

# BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 327/11

2 Sa 133/10

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

12. Dezember 2012

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen  
Verhandlung vom 12. Dezember 2012 durch den Vorsitzenden Richter am

Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, den Richter am Bundesarbeitsgericht Creutzfeldt, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtliche Richterin Kleinke und den ehrenamtlichen Richter Ratayczak für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird - unter deren Zurückweisung im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 13. April 2011 - 2 Sa 133/10 - teilweise aufgehoben.
2. Hinsichtlich des Antrages zu 1. wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die gesamten Kosten des Rechtsstreits - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
3. Im Übrigen wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 13. April 2011 - 2 Sa 133/10 - hinsichtlich der Anträge zu 2., 3. und 4. zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:
  - a) Auf die Berufung der Klägerin wird unter teilweiser Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Schwerin vom 17. Dezember 2009 - 6 Ca 1397/09 - festgestellt, dass die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin seit dem 13. Juli 2009 34 Wochenstunden beträgt.
  - b) Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit und eine damit zusammenhängende Zeitgutschrift auf einem Arbeitszeitkonto der Klägerin. 1

Die Klägerin, die seit Februar 2009 Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (*Gewerkschaft ver.di*) ist, ist seit 1984 bei der Beklagten und 2

ihren Rechtsvorgängerinnen beschäftigt. Im schriftlichen Arbeitsvertrag mit der Deutschen Bundespost Telekom vom 29. November 1991 heißt es ua.:

**„Für das Arbeitsverhältnis gelten**

- der ‚Tarifvertrag für die Angestellten der Deutschen Bundespost (TV Ang-O)‘ und die sonstigen Tarifverträge für die Angestellten der Deutschen Bundespost im Beitrittsgebiet  
oder
- der ‚Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost (TV Arb-O)‘ und die sonstigen Tarifverträge für die Arbeiter der Deutschen Bundespost im Beitrittsgebiet

in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Vertragsparteien vereinbart. ...“

Im Zuge der sog. Postreform II wurden die Geschäftsbereiche der Deutschen Bundespost durch das Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft (*vom 14. September 1994, BGBl. I S. 2325, 2339 - Postumwandlungsgesetz - PostUmwG*) privatisiert. Aus dem Geschäftsbereich, in dem die Klägerin tätig gewesen war, entstand kraft Gesetzes die Deutsche Telekom AG (*nachfolgend DT AG*). Die DT AG vereinbarte in der Folgezeit mit der Deutschen Postgewerkschaft (*DPG*) Tarifverträge, die ua. die zuvor zwischen der Deutschen Bundespost und der DPG geschlossenen Tarifverträge für die Arbeiter und Angestellten der Deutschen Bundespost in Ost und West für den Bereich der DT AG abänderten. Eine weitgehende Ablösung der vormals mit der Deutschen Bundespost geschlossenen und nachfolgend geänderten Tarifverträge erfolgte anlässlich der Einführung des „Neuen Bewertungs- und Bezahlungssystems - NBBS“ zum 1. Juli 2001 in einem gesonderten Übergangstarifvertrag, dem Tarifvertrag zur Umstellung auf das NBBS. Auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin wurden die jeweiligen für sie einschlägigen Tarifverträge der Deutschen Bundespost Telekom und später die der DT AG angewendet, unter anderem der Manteltarifvertrag der Deutschen Telekom AG in der Fassung vom 1. März

3

2004 (MTV DT AG), der in § 11 eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 34 Stunden vorsieht.

Mit Wirkung ab dem 1. September 2007 wurde der Beschäftigungsbetrieb, in dem die Klägerin tätig ist, im Wege des Betriebsübergangs von der VCS GmbH (VCS), einer Tochtergesellschaft der DT AG, übernommen. Die Klägerin widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nicht. In der Folgezeit wendete die VCS auf das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin den zwischen ihr und der Gewerkschaft ver.di geschlossenen, zum 1. März 2004 in Kraft getretenen Tarifvertrag zur Umsetzung des Beschäftigungsbündnisses (*Umsetzungs-Tarifvertrag, UTV*) an, der Abweichungen von den Tarifverträgen der DT AG ua. bei der Arbeitszeit und beim Entgelt enthält. Danach beträgt ua. die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 38 Stunden. Zum 1. März 2008 übernahm die nicht tarifgebundene Beklagte den Beschäftigungsbetrieb der Klägerin im Wege eines weiteren Betriebsübergangs.

4

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin nach vorheriger erfolgloser Geltendmachung zuletzt noch die Feststellung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 34 Stunden sowie eine Gutschrift auf dem Arbeitszeitkonto von 140 Stunden aufgrund der im Zeitraum 1. Oktober 2008 bis 12. Juli 2009 abverlangten Arbeitszeit von 38 Stunden. Sie hat die Auffassung vertreten, auf das Arbeitsverhältnis der Parteien seien aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel die Tarifverträge der DT AG mit dem Regelungsstand vom 1. September 2007 anzuwenden, darunter der MTV DT AG mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 34 Stunden.

5

Die Klägerin hat, soweit für die Revision von Bedeutung, beantragt,

6

1. die Beklagte zu verurteilen, ihr auf dem für sie geführten Arbeitszeitkonto 140 Stunden gutzuschreiben;
2. festzustellen, dass die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 34 Wochenstunden beträgt;

3. festzustellen, dass auf ihr Arbeitsverhältnis die Bestimmungen der Tarifverträge der Deutschen Telekom AG, Stand 1. September 2007, Anwendung finden.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Feststellungsanträge seien unzulässig. Die Bezugnahmeklausel erfasse die von der VCS geschlossenen Tarifverträge. Zudem seien mögliche Ansprüche der Klägerin verwirkt. 7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Klägerin der Klage im noch streitigen Umfang stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag, die Klage abzuweisen, weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen. 8

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist teilweise begründet. 9

Dem Antrag zu 1. konnte des Landesarbeitsgericht nicht mit der von ihm angeführten Begründung stattgeben. Deshalb war das Berufungsurteil insoweit aufzuheben und die Sache wegen nicht ausreichender Tatsachenfeststellungen zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Revision gegen den Antrag zu 2. ist unter Berücksichtigung der gebotenen Auslegung des Antrages unbegründet. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin beträgt 34 Stunden nach § 11 MTV DT AG, der aufgrund der vertraglichen Bezugnahme Anwendung findet. Hinsichtlich des Antrages zu 3. ist die Revision begründet. Dieser Antrag ist unzulässig. Insoweit bedurfte es keiner Zurückverweisung an das Berufungsgericht (§ 561 ZPO). 10

- I. Die Revision der Beklagten ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts zum Feststellungsantrag zu 2. richtet. 11
1. Der Feststellungsantrag zu 2. ist nach einer gebotenen Auslegung (dazu BAG 11. November 2009 - 7 AZR 387/08 - Rn. 11, AP ZPO § 253 Nr. 50 = EzA ZPO 2002 § 253 Nr. 3) zulässig. 12
- a) Der Antrag bedarf der Auslegung. Der auf die Feststellung gerichtete Antrag, „die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit (beträgt) 34 Wochenstunden“, ist dahin auszulegen und zu verstehen, dass die Klägerin damit ihre vertraglich geschuldete Arbeitszeit festgestellt wissen will. Dabei ist der gegenwartsbezogen formulierte Antrag zukunftsbezogen zu verstehen. Davon gehen auch die Parteien übereinstimmend aus. 13
- Die Klägerin hat dagegen nicht ausdrücklich dargelegt, für welchen vergangenen Zeitraum sie diese Feststellung begehrt. Auch das Landesarbeitsgericht hat hierzu keine Angaben im Tenor oder in den sonstigen Teilen des Berufungsurteils gemacht. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergibt sich jedoch mit hinreichender Klarheit, dass das Bestehen des genannten Rechtsverhältnisses für den Zeitraum ab dem 13. Juli 2009 festgestellt werden soll. Für den Zeitraum bis zum 12. Juli 2009 hat die Klägerin mit der am 16. Juli 2009 eingegangenen Klage aus dem beehrten Rechtsverhältnis einen Leistungsanspruch, nämlich im Antrag zu 1. eine Gutschrift einer bestimmten Stundenanzahl auf ihrem Arbeitszeitkonto, geltend gemacht. Sie hat ihren Willen, die Feststellung erst für den Zeitraum ab dem 13. Juli 2009 zu beantragen, dadurch klargestellt, dass sie in ihrem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 2. Dezember 2009 zum Feststellungsinteresse ausgeführt hat, mit der Entscheidung über den Leistungsantrag zu 1. und einem seinerzeit noch gestellten Zahlungsantrag betreffend denselben Zeitraum sei die Frage der Tarifgeltung lediglich für bestimmte Zeiträume zu entscheiden und damit sei keine Entscheidung über die zukünftige Vergütung verbunden. Es sei insofern notwendig, eine weitere Klärung darüber zu erzielen, welche Arbeitsbedingungen zukünftig für ihr Arbeitsverhältnis gelten würden. Sie habe deshalb über den Leistungsantrag 14

hinaus, der nur einen bestimmten Zeitraum erfasse, ein Interesse an der Klärung der zukünftigen tariflichen Bedingungen.

b) Dieser Antrag ist zulässig (§ 253 Abs. 2 Nr. 2, § 256 Abs. 1 ZPO). 15

Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse, den gegenwärtigen Streit über die Dauer ihrer Arbeitszeit abschließend klären zu lassen. Das ergibt sich bereits aus der Zukunftsgerichtetheit der Feststellung. Für den vergangenen Zeitraum ab dem 13. Juli 2009 käme inzwischen auch eine Umstellung auf eine Leistungsklage in Betracht; eine solche bloße Möglichkeit lässt das ursprüngliche Feststellungsinteresse jedoch nicht entfallen (*BAG 18. März 1997 - 9 AZR 84/96 - BAGE 85, 306*). Anhaltspunkte, dass die Beklagte einer gerichtlichen Feststellung nicht Folge leisten wird, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Der Antrag in dieser Auslegung ist auch hinreichend bestimmt. 16

2. Dieser Feststellungsantrag ist begründet. 17

a) Aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahme, die nach gebotener Auslegung im Ergebnis ua. auf den MTV DT AG verweist, beträgt die für die Klägerin maßgebende wöchentliche Arbeitszeit nach § 11 MTV DT AG 34 Stunden. 18

aa) Bei der Bezugnahmeregelung des Arbeitsvertrages handelt es sich um eine sog. Gleichstellungsabrede iSd. früheren Rechtsprechung des Senats (*ausf. BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 17 ff., BAGE 138, 269*). Sie verweist auf die fachlich einschlägigen Tarifverträge, an die die damalige Arbeitgeberin der Klägerin, die Deutsche Bundespost Telekom, tarifgebunden war. Auf diese Weise sind deren Regelungen mit der sich aus dem Charakter als Gleichstellungsabrede ergebenden Maßgabe Inhalt des Arbeitsvertrages der Klägerin geworden. 19

bb) Die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel, deren Auslegung vom Senat ohne Einschränkung überprüft werden kann (*zum Maßstab BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 21 mwN, BAGE 138, 269*), enthält nur eine zeitdy- 20

namische Bezugnahme auf die Bestimmungen des Tarifvertrages für die Angestellten bzw. Arbeiter der Deutschen Bundespost im Beitrittsgebiet in ihrer jeweiligen Fassung. Sie erfasst nach ihrem Wortlaut hingegen nicht die ersetzenden Tarifverträge der DT AG im Zuge der Vereinbarung der Tarifverträge des NBBS. Diese sind keine „jeweilige Fassung“ des Tarifvertrages für die Angestellten bzw. Arbeiter der Deutschen Bundespost im Beitrittsgebiet. Der Arbeitsvertrag ist hinsichtlich der Bezugnahme nur zeitdynamisch auf den Tarifvertrag für die Angestellten bzw. Arbeiter der Deutschen Bundespost im Beitrittsgebiet, nicht aber inhaltldynamisch auf die Tarifverträge der DT AG ausgestaltet (*ausf. BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 22 ff. mwN, aaO*).

cc) Die Anwendung auch der Tarifverträge der DT AG folgt jedoch aus einer ergänzenden Auslegung der im Arbeitsvertrag enthaltenen Bezugnahme-klausel. 21

(1) Der Arbeitsvertrag der Parteien enthält aufgrund des Übergangs der Deutschen Bundespost Telekom im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf die DT AG zum 1. Januar 1995 und durch die Ablösung der fortgeschriebenen Regelungen des Tarifvertrages für die Angestellten bzw. Arbeiter der Deutschen Bundespost im Beitrittsgebiet und der sonstigen Tarifverträge durch die Einführung des NBBS und der in diesem Zusammenhang geschlossenen Tarifverträge jedenfalls spätestens seit dem 1. Juli 2001 eine nachträglich eingetretene Regelungslücke. Diese ist im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Danach waren zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs auf die VCS kraft vertraglicher Vereinbarung die Tarifverträge der DT AG mit dem Stand „im Zeitpunkt“ des Betriebsübergangs anzuwenden. Dies hat der Senat in vergleichbaren Fällen bereits mehrfach entschieden und ausführlich begründet (*BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 25 ff. mwN, BAGE 138, 269; weiterhin 6. Juli 2011 - 4 AZR 494/09 - Rn. 34 ff. mwN, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 90; 16. November 2011 - 4 AZR 822/09 - Rn. 21 ff.; 14. Dezember 2011 - 4 AZR 179/10 - Rn. 28 ff.; zuletzt: 21. November 2012 - 4 AZR 231/10 - Rn. 15*). Da im Streitfall keine Besonderheiten erkennbar sind, 22



verweist der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Begründungen in den genannten Entscheidungen.

(2) Die von der VCS geschlossenen Tarifverträge werden von der Bezugnahmeklausel nicht erfasst. Diese kann weder als eine sog. Tarifwechselklausel noch als eine solche Verweisungsklausel verstanden werden, die zumindest auch auf die im Konzern der DT AG für die einzelnen Konzernunternehmen jeweils geschlossenen Tarifverträge verweist. Auch dies hat der Senat in vergleichbaren Fällen bereits mehrfach entschieden und ausführlich begründet (*BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 36 ff. mwN, BAGE 138, 269; weiterhin 6. Juli 2011 - 4 AZR 494/09 - Rn. 45 ff. mwN, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 90; 16. November 2011 - 4 AZR 822/09 - Rn. 21, 42 ff.; 14. Dezember 2011 - 4 AZR 179/10 - Rn. 38 ff.; zuletzt: 21. November 2012 - 4 AZR 231/10 - Rn. 16*). 23

(3) Die diesbezüglich von der Beklagten erhobene Verfahrensrüge, das Landesarbeitsgericht habe es versäumt, sich mit acht im Einzelnen aufgeführten, „für die (ergänzende) Auslegung der Bezugnahme zwingend zu berücksichtigende(n) besondere(n) Umstände(n)“ auseinanderzusetzen, aus denen sich die Erfassung der Tarifverträge der einzelnen Konzerngesellschaften durch die Verweisungsklausel ergebe, ist unbegründet. Die von der Beklagten erwähnten Umstände stehen der Feststellung nicht entgegen. Das hat der Senat in parallelen Fällen bezüglich vergleichbaren Sachvortrages der Beklagten bereits mehrfach entschieden und ausführlich begründet (*ua. BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 40 ff., BAGE 138, 269; 6. Juli 2011 - 4 AZR 494/09 - Rn. 49 ff., AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 90; 16. November 2011 - 4 AZR 822/09 - Rn. 46 ff.; 14. Dezember 2011 - 4 AZR 179/10 - Rn. 42 ff.*). Besonderheiten sind im Entscheidungsfall nicht erkennbar; der Senat verweist zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Begründungen in den genannten Entscheidungen. 24

dd) Aus dem kraft der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel danach anzuwendenden § 11 MTV DT AG ergibt sich für das Arbeitsverhältnis der 25

Parteien eine wöchentliche Arbeitszeit von 34 Stunden. Ein in diesem Zusammenhang von der Beklagten als notwendig erachteter Günstigkeitsvergleich ist hier bereits deshalb nicht geboten, weil die von der VCS geschlossenen Tarifverträge zu keinem Zeitpunkt nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG für das Arbeitsverhältnis der erst im Februar 2009 und damit nach dem Betriebsübergang von der insoweit tarifgebundenen VCS zur tarifungebundenen Beklagten in die Gewerkschaft ver.di eingetretenen Klägerin galten. Ihre Rechtsnormen konnten daher nicht nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten werden.

b) Der Feststellung steht der Verwirkungseinwand der Beklagten (§ 242 BGB) nicht entgegen. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 26

aa) Die sog. Verwirkung schließt als Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) eine illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten aus. Sie dient dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn der Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (Zeitmoment). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die beim Verpflichteten den Eindruck erweckt haben, der Berechtigte wolle sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Weiterhin muss das Vertrauen des Verpflichteten, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen, das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (Zumutbarkeitsmoment; vgl. zu den Voraussetzungen ua. BAG 22. Februar 2012 - 4 AZR 3/10 - Rn. 26 und - 4 AZR 579/10 - Rn. 43, jeweils mwN). 27

bb) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Insbesondere sind keine Umstände gegeben, aus denen die Beklagte schließen konnte, die Klägerin werde sich nicht mehr auf eine vertraglich geschuldete Arbeitszeit von 34 Stunden berufen. 28

Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend erkannt, dass die Beklagte nicht auf eine Untätigkeit der Klägerin vertrauen konnte. Ein Verhalten der Klägerin, aus dem die Beklagte ein berechtigtes Vertrauen hätte ableiten können, sie werde in Kenntnis der ihr zustehenden Rechte diese nicht mehr geltend machen, hat die Beklagte weder vorgetragen noch ist ein solches ersichtlich. Insbesondere hat die Klägerin ihr angebotene neue Arbeitsverträge weder nach dem ersten noch nach dem zweiten Betriebsübergang unterschrieben. Allein aus dem Umstand, dass die Klägerin sowohl bei der VCS als auch bei der Beklagten über einen längeren Zeitraum zu den veränderten Arbeitsbedingungen (38 Stunden), die ihr in Unterrichtungsschreiben mitgeteilt worden und ua. aus Vergütungsabrechnungen ersichtlich sind, tätig gewesen ist, ergibt sich ein solches vertrauensbegründendes Verhalten nicht. Dies hat der Senat in vergleichbaren Fällen bereits entschieden und ausführlich begründet (*vgl. ua. BAG 22. Februar 2012 - 4 AZR 3/10 - Rn. 32 und - 4 AZR 579/10 - Rn. 45 ff. sowie Rn. 51 f. zum „Zumutbarkeitsmoment“*). Im Streitfall liegen auch keine Besonderheiten vor, aus denen geschlossen werden kann, die Klägerin sei von der „bisherigen Vertragslage gestaltend abgewichen“.

cc) Es bedarf deshalb keiner Entscheidung über die Frage, ob die Grundsätze der Verwirkung bei der Feststellung der verbindlichen vertraglichen Arbeitsbedingungen überhaupt zur Anwendung kommen können oder ob hier nicht allein die Maßstäbe für eine konkludente Vertragsänderung anzulegen sind.

c) Soweit sich die Revision mit ihrer Verfahrensrüge, das Landesarbeitsgericht habe entgegen § 138 Abs. 4 ZPO das Bestreiten der Beklagten hinsichtlich der Gewerkschaftszugehörigkeit der Klägerin mit Nichtwissen unberücksichtigt gelassen, gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über den Antrag zu 2. wehren will, ist diese Rüge unzulässig.

Eine Unrichtigkeit tatbestandlicher Feststellungen kann grundsätzlich nicht mit einer Verfahrensrüge nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO geltend gemacht werden. Hierfür ist allein das Tatbestandsberichtigungsverfahren

ren nach § 320 ZPO vorgesehen (*vgl. näher BAG 22. Mai 2012 - 1 AZR 94/11 - NZA 2012, 1234; Prütting/Gehrlein/Ackermann ZPO 3. Aufl. § 551 Rn. 14*). Davon hat die Beklagte keinen Gebrauch gemacht.

II. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die weitergehende Feststellung, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien die Bestimmungen der Tarifverträge der Deutschen Telekom AG (Stand 1. September 2007) Anwendung finden (Antrag zu 3.), und gegen die Verpflichtung, auf ein für die Klägerin geführtes Arbeitszeitkonto eine Gutschrift von 140 Stunden (Antrag zu 1.) zu buchen. Beide Anträge sind unzulässig. Der Antrag zu 3. ist deshalb abzuweisen. Der Antrag zu 1. war hingegen zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), um der Klägerin das notwendige rechtliche Gehör hierzu zu gewähren. 33

1. Der Antrag zu 1. ist unzulässig. Er ist nicht hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). 34

a) Bei einer Leistungsklage muss der Klageantrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sein. Aus dem Klageantrag hat sich unter Heranziehung des Sachvortrages der Klägerin zu ergeben, welche Leistung von der Beklagten begehrt wird. Eine mögliche Verurteilung muss einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben (*BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 501/09 - Rn. 70 mwN, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 91; 10. Mai 1989 - 4 AZR 79/89 -; 28. Juli 1987 - 3 AZR 694/85 - zu II 3 c der Gründe, AP BetrAVG § 1 Lebensversicherung Nr. 4 = EzA BetrAVG § 1 Lebensversicherung Nr. 2*). 35

b) Diesen Anforderungen wird der Antrag zu 1. nicht gerecht. 36

aa) Ein Antrag, einem Arbeitszeitkonto Stunden „gutzuschreiben“, kann hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sein, wenn der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer ein Zeitkonto führt, auf dem zu erfassende Arbeitszeiten nicht aufgenommen wurden und noch gutgeschrieben werden können (*vgl. BAG 23. Januar 2008 - 5 AZR 1036/06 - Rn. 9, AP TVG § 1 Tarifverträge:* 37

*Lufthansa Nr. 42 = EzA TVG § 4 Luftfahrt Nr. 16; 14. August 2002 - 5 AZR 417/01 - AP EntgeltFG § 2 Nr. 10 = EzA EntgeltfortzG § 2 Nr. 4*) und die von der Klägerin geforderte Leistungshandlung sich zumindest ihrem Sachvortrag entnehmen lässt.

bb) Vorliegend bleibt nach dem klägerischen Vorbringen bereits offen, ob und in welcher Weise die Beklagte ein Arbeitszeitkonto für die Klägerin führt und wie dort Arbeitsstunden im Rahmen der geforderten „Gutschrift“ erfasst werden können und erfasst werden (*vgl. BAG 10. November 2010 - 5 AZR 766/09 - Rn. 11, BAGE 136, 152; 13. März 2002 - 5 AZR 43/01 - zu I der Gründe, EzA ZPO § 253 Nr. 22*). Bei einem stattgebenden Urteil bliebe nach der Antragsformulierung ungeklärt, welche Handlungen genau die Beklagte vorzunehmen hat (*vgl. ebenso BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 501/09 - Rn. 72, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 91*).

c) Die Unzulässigkeit des Antrages führt im Entscheidungsfall dennoch nicht zu einer Klageabweisung, sondern zu einer Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Die Klägerin hat bisher noch keinen gerichtlichen Hinweis zur Unzulässigkeit dieses Antrages erhalten. Vielmehr haben beide Tatsacheninstanzen den Antrag ohne weitere Erörterung implizit für hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erachtet und das Landesarbeitsgericht hat ihm sogar stattgegeben. Auch die Beklagte hat seine Zulässigkeit bisher nicht beanstandet. Deshalb muss der Klägerin aus Gründen ihres verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit zu einer Konkretisierung ihres Antrages und zu ergänzendem Vorbringen gegeben werden.

Bei der weiteren Behandlung der Sache wird das Landesarbeitsgericht die erforderlichen Feststellungen zu den Grundlagen und den Maßgaben des bei der nicht tarifgebundenen Beklagten ggf. geführten Arbeitszeitkontos zu treffen haben (*vgl. für einen Rechtsstreit mit einer tarifgebundenen Beklagten im Bereich der Privatisierung der Deutschen Bundespost BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 501/09 - Rn. 74, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 91*). Weiterhin wird es zu beachten haben, dass die Klägerin bisher die Leistung der

der geforderten Zeitgutschrift zu Grunde liegenden Arbeitsstunden nicht im Einzelnen dargelegt, sondern lediglich pauschal - offenbar vier Stunden wöchentlich - berechnet hat. Es ist ferner offen, ob und wie beispielsweise Urlaubs- und Krankheitszeiten oder andere Zeiten der Arbeitsbefreiung Berücksichtigung gefunden haben, was nach der zu ermittelnden Rechtsgrundlage für das laut dem Antrag zu 1. „für sie geführte“ Arbeitszeitkonto von Bedeutung sein kann. Aus dieser Rechtsgrundlage müsste sich auch ein Anspruch der Klägerin ergeben, eine über 34 Wochenstunden hinausgehende Arbeitszeit - in welcher Form auch immer - zu verbuchen (*vgl. BAG 10. November 2010 - 5 AZR 766/09 - Rn. 13, BAGE 136, 152*). Zudem wird zu beachten sein, dass ein Arbeitszeitkonto den Umfang der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit wiedergibt und damit nur in anderer Form den Vergütungsanspruch ausdrückt (*BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 424/09 - Rn. 54, BAGE 138, 287; 28. Juli 2010 - 5 AZR 521/09 - Rn. 13, BAGE 135, 197*). Die Gutschrift von Arbeitsstunden setzt damit voraus, dass die gutzuschreibenden Stunden nicht vergütet wurden (*vgl. näher BAG 22. Februar 2012 - 4 AZR 527/10 - Rn. 25, EzA BGB 2002 § 611 Arbeitszeitkonto Nr. 8*). Ferner ist die Anwendung und ggf. die Einhaltung durch Arbeitsvertrag in Bezug genomener tarifvertraglicher Ausschlussfristen zu beachten.

2. Der Antrag zu 3. ist gleichfalls unzulässig. Das Berufungsgericht ist zu Unrecht von einem nach § 256 Abs. 1 ZPO geforderten Feststellungsinteresse der Klägerin ausgegangen. 41

Ein Interesse der Klägerin an der alsbaldigen Feststellung, dass die Bestimmungen der Tarifverträge der Deutschen Telekom AG (Stand 1. September 2007) Anwendung finden, ist nicht ersichtlich. Es fehlt bereits an einem hinreichenden Vortrag der Klägerin, dass zwischen den Parteien neben der Frage der Dauer der Arbeitszeit, die bereits mit den ersten beiden Anträgen zur Klärung gestellt ist, weitere Streitpunkte bestehen. Eine weitergehende, vorsorgliche Feststellungsklage ist unzulässig. 42

Die rechtskundig vertretene Klägerin musste diesbezüglich keinen gerichtlichen Hinweis erhalten. Das Feststellungsinteresse ist eine gesetzlich geregelte, allgemeine Voraussetzung einer Feststellungsklage. Eine klagende Partei muss von sich aus Tatsachen zum Vorliegen dieser Voraussetzungen vortragen. Insofern kommt es auf die bereits in der ersten Instanz erhobenen Bedenken der Beklagten gegen das Bestehen eines Feststellungsinteresses der Klägerin nicht an.

43

Eylert

Creutzfeldt

Winter

G. Kleinke

J. Ratayczak