

Bundesarbeitsgericht  
Zehnter Senat

Urteil vom 10. Dezember 2014  
- 10 AZR 63/14 -

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 27. September 2012  
- 19 Ca 144/12 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 15. November 2013  
- 14 Sa 1619/12 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Auslegung eines Prozessvergleichs - Nachtschicht

Bestimmungen:

BGB §§ 133, 157, 315, 615 Satz 1, § 779; GewO § 106 Satz 1; TzBfG § 8

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer (weitgehenden) Parallelsache

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 63/14  
14 Sa 1619/12  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
10. Dezember 2014

## URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und  
Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und  
Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Dezember 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder,

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune sowie die ehrenamtlichen Richter Thiel und Schumann für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 15. November 2013 - 14 Sa 1619/12 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Zahlung von Nachtzuschlägen und Schichtzulagen für die Zeit von Mai 2011 bis August 2012 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten, die Express-Luftfracht befördert, seit dem 1. September 1987 auf Grundlage des mit ihrer Rechtsvorgängerin abgeschlossenen Arbeitsvertrags vom 20. August 1987 und der Zusatzvereinbarung vom 30. Juni 1988 als „Handler“ in der Betriebsstätte am Flughafen Frankfurt am Main beschäftigt. Eine Vereinbarung über die Lage der Arbeitszeit enthalten weder der Vertrag noch die Zusatzvereinbarung. 2

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der von der Beklagten mit dem Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft e. V. abgeschlossene Manteltarifvertrag vom 6. Februar 2004 (MTV) Anwendung. Dieser enthält auszugsweise folgende Regelungen: 3

#### **„§ 7 Zeitzuschläge**

1. Die Mehrarbeitszuschläge werden monatlich akkumuliert und wie folgt vergütet

für die 1. bis 15. Mehrarbeitsstunde im Monat	25 %
ab 16. bis 20. Mehrarbeitsstunde im Monat	50 %
für Arbeit an Sonntagen	125 %
für Arbeit an gesetzlichen Feiertagen	125 %
für Nachtarbeit	33 %

- für Arbeit am Heiligabend oder Silvester ab 125 %  
12.00 Uhr
2. Beim Zusammentreffen mehrerer Zeitzuschläge für eine Arbeitsleistung wird nur der jeweils höchste Zeitzuschlag gezahlt.
  3. Der Berechnung der Zeitzuschläge ist die tatsächliche Vergütung zugrunde zu legen.“

Im Betrieb bestand darüber hinaus eine Betriebsvereinbarung Schichtarbeit vom 25. August 1993 (BV Schichtarbeit), die zum 15. Mai 1997 gekündigt wurde, ohne dass es zum Neuabschluss kam. Diese lautet auszugsweise:

„10. SCHICHT-/ERSCHWERNISZULAGEN

Arbeitnehmer, die nicht zu den unter Punkt 2a.) definierten mitbestimmungsfreien Arbeitszeiten arbeiten, erhalten wie folgt eine Schicht-/Erschwerniszulage:

a.) ...

b.) SCHICHT/NACHTARBEIT

Mitarbeiter, deren Arbeitsbeginn zwischen 20.00 Uhr und 5.00 Uhr liegt, und/oder die an Wochenenden eingeteilt werden, erhalten pauschal eine Erschwerniszulage in Höhe von 150,- DM brutto pro Monat.

c.) ...“

Der Kläger wurde seit dem 1. Juli 1988 in der Abteilung GTS eingesetzt, in der Import-Zollabfertigungen durchgeführt werden. Sendungen, bei denen die für die Abfertigung notwendigen Daten nicht vorab bekannt gegeben worden waren, wurden dabei nach ihrem Eintreffen in der Nachtschicht („post-flight“) abgewickelt; die anderen Sendungen bereits vorher („pre-flight“). Für diese „post-flight“ Abfertigung führte die Beklagte im Jahr 2000 eine sog. Dauernachtschicht ein, in der sie Mitarbeiter beschäftigte, die freiwillig ausschließlich in der Nachtschicht tätig werden wollten. Dazu gehörte auch der Kläger.

Im Februar 2002 bat der Kläger die Beklagte darum, seine Arbeitszeit ab dem 1. Juni 2002 von 40 auf 32 Wochenstunden zu verringern und die Arbeitszeit von montags bis donnerstags möglichst auf 8 bis 10 Stunden in der Nacht (20:00 Uhr bis 06:00 Uhr) zu verteilen, um einen zusammenhängenden

Freizeitblock von Freitag bis Sonntag zu haben. Die Beklagte berief sich hiergegen auf betriebliche Gründe und strebte hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit eine höhere Flexibilität an. In einem daraufhin vom Kläger eingeleiteten Klageverfahren (- 15 Ca 3249/02 -) zur Durchsetzung der von ihm gewünschten Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit schlossen die Parteien vor dem Arbeitsgericht Frankfurt am Main am 4. Dezember 2002 folgenden Vergleich:

- „1. Die Arbeitszeit des Klägers wird ab 01.01.2003 auf 32 Wochenstunden verringert; der Lohn reduziert sich entsprechend.
2. Die tägliche Arbeitszeit variiert je nach betrieblichen Bedürfnissen zwischen 8 und 10 Stunden; die tägliche Mindestarbeitszeit liegt bei 8 Stunden.
3. Der Kläger verbleibt im Dauernachtdienst und verpflichtet sich, im Rahmen des Schichtdienstes auf Anforderung der Beklagten und in Absprache mit den vorgesetzten Managern seine Arbeitskraft in der jeweils geltenden Schichtenteilung zur Verfügung zu stellen.
4. Der Schichtplan soll nach Möglichkeit und vorbehaltlich der jeweiligen Zustimmung des Betriebsrates so erfolgen, dass Freizeitblöcke nicht durch einzelne Arbeitstage unterbrochen werden.
5. Damit ist der vorliegende Rechtsstreit erledigt.
6. Die Kosten werden gegeneinander aufgehoben.“

Der Kläger wurde dementsprechend in der Dauernachtschicht eingesetzt und erhielt Nachtarbeitszuschläge und die Schichtzulage. Ab Juni/Juli 2010 wurde der Flughafen Köln/Bonn im Zuge einer Kapazitätsverlagerung zum Hauptumschlagplatz der Beklagten. Seit diesem Zeitpunkt wird am Flughafen Frankfurt am Main keine „post-flight“ Abfertigung mehr durchgeführt. Die Beklagte löste daraufhin die Dauernachtschicht in der Abteilung GTS auf und setzte den Kläger und die anderen dort beschäftigten Mitarbeiter in der „pre-flight“ Abfertigung im (Tages-)Schichtdienst ein. Bis Ende 2010 leistete die Beklagte Ausgleichszahlungen für entgangene Zuschläge, bis einschließlich Dezember 2011 erhielt der Kläger die monatliche Schichtzulage von 76,69 Euro brutto. Mit Schreiben vom 29. November 2011 verlangte er von der Beklagten unter Hinweis auf die aus seiner Sicht nicht vertragsgemäße Beschäftigung die Zahlung

7

von Zeitzuschlägen in näher bezifferter Höhe. Seit Januar 2012 setzt die Beklagte den Kläger zu festen Arbeitszeiten montags bis freitags von 08:00 Uhr bis 18:00 Uhr ein und zahlt ihm keine Schichtzulage mehr.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe sich in dem Prozessvergleich verpflichtet, ihn dauerhaft in der Nachtschicht einzusetzen. Soweit sie dies nicht getan habe, schulde sie ihm die entgangenen Schichtzulagen und Nachtarbeitszuschläge unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. 8

Der Kläger hat - soweit für die Revision noch von Interesse - beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 14.921,61 Euro brutto nebst Zinsen in näher bestimmter gestaffelter Höhe zu zahlen. 9

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, im Vergleich sei hinsichtlich der Beschäftigung in der Nachtschicht lediglich der damalige Status quo beschrieben worden, ohne eine Änderung der Vertragslage vorzunehmen. Die Lage der Arbeitszeit sei nur insoweit Gegenstand des Verfahrens nach § 8 TzBfG gewesen, als der Kläger eine Verteilung auf vier aufeinanderfolgende Tage habe erreichen wollen. Die Änderung der zeitlichen Lage seiner Arbeitszeit wegen des Wegfalls der Nachtschicht habe die Grenzen billigen Ermessens gewahrt. Jedenfalls habe ihr gemäß § 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG das Recht zugestanden, die Lage der Arbeitszeit des Klägers einseitig zu ändern. 10

Das Arbeitsgericht hat der Klage im noch streitgegenständlichen Umfang stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht insoweit zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 11

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Der Kläger hat für den Streitzeitraum keinen Anspruch auf die Zahlung von Nachtarbeitszuschlägen und Schichtzulagen aus § 615 BGB iVm. § 7 MTV, Ziff. 10 BV Schichtarbeit. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich im Ergebnis als zutreffend. 12

I. Die Klage ist mit den noch anhängigen Anträgen unbegründet. Ansprüche auf Zahlung von Nachtarbeitszuschlägen und Schichtzulagen wegen Annahmeverzugs (§ 615 Satz 1 BGB) sind nicht entstanden. Der Kläger hatte keinen vertraglichen Anspruch auf eine Beschäftigung in der Dauernachtschicht (zu 1.). Die Beklagte durfte ihn in Ausübung ihres Direktionsrechts außerhalb der Nachtschicht einsetzen. Die Grenzen billigen Ermessens (§ 106 GewO, § 315 BGB) hat sie dabei gewahrt (zu 2.). 13

1. Aus den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ergibt sich kein Anspruch des Klägers auf eine dauerhafte Beschäftigung in der Nachtschicht. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ergibt sich ein solcher Anspruch insbesondere nicht aus Ziff. 3 des Prozessvergleichs vom 4. Dezember 2002. 14

a) Die Beklagte ist weder aus dem Arbeitsvertrag vom 20. August 1987 noch aus der Zusatzvereinbarung vom 30. Juni 1988 verpflichtet, den Kläger dauerhaft in der Nachtschicht zu beschäftigen. Beide Vereinbarungen enthalten keine Regelung zur Lage der Arbeitszeit. Nach dem Vortrag der Parteien bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine im Zusammenhang mit der „freiwilligen“ Übernahme der Dauernachtschicht im Jahr 2000 erfolgten ausdrücklichen oder konkludenten Beschränkung des Direktionsrechts. Auch die langjährige Beschäftigung in der Dauernachtschicht führt für sich genommen nicht zu einer entsprechenden Konkretisierung des Arbeitsvertrags. Alleine die Nichtausübung des Direktionsrechts über einen längeren Zeitraum genügt hierfür nicht. Nur beim Hinzutreten besonderer Umstände, aufgrund derer der Arbeitnehmer darauf vertrauen darf, dass er nicht in anderer Weise eingesetzt werden soll, kann 15

es durch konkludentes Verhalten zu einer vertraglichen Beschränkung der Ausübung des Direktionsrechts kommen (*st. Rspr., vgl. zB BAG 17. August 2011 - 10 AZR 202/10 - Rn. 19 mwN*). Solche Umstände hat der Kläger nicht behauptet.

b) Ein Anspruch auf Einsatz in der Dauernachtschicht ergibt sich nicht aus Ziff. 3 des Prozessvergleichs vom 4. Dezember 2002. 16

aa) Der gerichtliche Vergleich beinhaltet nichttypische, individuelle Regelungen, die auf die konkrete Arbeitssituation des Klägers im Jahre 2002 zugeschnitten waren. Der Senat kann offen lassen, ob die Auslegung des materiellrechtlichen Inhalts eines solchen Prozessvergleichs durch das Landesarbeitsgericht der vollen revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt (*so zB BAG 31. Juli 2002 - 10 AZR 513/01 - zu II 3 a der Gründe, BAGE 102, 103; 9. Oktober 1996 - 5 AZR 246/95 - zu 4 der Gründe*) oder ob sie nur darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen, wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen oder eine gebotene Auslegung unterlassen hat (*so zB BAG 21. Januar 2014 - 3 AZR 362/11 - Rn. 55; 15. September 2004 - 4 AZR 9/04 - zu I 1 b bb (1) der Gründe, BAGE 112, 50; vgl. zum Streitstand GMP/Müller-Glöge 8. Aufl. § 73 Rn. 22*). Das Berufungsurteil hält auch einer solchermaßen eingeschränkten Überprüfung nicht stand. 17

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Parteien hätten sich im Prozessvergleich verbindlich mit vertragsändernder Wirkung auf die Beschäftigung des Klägers in der Dauernachtschicht geeinigt. Es hat dies unter anderem damit begründet, es sei nichts dafür ersichtlich, dass der Kläger in einem verfahrensbeendenden Vergleich hinter dem Ergebnis zurückbleibe, welches sich bei einem Obsiegen mit seinem Antrag nach § 8 TzBfG ergeben hätte, nämlich einer Änderung der Verteilung der Arbeitszeit auf der Vertragsebene. 18

(2) Diese Annahme verstößt gegen allgemeine Erfahrungssätze über das Zustandekommen von Prozessvergleichen; auf sie durfte die Auslegung bei der gegebenen Sachlage nicht gestützt werden. Gemäß § 779 BGB gehört zum 19

Wesen des Vergleichs das gegenseitige Nachgeben der Parteien bei einer Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis (Abs. 1) oder die Verwirklichung eines Anspruchs (Abs. 2). Dabei gibt es nach aller Erfahrung gerade im bestehenden Arbeitsverhältnis vielfältige Motive, von einer ursprünglich eingenommenen Rechtsposition im Vergleichswege abzurücken. Diese können rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur sein, aber auch im Bestreben nach einer möglichst harmonischen Fortsetzung des Vertragsverhältnisses begründet sein oder schlicht der als notwendig erkannten Gesichtswahrung des Vertragspartners dienen. Selbst bei (vermeintlich) klarer Rechtslage scheidet daher ein (teilweises) Nachgeben trotz möglichem Obsiegen im Verfahren keinesfalls aus. Wieso das in einem Prozess über die Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG anders sein sollte, begründet das Landesarbeitsgericht nicht. Ebenso wenig benennt es Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger mit der von ihm gewünschten Verteilung der verringerten Arbeitszeit in jedem Fall obsiegt hätte. Aus dem Protokoll der Verhandlung vom 4. Dezember 2002 oder aus dem Vortrag der Parteien im vorliegenden Verfahren ergeben sich jedenfalls keine Anhaltspunkte für eine solche Annahme.

bb) Einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht bedarf es indes gemäß § 563 Abs. 3 ZPO nicht. Der Senat kann vielmehr die Auslegung des Vergleichs selbst vornehmen, da der für die Auslegung maßgebliche Sachverhalt feststeht und weiterer Sachvortrag nicht zu erwarten ist (*vgl. BAG 28. Mai 2014 - 7 ABR 36/12 - Rn. 29; 14. Mai 2013 - 9 AZR 844/11 - Rn. 11, BAGE 145, 107*). Diese führt zu dem Ergebnis, dass Ziff. 3 des Prozessvergleichs die Beschäftigung in der Nachtschicht nicht auf vertraglicher Ebene konstitutiv festlegt. 20

(1) Nach §§ 133, 157 BGB sind Verträge und damit auch Prozessvergleiche so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind jedoch auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Ebenso sind die be- 21

stehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen (*st. Rspr.*, vgl. zB BAG 21. Januar 2014 - 3 AZR 362/11 - Rn. 57 mwN).

(2) Der Wortlaut des Prozessvergleichs spricht deutlich gegen die Annahme, dass Ziff. 3 des Vergleichs konstitutiv wirken sollte. Nach Ziff. 1 des Vergleichs „wird“ die Arbeitszeit des Klägers von Vollzeit auf 32 Wochenstunden bei entsprechender Entgeltreduzierung ab dem 1. Januar 2003 verringert. Diese Regelung schafft zukunftsgerichtet eine neue Vertragslage; dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Gleiches gilt für Ziff. 2 des Vergleichs, in der mit der Formulierung „die tägliche Mindestarbeitszeit liegt bei 8 Stunden“ erstmals die Mindestdauer der einzelnen Schicht vertraglich normiert wird. Demgegenüber heißt es in Ziff. 3, der Kläger „verbleibt im Dauernachtdienst“. Verbleiben kann in diesem Zusammenhang nur iSv. „bleiben“, also „eine Lage nicht verändern, etwas nicht verändern, in seinem augenblicklichen Zustand verharren“, verstanden werden (*Duden Deutsches Universalwörterbuch 5. Aufl. Stichworte „verbleiben“ und „bleiben“*). In dieser Formulierung kommt der Wille der Parteien zur Fortführung bereits bestehender Rechtspflichten zum Ausdruck, nicht jedoch der Entschluss, eine neue (Rechts-)Lage herbeizuführen. Der Wortlaut schließt zwar nicht aus, dass mit der getroffenen Regelung eine bestehende tatsächliche Situation, die fortgeführt wird, auf eine andere rechtliche Grundlage gestellt werden soll. Hierfür bedarf es jedoch deutlicher Anhaltspunkte, die den Schluss auf einen solchen Willen zulassen. Daran fehlt es.

22

(3) Für dieses Verständnis spricht des Weiteren der Umstand, dass in Ziff. 3 eine gegenüber Ziff. 1 und Ziff. 2 des Vergleichs abweichende Formulierung verwendet wurde. Hierfür hätte kein Anlass bestanden, wenn auch mit Ziff. 3 eine konstitutive vertragsändernde Regelung hätte getroffen werden sollen. Der zweite Halbsatz der Ziff. 3, wonach der Kläger sich verpflichtet, im Rahmen der jeweils geltenden Schichteinteilung zu arbeiten, bestärkt entgegen der Auffassung der Revision diesen Befund. Auch dieser Satzteil beschreibt lediglich die für das Arbeitsverhältnis geltende Rechtslage. Die Verknüpfung beider Satzteile durch die Konjunktion „und“ stellt beide Aussagen in einen ein-

23

heitlichen inhaltlichen Kontext, und zwar den der Beschreibung des tatsächlichen und rechtlichen Ist-Zustands.

(4) Aus der Vorgeschichte des Vergleichs und den Umständen seines Zustandekommens ergeben sich keine hinreichend deutlichen Anhaltspunkte, die auf ein anderes gemeinsames Verständnis der Parteien schließen ließen. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Arbeitsvertrag des Klägers keine Beschränkung des Direktionsrechts der Beklagten hinsichtlich der zeitlichen Lage der Arbeitszeit vorsah. Im Jahre 2000 hat sich der Kläger dann auf entsprechende Anfrage der Beklagten freiwillig bereit erklärt, in der Dauernachtschicht tätig zu werden, ohne dass er dies etwa zum Anlass genommen hätte, von der Beklagten die vertragliche Festschreibung eines solchen Einsatzes zu verlangen. Der Einsatz in der Dauernachtschicht stand - wie die Beklagte mehrfach unwidersprochen vorgetragen hat - zwischen den Parteien auch nicht im Streit, als der Kläger im Jahre 2002 seinen Antrag nach § 8 TzBfG stellte. Deshalb bestand auch kein Grund, dies in dem Vergleich festzuschreiben.

24

(5) Der Arbeitnehmer, der einen Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG stellt, hat ein Wahlrecht, ob er ausschließlich die Verringerung der Arbeitszeit (*§ 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG*) beantragt und es dem Arbeitgeber überlässt, die verbleibende Arbeitszeit zu verteilen (*§ 106 Satz 1 GewO*), oder ob er eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit wünscht (*§ 8 Abs. 2 Satz 2 TzBfG*). Der Arbeitnehmer hat es also schon bei der Antragstellung in der Hand, ob er die Frage der Verteilung der reduzierten Arbeitszeit überhaupt aufwirft und wenn ja, in welchem Umfang er insoweit eine Vertragsänderung (und damit eine Beschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers) anstrebt. Zwar ist häufig die Interessenlage auf eine bestimmte konkrete Verteilung gerichtet, zwingend ist dies aber nicht. Gleiches gilt später, also zB im Rahmen der Einigungsverhandlungen nach § 8 Abs. 3 TzBfG oder auch in einem vom Arbeitnehmer eingeleiteten Gerichtsverfahren. Auch wenn er dort zusätzlich zur Verringerung der Arbeitszeit die Festlegung einer bestimmten Arbeitszeitverteilung begehrt, ist er frei, im Rahmen einer vergleichsweisen Einigung hiervon ganz oder teilweise wieder Abstand zu nehmen. § 8 TzBfG gibt zwar einen Anspruch

25

auf die vertragliche Festlegung einer Verteilung der reduzierten Arbeitszeit, erzwingt eine solche jedoch nicht.

(6) Die Interessenlage beider am Vergleichsschluss beteiligten Parteien spricht hier gegen die Annahme einer Festschreibung der Beschäftigung des Klägers in der Dauernachtschicht. Dafür, dass die Beklagte eine solche Beschränkung ihres Direktionsrechts unabhängig von späteren wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen im Bereich der Zollabfertigung vereinbaren wollte, sind keine Gründe vorgetragen worden und auch sonst nicht ersichtlich. Auf Seiten des Klägers mag zwar ein Interesse daran bestanden haben, weiterhin in Nachtschicht zu arbeiten. Hierfür spricht, dass er sich im Jahr 2000 freiwillig zur Verfügung gestellt hat und die Dauernachtschicht ersichtlich finanzielle Vorteile bot. Daraus lässt sich aber noch nicht ohne Weiteres ableiten, dass er seinen vertraglichen Beschäftigungsanspruch dauerhaft - ggf. mit entsprechenden Folgen für die Sozialauswahl im Fall einer Kündigung (*BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 49 mwN, BAGE 123, 1*) - hierauf begrenzen und sich ausschließlich den mit der Nachtschichtarbeit verbundenen Belastungen (*vgl. dazu zB BAG 9. April 2014 - 10 AZR 637/13 -*) aussetzen wollte. Vor diesem Hintergrund spiegelt der geschlossene gerichtliche Vergleich in der hier gefundenen Auslegung einen angemessenen Ausgleich beider Interessen wider.

2. Die Beklagte war befugt, den Kläger ab Juli 2010 außerhalb der Dauernachtschicht einzusetzen. Sie hat hierdurch die Grenzen des Direktionsrechts iSv. § 106 Satz 1 GewO nicht überschritten.

a) Der angeordnete Einsatz des Klägers außerhalb der Dauernachtschicht ist nicht an § 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG zu messen. Dabei kann dahinstehen, ob dem Arbeitgeber dieses Recht auch dann zusteht, wenn eine Einigung über die Verteilung der Arbeitszeit erst im Zuge eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt oder ob der Anwendungsbereich der Norm auf die unmittelbar in § 8 Abs. 3 Satz 2 TzBfG und § 8 Abs. 5 Satz 3 TzBfG angesprochenen Fallgestaltungen beschränkt ist. Jedenfalls greift es nur dann ein, wenn die zu ändernde Verteilung der Arbeitszeit infolge eines Verlangens des Arbeitnehmers einvernehmlich mit vertragsändernder Wirkung festgelegt wurde (*BAG 17. Juli 2007*

- 9 AZR 819/06 - Rn. 26 f.). An einer solchen vertraglichen Festlegung der ausschließlichen Beschäftigung in der Dauernachtschicht fehlt es jedoch, wie unter 1. dargelegt.

b) Grundlage und Maßstab für den von der Beklagten angeordneten Einsatz des Klägers außerhalb der Dauernachtschicht ist deshalb das arbeitgeberseitige Direktionsrecht (§ 106 Satz 1 GewO). Die Beklagte hat bei dessen Ausübung billiges Ermessen (§ 315 Abs. 3 BGB) gewahrt. Hiervon ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend ausgegangen. 29

aa) Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit die Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz festgelegt sind. Fehlt es an einer solchen Festlegung der Lage der Arbeitszeit, ergibt sich der Umfang der arbeitgeberseitigen Weisungsrechte aus § 106 GewO. Die Weisung des Arbeitgebers unterliegt dann einer Ausübungskontrolle gemäß § 106 Satz 1 GewO iVm. § 315 Abs. 3 BGB (BAG 28. August 2013 - 10 AZR 569/12 - Rn. 20 [zur Bestimmung des Arbeitsortes]). 30

bb) Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB) verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Hierzu gehören die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie soziale Lebensverhältnisse wie familiäre Pflichten und Unterhaltsverpflichtungen (st. Rspr., zuletzt zB BAG 28. August 2013 - 10 AZR 569/12 - Rn. 40 mwN). 31

cc) Nach diesen Grundsätzen ist die Ermessensausübung der Beklagten, wie auch das Landesarbeitsgericht im Zusammenhang mit der von ihm vorgenommenen Prüfung der Voraussetzungen des § 8 Abs. 5 TzBfG zu Recht an- 32

genommen hat, nicht zu beanstanden. Der Grund für die Streichung der Dauernachtschicht und die daraus folgende neue zeitliche Lage der Arbeitszeit des Klägers beruht auf einer Kapazitätsverlagerung vom Flughafen Frankfurt am Main zum Flughafen Köln/Bonn. Damit bestand kein Bedarf mehr, die „post-flight“ Abfertigung am Standort Frankfurt am Main in der Nachtschicht durchzuführen und die Beklagte entschloss sich zur Abschaffung der Dauernachtschicht. Dieser unternehmerischen Entscheidung kommt besonderes Gewicht zu (*BAG 28. August 2013 - 10 AZR 569/12 - Rn. 41 f.*). Anhaltspunkte dafür, dass eine Beschäftigung des Klägers in der Dauernachtschicht auch bei Umsetzung des unternehmerischen Konzepts möglich gewesen wäre, sind nicht ersichtlich und vom Kläger nicht hinreichend konkret benannt. Dem betrieblichen Interesse der Beklagten, keine Schichtart aufrechterhalten zu müssen, für die es kein betriebliches Bedürfnis gibt, steht auf Seiten des Klägers (alleine) das Interesse gegenüber, weiterhin die mit der Nachtschichtarbeit verbundenen Zuschläge und Zulagen zu verdienen. Darüber hinausgehende Umstände oder schutzwürdige Belange hat er nicht aufgezeigt. Dabei ist zu beachten, dass die streitgegenständlichen Zuschläge und Zulagen besondere Erschwernisse durch Nacht- und Schichtarbeit ausgleichen sollen und diese Erschwernisse mit dem Wegfall der Nachtschicht ebenfalls entfallen. Insgesamt gesehen überwiegen daher erkennbar die Interessen der Beklagten an der vorgenommenen Weisung.

II. Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

33

Linck

Brune

W. Reinfelder

Thiel

Schumann