

**3 Sa 30/14**  
43 Ca 4213/13  
(ArbG München)

Verkündet am: 26.06.2014

Gapp  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

A.  
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.

C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.  
D-Straße, D-Stadt

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juni 2014 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Eulers und die ehrenamtlichen Richter Müller und Mugler

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 23.10.2013 - 43 Ca 4213/13 - abgeändert und wie folgt gefasst:
  1. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit dem Widerruf vom 21.03.2013 rechtsunwirksam ist.
  2. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit dem Widerruf vom 27.05.2013 rechtsunwirksam ist.
  3. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für die Monate Mai, Juni und Juli 2013 1.052,54 € brutto zu zahlen.
- II. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
- III. Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte durch Ausübung eines ihr vorbehaltenen Widerrufs die individuelle regelmäßige Wochenarbeitszeit des Klägers auf die betriebsübliche Arbeitszeit reduzieren kann sowie über die sich bei Unwirksamkeit des Widerrufs ergebenden Vergütungsdifferenzansprüche des Klägers.

Der Kläger ist seit 01.02.2012 bei der Beklagten, die Softwaresysteme im militärischen und zivilen Bereich entwickelt und vertreibt, als Senior-Sicherheitsingenieur im Fachgebiet Bundeswehr des Geschäftsbereichs Logistik Militär/Behörden beschäftigt. Der seitens der Beklagten vorformulierte Arbeitsvertrag vom 09.12.2011 enthält zur Arbeitszeit folgende Regelung:

- „4. Die regelmäßige betriebliche Arbeitszeit beträgt derzeit 36 Stunden ausschließlich der Pausen pro Woche. Die ESG behält sich eine Änderung der betrieblichen Arbeitszeit vor.

...

Sie verpflichten sich, auf Anordnung ggf. auch Über- und Mehrarbeit, sowie Wochenend-, Sonn- und Feiertagsarbeit im gesetzlich zulässigen Rahmen zu leisten.“

Nach Ziffer 14 des Arbeitsvertrages finden auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich die betrieblichen Regelungen der Beklagten – Betriebsvereinbarung, Organisationsrichtlinien, Rundschreiben und Mitteilungen – in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung, soweit dieses Arbeitsverhältnis vom jeweiligen Anwendungsbereich der Regelung erfasst ist.

Ebenfalls unter dem 09.12.2011 fertigte die Beklagte eine „Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag“, die hinsichtlich der Arbeitszeit und Vergütung Folgendes bestimmte:

- „1. Es gilt mit Wirkung vom 01.02.2012 eine individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden.
2. Sie erhalten eine dieser Arbeitszeit entsprechende monatliche Vergütung...
3. Diese individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit kann von beiden Seiten mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende schriftlich widerrufen werden. Sie können den Widerruf erklären, wenn Sie dies aufgrund persönlicher Belange wünschen. Die ESG kann den Widerruf erklären, wenn aus Auslastungsgründen, aufgrund innerbetrieblicher Umstrukturierung oder wegen fehlender Einsatzmöglichkeiten in der konkreten Arbeitsaufgabe eine Anpassung der Arbeitskräfte-Kapazität angezeigt ist.
4. Nach dem Widerruf gilt für Sie die betriebliche Arbeitszeit, verbunden mit einer entsprechenden Gehaltsreduzierung.“

Die Beklagte übersandte dem Kläger sowohl den Arbeitsvertrag wie auch die Zusatzvereinbarung zur Unterschrift.

Am 10.03.2010 veröffentlichte die Beklagte im Intranet unter „Betriebsüblichen Arbeitszeit – Widerrufsfrist bei einzelvertraglicher Verlängerung“, dass eine betriebsübliche Arbeitszeit für Mitarbeiter, für die die Betriebsvereinbarung 1/2007 gelte, von 38 Wochenstunden, für Mitarbeiter, für die die Betriebsvereinbarung 1/2007 nicht gelte, von 36 Wochenstunden bestehe. Durch Einzelvertrag könnten bis zu 40 Wochenstunden vereinbart werden, die beiderseits mit einer Widerrufsfrist von einem Monat zum Monatsende wieder auf die betriebsübliche Arbeitszeit reduziert werden könnten. Durch den an alle Arbeitnehmer gerichteten Intranetaushang vom 08.11.2012 legte die Beklagte für das Jahr 2013 die regelmäßige betriebsübliche Wochenarbeitszeit für „Mitarbeiter/Innen in den Gehaltsgruppen“ auf 36 Stunden pro Woche fest. Darüber hinaus wies sie in diesem Aushang darauf hin, dass abweichende individuelle Stundenmodelle mit mehr oder weniger Wochenstunden bis zu ihrem Widerruf fortgelten würden.

Mit Schreiben vom 31.03.2013, dessen Zugang zwischen den Parteien streitig ist, widerrief die Beklagte zum 30.04.2013 die mit dem Kläger vereinbarte erhöhte Wochenarbeitszeit und teilte ihm mit, dass vom 01.05.2013 an die zurzeit gültige betriebliche Regelarbeitszeit von 36 Stunden/Woche gelte. Weiter hieß es in dem Schreiben:

„Für den Zeitraum bis zum 31.12.2013 wird diese Arbeitszeit vertraglich vereinbart. Die ... (Beklagte) behält sich danach eine Änderung der betrieblichen Arbeitszeit vor.“

Das dem Kläger im April 2013 gezahlte Gehalt i.H.v. 5.162,-- € brutto reduzierte sich entsprechend der geringeren Wochenarbeitszeit um 516,-- € brutto auf 4.656,-- € brutto. Mit Schreiben vom 27.05.2013 erklärte die Beklagte vorsorglich erneut den Widerruf und führte zur Begründung aus, dass im Bereich „OSIMA zivil“ Aufträge fehlten, so dass es dort keine Arbeitsauslastung für den Kläger gäbe. Im Bereich „OSIMA militärisch“ könne der Kläger noch keine eigenverantwortlichen Aufgaben übernehmen. Zudem sei auch dort die Auslastungssituation kritisch.

Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Widerrufe der Beklagten vom 21.03.2013 und 27.05.2013 gewandt und klageerweiternd Zahlung der Differenzvergütung i.H.v. 1.052,54 € brutto für die Monate Mai, Juni und Juli 2013 unter Berücksichtigung von Elternzeit begehrt. Er hat die Auffassung vertreten, dass die Widerrufe Teilkündigungen des Arbeitsvertrages darstellten und unzulässig seien. Arbeitszeit und Gehalt könnten nicht rechtswirksam unter Widerrufsvorbehalt gestellt werden. Darüber hinaus hat der Kläger das Vorliegen der Widerrufsründe bestritten.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, die Vereinbarung eines Widerrufs der individuellen wöchentlichen Arbeitszeit mit der Folge, dass dann die betriebsübliche Arbeitszeit gelte, sei nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Widerruf übertariflicher Leistungen und zur Abrufarbeit wirksam. Es liege keine unangemessene Benachteiligung des Klägers i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB vor. Tatsächlich seien die Widerrufsründe gegeben.

Das Arbeitsgericht München hat die Klage durch Endurteil vom 23.10.2013 – 43 Ca 4213/13 – abgewiesen. Die Widerrufsvereinbarung vom 09.12.2011, mit der eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB vorliege, sei nach §§ 305 ff. BGB wirksam. Eine unangemessene Benachteiligung des Klägers liege nicht vor. Zwar weiche der Widerrufsvorbehalt bezüglich der Arbeitszeit in Nr. 3 der Zusatzvereinbarung vom 09.11.2012 von der gesetzlichen Regelung in § 615 S. 2 BGB ab, weil damit ein Teil des die Beklagte nach § 615 BGB treffenden wirtschaftlichen Risikos, den Kläger nicht beschäftigen zu können, auf ihn verlagert werde. Damit sei jedoch keine gegen Treu und Glauben verstoßende, unangemessene Benachteiligung des Klägers verbunden. Dies folge aus der gebotenen, umfassenden Abwägung der Interessen der Parteien, für die grundsätzlich ein genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab unter Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses anzulegen sei. Auf Seiten der Arbeitgeberin bestehe ein berechtigtes Interesse an einer Flexibilität der Arbeitsbedingungen, die sich aus kurzfristigen Auftragsschwankungen und dem nur vorübergehenden geringeren Bedarf an Arbeitskräften sowie den zum Teil langen Kündigungsfristen ergebe. Auch sei die Änderungskündigung unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers nicht immer angemessen, weil sie zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führe, wenn der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig Kündigungsschutzklage erhebe. Demgegenüber

habe der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse an einer fest vereinbarten Dauer der Arbeitszeit, weil von ihr regelmäßig die Höhe des von ihm erzielten Einkommens abhängt und er eine höhere Planungssicherheit auch im Hinblick auf mögliche weitere Teilzeitarbeitsverhältnisse erhalte. Diese Interessen würden angemessen ausgeglichen werden, wenn die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Widerrufsvorbehalt bei überrariflichen Leistungen und zu Vereinbarungen von Arbeit auf Abruf auch auf den vorliegenden Fall angewandt würden. Danach sei ein Widerrufsvorbehalt zulässig, wenn der widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst nicht mehr als 25 % bis 30 % ausmache. Hierdurch würde einerseits dem Arbeitgeber ein hohes Maß an Flexibilität eingeräumt, andererseits der Arbeitnehmer vor einer zu geringen Arbeitszeit und einem zu hohen variablen Arbeitszeitanteil geschützt werden. Im vorliegenden Fall könne die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 40 Wochenstunden auf die betriebliche Arbeitszeit, die 2013 36 Wochenstunden betragen habe, reduziert werden. Es sei lebensfremd anzunehmen, dass sich die betriebsübliche Arbeitszeit unter 30 Wochenstunden und damit unterhalb der 25 %-Grenze entwickeln könne. Schließlich spreche gegen die Unangemessenheit der Benachteiligung, dass auch zu Gunsten des Klägers bei Vorliegen persönlicher Belange ein Widerrufsvorbehalt vorgesehen sei. Die vertragliche Widerrufsmöglichkeit sei auch nicht nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Die Klausel wahre Transparenz. Die Widerrufsgründe seien „der Richtung nach“ angegeben. Ziffer 4 der Zusatzvereinbarung, wonach bei Widerruf die „betriebliche Arbeitszeit“ gelte, begegne keinen Bedenken, weil die geschuldete Arbeitszeit in Ziffer 4 des Arbeitsvertrages vom 09.12.2011 ausdrücklich festgelegt worden sei. Zwar eröffne Ziffer 14 des Arbeitsvertrages vom 09.12.2011 einen Spielraum, aber die Arbeitsvertragsparteien könnten einer späteren betrieblichen Regelung den Vorrang einräumen. Die Voraussetzungen für einen Widerruf seien gegeben. Die Beklagte habe billiges Ermessen gewahrt. Demnach schulde die Beklagte keine Differenzvergütung für die Monate Mai, Juni und Juli 2013.

Gegen dieses, ihm am 16.12.2013 zugestellte Urteil hat der Kläger am 13.01.2014 Berufung beim Landesarbeitsgericht München eingelegt und am 12.03.2014 begründet, nachdem die Berufungsbegründungsfrist vorab bis zum 17.03.2014 verlängert worden war.

Der Kläger hält an seiner Auffassung fest, dass der Widerrufsvorbehalt in der Zusatzvereinbarung vom 09.12.2011 unwirksam sei. Das Widerrufsrecht zu Gunsten der Beklagten

betreffe den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses, nämlich die festgelegte Arbeitszeit von 40 Wochenstunden, für deren einseitige Abänderung die Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG vorgesehen sei. § 2 KSchG sei nicht abdingbar. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitsvertrag vom 09.12.2011 und die Zusatzvereinbarung vom 09.12.2011 eine materiell-rechtliche Einheit bildeten. Jedenfalls widerspreche der Widerrufsgrund „innerbetriebliche Umstrukturierung“ einer kurzfristigen Schwankung in der Arbeitsauslastung. Die vom Arbeitgeber gewünschte Flexibilität sei mit dem Gleitzeitmodell zu verwirklichen. Der Kläger bestreitet weiterhin das Vorliegen der Widerrufsgründe.

Der Kläger beantragt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 23.10.2013 wird abgeändert.
2. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit dem Widerruf vom 21.03.2013, dem Kläger zugegangen am 02.04.2013, rechtsunwirksam ist.
3. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit dem Widerruf vom 27.05.2013, dem Kläger zugegangen am selben Tag, rechtsunwirksam ist.
4. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für die Monate Mai, Juni und Juli 2013 1.052,54 € brutto zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

und verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts in der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 09.12.2011 sei wirksam. Für die rechtliche Prüfung seien §§ 305 ff. BGB sowie die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Zulässigkeit von Widerrufsvorbehalten bei freiwilligen übertariflichen Leistungen und von Vereinbarungen betreffend Arbeit auf Abruf heranzuziehen. Die danach gebotene

Abwägung der Interessen des Arbeitgebers an der Flexibilisierung der Arbeitszeit und des Arbeitnehmers an Rechtssicherheit und Bestandssicherung werde dann ausgeglichen, wenn der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 % liege und der Tariflohn nicht unterschritten werde. Diese Vorgaben wahre die streitgegenständliche Klausel. Im Arbeitsvertrag sei mit dem Kläger „eine feste Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit von 36 Stunden“ (Schriftsatz der Beklagten vom 06.05.2014, S. 22 unter 6.1) vereinbart. Diese könne die Beklagte durch den streitgegenständlichen Widerruf nicht unterschreiten. Darüber hinaus sei ein widerruflicher Teil von zusätzlich vier Wochenstunden „on top“ vereinbart, der lediglich 11 % der Arbeitszeit des Klägers umfasse. Die vorliegende Konstruktion stelle aufgrund ihrer Verlässlichkeit für den Kläger ein milderes Mittel als das Rechtsinstitut der Arbeit auf Abruf dar. Die regelmäßige tarifliche Arbeitszeit werde gleichfalls gewahrt. Mit der Zurückführung der Arbeitszeit des Klägers auf die betriebliche Normalarbeitszeit habe die Beklagte zudem dem Grundgedanken der Betriebsvereinbarung zur Beschäftigungssicherung 2013 entsprochen. Darüber hinaus sei die Vereinbarung zum Widerrufsvorbehalt auch hinreichend bestimmt und transparent. Die Widerrufsgründe seien angegeben. Der Umfang der widerruflichen Arbeitszeit sei benannt. Der ausgeübte Widerruf sei ermessensgerecht und wirksam, weil er auf den niedergelegten Widerrufsgründen, die im vorliegenden Fall gegeben seien, basiere. Tatsächlich bestehe die dauerhafte Unterauslastung des Klägers fort.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 11.03.2014 (Bl. 234 – 238 d. A.) und vom 18.06.2014 (Bl. 323 – 333 d. A.), der Beklagten vom 06.05.2014 (Bl. 286 – 311 d. A.) und vom 25.06.2014 (Bl. 353 – 365 d. A.) sowie auf das Protokoll der Verhandlung vom 26.06.2014 (Bl. 347 – 352 d. A.) Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung ist zulässig und begründet.

1. Die Berufung ist zulässig. Die nach § 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. b) und c) ArbGG statt-hafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG

i.V.m. 519 ZPO. Sie ist auch fristgemäß begründet worden, §§ 66 Abs. 1 S. 3, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. 520 Abs. 1 und 2 ZPO. Der Kläger hat sich ausreichend mit den Gründen des angefochtenen Urteils auseinandergesetzt, indem er die seitens des Arbeitsgerichts herangezogene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Widerrufsvorbehalt bei übertariflichen Leistungen und zur Vereinbarung von Arbeit auf Abruf nicht für anwendbar hielt, sondern eine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung darin sah, dass die zwingende und vorrangige Regelung des § 2 KSchG umgangen werde.

**2.** Die Berufung ist auch begründet. Die Änderung der Arbeitsbedingungen aufgrund Widerrufs der Beklagten mit Schreiben vom 21.03.2013 und 27.05.2013 ist unwirksam. Die Beklagte war nicht berechtigt, die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit zu widerrufen. Der vertragliche Widerrufsvorbehalt in Ziffer 3 der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 09.12.2011 ist gem. § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam. Dementsprechend hat der Kläger Anspruch auf Zahlung der unstreitigen Vergütungsdifferenz für die Monate Mai, Juni und Juli 2013 in Höhe von 1.052, 54 € brutto.

**a)** Der Widerrufsvorbehalt in Ziffer 3 der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 09.12.2011 unterliegt der Inhaltskontrolle nach §§ 307 – 309 BGB.

**aa)** Es kann dahinstehen, ob es sich bei dem vertraglichen Widerrufsvorbehalt um eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB handelt. §§ 307 – 309 BGB finden jedenfalls gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf diese vertragliche Regelung Anwendung.

Nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB sind §§ 307 – 309 BGB bei Verbraucherverträgen auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann anzuwenden, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und der Verbraucher aufgrund der Vorformulierungen auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Arbeitsverträge sind Verbraucherverträge i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB (statt vieler BVerfG, Beschluss vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06 –, NZA 2007, 85 f. unter 2. b) aa) (1) der Gründe). Danach sind §§ 307 – 309 BGB auf Ziffer 3 der Zusatzvereinbarung vom 09.12.2011 anzuwenden. Bei der Zusatzvereinbarung, mit der die Parteien in Ziffer 3 die Möglichkeit eines Widerrufs der individuellen regelmäßigen

wöchentlichen Arbeitszeit vereinbart haben, handelt es sich um einen Verbrauchervertrag. Der Kläger konnte hierauf keinen Einfluss nehmen, weil die Beklagte ihm den vorformulierten Text lediglich zur Unterschrift zugesandt hat.

**bb)** Darüber hinaus ist die Geltung des § 307 Abs. 1 und 2 sowie der §§ 308 und 309 BGB unter den Voraussetzungen des § 307 Abs. 3 BGB zu bejahen.

Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts in Bezug auf die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit weicht von den Rechtsvorschriften ab, § 307 Abs. 3 BGB. Nach § 611 Abs. 1 BGB ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer im vertraglich vereinbarten Umfang zu beschäftigen und zu vergüten und der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Der vertragliche Widerrufsvorbehalt räumt dem Widerrufenden das Recht ein, die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit auf den Umfang der betriebsüblichen Arbeitszeit zurückzuführen und – in Verbindung mit Ziffer 4 der Zusatzvereinbarung – die Vergütungsansprüche entsprechend zu mindern. Ein Leistungsbestimmungsrecht, das den Widerrufenden berechtigt, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern oder zu modifizieren, unterliegt einer Inhaltskontrolle (vgl. BAG, Urteil vom 21.03.2012 – 5 AZR 651/10 – Rn. 15 mwN, NZA 2012, 616 ff.). Der Satz „pacta sunt servanda“ – Verträge sind einzuhalten – gehört zu den Grundelementen des Vertragsrechts (vgl. BAG, Urteil vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04 –, NZA 2005, 465 ff., unter B. 4. a) der Gründe; ausführlich Urteil vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/14 – Rn. 34, NZA 2006, 423 ff.).

**b)** Die rechtliche Beurteilung des vertraglichen Widerrufsvorbehalts bezüglich der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit richtet sich nach § 307 Abs. 1, 2 BGB. Es liegt kein Änderungsvorbehalt nach § 308 Nr. 4 BGB vor.

Gegenstand der rechtlichen Prüfung nach § 308 Nr. 4 BGB ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen. Damit erfasst § 308 Nr. 4 BGB nur Änderungen von Leistungen des Verwenders – hier der Beklagten –, nicht auch Änderungen der vom anderen Vertragsteil – hier der vom Kläger – versprochenen Leistung (vgl. BAG, Urteil vom 13.06.2007 – 5 AZR 564/06 –, Rn. 31, NZA 2007, 974). Der streitige Widerrufsvorbehalt betrifft den Umfang der Arbeitspflicht

des Klägers (vgl. BAG, Urteil vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04 –, Rn. 39, NZA 2006, 423). Zudem ist der Umfang der Arbeitszeit ein quantitativer Bemessungsfaktor der beiderseitigen Hauptleistungspflichten und keine „Leistung“ (so bereits BAG, Urteil vom 12.12.1984 – 7 AZR 509/83 –, NZA1985, 321, unter II. 3. c) der Gründe). Insofern ist die Auffassung der Beklagten, bei der Vereinbarung der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden handele es sich um eine Leistung „on top“, unzutreffend.

**c)** Ziffer 3 der Zusatzvereinbarung vom 09.12.2011 ist gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

**aa)** Vorformulierte Vertragsbedingungen, auf die der Arbeitnehmer aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss nehmen konnte, sind nach § 307 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 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.

**bb)** Mit dem in Ziffer 3 der Zusatzvereinbarung vom 09.12.2011 vorgesehenen Widerrufsvorbehalt bezüglich der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit liegt eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor.

**(1)** Für diese rechtliche Bewertung kann nicht auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die das Bundesarbeitsgericht im Urteil vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04 – (NZA 2006, 423 ff.) zur Wirksamkeit einer vertraglichen Vereinbarung von Arbeit auf Abruf, die über eine vertragliche Mindestarbeitszeit hinausgeht, aufgestellt hat.

**(a)** Nach dieser Entscheidung ist eine Vereinbarung von Arbeit auf Abruf i.V.m. einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit (sog. Sockelarbeitszeit) nach § 307 Abs. 1 BGB wirksam, wenn der Anteil *weiterer* abrufbarer Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit beträgt oder bei einer Vereinbarung über die *Verringerung* der vereinbarten Arbeitszeit die geringere Arbeitszeit die vereinbarte wöchentliche Mindestarbeitszeit nicht mehr als 20 % unterschreitet (vgl. im

Urteil vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04 – a.a.O., Rn. 44; bestätigt durch BVerfG, Beschluss vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, 85 ff.). Eine solche Regelung berücksichtige die berechtigten beiderseitigen Interessen in angemessener Weise. Hierdurch werde dem Arbeitgeber ein hohes Maß an Flexibilität eingeräumt. Bei einer Sockelarbeitszeit von 30 Wochenstunden könne er über eine vereinbarte Arbeit auf Abruf die Arbeitszeit in der Woche auf bis zu 37,5 Stunden heraufsetzen. Andererseits führe die Höchstgrenze von 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit auch zu einem Schutz des Arbeitnehmers vor Vereinbarungen, die nur eine geringe Mindestarbeitszeit und einen hohen variablen Arbeitszeitanteil vorsehen und so die Planungssicherheit des Arbeitnehmers in unangemessener Weise beeinträchtigen.

**(b)** Im Anschluss an diese Entscheidung vertritt ein Teil der Literatur die Auffassung, dass auch bei einem Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit ein Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses und damit eine objektive Umgehung des zwingenden Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts erst beginnt, wenn sich dadurch das Volumen der Arbeitszeit bis max. 20 % verringere (vgl. Zundel, NJW 2006, 2304, 2306; Hromadka/Schmitt-Rolfes, NJW 2007, 1777, 1783; Hromadka, Festschrift für Dieterich, S. 251, 267, 270, 274; Arnold, Festschrift für Löwisch, S. 1, 13). Es wird angenommen, dass das, was für die Arbeitszeitänderung auf Zeit gelte, auch für die Arbeitszeitänderung auf Dauer gelten müsse. Es sei ein gleitender Übergang von der Abrufarbeit zu einer dauernden Arbeitszeitänderung (so Hromadka/Schmitt-Rolfes, a.a.O.). Die damit im Interesse des Arbeitgebers gewährleistete Flexibilität im Arbeitsverhältnis sei dem Arbeitnehmer noch zumutbar und gegenüber der Flexibilität des Arbeitsverhältnisses, d.h. der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, der Vorrang einzuräumen (s. Hromadka/Schmitt-Rolfes, a.a.O.). Andere vertreten einen vermittelnden Standpunkt und halten Vorbehalts- oder Änderungsklauseln, ohne diese näher zu konkretisieren, dann für wirksam, wenn sie einer Inhaltskontrolle i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nach den Maßstäben der §§ 2, 1 KSchG standhalten (so Reichold in MHdbArbR, 3. Aufl. 2009, § 37, Rn. 92; Preiss/Lindemann, NZA 2006, 632, 635; ErfK/Preiss, 14. Aufl. 2014, §§ 305 – 310 BGB, Rn. 61; Stamm, RdA 2006, 288, 295).

**(c)** Beiden Auffassung ist nicht zu folgen.

Gegenstand der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04 - war eine Vereinbarung über Arbeit auf Abruf, die neben einer vertraglichen Mindestarbeitszeit getroffen worden war und über diese hinausging. Es stand damit eine vertragliche Regelung zur rechtlichen Beurteilung an, die durch den der Gesetzgeber in § 12 Abs. 1 TzBfG „dem Grunde nach“ anerkannt ist (vgl. BAG, Urteil vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04, a.a.O., Rn. 38: „§ 12 TzBfG regelt die Abrufarbeit ... dem Grunde nach.“). Der Sinn und Zweck der vertraglichen wie der gesetzlichen Regelung bestand in der Flexibilisierung der Arbeit (vgl. BAG, Urteil vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04, a.a.O., Rn. 30: „Die vom Gesetz bezweckte Flexibilisierung ... „ und Rn. 42) . Für die rechtliche Wirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB waren (lediglich) die Grenzen der einseitig vom Arbeitgeber abrufbaren Arbeit festzulegen (vgl. BAG, Urteil vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04, a.a.O., Rn. 38: „Zum Umfang der einseitig vom Arbeitgeber abrufbaren Arbeitszeit verhält sich diese Vorschrift nicht.“). Demgegenüber ist mit dem hier streitigen Widerrufsvorbehalt in Bezug auf die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit eine außerhalb des § 12 TzBfG liegende Vertragsgestaltung gegeben, die der widerrufenden Vertragspartei ein Gestaltungsrecht in Bezug auf den Umfang der Arbeitszeit des Klägers einräumt. Nach der gesetzlichen Konzeption des Kündigungsschutzgesetzes ist, soweit eine einvernehmliche Regelung der Vertragsparteien nicht vorliegt, die nachträgliche Reduzierung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber nur im Wege des Ausspruchs einer Änderungskündigung nach §§ 2, 1 KSchG möglich (vgl. ErfK/Oetker, 14. Aufl. 2014, § 2 KSchG, Rn. 56).. § 2 KSchG ist lex specialis im Fall der Änderung der Umstände, die Grundlage des Arbeitsvertrages waren (vgl. BAG, Urteil vom 08.10.2009 – 2 AZR 235/08 – Rn. 32, NZA 2010, 465).

**(2)** Mit der Vereinbarung eines vertraglichen Widerrufsvorbehalts in Bezug auf die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit zu Gunsten der Beklagten aus Auslastungsgründen, aufgrund innerbetrieblicher Umstrukturierung oder wegen fehlender Einsatzmöglichkeiten in der konkreten Arbeitsaufgabe wird der Kläger unangemessen benachteiligt.

**(a)** Die Beklagte ist damit berechtigt, ohne Bindung an Kündigungsgründe und Sozialauswahl, §§ 2, 1 Abs. 1 und 3 KSchG, und ohne Einhaltung von Kündigungsfristen, § 622

BGB, die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit des Klägers auf den Umfang der betriebsüblichen Arbeitszeit, deren jährliche Neufestsetzung sie sich ebenfalls vorbehalten hat, zu reduzieren. Darüber hinaus geht es bei dem Widerrufsgrund der „innerbetriebliche(n) Umstrukturierung“ nicht mehr um eine vorübergehende Anpassung der Arbeitsstunden an einen vorübergehend geringeren Arbeitskräftebedarf und damit um Flexibilisierung, sondern um eine dauerhafte Verkürzung der Arbeitszeit des Klägers.

Mit einem Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit, das wegen der arbeitszeitabhängigen Vergütung auch diese reduziert, liegt ein Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses vor (vgl. KR-Rost/Kreft, 10. Aufl. 2013, § 2 KSchG, Rn. 48; Schöne in Hümmerich/Boecken/Düwell, NomosKomm.Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 611 Rn. 385). Denn zum Kernbereich des Arbeitsverhältnisses gehören nach § 611 Abs. 1 BGB der Bestand des Arbeitsverhältnisses, die vereinbarte Höhe der Vergütung und der zeitliche Umfang der Arbeitspflicht (vgl. BAG, Urteil vom 12.12.1984 – 7 AZR 509/83 –, NZA 1985, 321 f.; KR-Rost/Kreft, a.a.O., Rn. 48). Sie bilden die essentialia des Arbeitsverhältnisses, die dann nicht änderbar sind, wenn „praktisch von einer Beendigung des bisherigen und der Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses gesprochen werden müsste“ (s. KR-Rost/Kreft, a.a.O.). Insoweit unterscheidet sich der hier streitige Widerrufsvorbehalt bezüglich individueller regelmäßiger Wochenarbeitszeit auch vom Widerrufsvorbehalt bei übertariflichen Leistungen. Eine derartige Widerrufsregelung lässt sowohl die Arbeitszeit als auch das übliche Entgelt (in Gestalt des Tariflohns) unberührt (vgl. BAG, Urteil vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04 –, NZA 2005, 465 ff. unter B. 4. c) bb) der Gründe).

Diese Abweichungen stellen eine objektive Umgehung des zwingenden Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts und damit eine Benachteiligung des Klägers dar. § 1 KSchG, auf den § 2 S. 1 KSchG verweist, wirkt zwingend zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers (vgl. BGH, Urteil vom 10.05.2010 – IIZR 70/09 – Rn. 13, NZA 2010, 889 ff.; BAG, Urteil vom 20.06.2013 – 2 AZR 790/11 – Rn. 14, BeckRS 2013, 71024). Gleiches gilt für die Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB, von denen nur in den Ausnahmefällen der § 622 Abs. 4 BGB und 5 BGB eine abweichende Regelung getroffen werden darf.

**(b)** Eine andere rechtliche Beurteilung kann sich nicht aus dem Umstand begründen, dass auch zu Gunsten des Klägers ein vertragliches Widerrufsrecht in Bezug auf die Arbeitszeit bei Vorliegen persönlicher Belange eingeräumt worden ist. Der Arbeitnehmer ist auf den Schutz seines Arbeitsverhältnisses angewiesen und wird auch im Fall der fristgemäßen Kündigung insofern gegenüber dem Arbeitgeber privilegiert, als er zwar an die Einhaltung der Kündigungsfrist, nicht aber an das Vorliegen von Kündigungsgründen gebunden ist.

**d)** Darüber hinaus ist der in Ziffer 3 der Zusatzvereinbarung vom 09.12.2011 vorgesehene Widerruf nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam.

**aa)** Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Deshalb müssen Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen möglichst konkretisiert werden. Der Arbeitnehmer muss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ (vgl. BAG, Urteil vom 12.01.2005, a.a.O., unter B. 5. b) der Gründe).

**bb)** Diesen Anforderungen werden Ziffern 3 und 4 der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 09.12.2011 nicht gerecht.

Nach § 4 der Zusatzvereinbarung gilt im Fall des Widerrufs „die betriebliche Arbeitszeit“. Für diese hat die Beklagte in Ziffer 4 des Arbeitsvertrages vom 09.12.2011 bestimmt, dass sie „*derzeit* 36 Stunden ausschließlich der Pausen pro Woche“ beträgt, sich aber eine Änderung vorbehalten. Tatsächlich hat die Beklagten bis 2013 ausweislich der Veröffentlichungen im Intranet die betriebliche Arbeitszeit jährlich neu festgelegt. Im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung im Dezember 2011 war damit für den Kläger nicht erkennbar, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“ (vgl. BAG, Urteil vom 12.01.2005 – 5 AZR 364/04 – a.a.O.). Darüber hinaus bestanden bei Vertragsschluss im Betrieb der Beklagten unterschiedliche betriebsübliche Arbeitszeiten, nämlich für Mitarbeiter/Innen, für die die Betriebsvereinbarung 1/07 galt, im Umfang von 38 Wochenstunden und für Mitarbeiter/Innen, für die die Betriebsvereinbarung 1/07 nicht galt, im Umfang von 36 Wochenstunden, Intranetveröffentlichung vom 10.03.2010. Es ist weder seitens der Beklagten

vorgetragen worden noch ersichtlich, ob die Betriebsvereinbarung 1/07 auf das Arbeitsverhältnis des Klägers anzuwenden ist oder nicht.

Schließlich ergibt sich die Intransparenz der betriebsüblichen Arbeitszeit aus Ziffer 14 des Arbeitsvertrages vom 09.12.2011, wonach auf das Arbeitsverhältnis als betriebliche Regelungen der Beklagten neben Betriebsvereinbarungen auch Organisationsrichtlinien, Rundschreiben und Mitteilungen aller Art Anwendung finden. Hierin liegt ein einseitiges Vertragsänderungsrecht des Arbeitgebers begründet, das sich auch auf den Umfang der Arbeitspflicht beziehen kann und es damit dem Kläger unmöglich macht, vorherzusehen, welche betriebliche Arbeitszeit im Fall eines Widerrufs der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit gelten würde. Dabei hat das Arbeitsgericht eine Entwicklung der betrieblichen Arbeitszeit auf 30 Stunden für möglich gehalten hat. Nach Auffassung und Erfahrung der Kammer muss dies nicht die untere Grenze darstellen, wie sich bereits in der Vergangenheit für die Automobilbranche gezeigt hat; im Unternehmen eines Herstellers galten lediglich 28,75 Stunden Wochenarbeitszeit.

**e)** Ist der vertragliche Widerrufsvorbehalt in Bezug auf die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit des Klägers nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam, war die Beklagte nicht zum Widerruf berechtigt mit der Folge, dass die Arbeitsbedingungen in Gestalt von Arbeitszeit und Arbeitsvergütung durch die Schreiben vom 21.03.2013 und 27.05.2013 nicht wirksam abgeändert werden konnten. Dementsprechend steht dem Kläger auch der geltend gemachte Vergütungsdifferenzanspruch für die Monate Mai, Juni und Juli 2013 zu, dessen Höhe unstreitig ist, § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. Ziffern 1 und 2 der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 09.12.2011.

### III.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, § 91 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

- 17 -

#### IV.

Die Revision war nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen, weil die Frage der Wirksamkeit eines vertraglichen Widerrufsvorbehalts betreffend Arbeitszeit grundsätzliche Bedeutung hat.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil können die Parteien Revision einlegen.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Dr. Eulers

Müller

Mugler