

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 18. Juli 2017
- 9 AZR 259/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:180717.U.9AZR259.16.0

I. Arbeitsgericht Paderborn

Urteil vom 12. August 2015
- 4 Ca 504/15 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 10. Dezember 2015
- 18 Sa 1307/15 -

Entscheidungsstichwort:

Aufstockungsverlangen eines teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers

Leitsätze:

1. Berücksichtigt ein Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, trotz dessen Eignung nicht bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes, geht der Anspruch des Arbeitnehmers auf Verlängerung seiner Arbeitszeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB unter, sobald der Arbeitgeber den Arbeitsplatz mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt.

2. Hat der Arbeitgeber den Untergang des Anspruchs des Arbeitnehmers zu vertreten, hat dieser Anspruch auf Schadensersatz (§ 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 281 Abs. 2, § 283 Satz 1 BGB). § 249 Abs. 1 BGB, dem zufolge der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, führt jedoch nicht dazu, dass der Arbeitgeber verpflichtet wird, mit dem Arbeitnehmer die Verlängerung der Arbeitszeit zu vereinbaren. Die Wertung des Gesetzgebers in § 15 Abs. 6 AGG, wonach der Arbeitnehmer selbst bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG grundsätzlich keinen Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg hat, steht einem solchen Anspruch entgegen.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 259/16
18 Sa 1307/15
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Juli 2017

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Juli 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Leitner und Anthonisen für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 10. Dezember 2015 - 18 Sa 1307/15 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf eine Erhöhung ihrer arbeitsvertraglichen Regelarbeitszeit in Anspruch. 1

Die Beklagte beschäftigt die Klägerin seit 1989 als Krankenschwester. 2
Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung die Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR) Anwendung. Die Anlage 5 zu den AVR enthält ua. folgende Regelung:

„§ 1a Teilzeitbeschäftigung

(1) ...

Ist mit einem früher vollbeschäftigten Mitarbeiter auf seinen Wunsch eine nicht befristete Teilzeitbeschäftigung vereinbart worden, soll der Mitarbeiter bei späterer Besetzung eines Vollzeitarbeitsplatzes bei gleicher Eignung im Rahmen der dienstlichen bzw. betrieblichen Möglichkeiten bevorzugt berücksichtigt werden.

...“

Gemäß § 4 des Arbeitsvertrags der Parteien vom 31. Juli 2006 betrug die wöchentliche Regelarbeitszeit der Klägerin vom 1. August bis zum 31. Dezember 2006 25 % der wöchentlichen Regelarbeitszeit einer Vollzeitkraft. 3
Vom 1. Januar 2007 bis zum 31. Mai 2010 war die Klägerin mit 50 % des Beschäftigungsumfangs einer Vollzeitkraft tätig. Unter dem 4. Juni 2010 verständigten sich die Parteien darauf, die regelmäßige Arbeitszeit der Klägerin im Zeitraum vom 1. Juni bis zum 31. Dezember 2010 auf 75 % der Regelarbeits-

zeit einer Vollzeitkraft zu erhöhen. Von Januar bis September 2011 war die Klägerin infolge eines Arbeitsunfalls arbeitsunfähig krank. Mit Bescheid vom 21. April 2011 wurde bei der Klägerin eine Behinderung mit einem Grad von 30 festgestellt. Seit Oktober 2011 wurde sie im Umfang von 50 % der Regelarbeitszeit einer Vollzeitkraft beschäftigt.

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 9. Februar 2015 be- 4
kundete die Klägerin gegenüber der Beklagten unter Hinweis auf § 9 TzBfG ihr Interesse an einer Vollzeitstelle. Zum 1. April 2015 stellte die Beklagte fünf examinierte Krankenschwestern und Krankenpfleger in Vollzeit ein, ohne die Klägerin vorab über freie Stellen informiert zu haben.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, sie habe gemäß § 9 TzBfG An- 5
spruch auf eine Vollzeitstelle. Für die Stellen, die die Beklagte am 1. April 2015 besetzt habe, sei sie sowohl fachlich als auch persönlich geeignet. Seit März 2012 leiste sie durchgängig Überstunden in teilweise beträchtlichem Umfang. Im Übrigen sei es der Beklagten nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB verwehrt, sich auf die Besetzung der Stellen zu berufen. Schließlich sei die Beklagte unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes gehalten, einer Erhöhung der wöchentlichen Regelarbeitszeit zuzustimmen. Dies folge nicht zuletzt aus § 15 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 1 AGG, da die Beklagte sie wegen ihres Alters und ihrer Behinderung diskriminiert habe.

Die Klägerin hat beantragt, 6

1. die Beklagte zu verurteilen, der Erhöhung ihrer Arbeitszeit von 19,5 Stunden pro Woche auf 39 Stunden pro Woche ab dem 1. März 2015 zuzustimmen;
2. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, der Erhöhung ihrer Arbeitszeit von 19,5 Stunden pro Woche auf 29,25 Stunden pro Woche ab dem 1. März 2015 zuzustimmen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage mit der Begründung bean- 7
tragt, die Klägerin sei anders als die zum 1. April 2015 eingestellten Mitarbeiter nicht in der Lage, eigenverantwortlich eine Patientengruppe zu führen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Mit Schreiben vom 16. September 2015 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie werde sie in Erfüllung des erstinstanzlichen Urteils „vorbehaltlich eines höherinstanzlichen Urteils“ ab dem 1. Oktober 2015 mit einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden beschäftigen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin die Klage zurückgenommen, soweit sie mit dem Hauptantrag eine 38,5 Wochenstunden übersteigende Regelarbeitszeit geltend gemacht hat. Hinsichtlich des Zeitraums ab dem 1. Oktober 2016 haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Im Übrigen begehrt die Klägerin mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts.

8

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das klagestattgebende Urteil des Arbeitsgerichts - soweit der Senat über die Klage zu befinden hat - zu Recht abgeändert und die Klage abgewiesen.

9

I. Die Klage ist zulässig. Die Klageanträge, die jeweils auf die Abgabe einer Willenserklärung der Beklagten iSv. § 894 Satz 1 ZPO gerichtet sind (*vgl. hierzu BAG 8. Mai 2007 - 9 AZR 874/06 - Rn. 12, BAGE 122, 235*), genügen den zivilprozessualen Bestimmtheitsanforderungen, wie sie § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO für Klageanträge formuliert. Die beiden im Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag von der Klägerin zur Entscheidung gestellten Leistungsanträge bezeichnen hinreichend deutlich die Arbeitsvertragsparteien, den Zeitpunkt, ab dem die Änderung des Arbeitsvertrags erfolgen soll, und den zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung. Die Art der von der Klägerin geschuldeten Tätigkeit ergibt sich aus dem ansonsten unverändert fortbestehenden Arbeitsvertrag vom

10

31. Juli 2006. Damit hat die Klägerin die für § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichenden essentialia negotii eines Arbeitsvertrags benannt (vgl. BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 24).

- II. Die Klage ist nicht begründet. 11
1. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, das Angebot der Klägerin, die wöchentliche Regelarbeitszeit auf 38,5 Stunden für den Zeitraum vom 1. März 2015 bis zum 30. September 2016 zu erhöhen, anzunehmen. Die Klägerin kann den von ihr erhobenen Anspruch weder mit Erfolg auf § 9 TzBfG noch auf § 1a Abs. 1 Unterabs. 4 der Anlage 5 zu den AVR stützen. Unterstellt man zugunsten der Klägerin, die Beklagte habe ihr Schadensersatz zu leisten, so besteht dieser nicht in der Abgabe einer den Arbeitsvertrag ändernden Willenserklärung. 12
- a) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen, an die § 9 TzBfG den Anspruch auf Vertragsänderung knüpft, im Streitfall nicht vorliegen. Der Beklagten ist die Erfüllung des etwaig bestehenden Anspruchs der Klägerin aus § 9 TzBfG aufgrund der Besetzung der freien Stellen zum 1. April 2015 unmöglich geworden mit der Folge, dass der Anspruch ausgeschlossen ist (§ 275 Abs. 1 BGB). 13
- aa) Nach § 9 TzBfG hat ein Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen. 14
- bb) Das zivilrechtliche Vertragsrecht, wozu auch das Arbeitsvertragsrecht zählt, kennt grundsätzlich keinen Kontrahierungszwang und damit auch keinen Anspruch, das seitens eines Vertragspartners unterbreitete Änderungsangebot anzunehmen (vgl. BAG 21. Februar 2013 - 8 AZR 877/11 - Rn. 43). Eine gesetzliche Ausnahme von diesem Grundsatz findet sich ua. in § 9 TzBfG. Diese 15

Vorschrift begründet unter den dort genannten Voraussetzungen einen einklagbaren Rechtsanspruch des in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmers auf Verlängerung seiner Arbeitszeit durch Vertragsänderung (*vgl. BAG 16. September 2008 - 9 AZR 781/07 - Rn. 45, BAGE 127, 353*).

cc) Die allgemeinen in § 9 TzBfG genannten Anspruchsvoraussetzungen liegen vor. Die Klägerin, deren regelmäßige Wochenarbeitszeit 50 % der tariflichen Arbeitszeit beträgt, ist teilzeitbeschäftigt iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 TzBfG und zeigte der Beklagten spätestens mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 9. Februar 2015 ihren Wunsch nach Verlängerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit an. 16

dd) Es fehlt allerdings an einem „freien Arbeitsplatz“ iSd. § 9 TzBfG. Die Vorschrift des § 9 TzBfG setzt ihrem Tatbestand nach „Beschäftigungskapazitäten“ (*BAG 2. September 2009 - 7 AZR 233/08 - Rn. 38, BAGE 132, 59*) voraus, die nur vorhanden sind, wenn im Betrieb, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt wird, nach dem Willen des Arbeitgebers ein freier Arbeitsplatz zu besetzen ist (*vgl. BAG 8. Mai 2007 - 9 AZR 874/06 - Rn. 20, BAGE 122, 235; vgl. aus neuerer Zeit auch BAG 13. November 2012 - 9 AZR 259/11 - Rn. 29, BAGE 143, 262*). Zum maßgeblichen Zeitpunkt, dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht, gab es im Betrieb der Beklagten keinen freien Arbeitsplatz. 17

(1) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die vor dem 1. April 2015 im Krankenhaus vorhandenen Arbeitsplätze seit der Besetzung mit fünf Arbeitnehmern nicht mehr „frei“ iSd. § 9 TzBfG sind. Besetzt der Arbeitgeber eine freie Stelle endgültig mit einem anderen Arbeitnehmer, geht der Anspruch des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers gemäß § 275 Abs. 1 BGB unter, da dem Arbeitgeber die Erfüllung der aus § 9 TzBfG folgenden Verpflichtung rechtlich unmöglich ist (*vgl. BAG 1. Juni 2011 - 7 ABR 117/09 - Rn. 31; 16. September 2008 - 9 AZR 781/07 - Rn. 43, BAGE 127, 353; vgl. ferner zu SR 2a MTA BAG 14. November 2001 - 7 AZR 568/00 - zu B II 2 b der Gründe, BAGE 99, 326*). Diese Sichtweise entspricht der nahezu einhelligen Meinung in der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte (*vgl. LAG Köln* 18

12. August 2015 - 11 Sa 115/15 - zu II 1 der Gründe; LAG Baden-Württemberg
21. März 2013 - 6 TaBV 9/12 - zu II B 2 a der Gründe; Thüringer LAG
26. Januar 2012 - 6 Sa 393/10 - zu II 1 a der Gründe; LAG Baden-Württemberg
27. Januar 2010 - 12 Sa 44/09 - zu I 2 a der Gründe; LAG Hamm 6. November
2008 - 16 Sa 875/08 -; aA LAG Hamm 25. Februar 2014 - 14 Sa 1174/13 -
zu 4 b bb der Gründe) und im arbeitsrechtlichen Schrifttum (vgl. BeckOK
ArbR/Bayreuther Stand 1. März 2017 TzBfG § 9 Rn. 16; Boewer TzBfG § 9
Rn. 48; Gotthardt NZA 2001, 1183, 1189; Laux in Laux/Schlachter TzBfG
2. Aufl. § 9 Rn. 88, 91; Sievers TzBfG 5. Aufl. § 9 Rn. 25; Leuchten in
Tschöpe Arbeitsrecht 10. Aufl. Teil 3 B Rn. 70; MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl.
§ 9 TzBfG Rn. 14; Küttner/Poeche Personalbuch 2017 Teilzeitbeschäftigung
Rn. 59; ErfK/Preis 17. Aufl. § 9 TzBfG Rn. 13; Schüren AuR 2001, 321, 323;
Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol Das Recht der Teilzeitarbeit
2. Aufl. § 9 TzBfG Rn. 30; Hopfner/Erdmann Praxishandbuch Arbeitsrecht
S. 1399; aA Meinel/Heyn/Herms TzBfG 5. Aufl. § 9 Rn. 34).

(2) Die Beschäftigung der Klägerin vom 1. Oktober bis zum 10. Dezember 19
2015 erfolgte nicht auf einem „freien Arbeitsplatz“ iSd. § 9 TzBfG. Den tatbe-
standlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zufolge, an die der Senat
gebunden ist (§ 559 Abs. 1 ZPO), richtete die Beklagte die Stelle, auf der sie
die Klägerin im genannten Zeitraum beschäftigte, unter Überschreitung des
Stellenplans eigens zum Zwecke der Prozessbeschäftigung ein.

(3) Der Umstand, dass die Klägerin regelmäßig Mehrarbeit in erheblichem 20
Umfang leistete, verhilft der Revision nicht zum Erfolg. § 9 TzBfG knüpft den
Anspruch des Arbeitnehmers an das Vorhandensein eines freien Arbeitsplat-
zes. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber einen
neuen Arbeitsplatz schafft, um das Aufstockungsverlangen des Arbeitnehmers
erfüllen zu können. Insbesondere erlegt das Gesetz dem Arbeitgeber nicht die
Pflicht auf, zur Schaffung eines freien Arbeitsplatzes Überstunden abzubauen
(vgl. Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 43 Rn. 126; Meinel/Heyn/Herms TzBfG
5. Aufl. § 9 Rn. 17; Küttner/Poeche Personalbuch 2017 Teilzeitbeschäftigung
Rn. 59).

- ee) Die von der Revision erhobenen Einwände rechtfertigen es nicht, anderweitig zu entscheiden. 21
- (1) Soweit die Klägerin auf das gesetzgeberische Anliegen verweist, mit Schaffung des TzBfG den Wechsel von einem Teilzeit- in ein Vollzeitarbeitsverhältnis zu erleichtern, übersieht sie, dass das TzBfG den Anspruch des in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmers auf Verlängerung seiner Regelarbeitszeit in § 9 TzBfG nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt. Zu diesen zählt ua. das Vorhandensein eines freien Arbeitsplatzes. Ein darüber hinausgehendes Regelungsvorhaben kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. 22
- (2) Soweit sich die Klägerin zur Begründung ihres Klageverlangens auf eine Entscheidung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts (*25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 27, BAGE 148, 299*) beruft, verkennt sie, dass die Rechtsfrage, über die der Siebte Senat im damaligen Fall zu befinden hatte, nicht den Primäranspruch eines Arbeitnehmers auf Verlängerung der vertraglichen Regelarbeitszeit, sondern allein schadensersatzrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber betraf. 23
- ff) Die Beklagte handelt nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich der Klägerin gegenüber darauf beruft, es fehle an einem freien Arbeitsplatz. Die Beklagte hat die Rechtsposition der Klägerin nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zuwider vereitelt. Dabei kann zugunsten der Klägerin davon ausgegangen werden, dass sie entgegen dem Vorbringen der Beklagten ebenso wie die zum 1. April 2015 eingestellten Beschäftigten in der Lage war, eine Patientengruppe eigenverantwortlich zu führen. 24
- (1) Die unredliche Vereitelung einer gegnerischen Rechtsposition behandelt das Gesetz paradigmatisch in § 162 BGB. Nach § 162 Abs. 1 BGB gilt eine Bedingung als eingetreten, wenn ihr Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird. 25
- (a) Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts zieht diesen Rechtsgedanken heran und verwehrt es - je nach den Umständen des Einzelfalls - einem 26

Arbeitgeber, sich auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im Kündigungszeitpunkt zu berufen, wenn der Arbeitgeber einen freien Arbeitsplatz, auf dem der gekündigte Arbeitnehmer hätte eingesetzt werden können, vor dem Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer mit einem anderen Arbeitnehmer treuwidrig besetzt hat (*vgl. BAG 5. Juni 2008 - 2 AZR 107/07 - Rn. 16 mwN*).

(b) Im Streitfall ist die Interessenlage in zweierlei Hinsicht eine andere. 27
Während der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis den Schutz des KSchG genießt, durch die Besetzung des Arbeitsplatzes den Verlust seines Arbeitsverhältnisses hinnehmen müsste, lässt eine Stellenbesetzung im Falle des § 9 TzBfG den Bestand des Arbeitsverhältnisses unberührt. Des Weiteren müsste der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis gekündigt wurde, den Rechtsverlust ersatzlos hinnehmen. Dies ist im Falle des § 9 TzBfG anders. Verletzt der Arbeitgeber die ihm obliegende Pflicht, bei Vorliegen der in § 9 TzBfG genannten Voraussetzungen einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer bevorzugt zu berücksichtigen, haftet er dem Arbeitnehmer gegenüber nach § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 281 Abs. 2, § 283 Satz 1 BGB auf Schadensersatz (*vgl. BAG 1. Juni 2011 - 7 ABR 117/09 - Rn. 31*). Aus diesen Gründen geht die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zu Recht davon aus, dem Arbeitgeber sei es nicht verwehrt, sich auf die bereits erfolgte Besetzung der Stelle auch dann zu berufen, wenn er diese in Kenntnis des Änderungsverlangens des Arbeitnehmers vorgenommen hat (*vgl. BAG 14. November 2001 - 7 AZR 568/00 - zu B II 2 b aa der Gründe, BAGE 99, 326*).

(2) Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Beklagte 28
die Klägerin trotz deren Verlängerungsverlangens nicht gemäß § 7 Abs. 2 TzBfG darüber informierte, dass zum 1. April 2015 fünf Vollzeitstellen zu besetzen seien. Die Grundsätze, die die Rechtsprechung zu Art. 33 Abs. 2 GG entwickelt hat, sind vorliegend nicht anzuwenden.

(a) Der Anspruch des Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG auf Übertragung 29
einer Stelle im öffentlichen Dienst setzt dem Grundsatz nach voraus, dass diese noch nicht besetzt ist. Überträgt der Dienstherr die begehrte Stelle einem Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer, ist die Stelle nicht mehr verfügbar und der

Erfüllungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG geht im Regelfalle unter. Der unterlegene Bewerber hat - ähnlich wie im Falle des § 9 TzBfG - allenfalls einen Anspruch auf Schadensersatz. Wenn der öffentliche Arbeitgeber den effektiven Rechtsschutz des Bewerbers vereitelt, gilt allerdings eine Ausnahme. In diesem Falle geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dem Arbeitgeber sei es entsprechend dem Rechtsgedanken aus § 162 BGB verwehrt, dem übergangenen Bewerber die anderweitige Stellenbesetzung entgegenzuhalten (*vgl. BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 28, BAGE 155, 29*).

(b) Diese Grundsätze sind auf Fälle wie den vorliegenden, in dem ein privater Arbeitgeber einen Arbeitsplatz besetzt, ohne dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einzuräumen, seinen Anspruch aus § 9 TzBfG im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu sichern, nicht zu übertragen. Während Art. 33 Abs. 2 GG als „grundrechtsgleiches Recht“ (*BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 14, BAGE 155, 29*) ausschließlich den Staat und seine Organe (*vgl. Art. 1 Abs. 3 GG*), nicht aber Privatpersonen bindet, verpflichtet § 9 TzBfG ua. Personen des Privatrechts, die ihrerseits Träger von Grundrechten sind. Zu letzteren zählt auch die für Wirtschaftsunternehmen in Art. 12 Abs. 1 GG verbürgte Vertragsfreiheit (*vgl. BVerfG 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 70, BVerfGE 128, 157*). Die Vorschrift des § 9 TzBfG beschränkt den Arbeitgeber in seiner Vertragsfreiheit, indem sie dem Arbeitnehmer unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen einen Anspruch auf die von ihm gewünschte Vertragsänderung einräumt und so den Arbeitgeber einem Kontrahierungszwang unterwirft (*vgl. BAG 16. September 2008 - 9 AZR 781/07 - Rn. 42, BAGE 127, 353*). Dem Arbeitgeber obliegt es nicht, bei der Besetzung von Stellen besondere verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen und dabei bestimmte Fristen zu beachten, um dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, seinen einfachgesetzlichen Anspruch gegenüber seiner eigenen Grundrechtsposition aus Art. 12 Abs. 1 GG sicherzustellen. Dies gilt umso mehr, als dem Arbeitnehmer in den Fällen, in denen der Arbeitgeber den Untergang des Änderungsanspruchs zu vertreten hat, ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht.

30

- b) Der von der Klägerin gegenüber der Beklagten erhobene Anspruch folgt auch nicht aus § 1a Abs. 1 Unterabs. 4 der Anlage 5 zu den AVR. 31
- aa) Nach § 1a Abs. 1 Unterabs. 4 der Anlage 5 zu den AVR, die kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung finden, soll ein zu einem früheren Zeitpunkt „vollbeschäftigter“ Mitarbeiter, mit dem auf seinen Wunsch eine nicht befristete Teilzeitbeschäftigung vereinbart worden ist, bei der späteren Besetzung eines Vollzeitarbeitsplatzes bei gleicher Eignung im Rahmen der dienstlichen bzw. betrieblichen Möglichkeiten bevorzugt berücksichtigt werden. 32
- bb) Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Das Landesarbeitsgericht hat weder tatbestandlich festgestellt, dass die Klägerin zu einem früheren Zeitpunkt in einem Vollzeitarbeitsverhältnis gestanden hat, noch, dass mit ihr auf ihren Wunsch hin eine nicht befristete Teilzeitvereinbarung geschlossen wurde. 33
- cc) Darüber hinaus fehlt es zum maßgeblichen Zeitpunkt, dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht, an einem „Vollzeitarbeitsplatz“ iSd. § 1a Abs. 1 Unterabs. 4 der Anlage 5 zu den AVR. Ein solcher ist im Betrieb der Beklagten nicht vorhanden, nachdem die Beklagte die zuvor freien Stellen mit Wirkung zum 1. April 2015 endgültig mit anderen Arbeitnehmern besetzt hat. § 1a Abs. 1 Unterabs. 4 der Anlage 5 zu den AVR ist dahin gehend auszulegen, dass der Arbeitnehmer nur dann einen Anspruch auf Verlängerung der vertraglichen Arbeitszeit haben kann, wenn ein freier Arbeitsplatz zu besetzen ist (*vgl. zu den für Arbeitsvertragsrichtlinien der kirchlichen Einrichtungen geltenden Auslegungsgrundsätzen BAG 18. November 2009 - 4 AZR 493/08 - Rn. 29 mwN*). 34
- (1) Zwar stellt die Vorschrift ihrem Wortlaut nach - anders als § 9 TzBfG - nicht auf einen „freien“, sondern lediglich auf einen „Vollzeitarbeitsplatz“ ab. Die Besetzung eines Arbeitsplatzes ist aber nur möglich, wenn er zum Zeitpunkt der Besetzungsentscheidung des Arbeitgebers noch nicht besetzt, dh. frei ist. 35

(2) Der systematische Zusammenhang, in dem § 1a Abs. 1 Unterabs. 4 der Anlage 5 zu den AVR steht, spricht dafür, die Vorschrift in Anlehnung an die gesetzliche Bestimmung des § 9 TzBfG auszulegen. § 1a AVR, der erst nachträglich Aufnahme in die AVR gefunden hat, enthält mehrere Regelungen, die sich eng an die gesetzliche Ausgestaltung des Teilzeitrechts in den §§ 8, 9 TzBfG anlehnen. Hätten die Parteien der AVR hinsichtlich des Anspruchs eines Teilzeitarbeitnehmers auf Erhöhung seiner Regelarbeitszeit wesentlich von der gesetzlichen Regelung in § 9 TzBfG abweichen wollen, liegt es nahe anzunehmen, dass sie einen solchen Regelungswillen deutlich zum Ausdruck gebracht hätten. Dies ist nicht geschehen. 36

c) Die Klägerin kann von der Beklagten nicht mit Erfolg verlangen, ihr Schadensersatz in Form einer Zustimmung zu der angetragenen Vertragsänderung zu leisten. 37

aa) Selbst wenn man zugunsten der Klägerin unterstellt, die Beklagte habe ihr die begehrte Aufstockung des Stundenvolumens aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe verwehrt und sei ihr gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet (§ 15 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 1 AGG), steht dem Anspruch die Bestimmung des § 15 Abs. 6 AGG entgegen. Davon ist das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgegangen. 38

Nach § 15 Abs. 6 AGG hat der Arbeitnehmer bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG grundsätzlich keinen Anspruch auf die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder auf einen beruflichen Aufstieg. Die Vorschrift schließt über ihren Wortlaut hinaus sämtliche Ansprüche aus, die den Abschluss eines Vertrags zum Gegenstand haben (*vgl. Horcher RdA 2014, 93, 98; Meinel/Heyn/Herms AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 102; MüKoBGB/Thüsing 7. Aufl. § 15 AGG Rn. 43; aA ErfK/Schlachter 17. Aufl. § 15 AGG Rn. 21*), insbesondere solche, die - wie vorliegend - auf die Änderung des Arbeitsvertrags im laufenden Arbeitsverhältnis abzielen (*vgl. Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 152*). 39

bb) Auch unter dem Gesichtspunkt eines Schadensersatzanspruchs der Klägerin wegen von der Beklagten verschuldeter Unmöglichkeit ist die Klage nicht begründet. Unabhängig davon, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 281 Abs. 2, § 283 Satz 1 BGB im Verhältnis zwischen den Parteien vorliegen, ist ein Anspruch der Klägerin auf Vertragsänderung ausgeschlossen (§ 15 Abs. 6 AGG entsprechend).

(1) Besetzt ein Arbeitgeber eine freie Stelle iSd. § 9 TzBfG und führt dies zum Untergang des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Vertragsänderung (§ 275 Abs. 1 BGB), hat er dem Arbeitnehmer Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB zu leisten, sofern er das zur Unmöglichkeit führende Verhalten zu vertreten hat (§ 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 281 Abs. 2, § 283 Satz 1 BGB). Der danach zu leistende Schadensersatz richtet sich in einem solchen Falle auf den finanziellen Ausgleich der Nachteile, die der Arbeitnehmer infolge der Stellenbesetzung in kausal-adäquater Weise erleidet (vgl. BAG 16. September 2008 - 9 AZR 781/07 - Rn. 49, BAGE 127, 353). Ein Anspruch auf Vertragsänderung kommt nach § 15 Abs. 6 AGG, der hier entsprechend anzuwenden ist, nicht in Betracht. Die Regelung hat einen doppelten Schutzzweck. Zum einen dient sie dem Schutz der Privatautonomie, indem sie die grundrechtlich garantierte Auswahlfreiheit des Arbeitgebers sicherstellt (vgl. BAG 6. April 2011 - 7 AZR 524/09 - Rn. 34). Zum anderen trägt sie den berechtigten Schutzinteressen des bevorzugten Arbeitnehmers Rechnung (vgl. Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 149). § 15 Abs. 6 AGG enthält insoweit einen allgemeinen Rechtsgedanken, der den Grundsatz der Naturalrestitution über den Bereich des Diskriminierungsschutzes hinaus einschränkt. Denn es kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber bei einem den Arbeitnehmer diskriminierenden Verhalten des Arbeitgebers Schadensersatzansprüche auf die Leistung eines finanziellen Ausgleichs beschränken wollte, dem bei der Auswahl übergangenen Arbeitnehmer aber bei den typischerweise deutlich weniger gewichtigen Verstößen gegen das Berücksichtigungsgebot des § 9 TzBfG einen Schadensersatzanspruch zuerkennen wollte, der den Abschluss eines Vertrags zum Gegenstand hat (vgl. zu einem Schadensersatzanspruch

wegen einer Verletzung des Benachteiligungsverbots des § 612a BGB BAG 21. September 2011 - 7 AZR 150/10 - Rn. 44). Der von § 15 Abs. 6 AGG beabsichtigte Schutz grundrechtlicher Positionen des Arbeitgebers erfordert deshalb in Fällen wie dem vorliegenden eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf sämtliche Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers, die aus einer Verletzung des Anspruchs aus § 9 TzBfG resultieren. Der Arbeitnehmer wird hierdurch nicht schutzlos gestellt, da ihm ein Anspruch auf Schadensersatz in Geld verbleibt.

(2) Soweit die Klägerin auf nicht tragende Ausführungen in einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 25. Juni 2014 (- 7 AZR 847/12 - Rn. 28 ff., BAGE 148, 299) verweist, führt dies nicht zu einem abweichenden Ergebnis. In dem damals entschiedenen Fall verlangte ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber die Verlängerung seines Vertrags mit der Begründung, der Arbeitgeber benachteilige ihn wegen seiner Betriebsratstätigkeit. Der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts nahm in einem obiter dictum an, eine entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 6 AGG sei mit dem mit § 78 Satz 2 BetrVG auch verfolgten Zweck, die Ämterkontinuität des Betriebsrats zu sichern, nicht vereinbar. Der Streitfall liegt anders. Weder stützt die Klägerin, die nicht Mitglied des Betriebsrats ist, ihren Klageanspruch auf § 78 Satz 2 BetrVG noch bezweckt § 9 TzBfG, die Ämterkontinuität eines betriebsverfassungsrechtlichen Gremiums zu sichern. 42

2. Die Klage ist auch hinsichtlich des Hilfsantrags unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte ihr Angebot, die wöchentliche Regelarbeitszeit auf 29,25 Stunden für den Zeitraum vom 1. März 2015 bis zum 30. September 2016 zu erhöhen, annimmt. Eine solche Verpflichtung der Beklagten besteht weder gemäß § 9 TzBfG oder § 1a Abs. 1 Unterabs. 4 der Anlage 5 zu den AVR noch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes. Die Erwägungen unter II 1 gelten entsprechend. 43

III. Das Landesarbeitsgericht hat der Klägerin im Ergebnis zutreffend die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Soweit die Klägerin die Klage zurückgenommen hat, folgt ihre Kostentragungspflicht aus § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. 44

Soweit die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, entspricht die Kostenentscheidung billigem Ermessen (§ 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO), da die Klage von Anfang an nicht begründet war. Im Übrigen hat die Klägerin die Kosten der Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO), was der Senat gesondert auszusprechen hatte.

Brühler

Krasshöfer

Suckow

Leitner

Anthonisen