

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 678/11
6 Sa 969/10
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. September 2012

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. September 2012 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Mandrossa und Pollert für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 1. März 2011 - 6 Sa 969/10 - wird hinsichtlich der Ziffer I. 1. der Entscheidungsformel zurückgewiesen, diese wird aber zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit der Klägerin erforderlichen Umkleidezeiten (Berufs- und Bereichskleidung) einschließlich der innerbetrieblichen Wegezeiten von der Umkleidestelle bis zum OP-Bereich vergütungspflichtige Arbeitszeit sind.

2. Im Übrigen wird auf die Revision der Beklagten das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 1. März 2011 - 6 Sa 969/10 - aufgehoben.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob Umkleidezeiten und mit dem Umkleiden zusammenhängende innerbetriebliche Wegezeiten vergütungspflichtige Arbeitszeit sind. 1

Die 1953 geborene Klägerin ist seit 1974 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgänger, dem Freistaat Bayern, am Campus G als Krankenschwester im OP-Dienst in Vollzeit beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung nach der Ersetzung des Bundes-Angestelltentarifvertrags (*BAT*) seit dem 1. November 2006 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder vom 12. Oktober 2006 (*TV-L*) nach näherer Maßgabe des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts (*TVÜ-Länder*) Anwendung. 2

Die Klägerin wurde in die Entgeltgruppe 9 übergeleitet und war dort in der Zeit vom 1. August 2007 bis zum 28. Februar 2009 der Stufe 4+, in der Zeit vom 1. März 2009 bis zum 31. Mai 2010 der Stufe 5 zugeordnet.

Nach § 15 Abs. 7 BAT begann und endete die Arbeitszeit an der Arbeitsstelle. Dazu bestimmte die Protokollnotiz zu § 15 Abs. 7 BAT in der bis zum 31. März 1991 geltenden Fassung: 3

Der Begriff der Arbeitsstelle ist weiter als der Begriff des Arbeitsplatzes. Er umfasst zB die Dienststelle oder den Betrieb, während unter dem Arbeitsplatz der Platz zu verstehen ist, an dem der Angestellte täglich arbeitet.“

Ab dem 1. April 1991 lautete Satz 2 der Protokollnotiz zu § 15 Abs. 7 BAT: 4

„Er umfasst zB den Verwaltungs-/Betriebsbereich in dem Gebäude/Gebäudeteil, in dem der Angestellte arbeitet.“

Im TV-L findet sich keine dem § 15 Abs. 7 BAT vergleichbare Regelung. § 25 Abs. 2 TVÜ-Länder ordnet an: 5

„Bestehende Regelungen zur Anrechnung von Wege- und Umkleidezeiten auf die Arbeitszeit bleiben durch das Inkraft-Treten des TV-L unberührt.“

Die Beklagte hat das Pflegepersonal im OP-Bereich zum Tragen von Berufs- und Bereichskleidung verpflichtet und das Umkleiden wie folgt geregelt: Die Beschäftigten im OP-Bereich müssen zunächst an einer Umkleidestelle im Tiefparterre des Klinikgebäudes Berufskleidung anziehen. Sodann begeben sie sich in den OP-Bereich im Dachgeschoss des Klinikgebäudes, wo sie die Berufskleidung wieder ausziehen und Bereichskleidung - dunkelblaue Hosen und Hemden mit V-Ausschnitt - anlegen. Der zweite Umkleidevorgang dauert einschließlich der Desinfektion der Hände ca. vier Minuten. Die von der Beklagten gestellte Berufs- und Bereichskleidung darf von den Beschäftigten nicht mit nach Hause genommen werden und ist täglich zu wechseln. 6

Bis zum 31. Juli 2007 wertete die Beklagte bei Beschäftigten im OP-Bereich pro Arbeitstag insgesamt 30 Minuten für Umkleiden und innerbetriebli- 7

chen Weg als vergütungspflichtige Arbeitszeit. Unter Berufung auf eine geänderte Rechtslage nach dem TV-L hat die Beklagte seit dem 1. August 2007 Umkleide- und innerbetriebliche Wegezeiten zu Dienstbeginn und Dienstende nicht mehr auf die Arbeitszeit angerechnet und - zunächst - nicht vergütet. Am 22. März 2010 schloss sie auf Anregung des Arbeitsgerichts München mit dem Personalrat eine „Dienstvereinbarung über die vergütungs- bzw. arbeitszeitliche Behandlung von Wege- und Umkleidezeiten des betroffenen OP- und Anästhesiepflegepersonals am Klinikum der Universität M“ (*im Folgenden: DV 2010*), in der es ua. heißt:

„§ 1 Geltungsbereich

- (1) Diese Dienstvereinbarung gilt für alle Pflegekräfte des Anästhesie- und Operationsdienstes des Klinikums der Universität M an den Standorten G (nur bis zur Inbetriebnahme des neuen OP-Zentrums) und Innenstadt (nur Chirurgische Klinik und Poliklinik sowie Klinik und Poliklinik für Frauenheilkunde und Geburtshilfe), die aufgrund von Hygiene- und/oder Arbeitsschutzvorschriften zur Ausübung ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit Berufs- bzw. Bereichskleidung anlegen müssen und diese nicht mit nach Hause nehmen dürfen.
- (2) Rückwirkende Regelungen dieser Dienstvereinbarung gelten nicht für Beschäftigte, die im Zeitpunkt des Abschlusses der Dienstvereinbarung Kläger in einem anhängigen gerichtlichen Verfahren gegen das Klinikum der Universität M sind oder waren, dessen Streitgegenstand mit dem Gegenstand dieser Dienstvereinbarung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ganz oder teilweise deckungsgleich ist.

§ 2 Beginn und Ende der Arbeitszeit; Pauschale

- (1) Die Arbeitszeit beginnt bzw. endet mit Aufnahme bzw. Beendigung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit.
- (2) Die Zeiten für das An- und Ablegen von Dienst- und Schutzkleidung und die Wegezeiten von den Umkleideräumen zu den OP-Sälen gelten für die Beschäftigten, die in den Geltungsbereich dieser Dienstver-

einbarung fallen, als vergütungspflichtige Arbeitszeit. Unter Zugrundelegung der durch zusätzliches Umkleiden und Zurücklegen der erforderlichen Wege anfallenden Zeiten haben die Beschäftigten, die in den Geltungsbereich dieser Dienstvereinbarung fallen, Anspruch auf Vergütung einer pauschalierten zuschlagslosen Wege- und Umkleidezeit von:

- 15 Minuten pro Anwesenheitsschicht am Campus G,

...

nach § 8 Absatz 4 TV-L in Verbindung mit § 24 Absatz 1 Satz 4 TV-L.

...

§ 3 Inkrafttreten; Laufzeit; Kündigung

- (1) Diese Dienstvereinbarung tritt zum 01.04.2010 in Kraft.
- (2) Für Zeiten bis zum In-Kraft-Treten dieser Vereinbarung wird den Beschäftigten, die in den Geltungsbereich dieser Dienstvereinbarung fallen, eine einmalige Vergütungspauschale nach folgenden Maßgaben gewährt:
 - Eine Vollzeitkraft, die seit dem 01.08.2007 ununterbrochen im Anästhesie- oder Operationsdienst am Campus G tätig ist, erhält insoweit einen Betrag in Höhe von 2.190,00 Euro brutto (vollexaminiertes Pflegepersonal) bzw. 1.752,00 Euro brutto (sonstiges Pflegepersonal).

...“

Nach erfolglosem außergerichtlichen Verlangen hat die Klägerin mit der am 17. August 2009 beim Arbeitsgericht München eingereichten und mehrfach erweiterten Klage zuletzt für den Zeitraum 1. August 2007 bis 31. Mai 2010 die Bewertung der Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten als Arbeitszeit und deren Vergütung als Überstunden geltend gemacht. Entsprechend der langjährigen Übung der Beklagten seien für alle Arbeitstage einschließlich der Zeiten

8

von Urlaub und Krankheit mit Entgeltfortzahlung jeweils 15 Minuten zu Dienstbeginn und Dienstende anzusetzen.

Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt

9

1. festzustellen, dass die Zeit des An- und Ablegens der Schutzkleidung (Berufskleidung und Bereichskleidung) für ihren Dienst als Krankenschwester zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit der Klägerin zählt und von der Beklagten mit jeweils 15 Minuten zu Dienstbeginn und Dienstende auf die tägliche Arbeitszeit der Klägerin anzurechnen ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 6.363,36 Euro brutto nebst Prozesszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach näherer betragsmäßiger und zeitlicher Staffe- lung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, der TV-L enthalte keine dem § 15 Abs. 7 BAT entsprechende Bestimmung. Damit seien die Umkleidezeiten und innerbetrieblichen Wegezeiten keine vergütungspflichtige Arbeitszeit mehr.

10

Das Arbeitsgericht hat der Klägerin - unter Abweisung der Klage im Übrigen - für die Zeit vom 1. August 2007 bis zum 31. März 2010 den Pauschalbetrag von 2.190,00 Euro brutto nach § 3 Abs. 2 DV 2010 zugesprochen und die Beklagte weiter verurteilt, an die Klägerin für die Monate April und Mai 2010 246,91 Euro brutto zu zahlen. Die nur gegen letztere Verpflichtung gerichtete Berufung der Beklagten hat, nach übereinstimmender Teilerledigungserklärung hinsichtlich nachgezahlter 120,00 Euro, das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - festgestellt, dass die Umkleidezeiten der Klägerin vergütungspflichtige Arbeitszeit darstellen und die Beklagte zunächst zur Zahlung von 6.027,08 Euro brutto, nach Berichtigung des Tenors zur Zahlung von 3.710,08 Euro brutto nebst Zinsen verurteilt. Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte - soweit das erstinstanzliche Urteil nicht rechtskräftig geworden ist - ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet, soweit sie sich gegen den Feststellungsausspruch richtet. Im Übrigen ist die Revision der Beklagten begründet. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts tragen die Höhe der zugesprochenen Forderung nicht. Das führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 12

I. Der Feststellungsantrag ist in der gebotenen Auslegung zulässig. 13

1. Der Feststellungsantrag ist nur insoweit in die Revisionsinstanz gelangt, als die Klägerin die Feststellung begehrt, die Umkleidezeiten (Berufs- und Bereichskleidung) einschließlich der mit dem Umkleiden zusammenhängenden innerbetrieblichen Wegezeiten seien vergütungspflichtige Arbeitszeit. Der Tenor des Feststellungsausspruchs ist zwar enger, aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung ergibt sich aber, dass mit ihm auch die durch das Umkleiden bedingten innerbetrieblichen Wegezeiten erfasst sein sollen. Hinsichtlich der von der Klägerin weiter zur Feststellung beehrten Verpflichtung der Beklagten, die streitgegenständlichen Zeiten mit jeweils 15 Minuten zu Dienstbeginn und Dienstende auf die tägliche Arbeitszeit anzurechnen, hat das Landesarbeitsgericht den Feststellungsantrag rechtskräftig abgewiesen. 14

Der im Feststellungsantrag verwendete Begriff der „vergütungspflichtigen Arbeitszeit“ hat insofern eine gewisse Unschärfe, als nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Vergütungspflicht des Arbeitgebers nach § 611 Abs. 1 BGB allein an die „Leistung der versprochenen Dienste“ anknüpft und damit unabhängig ist von der arbeitszeitrechtlichen Einordnung der Zeitspanne, während derer der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung erbringt (BAG 20. April 2011 - 5 AZR 200/10 - Rn. 20, BAGE 137, 366). Das bedeutet, dass die Qualifikation einer bestimmten Zeitspanne als Arbeitszeit nicht zwingend zu einer Vergütungspflicht führt, während umgekehrt die He- 15

rausnahme bestimmter Zeiten aus der Arbeitszeit nicht die Vergütungspflicht ausschließen muss (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 9, NZA 2012, 939, zu § 21a Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 ArbZG*). Mit der Verwendung des Begriffs der „vergütungspflichtigen Arbeitszeit“ geht es der Klägerin nach dem gesamten Klagevorbringen um die Feststellung, dass die streitgegenständlichen Zeiten - entgegen der Praxis der Beklagten - als Bestandteil der von ihr geschuldeten tariflichen Regelarbeitszeit vergütungspflichtig sind.

2. In dieser Auslegung ist der Feststellungsantrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Er bezeichnet den Streitgegenstand so genau, dass zuverlässig erkennbar ist, worüber das Gericht eine Sachentscheidung treffen soll (*zu den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Feststellungsantrags, vgl. BAG 18. Mai 2011 - 5 AZR 181/10 - Rn. 10, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 4; 11. November 2009 - 7 AZR 387/08 - Rn. 11 mwN, AP ZPO § 253 Nr. 50 = EzA ZPO 2002 § 253 Nr. 3*). 16

3. Ob für diesen sog. Elementenfeststellungsantrag (*vgl. zum Begriff, BAG 21. April 2010 - 4 AZR 755/08 - Rn. 19 mwN, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 101 = EzA ZPO 2002 § 256 Nr. 9*) das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse besteht, kann dahingestellt bleiben. Die Klage ist insoweit jedenfalls als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. Die Zwischenfeststellungsklage trägt dem Umstand Rechnung, dass gemäß § 322 ZPO nur die Entscheidung über den Klageanspruch, nicht aber auch über das ihn bedingende Rechtsverhältnis in Rechtskraft erwächst und demgemäß ein späterer Rechtsstreit derselben Parteien über weitere auf das vorgreifliche Rechtsverhältnis gestützte Ansprüche zu einer abweichenden Beurteilung führen können. Mit der Entscheidung über die Leistungsklage ist der festzustellende Anspruch nur für den der Leistungsklage zugrunde liegenden Zeitraum, nicht aber für die Folgemonate erschöpfend geklärt (*vgl. BAG 19. Oktober 2011 - 5 AZR 566/10 - Rn. 22, PfIR 2012, 440*). 17

II. Soweit er in die Revisionsinstanz gelangt ist, ist der Feststellungsantrag begründet. Die unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit der Klägerin erforderlichen Umkleidezeiten (Berufs- und Bereichskleidung) ein- 18

schließlich der innerbetrieblichen Wegezeiten von der Umkleidestelle bis zum OP-Bereich sind vergütungspflichtige Arbeitszeit. Das hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht erkannt.

1. Die Umkleidezeiten und innerbetrieblichen Wegezeiten von der Umkleidestelle bis zum OP-Bereich sind Teil der von der Klägerin geschuldeten tariflichen Arbeitszeit. 19

a) Aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung findet auf das Arbeitsverhältnis der Parteien der TV-L Anwendung. Mithin hängt die Einordnung der streitgegenständlichen Zeiten als Arbeitszeit davon ab, ob sie nach dem TV-L Bestandteil der tariflichen Arbeitszeit sind. 20

Eine ausdrückliche Bestimmung hierzu enthält der Tarifvertrag nicht. 21

§ 6 Abs. 1 TV-L regelt lediglich die Dauer der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. Was tarifliche Arbeitszeit ist, definieren die Tarifvertragsparteien weder dort noch an anderer Stelle des Tarifvertrags. Lediglich § 25 Abs. 2 TVÜ-Länder könnte mit der Anordnung, dass bestehende Regelungen zur Anrechnung von Wege- und Umkleidezeiten auf die Arbeitszeit durch das Inkrafttreten des TV-L unberührt bleiben, darauf hindeuten, es entspräche dem Willen der Tarifvertragsparteien, Umkleide- und Wegezeiten wie die streitgegenständlichen nach dem TV-L nicht mehr als Bestandteil der tariflichen Arbeitszeit zu werten. Ein derartiger Normsetzungswillen - wenn er denn vorhanden gewesen sein sollte - hat aber im TV-L keinen Niederschlag gefunden. Andererseits haben die Tarifvertragsparteien in § 6 Abs. 4 TV-L von den Öffnungsklauseln des § 7 Abs. 1 und Abs. 2 ArbZG und des § 12 ArbZG Gebrauch gemacht. Zusammen mit dem Fehlen einer Definition dessen, was tarifliche Arbeitszeit sein soll, belegt dies, dass die Tarifvertragsparteien den Begriff der Arbeitszeit mit der Bedeutung verwenden, die der Begriff im Arbeitszeitrecht gefunden hat. § 25 Abs. 2 TVÜ-Länder stellt lediglich klar, dass außerhalb des Tarifvertrags bereits bestehende Regelungen durch das Inkrafttreten des TV-L nicht beeinträchtigt werden sollten.

b) § 2 Abs. 1 ArbZG definiert die Arbeitszeit als die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Entscheidend ist damit, ob die streitgegenständlichen Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten „Arbeit“ sind. 22

Arbeit ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient (*BAG 22. April 2009 - 5 AZR 292/08 - Rn. 15, AP BGB § 611 Wegezeit Nr. 11; 20. April 2011 - 5 AZR 200/10 - Rn. 21, BAGE 137, 366, jeweils mwN*). Zur Arbeit gehört auch das Umkleiden für die Arbeit, wenn der Arbeitgeber das Tragen einer bestimmten Kleidung vorschreibt und das Umkleiden im Betrieb erfolgen muss. Die Fremdnützigkeit des Umkleidens ergibt sich schon aus der Weisung des Arbeitgebers, die ein Anlegen der Arbeitskleidung zu Hause und ein Tragen auf dem Weg zur Arbeitsstätte ausschließt. Im Streitfall kommt hinzu, dass das Tragen der Berufs- und Bereichskleidung der Beschäftigten im OP-Bereich primär hygienischen Zwecken und damit betrieblichen Belangen der Beklagten dient (*vgl. BAG 10. November 2009 - 1 ABR 54/08 - Rn. 15 ff., AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 125 = EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 14; BVerwG 9. März 2012 - 6 P 27/10 - Rn. 22, NZA-RR 2012, 501; Buschmann/Ulber ArbZG 7. Aufl. § 2 Rn. 10; ErfK/Wank 12. Aufl. § 2 ArbZG Rn. 16; Schliemann ArbZG § 2 Rn. 32 ff.*). Da die Arbeit in diesem Falle mit dem Umkleiden beginnt, zählen auch die innerbetrieblichen Wege zur Arbeitszeit, die dadurch veranlasst sind, dass der Arbeitgeber das Umkleiden nicht am Arbeitsplatz ermöglicht, sondern dafür eine vom Arbeitsplatz getrennte Umkleidestelle einrichtet, die der Arbeitnehmer zwingend benutzen muss (*BAG 28. Juli 1994 - 6 AZR 220/94 - zu II 3 b der Gründe, BAGE 77, 285*). Nicht zur Arbeitszeit zählende Wegezeit bleibt aber der Weg von der Wohnung des Arbeitnehmers bis zu der Stelle, an der die Arbeit beginnt, im Streitfall also auch der Weg vom Eingang des Klinikgebäudes bis zur Umkleidestelle im Tiefparterre (*im Ergebnis ebenso Burger in Burger 2. Aufl. TVöD/TV-L § 6 Rn. 6; allgemein zur Einordnung der Wegezeit im Arbeitszeitrecht, ErfK/Wank 12. Aufl. § 2 ArbZG Rn. 16 mwN; Buschmann/Ulber ArbZG 7. Aufl. § 2 Rn. 7 f.; Schliemann ArbZG § 2 Rn. 37 ff.; Anzinger/Koberski ArbZG 3. Aufl. § 2 Rn. 16 ff.*). 23

c) In welchem zeitlichen Umfang Umkleide- und innerbetriebliche Wegezeiten zur Arbeitszeit rechnen, ergibt sich - soweit eine anderweitige Regelung nicht besteht - nach allgemeinen Grundsätzen. Der Arbeitnehmer darf seine Leistungspflicht nicht willkürlich selbst bestimmen, er muss vielmehr unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten (*BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - BAGE 109, 87*). Dieser modifizierte subjektive Maßstab gilt auch für das Umkleiden und das Zurücklegen des Wegs von der Umkleide- zur Arbeitsstelle. Nur die Zeitspanne, die dazu für den einzelnen Arbeitnehmer unter Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit erforderlich ist, zählt zur Arbeitszeit. 24

Dem steht § 2 Abs. 2 DV 2010, der eine Pauschalierung auf 15 Minuten pro Anwesenheitsschicht am Campus G vorsieht, nicht entgegen. Die Bestimmung ist unwirksam. Art. 73 Abs. 1 iVm. Art. 75 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BayPersVG lässt eine Dienstvereinbarung nur über Beginn und Ende, nicht aber die Dauer der Arbeitszeit zu. Damit kommt nach bayerischem Personalvertretungsrecht eine Dienstvereinbarung über die Dauer einzelner Bestandteile der Arbeitszeit nicht in Betracht (*zur weitergehenden Kompetenz des Personalrats nach dem Berliner Personalvertretungsrecht, vgl. BVerwG 9. März 2012 - 6 P 27/10 - NZA-RR 2012, 501*). 25

Der TV-L hat - was rechtlich grundsätzlich möglich wäre - bei den tariflichen Regelungen zur Arbeitszeit die Dauer von Umkleidezeiten und der durch das Umkleiden veranlassten innerbetrieblichen Wegezeiten nicht pauschaliert. 26

2. Die unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers erforderlichen Umkleidezeiten einschließlich der innerbetrieblichen Wegezeiten von der Umkleide- bis zur Arbeitsstelle sind „vergütungspflichtig“. 27

a) Die gesetzliche Vergütungspflicht des Arbeitgebers knüpft nach § 611 Abs. 1 BGB an die „Leistung der versprochenen Dienste“ an (*BAG 20. April 2011 - 5 AZR 200/10 - Rn. 20, BAGE 137, 366*). Dazu 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 28

Weise von deren Erbringung unmittelbar zusammenhängt. Zu den iSv. § 611 Abs. 1 BGB „versprochenen Diensten“ gehört auch das vom Arbeitgeber angeordnete Umkleiden im Betrieb. In einem solchen Falle macht der Arbeitgeber selbst mit seiner Weisung das Umkleiden und das Zurücklegen des Wegs von der Umkleide- zur Arbeitsstelle zur arbeitsvertraglichen Verpflichtung (vgl. BAG 28. Juli 1994 - 6 AZR 220/94 - zu II 3 b der Gründe, BAGE 77, 285). An der in der Entscheidung vom 11. Oktober 2000 (- 5 AZR 122/99 - BAGE 96, 45) vertretenen Auffassung, der Arbeitgeber verpflichte sich zur Vergütung nur der eigentlichen Tätigkeit, hält der Senat nicht fest. Der Arbeitgeber verspricht regelmäßig die Vergütung für alle Dienste, die er dem Arbeitnehmer aufgrund seines arbeitsvertraglich vermittelten Direktionsrechts abverlangt.

b) Aus dem TV-L ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Annahme, die Tarifvertragsparteien hätten die tarifliche Vergütungspflicht abweichend von der gesetzlichen regeln wollen. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 TV-L erhalten die Beschäftigten monatlich ein Tabellenentgelt. Dieses wird für die Erbringung der Arbeitsleistung gezahlt. Das verdeutlicht § 22 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 21 Abs. 1 Satz 1 TV-L. Danach erhalten die Beschäftigten das Tabellenentgelt für die Dauer von sechs Wochen weitergezahlt, wenn sie durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert sind, ohne dass sie ein Verschulden trifft. Erbringen die Beschäftigten Arbeitsleistung in einem die tarifliche Arbeitszeit übersteigenden Umfang, erhalten sie nach näherer tariflicher Maßgabe Überstundenvergütung, § 7 Abs. 7, § 8 Abs. 1 TV-L. Eine gesonderte Vergütungsregelung für Umkleidezeiten und durch das Umkleiden veranlasster innerbetrieblicher Wegezeiten hat der TV-L nicht getroffen. 29

III. Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin Anspruch auf Vergütung der im Streitzeitraum angefallenen, bei Ausschöpfung ihrer persönlichen Leistungsfähigkeit erforderlichen Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten von der Umkleide- bis zur Arbeitsstelle. Die Höhe der Vergütung kann der Senat wegen fehlender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht bestimmen. 30

1. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Berechnung der Klageforderung eine Zeitspanne von jeweils 15 Minuten vor Dienstbeginn und nach Dienstende 31

zugrunde gelegt mit der Begründung, diese Zeiten seien in der Vergangenheit vergütet worden und Umstände, die die Annahme rechtfertigten, die Umkleide- und Wegezeiten seien tatsächlich geringer, seien weder vorgetragen noch ersichtlich. Die dagegen erhobene Verfahrensrüge ist begründet. Die Beklagte hat mehrfach, insbesondere im Schriftsatz vom 10. März 2010 die Berechnung der Klägerin zu der Dauer der Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten unter Berufung auf eigene Messungen substantiiert bestritten.

2. Entgegen der Auffassung der Klägerin ergeben sich die ihrer Klageforderung zugrunde gelegten 30 Minuten je Arbeitstag nicht aus betrieblicher Übung. 32

a) Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus diesem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung über das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte (BAG 17. März 2010 - 5 AZR 317/09 - Rn. 20 mwN, BAGE 133, 337). 33

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Dauer der für das Umkleiden und das Zurücklegen eines innerbetrieblichen Wegs erforderlichen Zeit überhaupt einer betrieblichen Übung zugänglich ist. Allein aus dem Umstand, dass die Beklagte nach Inkrafttreten des TV-L noch für weitere neun Monate arbeitstäglich insgesamt 30 Minuten für Umkleide- und innerbetriebliche Wegezeiten auf die Arbeitszeit „anrechnet“, während sie mit dem Personalrat über eine neue Dienstvereinbarung verhandelte, durfte das Pflegepersonal im OP-Bereich jedenfalls nicht darauf schließen, die Beklagte wolle diese Praxis unter der 34

Geltung des TV-L ohne Ansehen der tariflichen Voraussetzungen auf Dauer beibehalten.

3. Andererseits steht entgegen der Auffassung der Beklagten die DV 2010 einer weitergehenden Forderung der Klägerin nicht entgegen. 35

a) Für den Zeitraum vom 1. August 2007 bis zum 31. März 2010 ergibt sich das bereits aus § 1 Abs. 2 DV 2010. Die Dienstvereinbarung beansprucht für rückwirkende Regelungen wie die Pauschalvergütung in § 3 Abs. 2 DV 2010 keine Geltung für Beschäftigte, die - wie die Klägerin - zum Zeitpunkt des Abschlusses der Dienstvereinbarung bereits Klage erhoben hatten. Dass die Beklagte einen entsprechenden, hilfsweise geltend gemachten Anspruch der Klägerin nicht bestreiten wollte, vermag den Geltungsbereich der DV 2010 nicht zu erweitern. 36

b) Für die Zeit ab 1. April 2010 beschränkt die DV 2010 eine weitergehende Vergütung der Klägerin nicht. Das bayerische Personalvertretungsrecht lässt den Abschluss von Dienstvereinbarungen zur Dauer der Arbeitszeit, auch einzelner Teile davon, und eine vom Tarifvertrag abweichende Vergütungsregelung nicht zu, Art. 73 Abs. 1 iVm. Art. 75 Abs. 4 BayPersVG. Das führt zur Unwirksamkeit der DV 2010. 37

4. Die Klägerin hat Anspruch auf Vergütung der im Streitzeitraum angefallenen und erforderlichen Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten als Überstunden nach näherer Maßgabe des TV-L. Dabei wird das Landesarbeitsgericht im erneuten Berufungsverfahren Folgendes zu beachten haben: 38

a) Die Klägerin war unstreitig auf Anweisung der Beklagten gehalten, sich außerhalb der dienstplanmäßig festgesetzten Arbeitsstunden umzukleiden und die Wege von der Umkleide- zur Arbeitsstelle zurückzulegen. Damit hat die Beklagte iSd. tariflichen Vorschriften Überstunden angeordnet, die nicht ausgeglichen wurden. 39

b) Das Landesarbeitsgericht ist der Frage nicht nachgegangen, ob für die Klägerin gemäß § 10 TV-L ein Arbeitszeitkonto eingerichtet ist. Sollten Überstunden als nicht durch Freizeit ausgeglichene Zeiten nach § 8 Abs. 1 Satz 5 TV-L sowie in Zeit umgewandelte Zuschläge nach § 8 Abs. 1 Satz 4 TV-L entsprechend § 10 Abs. 3 TV-L auf einem Arbeitszeitkonto gebucht werden, könnte die Klägerin auch für die streitgegenständlichen Zeiten ggf. nicht Geld, sondern (nur) die Gutschrift von Stunden auf ihrem Arbeitszeitkonto verlangen. 40

c) Die Zahl der im Streitzeitraum angefallenen Überstunden richtet sich nach der für die Klägerin bei Ausschöpfung ihrer persönlichen Leistungsfähigkeit erforderlichen Zeit für das Umkleiden in Berufs- und Bereichskleidung nebst den innerbetrieblichen Wegezeiten von der Umkleidestelle bis zum OP-Bereich. Diese wird das Landesarbeitsgericht - ggf. nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien zu den Variablen des Umkleidevorgangs (zB jahreszeittypische Privatkleidung) sowie der Wegezeit (zB Wartezeit auf den Aufzug) und Einholung eines Sachverständigengutachtens - feststellen müssen. 41

Zu Unrecht ist das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, ein Anspruch auf Vergütung der Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten bestehe im Streitfall auch für Krankheits- und Urlaubstage. Weil die Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten von der Beklagten nicht als Teil der tariflichen Arbeitszeit behandelt wurden, sind sie - neben dem von der Beklagten unstreitig gezahlten Tabellenentgelt - als Überstunden zu vergüten. Dieses zusätzlich zu zahlende Entgelt fließt nach § 21 Satz 3 TV-L nicht in die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle und die Urlaubsvergütung ein. 42

d) Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht auch zu beachten haben, dass sich bei Überstunden das Entgelt höchstens nach der Stufe 4 der jeweiligen Entgeltgruppe und der Überstundenzuschlag nach dem auf eine Stunde entfallenden Anteil des Tabellenentgelts der Stufe 3 der jeweiligen Entgeltgruppe bemessen, § Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 TV-L in der gemäß § 43 TV-L für die nichtärztlichen Beschäftigten in Universitätskliniken und Krankenhäusern geltenden Fassung iVm. der Protokollerklärung zu § 8 Abs. 1 Satz 1 TV-L. Außerdem hat die Klägerin bei der Berechnung der Klageforde- 43

rung 22 Tage für den Monat März 2009 doppelt berücksichtigt.

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Mandrossa

Pollert