

Bundesarbeitsgericht
Urt. v. 19.12.2006, Az.: 9 AZR 356/06

Anspruch auf tarifvertragliche Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit wegen wiederholter Überschreitung der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit; Abschluss eines Änderungsvertrages auf Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit; Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages; Verfassungsmäßigkeit eines Tarifvertrages; Berücksichtigung von Zeiten der Betriebsrattätigkeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit des Teilzeitbeschäftigten bei der Berechnung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit

Gericht: BAG

Entscheidungsform: Urteil

Datum: 19.12.2006

Referenz: JurionRS 2006, 33500

Aktenzeichen: 9 AZR 356/06

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Duisburg - 04.11.2005 - AZ: 3 Ca 2386/05

LAG Düsseldorf - 09.02.2006 - AZ: 5 (16) Sa 1606/05

Rechtsgrundlagen:

§ 3 Abs. 7 MTV (Manteltarifvertrages für den Einzelhandel in Nordrhein-Westfalen)

§ 4 Abs. 3 S. 1 MTV

§ 10 Abs. 8 MTV

§ 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG

§ 894 S. 1 ZPO

§ 311a BGB

§ 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG

Fundstellen:

DB 2007, 1820 (red. Leitsatz)

EzA-SD 14/2007, 15

NZA-RR 2007, 477-482 (Volltext mit red. LS)

ZBVR online 2007, 17 (red. Leitsatz)

ZBVR online 2007, 2-6 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

ZTR 2007, 439 (red. Leitsatz)

Redaktioneller Leitsatz:

1. Die Begründung eines vertraglichen Anspruchs auf Änderung des Arbeitsvertrages nach § 3 Abs. 7 des Manteltarifvertrages für den Einzelhandel in Nordrhein-Westfalen verstößt nicht gegen höherrangiges Recht.
2. Der Anspruch nach § 3 Abs. 7 des Manteltarifvertrages für den Einzelhandel in Nordrhein-Westfalen erfordert nicht, dass die Teilzeitbeschäftigten in jeder Woche des Referenzzeitraums die vereinbarte Arbeitszeit um mehr als 20% überschreiten. Es genügt vielmehr, wenn im Durchschnitt des Referenzzeitraums die einzelvertraglich vereinbarte Arbeitszeit um 20% überschritten wird.
3. Bei der Berechnung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit im Rahmen des § 3 Abs. 7 des Manteltarifvertrages für den Einzelhandel in Nordrhein-Westfalen sind die Zeiten der Betriebsrats Tätigkeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit des Teilzeitbeschäftigten auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn dafür keine Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG gewährt worden war.

In Sachen ...
hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19. Dezember 2006
durch
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Krasshöfer sowie
die ehrenamtlichen Richter Ott und Brossardt
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. Februar 2006 - 5 (16) Sa 1606/05 - teilweise aufgehoben.

Die Beklagte wird verurteilt, das Angebot der Klägerin auf Abschluss eines Änderungsvertrages mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 22,62 Stunden mit Wirkung zum 1. August 2005 anzunehmen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Revision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 2/3 und die Beklagte zu 1/3 zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über einen Anspruch der Klägerin auf vertragliche Erhöhung ihrer regelmäßigen Arbeitszeit. Die Klägerin ist seit Juni 1997 in einer D Filiale der Beklagten als Verkäuferin, zuletzt mit einer vertraglichen Arbeitszeit von 13 Wochenstunden beschäftigt. Die Parteien wenden auf ihr Arbeitsverhältnis die Bestimmungen des Manteltarifvertrages für den Einzelhandel in Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: MTV) in der jeweils gültigen Fassung an.
- 2 Die Klägerin ist Betriebsratsmitglied. Während der ersten bis einschließlich 17. Kalenderwoche des Jahres 2005 arbeitete sie 13,004,5019,003,0016,002.13,004,5011,000,0011,003.13,004,509,501,508,004.13,009,0014,257,257,005.13,004 Kalenderwochen Sollstunden davon BR-Stunden Mehrstunden davon BR-Stunden verbleibende Mehrstunden
- 3 Mit Schreiben vom 8. Juli 2005 und 8. August 2005 machte die Klägerin gegenüber der Beklagten unter Berufung auf § 3 Abs. 7 MTV (idF vom 25. Juli 2003) die vertragliche Erhöhung ihrer wöchentlichen regelmäßigen Arbeitszeit auf 29 Stunden geltend. Das lehnte die Beklagte ab.

4 In § 3 Abs. 7 MTV heißt es hierzu:

"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 gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht wird.

Die Regelung in diesem Absatz gilt ab dem 01.08.2003."

5 Nach § 2 Abs. 1 MTV beträgt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit für Vollzeitbeschäftigte 37,5 Stunden. Für Teilzeitbeschäftigte heißt es in § 3 MTV wie folgt:

"§ 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. ...

...

(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 entgegenstehen."

6 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie erfülle die Voraussetzungen des § 3 Abs. 7 MTV . Dazu müsse sie nicht die arbeitsvertragliche Arbeitszeit in jeder Woche des Referenzzeitraums über 20% überschritten haben. Es reiche aus, wenn dies im Durchschnitt während des Referenzzeitraums der Fall sei.

7 Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, sie mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 29 Stunden in der Woche zu beschäftigen,

hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, ihr Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 29 Stunden mit Wirkung zum 1. August 2005 anzunehmen.

- 8** Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, zur Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 7 MTV sei eine Überschreitung der vertraglichen Arbeitszeit von über 20% in jeder Woche des Referenzzeitraums erforderlich. Zudem sei die Betriebsratsstätigkeit, welche die Klägerin außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit durchgeführt habe, bei der tatsächlich erbrachten Arbeitszeit nicht zu berücksichtigen.

- 9** Das Arbeitsgericht hat der Klage auf Beschäftigung mit 29 Wochenstunden stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat dem in der Berufungsinstanz erstmals gestellten Hilfsantrag auf Vertragsänderung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 27,6 Stunden stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Beklagte wendet sich mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision gegen ihre Verurteilung zur Vertragsänderung.

Entscheidungsgründe

- 10** **A.**

Die Revision der Beklagten ist teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zu einer Aufstockung auf 27,6 Stunden verurteilt. Das ist zu weitgehend. Die Klägerin hat nur Anspruch auf Zustimmung zu einer wöchentlichen Gesamtarbeitszeit von 22,62 Stunden.

- 11** **I.**

Der in der Revision ausschließlich angefallene Hilfsantrag auf Vertragsänderung ist zulässig.

- 12** **1.**

Die Klägerin begehrt die Zustimmung zur Erhöhung ihrer Arbeitszeit und damit die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung. Diese Willenserklärung gilt nach § 894 Satz 1 ZPO im Falle einer Verurteilung der Beklagten mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben (*vgl. zum Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit Senat 27. April 2004 - 9 AZR 522/03 - BAGE 110, 232 [BAG 27.04.2004 - 9 AZR 522/03]*).

- 13** **2.**

Dieser Antrag der berufungsbeklagten Klägerin ist in der Berufungsinstanz angefallen, ohne dass ein Berufungsanschlussschrift iSv. § 524 ZPO eingereicht worden ist. Durch den von der Klägerin erstmals in der Berufungsverhandlung gestellten Antrag wurde kein neuer Streitgegenstand in das Verfahren eingeführt. Es handelt sich deshalb weder um eine zu einer objektiven Klagehäufung iSv. § 260 ZPO führende Klageerweiterung noch um eine Klageänderung iSv. § 263 ZPO. Der Hilfsantrag stellt lediglich eine Konkretisierung des Hauptantrags dar. Denn der von der Klägerin im Hauptantrag verfolgte Anspruch auf entsprechende Beschäftigung zielte auf eine Zustimmung nach § 894 ZPO. So hat die Klägerin bereits in der Klageschrift geltend gemacht, sie begehre eine Erhöhung der vertraglichen Wochenarbeitszeit um 16 Stunden. Somit hat sie einen Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung verfolgt. Der Antrag war deshalb entsprechend auszulegen.

- 14** **II.**

Die Klägerin hat Anspruch auf Änderung ihres Arbeitsvertrages in der Weise, dass mit Wirkung ab dem 1. August 2005 ihre wöchentliche Gesamtarbeitszeit 22,62 Stunden beträgt. Das folgt aus § 3

Abs. 7 MTV . Danach haben Teilzeitbeschäftigte, die zusammenhängend 17 Wochen über 20% der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit hinaus gearbeitet haben, Anspruch auf einen Arbeitsvertrag, der dem Durchschnitt der tatsächlich geleisteten Arbeit innerhalb dieser 17 Wochen entspricht. Das Landesarbeitsgericht geht zutreffend davon aus, dass diese Tarifvorschrift entsprechend ihrem Wortlaut keinen unmittelbaren Anspruch auf Beschäftigung mit der erhöhten Arbeitszeit, sondern nur auf Annahme des Angebots des Arbeitnehmers zur Vertragsänderung begründet.

15 1.

Die Begründetheit der Klage scheidet nicht schon daran, dass die Klägerin die Zustimmung zur Erhöhung ihrer Arbeitszeit rückwirkend zum 1. August 2005 verlangt. Seit Inkrafttreten des § 311a BGB ist klargestellt, 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 (vgl. *Senat 27. April 2004 - 9 AZR 522/03 - BAGE 110, 232 [BAG 27.04.2004 - 9 AZR 522/03]* ; *12. September 2006 - 9 AZR 686/05 - DB 2007, 525* , auch zur Veröffentlichung in BAGE vorgesehen).

16 2.

Die Anspruchsvoraussetzungen sind erfüllt. Der MTV ist kraft Vereinbarung anzuwenden. Die Klägerin ist mit der vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit von 13 Stunden eine Teilzeitbeschäftigte iSv. § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV . Sie hat den Anspruch aus § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV mit Schreiben vom 8. Juli 2005 geltend gemacht. Das geschah rechtzeitig iSv. § 3 Abs. 7 Satz 5 MTV , nämlich innerhalb von drei Monaten nach Vorliegen der Erhöhungsvoraussetzungen, die nach der Darlegung der Klägerin am 1. Mai 2005 (Ablauf der 17. KW 2005) erfüllt waren.

17 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. Nicht erforderlich ist, dass die Teilzeitbeschäftigten in jeder Woche des Referenzzeitraums die vereinbarte Arbeitszeit um mehr als 20% überschreiten. Es genügt, wenn im Durchschnitt des Referenzzeitraums die einzelvertraglich vereinbarte Arbeitszeit über 20% überschritten wird. Das folgt aus der Auslegung von § 3 Abs. 7 MTV .

18 a)

Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages folgt nach ständiger Rechtsprechung 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. Bei nicht eindeutigem Tarifwortlaut ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien mit zu berücksichtigen, soweit er in den tariflichen Normen seinen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist stets auf den tariflichen Gesamtzusammenhang, da dieser Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien liefert und nur so der Sinn und Zweck der Tarifnorm zutreffend ermittelt werden kann. Lässt dies zweifelsfreie Auslegungsergebnisse nicht zu, dann können die Gerichte für Arbeitssachen ohne Bindung an eine Reihenfolge weitere Kriterien, wie die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrages, ggf. auch die praktische Tarifübung ergänzend hinzuziehen. Auch die Praktikabilität denkbarer Auslegungsergebnisse ist zu berücksichtigen. Im Zweifel gebührt derjenigen Tarifauslegung der Vorzug, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung führt (*BAG 16. April 2003 - 4 AZR 156/02 - BAGE 106, 34 [BAG 16.04.2003 - 4 AZR 156/02]* ; *1. August 2001 - 4 AZR 302/00 - AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 282*).

19 b)

Entgegen der Revision lässt sich dem Wortlaut der Tarifvorschrift nicht entnehmen, die Rechtsfolge der Erhöhung setze zwingend voraus, es müsse die Arbeitszeit jeder einzelnen Woche des

Referenzzeitraums betrachtet werden. Die Beklagte begründet ihre Auslegung damit, der Begriff "Durchschnitt" werde nur in der Rechtsfolge "Anspruch auf einen Arbeitsvertrag, der dem Durchschnitt der tatsächlich geleisteten Arbeit innerhalb dieser 17 Wochen entspricht" gebraucht, er fehle demgegenüber bewusst bei der Voraussetzung "zusammenhängend 17 Wochen über 20%".

20 Dieser Auslegung ist nicht zu folgen. Der Wortlaut des § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV verlangt nicht, dass der Teilzeitbeschäftigte 17 Wochen lang "in jeder Woche" über 20% der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit hinaus gearbeitet haben muss. Die Wortfolge "zusammenhängend 17 Wochen gearbeitet" spricht dafür, dass der zusammenhängende Referenzzeitraum maßgebend sein soll. Mag auch nach Ansicht der Revision ansonsten die für die Arbeitszeit maßgebliche Bezugsgröße des Tarifvertrages die Wochenarbeitszeit sein, so gilt das nicht ohne weiteres für § 3 Abs. 7 MTV . § 3 MTV lässt es nämlich nicht zu, mit Teilzeitbeschäftigten ein Jahresarbeitszeitvolumen zu vereinbaren.

21 c)

Allein die Durchschnittsberechnung wird dem Ziel der Regelung gerecht. Nach der Tarifvorschrift soll ein tarifvertraglicher Anspruch auf Erhöhung der Arbeitszeit entstehen, wenn Teilzeitbeschäftigte innerhalb des 17-wöchigen Referenzzeitraums über die arbeitsvertraglich geschuldete Wochenarbeitszeit hinaus arbeiten. Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen 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. Dabei haben sie sich im Rahmen ihrer Einschätzungsprärogative davon leiten lassen, dass eine tatsächlich verlängerte Arbeitszeit innerhalb des Referenzzeitraums auf einen dauerhaften betrieblichen Mehrbedarf hinweist. Dem entspricht die Regelung in § 3 Abs. 6 MTV . Danach soll der Arbeitgeber bei der Besetzung von Vollzeitarbeitsplätzen im Betrieb beschäftigte Teilzeitarbeitnehmer mit Vorrang berücksichtigen, falls betriebliche Belange nicht entgegenstehen. Damit haben die Tarifvertragsparteien erkennen lassen, dass sie grundsätzlich eine vertragliche Erhöhung der Arbeitszeit der Teilzeitbeschäftigten fördern wollen, soweit ein betrieblicher Bedarf erkennbar ist. Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, für jede einzelne Woche des Referenzzeitraums ein mehr als 20%iges Überschreiten zu verlangen. Der Arbeitgeber, der nach § 106 GewO die Entscheidung über die Heranziehung trifft, könnte ansonsten ohne weiteres durch eine einfache Änderung der Einsatzplanung die Erfüllung der Erhöhungsvoraussetzungen vermeiden. Hat ein Teilzeitbeschäftigter 16 Wochen innerhalb des Referenzzeitraums über 20% Mehrstunden geleistet, so müsste er nur in der darauf folgenden Woche so wenige Mehrstunden zugewiesen erhalten, dass der Schwellenwert von 20% nicht überschritten wird.

22 Die Auslegung der Beklagten eröffnete somit dem Arbeitgeber so weitgehende Umgehungsmöglichkeiten, dass die Bestimmung für die Teilzeitbeschäftigten sich als Muster ohne Wert darstellen würde. Demgegenüber führt die hier gefundene Auslegung zu einem Ergebnis, das willkürliche Einflüsse fernhält und damit auch der vertrauensvollen Zusammenarbeit dient: Wenn der Mehrbedarf so groß war, dass er für einen Zeitraum von insgesamt 17 Wochen zu einer mehr als 20%igen Überschreitung der vertraglichen Arbeitszeit geführt hat, dann soll ein Anspruch auf eine entsprechende Erhöhung der vertraglichen Wochenarbeitszeit entstehen.

23 d)

Dieser Auslegung entspricht auch der Gesamtzusammenhang des MTV.

24 aa)

Soweit die Tarifvertragsparteien bei einer Durchschnittsberechnung auf die geleistete wöchentliche Arbeitszeit abstellen wollten, haben sie das im Wortlaut der maßgebenden Tarifvorschrift zum Ausdruck gebracht. So ist bei Teilzeitbeschäftigten für die Berechnung der Berufsjahre nach dem Wortlaut von § 10 Abs. 8 MTV die geleistete durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit zugrunde zu

legen. Weiter errechnet sich das Urlaubsgeld für Teilzeitbeschäftigte gem. Abschn. A § 1 Abs. 4 Satz 2 des Tarifvertrages über Sonderzahlungen vom 20. September 1996 bei schwankender Beschäftigungszeit nach dem Verhältnis des Durchschnitts der tatsächlichen Arbeitszeit der letzten 12 Monate (Referenzzeitraum wie bei § 3 Abs. 7 MTV) zur tariflichen Wochenarbeitszeit. Das entspricht dem Pro-Rata-Temporis-Grundsatz bei Teilzeitbeschäftigung nach § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG .

- 25** bb) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts lässt sich für diese Auslegung allerdings nicht das Mehrarbeitsvermeidungsgebot in § 4 Abs. 3 Satz 1 MTV heranziehen. Denn nach § 4 Abs. 1 Satz 2 MTV leisten Teilzeitbeschäftigte nur Mehrarbeit, wenn die wöchentliche Arbeitszeit von 37,5 Stunden gem. § 2 Abs. 1 MTV überschritten wird. § 3 Abs. 7 Satz 2 MTV begrenzt den Anspruch des Teilzeitbeschäftigten aber auf die tarifliche Höchstarbeitszeit des § 2 Abs. 1 MTV .
- 26** e)
- Nur das Abstellen auf den Durchschnitt führt zu einer sachgerechten und praktisch brauchbaren Regelung.
- 27** aa)
- Nach § 3 Abs. 2 MTV ist die Lage der Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte durch Betriebsvereinbarung oder in Betrieben ohne Betriebsrat durch einzelvertragliche Vereinbarung zu regeln. Damit lässt es der Tarifvertrag zu, die Arbeitszeit auf die Wochen ungleichmäßig zu verteilen. Bei einer wöchentlichen Überprüfung des Überschreitungsrahmens des § 3 Abs. 7 MTV ist bei ungleichmäßiger Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochen unklar, welche wöchentliche vertragliche Arbeitszeit maßgebend sein soll. So ist es möglich, auf die rechnerisch sich aus einer gleichmäßigen Verteilung ergebende Arbeitszeit oder aber auf die für die jeweilige Bezugswoche des Referenzzeitraums maßgebende Arbeitszeit abzustellen. Für Letzteres spricht, dass die mit dem Teilzeitbeschäftigten einzelvertraglich vereinbarte ungleichmäßige Verteilung auch eine vertragliche Arbeitszeit i.S.d.. § 3 Abs. 7 MTV ist. Diese Unklarheit besteht bei einer Durchschnittsberechnung nicht.
- 28** bb)
- Für die Durchschnittsberechnung spricht auch die Herausnahme der Monate November und Dezember in § 3 Abs. 7 MTV . In diesen Monaten besteht im Einzelhandel saisonbedingt ein höherer Arbeitsbedarf, insbesondere im Weihnachtsgeschäft. Deshalb haben die Tarifvertragsparteien diese typischerweise mit Mehrarbeit verbundenen Monate für die Entstehung des Anspruchs auf vertragliche Arbeitszeiterhöhung ausgenommen. Das wäre nicht notwendig, wenn bereits eine Woche mit Mehrarbeitszeit unter 20% anspruchshindernd wäre, etwa im Oktober vor dem Weihnachtsgeschäft oder im Januar des Folgejahres.
- 29** cc)
- Entgegen der Revision führt diese Auslegung nicht zu unpraktikablen Ergebnissen, die betriebliche Belange außer Acht lassen. Die Beklagte beruft sich in diesem und im Parallelverfahren (- 9 AZR 355/06 -) zu Unrecht auf folgende von ihr selbst gebildete Beispiele:
- Würde ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer in einer Woche auf Grund Krankheitsvertretung 37,5 Stunden arbeiten, danach 15 Wochen hintereinander seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit und in der 17. Woche 13,5 Mehrstunden erbringen, ergäbe sich daraus eine dauerhafte Aufstockung von 9,375 Stunden pro Woche auf 11,25 Stunden.
 - Wenn ein Schüler vertragsgemäß 3 Stunden in der Woche arbeite, ausnahmsweise während der Schulferien aber eine Woche in Vollzeit mit 37,5 Stunden eingesetzt werde, könnte er auf Grund dieser Woche Mehrarbeit eine Erhöhung seiner wöchentlichen Arbeitszeit um 2 Stunden dauerhaft verlangen.

30 In diesen Fallbeispielen ist eine Arbeitszeitgestaltung zugrunde gelegt, die es nach dem Willen der Tarifvertragsparteien zu vermeiden gilt. Es werden wöchentliche Arbeitszeiten von 3 Stunden und 9,375 Stunden unterstellt. Nach § 3 Abs. 3 MTV soll die Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte jedoch wöchentlich mindestens 20 Stunden und am Tag mindestens 4 Stunden betragen.

31 Zudem überzeugen die Beispiele auch deswegen nicht, weil wegen des langen 17-Wochen-Zeitraums genügend Zeit bleibt, einen nur kurzfristig aufgetretenen Mehrbedarf an Arbeit durch Zeitausgleich wieder abzubauen. So hätten dem im zweiten Beispiel angeführten Schüler zum Abbau der Mehrstunden freie Tage gewährt werden können. Gelingt dies nicht, zeigt sich, dass dauerhafter Mehrarbeitsbedarf besteht.

32 f)

Das Landesarbeitsgericht hat der Tarifgeschichte zu Recht keine entscheidende Bedeutung beigemessen. Die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrages ist nur ergänzend heranzuziehen, wenn die Auslegung nach Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Gesamtzusammenhang der Tarifvorschrift zweifelsfreie Auslegungsergebnisse nicht zulässt. Das ist hier nicht der Fall. Der im Wortlaut und im tariflichen Gesamtzusammenhang des § 3 Abs. 7 MTV zum Ausdruck gekommene Wille der Tarifvertragsparteien lässt eine zweifelsfreie Auslegung zu. Im Übrigen lässt die hier von den Parteien vorgetragene Tarifgeschichte nicht auf den in der Tarifregelung verwirklichten Willen der Tarifvertragsparteien schließen. Einerseits wurde dem Wunsch des Arbeitgeberverbandes entsprochen, das Wort "durchschnittlich" bei "zusammenhängend 17 Wochen über 20% der einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit" wegzulassen. Gleichzeitig wurde aber auch der Vorschlag des Arbeitgeberverbandes, dort "in jeder Woche" einzufügen, nicht in den Tariftext übernommen. Die Tarifgeschichte deutet deshalb darauf hin, dass der Wunsch, eine eindeutige Regelung zu schaffen, von keiner Seite durchgesetzt werden konnte. In einem solchen Fall ist die Tarifgeschichte als Auslegungshilfe unergiebig.

33 3.

Die Begründung eines vertraglichen Anspruchs auf Änderung des Arbeitsvertrages nach § 3 Abs. 7 MTV verstößt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gegen höherrangiges Recht. Insbesondere haben die Tarifvertragsparteien ihre nach Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifmacht nicht überschritten.

34 a)

Zu der nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit gehört ua. das Recht der Tarifvertragsparteien zum Abschluss von Tarifverträgen, mit denen sie die Lohn- und sonstigen materiellen Arbeitsbedingungen in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme in einem Bereich regeln, in dem der Staat seine Regelungszuständigkeit zurückgenommen hat (*BVerfG 20. Oktober 1981 - 1 BvR 404/78 - BVerfGE 58, 233*). Die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien ist allerdings nicht unbeschränkt. Sie wird begrenzt durch zwingendes Gesetzesrecht und gesetzesvertretendes Richterrecht (*BAG 31. Juli 2002 - 7 AZR 140/01 - BAGE 102, 65 [BAG 31.07.2002 - 7 AZR 140/01]*), die verfassungsrechtlich garantierten Freiheits- und Gleichheitsrechte (*vgl. BAG 27. Mai 2004 - 6 AZR 129/03 - BAGE 111, 8*) sowie die allgemeinen Gerechtigkeitsanforderungen (*BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03 - BAGE 110, 79 [BAG 24.03.2004 - 5 AZR 303/03]*). Tarifvertragsparteien können grundsätzlich Normen über Einstellungsgebote nach § 1 Abs. 1 TVG vereinbaren. Solche Abschlussverpflichtungen gehören zu den von ihnen zu gestaltenden Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen iSv. Art. 9 Abs. 3 GG (*BAG 14. Oktober 1997 - 7 AZR 811/96 - BAGE 87, 1*).

35 b)

Die Prüfung, ob eine tarifliche Norm diese Grenzen überschreitet, obliegt den Gerichten. Fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, gebietet die Bindung der Rechtsprechung an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) die Überprüfung, ob die Tarifnorm mit den sich aus ihnen

herzuleitenden Wertungen in Einklang steht. In Achtung der ebenfalls grundgesetzlich gewährleisteten Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) ist der gerichtliche Prüfmaßstab weit zurückgenommen. Dabei genießen Tarifverträge eine materielle Richtigkeitsgewähr (BAG 18. Januar 2001 - 2 AZR 619/99 - EzA BGB § 622 nF Nr. 62 ; 24. Februar 2004 - 3 AZR 10/02 - ; 24. März 2004 - 5 AZR 303/03 - BAGE 110, 79 [BAG 24.03.2004 - 5 AZR 303/03] ; 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 4 = EzA TVG § 2 Nr. 28 , auch zur Veröffentlichung in BAGE vorgesehen).

36 c)

Die verfassungsrechtlich geschützten Rechte des Arbeitgebers werden durch § 3 Abs. 7 MTV nicht rechtswidrig eingeschränkt.

37 aa)

Mit der tariflichen Begründung eines vertraglichen Anspruchs in § 3 Abs. 7 MTV wird in die allgemeine Vertragsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 2 Abs. 1 GG sowie in seine Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen. Die von der allgemeinen Vertragsfreiheit umfasste Freiheit zur unternehmerischen Betätigung wird in erster Linie von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Werden einem Arbeitgeber Lasten mit dem Ziel auferlegt, ihn zum Abschluss bestimmter Verträge zu bewegen, dann wird damit auch in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit eingegriffen. Derartige Eingriffe sind mit der Verfassung nur vereinbar, wenn sie auf sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls beruhen und die berufliche Tätigkeit nicht unverhältnismäßig einschränken (BVerfG 9. Oktober 2000 - 1 BvR 1627/95 GRUR 2001, 266). Ein Eingriff in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG kommt nicht in Betracht. Diese erstreckt sich nur auf den konkreten Bestand an Rechten und Gütern und damit das Ergebnis der Betätigung. Sie betrifft nicht die unternehmerische Betätigung selbst (vgl. BAG 7. November 1995 - 3 AZR 676/94 - AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 1 = EzA TVG § 1 Betriebsnorm Nr. 1).

38 bb)

Die Tarifvertragsparteien durften im Rahmen ihrer Einschätzungsprärogative zunächst davon ausgehen, dass bei regelmäßiger Überschreitung der vertraglichen Arbeitszeit eines Teilzeitbeschäftigten im Referenzzeitraum dauerhaft Arbeitsmehrbedarf besteht. Die Begründung eines vertraglichen Anpassungsanspruchs an diesen Mehrbedarf ist ein geeignetes und erforderliches Mittel, diese dauerhafte Mehrleistung zugunsten des Teilzeitbeschäftigten vertraglich abzusichern. Der Eingriff ist auch nicht unverhältnismäßig. Der Arbeitgeber kann im Rahmen seines Direktionsrechts steuern, ob der Anspruch entsteht oder nicht. Denn der Teilzeitbeschäftigte hat keinen Anspruch auf längere Beschäftigung als im Arbeitsvertrag vereinbart.

39 cc)

Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt sich aus der Entscheidung des Sechsten Senats (*BAG 28. Juni 2001 - 6 AZR 114/00 - BAGE 98, 175 [BAG 28.06.2001 - 6 AZR 114/00]*) nicht herleiten, die Tarifvertragsparteien dürften nur dann grundrechtseinschränkende Regelungen treffen, wenn diese beschäftigungssichernde Wirkungen haben. Der Entscheidung lässt sich lediglich entnehmen, dass die Tarifvertragsparteien auch aus Gründen der Beschäftigungssicherung grundrechtseinschränkende Regelungen treffen dürfen. Das schließt aber andere Regelungen nicht aus.

40 4.

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts sind die Zeiten der Betriebsratstätigkeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit des Teilzeitbeschäftigten auch dann nicht bei der Berechnung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit zu berücksichtigen, wenn dafür keine Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gewährt worden war.

41 a)

Das folgt schon aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 7 Satz 1 MTV . Danach ist erforderlich, dass der Teilzeitbeschäftigte über die einzelvertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus gearbeitet haben muss. Die Vorschrift setzt deshalb eine tatsächliche Arbeitsleistung des Teilzeitbeschäftigten voraus. Betriebsratstätigkeit ist aber keine Arbeitsleistung. Nach den Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes zur Rechtsstellung der Betriebsräte erhalten die Mitglieder des Betriebsrats weder eine Amtsvergütung noch ist die Betriebsratstätigkeit eine zu vergütende Arbeitsleistung (BAG 12. November 1997 - 7 AZR 563/93 -). Ansonsten hätte es der Ausgleichsregelung in § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht bedurft. Danach hat das Betriebsratsmitglied zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb seiner Arbeitszeit durchzuführen ist, Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitentgelts. Da Betriebsratstätigkeit keine Arbeitstätigkeit ist, sind die im Falle des § 37 Abs. 3 Satz 3 2. Halbsatz BetrVG zu erbringenden Zahlungen auch nicht Arbeitsvergütung, sondern nur wie Arbeitsvergütung zu behandeln, die dem Arbeitnehmer für eine über den vertraglich geschuldeten Umfang hinaus erbrachte Arbeitsleistung zustehen würde (vgl. BAG 11. Januar 1995 - 7 AZR 543/94 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 103 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 123). Die Klägerin macht deshalb keine betriebliche, sondern betriebsratsbedingte Überarbeit geltend. Diese ist in § 3 Abs. 7 MTV nicht geregelt.

42 b)

Das Landesarbeitsgericht meint, da die Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wegen entgegenstehender betriebsbedingter Gründe iSv. § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG nicht gewährt worden sei, werde nicht die Betriebsratstätigkeit, sondern die trotz der Betriebsratstätigkeit zusätzlich aufgewandte Arbeitszeit im Rahmen des § 3 Abs. 7 MTV berücksichtigt. Das ist deshalb unzutreffend, weil die aufgewandte Arbeitszeit nicht zu der für die Betriebsratstätigkeit aufgewendeten Zeit hinzutritt und sich hieraus eine Gesamtarbeitszeit errechnet. Das wäre nur anzunehmen, wenn auch die außerhalb der persönlichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers geleistete Betriebsratstätigkeit Arbeitsleistung i.S.d.. § 3 Abs. 7 MTV wäre. Das ist aber aus den oben dargelegten Gründen abzulehnen. Deshalb erhöht die außerhalb der persönlichen Arbeitszeit durchgeführte Betriebsratstätigkeit nicht das betrieblich notwendige Arbeitszeitvolumen.

43 c)

Die Nichtberücksichtigung dieser Zeiten der Betriebsratstätigkeit führt nicht zu einer Benachteiligung der Klägerin wegen ihrer Tätigkeit als Betriebsratsmitglied.

44 Nach § 78 Satz 2 BetrVG darf ein Mitglied des Betriebsrats wegen seiner Amtstätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Im Verhältnis zu den Teilzeitbeschäftigten, die keine Amtsträger i.S.d.. § 78 BetrVG sind, wird die Klägerin nicht nachteilig behandelt. Bei allen Arbeitnehmern ist die tatsächlich geleistete Arbeitszeit in die Durchschnittsberechnung einzubeziehen, so auch bei der Klägerin. Eine Benachteiligung wäre nur gegeben, wenn auch die Zeiten der Betriebsratstätigkeit während der persönlichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds bei der Durchschnittsberechnung des § 3 Abs. 7 MTV unberücksichtigt blieben. Hierüber streiten die Parteien jedoch nicht.

45 5.

Der Anspruch ist entgegen der Revision auch durchsetzbar. Betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkungsrechte des Betriebsrats stehen ihm nicht entgegen.

46 Eine dem Umfang nach nicht unerhebliche Erhöhung der vertraglichen Arbeitszeit von beschäftigten Arbeitnehmern für länger als einen Monat kann eine mitbestimmungspflichtige Einstellung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sein. Das Mitbestimmungsrecht besteht allerdings nur dann, wenn der Arbeitgeber entweder den dadurch besetzten Arbeitsplatz tatsächlich ausgeschrieben hatte oder ihn wegen eines berechtigten Antrags des Betriebsrats nach § 93 BetrVG hätte ausschreiben müssen (

BAG 25. Januar 2005 - 1 ABR 59/03 - BAGE 113, 206). Ob der Betriebsrat eine Ausschreibung nach § 93 BetrVG verlangt hat, ist weder vom Landesarbeitsgericht festgestellt noch von der Beklagten behauptet worden.

47 6.

Der Anspruch auf Zustimmung zur Erhöhung ist nur für eine Wochenarbeitszeit von 22,62 Stunden begründet.

48 a)

Die von der teilzeitbeschäftigten Klägerin in dem maßgeblichen Referenzzeitraum geleistete Gesamtarbeitszeit betrug ohne Berücksichtigung der außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit durchgeführten Betriebsratstätigkeit 339,25 Stunden. Einzelvertraglich schuldete sie ohne Berücksichtigung der zwei Urlaubswochen 195 Stunden Arbeit. Damit hat sie zu 73,97% über ihre einzelvertragliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgt daraus kein Anspruch auf eine vertragliche wöchentliche Arbeitszeit von insgesamt 27,6 Stunden sondern nur iHv. 22,62 Stunden. Das entspricht dem Verhältnis der tatsächlich geleisteten Gesamtarbeitszeit zur vertraglich geschuldeten Arbeitszeit. Eine Auf- oder Abrundung sieht der Tarifvertrag nicht vor.

49 b)

Unerheblich ist, dass die Klägerin mit ihren Schreiben vom 8. Juli 2005 und 8. August 2005 ein Angebot zur Vertragsänderung mit einer Gesamtarbeitszeit von 29 Stunden wöchentlich erklärt hatte, während nur ein Anspruch auf 22,62 Wochenstunden besteht. Die Mehrforderung schließt keine Verurteilung mit weniger Vertragsstunden aus. Denn die Teilzeitbeschäftigte will mit ihrem Angebot iSv. § 3 Abs. 7 MTV regelmäßig die Arbeitszeitmehrstunden in der Höhe vertraglich absichern, die dem Durchschnitt der tatsächlich geleisteten Arbeit im Referenzzeitraum entsprechen. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin ausschließlich eine Erhöhung um 16 Stunden erreichen wollte.

50 B.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO . 50

Düwell
Böck
Krasshöfer
Ott
Brossardt

Von Rechts wegen!

Verkündet am 19. Dezember 2006

Teilweise Parallelsachen zu BAG - 19. Dezember - 9 AZR 355/06

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.