächliche Arbeitszeit regelmäßig über der formal vereinbarten Mindestarbeitszeit, handelt es sich nicht um Überstunden. 88

So verhält es sich hier. 89

Unter § 4.1 des Arbeitsvertrages haben die Parteien zwar eine Mindeststundenzahl von wöchentlich 30 Arbeitsstunden vereinbart. Aus den vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen ergibt sich jedoch, dass die Klägerin zwar schwankend, gleichwohl aber regelmäßig mehr als die vereinbarten 30 Stunden wöchentlich eingesetzt war. Dass und warum dies auf vorübergehenden besonderen betrieblichen Erfordernissen beruht haben sollte, wurde von Beklagtenseite nicht konkret dargelegt. Die Beklagte behauptet nur, die ab April 2003 erfolgte Reduzierung der Arbeitszeit auf 30 Stunden sei der betrieblichen Notwendigkeit angepasst. Überstunden seien aufgrund der Auftragslage nicht notwendig. 90

Dieser Vortrag ist jedoch völlig substanzlos. Es wird schon nicht klar, ob ausnahmsweise in der Zeit vor April 2003 vorübergehend ein erhöhter Arbeitskraftbedarf bestand, oder ob der Bedarf an Arbeitskraft aus den von der Beklagten genannten wirtschaftlichen Gründen ab April ausnahmsweise unter das betriebliche Normalaufkommen abgesackt ist. Nicht zu übersehen ist allerdings, dass die Beklagte die Reduktion der Arbeitszeit und nicht etwa das vor April 2003 liegende höhere Stundenaufkommen mit wirtschaftlichen Notwendigkeiten begründet. Dies wirft ein Licht darauf, wie die Beklagte das Regel-Ausnahmeverhältnis wertet. 91

Abgesehen von dieser Indizwirkung der tatsächlichen Verhältnisse erhellt sich der wahre Zweck des § 4.2 des Arbeitsvertrages in einem Vergleich mit der Klausel des § 4.3. 92

Während § 4.2 die Verpflichtung beinhaltet, auf Anforderung des Arbeitgebers mehr als 30 Stunden zu arbeiten, wird die Klägerin durch § 4.3 zusätzlich verpflichtet, "gelegentlich" auch nachts, an Sonn- und Feiertagen und über 40 Stunden in der Woche zu arbeiten. Angesichts der oben dargestellten Definition von Überstunden legt es allein schon der unter § 4.3 verwendete Begriff "gelegentlich" dem objektiven Leser nahe, in dieser Vertragsklausel und nicht in § 4.2 die übliche Überstundenabrede zu erblicken. In die selbe Richtung weist die Möglichkeit, die zusätzliche Arbeitszeit durch Gewährung von Freizeit abzugelten. Auch diese für Überstunden und Mehrarbeit typische Regelung findet sich allein in § 4.3, nicht aber in § 93

- 4.2. Sowohl nach den tatsächlichen Gegebenheiten als auch nach Systematik und Inhalt der Vertragsklauseln kann also nicht davon ausgegangen werden, dass § 4.2 des Arbeitsvertrages dem Zweck dient, die Verpflichtung der Klägerin zur Erbringung von Überstunden zu regeln. Sinn und Zweck dieser Regelung liegen vielmehr darin, der Beklagten bezüglich der oberhalb von 30 Wochenstunden zu erbringenden Arbeitsleistung ein einseitiges Bestimmungsrecht zu verschaffen. Eine solche Bandbreitenregelung ist jedoch aus den dargelegten Gründen rechtsunwirksam.
- bb. Aus der Unwirksamkeit der unter § 4 des Arbeitsvertrages getroffenen Arbeitszeitvereinbarung folgt entgegen der Auffassung der Klägerin nicht, dass eine wöchentliche Beschäftigungszeit von 40 Arbeitsstunden als vereinbart gilt. 94
- Angesichts des in der Zeit von Oktober 2002 bis April 2003 tatsächlich angefallenen Arbeitszeitvolumens gilt unter den Parteien vielmehr eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 35 Stunden als vereinbart. 95
- (1) Dem Gesetz, insbesondere § 12 TzBfG, lässt sich eine Lösung nicht unmittelbar entnehmen. 96
- Sofern die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt zwar gemäß § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine Arbeitszeit von 10 Stunden als vereinbart. Eine Anwendung dieser 10-Stunden-Fiktion ließe jedoch den Willen der Vertragsparteien gänzlich unberücksichtigt. Anders als in den Fällen, in denen die Vertragsparteien sich über das Stundendeputat keine Gedanken gemacht haben, liegen hier konkrete Vorstellungen der Parteien über den Arbeitszeitumfang vor, die zum einen wenn auch nicht wirksam in den Regelungen der §§ 4.1 und 4.2 und zum anderen in der tatsächlichen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses erkennbar werden. Der anhand dieser Kriterien zu ermittelnde Vertragswille der Parteien hat Vorrang. Bei der 10-Stunden-Fiktion des § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG handelt es sich um eine reine Auffangklausel, die nur dann anwendbar ist, wenn das Arbeitsdeputat nicht durch Auslegung unter Berücksichtigung des Parteiwillens festzustellen ist (Preis, a. a. O., Rn. 80; Rudolf, Bandbreitenregelungen, NZA 2002, 1013). 97
- Bei der gegebenen Sachlage kann kein Zweifel bestehen, dass eine Festlegung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitszeit auf lediglich 10 Wochenstunden dem beiderseitigen Willen der Vertragsparteien erkennbar zuwider laufen würde. 98
- (2) Ist ein Rückgriff auf die Fiktion des § 12 TzBfG nicht möglich, so wird in der Literatur vorgeschlagen, dem Arbeitnehmer das Recht zu gewähren, innerhalb der vertraglich vorgesehenen Bandbreite einmalig seine Arbeitszeit festzulegen (GK-TzA/Mikosch Art. 1 § 4 BeschFG, Rdz. 59; Däubler, Das Arbeitsrecht 2: Leitfaden für Arbeitnehmer, 10. Aufl., unter 15.3.1.2.1). Dieser Vorschlag erscheint auf den ersten Blick billigenswert, weil er die Gesetzesumgehung des Arbeitgebers sanktioniert. Gegen diese Möglichkeit wird allerdings eingewandt, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass nun der Arbeitnehmer dadurch eine unbillige Leistungsbestimmung treffe, dass er die höchstmögliche Arbeitszeit wähle (vgl. Rudolf, Bandbreitenregelungen, NZA 2002, 1013, 1014 unter Hinweis auf Schüren in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 159, Rn. 10). Entscheidend gegen diesen Lösungsvorschlag spricht jedoch, dass er im Ergebnis den Parteiwillen in sein Gegenteil verkehrt, indem er das ursprünglich dem Arbeitgeber zugeordnete Bestimmungsrecht dem Arbeitnehmer an die Hand gibt. 99
- (3) Sach- und interessengerecht erscheint es deshalb, die fortan maßgebliche Arbeitszeit aus der bisherigen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der 100

Begleitumstände des Einzelfalles abzuleiten.

Als Anknüpfungspunkt bietet sich hierbei eine Durchschnittsberechnung der in der Vergangenheit angefallenen Arbeitsstunden an. 101

Insoweit ergibt sich eine Parallele zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes bei der Bestimmung der für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall maßgeblichen individuellen regelmäßigen Arbeitszeit des Arbeitnehmers (vgl. BAG vom 21.11.2001 5 AZR 296/00 = EZA § 4 EFZG Nr. 4). Wie in den dortigen Fällen geht es auch hier um die rechtsgeschäftliche Bestimmung der maßgeblichen Arbeitszeit. Um Zufallsergebnisse zu vermeiden, dürfte regelmäßig ein Zeitraum von 12 Monaten interessengerecht sein. Hat allerdings das Arbeitsverhältnis weniger als ein Jahr gedauert, kann nur auf den bisher zurückgelegten Zeitraum abgestellt werden (vgl. BAG a. a. O., II. 4 d der Entscheidungsgründe). 102

(4) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze erscheint der Kammer eine Festlegung der wöchentlichen Arbeitszeit auf 35 Stunden als angemessen. 103

Dabei ist vorrangig auf die in dem Zeitraum von Oktober 2002 bis April 2003 tatsächlich angefallenen Stunden abzustellen, weil dies der Zeitraum ist, der unter Geltung des hier auszulegenden Arbeitsvertrages bis zum Aufkeimen des Streits über den Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit zurückgelegt wurde. 104

Weshalb es nach Auffassung der Klägerin für die Berechnung der geleisteten Arbeitsstunden von Bedeutung sein sollte, dass bei der Beklagten in Schichtzeiten von 7:00 Uhr bis 15:30 Uhr bzw. 22:00 Uhr bis 7:00 Uhr gearbeitet wird, vermag die Kammer nicht nachzuvollziehen. Dass die abgerechnete Arbeitszeit nicht mit der "nominalen" Schichtzeit des Betriebes übereinstimmt, kann auf den unterschiedlichsten Gründen beruhen. Die effektiv zur Abrechnung gelangten Arbeitsstunden sind in den vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen im Einzelnen ausgewiesen, ohne dass die Klägerin diese Daten als fehlerhaft gerügt hätte. 105

Entgegen den Berechnungen der Klägerin ergibt sich aus den Lohn- und Gehaltsabrechnungen nicht eine durchschnittliche Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich. Bei Außerachtlassung des zwischen den Parteien umstrittenen Monats Dezember 2002 errechnet sich vielmehr eine durchschnittliche Arbeitszeit von 35,02 Wochenstunden. Von diesem Ergebnis würde auch eine den Monat Dezember 2002 berücksichtigende Berechnung nur geringfügig abweichen. Fließt dieser Monat mit einer für die Klägerseite günstigen Betrachtung (zusätzliche freie Tage zwischen Weihnachten und Neujahr) in die Berechnung ein, so ergibt sich eine Durchschnittsarbeitszeit von 36,3 Arbeitsstunden wöchentlich. Bei umgekehrter, der Beklagten günstigen Berücksichtigung ergibt sich eine durchschnittliche Arbeitszeit von 34,3 Wochenstunden. Ähnlich verhält es sich, wenn der Monat April unberücksichtigt bleibt, weil bereits in diesem Monat die von der Klägerin angegriffene Reduktion der Arbeitszeit stattfand. In diesem Fall erhöht sich die durchschnittliche Arbeitszeit auf 36,7 Wochenstunden. 106

Trotz der schmalen Datenbasis, auf der diese Durchschnittswerte beruhen, lassen die Zahlen deutlich erkennen, dass weder mit der Klägerin von einer regelmäßigen 40-Stunden-Woche gesprochen werden kann noch die im Arbeitsvertrag vorgesehene 30-Stunden-Woche der Realität entsprach. 107

Wird zudem berücksichtigt, dass die Parteien in dem Arbeitsvertrag vom 01.10.2000 eine Arbeitszeit von 35 Wochenstunden vereinbart hatten, so spricht alles dafür, dass sich die 108

Parteien auch im Rahmen des hier umstrittenen Arbeitsvertrages (wieder) auf diese Wochenstundenzahl verständigt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der von ihnen getroffenen Bandbreitenregelung bekannt gewesen wäre.

III.	109
Die Kostenentscheidung beruht auf § 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 92 Abs. 1 ZPO.	110
IV.	111
Die Revision an das Bundesarbeitsgericht war zuzulassen, weil dem Rechtsstreit im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung sogenannter Bandbreitenregelungen sowie die Bestimmung der im Falle ihrer Unwirksamkeit geltenden Arbeitszeit grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 72 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG beizumessen war.	112
V.	113
RECHTSMITTELBELEHRUNG	114
Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien	115
REVISION	116
eingelegt werden.	117
Die Revision muss	118
innerhalb einer Notfrist von einem Monat	119
nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim	120
Bundesarbeitsgericht,	121
Hugo-Preuß-Platz 1,	122
99084 Erfurt,	123
Fax: (0361) 2636 - 2000	124
eingelegt werden.	125
Die Revision ist gleichzeitig oder	126
innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils	127
schriftlich zu begründen.	128
Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.	129
Mailänder Pott Witte	130
