

BAG Urteil vom 07.12.2005 - 5 AZR 535/04

Entscheidungsstichwort (Thema)

Arbeit auf Abruf. Inhaltskontrolle von AGB

Tenor

1. Die Revision der Klägerin und die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 17. September 2004 - 18 Sa 224/04 - werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin iSv. § 4 des Arbeitsvertrags vom 1. Oktober 2002 jedenfalls seit dem 19. April 2003 35 Stunden beträgt und die Klägerin verpflichtet ist, auf Anforderung der Beklagten bis zu 40 Stunden wöchentlich regelmäßig zu arbeiten.
2. Die Klägerin und die Beklagte haben die Kosten der Revision zu je 1/2 zu tragen.

Von Rechts wegen!

Orientierungssatz

1. Die Erweiterung oder Beschränkung des Antrags und insbesondere der Wechsel vom Leistungs- zum Feststellungsantrag bei unverändertem Sachverhalt stellen gem. § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung dar. Eine Antragsbeschränkung ist in der Revisionsinstanz noch zulässig.
2. Die den Vertragsschluss begleitenden Umstände (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB) sind nicht bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, sondern erst bei der Prüfung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu berücksichtigen.
3. Mit der Vereinbarung von Arbeit auf Abruf, die über eine vertragliche Mindestarbeitszeit hinausgeht, verlagert der Arbeitgeber abweichend von § 615 BGB einen Teil seines Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer.
4. Bei der Angemessenheitsprüfung sind das Interesse des Arbeitgebers an einer Flexibilisierung der Arbeitszeitdauer und das Interesse des Arbeitnehmers an einer festen Regelung der Dauer der Arbeitszeit und der sich daraus ergebenden Arbeitsvergütung angemessen zum Ausgleich zu bringen. Hierzu kann auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die der Senat im Urteil vom 12. Januar 2005 (- 5 AZR 364/04 - AP BGB § 308 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) zur Wirksamkeit von Widerrufsvorbehalten aufgestellt hat.
5. Bei einer ergänzenden Vertragsauslegung ist darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel bedacht hätten. Zur Feststellung des mutmaßlichen Parteiwillens ist die tatsächliche Vertragsdurchführung von erheblicher Bedeutung. Sie gibt Aufschluss über das von den Parteien wirklich Gewollte.
6. Eine vertraglich vereinbarte sog. doppelte Schriftformklausel steht einer ergänzenden Vertragsauslegung durch das Gericht nicht entgegen. Durch die ergänzende Vertragsauslegung wird der Vertrag nicht geändert, sondern bestimmt, was als von Anfang an vereinbarter Vertragsinhalt anzusehen ist.

Leitsatz

1. § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG erfordert die Festlegung einer Mindestdauer der wöchentlichen und der täglichen Arbeitszeit. Die Arbeitsvertragsparteien können wirksam vereinbaren, dass der Arbeitnehmer über die vertragliche Mindestarbeitszeit hinaus Arbeit auf Abruf leisten muss.
2. Die bei einer Vereinbarung von Arbeit auf Abruf einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeit des Arbeitnehmers darf nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen.

Normenkette

TzBfG § 12; BGB §§ 307, 310 Abs. 3, § 615; KSchG § 2; ZPO § 264 Nr. 2

Verfahrensgang

LAG Düsseldorf (Entscheidung vom 17.09.2004; Aktenzeichen 18 Sa 224/04)

ArbG Krefeld (Entscheidung vom 07.01.2004; Aktenzeichen 3 Ca 1224/03)

Tatbestand

Die Parteien streiten über den zeitlichen Umfang der Arbeitspflicht.

Die Klägerin ist seit Juli 1998 bei der Beklagten als gewerbliche Arbeitnehmerin beschäftigt. Sie erhält eine arbeitszeit- und "betriebsleistungsabhängige" Vergütung. In den vorformulierten Arbeitsverträgen vom 13. Juli 1998 und vom 1. Oktober 2000 war jeweils eine wöchentliche Arbeitszeit von "fünfunddreißig Stunden an Werktagen" vereinbart. Zwischen den Parteien bestand Einigkeit darüber, dass an Samstagen regelmäßig nicht gearbeitet wird. Am 1. Oktober 2002 schlossen die Parteien einen neuen, von der Beklagten vorformulierten, 22 Seiten umfassenden Arbeitsvertrag. Zu dem Neuabschluss des Arbeitsvertrags kam es, weil die Beklagte bestehende arbeitsvertragliche Regelungen zum nächstmöglichen Zeitpunkt einheitlich verändert, wenn dies ihrer Auffassung nach wegen einer geänderten Gesetzeslage oder veröffentlichter Rechtsprechung notwendig ist. In dem Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 2002 heißt es:

"§ 4 ARBEITSZEIT:

§ 4.1 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 richten sich nach den individuellen Vereinbarungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber. ... Der Arbeitgeber teilt dem Arbeitnehmer den Beginn und das Ende der Arbeitszeit jeweils eine Woche vorher mit.

§ 4.2 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 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, gelegentlich auch nachts, an Sonn- und Feiertagen und

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 Die Parteien sind sich einig, daß der Arbeitnehmer keinen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber hat, mehr als dreissig Stunden in der Woche, nachts oder an Sonn- und Feiertagen beschäftigt zu werden. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mehrfach mit der Arbeit in dem vorgenannten Umfang beschäftigt und dabei keinen ausdrücklichen Vorbehalt erklärt hat. ...

...

§ 4.7 Zwischen den Vertragsparteien besteht Einigkeit, dass der betriebsübliche Schichtbetrieb in einer Kalenderwoche jeweils sonntags um 22:00 Uhr beginnt ('erste Schicht') und an dem darauffolgenden Samstag um 22:00 Uhr endet ('letzte Schicht').

...

§ 10 UMWANDLUNGSRECHT VON ENTGELT IN FREIZEIT:

...

§ 10.2 ... Ein Freizeittag ist in seinem Stundenumfang mit dem Regelstundenumfang eines Arbeitstages dieses Arbeitsvertrages identisch. ...

§ 24 NEBENABREDEN ODER VERTRAGSÄNDERUNGEN:

§ 24.1 Die Parteien stellen fest, daß außer den hier getroffenen Abreden keine sonstigen Vereinbarungen bestehen. Vorsorglich heben die Parteien alle bisher zwischen ihnen etwa vereinbarten arbeitsrechtlichen Regelungen auf. Im übrigen sind sie sich einig, daß jede den Arbeitsvertrag betreffende Erklärung (z. B.: Kündigung, Nebenabreden etc.) der Schriftform unterliegt. Dies gilt insbesondere auch für den Fall der Aufhebung der Schriftform.

...

§ 25 SONSTIGE BESTIMMUNGEN:

§ 25.1 Falls einzelne Bestimmungen dieses Vertrages rechtsunwirksam sein sollten, wird hiervon die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Die Parteien vereinbaren für diesen Fall eine Neufassung der entsprechenden Bestimmungen, durch die der mit der rechtsunwirksamen Bestimmung verbundene juristische und wirtschaftliche Zweck erreicht wird bzw. am ehesten erreicht werden kann. Im Zweifel steht dem Arbeitgeber gemäß § 315 BGB ein Bestimmungsrecht zu.

...”

Die Klägerin arbeitete bis zu ihrer Erkrankung im Februar 2003 in einem Zwei-Schicht-System von 7.00 Uhr bis 15.30 Uhr und von 22.00 Uhr bis 7.00 Uhr, jeweils unter Einschluss einer halbstündigen Pause. Die tatsächlich erbrachte wöchentliche Arbeitszeit betrug in der Zeit vom 1. Oktober 2002 bis zum Beginn der Erkrankung im März 2003 durchschnittlich 35,02 Stunden. Als die Klägerin nach ihrer Genesung am 4. April 2003 wieder zur Arbeit erschien, wies die Beklagte ihr einen Arbeitsplatz in einer anderen Abteilung zu und beschäftigte sie nur noch 30 Stunden wöchentlich.

Mit ihrer am 14. April 2003 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 19. April 2003 zugestellten Klage hat die Klägerin geltend gemacht, die Arbeitszeitregelung im Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 2002 sei unwirksam. Sie sei in der Vergangenheit, wie auch alle übrigen Mitarbeiter der Produktion, stets im Rahmen der von der Beklagten festgelegten Schichtzeiten mit einer Arbeitszeit von acht Stunden täglich bzw. 40 Stunden wöchentlich

beschäftigt worden. Daraus ergebe sich, dass die Parteien tatsächlich eine Arbeitszeit von 40 Stunden gewollt hätten.

Die Klägerin hat in der Revision beantragt

festzustellen, dass die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin iSv. § 4 des Arbeitsvertrags vom 1. Oktober 2002 jedenfalls seit dem 19. April 2003 40 Stunden beträgt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, die vertraglich vereinbarte Wochenarbeitszeit sei im maßgeblichen Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 2002 auf 30 Stunden festgelegt. Jede darüber hinausgehende Beschäftigung unterliege ihrem Direktionsrecht, das sie seit April 2003 nicht mehr ausgeübt habe. Sie habe die Klägerin ab April 2003 mit einer Arbeitszeit von 30 Wochenstunden beschäftigt, weil sich die Auftragslage verschlechtert habe. Die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes sei erforderlich gewesen, um die Arbeit der Klägerin besser überwachen zu können, nachdem sich die Klägerin in der Vergangenheit als unzuverlässig erwiesen habe.

Das Arbeitsgericht hat der zunächst auf eine Verurteilung zur Beschäftigung im Umfang von 40 Stunden in der Woche gerichteten Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Entscheidung des Arbeitsgerichts zum Teil abgeändert und unter Klageabweisung im Übrigen die Beklagte verurteilt, die Klägerin 35 Stunden wöchentlich zu beschäftigen. Mit der für beide Parteien zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin nach Antragsänderung in der Revision ihr Klageziel mit einem Feststellungsantrag weiter, während die Beklagte die vollständige Klageabweisung begehrt.

Entscheidungsgründe

Die Revisionen der Klägerin und der Beklagten sind nicht begründet. Die wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin beträgt 35 Stunden. Auf Anforderung der Beklagten hat die Klägerin bis zu 40 Stunden wöchentlich regelmäßig zu arbeiten.

A. Die Revision der Klägerin ist zulässig. Die Klägerin hat ihre Revision in ausreichendem Maße begründet.

I. Die Klägerin macht in der Revision nur noch einen Anspruch auf arbeitsvertragsgemäße Beschäftigung mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden geltend. Ebenso hat das Landesarbeitsgericht die Begründetheit der Klage ausschließlich unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt geprüft. Soweit die Klägerin erstinstanzlich darüber hinaus einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot (§ 612a BGB) sowie den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz geltend gemacht hat, handelt es sich um selbständige Streitgegenstände (vgl. *Senat 17. April 2002 - 5 AZR 400/00 - AP ZPO § 322 Nr. 34, zu II 1 der Gründe*), die in der Revision nicht angefallen sind. Es ist somit unerheblich, dass die Klägerin ihre Revision in dieser Hinsicht nicht besonders begründet hat.

II. Die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erfolgte Antragsänderung ist zulässig. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin im zweiten Rechtszug einen Leistungsantrag gestellt hat. Zwar sind Klage- und Antragsänderungen in der Revisionsinstanz wegen § 559 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nicht mehr möglich. Der Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bildet nicht nur bezüglich des tatsächlichen Vorbringens, sondern auch bezüglich der Anträge der Parteien die Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht (*BAG 27. Januar 2004 - 1 AZR 105/03 - AP ArbGG 1979 § 64 Nr. 35, zu III der Gründe mwN*). Die Erweiterung oder Beschränkung des Antrags und insbesondere der Wechsel vom Leistungs- zum Feststellungsantrag bei unverändertem Sachverhalt stellen aber gem. § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung dar. Eine Antragsbeschränkung ist in der Revisionsinstanz noch zulässig (*BAG 28. Juni 2005 - 1 ABR 25/04 - NZA 2006, 48, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B I 2a der Gründe*). Die Klägerin konnte deshalb in der Revisionsinstanz von dem zunächst erhobenen Leistungsantrag zu einem Feststellungsantrag übergehen.

B. Die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

I. Die Feststellungsklage ist zulässig.

1. Gegenstand der Feststellungsklage ist ein Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. Eine Feststellungsklage muss sich nicht auf das Rechtsverhältnis im Ganzen beziehen, sondern kann auf einzelne daraus entstehende Rechte, Pflichten oder Folgen begrenzt sein (*st. Rspr., vgl. Senat 28. September 2005 - 5 AZR 181/04 -, zu I 2 der Gründe; BAG 13. Februar 2003 - 8 AZR 102/02 - AP BGB § 613a Nr. 245 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 6, zu II 1a der Gründe; 25. Mai 2004 - 3 AZR 123/03 - AP BetrAVG § 1 Überversorgung Nr. 11, zu A der Gründe*). Vorliegend streiten die Parteien über den zeitlichen Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung und damit über eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis.

2. Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO). Sie kann nicht auf den Vorrang der Leistungsklage verwiesen werden. Zwar ist das rechtliche Interesse an der Erhebung einer Feststellungsklage in der Regel zu verneinen, wenn eine Leistungsklage möglich ist. Allerdings kann auch in diesem Fall ein Feststellungsinteresse gegeben sein, wenn das angestrebte Urteil mit seiner lediglich ideellen, der Vollstreckung nicht zugänglichen Wirkung geeignet ist, den Konflikt der Parteien endgültig zu lösen und weitere Prozesse zwischen ihnen zu verhindern (*Senat 28. September 2005 - 5 AZR 181/04 -, zu I 4 der Gründe; BAG 21. Mai 1992 - 6 AZR 187/91 -, zu II 2 der Gründe*). Diese Voraussetzungen liegen hier vor, weil die Parteien allein über den zeitlichen Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung streiten und die Vollstreckbarkeit eines gleichwertigen Leistungsantrags wegen des auch insofern fortbestehenden Weisungsrechts der Beklagten zweifelhaft bliebe.

II. Die Klägerin hat keinen Anspruch, regelmäßig wöchentlich 40 Stunden beschäftigt zu werden. Die Parteien haben eine entsprechende regelmäßige Arbeitszeit nicht ausdrücklich vertraglich vereinbart. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin hat sich auch nicht auf 40 Wochenstunden konkretisiert.

1. Eine Konkretisierung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers im Wege stillschweigender Vertragsergänzung setzt voraus, dass über den bloßen Zeitablauf hinaus Umstände vorliegen, die ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers auf Beibehaltung des bisherigen Leistungsinhalts für die Zukunft begründen (*vgl. Senat 29. September 2004 - 5 AZR 559/03 - AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 111 = EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 5, zu I 2 der Gründe; 30. Oktober 1991 - 5 AZR 6/91 -, zu II 2 der Gründe mwN*). Derartige besondere Umstände sind nicht ersichtlich. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin seit der Geltung des Arbeitsvertrags vom 1. Oktober 2002 bis Ende März 2003 im Durchschnitt lediglich rund 35 Stunden in der Woche gearbeitet.

2. Gegen diese Feststellung des Berufungsgerichts hat die Klägerin keine zulässige Verfahrensrüge erhoben. Das Landesarbeitsgericht durfte die in den von der Klägerin selbst vorgelegten Lohnabrechnungen ausgewiesenen Arbeitszeiten seiner Berechnung zugrunde legen, denn die Klägerin hat nicht konkret dargelegt, inwieweit die darin angegebenen Arbeitsstunden unrichtig seien. Das Festhalten an ihrem pauschalen Vorbringen, ohne Einschränkung in "der hier fraglichen Zeit" acht Stunden im Schichtbetrieb gearbeitet zu haben, hat das Landesarbeitsgericht angesichts dieser Umstände zu Recht als nicht ausreichend substantiiert angesehen. Dass die Klägerin in das Schichtsystem eingebunden war, bedeutet unter Berücksichtigung der abgerechneten Arbeitszeiten nicht, dass die Klägerin in jeder Schicht von Schichtbeginn bis Schichtende acht Stunden für die Beklagte tätig war.

III. Die in § 4.1 Satz 1 des Arbeitsvertrags vorgesehene regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden bestimmt die Arbeitszeit der Klägerin nicht abschließend. Nach § 4.2 Satz 1 ist die Klägerin vielmehr verpflichtet, auf eine Aufforderung der Beklagten mehr als 30 Stunden in der Woche zu arbeiten, wobei ein vertraglicher Anspruch der Klägerin, mehr als 30 Stunden beschäftigt zu werden, nach § 4.1 Satz 2 und § 4.4 Satz 1 des Arbeitsvertrags nicht besteht. Diese Arbeitszeitvereinbarung verstößt zwar entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht gegen § 12 TzBfG, sie ist aber nach § 307 BGB unwirksam.

1. Bei dem Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 2002 handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Vertrag unterliegt deshalb der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Dem steht nicht entgegen, dass das Arbeitsverhältnis bereits vor dem 1. Januar 2002 bestanden hat. Zwar gilt nach Art. 229 § 5 EGBGB das bisherige Recht für Dauerschuldverhältnisse, die bereits vor dem 1. Januar 2002 begründet wurden, bis zum 31. Dezember 2002 weiter. Die §§ 305 ff. BGB sind jedoch auf nach dem 31. Dezember 2001 getroffene Vereinbarungen anzuwenden, die das Schuldverhältnis nachträglich ändern (*BAG 27. November 2003 - 2 AZR 177/03 - AP BGB § 312 Nr. 2, zu B I 1c der Gründe mwN*). Eine solche nachträgliche Änderung ist durch den Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 2002 erfolgt.

2. Die Parteien haben in § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags Arbeit auf Abruf (§ 12 TzBfG) und nicht die Verpflichtung zur Leistung von Überstunden vereinbart. Das ergibt die Auslegung des Arbeitsvertrags.

a) Das Revisionsgericht hat die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen selbständig nach den Grundsätzen der Auslegung von Normen vorzunehmen. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (*Senat 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - AP ArbZG § 6 Nr. 8, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 2b der Gründe; 9. November 2005 - 5 AZR 128/05 - BB 2006, 386, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 2a der Gründe; BGH 21. September 2005 - VIII ZR 284/04 - NJW 2005, 3567, zu II 1a aa der Gründe mwN*). Die Überprüfung der Auslegung von Seiten des Berufungsgerichts ist nicht eingeschränkt (*BAG 18. August 1998 - 1 AZR 589/97 - NZA 1999, 659, zu II 1 der Gründe; 25. September 2002 - 4 AZR 294/01 - BAGE 103, 9, 12, zu II 2a der Gründe mwN*). Die den Vertragsschluss begleitenden Umstände sind gem. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB nicht bei der Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern bei der Prüfung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu berücksichtigen (*ebenso Stoffels AGB-Recht Rn. 363; sowie bereits zum AGBG Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz 9. Aufl. § 5 Rn. 47*).

b) Eine Vereinbarung zur Leistung von Überstunden liegt vor, wenn sich der Arbeitnehmer verpflichtet, bei einem vorübergehenden zusätzlichen Arbeitsbedarf länger als vertraglich vereinbart zu arbeiten. Überstunden werden wegen bestimmter besonderer Umstände vorübergehend zusätzlich geleistet (*Senat 21. November 2001 - 5 AZR 296/00 - BAGE 100, 25, 30 f., zu II 3b cc der Gründe*). Besteht dagegen für den Arbeitnehmer eine selbständige, nicht auf Unregelmäßigkeit oder Dringlichkeit beschränkte Verpflichtung, auf Anforderung des Arbeitgebers zu arbeiten, handelt es sich um Arbeit auf Abruf iSv. § 12 TzBfG (*vgl. Arnold in Arnold/Gräfl Praxiskommentar zum TzBfG § 12 Rn. 23; Jacobs in Annuß/Thüsing TzBfG § 12 Rn. 11; Boewer TzBfG § 12 Rn. 21; Preis Der Arbeitsvertrag 2. Aufl. II A 90 Rn. 101; Lindemann Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen nach der Schuldrechtsreform S. 266*).

c) Die Parteien haben in § 4.2 des Arbeitsvertrags Arbeit auf Abruf vereinbart. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vereinbarung. Die Klägerin hat auf eine Aufforderung der Beklagten mehr als 30 Stunden in der Woche zu arbeiten. Der Gesamtzusammenhang der vertraglichen Arbeitszeitregelung bestätigt die Wortlautauslegung. Die Beklagte teilt nach § 4.2 Satz 2 die Arbeit "je nach Arbeitsanfall" eine Woche vorher ein. Damit wird erkennbar die für Arbeit auf Abruf geltende Ankündigungsfrist des § 12 Abs. 2 TzBfG berücksichtigt. Nach § 4.3 des Arbeitsvertrags ist die Klägerin verpflichtet, "gelegentlich auch nachts, an Sonn- und Feiertagen und über vierzig Stunden" in der Woche zu arbeiten. Aus dem Zusatz "gelegentlich" ergibt sich, dass von dieser Klausel ein vorübergehender Arbeitsbedarf erfasst werden soll. Demgegenüber betrifft die in § 4.2 umschriebene Arbeitsverpflichtung gerade nicht eine auf Grund besonderer, unvorhergesehener Umstände vorübergehend zu erbringende Arbeitsleistung. Vielmehr geht es, wie die Ankündigungsfrist von einer Woche zeigt, darum, einen plan- und vorhersehbaren, jedoch unter Umständen schwankenden Personalbedarf der Beklagten zu decken. Für Arbeit, die nach § 4.2 auf Anforderung der Beklagten geleistet wird, erhält die Klägerin nach § 4.2 Satz 3 des Arbeitsvertrags

bis zur 40. Stunde die reguläre Stundenvergütung. Demgegenüber können die nach § 4.3 erbrachten Arbeitsleistungen - wie bei Überstunden verbreitet vorgesehen - vom Arbeitgeber durch Freizeit abgegolten werden. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Arbeit nach § 4.3 Satz 2 des Arbeitsvertrags schriftlich durch den Arbeitgeber genehmigt oder auf ausdrückliche Anweisung des Arbeitgebers geleistet werden muss. Dies entspricht den Anforderungen an vergütungspflichtige Überstunden (vgl. *Senat 3. November 2004 - 5 AZR 648/03 - AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 49, zu III 1 der Gründe; 17. April 2002 - 5 AZR 644/00 - AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 40 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 148, zu II 3 der Gründe*).

3. Die in § 4.2 des Arbeitsvertrags geregelte Arbeitspflicht auf Anforderung der Beklagten verstößt nicht gegen § 12 Abs. 1 TzBfG.

a) Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Merkmal der Arbeit auf Abruf ist nach dieser Legaldefinition das Recht des Arbeitgebers, entsprechend dem Arbeitsanfall Lage und Dauer der Arbeit bestimmen zu können (vgl. *Arnold in Arnold/Gräfl Praxiskommentar zum TzBfG § 12 Rn. 16*).

b) Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG muss die Vereinbarung über die Abrufarbeit eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Hieraus wird im Schrifttum hergeleitet, § 12 Abs. 1 TzBfG stehe in Teilzeitarbeitsverhältnissen Vereinbarungen entgegen, die dem Arbeitgeber das Recht einräumen, die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit einseitig festzulegen. Dies gelte auch dann, wenn eine Mindestarbeitszeit vertraglich vereinbart sei (vgl. *Jacobs in Annuß/Thüsing TzBfG § 12 Rn. 24; Boewer TzBfG § 12 Rn. 24; Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol TZA 2. Aufl. § 12 TzBfG Rn. 63; Lindemann S. 256; Meinel/Heyn/Herms TzBfG 2. Aufl. § 12 Rn. 29; ErfK/Preis 6. Aufl. § 12 TzBfG Rn. 23; HWK/Schmalenberg § 12 TzBfG Rn. 7; MünchArbR/Schüren Ergänzungsbd. 2. Aufl. § 166 Rn. 20; Sievers TzBfG § 12 Rn. 15; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR 6. Aufl. § 12 TzBfG Rn. 14*).

c) Diese Auslegung des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG ist vom Wortlaut des Gesetzes nicht geboten. Sie berücksichtigt nicht den gesetzlichen Gesamtzusammenhang und den Zweck der Regelung.

aa) Soweit § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG bei der Vereinbarung von Abrufarbeit die Festlegung einer bestimmten Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit fordert, kann dies auch eine Mindestdauer sein. Auch das ist eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit. Dass § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nur die Festlegung einer Mindestdauer der wöchentlichen und der täglichen Arbeitszeit fordert, legt vielmehr § 12 Abs. 1 Satz 3 und 4 TzBfG nahe. Dort sind die Folgen fehlender Vereinbarungen über die Dauer der wöchentlichen und der täglichen Arbeitszeit geregelt. Die Dauer der gesetzlich fingierten Arbeitszeit soll einen Mindestschutz der Arbeitnehmer gewährleisten. Dieser Zweck der gesetzlichen Fiktion trifft auf den Grundtatbestand des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG in gleicher Weise zu. Durch die Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses überhaupt nicht zur Arbeitsleistung heranzieht (so die Gesetzesbegründung zu dem durch § 12 TzBfG abgelösten § 4 BeschFG 1985, vgl. *BT-Drucks. 10/3206 S. 30*).

bb) Nur bei einer vereinbarten Mindestdauer der wöchentlichen und der täglichen Arbeitszeit macht die nach § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG zulässige Vereinbarung von Arbeit auf Abruf überhaupt Sinn. Denn die mit der Arbeit auf Abruf bezweckte Flexibilisierung der Arbeitszeit kann nur erreicht werden, wenn hinsichtlich der Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit keine starren gesetzlichen Vorgaben bestehen. Die im Schrifttum vertretene Auslegung des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG führt demgegenüber zu einem "Aus" der Arbeit auf Abruf (*Busch NZA 2001, 593*). Die vom Gesetz bezweckte Flexibilisierung der Arbeit ist hierdurch ausgeschlossen, weil die nach § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG zulässige Abrufarbeit nicht sinnvoll praktiziert werden kann.

cc) Die vom Schrifttum vertretene Auslegung des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG mag vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und der damit eingeführten AGB-Kontrolle gerechtfertigt gewesen sein, um einen angemessenen Schutz Teilzeitbeschäftigter zu gewährleisten

(vgl. die Gesetzesbegründung zu § 4 BeschFG 1985 BT-Drucks. 10/3206 S. 30 f.; sowie Boewer TzBfG § 12 Rn. 7 f.; Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol TZA 2. Aufl. § 12 TzBfG Rn. 63; Meinel/Heyn/Herms TzBfG 2. Aufl. § 12 Rn. 29) . Der Schutz des Arbeitnehmers vor einer unangemessenen Verlagerung des Beschäftigungsrisikos zu seinen Lasten rechtfertigt jedoch seit der zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Änderung des BGB nicht mehr die Annahme, Arbeit auf Abruf sei gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nur im Rahmen einer vertraglich vereinbarten festen Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit zulässig.

4. Die Inhaltskontrolle vom Arbeitgeber vorformulierter arbeitsvertraglicher Regelungen, die eine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festlegen und den Arbeitnehmer darüber hinaus verpflichten, auf entsprechende Anweisung des Arbeitgebers weitere Arbeit zu leisten, richtet sich nach §§ 305 ff. BGB.

a) In einer Entscheidung vom 12. Dezember 1984 hat das Bundesarbeitsgericht angenommen, eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, die bei arbeitszeitabhängiger Vergütung den Arbeitgeber berechtige, die festgelegte Arbeitszeit später einseitig nach Bedarf zu reduzieren, stelle eine objektive Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts (§ 2 KSchG, § 622 Abs. 1 und Abs. 5 BGB) dar und sei daher nach § 134 BGB nichtig (- 7 AZR 509/83 - BAGE 47, 314, 319 ff., zu II der Gründe) . Mit In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 1. Januar 2002 erfolgt die Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers jedoch nicht mehr nach diesen Grundsätzen. Maßgeblich sind vielmehr die §§ 305 ff. BGB (vgl. Senat 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - AP BGB § 308 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B I 6 der Gründe; BAG 27. Juli 2005 - 7 AZR 486/04 - NZA 2006, 40 auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen zu B II 1d bb der Gründe) .

b) Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB gelten die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308, 309 BGB nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Rechtsvorschriften iSd. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind nicht nur die Gesetzesbestimmungen selbst, sondern die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, dh. auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die auf Grund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten (BGH 14. Oktober 1997 - XI ZR 167/96 - BGHZ 137, 27, 29 f., zu I 2a der Gründe; 10. Dezember 1992 - I ZR 186/90 - BGHZ 121, 13, 18, zu II 6b der Gründe) . Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Verwender das Recht einräumen, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren, unterliegen einer Inhaltskontrolle. Sie weichen von dem allgemeinen Grundsatz pacta sunt servanda (Verträge sind einzuhalten) ab. Der Vertrag und die sich aus ihm ergebenden Verpflichtungen sind für jede Seite bindend (Senat 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - AP BGB § 308 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B I 4a der Gründe) .

c) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Von maßgeblicher Bedeutung ist insoweit, ob die dispositive gesetzliche Regelung nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, sondern eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellt (BGH 9. Mai 1996 - III ZR 209/95 - NJW-RR 1996, 1009, zu III 1 der Gründe; MünchKommBGB/Basedow 4. Aufl. § 307 Rn. 56) .

5. Die in § 4.2 des Arbeitsvertrags vom 1. Oktober 2002 getroffene Regelung der Arbeit auf Abruf weicht von Rechtsvorschriften ab und unterliegt deshalb gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Mit dem der Beklagten in § 4.2 des Arbeitsvertrags eingeräumten Recht, die in § 4.1 Satz 1 vereinbarte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von

30 Stunden einseitig auf bis zu 40 Stunden verlängern zu können, wird ein Teil des die Beklagte nach § 615 BGB treffenden Wirtschaftsrisikos auf die Klägerin verlagert.

a) Nach § 615 BGB trägt der Arbeitgeber grundsätzlich das Risiko, den Arbeitnehmer nicht beschäftigen zu können. Kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen Auftragsmangels nicht beschäftigen, wird er nicht von seiner Gegenleistungspflicht befreit. Der Arbeitgeber bleibt vielmehr zur Entgeltzahlung verpflichtet (vgl. *BAG 23. Juni 1994 - 6 AZR 853/93 - BAGE 77, 123, 125, zu I der Gründe*; *MünchKommBGB/Henssler 4. Aufl. § 615 Rn. 91*; *HWK/Krause § 615 BGB Rn. 112*; *ErfK/Preis 6. Aufl. § 615 BGB Rn. 127*; *Staudinger/Richardi BGB 13. Aufl. [2005] § 615 Rn. 178*). Durch die in § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags vereinbarte Arbeit auf Abruf hat die Beklagte abweichend von diesem Rechtsgrundsatz einen Teil ihres Wirtschaftsrisikos auf die Klägerin verlagert. Die Beklagte ist nach § 4.1 Satz 1 nur verpflichtet, die Klägerin 30 Stunden in der Woche zu beschäftigen und auch nur in diesem Umfang zu vergüten. Soweit die Beklagte einen weitergehenden Arbeitsbedarf hat, kann sie jedoch die Klägerin anweisen, bis zu 40 Stunden in der Woche zu arbeiten. Die Klägerin ist dann nach § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet, ohne ihrerseits einen Anspruch auf Beschäftigung über 30 Wochenstunden hinaus zu haben (§ 4.1 Satz 2 und § 4.4 Satz 1 des Arbeitsvertrags). Die Verlagerung des Wirtschaftsrisikos auf die Klägerin zeigt sich hier deutlich in der Absenkung der Arbeitszeit der Klägerin ab April 2003 auf 30 Wochenstunden, die von der Beklagten mit der verschlechterten Auftragslage begründet wurde.

b) Der Annahme einer von Rechtsvorschriften abweichenden vertraglichen Vereinbarung steht nicht entgegen, dass § 12 Abs. 1 TzBfG die Arbeit auf Abruf erlaubt. § 12 TzBfG regelt die Abrufarbeit nur dem Grunde nach. Zum Umfang der einseitig vom Arbeitgeber abrufbaren Arbeitszeit verhält sich diese Vorschrift nicht.

6. Die in § 4.2 des Arbeitsvertrags vereinbarte Abrufarbeit ist nicht nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Die Klausel unterfällt nicht dem Schutzbereich dieser Bestimmung. Diese Regelung betrifft Klauseln, in denen sich der Verwender das Recht vorbehält, die versprochene Leistung zu ändern (*MünchKommBGB/Basedow 4. Aufl. § 308 Nr. 4 Rn. 4*). Das sind insbesondere Änderungsvorbehalte, die sich bei unveränderter Arbeitspflicht des Arbeitnehmers auf die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers beziehen (*ErfK/Preis 6. Aufl. §§ 305 - 310 BGB Rn. 53*). Das umstrittene Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten betrifft jedoch nicht ihre Leistungspflicht, sondern den Umfang der Arbeitspflicht der Klägerin.

7. § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags weicht von wesentlichen Grundgedanken der in § 615 BGB geregelten Verteilung des Wirtschaftsrisikos ab (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Jedoch führt nicht jede Abweichung von einer gesetzlichen Regelung ohne weiteres zur Unwirksamkeit der Klausel. Eine Klausel ist gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nur dann unwirksam, wenn es sich um eine Abweichung handelt, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (*BGH 28. Januar 2003 - XI ZR 156/02 - BGHZ 153, 344, 349, zu II 2a der Gründe*).

a) Die Frage, ob eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders vorliegt, ist auf der Grundlage einer umfassenden Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten zu beantworten. Hierbei ist das Interesse des Verwenders an der Aufrechterhaltung der Klausel mit dem Interesse des Vertragspartners an der Ersetzung der Klausel durch das dispositive Recht (§ 306 Abs. 2 BGB) abzuwägen (vgl. *MünchKommBGB/Basedow 4. Aufl. § 307 Rn. 31*). Bei der Beurteilung der Unangemessenheit ist grundsätzlich ein genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen (*BAG 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8, 22, zu B III 2 der Gründe*). Da der Arbeitnehmer Verbraucher iSv. § 310 Abs. 3 BGB ist (*Senat 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - AP BGB § 310 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 3, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu V 1 der Gründe*), sind allerdings gem. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (*Senat 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - AP ArbZG § 6 Nr. 8, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 3c der Gründe*).

b) Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse an einer gewissen Flexibilität der Arbeitsbedingungen. Die Erbringung von Arbeit in starren Arbeitszeitrastern ist heute kaum noch möglich. Kurzfristige Auftragsschwankungen erfordern flexible Arbeitszeitsysteme. Zahlreiche Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen enthalten bereits seit längerer Zeit bedarfsorientierte Arbeitszeitregelungen. Bei einem Dauerschuldverhältnis wie dem Arbeitsverhältnis muss der Arbeitgeber die Möglichkeit haben, auf unterschiedlichen Arbeitsanfall rasch und angemessen reagieren zu können. Das Kündigungsrecht ist hierzu nicht geeignet, weil betriebsbedingte (Änderungs-)Kündigungen einen dauerhaften Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten voraussetzen (vgl. BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - BAGE 109, 40, 42, zu B I I der Gründe) . Hinzu kommen häufig lange Kündigungsfristen, die einer kurzfristigen Änderung der Arbeitszeit entgegenstehen (dazu BAG 12. April 2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118) . Der Verweis auf die Änderungskündigung ist aber auch unter Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer nicht angemessen, weil hierdurch der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet wird. Die Änderungskündigung führt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig Kündigungsschutzklage erhebt (§ 4 KSchG).

c) Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse an einer fest vereinbarten Dauer der Arbeitszeit hat. Hiervon hängt regelmäßig die Höhe des von ihm erzielten Einkommens ab (vgl. BAG 27. Juli 2005 - 7 AZR 486/04 - NZA 2006, 40, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B II 2b bb (1) der Gründe) . Dem Arbeitnehmer wird eine umso größere Planungssicherheit ermöglicht, je weniger variabel der Umfang der Arbeitszeit ausgestaltet ist. Bei festen Arbeitszeiten kann der Arbeitnehmer seine Freizeit planen und prüfen, ob er ggf. ein weiteres Teilzeitarbeitsverhältnis eingehen kann und möchte.

d) Das Interesse des Arbeitgebers an einer Flexibilisierung der Arbeitszeitdauer und das Interesse des Arbeitnehmers an einer festen Regelung der Dauer der Arbeitszeit und der sich daraus ergebenden Arbeitsvergütung sind angemessen zum Ausgleich zu bringen. Hierzu kann auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die der Senat im Urteil vom 12. Januar 2005 (- 5 AZR 364/04 - AP BGB § 308 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) zur Wirksamkeit von Widerrufsvorbehalten aufgestellt hat (ähnlich im Ansatz ErfK/Preis 6. Aufl. §§ 305 - 310 BGB Rn. 54; Reichold RdA 2002, 321, 330 f.; Hanau ZIP 2005, 1661, 1662 ff.) . Danach darf der widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst nicht mehr als 25 - 30 % des Gesamtverdienstes ausmachen. Bei der Festlegung dieses Prozentsatzes hat der Senat berücksichtigt, dass der Arbeitgeber in jenem Fall nicht nur die Gewährung einer übertariflichen Zulage zum Monatsentgelt widerrufen hatte, sondern auch eine Fahrtkostenerstattung. Hierbei handelte es sich nicht um eine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeit, sondern um einen Ersatz von Aufwendungen, die der Arbeitnehmer an sich selbst tragen muss (Senat 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - aaO, zu B I 4d der Gründe) . Bei der Prüfung der Angemessenheit einer Vereinbarung über Arbeit auf Abruf geht es dagegen allein um den Umfang der im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Arbeitspflicht. Das schließt einen über 25 % hinausgehenden Anteil abrufbarer Arbeitsleistung aus. Die vom Arbeitgeber abrufbare über die vereinbarte Mindestarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers darf nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen. Bei einer Vereinbarung über die Verringerung der vereinbarten Arbeitszeit beträgt demzufolge das Volumen 20 % der Arbeitszeit.

Eine solche Regelung berücksichtigt die berechtigten beiderseitigen Interessen in angemessener Weise. Hierdurch wird dem Arbeitgeber ein hohes Maß an Flexibilität eingeräumt. Bei einer Sockelarbeitszeit von 30 Wochenstunden kann er über eine vereinbarte Arbeit auf Abruf die regelmäßige Arbeitszeit in der Woche auf bis zu 37,5 Stunden heraufsetzen. Soweit die Voraussetzungen für die Anordnung von Überstunden vorliegen, kann die Arbeitszeit noch weiter verlängert werden. Die Höchstgrenze von 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit führt aber auch zu einem Schutz der Arbeitnehmer vor Vereinbarungen, die nur eine geringe Mindestarbeitszeit und einen hohen variablen Arbeitszeitanteil vorsehen und so die Planungssicherheit des Arbeitnehmers in unangemessener Weise beeinträchtigen. Je geringer die vereinbarte wöchentliche Mindestarbeitszeit ist, desto geringer ist rechnerisch die einseitig vom

Arbeitgeber abrufbare Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Ist zB eine Mindestarbeitszeit von 15 Wochenstunden vereinbart, beträgt die zusätzlich abrufbare Arbeitsleistung nur 3,75 Stunden. Will der Arbeitgeber ein relativ hohes Maß an Flexibilität, darf er mit dem Arbeitnehmer keine allzu niedrige Mindestarbeitszeit vereinbaren.

e) Die vorliegend vereinbarte Arbeit auf Abruf entspricht nicht diesen Anforderungen. Nach § 4.1 Satz 1 des Arbeitsvertrags sollte die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 30 Stunden betragen. Die in § 4.2 Satz 1 geregelte Verpflichtung der Klägerin, auf Anforderung der Beklagten weitere zehn Stunden in der Woche zu arbeiten, benachteiligt die Klägerin unangemessen (§ 307 Abs. 1 und 2 BGB). Die vereinbarte Arbeit auf Abruf beträgt ausgehend von der festgelegten Mindestarbeitszeitdauer von 30 Stunden in der Woche 33,33 %. Die Klausel ist damit gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

IV. Die Unwirksamkeit von § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags führt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu einer regelmäßigen Arbeitszeit der Klägerin von 30 Stunden in der Woche. Die gebotene ergänzende Vertragsauslegung ergibt vielmehr eine regelmäßige Arbeitszeit von 35 Stunden in der Woche. Die Beklagte kann dabei auf Anforderung von der Klägerin eine Arbeitsleistung von bis zu 40 Wochenstunden verlangen.

1. Die in § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags vereinbarte Arbeit auf Abruf steht in einem untrennbaren Zusammenhang mit der in § 4.1 vereinbarten Arbeitszeit von 30 Wochenstunden. Die Beklagte wollte gerade keine feste Wochenarbeitszeit vereinbaren, sondern ausgehend von einem festen Arbeitszeitsockel Arbeit auf Abruf. Die Unwirksamkeit der Regelung über die Arbeit auf Abruf führt deshalb auch zur Unwirksamkeit der in § 4.1 vereinbarten Mindestarbeitszeit von 30 Wochenstunden. Ebenso ist § 4.4 des Arbeitsvertrags unwirksam, wonach die Klägerin keinen Anspruch gegen die Beklagte hat, mehr als 30 Stunden in der Woche beschäftigt zu werden. Auch diese Klausel steht in einem untrennbaren Zusammenhang mit § 4.2 des Arbeitsvertrags. § 4.4 sichert die Abrufvereinbarung. Die Klausel soll der Beklagten dauerhaft die Möglichkeit zu der in § 4.2 vereinbarten variablen Arbeitszeitgestaltung offen halten. Die Unwirksamkeit des § 4.2 Satz 1 führt damit zur Unwirksamkeit der gesamten davon abhängigen vertraglichen Arbeitszeitregelung.

2. Eine gesetzliche Regelung der Arbeitszeit, die nach § 306 Abs. 2 BGB an die Stelle der vertraglichen Regelung treten könnte, besteht nicht. Ein Rückgriff auf § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG scheidet aus. Die Anwendung der Fiktion einer wöchentlichen Arbeitszeitdauer von zehn Stunden ist nicht interessengerecht. Die Parteien wollten offenkundig eine deutlich längere Mindestarbeitszeit.

3. Die durch die Unwirksamkeit der vereinbarten Arbeitszeitregelung im Arbeitsvertrag entstandene Lücke ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Dies entspricht im Ausgangspunkt auch § 25.1 des Arbeitsvertrags.

a) Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel bedacht hätten (*BAG 26. Juni 1996 - 7 AZR 674/95 - AP BGB § 620 Bedingung Nr. 23 = EzA BGB § 620 Bedingung Nr. 12, zu III 4 der Gründe*). Zur Feststellung des mutmaßlichen Parteiwillens ist die tatsächliche Vertragsdurchführung von erheblicher Bedeutung. Sie gibt Aufschluss über die von den Parteien wirklich gewollte Arbeitszeitdauer (vgl. *Jacobs in Annuß/Thüsing TzBfG § 12 Rn. 27; Boewer TzBfG § 12 Rn. 26 f.; Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol TZA 2. Aufl. § 12 TzBfG 2. Aufl. Rn. 74; Meinel/Heyn/Herms TzBfG 2. Aufl. § 12 Rn. 36; Rudolf NZA 2002, 1012, 1014; MünchArbR/Schüren Ergänzungsbd. 2. Aufl. § 166 Rn. 24; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR 6. Aufl. § 12 TzBfG Rn. 17*).

b) Die in § 24.1 des Arbeitsvertrags geregelte sog. doppelte Schriftformklausel steht einer ergänzenden Vertragsauslegung durch das Gericht nicht entgegen. Durch die ergänzende Vertragsauslegung wird der Vertrag nicht geändert, sondern bestimmt, was als von Anfang an vereinbarter Vertragsinhalt anzusehen ist (*BGH 3. Juli 1981 - V ZR 100/80 - BGHZ 81, 135, 143 f., zu II 2b der Gründe*).

c) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung lässt bezüglich der festgestellten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit keine Rechtsfehler erkennen. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend die Zeit vom Abschluss des letzten Änderungsvertrags bis zur Änderung der Arbeitszeit im April 2003 berücksichtigt, weil dieser Vertrag die rechtlichen Beziehungen der Parteien neu geregelt hat. Anhand der vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen hat das Landesarbeitsgericht bei Außerachtlassung der Arbeitszeit in dem zwischen den Parteien umstrittenen Monat Dezember 2002 eine durchschnittliche Arbeitszeit 35,02 Wochenstunden festgestellt. Diese Arbeitszeit entspricht auch der im Vertrag vom 1. Oktober 2000 vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit. Berücksichtigt man weiter, dass die Vertragsänderung zum 1. Oktober 2002 nach dem Vortrag der Beklagten erfolgt ist, um den Vertrag der Rechtsentwicklung in Gesetzgebung und Rechtsprechung anzupassen, und damit offenbar nicht wirtschaftliche Gründe zu der geänderten Arbeitszeitregelung geführt haben, ist die vom Landesarbeitsgericht durch ergänzende Vertragsauslegung festgestellte regelmäßige Arbeitszeit von 35 Stunden in der Woche nicht zu beanstanden.

d) Das Landesarbeitsgericht hat bei der ergänzenden Vertragsauslegung jedoch nicht berücksichtigt, dass die Beklagte mit der Klägerin nicht eine feste Wochenarbeitszeit vereinbaren wollte, sondern Arbeit auf Abruf. Da diese Vereinbarung entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts dem Grunde nach zulässig ist, muss sie auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung Beachtung finden. Ausgehend von einer Mindestarbeitszeit von 35 Wochenstunden besteht deshalb eine Verpflichtung der Klägerin, auf Anforderung der Beklagten bis zu 40 Stunden in der Woche zu arbeiten. Die damit vereinbarte Spanne von fünf Stunden entsprechend 14,3 % hält sich im zulässigen Rahmen.

C. Die Revision der Beklagten ist gleichfalls nicht begründet, wie sich aus den Gründen zu B... ergibt. Die Revision ist mit der danach notwendigen Maßgabe zurückzuweisen.

D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO.

Unterschriften

Müller-Glöge, Mikosch, Linck, Kremser, Wolf

Fundstellen

Haufe-Index 1493539

BB 2006, 829

DB 2006, 897

DStR 2006, 1420

NJW 2006, 1373

NWB 2006, 3311

EBE/BAG 2006, 1

NZA 2006, 423

ZTR 2006, 328

AuA 2006, 366

MDR 2006, 1050