

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 26. Oktober 2016
- 5 AZR 127/16 -
ECLI:DE:BAG:2016:261016.U.5AZR127.16.0

I. Arbeitsgericht Paderborn

Urteil vom 5. August 2015
- 2 Ca 62/15 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 13. Januar 2016
- 3 Sa 1252/15 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Umkleidezeiten - Schätzung

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 5 AZR 168/16 -

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 127/16
3 Sa 1252/15
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. Oktober 2016

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Oktober 2016 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Weber und Dr. Volk sowie die ehrenamtliche Richterin Christen und den ehrenamtlichen Richter Pollert für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 13. Januar 2016 - 3 Sa 1252/15 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Vergütung von Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten. 1

Der Kläger war bei der nicht tarifgebundenen Beklagten, die insbesondere für Unternehmen der „S-Gruppe“ technische und handwerkliche Serviceleistungen erbringt, beschäftigt. Er wurde in der Lebensmittelproduktion eingesetzt und bezog einen Stundenlohn. Im Arbeitsvertrag vom 31. August 2001 hieß es ua.: 2

„§ 1

...

Aufgrund der bei der Produktion von Lebensmitteln geltenden Hygieneverordnung ist jeder Arbeitnehmer verpflichtet, den Dienst täglich mit sauberer und vollständiger Dienstkleidung anzutreten und zu erfüllen. Die Bedienung der Zeiterfassungsanlage, dh. das An- und Abstempeln hat ausschließlich persönlich und zwar immer in einwandfreier Dienstkleidung zu erfolgen.

Die Wegezeiten zu bzw. von den Stempeluhren oder Pausenräumen sind leistungsentgeltfrei.

...“

Die Arbeitskleidung wurde von der Beklagten gestellt. Sie durfte nach den für die Tätigkeit des Klägers geltenden Hygienevorschriften nicht mit nach Hause genommen werden und war im Betrieb an- und abzulegen. Hierzu musste der Kläger nach Betreten des Betriebsgeländes die Arbeitskleidung an einer Ausgabestelle abholen, sich in einem Umkleideraum umziehen und anschlie- 3

ßend im Bereich der Pforte an einer ersten Stempeluhr, die dazu dient, die Anwesenheit im Betrieb zu registrieren, abstempeln. Danach hatte er sich zum Betriebsgebäude zu begeben und dort an einer zweiten Stempeluhr erneut zu stempeln. Der Vorgang war nach Schichtende in umgekehrter Folge zu absolvieren.

Mit der am 15. Januar 2015 eingereichten Klage begehrt der Kläger Vergütung für die vom 1. Januar 2011 bis zum 31. August 2014 an 683 Arbeitstagen mit dem An- und Ablegen der Arbeitskleidung verbundenen Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten. Er hat geltend gemacht, hierfür arbeitstäglich 30 Minuten benötigt zu haben. 4

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.279,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 29. November 2014 zu zahlen. 5

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Vergütungspflichtig sei nur die Zeit nach Betätigen der zweiten Stempeluhr. Ein Anspruch auf Vergütung der für das Umkleiden und das Zurücklegen der Wege erforderlichen Zeit sei nach § 1 Arbeitsvertrag ausgeschlossen. Etwaige Ansprüche seien verwirkt. 6

Das Arbeitsgericht hat dem Kläger für arbeitstäglich 15 Minuten 2.139,50 Euro brutto zugesprochen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen des Klägers und der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage. 7

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das der Klage teilweise stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist in dem in der 8

Revisionsinstanz noch anhängigen Umfang begründet. Die Beklagte schuldet dem Kläger als Vergütung für die an 683 Arbeitstagen im Zeitraum 1. Januar 2011 bis 31. August 2014 erbrachten Umkleide- und Wegezeiten 2.139,50 Euro brutto nebst Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe.

- I. Der Kläger hat für jeden Arbeitstag im streitgegenständlichen Zeitraum gemäß § 611 BGB Anspruch auf Vergütung der Zeit, die er unter Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit benötigte, um sich umzukleiden und die damit verbundenen Wege zwischen Ausgabestelle und zweiter Stempeluhr zurückzulegen. Das haben die Vorinstanzen zu Recht erkannt. 9
1. Die gesetzliche Vergütungspflicht des Arbeitgebers knüpft nach § 611 Abs. 1 BGB an die Leistung der versprochenen Dienste an (*BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR 355/12 - Rn. 16 f.; 19. März 2014 - 5 AZR 954/12 - Rn. 17*). Zu den „versprochenen Diensten“ iSv. § 611 BGB zählt nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt. Der Arbeitgeber verspricht die Vergütung für alle Dienste, die er dem Arbeitnehmer aufgrund seines arbeitsvertraglich vermittelten Weisungsrechts abverlangt. „Arbeit“ als Leistung der versprochenen Dienste iSd. § 611 Abs. 1 BGB ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient (*BAG 19. September 2012 - 5 AZR 678/11 - Rn. 28, BAGE 143, 107; 12. Dezember 2012 - 5 AZR 355/12 - Rn. 17; 19. März 2014 - 5 AZR 954/12 - Rn. 18*). 10
2. Der Kläger hat mit dem An- und Ablegen der Arbeitskleidung und dem Zurücklegen der damit verbundenen innerbetrieblichen Wege eine Arbeitsleistung erbracht, die als Teil der versprochenen Dienste vergütungspflichtig ist. 11
- a) Zur Arbeit gehören auch das Umkleiden und Zurücklegen der hiermit verbundenen innerbetrieblichen Wege, wenn der Arbeitgeber das Tragen einer bestimmten Kleidung vorschreibt, die im Betrieb an- und abgelegt werden muss, und er das Umkleiden nicht am Arbeitsplatz ermöglicht, sondern dafür eine vom Arbeitsplatz getrennte Umkleidestelle einrichtet (*BAG 19. September* 12

2012 - 5 AZR 678/11 - Rn. 23, BAGE 143, 107). Die Fremdнützigkeit ergibt sich in diesem Fall aus der Weisung des Arbeitgebers, die Arbeitskleidung erst im Betrieb anzulegen und sich dort an einer zwingend vorgegebenen, vom Arbeitsplatz getrennten Umkleidestelle umzuziehen (BAG 10. November 2009 - 1 ABR 54/08 - Rn. 15; 19. September 2012 - 5 AZR 678/11 - Rn. 23, aaO; 17. November 2015 - 1 ABR 76/13 - Rn. 25, BAGE 153, 225).

b) Das Umkleiden und das Zurücklegen der damit verbundenen innerbetrieblichen Wege waren danach Teil der vom Kläger geschuldeten Arbeitsleistung. 13

aa) Dem Kläger wurde von der Beklagten im Rahmen des ihr zustehenden Weisungsrechts abverlangt, eine bestimmte Arbeitskleidung zu tragen. Er war nach § 1 Arbeitsvertrag verpflichtet, seine Tätigkeit mit „sauberer und vollständiger“ Dienstkleidung anzutreten. Nach den Vorgaben der Beklagten durfte er sie erst in den eigens dafür vorgesehenen Räumlichkeiten auf dem Betriebsgelände anlegen und musste sie dort ablegen. Das Tragen der Arbeitskleidung stand in unmittelbarem Zusammenhang mit der eigentlichen Tätigkeit des Klägers. Es entsprach den bei der Produktion von Lebensmitteln geltenden Hygienevorschriften und diente den Interessen der Beklagten. 14

bb) Die Beklagte hatte, indem sie - getrennt vom eigentlichen Arbeitsplatz des Klägers - eine Ausgabestelle für die Arbeitskleidung und Umkleideräume einrichtete, die Arbeit so organisiert, dass sie dort begann und endete. Der Weg von der Ausgabestelle zum eigentlichen Arbeitsplatz war deshalb nicht dem Arbeitsweg zuzurechnen (vgl. hierzu BAG 28. Juli 1994 - 6 AZR 220/94 - zu II 3 b der Gründe, BAGE 77, 285; 19. September 2012 - 5 AZR 678/11 - Rn. 23, BAGE 143, 107). 15

3. Die Vergütungspflicht war nicht abbedungen oder abweichend geregelt. 16

a) Grundsätzlich kann durch Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag eine gesonderte Vergütungsregelung für eine andere als die eigentliche Tätigkeit getroffen werden (BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR 355/12 - Rn. 18; 19. März 2014 - 5 AZR 954/12 - Rn. 30). 17

- b) Tarifliche Regelungen fanden auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung. § 1 Arbeitsvertrag schloss die Vergütungspflicht für das Umkleiden und Zurücklegen der damit verbundenen innerbetrieblichen Wege nicht aus. Dies ergibt die Auslegung des Arbeitsvertrags, bei dessen Bestimmungen es sich nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts um Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB) handelte. 18
- aa) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind - ausgehend vom Wortlaut - nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Von Bedeutung für das Auslegungsergebnis sind ferner der von den Parteien verfolgte Regelungszweck sowie die der jeweils anderen Seite erkennbare Interessenlage der Beteiligten. Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist durch das Revisionsgericht uneingeschränkt überprüfbar (BAG 21. Januar 2015 - 10 AZR 84/14 - Rn. 26, BAGE 150, 286; 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 46; 24. Februar 2016 - 5 AZR 258/14 - Rn. 26). 19
- bb) Nach diesen Auslegungsgrundsätzen bezog sich § 1 Arbeitsvertrag nur auf Leistungsentgelte und nicht auf den dem Kläger zugesagten Stundenlohn. 20
- (1) Leistungsentgelte sind nach allgemeinem juristischem Verständnis solche Vergütungen, bei denen die Leistung des Arbeitnehmers gemessen und mit einer Bezugsleistung verglichen wird, also sich die Höhe der Vergütung unmittelbar nach dem Verhältnis beider Leistungen zueinander bestimmt (st. Rspr., vgl. BAG 15. Mai 2001 - 1 ABR 39/00 - zu B II 1 a der Gründe, BAGE 97, 379; Fitting BetrVG 28. Aufl. § 87 Rn. 530; ErfK/Kania 17. Aufl. § 87 BetrVG Rn. 127). 21

- (2) Die Regelung in § 1 Arbeitsvertrag „die Wegezeiten zu bzw. von den Stempeluhren oder Pausenräumen sind leistungsentgeltfrei“ erfasste nicht den im Arbeitsvertrag vereinbarten Stundenlohn. 22
- (a) Bedient sich der Arbeitgeber in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Rechtsbegriffs, der im juristischen Sprachgebrauch eine bestimmte Bedeutung hat, ist der Begriff in seiner allgemeinen juristischen Bedeutung auszulegen, sofern sich nicht aus dem Sinnzusammenhang der Klausel etwas anderes ergibt (vgl. *Schaub/Linck ArbR-HdB 16. Aufl. § 35 Rn. 30; zur Auslegung von Tarifverträgen BAG 17. März 2010 - 5 AZR 317/09 - Rn. 13, BAGE 133, 337; 22. Juli 2010 - 6 AZR 78/09 - Rn. 20, BAGE 135, 179; 16. April 2014 - 4 AZR 802/11 - Rn. 24, BAGE 148, 68; 19. November 2014 - 5 AZR 121/13 - Rn. 18, BAGE 150, 88*). 23
- (b) Bei der dem Kläger zugesagten Vergütung handelte es sich nicht um ein Leistungsentgelt. Der Stundenlohn war dem Kläger, unabhängig von der Relation seiner Leistung zu einer Bezugsleistung, als Gegenleistung für die Arbeitsleistung zu zahlen. Für ein vom juristischen Sprachgebrauch abweichendes Verständnis bietet weder § 1 Arbeitsvertrag noch der Sinnzusammenhang der Klausel Anhaltspunkte. 24
- (3) Dem gefundenen Auslegungsergebnis steht nicht entgegen, dass dem Kläger kein Leistungsentgelt, sondern ausschließlich ein Stundenentgelt geschuldet war. Allgemeine Geschäftsbedingungen werden der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags vom Verwender als für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen gestellt. Ein durchschnittlicher Arbeitnehmer muss, selbst wenn in seinem Fall nur eine leistungsunabhängige Vergütung vereinbart ist, nicht davon ausgehen, der Rechtsbegriff „leistungsentgeltfrei“ sei erweiternd dahingehend auszulegen, auch nicht leistungsbezogene Vergütungsbestandteile seien erfasst. 25
- cc) Angesichts der Eindeutigkeit der Regelung ist für die Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB kein Raum. Die Unklarheitenregelung setzt voraus, dass die Auslegung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung mindestens zwei Ergebnisse 26

als vertretbar erscheinen lässt und keines den klaren Vorzug verdient. Es müssen „erhebliche Zweifel“ an der richtigen Auslegung bestehen. Die entfernte Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt für die Anwendung der Bestimmung nicht (*BAG 9. Juni 2010 - 5 AZR 332/09 - Rn. 39; 21. Januar 2015 - 10 AZR 84/14 - Rn. 26, BAGE 150, 286; 9. Dezember 2015 - 7 AZR 68/14 - Rn. 13; 24. Februar 2016 - 5 AZR 258/14 - Rn. 30*). Im Übrigen führte diese gesetzliche Auslegungsregel zum selben Ergebnis.

4. Das Landesarbeitsgericht hat den zeitlichen Umfang der vergütungspflichtigen Umkleide- und Wegezeit rechtsfehlerfrei unter Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO ermittelt. 27

a) Vergütungspflichtig ist die Zeit, die für das An- und Ablegen der Arbeitskleidung und das Zurücklegen der damit verbundenen innerbetrieblichen Wege erforderlich ist (*vgl. BAG 19. März 2014 - 5 AZR 954/12 - Rn. 26*). Zur Ermittlung der Zeitspanne ist ein modifizierter subjektiver Maßstab anzulegen, denn der Arbeitnehmer darf seine Leistungspflicht nicht frei selbst bestimmen, sondern muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. „Erforderlich“ ist nur die Zeit, die der einzelne Arbeitnehmer für das Umkleiden und den Weg zur und von der Umkleidestelle im Rahmen der objektiven Gegebenheiten unter Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit benötigt (*BAG 19. September 2012 - 5 AZR 678/11 - Rn. 24, BAGE 143, 107; 12. November 2013 - 1 ABR 59/12 - Rn. 48, BAGE 146, 271; 19. März 2014 - 5 AZR 954/12 - Rn. 47*). Bei Ermittlung der erforderlichen Zeit gilt es, die Variablen des Umkleidevorgangs zu berücksichtigen. Hierzu gehören ua. die Fragen, welche Privatkleidung je nach Jahreszeit der Arbeitnehmer zuvor getragen hat und welche Wartezeiten (auf die Ausgabe der Kleidung, auf Aufzüge etc.) notwendigerweise entstehen (*BAG 19. September 2012 - 5 AZR 678/11 - Rn. 41, aaO*). 28

b) Die unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze vorgenommene Schätzung der erforderlichen Umkleide- und Wegezeit nach § 287 Abs. 2 ZPO hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 29

aa) Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass Umkleide- und Wegezeiten angefallen sind, vom Arbeitgeber veranlasst wurden und im geltend gemachten Umfang erforderlich waren (vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 25 ff., BAGE 141, 330; 10. April 2013 - 5 AZR 122/12 - Rn. 15 ff.). 30

bb) Steht fest (§ 286 ZPO), dass Umkleide- und Wegezeiten auf Veranlassung des Arbeitgebers entstanden sind, kann aber der Arbeitnehmer seiner Darlegungs- oder Beweislast für den zeitlichen Umfang, in dem diese erforderlich waren, nicht in jeder Hinsicht genügen, darf das Gericht die erforderlichen Umkleide- und damit verbundenen Wegezeiten nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO schätzen (vgl. BAG 21. Mai 1980 - 5 AZR 194/78 - zu 4 a der Gründe; 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 18, BAGE 151, 180; aA Franzen NZA 2016, 136, 140). § 287 ZPO bietet damit Erleichterungen für das Beweismaß und das Verfahren, hat aber keine Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Die Norm dehnt das richterliche Ermessen für die Feststellung der Forderungshöhe über die Schranken des § 286 ZPO aus (vgl. BAG 26. September 2012 - 10 AZR 370/10 - Rn. 19, 22 mwN, BAGE 143, 165). Zudem reicht bei der Entscheidung über die Höhe einer Forderung - im Unterschied zu den strengen Anforderungen des § 286 Abs. 1 ZPO - eine erhebliche, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung aus (vgl. BGH 17. Dezember 2014 - VIII ZR 88/13 - Rn. 45). 31

(1) Nach § 287 Abs. 2 ZPO gelten die Vorschriften des § 287 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten entsprechend. Die Vorschrift erlaubt damit auch die Schätzung des Umfangs von Erfüllungsansprüchen, wenn unter den Parteien die Höhe der Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände entweder mit Schwierigkeiten, die zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen, verbunden (BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 20, BAGE 151, 180) oder unmöglich ist (BGH 29. Juni 1961 - VII ZR 32/60 -; Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. § 287 Rn. 29; Wieczorek/Schütze/ 32

Ahrens 4. Aufl. § 287 ZPO Rn. 61). Das Tatsachengericht muss unter Würdigung aller Umstände entscheiden, ob nach seiner Überzeugung Umkleide- und Wegezeiten entstanden sind und in welchem Umfang sie erforderlich waren. Es hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen, ob Beweis zu erheben ist oder auf Grundlage des festgestellten Sachverhalts nach § 287 Abs. 2 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestumfangs benötigter Umkleide- und Wegezeiten möglich ist.

(2) Das Landesarbeitsgericht hat die Voraussetzungen einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO zu Recht bejaht. 33

(a) Eine Schätzung hat zu unterbleiben, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte vollkommen „in der Luft hänge“ und daher willkürlich wäre. Die für eine Schätzung unabdingbaren Anknüpfungstatsachen muss derjenige, der den Erfüllungsanspruch geltend macht, darlegen und beweisen (*vgl. BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 19, BAGE 151, 180; BGH 17. Dezember 2014 - VIII ZR 88/13 - Rn. 46 mwN*). 34

(b) Der Umkleidevorgang, den der Kläger auf Weisung der Beklagten jeweils vor Beginn und nach Ende des Arbeitstags vollziehen musste und die mit diesem verbundenen innerbetrieblichen Wege, als die für eine Schätzung unerlässlichen Anknüpfungstatsachen, sind vorliegend festgestellt und stehen außer Streit. Die Parteien streiten allein über die hierfür arbeitstäglich erforderliche Zeit, die sich nachträglich nicht weiter belegen lässt. 35

(3) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Schätzung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 36

(a) Eine vom Tatsachengericht gemäß § 287 Abs. 2 ZPO nach freier Überzeugung vorzunehmende Schätzung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung. Ob das Tatsachengericht das Mindestmaß der erforderlichen Umkleide- und Wegezeiten zutreffend geschätzt hat, ist nur auf Ermessensüberschreitung dahingehend zu überprüfen, ob das Tatsachengericht wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder der Schätzung unrichtige oder unbewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde ge- 37

legt hat und damit die Schätzung mangels konkreter Anhaltspunkte völlig „in der Luft hängt“, also willkürlich ist (vgl. BAG 26. September 2012 - 10 AZR 370/10 - Rn. 25 mwN, BAGE 143, 165; 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 24, BAGE 151, 180).

(b) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Schätzung der arbeits- 38
täglichen Umkleide- und Wegezeiten auf 15 Minuten ist frei von Rechtsfehlern.
Die Revision zeigt keine Umstände auf, die die Schätzung als willkürlich gegrif-
fen erscheinen ließe. Die Beklagte behauptet nicht, die auf den festgestellten
und zudem unstreitigen Anknüpfungstatsachen beruhende Schätzung sei
rechtsfehlerhaft oder lasse Variablen des Umkleidevorgangs außer Acht.

5. Gegen die Berechnung der Anspruchshöhe, der die festgestellte Zahl 39
der Arbeitstage, der Stundenlohn des Klägers und die durch Schätzung als er-
forderlich ermittelten Umkleide- und Wegezeiten zugrunde liegen, hat die Revi-
sion keine Angriffe erhoben.

II. Der Anspruch des Klägers ist nicht verwirkt. 40

1. Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung 41
und soll dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit dienen. Sie hat nicht den Zweck,
Schuldner, denen gegenüber Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend
gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien. Deshalb
kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen
(Zeitmoment). Es müssen vielmehr besondere Umstände sowohl im Verhalten
des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten (Umstandsmoment),
die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und
Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen.
Der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Ein-
druck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle,
so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch
genommen zu werden. Durch die Verwirkung wird die illoyal verspätete Gel-
tendmachung von Rechten ausgeschlossen. Die Verwirkung dient dem Ver-
trauensschutz. Weiterhin muss - als Zumutbarkeitsmoment - das Erfordernis

des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an einer sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem in Anspruch Genommenen die Erfüllung des Anspruchs oder die Einlassung auf die Klage nicht mehr zuzumuten ist (*BAG 25. April 2006 - 3 AZR 372/05 - Rn. 20, BAGE 118, 51; 22. Februar 2012 - 4 AZR 579/10 - Rn. 43; 25. September 2013 - 5 AZR 936/12 - Rn. 15; 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 60*).

2. Eine Verwirkung scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil sich aus dem Vorbringen der Beklagten und dem unstreitigen Sachverhalt keine Tatsachen ergeben, die geeignet wären, die Annahme zu rechtfertigen, der Beklagten sei es aufgrund eigener Dispositionen „unzumutbar“ geworden (*vgl. BAG 25. September 2013 - 5 AZR 936/12 - Rn. 28; 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 60*), die Ansprüche des Klägers zu erfüllen. 42

III. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB. 43

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 44

Müller-Glöge

Weber

Volk

A. Christen

Pollert