

---

**Datum:** 21.06.2010  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 5. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 Sa 1353/09  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGK:2010:0621.5SA1353.09.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Köln, 14 Ca 2406/09  
**Schlagworte:** Vereinbarung einer monatlichen Durchschnittsarbeitszeit  
**Normen:** § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**  
  
Die Vereinbarung einer Arbeitszeit von "im monatlichen Durchschnitt" 150 Stunden, verstößt gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und ist rechtsunwirksam.

---

**Tenor:**

1. Die Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 22.09.2009 werden zurückgewiesen.
2. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte 2/5 und der Kläger 3/5.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Tatbestand**

1

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren nur noch um den zeitlichen Umfang der Beschäftigung des Klägers.

2

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Der Kläger war zunächst bei der A . (im Folgenden S ) als Fluggastkontrolleur seit dem 12.04.2001 beschäftigt.                                                                                                                                                                                                                                                 | 3  |
| In den mit "Vollzeitarbeitsvertrag" überschriebenen schriftlichen Arbeitsvertrag (Bl. 403 ff. d. A.) war in § 2 eine Arbeitszeit von "im monatlichen Durchschnitt mit 165 Stunden" vereinbart.                                                                                                                                                                 | 4  |
| Die S hatte aufgrund eines Auftrages des Bundesinnenministeriums am K Flughafen die Fluggast- und Gepäckkontrolle übernommen. Dieser Auftrag lief zum 31.12.2003 aus und wurde neu ausgeschrieben.                                                                                                                                                             | 5  |
| Den Zuschlag erhielt mit Wirkung zum 01.01.2004 die Firma D . Wegen der Beendigung des Auftrages kündigte S allen Arbeitnehmern, auch dem Kläger, betriebsbedingt zum 31.12.2003.                                                                                                                                                                              | 6  |
| Eine Kündigungsschutzklage hiergegen hat der Kläger nicht erhoben.                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 7  |
| Mit Datum vom 29.12.2003 schloss die Firma D mit dem Kläger einen Arbeitsvertrag (Bl. 92 bis 96 d. A.), der eine Tätigkeit des Klägers ab dem 15.01.2004 für die Firma D als Fluggastkontrolleur vorsah.                                                                                                                                                       | 8  |
| § 2 Ziffer 2 des Arbeitsvertrags enthält folgende Regelung:                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 9  |
| <p>"Der Angestellte ist verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten, wobei diese Arbeitstage auch auf Samstage, Sonn- und Feiertage fallen können. Die Einzelheiten ergeben sich aus dem jeweiligen Dienststeinsatzplan, der von der Firma rechtzeitig im Voraus erstellt wird. (...)"</p>                                               | 10 |
| Auf das Arbeitsverhältnis findet der für allgemeinverbindlich erklärte Manteltarifvertrag für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in Nordrhein-Westfalen vom 08.12.2005 (im Folgenden MTV NRW) Anwendung. Dieser enthält u. a. folgende Regelungen:                                                                                                               | 11 |
| <p>"§ 2 Arbeitsbedingungen für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 12 |
| <p>1. Die tarifliche Mindestarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers beträgt monatlich 160 Stunden.</p>                                                                                                                                                                                                                                           | 13 |
| <p>2. Die monatliche Regelarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers beträgt im Durchschnitt eines Kalenderjahres 260 Stunden. (...)"</p>                                                                                                                                                                                                           | 14 |
| Das zwischen dem Kläger und der Firma D bestehende Arbeitsverhältnis ging am 01.01.2009 im Wege des Betriebsübergangs auf die Beklagte über. In der Folgezeit suchte die Beklagte weitere Mitarbeiter als Flugsicherheitskräfte (Internetanzeigen Bl. 9 und 10 d. A.).                                                                                         | 15 |
| Mit seiner am 12.03.2009 bei Gericht eingegangenen Klage macht der Kläger einen Beschäftigungsanspruch im Umfang von 175 Stunden monatlich geltend, hilfsweise die Aufstockung seiner regelmäßigen Arbeitszeit auf 175 Stunden. Ferner hat der Kläger mit der Klage die Gewährung restlichen Urlaubs sowie Entgeltansprüche für das Jahr 2009 geltend gemacht. | 16 |
| Hinsichtlich der Arbeitszeit hat der Kläger erstinstanzlich vorgetragen, es sei eine Arbeitszeit in Höhe von 175 Stunden monatlich vereinbart worden. Tatsächlich gearbeitet habe er im Jahr in folgendem zeitlichen Umfang:                                                                                                                                   | 17 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 18 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Januar 2008 171,00/100,50 Stunden                                                                                                                                                                                                                                        |    |
| Februar 2008 162,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                              | 19 |
| März 2008 177,00/129,50 Stunden                                                                                                                                                                                                                                          | 20 |
| April 2008 168,50 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                | 21 |
| Mai 2008 118,50 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                  | 22 |
| Juni 2008 168,50 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                 | 23 |
| Juli 2008 178,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                 | 24 |
| August 2008 69,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                | 25 |
| September 2008 42,50 Stunden                                                                                                                                                                                                                                             | 26 |
| Oktober 2008 102,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                              | 27 |
| November 2008 160,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                             | 28 |
| Dezember 2008 160,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                             | 29 |
| Januar 2009 175,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                               | 30 |
| März 2009 175,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                 | 31 |
| April 2009 166,50 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                | 32 |
| Mai 2009 195,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                  | 33 |
| Juni 2009 191,24 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                 | 34 |
| Die D habe außerdem wie folgt Lohnfortzahlung geleistet:                                                                                                                                                                                                                 | 35 |
| Januar 2008 34,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                | 36 |
| März 2008 34,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                                  | 37 |
| September 2008 127,50 Stunden                                                                                                                                                                                                                                            | 38 |
| Oktober 2008 34,00 Stunden                                                                                                                                                                                                                                               | 39 |
| Die Beklagte habe es versäumt, in ihre Berechnung der monatlichen Arbeitszeit die Urlaubs-, Krankheits- und Breakzeiten einzubeziehen. Würden diese berücksichtigt, ergäbe sich eine Durchschnittsarbeitszeit von 188,04 Stunden monatlich.                              | 40 |
| Die Beklagte hat vorgetragen, der Kläger habe im Jahr 2008 im Durchschnitt 145,5 Stunden monatlich gearbeitet. Im Jahr 2009 habe er nur unwesentlich mehr als 150 Stunden gearbeitet. Die Parteien hätten ausdrücklich ein Teilzeitarbeitsverhältnis begründet.          | 41 |
| Durch Urteil vom 22.09.2009 hat das Arbeitsgericht die Beklagte verurteilt, den Kläger als Flugsicherheitskraft mit einer regelmäßigen monatlichen Arbeitszeit von 160 Stunden zu beschäftigen. Die weitergehende Beschäftigungsklage hat das Arbeitsgericht abgewiesen; | 42 |

dem Urlaubsanspruch hat das Arbeitsgericht vollständig, den Zahlungsanspruch teilweise stattgegeben.

Zur Begründung hat das Arbeitsgericht darauf abgestellt, dass die vereinbarte arbeitsvertragliche Regelung, wonach der Kläger verpflichtet sei, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten, rechtsunwirksam sei. Die Klausel sei insgesamt rechtsunwirksam und nicht teilbar, so dass die tarifliche Mindestarbeitszeit von 160 Stunden des Manteltarifvertrages für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in NRW vom 08.12.2005 maßgebend sei. Das Arbeitsverhältnis habe sich auch nicht auf eine höhere Mindeststundenzahl von 175 Stunden pro Monat konkretisiert. Ein insoweit übereinstimmender Wille der Parteien könne angesichts der Schwankungen des Beschäftigungsumfangs des Klägers nicht festgestellt werden. Auch ein Aufstockungsverlangen könne nicht zu einer höheren Arbeitszeit als der tariflichen Vollarbeitszeit von 160 Stunden pro Monat führen, denn ein Aufstockungsverlangen setze voraus, dass ein Teilzeitarbeitsverhältnis bestehe; im vorliegenden Fall liege aber gerade ein Vollzeitarbeitsverhältnis vor. 43

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. 44

Der Kläger erstrebte mit seiner Berufung einen Beschäftigungsumfang von 175 Stunden sowie einen Erfolg der Klage auch hinsichtlich der abgewiesenen Zahlungsansprüche. Die Beklagte hat gegen das Urteil teilweise Berufung eingelegt, sie akzeptiert die Verurteilung zur Urlaubsgewährung, wendet sich aber gegen einen Beschäftigungsumfang, soweit er mehr als 150 Stunden beträgt, und erstrebte die vollständige Abweisung der Zahlungsansprüche. 45

Im Laufe des Berufungsrechtsstreits haben die Parteien die Zahlungsansprüche durch Teilvergleich erledigt und streiten nunmehr nur noch über den Umfang der Mindestbeschäftigung pro Monat. 46

Der Kläger vertritt die Auffassung, maßgebend für das Arbeitsverhältnis müsse eine monatliche Mindestbeschäftigung von 175 Stunden sein. Die arbeitsvertragliche Bestimmung, wonach der Kläger im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten habe, sei rechtsunwirksam. Insoweit nimmt der Kläger auf die ständige Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Köln Bezug. Die Klausel sei auch nicht in der Weise teilbar, dass die Passage "im monatlichen Durchschnitt" für unwirksam angesehen werde, und die Festlegung von 150 Stunden pro Monat hingegen Bestand habe. Damit werde eine geltungserhaltende Reduktion einer Vertragsklausel vorgenommen, die aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht zulässig sei. Die vertragliche Arbeitszeit müsse vielmehr anhand der gelebten Vertragspraxis bestimmt werden; hierauf sei als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens abzustellen. Demzufolge sei der monatliche Durchschnitt des Jahres 2008 maßgebend, also 175 Stunden pro Monat. Demgegenüber könne nicht auf die Bestimmung im allgemeinverbindlich erklärten Manteltarifvertrag Bezug genommen werden. Dieser Tarifvertrag vom 08.12.2005 sei erst durch Bekanntmachung vom 20.03.2007 für allgemeinverbindlich erklärt worden. Denke man die Entscheidung des Arbeitsgerichts Köln zu Ende, so hänge die Feststellung der monatlichen Arbeitszeit von dem gerade jeweils geltenden Tarifvertrag ab. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Firma D die Geltung dieses Manteltarifvertrages zunächst in Abrede gestellt habe. Kein Gegenargument gegen die Anknüpfung an die durchschnittliche Arbeitszeit sei es, auf Schwankungen des zeitlichen Umfangs der Arbeit in den einzelnen Monaten abzustellen. Denn der Kläger habe beispielsweise über fünf Monate hinweg stetig über 170 Stunden gearbeitet. Der Kläger habe den damaligen Arbeitsvertrag mit der Firma D nur geschlossen, weil sein ursprünglicher Arbeitgeber, die Firma S und auch die D behauptet hätten, zwischen ihnen gäbe es keinen 47

Betriebsübergang. Für ihn habe es daher keinen Anlass gegeben, den ursprünglichen Arbeitsvertrag mit 165 Stunden pro Monat zu ändern. In einer solchen Situation müsse sich die Schutzwirkung des § 613 a BGB auswirken.

Der Kläger beantragt, 48

1. unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln – 14 Ca 2406/09 – vom 22.09.2009 die Beklagte zu verurteilen, den Kläger als Flugsicherheitskraft auf dem K Flughafen mit einer monatlichen Arbeitszeit von 175 Stunden tatsächlich zu beschäftigen; 49
2. hilfsweise unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln – 14 Ca 2406/09 – vom 22.09.2009 die Beklagte zu verurteilen, dem Antrag des Klägers vom 23.03.2009 auf die Heraufsetzung der monatlichen Arbeitszeit als Flugsicherheitskraft auf dem K Flughafen 150 Stunden monatlich auf monatlich 160 Stunden zuzustimmen; 50
3. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 51

Die Beklagte beantragt, 52

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 22.09.2009 – 14 Ca 2406/09 – insoweit abzuändern, als die Beklagte verurteilt wurde, den Kläger als Flugsicherheitskraft auf dem Flughafen K mit einer regelmäßigen monatlichen Arbeitszeit von 160 Stunden zu beschäftigen und die Klage insoweit abzuweisen; 53
2. die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 54

Die Beklagte vertritt die Auffassung, die Vertragsklausel sei zumindest teilbar. Die Parteien hätten ein Teilzeitarbeitsverhältnis gewollt, so dass nur von einem monatlichen Mindestarbeitszeitumfang von 150 Stunden ausgegangen werden könne. Der Arbeitsvertrag habe sich auch nicht auf eine höhere Stundenzahl als 150 Stunden pro Monat konkretisiert. Dabei sei die unternehmerische Entscheidung der Beklagten, nur Teilzeitbeschäftigte beschäftigen zu wollen, zu berücksichtigen. Diesbezüglich bestehe auch nicht der hilfsweise geltend gemachte Aufstockungsanspruch. Denn nur durch die Teilzeitbeschäftigung werde es ermöglicht, die auch von Klägerseite kritisierte Breakstundenpraxis aufzugeben. 55

Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Akteninhalt Bezug genommen. 56

## Entscheidungsgründe 57

I. Bezüglich des zuletzt in der Berufungsinstanz nur noch streitigen Beschäftigungsumfangs des Klägers sind weder die Berufung des Klägers noch die Berufung der Beklagten begründet. Vielmehr hat das Arbeitsgericht zutreffend einen monatlichen Mindestbeschäftigungsumfang von 160 Stunden festgestellt und zugunsten des Klägers ausgeurteilt. 58

Die Berufungen des Klägers und der Beklagten sind zulässig. Sie sind jeweils statthaft, form- und fristgerecht eingelegt und nach Verlängerung der jeweiligen Berufungsbegründungsfrist auch jeweils innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet worden. 59

60

II. In der Sache sind hinsichtlich des zuletzt nur noch streitigen Umfangs der Beschäftigung des Klägers weder die Berufung des Klägers noch die Berufung der Beklagten begründet. Zutreffend geht das Arbeitsgericht von einem Mindestbeschäftigungsumfang von 160 Stunden pro Monat aus.

1. Die in den schriftlichen Arbeitsverträgen getroffene Vereinbarung einer Arbeitszeit von "im monatlichen Durchschnitt" von 150 bzw. vorher 165 Stunden ist rechtsunwirksam. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung aller damit befassten Kammern des Landesarbeitsgerichts Köln, dass diese Vertragsbestimmung gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB rechtsunwirksam ist, weil sie die davon betroffenen Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt ( z. B. LAG Köln, Urteil vom 04.10.2007 – 5 Sa 945/07 -; LAG Köln, Urteil vom 28.07.2008 – 5 Sa 1242/07 -; LAG Köln, Urteil vom 25.01.2010 – 2 Sa 963/09 -; LAG Köln, Urteil vom 11.11.2009 – 9 Sa 584/09 -; LAG Köln, Urteil vom 09.07.2009 – 7 Sa 1386/08 -; LAG Köln, Urteil vom 22.09.2009 – 12 Sa 635/09 -; LAG Köln, Urteil vom 08.02.2010 – 4 Sa 1165/09 -).

Grund hierfür ist, dass die Vereinbarung einer Arbeitszeit im monatlichen Durchschnitt den Wertungen des § 615 S. 1 und S. 3 BGB widerspricht, wonach der Arbeitgeber das Risiko, den Arbeitnehmer nicht beschäftigen zu können, und damit das Risiko des Arbeitsausfalls zu tragen hat. Nach der gesetzlichen Regelung bleibt der Arbeitgeber in diesen Fällen zur Entgeltzahlung verpflichtet. Mit einer Vereinbarung, die es dem Arbeitgeber hingegen gestattet, in Zeiten geringeren Arbeitsanfalls den Arbeitnehmer nur im Durchschnitt, und damit auch im geringeren Umfang als mit 150 Monatsstunden einzusetzen, wird in Abweichung von der gesetzlichen Regelung ein Teil des den Arbeitgeber treffenden Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer verlagert. Es kommt hinzu, dass ein Arbeitnehmer aufgrund dieser Regelung bei seinem monatlichen Einkommen von keiner gesicherten Mindesteinkommensgrundlage ausgehen könnte und eine halbwegs verlässliche Planung seines Einkommens verlieren würde. Das Fehlen der Angabe eines Ausgleichszeitraums macht es zudem dem Arbeitnehmer unmöglich, Annahmeverzugsansprüche wegen zu geringerem Arbeitsvolumen durchzusetzen, da völlig unklar bleibt, auf welchen Gesamtzeitraum sich die Angabe "im monatlichen Durchschnitt" beziehen soll.

Die vertragliche Regelung stellt damit eine unangemessene Benachteiligung dar, die der Inhaltskontrolle nicht Stand hält.

2. Dahingestellt bleiben kann im vorliegenden Fall die zwischen den Parteien kontrovers diskutierte Frage, ob von einer Teilbarkeit der Klausel in der Weise ausgegangen werden kann, dass der Teil der Klausel "im monatlichen Durchschnitt" gestrichen wird und es aber im Übrigen bei einer Festlegung von einem Arbeitszeitumfang von mindestens 150 Stunden pro Monat verbleibt. Lehnt man eine Teilbarkeit der Klausel ab, ist die Bestimmung insgesamt unwirksam mit der Folge, dass von der monatlichen Mindestarbeitszeit auszugehen ist, die im für allgemeinverbindlich erklärten Manteltarifvertrag geregelt ist, also 160 Stunden.

Selbst wenn man – in Übereinstimmung mit der Auffassung der Beklagten – davon ausgeht, dass die Klausel teilbar ist, ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass der Arbeitsvertrag nur als Vollzeitarbeitsverhältnis mit der tariflich maßgebenden Mindeststundenzahl von 160 Stunden pro Monat ausgelegt werden kann. Bereits die Überschrift des Anstellungsvertrages vom 29.12.2003 (Bl. 92 ff. d. A.) lässt nicht erkennen, dass die Parteien einen Teilzeitarbeitsvertrag gewollt hätten. Mangels ausdrücklicher Vereinbarung eines Teilzeitverhältnisses ist ohnehin regelmäßig von einem Vollzeitarbeitsverhältnis auszugehen (siehe BAG, Urteil vom 08.10.2008 – 5 AZR 715/07 -). Wie bereits im Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 11.08.2008 (5 Sa 643/08) deutlich gemacht, kommt bei der

Bestimmung dessen, was die Parteien gewollt haben, der Vertragspraxis eine entscheidende Bedeutung zu. Hierbei ist festzustellen, dass die Beklagte vom ersten Beschäftigungsmonat an in jedem Beschäftigungsmonat eine Arbeitsstundenzahl von mehr als 160 Stunden pro Monat vom Kläger abgefordert und entgegen genommen hat. Dies ergibt sich bereits aus der Aufstellung des Klägers, die die Beklagte nicht im Einzelnen bestritten hat. Soweit die Beklagte geltend macht, die durchschnittliche monatliche Arbeitszeit im Jahre 2008 habe lediglich 145,5 Stunden betragen, hat sie – wie bereits das Arbeitsgericht in seinem Urteil mit Recht hervorgehoben hat – den hierzu vorgebrachten Einwand des Klägers, die Beklagte habe weder bei ihren Aufstellungen die Urlaubszeiten noch abverlangte Breakstunden berücksichtigt, nicht zu widerlegen vermocht. Bei der Bestimmung der monatlich abgeforderten Arbeitszeit wären zudem auch Stunden zu berücksichtigen, für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geleistet worden ist. Aus alldem und der dezidierten Aufstellung des Klägers ergibt sich jedenfalls, dass der Kläger in jedem Monat des Jahres 2008 mit einem Arbeitseinsatz von mindestens 160 Stunden pro Monat vorgesehen war und diese Einsatzstundenzahl in allen Monaten seit Beginn des Beschäftigungsverhältnisses unter Berücksichtigung der Urlaubs- und Krankheitszeiten sowie der Breakstunden auch erreicht worden ist.

Von Bedeutung ist auch, dass in den Entgeltabrechnungen die Zeiten, die über der 150. Stunde lagen, jeweils nicht als Überstunden ausgewiesen wurden. Dabei kann dahinstehen, ab welcher Stunde Überstundenzuschläge zu zahlen gewesen wären. Entscheidend ist, dass die Entgeltabrechnungen, die von der Beklagten erstellt wurden, unabhängig von der Frage eines Überstundenzuschlages jedenfalls keinerlei Unterscheidung zwischen den Arbeitsstunden treffen, die innerhalb der angeblichen Teilzeitbeschäftigung von 150 Stunden lagen, und den Stunden, die über die 150. Stunde hinaus geleistet worden sind. Wäre tatsächlich ein Teilzeitarbeitsvertrag mit 150 Stunden gewollt gewesen, wäre zudem bei allen Stunden, die über 150 Stunden pro Monat hinausgingen, eine Überstundenanforderung der Beklagten notwendig gewesen. Denn ein Arbeitgeber, der einen Teilzeitarbeitsvertrag abschließt, hat damit rechtsverbindlich kund getan, dass er nur über einen Teil des Gesamtarbeitsvolumens des Arbeitnehmers verfügen will. Will der Arbeitgeber mit Hilfe von Überstunden über das vereinbarte Teilzeitvolumen hinaus über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers verfügen, bedarf dies abgesehen von Notfällen und außergewöhnlichen Fällen einer Überstundenanforderung, mit der der Arbeitnehmer entweder jeweils sein Einverständnis erklären muss oder die wenigstens die Grenzen des Ermessens nach § 106 GewO einhält. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass solche Überstundenanforderungen ausgesprochen worden sind. Vielmehr sind die Parteien, wie das gelebte Vertragsverhältnis zeigt, offenkundig davon ausgegangen, dass es für Stunden, die die 150 Stunden pro Monat überstiegen, keiner besonderen Überstundenanforderung bedurfte.

66

Wären die Arbeitsstunden, die über 150 Stunden pro Monat hinausgingen, tatsächlich Überstunden, wie die Beklagte meint, wäre zudem das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gegeben gewesen. Solche Überstunden hätten nur mit Zustimmung des Betriebsrats angeordnet werden dürfen. Dass diese Voraussetzung gegeben ist, ist weder vorgetragen, noch ersichtlich.

67

3. Es ist daher festzustellen, dass selbst dann, wenn man von einer Teilbarkeit der Vertragsklausel ausgeht, ein Vollzeitarbeitsverhältnis zugrunde zu legen ist. Welchen Beschäftigungsumfang dieses Vollzeitarbeitsverhältnis hat, regelt der für allgemeinverbindlich erklärte und damit für das Arbeitsverhältnis maßgebende Manteltarifvertrag. Dieser regelt in § 2, dass die tarifliche Mindestarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers monatlich 160 Stunden beträgt. Damit ist tarifvertraglich der Umfang des Vollzeitarbeitsverhältnisses

68

definiert. Die Flexibilisierungsmöglichkeit nach § 2 Abs. 2 des Tarifvertrages, wonach die monatliche Regelarbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers im Durchschnitt eines Kalenderjahres 260 Stunden beträgt, steht allein der Arbeitgeberseite offen, begründet aber keine Ansprüche der Arbeitnehmer (siehe dazu BAG, Urteil vom 22.04.2009 – 5 AZR 629/08 -).

Die Kammer hat diesbezüglich auch das Argument der Klägerseite erwogen, dass dann, wenn der Kläger vor der Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Manteltarifvertrages geklagt hätte, eine andere Tarifvertragslage bestanden hätte und ggf. von einer tarifvertraglichen Definition des Vollzeitarbeitsverhältnisses mit 173 Stunden auszugehen gewesen wäre. Dies lässt sich nicht als Argument gegen die Maßgeblichkeit der nunmehr geltenden tarifvertraglichen Vollzeitarbeitsdefinition im Manteltarifvertrag anführen. Denn dies ist nur Ausdruck der Tarifydynamik, die darin besteht, dass die Tarifvertragsparteien die Definition dessen, was ein Vollzeitarbeitsverhältnis ist und welcher Stundenumfang dafür maßgeblich sein soll, jederzeit ändern können. Ebenso wie bei unmittelbar tarifgebundenen Arbeitnehmern kann sich dies auch bei den durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung tarifgebundenen Arbeitnehmern dahingehend auswirken, dass durch einen neuen Tarifvertrag eine andere Definition des Umfangs der Vollzeitarbeit maßgeblich wird und der Inhalt des Arbeitsverhältnisses hierdurch geändert wird.

69

4. Der Gesichtspunkt der Konkretisierung eignet sich entgegen der Auffassung der Klägerseite nicht dazu, eine Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses auf eine Stundenzahl oberhalb der tariflich definierten Vollzeitstundenzahl herbeizuführen. Insoweit, aber nur insoweit, kann sich die Beklagte auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts berufen (BAG, Urteil vom 22.04.2009 – 5 AZR 133/08 -; BAG, Urteil vom 25.04.2007 – 5 AZR 504/06 -, NZA 2007, S. 801), wonach die Anordnung von Überstunden, auch über längere Zeit hinweg, noch nicht auf eine Vertragsänderung schließen lässt.

70

Der Gesichtspunkt der Konkretisierung ist zwar geeignet, Aufschluss über den Umfang der Arbeitszeit eines Teilzeitverhältnisses zu geben, insbesondere, wenn es an einer vorherigen klaren Festlegung des Teilzeitumfangs fehlt. Er ist jedoch nicht geeignet, soweit es um die Aufstockung der Arbeitszeit über die reguläre Vollzeitarbeit hinaus geht.

71

Denn Überstunden sind von ihrem Charakter her keine Dauereinrichtung, sie fallen situationsabhängig an und lassen deshalb nicht auf den Willen schließen, einen dauerhaft höheren Arbeitszeitumfang als eine Vollzeittätigkeit zu begründen. Für die Abgrenzung, ab wann von Überstunden auszugehen ist, bleibt die tarifvertragliche Definition des für allgemeinverbindlich erklärten Manteltarifvertrages maßgeblich. Soweit der Kläger also zu Arbeitsstunden oberhalb 160 Stunden pro Monat herangezogen worden ist, kann daraus kein auf Veränderung des Arbeitsvertrages gerichteter Wille, der auf eine dauerhafte Überschreitung der tarifvertraglich geregelten Vollzeittätigkeit abzielen würde, hergeleitet werden.

72

5. Aus allem ergibt sich, dass unabhängig von der Frage der Teilbarkeit der Vertragsklausel in jedem Falle das Ergebnis bleibt, dass ein monatlicher Mindestbeschäftigungsumfang von 160 Stunden pro Monat maßgebend ist. Weder kann der Kläger einen höheren Mindestbeschäftigungsumfang als 160 Stunden verlangen, noch kann die Beklagte geltend machen, es bestehe lediglich eine Mindeststundenzahl von 150 Stunden pro Monat. Daher mussten sowohl die Berufung des Klägers als auch die Berufung der Beklagten erfolglos bleiben.

73

74

III. Der Hilfsantrag ist nicht zur Entscheidung angefallen, weil bereits aufgrund der Zurückweisung der Berufungen des Klägers und der Beklagten ein Arbeitszeitumfang von 160 Stunden feststand und im Übrigen der Hinweis des Arbeitsgerichts zutreffend ist, dass eine Aufstockung eines schon bestehenden Vollzeitarbeitsverhältnisses nicht verlangt werden kann.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. 75

Die Revision war nicht zuzulassen. Dafür war maßgebend, dass kein Fall von Divergenz vorlag, da alle einschlägigen Urteile des Landesarbeitsgerichts eine Stundenzahl von 160 Stunden festgestellt haben und zudem in verschiedenen ähnlich gelagerten Streitfällen das Bundesarbeitsgericht die jeweiligen Nichtzulassungsbeschwerden bereits zurückgewiesen hat (BAG, Beschluss vom 27.08.2008 – 4 AZN 1379/07 -; BAG, Beschluss vom 27.08.2008 – 4 AZN 1291/07 -). 76

### **Rechtsmittelbelehrung** 77

Gegen dieses Urteil ist kein weiteres Rechtsmittel gegeben. Hinsichtlich einer Nichtzulassungsbeschwerde wird auf den § 72 a ArbGG genannten Voraussetzungen Bezug genommen. 78

Dr. Griesse Hudec Dose 79