
Datum: 04.05.2006
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 Sa 2046/05
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2006:0504.8SA2046.05.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bielefeld, 2 Ca 1312/05
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 504/06 Urteil aufgehoben, zurückverwiesen 25.04.2007, Vergleich beim ArbG 21.08.2007
Schlagworte: Arbeitsvertrag / Teilzeitbeschäftigung / Überstunden / stillschweigende Änderung der vertraglichen Arbeitszeit durch jahrelange Mehrarbeit
Normen: BGB §§ 145, 611, 615
Leitsätze:

1. Wird der als Teilzeitkraft eingestellte Arbeitnehmer über mehrere Jahre wegen verstärkten Arbeitsanfalls im Umfang einer Vollzeitkraft eingesetzt, so kann dies im Sinne einer stillschweigenden Änderung des Arbeitsvertrages gewürdigt werden mit der Folge, dass der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät, wenn er den Arbeitnehmer später nur noch im Rahmen der ursprünglich vereinbarten Arbeitszeit einsetzt.

2. Für die Abgrenzung vorübergehender außerplanmäßiger Überstunden von der

stillschweigenden dauerhaften Änderung der Arbeitszeit kann auf die Auslegungsgrundsätze zu § 4 Abs. 1 a EFZG zurückgegriffen werden (BAG AP Nr. 56 zu § 4 EntgeltFG).

Rechtskraft: Die Revision wird zugelassen

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 18.10.2005 - 2 Ca 1312/05 - abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 1.163,94 € brutto nebst Zinsen in

Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2005 zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Mit ihrer Klage macht die Klägerin, welche aufgrund schriftlichen Arbeitsvertrages (Bl. 3 ff. d.A.) im Buch- und Zeitschriftengroßvertrieb der Beklagten als gewerbliche Hilfskraft mit einer vertraglich vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit von 28,5 Stunden/Woche beschäftigt ist, restliche Vergütungsansprüche für die Monate November 2004 bis Februar 2005 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges geltend. 1

Diesen Anspruch stützt die Klägerin auf den Vortrag, abweichend vom Inhalt des schriftlichen Arbeitsvertrages sei sie – wie unstreitig ist – seit mehreren Jahren bis einschließlich August 2004 in einem erheblich höheren Umfang als vereinbart zur Arbeitsleistung herangezogen worden. Aus den vorliegenden Lohnabrechnungen ergebe sich, dass der Umfang der geleisteten Arbeit tatsächlich oder nahezu der Arbeitszeit einer Vollzeitkraft mit der tariflich und betrieblich maßgeblichen regelmäßigen Arbeitszeit von 38,5 Stunden/Woche entsprochen habe. Demgegenüber werde sie seit dem Monat September 2004 nur noch im Umfang der ursprünglich vereinbarten Arbeitszeit von 28,5 Stunden/Woche eingesetzt. Infolge der langjährigen Handhabung habe sich die vormals vereinbarte Teilzeitbeschäftigung in ein Vollzeitverhältnis gewandelt. Nachdem die Beklagte der Aufforderung, die Klägerin weiterhin voll einzusetzen, nicht nachgekommen sei, sei sie unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges verpflichtet, die Klägerin wie eine Vollzeitkraft mit 167 Stunden/Monat à 9,22 € brutto entsprechend 1.539,74 € brutto/Monat zu vergüten und die Differenz zur tatsächlich ausgezahlten Vergütung auszus zahlen. Im einzelnen errechnet die Klägerin für den Monat November 2004 eine Brutto-Vergütungsdifferenz von 260,56 €, für die Monate Dezember 2004 von 108,15 €, Januar 2005 von 328,33 € und Februar 2005 von 601,52 €. 2 3

Demgegenüber hat die Beklagte geltend gemacht, nach wie vor richte sich der Umfang der vereinbarten Arbeitszeit nach dem schriftlichen Arbeitsvertrag. Abgesehen davon, dass ohnehin nach § 14 des Arbeitsvertrages Voraussetzung für eine wirksame Vertragsänderung die Einhaltung der Schriftform sei, könne allein die Tatsache, dass die Klägerin über längere Zeiträume über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus eingesetzt worden sei, nicht zur Änderung des Arbeitsvertrages genügen, zumal die Klägerin keineswegs wie eine Vollzeitkraft mit 7,7 Stunden täglich, sondern – je nach Arbeitsanfall – mit schwankender Arbeitszeit eingesetzt worden sei. 4

Durch Urteil vom 18.10.2005 (Bl. 39 ff. d.A.), auf welches wegen des weiteren erstinstanzlichen Parteivorbringens Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung restlicher Arbeitsvergütung für den Monat Februar 2005 in Höhe von 112,85 € brutto nebst Zinsen verurteilt, im Übrigen hingegen die Klage abgewiesen. Zur Begründung der Klageabweisung hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen ausgeführt, nach wie vor sei für das Arbeitsverhältnis die im Arbeitsvertrag fixierte Arbeitszeit von 28,5 Stunden/Woche maßgeblich. Eine Vertragsänderung ergebe sich insbesondere nicht aus dem Rechtsinstitut der betrieblichen Übung, da hinreichende Umstände für einen vertraglichen Bindungswillen der Beklagten nicht ersichtlich seien. Ebenso wenig habe sich das Arbeitsverhältnis allein aufgrund der langjährigen Handhabung auf eine Vollzeitbeschäftigung konkretisiert. Hierfür sei der bloße Zeitablauf nicht genügend, hinreichende Anhaltspunkte für den Willen des Arbeitgebers, die Arbeitszeit auch künftig unverändert beizubehalten, seien nicht ersichtlich.

Mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin die ihr vom Arbeitsgericht abgesprochenen Vergütungsdifferenzen weiter und hält insbesondere an ihrer Auffassung fest, auch ohne Änderung des schriftlichen Arbeitsvertrages sei unter den vorliegenden Umständen von einer konkludenten Vertragsänderung auszugehen. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Berechnung der Entgeltfortzahlung gemäß § 4 Abs. 1 a EFZG, welche zur Abgrenzung eines regelmäßig geleisteten und damit zum Vertragsinhalt gewordenen erhöhten Arbeitseinsatzes einerseits von nicht berücksichtigungsfähigen Überstunden andererseits ergangen sei, müsse auch für die hier verfolgten Ansprüche die Tatsache berücksichtigt werden, dass die Beklagte die Klägerin über einen langen Zeitraum faktisch wie eine Vollzeitkraft eingeplant und ihre Arbeitsleistung entsprechend in Anspruch genommen habe. Der regelmäßige Abruf eines erhöhten Arbeitseinsatzes müsse unter diesen Umständen als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens und der vertraglich geschuldeten Leistung angesehen werden. Für diesen Standpunkt spreche auch der Umstand, dass die Beklagte bei der Berechnung der Arbeitsvergütung für Feier-, Urlaubs- und Krankentage – der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Entgeltfortzahlung folgend – keineswegs allein die im Arbeitsvertrag vorgesehene Arbeitszeit in Ansatz gebracht und die weiteren Arbeitsstunden als Überstunden unberücksichtigt gelassen, sondern die im jeweiligen Referenzzeitraum tatsächlich geleistete Arbeitszeit als vertraglich maßgeblich berücksichtigt habe. Dann sei aber nicht nachvollziehbar, warum im Zusammenhang mit dem Anspruch der Klägerin auf Beschäftigung und Vergütungszahlung weiterhin auf die frühere vertragliche Regelung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 28,5 Stunden zurückgegriffen werde.

6

Die Klägerin beantragt,

7

das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 18.10.2005 – 2 Ca 1312/05 – abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag hinaus weitere 1.163,94 € brutto nebst Zinsten in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2005 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

9

die Berufung zurückzuweisen.

10

Sie verteidigt die arbeitsgerichtliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung des Vorbringens als zutreffend. Soweit sich die Klägerin für ihren Standpunkt auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall stütze, sei dies für die hier verfolgten Ansprüche schon deshalb ohne Belang,

11

weil mit der zitierten Rechtsprechung auf einen Referenzzeitraum der Vergangenheit abgestellt, nicht hingegen über die Frage entschieden worden sei, inwiefern durch die Heranziehung eines Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus auch Rechtsansprüche für die Zukunft begründet würden. Die von der Klägerin über die vereinbarten 28,5 Stunden/Woche hinaus geleistete Arbeitszeit erkläre sich unter den vorliegenden Umständen ohne weiteres als Überstundenleistung, wobei nach der tariflichen Regelung Überstundenzuschläge erst ab Überschreitung der für Vollzeitkräfte maßgeblichen Arbeitszeit zu leisten seien. Für die Heranziehung der Klägerin zu Überstunden sei die Tatsache maßgeblich gewesen, dass seinerzeit – anders als gegenwärtig und seit dem Monat September 2004 – ein entsprechend hoher Arbeitsanfall geherrscht habe. Zur vollständigen und zeitnahen Erledigung des Arbeitspensums sei auch die Klägerin in erhöhtem Umfang zur Arbeitsleistung herangezogen worden, ohne dass hiergegen vom Betriebsrat Bedenken erhoben worden seien. Eine Verpflichtung, die Klägerin dauerhaft – trotz rückläufigen Arbeitsanfalls – weiterhin über die im Arbeitsvertrag fixierte Stundenzahl hinaus zu beschäftigen, könne aus diesem flexiblen Arbeitseinsatz jedoch nicht hergeleitet werden.

Entscheidungsgründe

12

Die Berufung der Klägerin ist begründet und führt unter Abänderung der arbeitsgerichtlichen Entscheidung zur antragsgemäßen Verurteilung der Beklagten.

13

I

14

Rechtsgrundlage für den verfolgten Vergütungsanspruch ist die Vorschrift des § 615 BGB.

15

Wie im Folgenden auszuführen ist, ist die im schriftlichen Arbeitsvertrag enthaltene Regelung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 28,5 Stunden stillschweigend in eine Vollzeitbeschäftigung mit der betriebsüblichen und tariflichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden abgeändert worden (1). Auf dieser Grundlage steht der Klägerin Arbeitsvergütung im Umfang des vorangehenden Arbeitseinsatzes in den letzten sechs Monaten vor Reduzierung des Beschäftigungsumfanges zu (2). Obgleich die Klägerin ausdrücklich ihre Beschäftigung im bisherigen Umfang gefordert hat, ist sie im Anspruchszeitraum November 2004 bis Februar 2005 nur in geringerem Umfang zur Arbeitsleistung herangezogen und bezahlt worden, weswegen die Beklagte die Vergütungsdifferenz nach den Regeln des Annahmeverzuges zu bezahlen hat (3). Schließlich hat die Klägerin ihre Forderung auch rechtzeitig im Tarifsinne geltend gemacht (4).

16

1. Die im Arbeitsvertrag getroffene Regelung der Arbeitszeit von 28,5 Stunden/Woche ist nachfolgend – ohne dass die vereinbarte Schriftformklausel entgegensteht – nachträglich durch stillschweigende Abrede abgeändert worden.

17

a). Abweichend vom Inhalt des schriftlichen Arbeitsvertrages aus dem Jahre 1992, welcher eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 28,5 Stunden mit einer Beschäftigung an den Wochentagen Montag, Dienstag und Freitag von 8.00 bis 13.00 Uhr sowie Mittwoch und Donnerstag von 8.00 bis 16.00 Uhr mit der Maßgabe einer flexiblen Arbeitszeitverteilung vorsieht, ist die Klägerin unstreitig seit mehreren Jahren bis einschließlich August 2004 unter deutlicher Überschreitung der vertraglich vorgesehenen wöchentlichen Arbeitszeit eingesetzt worden. Legt man – wie im Folgenden auszuführen ist – der Beurteilung die Anzahl der tatsächlich in den letzten sechs Monaten (März bis August 2004) geleisteten Stunden zugrunde, wie sie sich unter Ausklammerung von Feiertagen, Urlaubstagen und Krankheitszeiten ergibt, errechnet sich eine Gesamtstundenleistung von 760,7 Stunden an 98

18

Arbeitstagen. Gegenüber der im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeitszeit von 5,7 Arbeitsstunden im Wochendurchschnitt ergibt sich hieraus eine regelmäßige Heranziehung zur Arbeitsleistung deutlich oberhalb der Ausgangsvereinbarung.

b) In Übereinstimmung mit den Ausführungen des arbeitsgerichtlichen Urteils kann allerdings allein die Tatsache, dass der Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum mehr Arbeitsstunden als im Arbeitsvertrag vorgesehen erbringt, für sich genommen nicht genügen, nach den Regeln der Betriebsübung einen Anspruch auf Zuweisung eines entsprechenden Arbeitskontingents zu begründen. Ebenso wenig genügt – wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat – der bloße Zeitablauf zu einer entsprechenden "Konkretisierung" des Arbeitsverhältnisses auf eine Vollzeittätigkeit. Vielmehr kann – je nach den Umständen – auch die laufende Heranziehung des Arbeitnehmers zu Überstunden Ausdruck einer freiwillig übernommenen, über die begründeten Vertragspflichten hinausgehenden Zusatzleistung sein, welche weder für den Arbeitnehmer eine Verpflichtung zur Mehrarbeit für die Zukunft begründet, noch den Arbeitgeber auch in Zeiten geringeren Arbeitsanfalls zur Zuweisung von Arbeit und Zahlung von Vergütung im früher praktizierten Umfang verpflichtet.

c) Von der regelmäßigen Leistung von Überstunden zu unterscheiden ist allerdings die – auch stillschweigend mögliche – Änderung des Arbeitsvertrages und der hierin enthaltenen Regelung der wöchentlichen Arbeitszeit. Allein das im Arbeitsvertrag vorgesehene Schriftformerfordernis steht der Verbindlichkeit einer mündlichen Vereinbarung nicht entgegen, sofern nur die Parteien die Verbindlichkeit ihrer Absprache wollen (vgl. Palandt/Heinrichs, 65. Aufl., § 125 BGB Rz 14 m.w.N.).

Für die Auslegung, inwiefern die wiederholte Heranziehung des Arbeitnehmers zur Arbeit über die zunächst vereinbarte Arbeitszeit hinaus – einzelfallbezogen oder nach abstrakten Regeln – die arbeitsvertragliche Vereinbarung unberührt lässt oder aber im Sinne einer einvernehmlichen Ausweitung der vertraglichen Arbeitszeit zu würdigen ist, kommt es auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles an. Auf der Grundlage des Vertragsrechts und der Regeln des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme ist danach insbesondere maßgeblich, inwieweit aus der Sicht des Arbeitnehmers die Heranziehung zur zusätzlichen Arbeitsleistung als "außerplanmäßig" und vertraglich nicht geschuldet erfolgt oder ob sich die Arbeitseinteilung als Vollzug einer – entsprechend ausgeweiteten – vertraglichen Verpflichtung versteht.

Zu Recht verweist die Klägerin in diesem Zusammenhang auf die zutreffend zitierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 4 Abs. 1 a EFZG. Danach hat die Abgrenzung von Überstunden einerseits und individuell regelmäßig über die betriebsübliche oder tarifliche Arbeitszeit hinaus geleisteter Arbeit andererseits danach zu erfolgen, ob aufgrund bestimmter besonderer Umstände ein zusätzlicher Arbeitsanfall zu bewältigen ist und die ansonsten übliche Arbeitszeit aus diesem Grunde lediglich vorübergehend verändert wird, oder ob es sich um eine ständig erbrachte Mindestarbeitsleistung oberhalb der im Arbeitsvertrag vorgesehenen Arbeitszeit hinaus handelt, welche von der Leistung zusätzlicher Überstundenleistung zu unterscheiden ist (BAG, Urteil vom 09.07.2003 – 5 AZR 610/01; Urteil vom 21.11.2001 – 5 AZR 296/00 – AP Nr. 56 zu § 4 EntgeltFG). Wird regelmäßig eine bestimmte erhöhte Arbeitszeit abgerufen und geleistet, ist dies, wie das Bundesarbeitsgericht betont, regelmäßig Ausdruck der vertraglich geschuldeten Leistung (BAG, Urteil vom 09.07.2003 zu Ziffer II. 3. c. Maßgeblich für die Feststellung der vertraglichen Arbeitszeit ist danach nicht der Text des Arbeitsvertrages, sondern das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens (BAG, AP Nr. 56 zu § 4 Entgelt FG).

d) Wie sich aus dem Umstand ergibt, dass die Klägerin nicht nur an einzelnen Tagen, sondern über mehrere Jahre durchgängig deutlich mehr als die im schriftlichen Arbeitsvertrag vorgesehenen Arbeitsstunden geleistet hat, kommt als Grund für die Heranziehung zur zusätzlichen Arbeitsleistung nicht ein aktueller, etwa durch den Ausfall anderer Arbeitskräfte bedingter Zusatzbedarf in Betracht. Maßgeblich war vielmehr, wie von Seiten der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht ausgeführt worden ist, der Umstand, dass im Betrieb der Beklagten als Zeitschriftengroßvertrieb in jedem Falle die vollständige Erledigung des aktuellen Arbeitsanfalls gewährleistet sein muss. Das bedeutet etwa, dass bei einem feiertagsbedingtem Arbeitsausfall die Arbeit nicht wegfällt bzw. unerledigt bleiben kann, vielmehr muss die Arbeit zeitnah nachgeholt werden. Der so begründete verstärkte Arbeitsanfall wird von den Beschäftigten ohne Beschränkung auf die vereinbarte Arbeitszeit erledigt. Die Tatsache, dass die Klägerin seit mehreren Jahren über die vertraglich vorgesehene Arbeitszeit hinaus eingesetzt worden ist, lässt sich unter diesen Umständen allein dadurch erklären, dass ein entsprechend erhöhter Arbeitsanfall nicht nur gelegentlich aus besonderem Anlass, sondern durchgängig vorlag; nicht hingegen kann von einer aktuell durch nicht einplanbare Umstände ausgelösten Bedarfssituation ausgegangen werden, wie sie für die Leistung von Überstunden kennzeichnend ist. Erst recht bietet der Vortrag der Parteien keine Grundlage für die Annahme, die Klägerin sei jeweils im Einzelfall bzw. spätestens ab Überschreitung der vertraglich vorgesehenen wöchentlichen Arbeitszeit von 28,5 Stunden gefragt worden, ob sie bereit sei, zusätzliche Arbeitsleistung zu erbringen. Im Gegenteil ergab sich ohne weiteres schon aus dem entsprechend hohen Arbeitsanfall, dass die Beschäftigten einschließlich der Klägerin so zur Arbeit eingeteilt wurden, dass eine vollständige Erledigung des Arbeitspensums gewährleistet war. Allein der Umstand, dass sich die Klägerin gegen die Heranziehung zur Arbeit nicht gewehrt, sondern sich im Gegenteil hierauf eingerichtet hat, steht dem vertraglich bindenden Charakter des erhöhten Arbeitseinsatzes nicht entgegen.

e) Auch die vorliegenden Lohnabrechnungen belegen die Tatsache, dass die Beklagte bei der Berechnung der Entgeltfortzahlung selbst nicht den Standpunkt eingenommen hat, maßgeblich sei allein die im Referenzzeitraum angefallene "regelmäßige Arbeitszeit" im Sinne der vertraglich vereinbarten 28,5 Stunden/Woche, die darüber hinaus geleisteten

24

Arbeitsstunden seien hingegen als Überstunden gemäß § 4 Abs. 1 a EFZG unberücksichtigt zu lassen. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Entgeltfortzahlung hat die Beklagte vielmehr zu Recht die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden als "maßgebliche regelmäßige Arbeitszeit" im Sinne des § 4 Abs. 1 EFZG der Berechnung der Entgeltfortzahlung zugrundegelegt.

25

Die für die Berechnung der Entgeltfortzahlung maßgeblichen Rechtsgrundsätze sind zwar bei der Beurteilung der hier verfolgten Verzugslohnansprüche nicht unmittelbar anwendbar. Abweichend vom Standpunkt der Klägerin kann es dementsprechend nicht von vornherein als Widerspruch angesehen werden, wenn bei vergangenheitsbezogener Berechnung von Entgeltfortzahlungsansprüchen u.U. höhere Beträge als für die laufend verdiente Vergütung in Ansatz zu bringen sind. Dies ändert aber nichts an der Notwendigkeit, im Wege der Auslegung den Umfang der vertraglich maßgeblichen Arbeitszeit zu bestimmen. Diese Beurteilung kann für Ansprüche auf laufendes Arbeitsentgelt, Verzugslohn und Entgeltfortzahlung nur einheitlich vorgenommen werden. Nicht anders als bei der Berechnung von Entgeltfortzahlungsansprüchen kommt danach der tatsächlichen Handhabung des Arbeitsvertrages als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens maßgebliche Bedeutung zu. Nachdem die Klägerin ohne jeden erkennbaren Vorbehalt über mehrere Jahre zu weitaus mehr Arbeitsstunden herangezogen worden ist, als dies dem schriftlichen Arbeitsvertrag

26

entsprach, muss hier von einer konkludenten Neuregelung der Arbeitszeit ausgegangen werden. Inhalt dieser Vereinbarung ist nicht etwa allein die Verpflichtung, für einen vorübergehenden Bedarf Überstunden zu leisten, vielmehr ist mangels solcher Umstände, welche auf eine zeitliche Begrenzung der praktizierten Arbeitszeitverlängerung deuten, von einer dauerhaften Änderung der regelmäßigen vertraglichen Arbeitszeit auszugehen.

2. In Anbetracht der Tatsache, dass die vorstehend begründete Vertragsänderung nicht ausdrücklich auf eine bezifferte Anzahl von Arbeitsstunden gerichtet war, muss der Umfang der konkludent vereinbarten Arbeitszeitregelung nach den Umständen ermittelt werden. Hierzu bedarf es einer vergangenheitsbezogenen Betrachtung. Mit Rücksicht darauf, dass schon nach dem Inhalt des schriftlichen Arbeitsvertrages eine flexible Verteilung der täglichen Arbeitszeit vorgesehen war, muss hierbei die Schwankungsbreite der tatsächlich in den einzelnen abgerechneten Monaten geleisteten Arbeit berücksichtigt werden. Soweit die Parteien demgegenüber auf die jeweilige Monatsvergütung abstellen, umfasst diese – wie aus den vorgelegten Lohnabrechnungen ersichtlich – auch Vergütungszahlungen für Feier-, Urlaubs- und Krankheitstage, welche ihrerseits auf einer Durchschnittsberechnung beruhen und für den Umfang der tatsächlich geleisteten Arbeit im aktuellen Monat ohne Belang sind.

27

a) Ausgehend von diesen Grundsätzen ergibt die Auswertung der Lohnabrechnungen folgende Berechnung:

28

<u>Monat</u>	<u>tatsächliche Arbeitsstunden</u>	<u>Anzahl tatsächlicher Arbeitstage</u>
März 2004	175,07	23
April 2004	81,36	11
Mai 2004	84,28	10
Juni 2004	168,68	20
Juli 2004	120,32	17
August 2004	130,99	17

29

Insgesamt errechnet sich daraus eine Arbeitszeit von 760,7 Stunden an 98 Arbeitstagen.

30

b) In den Monaten Mai und Juni 2004 hat die Klägerin allerdings ausweislich der vorliegenden Lohnabrechnungen für 4 bzw. 11,86 Stunden Überstundenzuschläge erhalten. Dies dürfte sich daraus erklären, dass die Klägerin hier die wöchentliche Arbeitszeit von 38,5 Stunden überschritten und danach einen tariflichen Anspruch auf Überstundenzuschläge erworben hat. Gleichwohl sind auch die mit einem Überstundenzuschlag versehenen Stunden in die hier maßgebliche Berechnung einzubeziehen. Allein aus der Gewährung der tariflichen Zuschläge kann nicht hergeleitet werden, in Bezug auf die mit Zuschlägen belegten Stunden handele es sich – im Gegensatz zu den übrigen Arbeitsstunden – um ein vom regelmäßig geleisteten "Arbeitszeitsockel" abgrenzbares Arbeitspensum im Sinne zusätzlicher (unregelmäßiger) Überstunden. Demgemäß besteht kein Anlass, von der dargestellten Berechnung der durchschnittlichen Arbeitszeit abzuweichen. Zugleich ergibt sich hieraus, dass die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden im berücksichtigten Sechs-Monats-Zeitraum nur mäßigen Schwankungen unterliegt, weswegen eine Rückschau auf diesen Zeitraum als hinreichend repräsentativ erscheint.

31

32

c) Ausgehend von der vergangenheitsbezogenen ermittelten durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit der letzten sechs Monate ergibt sich aber, dass der Klägerin die begehrte Vergütung für eine Vollzeitbeschäftigung zusteht. Dies gilt ohne weiteres für die Berechnung der als Verzugslohn beanspruchten Vergütungsdifferenzen für diejenigen Tage, an welchen die Klägerin in den Monaten November 2004 bis Februar 2005 tatsächlich gearbeitet hat und für welche nach den vorstehenden Ausführungen jedenfalls die betriebsübliche und tariflich maßgebliche Arbeitszeit von 7,7 Stunden in Ansatz zu bringen ist. Soweit in den Anspruchszeitraum November 2004 bis Februar 2005 Feiertage, Urlaubstage oder Entgeltfortzahlungszeiträume fallen, für welche dem Grunde nach eine Durchschnittsberechnung vorzunehmen ist (so dass etwa bei der Berechnung der Arbeitsvergütung für den Monat November 2004 die in den Monaten August bis Oktober 2004 fallenden Arbeitsstunden als Berechnungsgrundlage dienen), gilt im Ergebnis nichts anderes. Soweit nämlich die Klägerin im Referenzzeitraum nach den vorstehenden Ausführungen vertragswidrig nicht mit der vollen Arbeitszeit eingesetzt worden ist, ändert dies nichts daran, dass auch die ausgefallenen und unvergütet gebliebenen Stunden zur regelmäßigen Arbeitszeit zählen. Damit verbleibt es aber auch bei der Berechnung der Arbeitsvergütung für "Ausfalltage" nach dem Referenzprinzip bei der ermittelten durchschnittlichen Vollzeitarbeit. Die von der Klägerin auf dieser Grundlage vorgenommene Berechnung der maßgeblichen regelmäßigen Arbeitszeit und der zu beanspruchenden Vergütung ist damit nicht übersetzt und somit für die gerichtliche Entscheidung maßgeblich.

3. Wie sich aus dem Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 23.11.2004 ergibt, hat die Klägerin bereits zeitnah zum reduzierten Arbeitseinsatz ab dem Monat September 2004 darauf gedrängt, "dass ihr Besitzstand von 167 Stunden monatlich erhalten" bleibe. Hier lässt sich unschwer ein Arbeitsangebot im Sinne des Gesetzes erblicken, so dass jedenfalls ab dem Monat November 2004 die Voraussetzungen des Annahmeverzuges vorlagen. 33

4. Schließlich hat die Klägerin die hier verfolgten Ansprüche für den Zeitraum November 2004 bis Februar 2005 auch rechtzeitig im Tarifsinne geltend gemacht. 34

a) Die Arbeitsvergütung für den Monat November 2004 wurde gemäß § 15 Ziff. 1 MTV Groß- und Außenhandel NRW am Ende dieses Monats fällig. Gemäß § 15 Ziff. 2 MTV war eine schriftliche Geltendmachung binnen drei Monaten nach Fälligkeit erforderlich. Das Geltendmachungsschreiben vom 14.03.2005 wahrt zwar für Ansprüche aus dem Monat November die erforderliche Drei-Monats-Frist nicht. Bereits das vorangehende Schreiben vom 23.11.2004 enthält aber den unmissverständlichen Hinweis, dass die Klägerin eine 35

Beschäftigung mit 167 Stunden/Monat verlangt. Auch wenn zunächst in diesem Schreiben allein die fälligen Vergütungsdifferenzen für die Monate September und Oktober in bezifferter Form geltend gemacht werden, ergibt sich jedoch aus der weiteren Formulierung am Ende des Schreibens, in welchem es heißt, 36

"... 37

Darüber hinaus fordern wir Sie auf, die Arbeitsleistung von 167 Stunden im Monat, die unser Mitglied hiermit ausdrücklich anbietet, anzunehmen, andernfalls setzen wir Sie in Annahmeverzug. Auch gehen wir davon aus, dass Sie für den Monat November unserem Mitglied entsprechend der Arbeitsleistung von 167 Stunden das Gehalt vergüten werden. 38

"...", 39

40

dass die Klägerin auch für den Monat November 2004 Beschäftigung und volle Vergütung für 167 Stunden fordert. Aus Sicht der Beklagten war so mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar, dass die Klägerin nicht allein vergangenheitsbezogene Differenzen einforderte, sondern auch für die Folgezeit und insbesondere für den laufenden Monat November die Vergütung einer Vollzeitkraft auf der Grundlage von 167 Stunden verlangte. Den sich auf dieser Grundlage ergebenden Differenzbetrag konnte die Beklagte anhand des unstreitigen Stundenlohns und der ebenfalls unstreitigen Einsatzzeiten der Klägerin unschwer selbst ermitteln.

b) Nach § 15 Ziff. 2 Abs. 2 MTV war sodann binnen weiterer drei Monate nach Ablauf der vorangehenden Drei-Monats-Frist Klage zu erheben. Die am 18.04.2005 bei Gericht eingegangene und der Beklagten am 22.04.2005 zugestellte Klage wahrt damit rechtzeitig die tarifliche Verfallfrist. 41

II 42

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen, da sie unterlegen ist. 43

III 44

Die Kammer hat die Revision gegen das Urteil gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zugelassen. 45

Dr. Dudenbostel	Dachrodt	Tillmann	46
-----------------	----------	----------	----

/Go./En. 47