

# BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 800/11

5 Sa 268/10

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

25. April 2013

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und Revisionskläger,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. April 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht

Gallner und Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Lauth und die ehrenamtliche Richterin Döpfert für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 15. September 2011 - 5 Sa 268/10 - wird zurückgewiesen.
2. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 15. September 2011 - 5 Sa 268/10 - teilweise aufgehoben, soweit es die Beklagte verurteilt hat, an den Kläger 599,76 Euro als Überstundenvergütung für das Jahr 2009 nebst Zinsen zu zahlen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Stralsund vom 6. Juli 2010 - 1 Ca 404/09 - zurückgewiesen.
4. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten noch über die Frage, ob der Kläger Anspruch auf Vergütung von Überstunden für das Jahr 2009 hat. 1

Der Kläger ist Diplom-Ingenieur und wird als nautischer Assistent in der Verkehrszentrale W, die zum Wasser- und Schifffahrtsamt S und damit zur Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord als einer dem Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung nachgeordneten Behörde gehört, eingesetzt. Kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung findet der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (*TVöD*) vom 13. September 2005 Anwendung. Beim Wasser- und Schifffahrtsamt S ist ein Personalrat gebildet. 2

Die Verkehrszentrale ist 24 Stunden an allen sieben Wochentagen besetzt. Dabei wird in Wechselschicht gearbeitet, wobei idealtypisch der Schichtzyklus mit zwei Frühschichten beginnt, auf die zwei Spätschichten und zwei 3

Nachtschichten folgen. Bis zum Beginn des nächsten Schichtrythmus hat der Beschäftigte sodann grundsätzlich sechs Tage frei (*sog. 6/6-Rhythmus*). Die Schichtdauer beträgt jeweils acht Stunden zuzüglich der Zeit für die Schichtübergabe von 20 Minuten. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wird auf der Grundlage dieses idealtypischen Schichtrythmus jeweils für das gesamte Kalenderjahr im Voraus festgelegt, welche Beschäftigten welche Dienste abzuleisten haben. Dabei werden bereits feststehende Ausfallzeiten eingeplant. Der Plan wird im laufenden Jahr nach den aktuell entstehenden Bedürfnissen geändert. Im Jahr 2009 bestand hinsichtlich der Arbeitszeit noch keine Dienstvereinbarung. Mit Wirkung zum 1. Januar 2011 ist eine solche Dienstvereinbarung geschlossen worden.

Zur Arbeitszeit bestimmt der TVöD ua.:

4

**„§ 6 Regelmäßige Arbeitszeit**

(1) <sup>1</sup>Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt ausschließlich der Pausen für

a) die Beschäftigten des Bundes durchschnittlich 39 Stunden wöchentlich,

...

<sup>2</sup>Bei Wechselschichtarbeit werden die gesetzlich vorgeschriebenen Pausen in die Arbeitszeit eingerechnet. <sup>3</sup>Die regelmäßige Arbeitszeit kann auf fünf Tage, aus notwendigen betrieblichen/dienstlichen Gründen auch auf sechs Tage verteilt werden.

(2) <sup>1</sup>Für die Berechnung des Durchschnitts der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ist ein Zeitraum von bis zu einem Jahr zugrunde zu legen. <sup>2</sup>Abweichend von Satz 1 kann bei Beschäftigten, die ständig Wechselschicht- oder Schichtarbeit zu leisten haben, ein längerer Zeitraum zugrunde gelegt werden.

...“

Die Entstehung von Überstunden ist wie folgt geregelt:

5

**„§ 7 Sonderformen der Arbeit**

...

(7) Überstunden sind die auf Anordnung des Arbeitgebers geleisteten Arbeitsstunden, die über die im

Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten (§ 6 Abs. 1 Satz 1) für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen und nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen werden.

- (8) Abweichend von Absatz 7 sind nur die Arbeitsstunden Überstunden, die

...

- c) im Falle von Wechselschicht- oder Schichtarbeit über die im Schichtplan festgelegten täglichen Arbeitsstunden einschließlich der im Schichtplan vorgesehenen Arbeitsstunden, die bezogen auf die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Schichtplanturnus nicht ausgeglichen werden,

angeordnet worden sind.“

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, als Turnus iSd. § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD müsse ein Zeitraum von zwölf Tagen angesehen werden, weil kein Ausgleichszeitraum durch Dienstvereinbarung festgelegt worden sei. Nur so lasse sich vermeiden, dass die tarifliche Regelung leerlaufe. Er habe daher im Jahr 2009 Überstunden geleistet, sofern er innerhalb eines 6/6-Rhythmus mehr Stunden gearbeitet habe oder Anspruch auf Entgeltfortzahlung gehabt habe, als - bezogen auf eine Fünftageweche - ein Vollzeitbeschäftigter, ohne dass dies innerhalb desselben 6/6-Rhythmus ausgeglichen worden sei. Ausgehend von dieser Rechtsauffassung hat er nach Maßgabe der in der Berufungsinstanz erfolgten Konkretisierung zuletzt noch die Vergütung von 104,52 Stunden aus dem Jahr 2009 für im Einzelnen genannte Tage und Uhrzeiten verlangt. Diese Stunden seien mit einem Stundensatz von 19,17 Euro brutto zu vergüten. Auf die sich daraus ergebende Forderung von 2.003,65 Euro brutto lässt sich der Kläger eine Zahlung anrechnen, die die Beklagte im Laufe des Rechtsstreits geleistet hat, und verlangt nur noch die Differenz von 987,64 Euro brutto.

6

Der Kläger hat zuletzt - soweit für die Revision noch von Interesse - beantragt,

7

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 987,64 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2010 als Überstundenvergütung für das Jahr 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorge- 8  
tragen, Schichtplanturnus sei das gesamte Kalenderjahr 2009, weil der Dienst-  
plan für dieses Jahr im Voraus erstellt worden sei. Unstreitig hat der Kläger im  
Kalenderjahr 2009 die tariflich geschuldete Arbeitszeit nicht erreicht.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 9  
hat auf die Berufung des Klägers die Beklagte zur Zahlung von 599,76 Euro  
brutto verurteilt. Es ist davon ausgegangen, der Schichtplanturnus betrage  
zwölf Tage. Zu vergütende Überstunden lägen vor, wenn in diesem Turnus  
mehr als 66 Stunden und 51 Minuten gearbeitet worden seien. Davon ausge-  
hend hat es 28 Stunden und 56 Minuten Überstunden des Klägers im Jahr 2009  
ermittelt, die mit 599,76 Euro brutto zu vergüten seien. Mit der vom Landes-  
arbeitsgericht beschränkt auf den vorliegenden Streitgegenstand zugelassenen  
Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen  
Entscheidung, während der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung  
weiterer 387,88 Euro brutto erstrebt.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist begründet, die des Klägers ist unbe- 10  
gründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf eine Vergütung von Überstunden  
im Jahr 2009.

A. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ist schon deshalb aufzu- 11  
heben, weil das Berufungsgericht § 308 Abs. 1 ZPO verletzt hat. Diesen  
Rechtsfehler hatte der Senat von Amts wegen zu beachten (*vgl. BAG 7. August*  
*2012 - 9 AZR 189/11 - Rn. 8; BGH 21. Juni 2001 - I ZR 245/98 - zu II 3 b der*  
*Gründe*).

I. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist allein noch die Vergütung der vom Kläger nach Lage und Dauer konkretisierten 104,52 Überstunden. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger jedoch Überstundenvergütung aus Zeiträumen zugesprochen, die über den vom Kläger seiner Forderung jeweils zugrunde gelegten 6/6-Rhythmus hinausreichen und dabei die Arbeitszeit saldiert. Eine derartige Vergütung hat der Kläger nicht begehrt. Er verlangt nicht die Vergütung von Überstunden, die nach ihrer zeitlichen Lage unbestimmt sind und sich aus der Gesamtbetrachtung mehrerer der von ihm als maßgeblich angesehenen Rhythmen ergeben. Er sieht konkret kalendermäßig bezeichnete Stunden aus jeweils einem 6/6-Rhythmus als Überstunden an und begehrt allein die Vergütung der von ihm unter Zugrundelegung dieser Auffassung in den einzelnen Rhythmen ermittelten Überstunden. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger damit nicht weniger, sondern etwas anderes zugesprochen als von ihm begehrt und gegen § 308 Abs. 1 ZPO verstoßen. 12

II. Dieser Verstoß ist nicht dadurch geheilt worden, dass der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt und sich dadurch die Entscheidung des Berufungsgerichts zu eigen gemacht hätte. Der Kläger hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass er an der Auffassung festhält, maßgeblich für die Frage, ob im Jahr 2009 Überstunden erbracht worden seien, sei allein die Arbeitsleistung in jedem einzelnen 6/6-Rhythmus. Ohnehin wäre eine Klageerweiterung im dritten Rechtszug unzulässig (*vgl. BAG 28. August 2008 - 2 AZR 63/07 - Rn. 23, BAGE 127, 329; BGH 29. Juni 2006 - I ZR 235/03 - Rn. 24, BGHZ 168, 179*). 13

B. Die Verletzung des § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO führt zwar zur Aufhebung des angegriffenen Urteils. Es bedarf jedoch keiner Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (*zu dieser üblichen Folge einer Missachtung des § 308 ZPO Zöller/Vollkommer ZPO 29. Aufl. § 308 Rn. 6*). Der Senat kann auf der Grundlage des festgestellten und unstreitigen Sachverhalts den Rechtsstreit abschließend entscheiden (*vgl. zur Entscheidungskompetenz des Revisionsgerichts in solchen Fällen BAG 13. Juni 1989 - 1 ABR 4/88 - BAGE 62, 100*). Die Klage ist unbegründet. 14

- I. Der zuletzt gestellte Zahlungsantrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger hat konkret angegeben, für welche einzelnen Tage und Zeiten er Überstundenvergütung begehrt und wie die Anrechnung der Zahlung der Beklagten erfolgen soll, nämlich anteilig auf die weiterhin begehrte Vergütung für alle 104,52 Überstunden (*vgl. BAG 24. März 2011 - 6 AZR 691/09 - Rn. 21*). 15
- II. Der Kläger hat im Jahr 2009 keine Überstunden iSv. § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD geleistet. Er hat bezogen auf den Schichtplanturnus von einem Jahr nicht einmal die von ihm geschuldete Sollarbeitsleistung erreicht. 16
1. Gemäß § 7 Abs. 7 TVöD sind Überstunden die auf Anordnung des Arbeitgebers geleisteten Arbeitsstunden, die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten, dh. im Falle des Klägers von 39 Stunden (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD), für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen und nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen werden. Da der Kläger Wechselschichtarbeit iSd. § 7 Abs. 1 Satz 1 TVöD leistet, ist für ihn die von § 7 Abs. 7 TVöD abweichende Bestimmung des § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD maßgeblich. 17
2. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gebot der Normenklarheit, das auch für tarifvertragliche Regelungen gilt, verlangt, dass Betroffene die Rechtslage anhand der tariflichen Regelung so erkennen können müssen, dass sie ihr Verhalten danach ausrichten können. Das setzt grundsätzlich voraus, dass der Normgeber die von ihm erlassenen Regelungen so bestimmt fasst, dass die Rechtsunterworfenen in zumutbarer Weise feststellen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge erfüllt sind (*BAG 18. Oktober 2012 - 6 AZR 261/11 - Rn. 87*). § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD ist zwar sprachlich nur schwer verständlich formuliert (*Burger in Burger TVöD/TV-L 2. Aufl. § 7 Rn. 106 hält die Norm für sprachlich nahezu unverständlich*) und hat deshalb zu höchst unterschiedlichen Interpretationen geführt (*s. den Überblick bei Steinigen ZTR 2010, 509, 512 f.*). Gleichwohl entzieht sich die Norm einer Auslegung anhand der von der Rechtspre-

chung entwickelten Kriterien noch nicht in einer solchen Weise, dass sie dem Gebot der Normenklarheit nicht mehr gerecht würde.

3. Sinn ergibt § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD nur bei folgender Lesart: 19
- „Abweichend von Absatz 7 sind nur die Arbeitsstunden Überstunden, die im Falle von Wechselschicht- oder Schichtarbeit über die im Schichtplan festgelegten täglichen Arbeitsstunden hinaus angeordnet worden sind, und/oder die im Schichtplan vorgesehenen (festgesetzten) Arbeitsstunden, die - bezogen auf die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit (iSv. § 6 Abs. 1 TVöD) - im Schichtplanturnus nicht ausgeglichen werden.“
- a) Auf den ersten Blick sind nach § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD allerdings nur 20  
die Arbeitsstunden Überstunden, die über die bereits im Schichtplan festgelegten Arbeitsstunden einschließlich der darin vorgesehenen Stunden angeordnet worden sind. Bei einer derartigen Lesart lägen Überstunden stets erst dann vor, wenn zusätzlich zu den im Schichtplan festgesetzten Arbeitsstunden noch weitere Arbeit angeordnet würde. Dies hätte zur Konsequenz, dass Stunden, die über die regelmäßige Wochenarbeitszeit iSv. § 6 Abs. 1 TVöD hinaus schichtplanmäßig geleistet werden müssen, nie Überstunden iSv. § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD sein könnten. Dies gälte unabhängig davon, ob ein Ausgleich im Schichtplanturnus erfolgte (so *Dörring in Dörring/Kutzki TVöD-Kommentar § 7 AT Rn. 38; Dassau/Wiesend-Rothbrust TVöD Verwaltung - VKA - 6. Aufl. § 7 TVöD-V Rn. 62; Steinigen ZTR 2010, 509, 515 f.; ders. ZTR 2012, 337, 338*).
- b) Eine derartige Auslegung, deren unsinniges Ergebnis auch deren 21  
Vertreter zT durch den Rückgriff auf den Ausgleichszeitraum des § 7 Abs. 7 TVöD (*Steinigen ZTR 2010, 509, 515*) bzw. des § 6 Abs. 1 TVöD (*Dassau/Wiesend-Rothbrust TVöD Verwaltung - VKA - 6. Aufl. § 7 TVöD-V Rn. 62 aE*) korrigieren wollen, wird jedoch § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD nicht gerecht.
- aa) „Einschließlich“ hat die Bedeutung „mitsamt, unter Einschluss“ (*Duden Das große Wörterbuch der Deutschen Sprache 3. Aufl. Stichwort: „einschließlich“*) bzw. „einbegriffen“ (*Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl. Stichwort:*



„*einschließlich*“). Maßgeblich für die Frage, ob Überstunden entstehen können, sind so gesehen die im Schichtplan festgelegten täglichen Arbeitsstunden mitsamt den darin vorgesehenen Stunden. „Vorgesehen“ sind Arbeitsstunden im Schichtplan, wenn sie dort festgesetzt bzw. festgelegt sind (*vgl. Duden Das große Wörterbuch der Deutschen Sprache Stichwort: „vorsehen“*). Letztlich sind die in § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD verwendeten Begrifflichkeiten „im Schichtplan festgelegt“ und „im Schichtplan vorgesehen“ also synonym (*Duden Das Synonymwörterbuch 4. Aufl. Stichwort: „vorsehen“ bzw. Stichwort: „festlegen“*).

bb) Es ist nicht anzunehmen, dass die Tarifvertragsparteien in § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD mit den synonymen Begrifflichkeiten „festgelegt“ und „vorgesehen“ zweimal denselben Sachverhalt umschreiben wollten. Im Regelfall kann nicht angenommen werden, dass Tarifvertragsparteien sinnentleerte Normen schaffen wollen (*BAG 21. Dezember 2006 - 6 AZR 341/06 - Rn. 28, BAGE 120, 361*). Offensichtlich wollten die Tarifvertragsparteien zwei unterschiedliche Sachverhalte regeln. Deshalb dürfte sich auch der Relativsatz „die bezogen auf die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Schichtplanturnus nicht ausgeglichen werden“ nur auf den Einschub „der im Schichtplan vorgesehenen Arbeitsstunden“ beziehen. Das vorangestellte Wort „einschließlich“ stellt den zweiten Sachverhalt hinsichtlich der Rechtsfolge „Überstunden“ dem ersten Sachverhalt der „über die im Schichtplan festgelegten täglichen Arbeitsstunden“ (*hinaus*) angeordneten Arbeitsstunden gleich. Das Wort „einschließlich“ hat hier offensichtlich den Bedeutungsgehalt von „und“ iSv. „und/oder“ (*vgl. hierzu Grimm Deutsches Wörterbuch Bd. 24 Stichwort: „und“ S. 411 unter 4*). Genauso gut hätten die Tarifvertragsparteien deshalb die Formulierung „über die im Schichtplan festgelegten täglichen Arbeitsstunden hinaus angeordneten Stunden **und/oder** die im Schichtplan festgesetzten Arbeitsstunden“ verwenden können, ohne den Bedeutungsgehalt des § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD zu verändern. 23

cc) Daraus folgt, dass die im Schichtplan ausgewiesenen, erbrachten Stunden nur dann Überstunden sind, wenn die regelmäßige Arbeitszeit bezogen auf die gesamte Dauer des Schichtplanturnus überschritten wird. Dabei haben die Tarifvertragsparteien mit dem Bezug auf die „regelmäßige wöchentli- 24

che Arbeitszeit“ klarge stellt, dass auch die Stunden Überstunden sein können, die von vornherein planmäßig über den gesamten Ausgleichszeitraum hinweg betrachtet die regelmäßige Durchschnittswochenarbeitszeit iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 TVöD überschreiten, bei denen es sich also um „eingeplante“ Überstunden handelt.

(1) Durch den Verweis auf die „regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit“ haben die Tarifvertragsparteien auch in § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit iSv. § 6 Abs. 1 TVöD zum Bezugspunkt des Entstehens von Überstunden gemacht. Zwar haben sie - anders als in § 7 Abs. 7 TVöD - dies nicht mit einem Klammerzusatz verdeutlicht. Das war aber auch nicht erforderlich. Der Begriff „regelmäßige Arbeitszeit“ bezeichnet das vom Vollzeitbeschäftigten im Durchschnitt geschuldete normale wöchentliche Arbeitszeitvolumen, für das ihm das Tabellenentgelt zu zahlen ist (*Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand Dezember 2007 E § 6 Rn. 9*). Dieses Arbeitszeitvolumen ergibt sich im TVöD aus § 6 Abs. 1. Zudem enthält § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD lediglich Modifikationen der Grundregel in § 7 Abs. 7 TVöD. Deshalb hätten die Tarifvertragsparteien es durch einen Zusatz klarstellen müssen, wenn sie in der einschränkenden Bestimmung des § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD ebenso wie in der Grundregel des § 7 Abs. 7 TVöD auf die „regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit“ abstellen, dieser Begrifflichkeit aber einen anderen Bedeutungsgehalt als in der Grundregel geben wollten. 25

(2) Unter „Schichtplanturnus“ ist der Zeitraum zu verstehen, für den der Schichtplan oder Dienstplan im Vorhinein aufgestellt ist (*vgl. Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand April 2008 Teil B 1 § 7 Rn. 90; Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand Mai 2010 E § 7 Rn. 68; BeckOK B/B/M/R/Goodson TVöD Stand 1. Oktober 2012 § 7 Rn. 49*). Turnus meint eine - im Voraus festgelegte - Wiederkehr bzw. Reihenfolge. Synonym hätten die Tarifvertragsparteien auch die Worte Umlauf oder Zyklus verwenden können (*Duden Das Synonymwörterbuch 5. Aufl. Stichwort: „Turnus“*). Hätten die Tarifvertragsparteien lediglich den Schichtrhythmus gemeint, dh. vorliegend den 12-Tage-Zeitraum zwischen der ersten Frühschicht und dem Ende der letzten 26

Freischicht, hätten sie das Wort „Schichtturnus“ oder „Schichtumlauf“ verwendet. Mit dem Begriff „Schichtplanturnus“ haben die Tarifvertragsparteien deutlich gemacht, dass maßgeblich der für eine bestimmte Periode aufgestellte Schichtplan sein soll.

(3) Sind damit die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit iSd. § 6 Abs. 1 Satz 1 TVöD einerseits und der Schichtplanturnus andererseits Bezugspunkte für die Frage, ob die im Schichtplan vorgesehenen Arbeitsstunden Überstunden iSv. § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD sind, dann entstehen in diesem Fall Überstunden erst, aber auch immer dann, wenn die im Schichtplan eingeplanten Arbeitsstunden nicht innerhalb des Schichtplanturnus so ausgeglichen werden, dass im Durchschnitt dieses Turnus die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit iSd. § 6 Abs. 1 Satz 1 TVöD erreicht wird (*vgl. Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TVöD Stand Januar 2006 Teil II/1 § 7 Rn. 64*). Die Gegenmeinung übersieht, dass nicht allein auf die geplanten Stunden abzustellen ist, sondern ausschlaggebend ist, ob diese geplanten Stunden - auf die Gesamtdauer des Ausgleichszeitraums betrachtet - die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit iSd. § 6 Abs. 1 Satz 1 TVöD, die durch das „Einplanen“ von Überstunden nicht verlängert wird, übersteigen. 27

(4) Diese Auslegung hinsichtlich des Entstehens von Überstunden durch die Festsetzungen im Schichtplan wird auch dem Sinn und Zweck der Regelung des § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD gerecht. Bereits mit der Grundregel des § 7 Abs. 7 TVöD soll die Möglichkeit erweitert werden, zuschlagsfreie Arbeitsleistung bedarfsgerechter abzurufen. Die Arbeitszeit soll flexibilisiert werden (*vgl. Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand August 2011 E § 7 Rn. 55; Steinigen ZTR 2010, 509*). Gegenüber § 7 Abs. 7 TVöD erweitert § 7 Abs. 8 Buchst. a bis Buchst. c TVöD die Möglichkeiten zum flexiblen Personaleinsatz grundsätzlich nochmals und schränkt so die Entstehung von Zuschlägen bei der Anordnung von Arbeitsstunden weiter ein. Zusätzlich haben die Tarifvertragsparteien in § 6 Abs. 2 Satz 2 TVöD die Möglichkeit geschaffen, den Ausgleichszeitraum bei Wechselschicht- und Schichtarbeit auf mehr als ein Jahr zu verlängern. Diesem Zweck entspricht es, dass nach § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD nicht bereits dann 28

Überstunden entstehen, wenn die im Schichtplan festgelegten Arbeitszeiten in einem Schichtrhythmus oder mehreren Schichtrhythmen die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 TVöD übersteigen, sondern auf die im gesamten Schichtplanturnus geleisteten Arbeitsstunden abgestellt wird. So kann ein möglicher Ausgleich der geleisteten zusätzlichen Stunden innerhalb des Turnus Berücksichtigung finden. Ebenso entspricht es diesem Zweck, unter dem Schichtplanturnus den Zeitraum zu verstehen, für den der Schicht- oder Dienstplan im Voraus festgelegt wird. Dadurch können bereits bei der Erstellung des Schichtplans Schwankungen im prognostizierten Arbeitsanfall über seine Laufzeit hinweg berücksichtigt werden. Zudem werden Spielräume eröffnet, die es ermöglichen, noch abweichend vom (*ursprünglichen*) Schichtplan Arbeitsstunden in einer Schichtplanänderung anzuordnen, ohne dass dadurch Überstunden entstehen, wenn bezogen auf die gesamte Laufzeit des Schichtplans die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit nicht überschritten wird.

(5) Das Auslegungsergebnis steht auch im Einklang mit der Systematik des TVöD. 29

(a) Die Regelungen in § 20 Abs. 2 Satz 1 und § 21 Satz 3 TVöD, wonach Bemessungsgrundlage für die Jahressonderzahlung und die Entgeltfortzahlung ua. die im Dienstplan vorgesehenen Überstunden und Mehrarbeit sind, belegen, dass die Tarifvertragsparteien davon ausgehen, dass es geplante Überstunden gibt und diese Auswirkungen auf die Höhe des Entgelts haben können (*vgl. Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand Mai 2010 E § 7 Rn. 68a*). Dabei ist unerheblich, dass in diesen Bestimmungen auf den Dienst- und nicht wie in § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD auf den Schichtplan abgestellt wird (*aA Steinigen ZTR 2010, 509, 515 f.*). Mit dem Dienstplan wird die Arbeitszeit für den Kalendertag und die Uhrzeit festgelegt (*Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese BAT Stand September 2001 § 15 Erl. 17*). Der Schichtplan hat keine andere Qualität als der Dienstplan. Auch mit einem solchen Plan legt der Arbeitgeber die Arbeitsaufgabe, die für diese Arbeitsaufgabe einzusetzenden Arbeitnehmer und den zeitlichen Umfang ihres Einsatzes fest. Der Unterschied zum Dienstplan liegt allein darin, dass Arbeiten zu verteilen sind, die über die Arbeitszeit eines 30

Arbeitnehmers hinausgehen und die austauschbaren Arbeitnehmern in einer zeitlich geregelten Reihenfolge übertragen werden. Welches die zu erledigende Arbeitsaufgabe ist, bestimmt sich nach dem Schichtplan, der gemäß § 7 Abs. 2 TVöD einen regelmäßigen Wechsel des Beginns der täglichen Arbeitszeit innerhalb einer bestimmten Zeit vorsehen muss (*vgl. BAG 20. April 2005 - 10 AZR 302/04 - zu II 1 b der Gründe*). Der Schichtplan ist damit nichts anderes als ein Dienstplan, aus dem sich eine regelmäßige Schichtfolge ergibt (*vgl. BAG 18. Mai 1994 - 10 AZR 391/93 - zu II 2 b bb der Gründe*). Es ist konsequent, dass die Tarifvertragsparteien bei der Grundregel des § 7 Abs. 7 TVöD mit der Formulierung „dienstplanmäßig“ auf den außerhalb von Wechsel- und Schichtarbeit zu erstellenden Dienstplan und für den Spezialfall des § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD auf den für die darin geregelte Wechselschicht- bzw. Schichtarbeit maßgeblichen Schichtplan abstellen, in den allgemeinen Regelungen zur Bemessungsgrundlage in § 20 Abs. 2 Satz 1 und § 21 Satz 3 TVöD dann aber wieder den „Dienstplan“ als Oberbegriff verwenden.

(b) Für das Auslegungsergebnis spricht auch die Bestimmung des § 6 Abs. 2 Satz 2 TVöD. Mit dieser Bestimmung haben die Tarifvertragsparteien die Möglichkeit eröffnet, den Ausgleichszeitraum über ein Jahr hinaus zu verlängern, wenn sich dies nach den betrieblichen Gegebenheiten als zweckmäßig erweist. Sie haben damit zum Ausdruck gebracht, dass sie bei Wechselschicht- und Schichtarbeit im besonderen Maße Flexibilisierungen zum Auffangen absehbarer Schwankungen des Arbeitsanfalls zulassen wollen. Erst dann, wenn bei den im Schichtplan festgesetzten Stunden im Ausgleichszeitraum insgesamt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit überschritten wird, sollen Überstunden entstehen. 31

(6) Schließlich steht diese Auslegung auch im Einklang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch. Überstunden sind nach allgemeinem Verständnis die Arbeitsstunden, die über die Arbeitszeit hinausgehen, die für das jeweilige Arbeitsverhältnis aufgrund Tarifvertrags, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrags festgelegt sind (*BAG 11. November 1997 - 9 AZR 566/96 - zu II 3 a der Gründe*). Die von Beschäftigten des Bundes geschuldete Arbeitszeit beläuft 32

sich gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a, Abs. 2 TVöD auf 39 Stunden im Schichtplanturnus und nicht auf 39 Stunden im Schichtplanrhythmus. Wird diese geschuldete Arbeitszeit im Durchschnitt des gesamten Turnus überschritten, liegt auch nach allgemeinem Verständnis eine Überstunde vor.

(7) Dass Überstunden iSv. § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD bei dem zuerst 33  
geregelt Sachverhalt bereits dann zwingend ohne eine Ausgleichsmöglichkeit während des noch laufenden Schichtplanturnus entstehen dürften, wenn zu den im Schichtplan festgesetzten „täglichen“ Arbeitsstunden zusätzliche, nicht im Schichtplan ausgewiesene Stunden angeordnet würden (vgl. *BeckOK B/B/M/R/Goodson TVöD Stand 1. Oktober 2012 § 7 Rn. 48a und 48b*), stellt die vorstehende Auslegung nicht infrage.

(a) Einer solchen Rechtsfolge stünde die Formulierung des Einleitungssatzes des § 7 Abs. 8 TVöD nicht entgegen (aA *Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand Mai 2010 E § 7 Rn. 68a; Steinigen ZTR 2010, 509, 514*). Danach sind 34  
„abweichend von Absatz 7 nur die Arbeitsstunden Überstunden“, deren Voraussetzungen im Folgenden näher umschrieben sind. Damit haben die Tarifvertragsparteien lediglich den Grundsatz bezeichnet, wonach in den Fällen des § 7 Abs. 8 TVöD im Vergleich zur Grundregel des § 7 Abs. 7 TVöD das Entstehen von Überstunden weiter eingeschränkt werden soll. Das schließt es nicht aus, dass sie in einer der in § 7 Abs. 8 TVöD geregelten Konstellationen über die Grundregel des § 7 Abs. 7 TVöD hinaus das Entstehen von Überstunden ausweiten wollten. Auch dies wäre noch vom Bedeutungsgehalt des Adverbs „nur“ iSv. „ausschließlich“ (*Duden Das Synonymwörterbuch 5. Aufl. Stichwort: „nur“*) gedeckt.

(b) Die abweichende Regelung in der ersten Alternative des § 7 Abs. 8 35  
Buchst. c TVöD ließe sich mit einer besonderen Erschwernis für Wechsel- schichtarbeiter, die unvorhergesehen über die im Schichtplan festgelegte tägliche Arbeitszeit hinaus in Anspruch genommen werden, erklären. Diese Erschwernis ist von der Schicht- bzw. Wechselschichtzulage gemäß § 8 Abs. 5 bzw. Abs. 6 TVöD, die einen Ausgleich für die Störung des gleichmäßigen

Tagesrhythmus gewähren soll (vgl. BAG 8. Juli 2009 - 10 AZR 589/08 - Rn. 28), nicht abgedeckt.

(c) Die Frage bedarf allerdings deshalb keiner abschließenden Entscheidung, weil die Parteien über derartige Stunden nicht streiten. 36

4. Unter Berücksichtigung vorstehender Auslegung hat der Kläger im Jahr 2009 keine Überstunden iSv. § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD geleistet. 37

a) Bei Stunden, die wie vorliegend im Schichtplan - sei es bei dessen Aufstellung, sei es infolge späterer Änderungen/Ergänzungen des Plans - vorgesehen (*festgesetzt*) sind, können Überstunden nach der Regelung in § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD nur dann entstehen, wenn mehr Stunden vorgesehen sind, als sie ein Vollzeitbeschäftigter erbringen müsste. Ob tatsächlich Überstunden geleistet worden sind, ergibt sich in diesem Fall allerdings erst aus dem am Ende eines Schichtplanturnus vorzunehmenden Abgleich zwischen der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung und der von einem Vollzeitbeschäftigten in diesem Zeitraum geschuldeten Arbeit. Wird bezogen auf den Schichtplanturnus als Ausgleichszeitraum die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten eingehalten, liegen bei im Schichtplan vorgesehenen (*festgesetzten*) Stunden keine Überstunden vor (*iE für die im Schichtplan festgesetzten Stunden ebenso Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand Mai 2010 E § 7 Rn. 68a; BeckOK B/B/M/R/Goodson TVöD Stand 1. Oktober 2012 § 7 Rn. 48c; wohl auch Burger in Burger TVöD/TV-L 2. Aufl. § 7 Rn. 108 ff.*). 38

b) Schichtplanturnus iSv. § 7 Abs. 8 Buchst. c TVöD war das gesamte Kalenderjahr 2009. Das Landesarbeitsgericht hat für den Senat bindend festgestellt (§ 559 Abs. 2 ZPO), dass der Schichtplan für die Verkehrszentrale W als Jahresplan für das gesamte Kalenderjahr 2009 erstellt worden ist. Gegen diese Feststellungen erhebt der Kläger keine Revisionsrügen. 39

c) Der Kläger ist sowohl vom Arbeitsgericht als auch dem Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen worden, dass die jährliche Sollarbeitszeit unterschritten ist, wenn das Kalenderjahr 2009 der maßgebliche Ausgleichszeitraum 40

ist. Der Kläger ist dem nicht entgegengetreten. Im Gegenteil behauptet er selbst nicht, diese Sollarbeitszeit überschritten zu haben, sondern höchstens 1.981,20 Stunden geleistet zu haben. Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass der Kläger im Jahr 2009 auch unter Berücksichtigung der von ihm in der Revision herangezogenen Bestimmung des § 6 Abs. 3 Satz 3 TVöD nicht mehr als die tarifvertraglich geschuldete Sollarbeitszeit geleistet hat. Überstunden sind damit nicht angefallen.

III. Der Kläger hat auch nicht deshalb Anspruch auf Vergütung der von ihm behaupteten Überstunden, weil der Personalrat bei Aufstellung des Schichtplans für das Kalenderjahr 2009 nicht mitbestimmt hat. 41

1. Allerdings unterlag die Aufstellung des Schichtplans für das Kalenderjahr 2009 dem Mitbestimmungsrecht des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG (*vgl. BVerwG 2. März 1993 - 6 P 34.91 -*). Das Mitbestimmungsrecht war auch nicht nach § 75 Abs. 4 BPersVG eingeschränkt. Der Schichtplan war für ein Jahr im Voraus aufgestellt, so dass die Erfordernisse vorhersehbar waren. 42

2. Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts hat jedoch nicht zur Folge, dass der Kläger Anspruch auf zusätzliche Vergütung der von ihm geltend gemachten Stunden hätte. Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, die auch auf Verstöße gegen Mitbestimmungsrechte aus dem Personalvertretungsrecht übertragbar ist (*BAG 22. Mai 2012 - 1 AZR 94/11 - Rn. 29; vgl. im Ergebnis bereits BAG 15. April 2008 - 1 AZR 65/07 - Rn. 36 ff., BAGE 126, 237*), führt die Verletzung von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmervertretung nicht zu individual-rechtlichen, zuvor noch nicht bestehenden Ansprüchen der betroffenen Arbeitnehmer (*BAG 22. Juni 2010 - 1 AZR 853/08 - Rn. 42, BAGE 135, 13*). Die tatsächlich durchgeführte Mitbestimmung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen zum Nachteil des Arbeitnehmers. Benachteiligend sind jedoch nur solche Maßnahmen, die bereits bestehende Rechtspositionen des Arbeitnehmers schmälern (*BAG 2. März 2004 - 1 AZR 271/03 - zu IV 2 a der Gründe, BAGE 109, 369*). Auch bei Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts erhält der Arbeitnehmer keinen Erfüllungsanspruch auf Leistung. 43



gen, die der Arbeitgeber nach dem Arbeitsvertrag nicht schuldet (*Fitting* 26. Aufl. § 87 Rn. 601).

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 44

Fischermeier

Gallner

Spelge

Lauth

Döpfert