

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 290/10
3 Sa 82/09 E
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Mai 2012

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Mai 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Bepler, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Treber, die

Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtliche Richterin Plautz und den ehrenamtlichen Richter Weßelkock für Recht erkannt:

- I. Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 29. Januar 2010 - 3 Sa 82/09 E - unter Zurückweisung der Revisionen im Übrigen teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Halle vom 7. November 2008 - 9 Ca 347/08 E - abgeändert:

1. Es wird festgestellt, dass auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ab dem 1. November 2006 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) Anwendung findet.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin ab 1. November 2006 Entgelt nach der Entgeltgruppe 9b TV-L (Zuordnung Vergütungsgruppe Kr. VI mit Aufstieg nach VII) und auf die jeweiligen Differenzbeträge Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB ab dem jeweiligen Fälligkeitstermin zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

- II. Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 25 vH und die Beklagte zu 75 vH zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die zutreffende Eingruppierung der Klägerin und darüber, ob aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung ab dem 1. November 2006 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) auf das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis anzuwenden ist.

1

Die Klägerin, Mitglied der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW), ist ausgebildete Kinderkrankenschwester und seit dem 1. September 1983 bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin, dem Land Sachsen-Anhalt, im Universitätsklinikum der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg beschäftigt. In der Zeit vom 23. Dezember 1996 bis 24. Januar 2002 war ihr die Tätigkeit einer stellvertretenden Stationsschwester aufgrund ausdrücklicher Anordnung übertragen worden und innerhalb dieses Zeitraums vom 1. März 1998 bis 31. Oktober 1998 befristet die einer Stationsschwester. In dem letzten, mit dem Land Sachsen-Anhalt am 25. Januar 2002 geschlossenen Arbeitsvertrag heißt es ua.:

2

„ABGEÄNDERTER ARBEITSVERTRAG

...

3. Für das Arbeitsverhältnis finden die Bestimmungen des maßgebenden Tarifvertrages BAT-O Anwendung, sofern nichts anderes schriftlich vereinbart ist. Es gelten ebenfalls die ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in den für die TdL jeweils geltenden Fassungen sowie sonstige tarifliche Bestimmungen und die übrigen für dieses Arbeitsverhältnis in Frage kommenden betrieblichen Regelungen, Dienstanweisungen und Dienstvereinbarungen.
4. Aufgrund der auszuübenden Tätigkeit erfolgt die Eingruppierung entsprechend der tariflichen Vorschriften (§ 22 Abs. 3 BAT-O) in die Vergütungsgruppe KrVI Abschnitt A Anlage 1b BAT-O. Für die Eingruppierung findet nur die vom Personaldezernat des Arbeitgebers (Klinikum der Medizinischen Fakultät der Martin-Luther-Universität) bestätigte Tätigkeitsdarstellung Berücksichtigung. ...“

Seither ist die Klägerin aufgrund ausdrücklicher Anordnung als stellvertretende Stationsschwester tätig. Der Stationsschwester sind jedenfalls ab dem 1. Januar 2004 mindestens zwölf Pflegepersonen durch ausdrückliche Anordnung unterstellt. Zum 1. Januar 2006 wurde das Universitätsklinikum aufgrund § 7 Abs. 1 Satz 1 Hochschulmedizingesetz des Landes Sachsen-Anhalt (vom

3

12. August 2005 - HMG LSA, GVBl. LSA 2005 S. 508) als Anstalt des öffentlichen Rechts - die jetzige Beklagte - errichtet. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ging nach § 20 Abs. 1 Satz 1 HMG LSA auf die Beklagte über, die nicht durch Mitgliedschaft an die Tarifverträge der Tarifgemeinschaft der deutschen Länder (TdL) gebunden ist.

Die Beklagte teilte den bei ihr beschäftigten Arbeitnehmern in einem Schreiben vom 25. September 2006 mit, dass bis zum Abschluss eines Haustarifvertrages für die nichtärztlichen Mitarbeiter nach wie vor der Tarifvertrag zur Anpassung des Tarifrechts - Manteltarifrechtliche Vorschriften - (BAT-O) Anwendung finde. Am 1. November 2006 trat der TV-L in Kraft. Die Beklagte schloss mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft mehrere Haustarifverträge, darunter den Manteltarifvertrag (MTV-UK Halle), den Entgelttarifvertrag (ETV-UK Halle) und den Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten des Universitätsklinikums in den Haustarifvertrag und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-UK Halle), die sämtlich am 1. Januar 2007 in Kraft getreten sind. Die Klägerin verlangte mit Schreiben vom 28. Dezember 2006 die Anwendung des TV-L auf ihr Arbeitsverhältnis und die entsprechenden tariflichen Leistungen. Seit dem 1. Januar 2007 wendet die Beklagte die von ihr geschlossenen Haustarifverträge auf das mit der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis an. Die Klägerin erhält seither eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 9b ETV-UK Halle. Mit weiterem Schreiben vom 2. Februar 2007 machte die Klägerin geltend, sie sei seit Oktober 2002 infolge eines Bewährungsaufstiegs nach der VergGr. Kr. VII (Fallgr. 14) Abschnitt A der Anlage 1b - Vergütungsordnung für Angestellte im Pflegedienst - BAT-O zu vergüten und machte die sich hieraus ergebende Vergütung „rückwirkend und zukünftig“ ohne Erfolg geltend. Die Beklagte teilte der Klägerin in einem Schreiben vom 30. September 2009 mit, zum 1. Januar 2009 realisiere sich ihr aus den Bestimmungen des BAT-O folgender Bewährungsaufstieg entsprechend den Regelungen des § 8 Abs. 4 Satz 2 TVÜ-UK Halle.

4

Mit ihrer Klage verfolgt die Klägerin ihre Begehren weiter. Aufgrund der im Jahre 2002 vereinbarten arbeitsvertraglichen Bezugnahme, bei der es sich nicht um eine sog. Gleichstellungsabrede handele, sei auf ihr Arbeitsverhältnis der TV-L anzuwenden. Für den Zeitraum August bis Oktober 2006 stehe ihr ein Anspruch auf Vergütung nach VergGr. Kr. VII BAT-O zu, da die Voraussetzungen für einen Bewährungsaufstieg jedenfalls seit dem Monat August 2006 vorlägen. Der Stationsschwester, deren ständige Vertreterin sie sei, seien bereits vor dem 1. Januar 2004 mindestens zwölf Pflegepersonen durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt gewesen. Neben der Klägerin seien dies dreizehn weitere Pflegepersonen, darunter zwei mit einer Arbeitszeit von 40 vH und 50 vH der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers. Zudem seien weitere Personen dort beschäftigt gewesen. Schließlich müsse berücksichtigt werden, dass ihr im Zeitraum vom 23. Dezember 1996 bis zum 28. Februar 1998 als stellvertretende Stationschwester mehr als 24 Personen durch ausdrückliche Anordnung unterstellt gewesen seien.

5

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

6

1. festzustellen, dass auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ab dem 1. November 2006 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder anzuwenden ist,
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin für die Monate August 2006 bis Oktober 2006 Vergütung nach der Vergütungsgruppe Kr. VII BAT-O und auf die jeweiligen Differenzbeträge Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz des § 247 BGB ab Fälligkeit zu zahlen,
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin ab November 2006 Entgelt nach der Entgeltgruppe 9b TV-L/TVÜ-L und auf die jeweiligen Differenzbeträge Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz des § 247 BGB ab Fälligkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Auslegung der Bezugnahmeklausel in Nr. 3 des Änderungsvertrages vom 25. Januar 2002 führe nicht zu einer Anwendbarkeit des TV-L oder BAT-O auf das Arbeitsverhältnis der Parteien. Eine Bezugnahmeklausel erfasse regelmäßig nur einschlägige Tarifverträge. Selbst wenn der TV-L anzuwenden sei, wäre er nach dem Grundsatz der Tarifspezialität durch die Haustarifverträge der Beklagten verdrängt. Die Klägerin sei auch zutreffend eingruppiert, weil der Stationschwester, die sie vertrete, vor dem 1. Januar 2004 keine zwölf Pflegepersonen durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt gewesen seien. Dies folge auch aus der bestehenden Personalbudgetplanung. Für die Station seien einschließlich der Stationschwester für die Jahre 2002 und 2003 lediglich 12,39 Vollzeitstellen vorgesehen. Andere von der Klägerin benannte Arbeitnehmer seien dort nur kurzfristig als sog. Springer tätig gewesen. In der Station zeitweise tätige Schüler, Studenten und Zivildienstleistende seien ebenfalls nicht zu berücksichtigen.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Klägerin festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin ab dem 1. Januar 2009 Entgelt nach der Entgeltgruppe 9b TV-L zu zahlen und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin, ihrer Berufung mit der Maßgabe stattzugeben, dass im Antrag zu 3) eine Überleitung aus der VergGr. Kr. VII BAT-O begehrt wird. Die Beklagte will mit ihrer Revision das erstinstanzliche Urteil wieder hergestellt wissen. Beide Parteien beantragen, die Revision der jeweils anderen zurückzuweisen.

8

Entscheidungsgründe

Die zulässigen Revisionen der Parteien sind jeweils nur teilweise begründet.

9

I. Beide Revisionen sind zulässig. Dies gilt auch für das von der Klägerin mit dem Antrag zu 1) verfolgte Feststellungsbegehren. 10

Das Landesarbeitsgericht hat diesen Antrag, obwohl es auf einen Ausspruch im Tenor der Entscheidung verzichtet hat, nicht iSd. § 321 Abs. 1 ZPO übergangen. Deshalb war die Klägerin nicht gehalten, innerhalb der Frist des § 321 Abs. 2 ZPO eine Urteilsergänzung zu beantragen, weil anderenfalls die Rechtshängigkeit des Antrages entfallen wäre. Das ergibt die Auslegung der Entscheidungsformel, die unter Rückgriff auf Tatbestand und Entscheidungsgründe zu erfolgen hat (vgl. BAG 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 38 mwN, BAGE 136, 302; 31. März 2004 - 10 AZR 253/03 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 110, 135). In der Folge muss der Senat auch nicht darüber befinden, ob der Antrag ausnahmsweise im Revisionsverfahren hätte neu eingeführt werden können (vgl. BAG 20. April 2010 - 1 ABR 78/08 - Rn. 35 ff., BAGE 134, 62). 11

Das Landesarbeitsgericht hat zwar im Entscheidungstenor lediglich über den Antrag zu 3) befunden. Es hat sich aber, wie die Entscheidungsgründe zeigen, auch mit dem Feststellungsantrag zu 1) befasst und ist davon ausgegangen, auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei ab dem 1. November 2006 der TV-L anzuwenden. Es ist allerdings der Auffassung gewesen, eine „zusätzliche“, über den Antrag zu 3) hinausgehende Feststellung erübrige sich aufgrund der inzident erfolgten Prüfung. Damit ist die Klägerin zugleich beschwert worden, weil die von ihr beantragte Feststellung nicht durch Aufnahme in den Tenor rechtskräftig festgestellt wurde. 12

II. Die Revisionen haben nur zum Teil Erfolg. Auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ist aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme seit dem 1. November 2006 der TV-L anzuwenden. Die Klägerin kann für die Monate August bis einschließlich Oktober 2006 jedoch keine Vergütung nach VergGr. Kr. VII (Fallgr. 14) BAT-O beanspruchen. Ihr weiteres Feststellungsbegehren ist zwar für die Zeit ab dem 1. November 2006 auch insoweit begründet, als die Klägerin eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 9b TV-L beanspruchen kann. Sie ist aber in diese Entgeltgruppe lediglich unter Zuordnung zur VergGr. Kr. „VI mit Aufstieg nach VII“ BAT-O gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 13

iVm. der Anlage 5 des Tarifvertrages zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts (vom 12. Oktober 2006, TVÜ-Länder) überzuleiten.

1. Die nach dem Antrag zu 1) auf die Feststellung der Anwendbarkeit eines Tarifvertrages auf ein Arbeitsverhältnis gerichtete und daher als sog. Elementenfeststellungsklage zulässige Klage (st. Rspr., s. nur BAG 14. Dezember 2011 - 4 AZR 179/10 - Rn. 16 mwN; 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 11 mwN, BAGE 128, 165) ist begründet. 14

a) Die Auslegung der Bezugnahmeklausel in Nr. 3 des Arbeitsvertrages vom 25. Januar 2002 (zu den Maßstäben der Auslegung einer solchen Allgemeinen Geschäftsbedingung BAG 19. Oktober 2011 - 4 AZR 811/09 - Rn. 18 mwN, DB 2011, 2783; 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - Rn. 15, BAGE 134, 283; 25. August 2010 - 4 AZR 14/09 - Rn. 23 ff., AP TVG § 1 Tarifverträge: Arzt Nr. 21) ergibt eine unbedingte zeitdynamische Bezugnahme auf den BAT-O und die diesen ergänzenden, ändernden und ersetzenden Tarifverträge in der für die TdL geltenden Fassung. 15

aa) Eine einzelvertraglich nach dem 1. Januar 2002 auch mit einem tarifgebundenen Arbeitgeber vereinbarte dynamische Verweisung auf einen bestimmten Tarifvertrag wird jedenfalls dann, wenn dessen Tarifgebundenheit an den in Bezug genommenen Tarifvertrag nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht worden ist, durch einen Wegfall der arbeitgeberseitigen Tarifgebundenheit an die in der Klausel genannten Tarifverträge nicht berührt. Für Arbeitsverträge, die nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 1. Januar 2002 geschlossen worden sind („Neuverträge“), wendet der Senat die Auslegungsregel der sog. Gleichstellungsabrede nicht an (- „unbedingte zeitdynamische Verweisung“ -, st. Rspr., s. nur BAG 18. November 2009 - 4 AZR 514/08 - Rn. 22 mwN, BAGE 132, 261; 22. Oktober 2008 - 4 AZR 793/07 - Rn. 21 ff., BAGE 128, 185; 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - Rn. 26 ff. mwN, BAGE 122, 74). Wenn die Arbeitsvertragsparteien der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers besondere 16

Bedeutung beimessen wollen, muss dies grundsätzlich im Vertragstext Niederschlag finden oder auf sonstige Weise Gegenstand der arbeitsvertraglichen Einigung geworden sein.

bb) Einer Anwendung dieser Auslegungsregel auf die vertragliche Abrede der Parteien aus dem Jahre 2002 steht nicht entgegen, dass es sich dabei um die Änderung eines „Altvertrages“ handelt, der wiederum zwischen der Klägerin und dem Land Sachsen-Anhalt vor dem 1. Januar 2002 geschlossen wurde und der ebenfalls eine dynamische Verweisung auf den BAT-O sowie die ergänzenden, ändernden und ersetzenden Tarifverträge (*in der für die TdL geltenden Fassung*) enthielt. Bei einer Änderung eines Altvertrages nach dem 1. Januar 2002 kommt es für die Beurteilung, ob die Auslegungsmaßstäbe für „Neu-“ oder für „Altverträge“ maßgebend sind, darauf an, ob die Klausel im Änderungsvertrag zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der hieran beteiligten Vertragsparteien gemacht worden ist (*BAG 19. Oktober 2011 - 4 AZR 811/09 - Rn. 27, DB 2011, 2783; 24. Februar 2010 - 4 AZR 691/08 - Rn. 25, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 75 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 47; 18. November 2009 - 4 AZR 514/08 - Rn. 23 ff., BAGE 132, 261*). Dies ist anhand der konkreten Vertragsänderung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (*BAG 19. Oktober 2011 - 4 AZR 811/09 - aaO*).

cc) In Anwendung dieser Grundsätze erweist sich die von der Klägerin und der durch Mitgliedschaft tarifgebundenen Rechtsvorgängerin der Beklagten vereinbarte Arbeitsvertragsänderung hinsichtlich der Bezugnahmeregelung als ein „Neuvertrag“, der eine unbedingte zeitdynamische Bezugnahme der aufgeführten Tarifverträge in der für die TdL geltenden Fassung enthält. Das hat das Landesarbeitsgericht zu Recht erkannt.

(1) Mit der Bezugnahmeklausel in Nr. 3 des Vertrages vom 25. Januar 2002 wird in rechtsgeschäftlicher, vertragsändernder Willensbildung eine eigenständige Neuregelung getroffen. Ihr Wortlaut unterscheidet sich von der Inbezugnahmeregelung im vorangegangenen Arbeitsvertrag vom 20. Dezember

1996. Bereits dies spricht dagegen, dass es sich lediglich um die Wiederholung der ursprünglich getroffenen Vereinbarung ohne eigenen Rechtsgestaltungswillen handelt. Die Vertragsurkunde enthält darüber hinaus nicht nur einzelne, gegenüber der Vorgängervereinbarung tatsächlich veränderte Vertragsbestandteile - etwa die veränderte Tätigkeit und Vergütung - und verweist auch nicht im Übrigen auf die bisherigen Vertragsbestimmungen. Vielmehr wird bereits nach einem Einleitungssatz der „nachfolgend beschriebene Vertrag mit Wirkung vom 08.01.2002 geschlossen“. Danach sollen allein die nachstehenden Vereinbarungen, die keinen Bezug auf den zuvor geschlossenen Arbeitsvertrag enthalten, den Inhalt des Arbeitsverhältnisses regeln. Die Vertragsparteien haben damit das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis insgesamt auf eine neue rechtliche Grundlage einschließlich des Inhalts der vereinbarten Bezugnahmeklausel gestellt.

(2) Bei der Nr. 3 des Vertrages vom 25. Januar 2002 handelt es sich, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, um eine dynamische Verweisung auf die jeweiligen in der Bezugnahmeklausel genannten Tarifverträge in der für die TdL geltenden Fassung. Die Bezugnahmeklausel verweist in Satz 1 auf die „Bestimmungen des maßgebenden Tarifvertrages BAT-O“. Damit hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten, das Land Sachsen-Anhalt, den BAT-O in der Fassung der TdL als maßgebenden Tarifvertrag gekennzeichnet (*nachfolgend BAT-O/TdL*). Dies entspricht der Gebundenheit des Landes Sachsen-Anhalt an den BAT-O/TdL nach § 3 Abs. 1 TVG aufgrund seiner Mitgliedschaft in der TdL zum fraglichen Zeitpunkt. Weiterhin ist ausdrücklich vereinbart worden, dass die den BAT-O ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis angewendet werden sollen. Mit dem Passus „in den für die TdL jeweils geltenden Fassungen“ haben die Vertragsparteien zugleich klargestellt, dass diejenigen Tarifverträge angewendet werden sollen, die auch zukünftig von der TdL vereinbart werden. Insbesondere durch solche Zusätze wird dabei der Wille der Arbeitsvertragsparteien verdeutlicht, eine dynamische Verweisung herbeizuführen (*vgl. BAG 19. Oktober 2011 - 4 AZR 811/09 - Rn. 21 mwN, DB 2011, 2783; 19. September 2007 - 4 AZR*

20

710/06 - Rn. 22 mwN, AP BGB § 133 Nr. 54 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 36).

- b) Mit diesem vertraglichen Regelungsbestand ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin auf die zum 1. Januar 2006 als Anstalt des öffentlichen Rechts errichtete Beklagte übergegangen. Nach § 20 Abs. 1 Satz 2 HMG LSA ist die Beklagte in die bestehenden Rechte und Pflichten des Universitätsklinikums eingetreten. 21
- c) Die Bezugnahmeklausel erfasst ab dem 1. November 2006 auch den TV-L. Bei diesem handelt es sich um einen den BAT-O/TdL ersetzenden Tarifvertrag iSd. vertraglichen Bezugnahmeklausel. 22
- aa) Werden wie hier in einer vertraglichen Bezugnahmeklausel ausdrücklich auch die ersetzenden Tarifverträge genannt, ist, jedenfalls soweit nur die Anwendbarkeit des TV-L als einen den BAT-O/TdL ersetzenden Tarifvertrag in Frage steht, auch dieser Tarifvertrag erfasst (*st. Rspr., ausf. BAG 22. April 2009 - 4 ABR 14/08 - Rn. 24 ff. mwN, BAGE 130, 286 sowie 17. November 2011 - 5 AZR 409/10 - Rn. 15 mwN; 15. Juni 2011 - 4 AZR 563/09 - Rn. 38 mwN, EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Bezugnahmeklausel Nr. 35*). Dies war hier der TV-L, der den BAT-O/TdL zum 1. November 2006 nach § 2 Abs. 1 Satz 1 iVm. Anlage 1 TVÜ-Länder Teil A Nr. 2 weitgehend ersetzte. 23
- bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten steht der Anwendbarkeit des TV-L auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht entgegen, dass die Beklagte selbst nicht Mitglied der TdL oder eines Mitgliedverbandes der TdL ist. 24
- (1) Soweit die Beklagte meint, der TV-L gelte nach dessen § 1 nur für „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Beschäftigte), die in einem Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber stehen, der Mitglied der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) oder eines Mitgliedverbandes der TdL ist“, was für sie nicht zutrefte, verkennt sie, dass vorliegend nicht die Frage einer Tarifgebundenheit, sondern die Reichweite einer vertraglichen Bezugnahmeklausel zu beurteilen ist. Eine ohne besondere Einschränkung in einem „Neuvertrag“ erfolgte vertragliche 25

Inbezugnahme eines Tarifwerkes wie des BAT-O einschließlich der „ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in den für die TdL jeweils geltenden Fassungen“ führt grundsätzlich zu dessen Anwendung für das jeweilige Arbeitsverhältnis unabhängig davon, ob der Arbeitgeber selbst von dem personellen oder sachlichen (*betrieblichen*) Geltungsbereich erfasst ist. Der Bezugnahmeklausel unter Nr. 3 des Arbeitsvertrages ist, anders als es die Beklagte meint, gerade keine Einschränkung zu entnehmen, das in Bezug genommene Tarifwerk müsse für den Arbeitgeber hinsichtlich des fachlich/betrieblichen oder personellen Geltungsbereichs das jeweils „einschlägige“ sein. Ein anderes ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass in Nr. 3 Satz 1 des Arbeitsvertrages auf die „Bestimmungen des maßgebenden Tarifvertrages BAT-O“ verwiesen wird. Damit wird lediglich das Bezugnahmeobjekt - der BAT-O - als für die damalige Arbeitgeberin (*in der Fassung der TdL*) bezeichnet. Allein hieraus eine auflösende Bedingung in Bezug auf die vereinbarte Dynamik zu entnehmen, wonach der BAT-O nur so lange dynamisch in Bezug genommen sei, wie der Arbeitgeber selbst an diesen Tarifvertrag normativ gebunden ist, kann durch die bloße Charakterisierung des genannten Tarifvertrages als „maßgebend“ nicht begründet werden. Dagegen spricht weiterhin die in Nr. 3 Satz 2 des Arbeitsvertrages ohne jede Einschränkung erfolgte Verweisung auf „die ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in den für die TdL jeweils geltenden Fassungen“.

(2) Ein anderes Ergebnis folgt nicht aus der von der Beklagten angeführten Entscheidung des Senats vom 15. März 2006 (- 4 AZR 75/05 - BAGE 117, 248). Gegenstand der damaligen Entscheidung war die Auslegung einer Bezugnahmeklausel, die nicht nur den BAT (*in der für den Bund und die Länder geltenden Fassung, nachfolgend BAT/B-L*) und die einschlägigen Sonderregelungen zum BAT erfasste, sondern auch die „zusätzlichen für den Bereich des Arbeitgebers verbindlichen Tarifverträge“. Hierzu gehörten nicht tarifvertraglichen Regelungen, die in einem zwischen dem Freistaat Bayern und den damaligen Gewerkschaften ÖTV und DAG geschlossenen Tarifvertrag über eine ergänzende Leistung an Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer und Auszubildende

26

des Freistaates Bayern vereinbart wurden. Es handelte sich insoweit und bezogen auf die damalige Beklagte (*eine privatrechtliche Krankenhausträgergesellschaft in Einzelrechtsnachfolge einer Landesversicherungsanstalt*) nicht um einen „zusätzlichen für den Bereich des Arbeitgebers verbindlichen“ Tarifvertrag. Bezogen auf die Anwendbarkeit des einschränkungslos in Bezug genommenen BAT/B-L ging der Senat allerdings ohne Weiteres von dessen Anwendbarkeit aus, obwohl die damalige Beklagte gerade nicht vom allgemeinen Geltungsbereich des § 1 Abs. 1 BAT/B-L erfasst wurde (*BAG 15. März 2006 - 4 AZR 75/05 - Rn. 24, aaO*).

d) Die Bezugnahmeklausel erfasst hingegen nicht die von der Beklagten geschlossenen Haustarifverträge. 27

aa) Die Klausel verweist nach ihrem Wortlaut auf den BAT-O/TdL und „die ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in den für die TDL jeweils geltenden Fassungen“. Hierzu gehören nicht die von der Beklagten geschlossenen Haustarifverträge. Diese sind bereits deshalb, weil von anderen Tarifvertragsparteien geschlossen als von denjenigen, die den BAT-O/TdL und den nachfolgenden TV-L vereinbart haben, keine Tarifverträge, die die in Bezug genommenen Tarifverträge hätten ersetzen können. 28

bb) Die Revision der Beklagten macht nicht geltend, dass die Parteien eine sog. Tarifwechselklausel (*dazu ausf. BAG 22. April 2009 - 4 ABR 14/08 - Rn. 27 mwN, BAGE 130, 286; 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 19 ff. mwN, BAGE 128, 165*) vereinbart haben, wofür es darüber hinaus auch keinen Anhaltspunkt gibt. 29

cc) Die Haustarifverträge der Beklagten werden auch nicht durch die Textstelle „... sowie sonstige tarifliche Bestimmungen“ im Änderungsvertrag vom 25. Januar 2002 erfasst. Das folgt bereits aus dem Wortlaut. Dieser bezieht sich insoweit allein auf solche Regelungen, die als „sonstige“ Regelungen - über die im BAT-O/TdL getroffenen Regelungen hinaus - und regelmäßig neben ihm gelten und nicht auf Tarifverträge, die von anderen Tarifvertragspar- 30

teilen abgeschlossen dieselben Regelungsbereiche an dessen Stelle regeln
(*ebenso BAG 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 20, BAGE 128, 165*).

dd) Die Anwendung der von der Beklagten vereinbarten Haustarifverträge auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin folgt schließlich nicht aus § 2 Abs. 1 Satz 1 iVm. der Anlage 1 TVÜ-UK Halle. Die dort vorgesehene Ersetzung des BAT/BAT-O ist bereits deshalb ohne Bedeutung, weil die Tarifvertragsparteien der Haustarifverträge in ihrem Tarifwerk nicht die Ersetzung von Tarifverträgen festlegen können, die von anderen Tarifvertragsparteien geschlossen wurden. Zudem ist für die Auslegung einer einzelvertraglichen Bezugnahmeklausel eine solche, von nicht am Arbeitsvertrag Beteiligten vereinbarte „Tarifregelung“ und ein sich etwaiger daraus ableitbarer Wille der Tarifvertragsparteien grundsätzlich ohne Bedeutung (*vgl. BAG 14. Dezember 2011 - 4 AZR 179/10 - Rn. 45 mwN; 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - Rn. 20 mwN, BAGE 134, 283*).

ee) Entgegen der in den Tatsacheninstanzen von der Beklagten vertretenen Auffassung ergibt sich aus dem Grundsatz der Tarifspezialität keine Anwendbarkeit der von ihr geschlossenen Haustarifverträge.

Die Auflösung einer Tarifkonkurrenz im Wege der Sachnähe oder Spezialität als tarifrechtlicher Kollisionsregel (*s. nur BAG 29. August 2007 - 4 AZR 767/06 - Rn. 20, BAGE 124, 34; 4. Juli 2007 - 4 AZR 491/06 - Rn. 78 ff., BAGE 123, 213*) setzt eine beiderseitige Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien an die betreffenden Tarifverträge voraus. Daran fehlt es vorliegend schon deshalb, weil die Beklagte nicht an das Tarifwerk für den öffentlichen Dienst der Länder gebunden ist. Zudem handelt es sich bei dem Prinzip der Sachnähe oder Spezialität um eine tarifrechtliche Kollisionsregel (*vgl. BAG 9. Dezember 2009 - 4 AZR 190/08 - Rn. 49, AP TVG § 3 Nr. 48 = EzA TVG § 3 Nr. 34*). Eine Tarifkonkurrenz kann aber bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag nicht entstehen (*s. nur BAG 29. August 2007 - 4 AZR 767/06 - aaO*).

ff) Die von der Beklagten geschlossenen Haustarifverträge sind schließlich auch nicht Tarifverträge, die den TV-L - als Bezugnahmeobjekt der Regelung in

Nr. 3 des Arbeitsvertrages - ändern oder etwa ergänzen. Denn sie sind von anderen Tarifvertragsparteien geschlossen worden.

2. Der zulässige Feststellungsantrag zu 2) ist unbegründet. 35

a) Der Antrag zu 2) ist zulässig. Ihm steht weder der Vorrang der Leistungsklage noch ein Vergangenheitsbezug dieser Feststellungsklage entgegen. 36

Der für das Feststellungsinteresse erforderliche Gegenwartsbezug (vgl. etwa BAG 16. November 2011 - 4 AZR 872/09 - Rn. 20 mwN; 5. November 2003 - 4 AZR 632/02 - zu I 2 a der Gründe, BAGE 108, 224) wird dadurch hergestellt, dass die von der Klägerin begehrte Feststellung für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum noch zukünftige Auswirkungen hat. Streitig ist, auf Grundlage welcher Eingruppierung vor dem 1. November 2006 die Klägerin nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-Länder in die Entgeltgruppen des TV-L überzuleiten und wie das Vergleichsentgelt nach § 5 Abs. 1 TVÜ-Länder zu ermitteln ist. 37

b) Der Feststellungsantrag zu 2) ist unbegründet. Die tarifvertraglichen Voraussetzungen für einen Bewährungsaufstieg im streitgegenständlichen Zeitraum liegen nicht vor. 38

aa) Die maßgebenden Bestimmungen für die Eingruppierung der Klägerin nach dem BAT-O/TdL lauten: 39

„Anlage 1b
Vergütungsordnung für Angestellte im Pflegedienst

...

A.
Pflegepersonal das unter die Sonderregelungen 2 a und 2 e III fällt.

Vergütungsgruppe Kr. VI

...

16. Krankenschwestern, die durch ausdrückliche Anordnung als ständige Vertreterinnen von Stations- oder Gruppenschwestern der Vergütungsgruppe Kr. VII Fall-

gruppe 7 bestellt sind.

...

Vergütungsgruppe Kr. VII

...

7. Krankenschwestern als Stationsschwestern oder Gruppenschwestern, denen mindestens zwölf Pflegepersonen durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt sind.

(Hierzu Protokollerklärungen Nrn. 1, 6, 11 und 12)

...

14. Krankenschwestern der Vergütungsgruppe Kr. VI
Fallgruppen 8 bis 10 oder 12 bis 17
nach fünfjähriger Bewährung in der jeweiligen Fallgruppe.

...

Protokollerklärung Nr. 6

Soweit die Eingruppierung von der Zahl der unterstellten oder in dem betreffenden Bereich beschäftigten Personen abhängt,

a) ist es für die Eingruppierung unschädlich, wenn im Organisations- und Stellenplan zur Besetzung ausgewiesene Stellen nicht besetzt sind,

b) zählen teilzeitbeschäftigte Personen entsprechend dem Verhältnis der mit ihnen im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeitszeit zur regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden Vollbeschäftigten,

c) zählen Personen, die zu einem Teil ihrer Arbeitsleistung unterstellt oder zu einem Teil ihrer Arbeitszeit in einem Bereich beschäftigt sind, entsprechend dem Verhältnis dieses Anteils zur regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden Vollbeschäftigten,

d) bleiben Schülerinnen in der Krankenpflege, Kinderkrankenpflege, Krankenpflegehilfe und Entbindungspflege sowie Personen, die sich in einer Ausbildung in der Altenpflege befinden, außer Betracht; für die Berücksichtigung von Stellen, auf die Schülerinnen angerechnet werden, gilt Buchstabe a.“

bb) Hiernach setzt die von der Klägerin angestrebte Eingruppierung in die VergGr. Kr. VII (*Fallgr. 14*) BAT-O voraus, dass sich die Klägerin bereits zum 1. August 2006 fünf Jahre in der VergGr. Kr. VI (*Fallgr. 16*) BAT-O bewährt hat. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht erfüllt. Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, dass auf der Grundlage ihres Vortrages die Tätigkeit der Klägerin vor dem 1. Januar 2004 die Anforderungen der VergGr. Kr. VI (*Fallgr. 16*) BAT-O nicht erfüllt hatte. Deshalb scheidet die Feststellung einer Eingruppierung in VergGr. Kr. VII (*Fallgr. 14*) BAT-O für die Monate August bis einschließlich Oktober 2006 infolge eines Bewährungsaufstiegs aus. Die Klägerin hat nicht dargetan, der von ihr kraft ausdrücklicher Anordnung ständig vertretenen Stationsschwester seien vor dem 1. Januar 2004 - ebenfalls kraft ausdrücklicher Anordnung - mindestens zwölf Pflegepersonen ständig unterstellt gewesen.

(1) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass der Stationsschwester, deren Vertretung der Klägerin übertragen worden ist, unter Berücksichtigung von zwei teilzeitbeschäftigten Pflegepersonen vor dem 1. Januar 2004 rechnerisch lediglich 11,9 Pflegepersonen durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt waren.

(2) Ein anderes ergibt sich nicht aus dem Vorbringen der Klägerin, die von ihr in den Tatsacheninstanzen vorgelegten „Ist-Besetzungen“ wiesen für die Monate November und Dezember 2003 mehr als zwölf der Stationsschwester unterstellte Pflegepersonen auf und diese Zahl sei auch in der Folgezeit nicht zurückgegangen. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann allein aus den jeweiligen „Ist-Besetzungen“, selbst wenn sich diese den Besetzungslisten entnehmen lassen, noch nicht der Schluss gezogen werden, dass bereits im Jahr 2003 eine ständige Unterstellung von mindestens zwölf Pflegepersonen kraft ausdrücklicher Anordnung vorgelegen hat. Die von der Klägerin vorgelegten Besetzungsübersichten für die Kalenderjahre 2002 und 2003 weisen zudem Schwankungen auf, die erkennen lassen, dass es sich um einen zeitweilig erhöhten Personalbedarf handelt. Hinreichende Anhaltspunkte dahingehend, dass und zu welchem Zeitpunkt die Beklagte eine Unterstellung weiterer Pfl-

gepersonen vor dem 1. Januar 2004 ausdrücklich angeordnet hat, enthält der Vortrag der Klägerin nicht.

(3) Das Landesarbeitsgericht ist weiterhin zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei den zwei weiteren, als sog. Springer eingesetzten Beschäftigten nicht um „ständig“ unterstellte (*zum Merkmal der „ständigen“ Unterstellung vgl. nur BAG 12. März 2008 - 4 AZR 67/07 - Rn. 45, ZTR 2008, 604; 26. Januar 2005 - 4 AZR 6/04 - Rn. 46 mwN, BAGE 113, 291*) Pflegepersonen iSd. VergGr. Kr. VII Fallgr. 7 BAT-O handelt. 43

Ausgehend von den insoweit unangegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts fehlt es an Anhaltspunkten, die Beklagte habe einen dauerhaften Bedarf an Pflegepersonal durch den Einsatz von sog. Springern abgedeckt. Einer der beiden Beschäftigten, die als sog. Springer eingesetzt wurden, war auf der Station, auf der die Klägerin beschäftigt ist, lediglich in der Zeit vom 17. November 2001 bis 28. Februar 2002, also an 15 Tagen tätig gewesen. Für den anderen der Springer war dies in der Zeit vom 4. bis 15. Februar 2002 und vom 18. bis 24. Februar 2002 und damit nur an 17 Arbeitstagen der Fall. Von daher fehlt es - anders als die Klägerin annimmt - bereits daran, dass „aus dem Springerpool kontinuierlich Pflegepersonal im Nierentransplantationszentrum eingesetzt wurde“. Deshalb kann entgegen ihrer Auffassung auch nicht „fiktiv“ von einer ständigen Unterstellung von zumindest „0,1 Pflegepersonen“ ausgegangen werden. Nach dem nicht bestrittenen Vorbringen der Beklagten ist zudem eine ausdrückliche Unterstellung gegenüber der Stationsschwester nicht erfolgt. Eine solche war danach lediglich gegenüber der Leiterin des „Springer-pools“ gegeben. 44

(4) Entgegen der Auffassung der Klägerin sind Krankenschwestern(pflege)schüler, Schüler, Zivildienstleistende und Studierende für die Ermittlung der unterstellten Pflegepersonen nicht zu berücksichtigen. 45

(a) Das ergibt sich, worauf das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, bereits aus der Protokollerklärung Nr. 6 Buchst. d zur VergGr. Kr. VII 46

BAT-O. Dass diese Personen auf unbesetzten Stellen iSd. Protokollerklärung eingesetzt wurden, macht die Klägerin nicht geltend.

(b) Die Klägerin hat auch nicht dargetan, dass es sich bei diesem Personenkreis um Pflegepersonen iSd. Tätigkeitsmerkmals handelt. 47

(aa) Pflegepersonen iSd. VergGr. Kr. VII Fallgr. 7 BAT-O sind nur solche Angestellte, die von der Anlage 1b Abschnitt A BAT-O erfasst werden (*BAG 15. Februar 2006 - 4 AZR 66/05 - Rn. 21, ZTR 2006, 538*). Dazu gehören weder Zivildienstleistende noch Studierende. 48

(bb) Ein anderes ergibt sich nicht aus der von der Klägerin in der Revision angeführten Entscheidung des Senats vom 15. Februar 2006. Soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz geltend gemacht hat, eingesetzte Studierende des Fachs Medizin würden „Leistungen nicht besetzter Stellen kompensieren“, ist dieser Vortrag unsubstantiiert. Es fehlt an einem näheren Vorbringen der Klägerin, mit welchen Tätigkeiten im Einzelnen und in welchem Umfang diese Personen auf der Intensivstation im Nierentransplantationszentrum eingesetzt waren, um beurteilen zu können, ob die ihnen übertragene Tätigkeit denen einer Pflegeperson iSd. Tätigkeitsmerkmals entspricht (*dazu BAG 15. Februar 2006 - 4 AZR 66/05 - Rn. 27, ZTR 2006, 538*). 49

(5) Die weitere Rüge der Klägerin, das Landesarbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft auf die Personalbudgetplanung der Beklagten abgestellt, da es sich bei dieser nicht um einen Organisations- oder Stellenplan iSd. Protokollerklärung Nr. 6 Buchst. a zur VergGr. Kr. VII BAT-O handele, ist unzutreffend. Das Landesarbeitsgericht hat lediglich ergänzend ausgeführt, dass auch nach der von der Beklagten vorgelegten Personalbudgetplanung der Stationsschwester für die Jahre 2002 und 2003 lediglich 11,39 Pflegepersonen unterstellt gewesen seien, „mithin sogar weniger als die tatsächliche Ist-Unterstellung von 11,9 Vollzeitkräften“. Danach hat das Berufungsgericht seine Entscheidung tragend auf den Umstand von 11,9 ständig unterstellten Pflegepersonen gestützt. 50

Der Protokollerklärung Nr. 6 Buchst. a zur VergGr. Kr. VII Fallgr. 7 BAT-O kann auch nicht entnommen werden, dass die Beklagte zur Erstellung eines dementsprechenden Stellen- oder Organisationsplans verpflichtet ist. Nur für den Fall, dass ein solcher existiert, kommt es für die Anzahl der unterstellten Pflegepersonen nicht darauf an, ob jede der ausgewiesenen Stellen tatsächlich besetzt ist. Im anderen Fall, wenn man mit der Klägerin davon ausgeht, ein Personalbudgetplan erfülle nicht die Anforderungen an einen Stellen- und Organisationsplan iSd. Protokollerklärung, ist die Anzahl der tatsächlichen Unterstellungen kraft ausdrücklicher Anordnung entscheidend. Hierfür ist zunächst die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig. 51

cc) Entgegen der Auffassung der Klägerin sind Zeiten ihrer Tätigkeit als Stationsschwester oder stellvertretende Stationsschwester mit mehr als 24 kraft ausdrücklicher Anordnung ständig unterstellten Pflegepersonen für die Berechnung der Bewährungszeit nicht zu berücksichtigen. Es handelt sich nicht um Tätigkeiten derselben Fallgruppe, der VergGr. Kr. VI Fallgr. 16 BAT-O. Deshalb kann es dahinstehen, ob der Vortrag der Klägerin dazu überhaupt hinreichend substantiiert ist. 52

(1) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist für einen Bewährungsaufstieg, der wie vorliegend nach dem Tätigkeitsmerkmal der VergGr. Kr. VII Fallgr. 14 BAT-O eine „Bewährung in der jeweiligen Fallgruppe“ vorsieht, erforderlich, dass der betreffende Arbeitnehmer in den Zeiten, die er als Bewährungszeiten anerkannt wissen will, in diese Fallgruppe eingruppiert ist (vgl. BAG 22. April 2009 - 4 AZR 163/08 - Rn. 16 mwN, USK 2009-132; 17. Oktober 2007 - 4 AZR 1005/06 - Rn. 43, BAGE 124, 240; 24. September 1997 - 4 AZR 565/96 - AP BAT § 23b Nr. 1). Das schließt es aus, dass der Arbeitnehmer die in der Ausgangsfallgruppe vorgesehene Bewährungszeit zurücklegen kann, wenn er zeitweise Tätigkeiten auszuüben hat, die einer anderen Fallgruppe zugeordnet sind. Eine Berücksichtigung von Zeiten in anderen Fallgruppen ist außerhalb der hier nicht einschlägigen Regelungen des § 23b BAT-O und § 23a BAT-O nicht vorgesehen (BAG 22. April 2009 - 4 AZR 163/08 - Rn. 17 mwN, aaO). 53

- (2) Danach finden die von der Klägerin angeführten Zeiten für die fünfjährige Bewährungszeit nach VergGr. Kr. VII Fallgr. 14 BAT-O keine Berücksichtigung, selbst wenn es sich um höherwertige Tätigkeiten gehandelt haben sollte. Zeiten einer Bewährung in Tätigkeiten einer anderen als der in der Aufstiegsfallgruppe genannten Ausgangsfallgruppe bleiben unberücksichtigt. 54
- dd) Die Klage ist insoweit auch nicht deshalb begründet, soweit die Klägerin in ihrer Revisionsbegründung behauptet, die Beklagte habe selbst vorgetragen, „den Bewährungsaufstieg aber auch in Fällen einer Wahrnehmung einer höherwertigen Tätigkeit“ anzuwenden. Die Beklagte hat diesen nicht unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin bestritten. Soweit die Klägerin implizit einen Anspruch nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz geltend machen will, handelt es sich zudem um einen neuen Streitgegenstand (*BAG 24. Februar 2010 - 4 AZR 657/08 - Rn. 22 mwN, AP ZPO § 551 Nr. 68*) und damit um eine in der Revisionsinstanz unzulässige Klageerweiterung. 55
3. Der zulässige Antrag zu 3) ist nur teilweise begründet. 56
- a) Der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klaggestellte Antrag, dessen Inhalt sich bereits aufgrund der gebotenen Auslegung ergab, ist als Eingruppierungsfeststellungsklage (*st. Rspr., siehe nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 188/09 - Rn. 15, NZA-RR 2011, 304; 22. April 2009 - 4 AZR 166/08 - Rn. 13 mwN, AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 311*) zulässig. Insbesondere ist das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. 57
- Zwischen den Parteien ist zwar nicht umstritten, dass die Klägerin bei Anwendung des TV-L entsprechend den Überleitungsbestimmungen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 iVm. der Anlage 5 TVÜ-Länder in die Entgeltgruppe 9b TV-L überzuleiten ist. Das erforderliche Feststellungsinteresse folgt jedoch aus den unterschiedlichen Auffassungen der Parteien hinsichtlich der hier zutreffenden Zuordnung gemäß der Anlage 5, Spalte 3 TVÜ-Länder - „Zuordnungen Vergütungsgruppen KR/KR-Verläufe“ -, die wiederum für die Berechnung des Vergleichsentgelts und der Stufenzuordnung nach § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 TVÜ-Länder von Bedeutung ist. 58

- b) Der Feststellungsantrag ist nur teilweise begründet. 59
- aa) Die Klägerin hat - entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts - bereits ab dem Zeitpunkt der Überleitung zum 1. November 2006 Anspruch auf eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 9b TV-L. Sie war im Monat Oktober 2006 in der VergGr. Kr. VI Fallgr. 16 BAT-O eingruppiert. Diese Eingruppierung ermöglicht den „Aufstieg nach VII“ iSd. Anlage 5 TVÜ-Länder. Im Bereich des TV-L, der nach der arbeitsvertraglichen Bezugnahme für das Arbeitsverhältnis maßgebend ist (*oben unter II 1*), ist diese Vergütungsgruppe nach den §§ 3, 4 Abs. 1 iVm. der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 4 Abs. 1 TVÜ-Länder sowie der Anlage 5 TVÜ-Länder der Entgeltgruppe 9b TV-L zugeordnet, in die die Klägerin überzuleiten ist. 60
- bb) Die Überleitung der Klägerin erfolgt allerdings nicht nach Maßgabe einer Zuordnung zur VergGr. Kr. „VII ohne Aufstieg“ (*BAT-O*), sondern nach der VergGr. Kr. „VI mit Aufstieg nach VII“ (*BAT-O*) iSd. Anlage 5, Spalte 3 TVÜ-Länder. Die Klägerin war erst ab dem 1. Januar 2004 durch ausdrückliche Anordnung als ständige Vertreterin einer Stationsschwester der VergGr. Kr. VII Fallgr. 7 BAT-O bestellt, sodass die fünfjährige Bewährungszeit der VergGr. Kr. VII Fallgr. 14 BAT erst mit Ablauf des Jahres 2008 erfüllt ist. Davon ging auch die Beklagte ausweislich ihres Schreibens vom 30. September 2009 zutreffend aus. Einen früheren Beginn einer Tätigkeit in der VergGr. Kr. VI Fallgr. 16 BAT-O hat die dafür darlegungs- und beweispflichtige Klägerin nicht dargetan (*unter II 2 b bb*). 61
- cc) Die Klägerin hat ihre Vergütungsansprüche mit Schreiben vom 28. Dezember 2006 fristgerecht nach § 37 Abs. 1 TV-L geltend gemacht. Das wird von der Beklagten auch nicht gerügt. 62
- dd) Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 BGB (*vgl. BAG 26. Januar 2011 - 4 AZR 167/09 - Rn. 46 ff., AP TVG § 1 Tarifverträge: Arzt Nr. 34*). 63

III. Die Parteien haben die Kosten des Rechtsstreits nach § 91 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu tragen. 64

Der Vorsitzende
Richter am Bundes-
arbeitsgericht Prof.
Bepler ist in den
Ruhestand getreten
und daher an der
Unterschriftsleistung
gehindert.

Treber

Winter

Treber

Plautz

Weßelkock