

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

der P ... GmbH,

- Bevollmächtigte: avocado rechtsanwälte,  
Steinstraße 1-3, 40212 Düsseldorf -

gegen a) das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Dezember 2005 - 5 AZR  
535/04 -,

b) das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 17. September  
2004 - 18 Sa 224/04 -,

c) das Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 7. Januar 2004 - 3 Ca 1224/03

-

hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richter Bryde,  
Eichberger,  
Schluckebier

gemäß § 93 b in Verbindung mit § 93 a BVerfGG in der Fassung der Bekanntma-  
chung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 23. November 2006 einstimmig  
beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

**Gründe:**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Wirksamkeit und Auslegung einer vom Ar- 1  
beitgeber vorformulierten Vereinbarung von Arbeit auf Abruf.

**I.**

1. Die Beschwerdeführerin produziert Leiterplatten im Schichtbetrieb und beschäf- 2  
tigt durchschnittlich 80 Arbeitnehmer. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens ist bei ihr  
seit Juli 1998 als gewerbliche Arbeitnehmerin beschäftigt. Während des Arbeitsver-  
hältnisses vereinbarten die Parteien mehrmals geänderte Bedingungen. In den vor-  
formulierten Arbeitsverträgen der Parteien vom 13. Juli 1998 und vom 1. Oktober  
2000 war jeweils eine wöchentliche Arbeitszeit von "fünfunddreißig Stunden an  
Werktagen" vereinbart.

Am 1. Oktober 2002 schlossen die Parteien einen neuen, von der Beschwerdefüh- 3  
rerin vorformulierten Arbeitsvertrag (künftig: Arbeitsvertrag) mit einer geänderten Ar-

beitszeitvereinbarung. Diese lautet auszugsweise:

§ 4 Arbeitszeit:	4
§ 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. ...	5
§ 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.	6
§ 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.	7
§ 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. ...	8
...	9
§ 25 Sonstige Bestimmungen:	10
§ 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.	11
...	12
Die tatsächlich erbrachte wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin betrug seit dieser Vertragsänderung bis zu einer Erkrankung im Februar 2003 durchschnittlich 35,02 Stunden. Als die Klägerin nach ihrer Genesung Anfang April 2003 wieder zur Arbeit erschien, wies die Beschwerdeführerin ihr einen Arbeitsplatz in einer anderen Abteilung zu und beschäftigte sie nur noch 30 Stunden wöchentlich.	13

2. Die Klägerin machte im Ausgangsverfahren einen Beschäftigungsanspruch von 40 Wochenstunden geltend, weil die Arbeitszeitregelung im Arbeitsvertrag unwirksam sei. Das Arbeitsgericht verurteilte die Beschwerdeführerin am 7. Januar 2004 antragsgemäß zu einer Beschäftigung der Klägerin mit 40 Stunden wöchentlich. Auf die Berufung der Beschwerdeführerin verurteilte das Landesarbeitsgericht die Beschwerdeführerin mit Urteil vom 17. Dezember 2004 nur noch zu einer Beschäftigung von 35 Stunden wöchentlich. 14
3. Das Bundesarbeitsgericht wies die Revisionen beider Parteien mit folgender Maßgabe zurück: Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin im Sinne von § 4 des Arbeitsvertrags betrage 35 Stunden, und die Klägerin sei verpflichtet, auf Anforderung der Beschwerdeführerin bis zu 40 Stunden wöchentlich regelmäßig zu arbeiten. 15
- a) Die im Arbeitsvertrag getroffene Arbeitszeitvereinbarung der Parteien sei nach § 307 BGB unwirksam. 16
- Bei dem Arbeitsvertrag handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Inhaltskontrolle arbeitgeberseits vorformulierter arbeitsvertraglicher Regelungen, die eine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festlegten und den Arbeitnehmer darüber hinaus verpflichteten, auf entsprechende Anweisung des Arbeitgebers weitere Arbeit (auf Abruf) zu leisten, richte sich seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 1. Januar 2002 nicht mehr nach § 134 BGB unter dem Gesichtspunkt objektiver Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts, sondern nach §§ 305 ff. BGB. 17
- Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB gälten die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308, 309 BGB nur für Allgemeine Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart würden. Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB seien auch die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, somit auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die aufgrund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten (vgl. BGHZ 121, 13 <18>; 137, 27 <29 f.>). Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Verwender das Recht einräumten, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren, unterlägen einer Inhaltskontrolle. Sie wichen von dem allgemeinen Grundsatz pacta sunt servanda ab. 18
- Die Frage, ob eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliege, sei auf der Grundlage einer umfassenden Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten zu beantworten. Hierbei sei 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. Bei der Beurteilung der Unangemessen- 19

heit sei grundsätzlich ein genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen. Da der Arbeitnehmer Verbraucher im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB sei, seien allerdings bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB).

Mit dem der Beschwerdeführerin 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, werde ein Teil des die Beschwerdeführerin nach § 615 BGB treffenden Wirtschaftsrisikos auf die Klägerin verlagert. Insoweit seien folgende Interessen der Vertragspartner abzuwägen: 20

Der Arbeitgeber habe ein berechtigtes Interesse an einer gewissen Flexibilität der Arbeitsbedingungen. Die Erbringung von Arbeit in starren Arbeitszeitrastern sei heute kaum noch möglich. Der Arbeitgeber müsse die Möglichkeit haben, auf unterschiedlichen Arbeitsanfall rasch und angemessen reagieren zu können. Das Kündigungsrecht sei hierzu nicht geeignet, weil betriebsbedingte (Änderungs-)Kündigungen einen dauerhaften Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten voraussetzten und häufig lange Kündigungsfristen bestünden. 21

Andererseits habe der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse an einer fest vereinbarten Dauer der Arbeitszeit. Hiervon hänge regelmäßig die Höhe des von ihm erzielten Einkommens ab. Dem Arbeitnehmer werde eine umso größere Planungssicherheit ermöglicht, je weniger variabel der Umfang der Arbeitszeit ausgestaltet sei. Bei festen Arbeitszeiten könne der Arbeitnehmer seine Freizeit planen und prüfen, ob er gegebenenfalls ein weiteres Teilzeitarbeitsverhältnis eingehen könne und wolle. 22

Das Interesse des Arbeitgebers an einer Flexibilisierung und das Interesse des Arbeitnehmers an einer festen Regelung der Arbeitszeitdauer sowie der sich daraus ergebenden Arbeitsvergütung seien angemessen zum Ausgleich zu bringen. Die vom Arbeitgeber abrufbare, über die vereinbarte Mindestarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dürfe nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen. Eine solche Regelung räume dem Arbeitgeber ein hohes Maß an Flexibilität ein. Bei einer Sockelarbeitszeit von 30 Wochenstunden könne 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 vorlägen, könne die Arbeitszeit noch weiter verlängert werden. 23

Die vorliegend vereinbarte Arbeit auf Abruf entspreche diesen Anforderungen nicht. Die in § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags geregelte Verpflichtung der Klägerin, auf Anforderung der Beschwerdeführerin weitere zehn Stunden in der Woche zu arbeiten, benachteilige die Klägerin unangemessen (§ 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Die vereinbarte Arbeit auf Abruf betrage ausgehend von der festgelegten Mindestarbeitszeitdauer von 30 Stunden in der Woche 33,33 %. Die Klausel sei damit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. 24

b) Auf der Rechtsfolgenseite führe die Unwirksamkeit von § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags über die gebotene ergänzende Vertragsauslegung zu einer regelmäßigen Arbeitszeit von mehr als 30, nämlich 35 Wochenstunden. Die Beschwerdeführerin könne dabei auf Anforderung von der Klägerin eine Arbeitsleistung von bis zu 40 Wochenstunden verlangen. 25

Die in § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags vereinbarte Arbeit auf Abruf stehe in einem untrennbaren Zusammenhang mit der in § 4.1 vereinbarten Arbeitszeit von 30 Wochenstunden. Die Beschwerdeführerin habe gerade keine feste Wochenarbeitszeit vereinbaren wollen, sondern ausgehend von einem festen Arbeitszeitsockel Arbeit auf Abruf. Die Unwirksamkeit der Regelung über die Arbeit auf Abruf führe deshalb auch zur Unwirksamkeit der in § 4.1 des Arbeitsvertrags vereinbarten Mindestarbeitszeit von 30 Wochenstunden. Ebenso sei § 4.4 des Arbeitsvertrags unwirksam, wonach die Klägerin keinen Anspruch gegen die Beschwerdeführerin habe, mehr als 30 Stunden in der Woche beschäftigt zu werden. Auch diese Klausel stehe in einem untrennbaren Zusammenhang mit § 4.2 des Arbeitsvertrags, weil sie die Abrufvereinbarung sichere. Die Klausel solle der Beschwerdeführerin dauerhaft die Möglichkeit zu der in § 4.2 des Arbeitsvertrags vereinbarten variablen Arbeitszeitgestaltung offenhalten. Die Unwirksamkeit des § 4.2 Satz 1 des Arbeitsvertrags führe damit zur Unwirksamkeit der gesamten davon abhängigen vertraglichen Arbeitszeitregelung. 26

Eine gesetzliche Regelung der Arbeitszeit, die nach § 306 Abs. 2 BGB an die Stelle der vertraglichen Regelung treten könnte, bestehe nicht. Ein Rückgriff auf § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG scheide als nicht interessengerecht aus. Beide Parteien hätten offenkundig eine deutlich längere Mindestarbeitszeit als die dort vorgesehenen zehn Wochenstunden gewollt. 27

Die entstandene Lücke sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Dies entspreche im Ausgangspunkt auch § 25.1 des Arbeitsvertrags. 28

Bei der ergänzenden Vertragsauslegung sei 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. Zur Feststellung des mutmaßlichen Parteiwillens sei die tatsächliche Vertragsdurchführung von erheblicher Bedeutung. Sie gebe Aufschluss über die von den Parteien wirklich gewollte Arbeitszeitdauer. 29

Zutreffend habe das Landesarbeitsgericht die Zeit vom Abschluss des letzten Änderungsvertrags, der die rechtlichen Beziehungen der Parteien neu geregelt habe, bis zur Änderung der Arbeitszeit im April 2003 berücksichtigt und eine durchschnittliche Arbeitszeit von 35,02 Wochenstunden ermittelt. Die davon ausgehend festgestellte regelmäßige Arbeitszeit von 35 Wochenstunden entspreche auch der im vorhergehenden Vertrag vom 1. Oktober 2000 vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit. 30

Da die Beschwerdeführerin mit der Klägerin keine feste Wochenarbeitszeit, sondern Arbeit auf Abruf vereinbaren wollen und da eine solche Vereinbarung dem 31

Grunde nach zulässig sei, müsse dieser Wille auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung Beachtung finden. Ausgehend von einer Mindestarbeitszeit von 35 Wochenstunden bestehe deshalb eine Verpflichtung der Klägerin, auf Anforderung der Beschwerdeführerin bis zu 40 Stunden in der Woche zu arbeiten. Die damit vereinbarte Spanne von fünf Stunden entsprechend 14,3 % halte sich im zulässigen Rahmen.

4. Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer Verfassungsbeschwerde die Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG. 32

Eine spezielle Ausprägung der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit sei die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers beim Aushandeln des Inhalts von Arbeitsverträgen. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts missachte diesen Grundsatz durch die vorgenommene Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB. 33

a) Das Bundesarbeitsgericht hätte die Unwirksamkeit der beanstandeten Arbeitszeitregelung schon mangels strukturellen Ungleichgewichts der Parteien nicht feststellen dürfen. Die Klägerin sei zum Zeitpunkt des Abschlusses des letzten Arbeitsvertrags schon Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin gewesen und habe allgemeinen Kündigungsschutz genossen. Nur die Situation eines Arbeitnehmers auf Arbeitssuche könne das typische Ungleichgewicht auslösen. Außerdem seien die Regelungen zur Begrenzung des Beschäftigungsanspruchs im zeitlichen Umfang keine allgemeinen Bedingungen. Sie seien mit jedem der bei der Beschwerdeführerin beschäftigten Arbeitnehmer in unterschiedlicher Höhe getroffen worden. Es handele sich also um einen individuell ausgehandelten Vertragsbestandteil. Der Klägerin wäre es ohne weiteres möglich gewesen, abweichende Vorstellungen zu äußern, was sie nicht getan habe. 34

b) Selbst wenn man aber ein strukturelles Verhandlungsübergewicht der Beschwerdeführerin unterstelle, könne dies nur die Lösung rechtfertigen, die Flexibilisierungsregelung insgesamt für unwirksam zu erklären. 35

Bei der dann gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung dürfe keine Regelung getroffen werden, die die Parteien tatsächlich nicht gewollt hätten. Danach sei es vorliegend ausgeschlossen gewesen, der Klägerin einen Beschäftigungsanspruch von mehr als 30 Wochenstunden zuzusprechen. Über den hypothetischen Willen der Parteien sagten nur die anderweitigen Vereinbarungen im Arbeitsvertrag etwas aus. Diese zeigten, dass es der Beschwerdeführerin vor allem darauf angekommen sei, sich keinesfalls für eine Beschäftigung der Klägerin von mehr als 30 Stunden zu verpflichten, was die Klägerin akzeptiert habe. 36

Der Rückgriff auf die tatsächliche Durchführung der Beschäftigung könne die Auslegung keinesfalls tragen. Denn die Arbeitsleistung sei in diesem Umfang allein deshalb erfolgt, weil die Parteien von der Wirksamkeit der Regelungen ausgegangen seien. Daraus könne sich denklogisch nichts für den quasi umgekehrten Fall ergeben. 37

Anderes gälte allenfalls dann, wenn die Klägerin immer mindestens, nicht nur durchschnittlich 35 Stunden pro Kalenderwoche gearbeitet hätte.

Auch die Regelungen des vorhergehenden Arbeitsvertrags der Parteien könnten das Auslegungsergebnis nicht begründen, weil der nachfolgende Vertrag explizit ausdrücke, dass nun etwas anderes gewollt sei.

38

## II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Annahmenvoraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu, noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der Rechte der Beschwerdeführerin angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg, weil sie unbegründet ist. Das angegriffene Urteil lässt einen Verstoß gegen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Beschwerdeführerin nicht erkennen.

39

1. Zutreffend geht die Beschwerdeführerin allerdings davon aus, dass ihre Vertragsfreiheit im Bereich der Gestaltung von Arbeitsverträgen von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt wird. Zwar wird der grundrechtliche Schutz der Vertragsfreiheit allgemein durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet (vgl. BVerfGE 65, 196 <210>; 74, 129 <151 f.>). Geht es jedoch um die Handlungsfreiheit gerade im Bereich des Berufsrechts, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 Abs. 1 GG gefunden hat, scheidet Art. 2 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab aus (vgl. BVerfGE 68, 193 <223 f.>; 77, 84 <118>; 95, 173 <188>), da Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber anderen Freiheitsrechten subsidiär ist (vgl. BVerfGE 89, 1 <13>). Das gilt insbesondere für den Bereich des Individualarbeitsvertragsrechts (vgl. BVerfGE 57, 139 <158>; BVerfGK 4, 356 <363 f.>).

40

2. Die Tragweite dieses Grundrechts hat das Bundesarbeitsgericht nicht verkannt. Seine Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Auslegung und Inhaltskontrolle von Verträgen ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

41

a) Die Zivilgerichte müssen bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften Bedeutung und Tragweite der von ihren Entscheidungen berührten Grundrechte beachten, damit deren wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 7, 198 <205 ff.>; 95, 28 <37>; 99, 185 <196>). Das verlangt in der Regel eine Abwägung zwischen den widerstreitenden grundrechtlichen Schutzgütern, die im Rahmen der auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften vorzunehmen ist und die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen hat (vgl. BVerfGE 99, 185 <196>; stRspr). Da der Rechtsstreit ungeachtet des grundrechtlichen Einflusses ein privatrechtlicher bleibt und seine Lösung in dem - grundrechtsgeleitet interpretierten - Privatrecht findet, ist das Bundesverfassungsgericht darauf beschränkt nachzuprüfen, ob die Zivilgerichte den Grundrechtseinfluss ausreichend beachtet haben (vgl. BVerfGE 18, 85

42

<92 f.>; 101, 361 <388>). Dagegen ist es nicht seine Sache, den Zivilgerichten vorzugeben, wie sie den Streitfall im Ergebnis zu entscheiden haben (vgl. BVerfGE 94, 1 <9 f.>). Ein Grundrechtsverstoß liegt dann vor, wenn übersehen worden ist, dass bei Auslegung und Anwendung der verfassungsmäßigen Vorschriften des Privatrechts Grundrechte zu beachten waren, wenn der Schutzbereich der zu beachtenden Grundrechte unrichtig oder unvollkommen bestimmt oder ihr Gewicht unrichtig eingeschätzt worden ist, so dass darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen im Rahmen der privatrechtlichen Regelung leidet, und die Entscheidung auf diesem Fehler beruht (vgl. BVerfGE 101, 361 <388>).

b) Nach diesen Maßstäben liegt hier ein Grundrechtsverstoß weder im Hinblick auf die Annahme der Nichtigkeit der Arbeitszeitvereinbarung noch im Hinblick auf die ergänzende Vertragsauslegung vor. 43

aa) Die Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts zur Unvereinbarkeit der Klausel mit § 307 BGB halten der verfassungsrechtlichen Überprüfung stand. 44

(1) Verfassungsrechtlich ist es nicht zu beanstanden, dass das Bundesarbeitsgericht von der Anwendbarkeit der §§ 306, 307 BGB in Verbindung mit § 310 Abs. 3 BGB auf den konkreten Fall ausgegangen ist. Der Einwand, die Beschwerdeführerin habe mit ihren Arbeitnehmern durchweg unterschiedliche Arbeitszeitregelungen getroffen und es wäre der Klägerin ohne weiteres möglich gewesen, anderweitige Vorstellungen zu äußern, kann die Anwendung der §§ 306, 307 BGB nicht verhindern. 45

Gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB finden gegenüber einem Verbraucher - und ein solcher ist nach § 13 BGB der Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrags - die hier interessierenden §§ 306, 307 BGB selbst dann Anwendung, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (vgl. BAG, Urteil vom 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 -, AP BGB § 310 Nr. 1). Eine Einflussnahmemöglichkeit setzt voraus, dass eine reale Möglichkeit besteht, den Vertragsinhalt zur Durchsetzung eigener Interessen zu verändern (vgl. Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006, § 310 Rn. 17). Es ist jedenfalls von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, dass das Bundesarbeitsgericht diese Grundsätze auch auf die Änderung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses angewandt hat und überdies die reale Möglichkeit einer Einflussnahme der Arbeitnehmerin auf die Ausgestaltung der Vertragsänderung im Ergebnis verneint hat. 46

(2) Verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden sind die Erwägungen des Bundesarbeitsgerichts, mit denen es bei einem über 25 % hinausgehenden Anteil abrufbarer Arbeitsleistung eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB angenommen hat. Die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie der Beschwerdeführerin hat das Bundesarbeitsgericht dabei nicht verkannt, sondern hat sie bei der Auslegung und Anwendung der §§ 305 ff. BGB in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise sowohl respektiert als auch begrenzt. 47



(a) Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie basiert darauf, dass freies und eigenverantwortliches Handeln in Beziehung zu Anderen maßgeblich durch das Instrument des Vertrags verwirklicht wird. Die Vertragspartner bestimmen selbst, wie sie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich bringen. Ihr übereinstimmender Wille lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat (vgl. BVerfGE 103, 89 <100>). 48

Soweit jedoch die Privatautonomie ihre regulierende Kraft nicht zu entfalten vermag, weil ein Vertragspartner kraft seines Übergewichts Vertragsbestimmungen einseitig setzen kann, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern (vgl. BVerfGE 98, 365 <395>; 103, 89 <101>). Wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, dass die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden muss, lässt sich der Verfassung nicht unmittelbar entnehmen. Auch lassen sich die Merkmale, an denen etwa erforderliche Schutzvorschriften ansetzen können, nur typisierend erfassen. Dem Gesetzgeber steht dabei ein besonders weiter Beurteilungs- und Gestaltungsraum zur Verfügung. Er muss zwar den konkurrierenden Grundrechtspositionen der Beteiligten ausreichend Rechnung tragen, besitzt aber auch insoweit eine weite Gestaltungsfreiheit (vgl. BVerfGE 81, 242 <255>). 49

(b) Die vom Bundesarbeitsgericht bei der Vertragsinhaltskontrolle angewandten Normen aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat der Gesetzgeber im Rahmen dieses Gestaltungsspielraums geschaffen. Insbesondere im Bereich der Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 BGB) bezwecken sie den Ausgleich eines strukturellen Ungleichgewichts zweier Vertragspartner. Durch die Streichung der Bereichsausnahme des bis zum 31. Dezember 2001 geltenden § 23 Abs. 1 AGBG wollte der Gesetzgeber erreichen, dass das Schutzniveau im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des allgemeinen Zivilrechts zurückbleibt. Auch im Arbeitsrecht bestehe ein Bedürfnis nach richterlicher Kontrolle der einseitig vom Arbeitgeber festgesetzten Arbeitsbedingungen (BTDrucks 14/6857 S. 53 f.). 50

Dass der einzelne Arbeitnehmer sich beim Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit befindet, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt (vgl. BVerfGE 84, 212 <229>; 85, 191 <213>; 92, 365 <395>; 97, 169 <177 ff.>; 98, 365 <395>; BVerfGK 4, 356 <364>). Ebenfalls anerkannt ist, dass im Bereich des Arbeitslebens nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch der Arbeitnehmer unter dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG steht. Vor diesem Hintergrund schützt Art. 12 Abs. 1 GG auch das Interesse des Arbeitnehmers an zumutbaren Arbeitsbedingungen (vgl. BVerfGK 4, 356 <364>). 51

Die von Verfassungs wegen zu berücksichtigende strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers besteht nicht nur bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses sondern auch im bestehenden Arbeitsverhältnis. Sie endet entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht durch das Erreichen des allgemeinen Kündigungs- 52

schutzes (§§ 1, 23 KSchG). Dieser ändert nichts an dem ungleichen wirtschaftlichen Kräfteverhältnis der Arbeitsvertragsparteien. Der einzelne Arbeitnehmer ist typischerweise ungleich stärker auf sein Arbeitsverhältnis angewiesen als der Arbeitgeber auf den einzelnen Arbeitnehmer. Entgegengesetzte Wertungen enthält auch die von der Beschwerdeführerin angeführte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Höhe der Versorgungsanwartschaften von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes bei vorzeitigem Ausscheiden nicht (vgl. BVerfGE 98, 365 <396 f.>).

(c) Den nach diesen Grundsätzen hier gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vorzunehmenden Interessenausgleich hat das Bundesarbeitsgericht im Wege einer sorgfältigen Analyse und Abwägung sowohl der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmerinteressen hergestellt. Die Interessen beider Vertragsparteien wurden angemessen berücksichtigt (zustimmend Bauer/Günther, DB 2006, S. 950 <952>; Preis/Lindemann, NZA 2006, S. 632 <633>). 53

bb) Auch die vom Bundesarbeitsgericht vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung ist jedenfalls von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. 54

(1) Die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge einer grob falschen Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens basiert auf der Grundlage, dass dem Arbeitsvertrag ein klarer Parteiwille zu entnehmen sei, auf keinen Fall eine über 30 Wochenstunden hinausgehende Mindestarbeitszeit zu vereinbaren. Demgegenüber ist die Auslegung des Bundesarbeitsgerichts, dass die Beschwerdeführerin nicht nur eine feste Arbeitszeit vereinbaren wollte, sondern dass es ihr wesentlich auf die Vereinbarung von Arbeit auf Abruf ankam, nachvollziehbar und vertretbar. Die Einführung der Abrufarbeitsklausel durch den streitgegenständlichen Arbeitsvertrag war eine strukturelle Neuerung, während die Herabsetzung der regelmäßigen Arbeitszeit nur eine quantitative Änderung war. 55

(2) Auch die vom Bundesarbeitsgericht konkret vorgenommene Bestimmung der Anteile fester und variabler Arbeitszeit ausgehend von der bisherigen tatsächlichen Durchführung hält der verfassungsrechtlichen Prüfung stand. 56

Dass für die Feststellung des mutmaßlichen Parteiwillens die tatsächliche Vertragsdurchführung von erheblicher Bedeutung ist, ist anerkannt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin war es auch sachgerecht, dass das Bundesarbeitsgericht den durchschnittlich geleisteten Arbeitsumfang der Klägerin zugrunde legte. Die von der Beschwerdeführerin stattdessen erwogene Orientierung an der Untergrenze der geleisteten Wochenstunden hätte die tatsächliche Vertragsdurchführung nicht repräsentativ widerspiegelt. Die von ihr beanstandete Heranziehung der Arbeitszeitregelung des vorhergehenden Arbeitsvertrags geschah nur ergänzend. Vor dem Hintergrund einer nicht erkennbar veränderten Bedarfslage war es deshalb nicht unvertretbar, als Kontrollüberlegung für die Frage, welche Stundenzahl als "regelmäßig" anzusehen sei, auch die Lage vor der letzten Vertragsänderung einzubeziehen. 57

Von einer weiteren Begründung wird nach § 93 d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgese- 58

hen.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar (§ 93 d Abs. 1 Satz 2 BVerfGG).

59

Bryde

Eichberger

Schluckebier

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom  
23. November 2006 - 1 BvR 1909/06**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 23. November 2006 - 1 BvR 1909/06 - Rn. (1 - 59), [http://www.bverfg.de/e/rk20061123\\_1bvr190906.html](http://www.bverfg.de/e/rk20061123_1bvr190906.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2006:rk20061123.1bvr190906