



(Gollin)
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn L. N., N. str. 37, X.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Assessoren B. M. u. a., Rechtsabteilung des
ver.di-Landesbezirks NRW,
L. str. 123 - 127, E.,

g e g e n

die J. Deutschland GmbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende
Gesellschafterin J. Deutschland Verkaufs-GmbH, vertreten durch den
Geschäftsführer E. C., T. str. 81, X.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter: Handelsverband Nordrhein-Westfalen
Rheinland, L. dorf 35, X.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 13.02.2019
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Gotthardt als Vor-
sitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Schuh und den ehrenamtlichen
Richter Brinkmann

für R e c h t erkannt:

- 1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts
Wuppertal vom 14.08.2018 – 7 Ca 1146/18 – teilweise abgeändert und**

die Beklagte verurteilt, das Angebot des Klägers auf eine Vertragsänderung mit einer monatlichen Arbeitszeit von 83,54 Stunden mit Wirkung vom 01.03.2018 anzunehmen.

- 2. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.**
- 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger und der Beklagten je zur Hälfte auferlegt. Die Kosten erster Instanz werden dem Kläger auferlegt.**
- 4. Die Revision wird für die Beklagte zugelassen. Für den Kläger wird die Revision zugelassen, soweit er mit dem Hauptantrag unterlegen ist. Im Übrigen wird die Revision für den Kläger nicht zugelassen.**

T A T B E S T A N D:

Die Parteien streiten über einen Anspruch auf Arbeitszeiterhöhung.

Der Kläger war seit dem 15.07.2016 zunächst befristet und nachfolgend unbefristet als Verkäufer mit einer monatlichen Vergütung von zuletzt 648,73 Euro brutto bei der Beklagten, einem Möbeleinkaufshaus, beschäftigt. Grundlage der Beschäftigung war der Arbeitsvertrag vom 08.07.2016, der zunächst befristet vom 15.07.2016 bis zum 31.01.2017 geschlossen wurde. In diesem hieß es u.a.:

„§ 2 Arbeitszeit

1. Die Arbeitszeit kann unregelmäßig verteilt werden. Sie beträgt durchschnittlich 52 Stunden monatlich.
 2. Die Verteilung der Arbeitszeit ergibt sich aus den tariflichen Bestimmungen und betrieblichen Regelungen.
- ...

§ 13 Allgemeine Vereinbarungen

1. Auf das Arbeitsverhältnis finden die für den Betrieb einschlägigen Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung. Derzeit sind dies die Tarifverträge des Einzelhandels.
- ...“

Die Verlängerungsvereinbarungen vom 29.12.2016 und vom 14.07.2017 ließen jeweils gemäß § 3 die Vereinbarungen aus dem ursprünglichen Arbeitsvertrag unverändert bestehen. In der Entfristungsvereinbarung vom 29.01.2018 hieß es u.a.:

„L. N. wird ab dem 01.03.2018 **unbefristet** beschäftigt.
L. N. wird als Mitarbeiter in der Abteilung Verkauf eingesetzt.
Die monatliche Arbeitszeit beträgt 52 Stunden.

...

Alle weiteren Vereinbarungen aus dem Arbeitsvertrag vom 08.07.2018 bleiben unverändert bestehen.“

In dem Manteltarifvertrag, abgeschlossen zwischen dem Einzelhandelsverband Nordrhein-Westfalen, dem Handelsverband BAG Nordrhein-Westfalen und ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft vertreten durch die Landesbezirksleitung Nordrhein-Westfalen (*im Folgenden MTV*) hieß es u.a.:

„§1 Geltungsbereich

- (1) Dieser Tarifvertrag gilt im Lande Nordrhein-Westfalen.
- (2) Der Tarifvertrag gilt für alle Unternehmen des Einzelhandels einschließlich ihrer Hilfs- und Nebenbetriebe sowie für die von diesen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer. Die Mitglieder der vertragsschließenden Parteien sind tarifgebunden.

...

§ 2 Arbeitszeit

- (1) Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 37,5 Stunden ausschließlich der Pausen. Im Übrigen richtet sich die Arbeitszeit nach den Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes, der Gewerbeordnung, des Jugendarbeitsschutzgesetzes sowie des Mutterschutzgesetzes.

...

§ 3 Teilzeitarbeit

- (1) Teilzeitbeschäftigte sind Arbeitnehmer, deren vertraglich vereinbarte Arbeitszeit die tariflich vereinbarte regelmäßige Wochenarbeitszeit unterschreitet.
- (2) Arbeitszeitanfang, Arbeitszeitende und Lage der Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte sind in den Betrieben mit Betriebsrat durch Betriebsvereinbarungen oder in Betrieben ohne Betriebsrat durch einzelvertragliche Vereinbarungen zu regeln.

- (3) Die Arbeitszeit soll wöchentlich mindestens 20 Stunden und am Tag mindestens 4 Stunden betragen und auf höchstens 5 Tage pro Woche verteilt werden. Hiervon kann abgewichen werden, wenn der Arbeitnehmer dies wünscht oder betriebliche Belange (z.B. Schließdienst, Hausreinigung, Inventuren...) dies erfordern. Mit Zustimmung des Betriebsrats sowie einzelvertraglich in Betrieben ohne Betriebsrat kann die Arbeitszeit auf 6 Tage verteilt werden.
- (4) Die Teilzeitbeschäftigten sind anteilig an den tariflichen Leistungen zu beteiligen.
- (5) Teilzeitbeschäftigte sind von der Arbeitszeitverkürzung erfasst. Stimmen sie einer Änderung ihres Arbeitsvertrages auf Arbeitszeitverkürzung zu, wird ihre Stundenzahl im Verhältnis der Arbeitszeitverkürzung nur insoweit gekürzt, als sie durch die Verkürzung nicht gegen ihren Willen unter die Grenze zur Versicherungspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung fallen.
- (6) Der Arbeitgeber soll bei der Besetzung von Vollzeitarbeitsplätzen entsprechend im Betrieb beschäftigte Teilzeitarbeitnehmer, die den Wunsch haben, in Vollzeit zu arbeiten, mit Vorrang berücksichtigen, soweit betriebliche Belange nicht entgegen stehen.
- (7) Teilzeitbeschäftigte, die zusammenhängend 17 Wochen über 20% der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit hinaus gearbeitet haben, haben Anspruch auf einen Arbeitsvertrag, der dem Durchschnitt der tatsächlich geleisteten Arbeit innerhalb dieser 17 Wochen entspricht. Eine Erhöhung erfolgt nur bis zur tariflichen Höchstarbeitszeit gemäß § 2 Absatz 1. Bei der Berechnung werden die Monate November und Dezember sowie individuelle Urlaubszeiten und Krankheitszeiten bis 6 Wochen nicht berücksichtigt. Hierdurch wird der Zusammenhang nicht unterbrochen. Abweichungen in Betriebsvereinbarungen sind möglich. Der Anspruch erlischt mit dem Ablauf von drei Monaten nach Vorliegen der Voraussetzungen, wenn er nicht innerhalb dieser Frist schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht wird.
Die Regelung in diesem Absatz gilt ab dem 01.08.2003.

...“

Die Arbeitszeit bei der Beklagten war – auch für den Kläger – regelmäßig auf sechs Tage verteilt, d.h. ein Einsatz erfolgte in der Zeit von montags bis samstags. Der Kläger arbeitete in den nachfolgend aufgezählten Kalenderwochen des Jahres 2017 wie folgt (Angaben in Stunden): KW 32: 30,57; KW 33: 27,49; KW 34: 19,09; KW 35: 8,47; KW 36: 20,50; KW 37: 13,03; KW 38: 21,40; KW 39: 11,57; KW 40: 20,00; KW 41: 25,48; KW 42: 16,30; KW 43: 19,07; KW 44: 16,22; KW 45: 36,11; KW 46: 14,26; KW 47: 16,18; KW 48: 17,36. In der 44. Kalenderwoche verteilte sich die Arbeitszeit wie folgt: Montag 30.10.2017 bis Dienstag 31.10.2017: 4 Stunden, Dienstag 01.11.2017 bis Samstag 04.11.2017: 12,22 Stunden.

Mit Telefaxschreiben vom 26.02.2018 an die Beklagte, was bei dieser am 26.02.2018 per Telefax einging, machte die Gewerkschaft ver.di für den Kläger einen Anspruch aus § 3 Abs. 7 MTV geltend. In dem Schreiben berechnete der Kläger aus 52 Stunden monatlicher Arbeitszeit eine wöchentliche Arbeitszeit von 11,97 Stunden (52 : 4,346). Daraus errechnete der Kläger in tabellarischer Aufstellung eine Sollarbeitszeit von insgesamt 143,64 Stunden in den Kalenderwochen 32 bis 43 einschließlich des Jahres 2017. Dem stellte er die tatsächliche Gesamtarbeitszeit in diesen Wochen von 232,97 Stunden gegenüber. Es handelte sich dabei um insgesamt 12 Wochen. Die weiteren 5 Kalenderwochen 44 bis 48 des Kalenderjahres 2017 berücksichtigte der Kläger nicht. Ausgehend von 232,97 Ist-Stunden und 143,64 Soll-Stunden hieß es in dem Schreiben abschließend:

„Herr N. hat in dem dargestellten Zeitraum mehr als 20% seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung erbracht. Die durchschnittliche Wochenarbeitszeit von Herrn N. betrug in dem oben angeführten Zeitraum jedoch 19,41 Stunden, somit hat sie den Anspruch des § 3 Abs. 7 MTV EH NRW erfüllt.

Wir fordern sie auf, den Vertrag von Herr N. entsprechend anzupassen und ihn ab sofort mit mindestens 19,41 Wochenstunden einzusetzen. Herr N. bietet seine Arbeitskraft in diesem Umfang an.

Als Erledigungsfrist haben wir uns den 16.03.2018 vorgemerkt.“

Die Beklagte lehnte den Anspruch, vertreten durch den Handelsverband Nordrhein-Westfalen Rheinland, mit Schreiben vom 26.03.2018 ab. Sie widersprach der Rechtsansicht des Klägers, wonach bei dem 17-Wochen-Zeitraum des § 3 Abs. 7 MTV die Monate November und Dezember ersatzlos herauszurechnen seien. Zu berücksichtigen seien 17 Wochen, in denen tatsächlich gearbeitet worden sei. Nicht ausreichend sei eine Berechnung, die faktisch auf den Durchschnitt – wie hier – von nur 12 Wochen abstelle.

Der Kläger ist der Ansicht, die Auslegung von § 3 Abs. 7 MTV ergebe, dass die Monate November und Dezember lediglich bei der Berechnung innerhalb des 17-Wochen-Zeitraum nicht berücksichtigt würden, die Nichtberücksichtigung dieser Monate aber nicht dazu führe, dass der 17-Wochen-Zeitraum um den entsprechenden Zeitraum verlängert werde, d.h. hier weitere fünf Wochen beginnend mit dem Monat Januar 2018 zu berücksichtigen wären und erst danach der Anspruch aus § 3 Abs. 7 MTV entstehen könne.

Der Kläger hat, nachdem er zunächst mit der Klageschrift den Antrag, festzustellen, dass seine wöchentliche Arbeitszeit bei der Beklagten mindestens 19,41 Stunden beträgt, angekündigt hat, zuletzt beantragt,

- 1. die Beklagte zu verurteilen, sein Angebot auf eine Vertragsänderung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,41 Stunden mit Wirkung zum 01.03.2018 anzunehmen;**
- 2. hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, ihn mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,41 Stunden zu beschäftigen.**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, ein Anspruch aus § 3 Abs. 7 MTV sei nicht gegeben. Der 17-Wochen-Zeitraum werde durch die Nichtberücksichtigung der Monate November und Dezember nicht verkürzt. Die Herausnahme der beiden Monate unterbreche ebenso wie die Nichtberücksichtigung von sechs Wochen Urlaub und Krankheit ausschließlich den Zusammenhang. Für die Berechnung seien stets 17 Wochen mit tatsächlicher Arbeitsleistung heranzuziehen. Andernfalls würden im Extremfall sehr kurze Zeiträume zu dem tariflichen Anspruch aus § 3 Abs. 7 MTV führen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Gegen das ihm am 03.09.2018 zugestellte Urteil hat der Kläger am 19.09.2018 Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 30.11.2018 – am 30.11.2018 begründet.

Der Kläger hält an seiner erstinstanzlichen Ansicht fest und begründet diese im Einzelnen ausgehend von den Grundsätzen der Tarifauslegung anhand von Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 3 Abs. 7 MTV. Die von ihm vertretene Auslegung werde zudem durch Praktikabilitätserwägungen und das Gebot der Normenklarheit gestützt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 14.08.2018 – 7 Ca 1146/18 – abzuändern und

1. **die Beklagte zu verurteilen, sein Angebot auf eine Vertragsänderung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,41 Stunden mit Wirkung zum 01.03.2018 anzunehmen;**
2. **hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, ihn mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,41 Stunden zu beschäftigen;**
3. **hilfsweise (2. Hilfsantrag), die Beklagte zu verurteilen, sein Angebot auf eine Vertragsänderung mit einer monatlichen Arbeitszeit von 83,54 Stunden mit Wirkung zum 01.03.2018 anzunehmen.**

Die Beklagte beantragt – unter Widerspruch gegen die Klageerweiterung in der Berufungsinstanz –,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen in beiden Instanzen Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A. Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet, soweit er mit dieser den erstinstanzlichen Haupt- und Hilfsantrag weiterverfolgt, weil diese zwar zulässig aber unbegründet sind. Die Berufung ist mit dem zweiten in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag begründet, weil dieser zulässig und begründet ist.

I. Der zulässige Hauptantrag des Klägers ist unbegründet.

1. Der Hauptantrag ist in zulässiger Weise auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet, die gemäß § 894 Satz 1 ZPO im Falle der Verurteilung mit der Rechtskraft als abgegeben gilt. Dies ist hier die Annahme des in dem Antragstext wiedergegebenen Angebots des Klägers. Der Inhalt des anzunehmenden Angebots ist eindeutig. Geändert werden soll beginnend mit dem 01.03.2018 der arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeitumfang, nämlich auf 19,41 Stunden pro Woche (vgl. a. BAG 19.12.2006 – 9 AZR 356/06, juris Rn. 7, 12f.). Im Übrigen soll der Inhalt des Arbeitsverhältnisses unverändert bleiben.

2. Der Hauptantrag ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Vereinbarung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,41 Stunden. Dieser Anspruch folgt nicht aus § 3 Abs. 7 MTV i.V.m. dem Arbeitsvertrag des Klägers – darauf und nicht auf die beiderseitige Tarifbindung stützt er sein Begehren –, denn der tarifliche Anspruch auf Vereinbarung einer höheren Arbeitszeit ist im Falle des Klägers, mit dem einzelvertraglich eine Monatsarbeitszeit vereinbart ist, nicht auf eine wöchentliche Arbeitszeit gerichtet. Dies ergibt die Auslegung der tariflichen Bestimmung.

a) Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrags folgt den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Danach ist zunächst vom Tarifwortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Über den reinen Wortlaut hinaus ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien und der damit von ihnen beabsichtigte Sinn und Zweck der Tarifnorm zu berücksichtigen, sofern und soweit er in den tariflichen Regelungen und ihrem systematischen Zusammenhang Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist stets auf den tariflichen Gesamtzusammenhang, weil dieser Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien liefert und nur so Sinn und Zweck der Tarifnorm zutreffend ermittelt werden kann. Im Zweifel gebührt derjenigen Auslegung der Vorzug, die zu einem sachgerechten, zweckorientierten, praktisch brauchbaren und gesetzeskonformen Verständnis der Regelung führt (BAG 19.06.2018 – 9 AZR 564/17, juris Rn. 17 m.w.N.).

b) Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Tarifvertragsparteien des MTV offenbar davon ausgegangen sind, dass mit den Teilzeitbeschäftigten – entsprechend den tariflichen Vorgaben für Vollbeschäftigte – stets eine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart wird. Ein entsprechendes Gebot enthalten die § 3 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 MTV jedoch nicht. Die Vereinbarung einer monatlichen Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte ist zulässig (BAG 25.06.2014 – 5 AZR 556/13, juris Rn. 16 a.E.). Das tarifliche Grundverständnis erklärt, warum die Tarifvertragsparteien für den Referenzzeitraum in § 3 Abs. 7 MTV von einem Zeitraum in Wochen (17) ausgegangen sind. Daraus folgt aber nicht, dass der Anspruch, der in § 3 Abs. 7 MTV auf die Erhöhung der Arbeitszeit gerichtet ist, zugleich darauf gerichtet ist, aus einer geringeren monatlichen Arbeitszeit eine höhere wöchentliche Arbeitszeit zu machen. Auch § 3 Abs. 7 MTV knüpft an die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit an, wie sich aus Satz 1 ergibt, wonach maßgeblich ist, dass über 20% der *einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit* hinaus gearbeitet wird. Es besteht sodann ein Anspruch auf einen Arbeitsvertrag, der dem Durchschnitt der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit innerhalb der 17 Wochen entspricht. Bei Erfüllung der tariflichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 7 MTV gehen die Tarifvertragsparteien von einem betrieblichen Mehrbedarf an Arbeitsleistung und gleichzeitig einem

entsprechenden Interesse der Teilzeitbeschäftigten an einer *vertraglichen Erhöhung ihrer vereinbarten Arbeitszeit* aus. Sie wollen den Teilzeitbeschäftigten eine Erhöhung ihrer Arbeitszeit ermöglichen, weil die betriebliche Heranziehung einen entsprechenden Mehrbedarf aufzeigt (BAG 19.12.2006 a.a.O. Rn. 21). Dieser tarifliche Zweck gebietet es nicht, diesen nur in dem tariflichen Arbeitszeitmodell zu verwirklichen. Dafür gibt es keinen Grund. Ist vertraglich eine Monatsarbeitszeit vereinbart, wird dem Umstand, dass tariflich von betrieblichem Mehrbedarf ausgegangen wird und dies zu Gunsten des Arbeitnehmers einen Anspruch auf Arbeitszeiterhöhung begründen soll, ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass die vertragliche vereinbarte Monatsarbeitszeit herausgesetzt wird. Ein Wechsel des Arbeitszeitmodells ist zur Erreichung des tariflichen Zwecks nicht erforderlich. Dies würde in unzulässiger Weise in die verfassungsrechtlich geschützte Vertragsautonomie der Arbeitsvertragsparteien eingreifen. Der Arbeitnehmer könnte den Anspruch auf Arbeitszeiterhöhung nur verwirklichen, wenn er das von ihm vereinbarte und ggfs. auch gerade gewünschte Arbeitszeitmodell verlässt und eine Wochenarbeitszeit vereinbart. Der betriebliche Mehrbedarf an Arbeitsleistung würde für den Arbeitgeber dazu führen, dass nicht nur das vertraglich vereinbarte Arbeitszeitvolumen erhöht wird, sondern er zugleich ein Stück der vereinbarten Flexibilität aus einer Monatsarbeitszeit verliert, obwohl die Vereinbarung einer Monatsarbeitszeit auch nach dem MTV – wie ausgeführt – zulässig ist. Dies führt nicht zu einer praktisch unbrauchbaren Regelung, denn die vereinbarte Monatsarbeitszeit kann auf der Grundlage des tariflichen Regelwerks und der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mit dem Faktor 4,347 in eine Wochenarbeitszeit umgerechnet werden (BAG 25.06.2014 a.a.O. Rn. 22 f.).

II. Der erste Hilfsantrag des Klägers ist teilweise unzulässig und – soweit zulässig – unbegründet.

1. Der Antrag ist teilweise zulässig.

a) Der Antrag ist auf die tatsächliche Beschäftigung gerichtet. Es handelt sich in diesem Fall nicht lediglich um eine Konkretisierung des Hauptantrags (vgl. dazu BAG 19.12.2006 a.a.O. Rn. 13). Der Antrag ist ausdrücklich als Hilfsantrag zu dem auf Vertragsänderung gerichteten Hauptantrag gestellt. Zwar hat der Kläger den Inhalt dieses Antrags schriftsätzlich nicht weiter begründet. Aus den Entscheidungsgründen zu A.II. des Arbeitsgerichts ergibt sich aber, dass dieser bereits in der ersten Instanz erörtert wurde. Das Arbeitsgericht hat zwar ausgeführt, dass es des Hilfsantrags nicht bedurft hätte, hat aber abschließend ausgeführt, dass dem Kläger kein über die – nach Ansicht des Arbeitsgerichts

nicht bestehende – Arbeitsvertragsänderung hinausgehender Beschäftigungsanspruch zusteht. Das Arbeitsgericht hat den Antrag mithin als Beschäftigungsantrag verstanden. Dem hat der Kläger in der Berufungsbegründung nicht widersprochen. Der Antrag ist in der mündlichen Verhandlung vor der erkennenden Kammer noch einmal erörtert worden. Das Gericht hat mitgeteilt, dass es den Antrag als Beschäftigungsantrag versteht, der aber für die Vergangenheit unbegründet ist und für die Zukunft mangels bereits durch rechtskräftige Entscheidung erstrittener Vertragsänderung keinen Erfolg haben kann. Daraufhin hat der Klägervertreter nicht eingewandt, es handele sich gar nicht um einen Beschäftigungsantrag, sondern lediglich ausgeführt, er habe diesen Antrag nicht gestellt.

b) Der Antrag ist hinreichend bestimmt. Wie sich aus dem Hilfsverhältnis ergibt, soll die Beschäftigung ab dem 01.03.2018 und für die Zukunft mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,41 Stunden erfolgen. Der Antrag ist unzulässig, soweit er sich auf die Zeit nach der rechtskräftigen Entscheidung bezieht, weil nicht erkennbar ist, dass die Beklagte eine rechtskräftige Verurteilung nicht befolgen würde. Insoweit sind die Voraussetzungen des § 259 ZPO (vgl. zu dessen Anwendung auf eine Beschäftigungsklage BAG 29.10.1997 – 5 AZR 573/96, juris Rn. 16) nicht gegeben. Im Übrigen sind sie gegeben, denn die Beklagte bestreitet den Anspruch des Klägers auf Arbeitszeiterhöhung und ebenso auf entsprechende Beschäftigung.

2. Soweit der Antrag zulässig ist, ist er unbegründet. Für die Vergangenheit ist die tatsächliche Beschäftigung objektiv unmöglich. Für die Zukunft bis zu einer etwaigen Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung ist sie schon deshalb unbegründet, weil es mangels Ersetzung der Annahmeerklärung der Beklagten an einer vertraglichen Grundlage für die geforderte Beschäftigung fehlt.

III. Der zweite Hilfsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der zweite Hilfsantrag ist zulässig.

a) Dieser Antrag ist als Klageerweiterung in der Berufungsinstanz zulässig, weil die Voraussetzungen des § 533 ZPO gegeben sind.

aa) Die Klageerweiterung, der die Beklagte nicht zugestimmt hat, ist sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO).

(1) Die Beurteilung der Sachdienlichkeit erfordert eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen. Maßgebend ist der Gedanke der Prozesswirtschaftlichkeit, für den es entscheidend darauf ankommt,

ob und inwieweit die Zulassung der Klageänderung zu einer sachgemäßen und endgültigen Erledigung des Streits zwischen den Parteien führt, der den Gegenstand des anhängigen Verfahrens bildet, und einem anderenfalls zu erwartenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt; in einem solchen Fall steht es der Sachdienlichkeit nicht entgegen, dass durch die Zulassung der Klageänderung in der Berufungsinstanz neue Parteierklärungen und Beweiserhebungen notwendig werden und die Erledigung des Rechtsstreits dadurch verzögert wird. Auch fehlt es an der Sachdienlichkeit einer Klageänderung in der Berufungsinstanz nicht deshalb, weil der Beklagte im Fall ihrer Zulassung eine Tatsacheninstanz verliert. Zu verneinen ist die Sachdienlichkeit regelmäßig nur dann, wenn ein völlig neuer Prozessstoff in den Rechtsstreit eingeführt werden soll, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann (BGH 27.01.2012 – V ZR 92/11, juris Rn. 15).

(2) Dies ist nicht der Fall. Der tatsächliche Streitstoff ist zwischen den Parteien nicht streitig. Vielmehr kann der bisherige Tatsachenstoff zu Grunde gelegt werden und auf dessen Basis kann abschließend geklärt werden, ob dem Kläger ein Anspruch auf Arbeitszeiterhöhung zusteht, den er zunächst nur bezogen auf die Wochenarbeitszeit und jetzt auch bezogen auf seine Monatsarbeitszeit verlangt. Es wird so unter Verwertung des bisherigen Streitstoffs der Streit der Parteien über einen etwaigen Anspruch des Klägers aus § 3 Abs. 7 MTV abschließend geklärt und einem anderweitigen, sonst zu erwartenden Rechtsstreit wird vorgebeugt. Es ist so eine zügige Klärung des vom Kläger geschuldeten Arbeitszeitumfangs, den er zugleich beanspruchen kann, möglich. Dass die Beklagte eine Tatsacheninstanz verliert, steht dem grundsätzlich aber auch im konkreten Fall unter Abwägung der wechselseitigen Interessen nicht entgegen.

bb) Die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO sind gegeben. Der zweite Hilfsantrag kann auf der Grundlage des dem Gericht bereits unterbreiteten Tatsachenstoffs entschieden werden.

b) Der Antrag ist ebenso wie der Hauptantrag in zulässiger Weise auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet, mit dem einzigen Unterschied, dass eine andere monatliche – und nicht wöchentliche – Arbeitszeit verlangt wird.

2. Der zweite Hilfsantrag ist begründet. Der Kläger kann ab dem 01.03.2018 die Änderung seines Arbeitsvertrags auf eine monatliche Arbeitszeit von 83,54 Stunden verlangen. Dieser Anspruch folgt aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. § 3 Abs. 7 MTV.

a) Die Begründetheit der Klage scheitert nicht daran, dass der Kläger die Zustimmung zur Erhöhung seiner Arbeitszeit rückwirkend zum 01.03.2018 verlangt. Seit Inkrafttreten des § 311a BGB ist klagestellt, dass auch die Verurteilung zur rückwirkenden Annahme eines Vertragsangebots nicht ausgeschlossen ist. Ein Vertrag ist danach selbst dann nicht nichtig, sofern er hinsichtlich der Vergangenheit tatsächlich nicht mehr durchgeführt werden könnte (BAG 19.12.2006 a.a.O. Rn. 15).

b) Die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 7 MTV sind erfüllt.

aa) Der Kläger ist mit einer vertraglich vereinbarten Monatsarbeitszeit von 52 Stunden, die bei dem Umrechnungsfaktor von 4,347 eine wöchentliche Arbeitszeit von 11,96 Stunden ergibt, Teilzeitbeschäftigter i.S.v. § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV. Die Vorschrift findet kraft vertraglicher Vereinbarung aufgrund der Bezugnahme in § 13 Nr. 1 des Arbeitsvertrags vom 08.07.2016 Anwendung.

bb) Der Kläger hat im Referenzzeitraum von der 32. bis zur 48. Kalenderwoche die Voraussetzung des § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV erfüllt. Er hat über 20 % der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit hinaus zusammenhängend gearbeitet. Dies ergibt sich aus der nachfolgend dargestellten Tabelle:

Woche	KW (2017)	Soll	Ist
1	32	11,96	30,57
2	33	11,96	27,49
3	34	11,96	19,09
4	35	11,96	8,47
5	36	11,96	20,50
6	37	11,96	13,03
7	38	11,96	21,40
8	39	11,96	11,57
9	40	11,96	20,00
10	41	11,96	25,48
11	42	11,96	16,30
12	43	11,96	19,07
13	44 (30/31.10.)	11,96 x 2/6 = 3,99	4
13	44 (01.-05.11)	11,96	12,22
14	45	11,96	-
15	46	11,96	-
16	47	11,96	-

17	48	11,96	-
Summe 1-12		143,52	232,97
Anteil 13		3,99	4
Summe		147,51	236,97

Die monatliche Arbeitszeit von 52 Stunden ist mit dem Faktor 4,347 auf eine wöchentliche Arbeitszeit von 11,96 Stunden umzurechnen. Auf dieser Basis ergibt sich ein Soll von 147,51 Stunden. Dem ist eine tatsächliche Arbeitsleistung von insgesamt 236,97 Stunden gegenüber zu stellen. Dabei ist der anteilige Monat Oktober in der Kalenderwoche 44 mit 2/6 des Soll gewertet worden, weil die Arbeitszeit in der Woche bei der Beklagten auf sechs Tage verteilt wird. Beim Ist sind die tatsächlichen 4 Arbeitsstunden am 30. und 31.10.2017 eingestellt. Es ergibt sich so ein Mehr an Arbeitsleistung von 60,65% ($236,97 : 147,51 = 1,6065$).

cc) Die erkennende Kammer hat bei ihrer Berechnung innerhalb des 17-Wochen-Zeitraums von der 32. bis zur 48. Kalenderwoche 2017 den Monat November und den kurzen Zeitraum Dezember nicht berücksichtigt. Dies folgt aus § 3 Abs. 7 Satz 3 MTV. Insoweit folgt die Kammer nicht der Ansicht des Landesarbeitsgerichts Hamm (Urteile vom 13.04.2016 – 3 Sa 1645/15 und 3 Sa 1646/15, juris). Die Tarifauflegung ergibt, dass auf einen 17-wöchigen Referenzzeitraum abzustellen ist, innerhalb dessen die in § 3 Abs. 7 Satz 3 MTV benannten Zeiten nicht berücksichtigt werden. Richtig ist, dass § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV daran anknüpft, dass der Teilzeitbeschäftigte zusammenhängend 17 Wochen 20% über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat. D.h. die tarifliche Regelung knüpft insoweit an die tatsächliche Arbeit an. Dafür spricht weiter, dass es in Satz 1 heißt, dass der Anspruch auf den Durchschnitt der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit gerichtet ist. Dies ist richtig und entspricht dem tariflichen Zweck. § 3 Abs. 7 MTV will den Teilzeitbeschäftigten eine Erhöhung ihrer Arbeitszeit ermöglichen, weil die betriebliche Heranziehung einen entsprechenden Mehrbedarf aufzeigt (BAG 19.12.2006 a.a.O. Rn. 21). Indikator für den betrieblichen Bedarf ist mithin die tatsächliche Arbeitsleistung. Um dies praktikabel und rechtssicher zu gestalten und von Zufälligkeiten zu lösen, haben die Tarifvertragsparteien einen Referenzzeitraum gewählt, der 17 Wochen beträgt. Es bedarf mithin einer gewissen Verstetigung des betrieblichen Mehrbedarfs, um den Anspruch auf Arbeitszeiterhöhung zu begründen. Dieser darf zudem nicht beliebig im Jahr verteilt sein und nicht aus Einzelzeiträumen zusammengerechnet werden. Erforderlich ist, dass dies zusammenhängend erfolgt, d.h. innerhalb eines Anfangs- und Endpunktes, der einem Zeitraum von 17 Wochen entspricht. Schon bei typischer Betrachtungsweise – es handelt sich fast um ein Drittel des Jahres – können in

diesem Zeitraum Urlaubs- und Krankheitszeiten auftreten oder die Monate November und Dezember liegen. Dies haben die Tarifvertragsparteien gesehen. Sie haben dazu vereinbart, dass diese Monate bzw. Urlaubs- und Krankheitszeiten bis zu sechs Wochen bei der Berechnung nicht berücksichtigt werden. Bereits dies spricht deutlich dafür, dass durch diese Zeiten der 17-Wochen-Zeitraum nicht etwa verlängert wird und aus diesem z.B. ein 23-Wochen-Zeitraum wird. Gemäß § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV ist auf einen Durchschnitt abzustellen. Dieser ist mithin zu berechnen. Wenn aber nachfolgend und genau daran anknüpfend die Tarifvertragsparteien regeln, dass bestimmte Zeiten bei der *Berechnung* nicht berücksichtigt werden, dann bedeutet dies, dass eben bei der Durchschnittsberechnung innerhalb des 17-Wochen-Zeitraums bestimmte Zeiten nicht berücksichtigt werden. Das Argument, es müsse sich stets um Zeiten mit tatsächlicher Arbeitsleistung handeln, ist wenig aussagekräftig. Zwar fehlt bei Urlaub und Krankheit die Arbeitsleistung. In den Monaten November und Dezember ist dies indes nicht der Fall. Diese werden trotz erbrachter Arbeitsleistung – gerade weil diese in diesen Monaten im Einzelhandel höher ist – nicht in die Berechnung einbezogen. Das spricht dafür bei den 17 Wochen zu bleiben und nur bei der Durchschnittsberechnung bestimmte Zeiten, seien es solche mit oder ohne Arbeitsleistung, nicht zu berücksichtigen. Wenn es dann in § 3 Abs. 7 Satz 4 MTV heißt, dass dadurch, d.h. die Berechnungsregel des § 3 Abs. 7 Satz 3 MTV, der Zusammenhang nicht unterbrochen wird, bedeutet dies nur, dass die Berechnungsregel, d.h. die Nichtberücksichtigung der Zeiten innerhalb der 17 Wochen nicht dazu führt, dass der in § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV geforderte Zusammenhang innerhalb der 17 Wochen nicht mehr gegeben ist. Es bleibt immer noch ein ausreichend typischer Zeitraum, um den betrieblichen Bedarf an erhöhter Arbeitsleistung festzustellen. Der Umstand, dass Arbeitszeiten ohne Arbeitsleistung (Urlaub und Krankheit) dazu führen können, dass aufgrund von erhöhten Arbeitszeiten in anderen Wochen innerhalb von 17 Wochen der Anspruch aus § 3 Abs. 7 MTV begründet ist, wird dadurch begrenzt, dass Urlaubs- und Krankheitszeiten nur bis zu insgesamt sechs Wochen bei der Durchschnittsberechnung nicht berücksichtigt werden. Im Übrigen sind sie zu berücksichtigen und im Zähler, nicht aber im Nenner mit Null anzusetzen.

Das hier gefundene Ergebnis wird durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19.12.2006 (a.a.O.) gestützt. Das Gericht führt wörtlich aus: „Entgegen der Revision hat die Klägerin im Referenzzeitraum von der ersten bis zur 17. Kalenderwoche 2005 die Voraussetzung des § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV erfüllt. Sie hat über 20 % der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit hinaus zusammenhängend gearbeitet“ (BAG 19.12.2006 a.a.O. Rn. 17). Wie sich aus dem Tatbestand des Urteils ergibt, hatte die Klägerin in der 12. und 13. Kalenderwoche des Jahres 2005 Urlaub. Das Bundesarbeitsgericht, das eine erhöhte Arbeitszeit

zuspricht, geht dabei insgesamt von den Kalenderwochen 1 bis 17 aus und hängt nicht noch zwei hinzu, verlängert den Referenzzeitraum also nicht. Vielmehr werden innerhalb des Referenzzeitraums der Kalenderwochen 1 bis 17 die beiden Urlaubswochen ohne weiteres nicht berücksichtigt. Es ergibt sich in den 17 Wochen ein Soll von 195 Stunden (15 x 13 geschuldete Wochenarbeitsstunden, die dort vertraglich pro Woche vereinbart waren). Dem stellt das Bundesarbeitsgericht ein Ist von 339,25 Stunden gegenüber, wobei die Wochen 12 und 13 mit Null angesetzt sind. Daraus errechnet das Bundesarbeitsgericht einen Prozentsatz von 73,79% an durchschnittlicher Mehrarbeit ($339,25 : 195 = 1,7397$). Mit diesem Prozentsatz errechnet das Bundesarbeitsgericht sodann die zugesprochenen 22,62 Wochenstunden ($13 \times 1,7397 = 22,62$).

dd) Ausgehend von monatlich 52 Stunden, die vertraglich vereinbart sind, ergibt sich gemäß § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV nach dem Durchschnitt der tatsächlich geleisteten Arbeit ein Anspruch auf Erhöhung der Arbeitszeit auf monatlich 83,54 Stunden ($52 \times 1,6065$).

c) Der Anspruch ist nicht gemäß § 3 Abs. 7 Satz 6 MTV erloschen. Der Kläger hat den Anspruch rechtzeitig im Sinne dieser tariflichen Bestimmung geltend gemacht.

aa) Es handelt sich bei der Regelung in § 3 Abs. 7 Satz 6 MTV um eine tarifliche Ausschlussfrist, bei deren Nichteinhaltung der tarifliche Anspruch erlischt. Nicht erforderlich ist, dass innerhalb dieser Frist bereits das Vertragsangebot an den Arbeitgeber abgegeben werden muss, das dieser nur noch annehmen muss (anders für das Verringerungsverlangen zu § 8 TzBfG BAG 20.01.2015 – 9 AZR 860/13, juris Rn. 19). Dies ergibt die Auslegung der tariflichen Bestimmung. Es handelt sich zunächst nicht um eine Anspruchsvoraussetzung, sondern um einen Erlöschenstatbestand, wie es sich aus dem tariflichen Wortlaut ergibt. Der Anspruch erlischt, wenn er nicht rechtzeitig geltend gemacht wird. § 3 Abs. 7 Satz 6 MTV ist mithin nicht Anspruchsvoraussetzung. Dies spricht dagegen in der Geltendmachung bereits das verbindliche Angebot zu sehen, das der Arbeitgeber nur noch annehmen muss. Vielmehr soll der Anspruch aus § 3 Abs. 7 MTV geltend gemacht werden. Der Arbeitgeber soll sich im Sinne einer Ausschlussfrist darauf einstellen können, ob der Teilzeitbeschäftigte von seinem Recht aus § 3 Abs. 7 MTV Gebrauch macht oder nicht. Nach Ablauf von drei Monaten muss er damit nicht mehr rechnen. Dafür spricht, dass es anders als bei § 8 TzBfG nicht darum geht, dass der Arbeitnehmer durch sein Teilzeitverlangen überhaupt erst bestimmt, welche Arbeitszeitverringerung er wünscht. Erst durch das Teilzeitverlangen wird klar, welche Arbeitszeitreduzierung der Arbeitnehmer wünscht. Dies ist bei § 3 Abs. 7 TzBfG anders. Wenn der Arbeitnehmer den Referenzzeitraum

angibt, den er zu Grunde legt, lässt sich der Anspruch auf die Vertragsänderung rechnerisch ermitteln, denn der Arbeitgeber kennt die Arbeitszeit des Arbeitnehmers ebenso wie dieser. Anders ist dies nur bei streitiger Arbeitszeitleistung. Aber auch dann ergibt sich der geltend gemachte Anspruch, wenn der Arbeitnehmer in seinem Geltendmachungsschreiben die tatsächliche Arbeitsleistung angibt, von der er ausgeht. Dies ist zu verlangen. Wenn dies geschehen ist, lässt sich der Anspruch erneut ohne weiteres rechnerisch ermitteln, nämlich mit der Durchschnittsberechnung. Dem Arbeitgeber ist dann klar, was auf ihn zukommt und er ist im Sinne der tariflichen Ausschlussfrist des § 3 Abs. 7 Satz 6 MTV gewarnt. Besonders hervorheben müsste der Arbeitnehmer allenfalls, wenn er den Anspruch nur teilweise in Anspruch nehmen will, wobei die Kammer offen lässt, ob dies überhaupt zulässig ist. Der Kläger hat den Anspruch in vollem Umfang geltend gemacht.

bb) Den dargestellten Anforderungen genügt die Geltendmachung des Klägers vom 26.02.2018. Er hat angegeben, dass er den Anspruch aus § 3 Abs. 7 MTV verlangt. Er hat dann im Einzelnen mitgeteilt, wie er seine Monatsarbeitszeit in Wochenstunden umrechnet. Er hat weiter genau aufgelistet, von welcher Arbeitszeit er in den Wochen 32 bis 48 des Kalenderjahres ausgeht und dass er den November nicht berücksichtigt. Wenn er dann mitteilt, dass es zu einer erhöhten wöchentlichen Arbeitszeit von 19,41 Stunden kommt, ist dies unschädlich, denn für den Arbeitgeber, der weiß, dass der Kläger eine Monatsarbeitszeit hat, ist erkennbar, dass er in vollem Umfang den Anspruch aus § 3 Abs. 7 MTV verfolgt. Dies spiegelt sich auch in der Ablehnung wieder, in der nicht etwa mitgeteilt wird, dass der Anspruch deshalb nicht bestehe, weil der Kläger keine Wochenarbeitszeit hat. Ist der Anspruch wie hier in vollem Umfang erkennbar geltend gemacht, muss die zutreffende und zu ersetzende Willenserklärung erst im Prozess angegeben werden. Dies ist auch noch in der Berufungsinstanz möglich. Die Beklagte konnte nicht darauf vertrauen, dass der Kläger den richtigen auf eine andere monatliche Arbeitszeit gerichteten Anspruch nicht mehr verfolgen wird.

cc) Der Antrag ist am 26.02.2018 rechtzeitig innerhalb von drei Monaten nach Vorliegen von dessen Voraussetzungen bei der Beklagten eingegangen. Die Voraussetzungen haben erst nach Ablauf von 17 Wochen, d.h. mit Ablauf der 48. Kalenderwoche am 03.12.2017, vorgelegen. Der Umstand, dass die Monate November und Dezember nicht in die Berechnung einzubeziehen sind, ist nur innerhalb der Berechnung relevant, ändert aber nichts an dem erforderlichen 17-Wochen-Zeitraum. Die Geltendmachung am 26.02.2018 liegt innerhalb der Drei-Monats-Frist des § 3 Abs. 7 Satz 6 MTV. Ausreichend für die geforderte Schriftform ist eine Geltendmachung per unterzeichnetem Telefax (BAG 11.10.2000 –

5 AZR 313/99, juris). Die unerhebliche Zuvielforderung (19,41 x 4,346 = 84,35 bei vom Kläger im geltendmachungsschreiben angenommenen Umrechnungsfaktor gegenüber den zugesprochenen 83,54 Stunden) im Geltendmachungsschreiben ist unschädlich.

B. Die Kostenentscheidung beruht in zweiter Instanz auf § 92 Abs. 1 ZPO und in erster Instanz auf § 91 Abs. 1 ZPO.

C. Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ArbGG. Soweit der Kläger mit dem ersten Hilfsantrag unterlegen ist, bestand kein Anlass für die Zulassung der Revision.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien

REVISION

eingelegt werden.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände

oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,

3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Dr. Gotthardt

Schuh

Brinkmann