

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 268/09
3 Sa 1376/08
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. März 2011

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

1.

Kläger zu 1), Berufungsbeklagter zu 1) und Revisionskläger zu 1),

2.

Kläger zu 2), Berufungsbeklagter zu 2) und Revisionskläger zu 2),

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 23. März 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-

arbeitsgericht Prof. Bepler, den Richter am Bundesarbeitsgericht Creutzfeldt, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtlichen Richter Kiefer und Görgens für Recht erkannt:

1. Die Revision der Kläger gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 3. Februar 2009 - 3 Sa 1376/08 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kostenentscheidung des Landesarbeitsgerichts wird aufgehoben. Die Kosten des Rechtsstreits haben die Kläger zu gleichen Teilen zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die dynamische Anwendung der Entgelttarifverträge der Bauwirtschaft auf ihr Arbeitsverhältnis und sich daraus ergebende Zahlungsansprüche. 1

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Entsorgungswirtschaft und beschäftigt insgesamt etwa 260 Mitarbeiter. Beide Kläger sind bei der Beklagten seit 1. Oktober 1992 beschäftigt, der Kläger zu 1) als Projektingenieur und der Kläger zu 2) als Gerätefahrer im Straßenbau. 2

Die Beklagte hatte bereits am 24. Oktober 1990 mit der Industriewerkschaft Bau-Steine-Erden (*IG BSE*) einen Haustarifvertrag vereinbart, der ua. wie folgt lautet: 3

„Vergütung

...

Hinsichtlich der Vergütung für die gewerblichen Arbeitnehmer, Angestellte und Auszubildende sind die Tarifverträge LTV und GTV ehemals Berlin (West) für das Bauhauptgewerbe mit folgender Maßgabe anzuwenden, daß die darin enthaltenen Vergütungen ab 1.11.1990 mit 65 % in Ansatz gebracht werden. Die Festlegung hat nach kaufmännischer Rundung zu erfolgen.

Dieses gilt für die regelmäßige Arbeitszeit ab 1.11.1990 bei einer 42-Stunden-Woche und einer monatlichen durchschnittlichen Arbeitszeit von 183 Stunden. Die Arbeitszeit für 2-Schichtler beträgt ebenfalls 42 Stunden und für den 3-Schichtler 40 Stunden pro Woche auf der Basis der Vergütung der Regelarbeitszeit. Ab 1.1.1991 wird die regelmäßige 40-Stunden-Woche eingeführt. Die 2-Schichtler haben ebenfalls 40-Stunden-Woche, die 3-Schichtler eine 38-Stunden-Woche auf der Basis der Vergütung der Regelarbeitszeit. Als Ausgleich für die Arbeitszeitverkürzung bleiben die Gehälter gleich. Bei gewerblichen Arbeitnehmern erhöht sich der jeweilige tarifliche Stundenlohn um 5,2 %.

Die so entstandene Basis am 1.1.1991 ist die Grundlage für eine 10-prozentige Erhöhung ab 1.4.1991. Diese Regelung gilt bis zum 30.9.1991. Ab 1.10.1991 wird eine weitere Lohnerhöhung festgelegt. Auf der Basis 1.4.1991 der jeweiligen Vergütung wird ein Zuschlag von 10 % für alle Arbeitnehmer gewährt. Diese Regelung gilt bis zum 31.3.1992.

...

Zuschlagsregelungen für 2-Schicht- und 3-Schichtarbeiter

Arbeitnehmer im 2-Schichtsystem erhalten einen Zuschlag für ihre gesamte tatsächlich verbrachte Arbeitszeit in Höhe von 7,5 % des Tarifstundenlohnes der Lohngruppe III. Für Arbeitnehmer im 3-Schichtbetrieb beträgt dieser Zuschlag 12,5 %.“

Die IG BSE kündigte den Haustarifvertrag zum 31. März 1992. Die darauf folgenden Tarifverhandlungen zwischen den Tarifvertragsparteien blieben ergebnislos. 4

Der Arbeitsvertrag des Klägers zu 2) stammt vom 2. November 1992, der Arbeitsvertrag des Klägers zu 1) ist undatiert. Beide Arbeitsverträge gelten „mit Wirkung vom 01.10.1992“. Sie enthalten ua. folgende Bestimmungen: 5

„1.

Sie werden entsprechend der ausgeübten Tätigkeit in die tarifliche Gehaltsgruppe T 4, Beschäftigungsjahr 1 [Kl. zu 2): *Lohngruppe MIII 1*] eingestuft.

Auf der Grundlage der Einstufung erhalten Sie folgende monatliche Bruttovergütung [Kl. zu 2): *folgenden monatlichen Bruttostundenlohn*]:

Gehaltsgruppe T 4, Beschäftigungsjahr 1 DM 3612,00

<i>[Kl. zu 2): Bruttostundenlohn</i>	<i>DM 18,52</i>
<i>Schichtzuschlag</i>	<i>DM]</i>
<i>AT/ Zulage</i>	<i>DM</i>
<i>.....</i>	<i>DM</i>
<i>Gesamt</i>	<i>DM 3612,00</i>
	<i>[Kl. zu 2):</i>
	<i>DM 18,52]</i>

Basis: Rahmentarifvertrag *[Kl. zu 2): BRTV]* für das Baugewerbe (in Verbindung mit der Arbeitsordnung) in der jeweils gültigen Fassung, HTV der M mbH vom 24.10.1990.

...

Außertarifliche Gehaltsbestandteile *[Kl. zu 2): Lohnbestandteile]* werden von der Firma freiwillig gewährt und stehen unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs. Sie sind bei einer Erhöhung der Gehaltstarife *[Kl. zu 2): Lohnstarife]*, beim Aufrücken in eine höhere Gehaltsstufe *[Kl. zu 2): Lohnstufe]* und bei Höhergruppierungen anrechenbar.“

Die Beklagte bezahlte den Klägern in der Folgezeit eine Vergütung, die den zwischen dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes und dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie einerseits und der IG BSE bzw. IG BAU andererseits vereinbarten Gehalts- und Lohnstarifverträgen für das Baugewerbe im Beitrittsgebiet entsprach.

6

Am 20. November 1995 vereinbarte die Beklagte mit dem Gesamtbetriebsrat eine „Betriebsvereinbarung über die Lohn- und Gehaltszahlung in der M mbH“ (GBV 1995), deren Ziffer 1 wie folgt lautet:

7

- „1. Soweit nicht im Einzelfall ein höheres Arbeitsentgelt vereinbart ist, richtet sich die Höhe des Lohnes bzw. Gehaltes nach den geltenden Tarifverträgen;
 - Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe
 - Rahmentarifvertrag für die techn. und kaufm. Angestellten des Baugewerbes“

Am 26. April 1999 fand zwischen der Geschäftsführung der Beklagten und Vertretern der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (*IG BAU*) ein Gespräch statt. Darüber erstellte die Beklagte eine „Protokollnotiz“ vom 27. April 1999, die auszugsweise wie folgt lautet: 8

„Im weiteren Verlauf erklärt die Geschäftsleitung den Vertretern der IG Bau verbindlich:

Die M fällt auf Grund ihrer Betriebsstruktur nicht unter die Tarifgebundenheit. Die M hat sich an die Tarife der Bauindustrie angelehnt und die entsprechenden Tarifbewegungen bei Löhnen und Gehältern ohne Rechtsanspruch bis heute mitvollzogen. Die M wird auch künftig für den Kernbereich und für Beschäftigte, deren Eingruppierung sich aus dem BRTV bzw. RTV ableitet, nach diesen Grundsätzen die entsprechenden Lohn- und Gehaltstarife anwenden. Der Haustarifvertrag vom 24.10.1990 hat, soweit er nicht bereits in den einzelnen Punkten realisiert worden ist, weiter Bestand.“

Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, ob die Arbeitnehmer von der Protokollnotiz Kenntnis erlangten. Es führt aus, die örtlichen Betriebsräte hätten „nach dem Vortrag der Kläger“ die Protokollnotiz am „Schwarzen Brett“ ausgehängt. Die Beklagte hat einen Aushang jedenfalls nicht veranlasst. 9

Der Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft e.V. (*BDE*) und die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (*ver.di*) vereinbarten am 24. Oktober 2001 einen ab 1. Januar 2002 geltenden Bundes-Entgelttrahmentarifvertrag (*ETV Entsorgung 2002*) und am 3. Dezember 2004 sowie am 3. Juni 2008 Folgetarifverträge. Der Bundes-Entgelttrahmentarifvertrag und die Folgetarifverträge enthalten zum fachlichen Geltungsbereich folgende Regelung: 10

„§ 1

Geltungsbereich

...

2. fachlich: für alle Unternehmen, die Mitglied des Arbeitgeberverbandes BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft e.V. sind.“

Die Satzung des BDE sieht für den Beitritt neuer Mitglieder folgende Bestimmung vor:

11

**„§ 3
Mitgliedschaften**

...

(2) Die Mitgliedschaft unterscheidet zwischen ordentlichen, korporativen, fördernden sowie ausländischen Mitgliedern:

a) Ordentliches Mitglied

können alle Unternehmen und Betriebe der Kreislauf- und Entsorgungswirtschaft sowie der Wasser- und Abwasserwirtschaft einschließlich der mit diesen verwandten Servicebetrieben werden, die in privater Rechtsform organisiert, tatsächlich operativ tätig sind und in der Bundesrepublik Deutschland ihren Sitz oder eine Betriebsstätte haben; ist ihr Sitz im Freistaat Bayern gelegen, gehören diese Mitglieder in der Regel dem korporativen Mitglied des Bundesverbandes, nämlich dem ‚VBS - Verband Bayerischer Entsorgungsunternehmen e.V. - Kreislaufwirtschaft und Städtereinigung -‘ an.

...“

Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes vereinbarten am 20. Dezember 2001 den mit Wirkung vom 1. März 2002 in Kraft getretenen Tarifvertrag zur Einführung neuer Gehaltsstrukturen für die Angestellten und Poliere des Baugewerbes. Die Gehaltsgruppe T 4, ab 3. Berufsjahr, (*alt*) wurde zur Gehaltsgruppe A VII (*neu*). Die sich hieraus ergebende Vergütungssteigerung von monatlich 27,00 Euro brutto gab die Beklagte nicht an den Kläger zu 1) weiter. Aufgrund des Tarifvertrages zur Einführung neuer Lohnstrukturen für die gewerblichen Arbeitnehmer des Baugewerbes vom 4. Juli 2002 wurde die Lohngruppe M III 2 (*alt*) mit Wirkung vom 1. September 2002 zur Lohngruppe 4 für Baumaschinenführer (*neu*).

12

Die für die Bauwirtschaft vereinbarten prozentualen Entgelterhöhungen zum 1. September 2002 und 1. April 2003 übernahm die Beklagte und erklärte in gleichlautenden - jeweils undatierten - Schreiben an alle Mitarbeiter im Jahr

13

2002:

„Trotz der angespannten Lage des Unternehmens erfolgt ab 01.09.2002 die Anpassung mit 3,2 % an die Höhe der Löhne und Gehälter der Bauindustrie. Das heißt, die M mbH erhöht selbst unter den schwierigen Rahmenbedingungen die Löhne und Gehälter aller Mitarbeiter.“

und im Jahr 2003:

„Trotz der angespannten Lage des Unternehmens hat sich die Geschäftsführung entschieden, auch unter den schwierigen Rahmenbedingungen ab 01.04.2003 eine Erhöhung der Löhne und Gehälter um 2,4% durchzuführen.“

In den Jahren 2004 und 2005 gab es keine tariflichen Entgelterhöhungen im Baugewerbe. Auch die Beklagte erhöhte die Vergütungen nicht. 14

Im Bereich der Angestellten erhöhte sich zum 1. Januar 2006 die tarifliche regelmäßige Arbeitszeit von 39 auf 40 Wochenstunden ohne Erhöhung des Gehalts. Bei den gewerblichen Arbeitnehmern vereinbarten die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes ebenfalls mit Wirkung vom 1. Januar 2006 eine Erhöhung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 39 auf 40 Stunden unter gleichzeitiger Absenkung des Stundenlohnes um 2,5 %. Die Beklagte gab weder die Arbeitszeiterhöhung noch die Lohnsenkung an die Mitarbeiter weiter. Auch die mit Wirkung vom 1. April 2006 vorgesehene tarifliche Erhöhung der Gehälter und Löhne in der Bauwirtschaft um 1 % übernahm die Beklagte nicht. 15

Am 20. August 2007 vereinbarten die Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft den Tarifvertrag zur Regelung der Gehälter und Ausbildungsvergütungen für die Angestellten und Poliere des Baugewerbes im Beitrittsgebiet mit Ausnahme des Landes Berlin (*TV Bau Gehalt/Ost*) und den Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen im Baugewerbe im Beitrittsgebiet mit Ausnahme des Landes Berlin (*TV Bau Lohn/Ost*) mit Wirkung vom 1. April 2007. Danach erhöhte sich das Tarifentgelt für die Angestellten und die gewerblichen Mitarbeiter zum 1. Juni 2007 einheitlich um 3,1 %. Das Gehalt in der Gehaltsgruppe A VII beträgt danach 3.073,00 Euro, der Gesamttarifstundenlohn der „Baumaschinenführer der Lohngruppe 4“ 13,61 Euro. Die Beklagte erhöhte 16

die Entgelte ihrer Arbeitnehmer auch diesmal nicht. Sie zahlte dem Kläger zu 1) weiterhin ein Monatsgehalt von 2.924,00 Euro brutto und dem Kläger zu 2) einen Stundenlohn von 13,42 Euro brutto sowie zusätzlich einen Schichtzuschlag von 7,5 %.

Der Kläger zu 1) machte mit Schreiben vom 15. Oktober 2007 die „Anpassung an die tarifliche Entlohnung“ und mit Schreiben vom 11. Dezember 2007 einen - in rechnerischer Höhe unstreitigen - Differenzbetrag von 432,00 Euro für die Zeit von Juni bis November 2007 geltend. Der Kläger zu 2) forderte mit Schreiben vom 7. Dezember 2007 Unterschiedsbeträge für denselben Zeitraum in ebenfalls unstreitiger Höhe von insgesamt 204,56 Euro.

17

Die Kläger verlangen mit ihrer Klage die Weitergabe der 3,1 %-igen Tarifierhöhung zum 1. Juni 2007 nach dem TV Bau Gehalt/Ost und dem TV Bau Lohn/Ost sowie im Wege der Feststellungsklage die Zahlung künftiger Tarifierhöhungen. Sie haben die Auffassung vertreten, die auf der Anwendung der Bau-Entgelttarifverträge beruhenden Ansprüche ergäben sich aus der arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel, aus der GBV 1995, aus der Protokollnotiz vom 27. April 1999 sowie aus dem Grundsatz der betrieblichen Übung. Der Arbeitsvertrag enthalte in Ziffer 1 eine dynamische Verweisungsklausel, welche nicht nur den (Bundes-)Rahmentarifvertrag für das Baugewerbe, sondern auch den jeweils geltenden Entgelttarifvertrag des Baugewerbes erfasse. Die GBV 1995 verweise angesichts der Formulierung „Höhe des Lohnes bzw. Gehaltes“ ebenfalls auf die Entgelttarifverträge des Baugewerbes. Außerdem ergebe sich ein Anspruch aus der Protokollnotiz vom 27. April 1999, welche eine Gesamtzusage des Arbeitgebers darstelle. Schließlich sei durch die jahrzehntelange Weitergabe der Tarifierhöhungen eine betriebliche Übung entstanden. Die strenge Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Entstehen einer betrieblichen Übung bei der Weitergabe von Tarifierhöhungen durch nicht tarifgebundene Arbeitgeber sei nicht einschlägig, weil die Beklagte auch durch den Beitritt zu den Arbeitgeberverbänden der Bauwirtschaft keine normative Geltung der Bautarifverträge hätte herbeiführen können. Der Unterschied zu den vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen liege darin, dass die Beklagte als Betrieb der Entsorgungswirtschaft nicht dem betrieblichen Gel-

18

tungsbereich der Bautarifverträge unterfalle. Außerdem ergäben sich besondere Anhaltspunkte für einen Bindungswillen der Beklagten aus dem Arbeitsvertrag, aus der GBV 1995 und der Protokollnotiz.

Die Kläger haben zuletzt beantragt,

19

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu 1) brutto 405,00 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 17. März 2008 zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger zu 1) ab dem 1. März 2008 39/40 des jeweiligen Tabellenentgelts der Vergütungsgruppe A VII nach dem jeweils geltenden Tarifvertrag zur Regelung der Gehälter und Auszubildendenvergütungen für Angestellte im Baugewerbe (TV Bau Gehalt/Ost) abzüglich 27,00 Euro monatlich zu zahlen,
3. die Beklagte weiter zu verurteilen, an den Kläger zu 2) 306,89 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 17. März 2008 zu zahlen,
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger zu 2) ab dem 1. März 2008 das Tabellenentgelt der Lohngruppe 4 für Baumaschinenführer des jeweils geltenden Tarifvertrages zur Regelung der Löhne und Auszubildendenvergütungen im Baugewerbe (TV Bau Lohn/Ost) einschließlich des Bauzuschlages zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Entgelttarifverträge des Baugewerbes seien nicht anwendbar. Der Arbeitsvertrag enthalte nur in Bezug auf den (Bundes-)Rahmentarifvertrag eine dynamische Verweisung, hinsichtlich des Entgelts sei die Verweisung auf die Gehaltsgruppe statisch. Die GBV 1995 verweise nicht auf einen Entgelttarifvertrag und sei im Übrigen wegen der Sperrwirkung der Bundes-Entgelttarifverträge der Entsorgungswirtschaft gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam. Aus der Protokollnotiz ergebe sich bereits nach deren Wortlaut kein Anspruch. Eine betriebliche Übung sei entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Weitergabe von Tariferhöhungen bei tarifungebundenen Arbeitgebern nicht entstanden. Besondere Anhaltspunkte für einen Bindungswillen des Arbeitgebers lägen

20

nicht vor, insbesondere könnten diese sich nicht aus dem Arbeitsvertrag, aus der GBV 1995 oder der Protokollnotiz ergeben. Hilfsweise argumentiert die Beklagte, sie habe die betriebliche Übung durch eine gegenläufige betriebliche Übung wieder beendet.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung stattgegeben und die Klage abgewiesen. Mit der Revision streben die Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils an. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. 21

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung der Beklagten in der Hauptbegründung weitgehend rechtsfehlerfrei stattgegeben. 22

I. Die Klage ist teilweise unzulässig. Die Feststellungsanträge 2 und 4 sind nur insoweit zulässig, als sie sich auf die Anwendbarkeit des TV Bau Gehalt/Ost vom 20. August 2007 und des TV Bau Lohn/Ost vom 20. August 2007 beziehen. Die beantragte Verpflichtung zur Anwendung des „jeweils geltenden“ Entgelttarifvertrages betrifft künftige Entgelttarifverträge, die nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein können. 23

1. Gemäß § 256 Abs. 1 ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Dabei muss die Feststellung grundsätzlich auf ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis gerichtet sein (*BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 566/04 - zu II 1 der Gründe, BAGE 115, 12; BGH 13. März 2001 - VI ZR 290/00 - MDR 2001, 829*). Dieses muss so genau bezeichnet sein, dass über seine Identität und damit über den Umfang der Rechtskraft des begehrten Feststellungsanspruchs keinerlei Ungewissheit herrschen kann. Dagegen können nicht absehbare künftige Ansprüche nicht 24

zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden (*BAG 31. August 2005 - 5 AZR 136/05 - zu 1 und 2 a der Gründe*). Eine Klage auf Feststellung von Rechtsfolgen aus einem erst künftig (*möglicherweise*) entstehenden Rechtsverhältnis ist unzulässig.

2. Dieser Grenzziehung genügen die Anträge 2 und 4 nur zum Teil. Sie betreffen neben der Verpflichtung zur Anwendung des gegenwärtigen TV Bau Gehalt/Ost und des gegenwärtigen TV Bau Lohn/Ost auch die Verpflichtung zur Anwendung der „jeweils geltenden“, dh. der künftigen Entgelttarifverträge. Die Rechtsverhältnisse aus künftigen Entgelttarifverträgen sind nicht gegenwärtig. Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes vereinbarten zwar üblicherweise regelmäßig Tarifierhöhungen in eigenständigen Entgelttarifverträgen. Solange ein künftiger Tarifvertrag noch nicht abgeschlossen ist, kann jedoch auch eine Verpflichtung zu seiner Anwendung noch nicht festgestellt werden. So ist zB nicht auszuschließen, dass die Tarifvertragsparteien der hier streitigen Tarifverträge die Geltungsbereiche künftiger Tarifverträge anders formulieren als bisher und deswegen eine Anwendung auf die Kläger ausscheidet. Weiter ist denkbar, dass die Tarifvertragsparteien keine eigenständigen Lohn- und Gehaltstarifverträge „Ost“ und „West“ mehr abschließen, sondern einen bundeseinheitlichen Entgelttarifvertrag. 25

II. Die ansonsten zulässige Klage ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat in seiner Hauptbegründung rechtsfehlerfrei entschieden, dass für die Anwendung der Entgelttarifverträge des Baugewerbes keine Anspruchsgrundlage besteht. Ein Anspruch folgt weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus der GBV 1995 noch aus der Protokollnotiz vom 27. April 1999 noch aus einer betrieblichen Übung. 26

1. Ein Anspruch auf Anwendung des TV Bau Gehalt/Ost oder des TV Bau Lohn/Ost ergibt sich nicht aus der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel. 27

a) Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass der Arbeitsvertrag hinsichtlich der Höhe der Vergütung nur eine Bezugnahme auf den Haustarifvertrag enthalte. Der Haustarifvertrag wiederum verweise nicht dynamisch auf 28

die Entgelttarifverträge des Baugewerbes, sondern verpflichtete zur Zahlung eines prozentualen Anteils der Baurarife. Steigerungen seien danach nur bis zum 31. März 1992 vorgesehen gewesen.

b) Diese Auffassung begegnet keinen revisionsrechtlichen Bedenken; auch die Revisionsbegründung der Kläger erhebt diesbezüglich keine ausdrückliche Rüge. 29

aa) Der Arbeitsvertrag nennt in Ziffer 1 zunächst die „tarifliche Gehaltsgruppe T 4“ bzw. die „tarifliche Lohngruppe MIII 1“. Als „Basis“ hierfür wird an erster Stelle der „Rahmentarifvertrag für das Baugewerbe“ bzw. der „BRTV für das Baugewerbe“ angeführt. Der Zusatz „in der jeweils gültigen Fassung“ zeigt, dass die Verweisung auf den (Bundes-)Rahmentarifvertrag des Baugewerbes dynamisch ist, enthält jedoch keine Verweisung auf die jeweiligen Entgelttarifverträge. Das Landesarbeitsgericht weist zutreffend darauf hin, dass im Baugewerbe die tariflichen Entgeltregelungen in eigenständigen Entgelttarifverträgen vereinbart wurden und werden. Das im Arbeitsvertrag bezifferte Gehalt in Höhe von 3.612,00 DM bzw. der genannte Stundenlohn in Höhe von 18,52 DM entsprechen nicht den Vergütungen nach den damals geltenden Entgelttarifverträgen. Das Tarifgehalt der Tarifgruppe T 4 im ersten Berufsjahr betrug nach dem Tarifvertrag zur Regelung der Gehälter und Ausbildungsvergütungen für die Angestellten des Baugewerbes im Beitrittsgebiet (ausgenommen Berlin-Ost) vom 19. Mai 1992 ab 1. April 1992 bis zur nächsten Erhöhung am 1. April 1993 3.537,00 DM. Der Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen im Baugewerbe im Beitrittsgebiet (ausgenommen Berlin-Ost) vom 19. Mai 1992 sah für die Berufsgruppe M III ab 1. Oktober 1992 einen Gesamtarifstundenlohn von 17,79 DM vor. Erst in der Folgezeit vergütete die Beklagte entsprechend den Entgelttarifverträgen für das Beitrittsgebiet. 30

bb) Eine vertragliche Einbeziehung der Bau-Entgelttarifverträge ergibt sich auch nicht im Wege einer ergänzenden Auslegung. Es besteht schon keine unbewusste Regelungslücke. Die Arbeitsvertragsparteien haben neben dem Baurahmentarifvertrag gleichwertig ausdrücklich auch den „HTV der M mbH vom 24.10.1990“ in Bezug genommen. Auch dieser im Zeitpunkt des Arbeits- 31

vertragsschlusses normativ nachwirkende Haustarifvertrag enthält Regelungen zur Höhe der Vergütung, die auf die Zeit bis zum 31. März 1992 befristet waren. Danach richtet sich die Vergütung für gewerbliche Arbeitnehmer und Angestellte nach den „Tarifverträgen LTV und GTV ehemals Berlin (West) für das Bauhauptgewerbe“ mit der Maßgabe, dass ein Vergütungsniveau von 65 % dieser (West-)Tarife zugrunde gelegt wird. Darüber hinaus sollte sich die Vergütung in zwei Stufen zum 1. April 1991 und zum 1. Oktober 1991 jeweils um 10 % erhöhen. Bei den gewerblichen Arbeitnehmern sieht der Haustarifvertrag eine zusätzliche Erhöhung zum 1. Januar 1991 als Ausgleich für eine Arbeitszeitverkürzung vor. Eine Verweisung auf die Entgelttarifverträge für das Beitrittsgebiet (*TV Bau Gehalt/Ost bzw. TV Bau Lohn/Ost*) ergibt sich aus dem in Bezug genommenen Haustarifvertrag jedoch gerade nicht, obwohl es bereits bei Vereinbarung des Arbeitsvertrages eigenständige Tarifverträge für das Beitrittsgebiet gab.

2. Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend erkannt, dass die GBV 1995 nicht geeignet ist, den klägerischen Anspruch zu begründen. 32
- a) Das Berufungsurteil stützt sich insoweit darauf, dass die GBV 1995 als Anspruchsgrundlage wegen der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG ausscheide. Mit Inkrafttreten der in der Entsorgungswirtschaft abgeschlossenen Entgelttarifverträge sei die GBV 1995 unwirksam geworden. Die mitgliedschaftsbezogene Festlegung des Geltungsbereichs der Entgelttarifverträge der Entsorgungswirtschaft spreche nicht gegen die Sperrwirkung, weil ein Verbandsbeitritt der Beklagten nach der Satzung des BDE möglich gewesen wäre. 33
- b) Auch diese Darlegungen des Landesarbeitsgerichts sind rechtsfehlerfrei. Daher konnte es die Frage offenlassen, ob sich aus der GBV 1995 überhaupt ein Anspruch auf Anwendung der Entgelttarifverträge des Baugewerbes hätte ergeben können. 34
- aa) Nach § 77 Abs. 3 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt 35

werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Eine gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung ist unwirksam.

(1) Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, die ausgeübte und aktualisierte Tarifautonomie zu schützen, indem sie den Tarifvertragsparteien den Vorrang zur Regelung von Arbeitsbedingungen einräumt. Dieses Befugnis soll nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass Arbeitgeber und Betriebsrat ergänzende oder abweichende Regelungen vereinbaren. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie würde aber auch dann gestört, wenn die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber kollektivrechtliche Konkurrenzregelungen in Form von Betriebsvereinbarungen erreichen könnten (vgl. BAG 20. November 2001 - 1 AZR 12/01 - zu II 2 a der Gründe, EzA BetrVG 1972 § 77 Nr. 70; BAG 24. Januar 1996 - 1 AZR 597/95 - zu I 1 der Gründe, BAGE 82, 89). Die Sperrwirkung ist deshalb nicht davon abhängig, ob ein Arbeitgeber tarifgebunden ist oder nicht (BAG 26. August 2008 - 1 AZR 354/07 - Rn. 11, BAGE 127, 297). 36

(2) Die Sperrwirkung einer tariflichen Regelung nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG reicht grundsätzlich soweit wie deren Geltungsanspruch (BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - zu B II 2 c ee (3) (a) der Gründe, BAGE 114, 162). Dies gilt auch für den Fall, dass der Tarifvertrag seinen Geltungsbereich nicht durch eine fachlich-betriebliche Begrenzung bestimmt, sondern nach seinem Wortlaut für die Mitglieder des tarifschließenden Unternehmerverbandes gelten soll. Die mitgliedschaftsbezogene Festlegung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrages und die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG schließen einander nicht aus (BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - zu B II 2 c ee (3) (b) der Gründe, aaO). 37

(a) Den Tarifvertragsparteien steht es frei, den Geltungsbereich organisationsbezogen festzulegen. Zwar ergibt sich dann nicht unmittelbar aus dem Tarifvertrag, sondern erst aus der Verbandssatzung, welche Unternehmen und Betriebe vom fachlichen Geltungsbereich erfasst werden. Dies verstößt jedoch nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz oder gegen das Schriftformerfordernis nach § 1 Abs. 1, Abs. 2 TVG (BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - zu B II 2 c ee (3) (b) der Gründe, BAGE 114, 162). Voraussetzung ist allerdings, dass die Satzung des Arbeitgeberverbandes nicht für jeden Arbeitgeber vor- 38

aussetzungslos eine Beitrittsmöglichkeit vorsieht, sondern diese an bestimmte Kriterien knüpft, durch die der Kreis potentieller Mitglieder ähnlich wie durch das Erfordernis einer Branchenzugehörigkeit beschränkt wird (*BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - aaO*).

(b) Für eine Anwendung des § 77 Abs. 3 BetrVG auch auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber ist außerdem erforderlich, dass die Tarifvertragsparteien den Geltungsanspruch eines mitgliedschaftsbezogenen Tarifvertrages auch auf potentielle Mitglieder erstrecken und nicht auf aktuelle Mitglieder beschränken wollen. Ob dies geschehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei die übereinstimmende Interessenlage der Tarifvertragsparteien typischerweise dahin geht, den Geltungsbereich des Tarifvertrages wie bei einer fachlichen Umschreibung auf diejenigen Unternehmen zu erstrecken, die durch Beitritt zum Arbeitgeberverband eine Tarifbindung herbeiführen können. Ohne deutliche Anhaltspunkte im Tarifvertrag selbst kann nicht angenommen werden, dass die Tarifvertragsparteien durch die mitgliedschaftsbezogene Festlegung des Geltungsbereichs den durch § 77 Abs. 3 BetrVG gewährleisteten Geltungsanspruch des Tarifvertrages und ihre Tarifautonomie beschränken wollen (*vgl. insgesamt BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - zu B II 2 c ee (3) (c) der Gründe, BAGE 114, 162*).

(3) Eine gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung ist unwirksam (*BAG 20. November 2001 - 1 AZR 12/01 - zu II 2 a der Gründe, EzA BetrVG 1972 § 77 Nr. 70*). Dies gilt nicht nur dann, wenn bei ihrem Zustandekommen entsprechende Tarifverträge bereits bestanden. Die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG wirkt vielmehr auch, wenn entsprechende Tarifbestimmungen erst später in Kraft treten (*BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - zu B II 2 c ee (1) der Gründe, BAGE 114, 162; BAG 21. Januar 2003 - 1 ABR 9/02 - zu B II 2 c aa (1) der Gründe, AP BetrVG 1972 § 21a Nr. 1 = EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 3*).

(4) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gilt die Sperre des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht in Angelegenheiten, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegen (*BAG 3. Dezember*

1991 - GS 2/90 - zu C I 4 der Gründe, BAGE 69, 134). Erzwingbare Betriebsvereinbarungen werden nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Angelegenheit nur üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt wird oder zwar tariflich geregelt, der Arbeitgeber aber an den betreffenden Tarifvertrag nicht gebunden ist (BAG 20. November 2001 - 1 AZR 12/01 - zu II 2 c der Gründe, EzA BetrVG 1972 § 77 Nr. 70).

bb) Nach diesen Grundsätzen ist die GBV 1995 zumindest ab dem Inkrafttreten der vom Landesarbeitsgericht herangezogenen Bundes-Entgelttarifverträge in der Entsorgungswirtschaft ab dem 1. Januar 2002 unwirksam. Denn in diesen ist die Höhe des Entgelts für die Arbeitsverhältnisse im Bereich der Entsorgungsunternehmen tariflich geregelt. Der Betrieb der Beklagten unterfällt in der Sache auch dem fachlichen Geltungsbereich der Tarifverträge. 42

(1) Unerheblich ist, dass die Beklagte nicht Mitglied des BDE ist. § 77 Abs. 3 BetrVG setzt keine Tarifgebundenheit des Arbeitgebers voraus. Auch die mitgliedschaftsbezogene Festlegung des Geltungsbereichs der vom BDE abgeschlossenen Bundes-Entgelttarifverträge vom 24. Oktober 2001, vom 3. Dezember 2004 und vom 3. Juni 2008 schadet nicht. Eine Auslegung ergibt, dass der Geltungsbereich der Tarifverträge nicht nur aktuelle, sondern auch potentielle Mitglieder des BDE erfassen soll. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Tarifvertragsparteien BDE und ver.di auf den Geltungsanspruch des Tarifvertrages nach § 77 Abs. 3 BetrVG bei tarifungebundenen Arbeitgebern verzichten wollten. Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend ausgeführt, dass die Beklagte nach der Satzung des BDE dessen Mitglied werden konnte. Gemäß § 3 Abs. 2 Buchst. a der Satzung des BDE können alle Unternehmen und Betriebe der Kreislauf- und Entsorgungswirtschaft sowie der Wasser- und Abwasserwirtschaft ordentliches Mitglied werden, die in privater Rechtsform organisiert, tatsächlich operativ tätig sind und in der Bundesrepublik Deutschland ihren Sitz oder eine Betriebsstätte haben. Diese Voraussetzungen werden nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien von der Beklagten, einem Unternehmen der Entsorgungswirtschaft, erfüllt. 43

- (2) In dem zwischen den Parteien streitigen Zeitraum ab dem 1. Juni 2007 war die GBV 1995 unwirksam. Spätestens ab dem Inkrafttreten der zwischen dem BDE und ver.di abgeschlossenen Bundes-Entgelttarifverträge der Entsorgungswirtschaft am 1. Januar 2002 war eine mögliche betriebsverfassungsrechtliche Wirkung der GBV 1995 nach § 77 Abs. 3 BetrVG gesperrt. Es kommt daher nicht darauf an, ob sich schon aus früheren Tarifverträgen der Entsorgungswirtschaft oder aus der Nachwirkung des Haustarifvertrages vom 24. Oktober 1990 eine Sperrwirkung für die GBV 1995 ergeben hat. 44
- (3) Der Sperrwirkung entgegenstehende Tarifverträge steht auch nicht § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG entgegen. Zwar ist die Beklagte nicht tarifgebunden, so dass die Regelungssperre des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG - im Unterschied zu § 77 Abs. 3 BetrVG - nicht eingreifen könnte. Der geregelte Sachverhalt der Entgelthöhe ist aber nicht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig, weil die Höhe der Vergütung nicht zur mitbestimmungspflichtigen betrieblichen Lohngestaltung gehört. 45
3. Der Anspruch auf die Anwendung des TV Bau Gehalt/Ost bzw. TV Bau Lohn/Ost ergibt sich auch nicht aus der Protokollnotiz vom 27. April 1999. Das Landesarbeitsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass sie keine Gesamtzusage enthält, aus der sich ein Anspruch auf Weitergabe der künftigen Tarifierhöhungen ergibt. 46
- a) Das Landesarbeitsgericht hat sich darauf berufen, dass in der Protokollnotiz vom 27. April 1999 keine Gesamtzusage des Arbeitgebers liege, weil diese Erklärung nicht an die Arbeitnehmer gerichtet gewesen sei. Außerdem sei die Erklärung so zu verstehen, dass die Beklagte Tarifierhöhungen in der Vergangenheit ohne Rechtsanspruch weitergegeben habe und auch in Zukunft so verfahren wolle. 47
- b) Insoweit zeigt die Revision keine Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts auf. 48

- aa) Eine Gesamtzusage ist die an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete Erklärung des Arbeitgebers, zusätzliche Leistungen erbringen zu wollen (*st. Rspr., vgl. BAG 17. November 2009 - 9 AZR 765/08 - Rn. 19, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 88 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 12*). Eine Gesamtzusage setzt eine bewusste und gezielte Bekanntgabe an die Arbeitnehmer voraus (*BAG 28. Juni 2006 - 10 AZR 385/05 - Rn. 32, BAGE 118, 360*). 49
- bb) Danach liegt in der unterschriebenen Protokollnotiz keine Gesamtzusage der Beklagten. 50
- (1) Es handelt sich um die Wiedergabe einer Besprechung vom 26. April 1999 zwischen der Geschäftsleitung der Beklagten, einem Vertreter des Bauarbeitgeberverbandes und Vertretern der IG BAU. Für eine Gesamtzusage wäre jedoch eine an alle Arbeitnehmer gerichtete Erklärung erforderlich gewesen. Nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erfolgte der von den Klägern behauptete Aushang am „Schwarzen Brett“ jedenfalls nicht auf Veranlassung der Beklagten. Wenn die örtlichen Betriebsräte die Protokollnotiz ausgehängt haben sollten, läge hierin keine bewusste und gezielte Bekanntmachung der Beklagten. 51
- Soweit die Revision sich darauf beruft, die Beklagte habe ausdrücklich ausgeführt, die Erklärung sei „verbindlich“, so verkennt sie, dass auch insoweit als Adressat einer verbindlichen Erklärung vorliegend nicht die Belegschaft der Beklagten, sondern - wenn überhaupt - allenfalls die IG BAU in Betracht kommt, unabhängig davon, dass sich aus dem weiteren Inhalt der Erklärung nicht ergibt, worauf sich die „Verbindlichkeit“ eigentlich beziehen soll. 52
- (2) Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf abgestellt, dass die Beklagte in der Protokollnotiz festgehalten hat, die Vergütungen in der Vergangenheit „ohne Rechtsanspruch“ weitergegeben zu haben. Der sich unmittelbar anschließende Satz in der Protokollnotiz, die Beklagte werde „auch künftig“ die Tarife „nach diesen Grundsätzen“ anwenden, 53

ist vor diesem Hintergrund ebenfalls dahingehend zu verstehen, dass die Beklagte beabsichtigte, Tarifierhöhungen auch weiterhin ohne Rechtsanspruch weiterzugeben.

(3) Im Übrigen wäre selbst dann, wenn es sich bei der Erklärung um eine Gesamtzusage handelte, das Bezugsobjekt der Verweisung nicht der Bau-Entgelttarifvertrag für das Beitrittsgebiet, dh. zB der TV Bau Lohn/Ost oder der TV Bau Gehalt/Ost. Denn in der Protokollnotiz heißt es ausdrücklich weiter, der Haustarifvertrag habe weiter Bestand. Aus diesem ergibt sich jedoch eine Verweisung auf die Bau-Entgelttarifverträge West mit einem Tarifniveau von 65 % nebst Erhöhungen bis zum 31. März 1992. 54

(4) Ein Vertragsschluss kann entgegen der Revision auch nicht aus einem Schweigen der Beklagten auf den von den Klägern behaupteten Aushang der Protokollnotiz durch die örtlichen Betriebsräte hergeleitet werden. Wie vorstehend ausgeführt, enthält die Protokollnotiz keine (Gesamt-)Zusage einer Weitergabe künftiger Bau-Tarifentgelterhöhungen. Das Schweigen der Beklagten könnte nur die fehlende Zielgerichtetheit der Erklärung an die Arbeitnehmer ersetzen. Es würde jedoch nichts am Inhalt der Erklärung ändern. 55

4. Schließlich ist auch keine betriebliche Übung auf die Weitergabe künftiger Tarifierhöhungen nach dem TV Bau Gehalt/Ost bzw. TV Bau Lohn/Ost entstanden. 56

a) Das Landesarbeitsgericht hat sich darauf gestützt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber, der einzelne Tarifierhöhungen an seine Arbeitnehmer weitergibt, nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte verpflichtet ist, über die Weitergewährung der weitergegebenen Tariflohnerhöhung hinaus auch die von den Tarifvertragsparteien zukünftig vereinbarten Tarifierhöhungen weiterzugeben. Derartige Anhaltspunkte lägen hier nicht vor. Insbesondere könne hierfür weder die - unwirksame - GBV 1995 noch die Protokollnotiz vom 27. April 1999 herangezogen werden. Es komme hinzu, dass die Beklagte nicht nur nicht tarifgebunden, sondern nicht einmal ein Unternehmen der Bauwirtschaft sei, so dass sie 57

auch durch einen Beitritt zum Arbeitgeberverband der Bauindustrie keine Tarifgebundenheit hätte herstellen können.

b) Diesen im Hinblick auf das Bestehen einer betrieblichen Übung der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegenden (*BAG 24. März 2010 - 10 AZR 43/09 - Rn. 15, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 90 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 13; BAG 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - Rn. 45, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 54; BAG 28. Juni 2006 - 10 AZR 385/05 - Rn. 39, BAGE 118, 360*) Ausführungen des Landesarbeitsgerichts folgt der Senat im Ergebnis und teilweise auch in der Begründung. 58

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist unter einer betrieblichen Übung die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. 59

(1) Aus einem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen (*BAG 17. März 2010 - 5 AZR 317/09 - Rn. 20, AP TVG § 1 Tarifverträge: Brotindustrie Nr. 9 = EzA TVG § 4 Brot- und Backwarenindustrie Nr. 2; BAG 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - Rn. 43, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 54; BAG 16. Juni 2004 - 4 AZR 417/03 - zu II 2 b der Gründe*). Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte (*BAG 17. März 2010 - 5 AZR 317/09 - aaO; BAG 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - aaO; BAG 16. Juni 2004 - 4 AZR 417/03 - zu II 2 b der Gründe*). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber mit einem entsprechenden Verpflichtungswillen gehandelt hat. Die Wirkung einer Willenserklärung im Rechtsverkehr setzt ein, wenn der Erklärende aus der Sicht des Erklärungsempfängers einen auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichtete 60

ten Willen geäußert hat (*BAG 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - aaO; BAG 28. Juni 2006 - 10 AZR 385/05 - Rn. 35, BAGE 118, 360*).

(2) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber eine betriebliche Übung, die zu einem Rechtsanspruch auf Erhöhung der Löhne und Gehälter entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet führt, nur angenommen werden, wenn deutliche Anhaltspunkte im Verhalten des Arbeitgebers dafür erkennbar sind, dass er auf Dauer die von den Tarifvertragsparteien jeweils ausgehandelten Tariflohnerhöhungen übernehmen will (*BAG 26. August 2009 - 5 AZR 969/08 - Rn. 26, AP BGB § 613a Nr. 375 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 115; BAG 9. Februar 2005 - 5 AZR 284/04 - zu III 3 b der Gründe; BAG 13. März 2002 - 5 AZR 755/00 - zu II 2 der Gründe, EzA ZPO § 259 Nr. 1*). Mit den in Anlehnung an Tariflohnerhöhungen erfolgenden freiwilligen Lohnsteigerungen entsteht regelmäßig lediglich ein Anspruch der Arbeitnehmer auf Fortzahlung dieses erhöhten Lohns, nicht aber zugleich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, auch künftige Tariflohnerhöhungen weiterzugeben (*BAG 20. Juni 2001 - 4 AZR 290/00 - zu A II 4 c bb der Gründe, EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 45*). Nach der Rechtsprechung des Fünften Senats will sich ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber grundsätzlich nicht für die Zukunft der Regelungsmacht der Verbände unterwerfen. Dies ist gerade Sinn des nicht erfolgten Beitritts zu einem Arbeitgeberverband. Die fehlende Tarifgebundenheit verdeutlicht den Willen des Arbeitgebers, die Erhöhung der Löhne und Gehälter zukünftig nicht ohne Beitrittsprüfung entsprechend der Tarifentwicklung vorzunehmen. Die nicht vorhersehbare Dynamik der Lohnentwicklung und die hierdurch verursachten Personalkosten sprechen grundsätzlich gegen einen objektiv erkennbaren rechtsgeschäftlichen Willen des Arbeitgebers, sich dauerhaft zu einer Entgeltanhebung entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet verpflichten zu wollen.

61

bb) Danach hat die Beklagte mit der Übernahme einzelner Tarifentgelt erhöhungen keine betriebliche Übung begründet, auf die die Kläger ihren Klageanspruch stützen könnten.

62

- (1) Die bloße Weitergabe von Tarifloohnerhöhungen in der Bauwirtschaft konnte insbesondere deshalb bei den Arbeitnehmern der Beklagten nicht zur Erwartung einer generellen Übernahme der jeweiligen Tarifierhöhungen führen, weil es bei der dynamischen Inbezugnahme von Entgelttarifverträgen durch eine betriebliche Übung jedenfalls dann besonderer, im vorliegenden Fall fehlender Anhaltspunkte für einen entsprechenden Bindungswillen des Arbeitgebers bedarf, wenn er nicht nur selbst nicht tarifgebunden ist, wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, sondern wenn die in der Vergangenheit weitergegebenen Vergütungserhöhungen sich an einem branchenfremden Tarifvertrag orientieren, also selbst bei einer Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Verband eine normative Wirkung der Entgelttarifverträge mangels Unterfallen der Arbeitsverhältnisse unter den Geltungsbereich nicht eintreten konnte. Denn die für eine bestimmte Branche vereinbarten Erhöhungen der Tarifentgelte orientieren sich notwendigerweise an der wirtschaftlichen Entwicklung in dieser Branche, die für einen einer anderen Branche angehörenden Arbeitgeber und die dort beschäftigten Arbeitnehmer nicht ohne weiteres maßgebend ist. Bereits aus diesem Grund ist der erstmals in der Revision erbrachte Vortrag der Kläger, die Beklagte sei „Mitglied des Arbeitgeberverbandes der Bauwirtschaft“, ohne Belang. 63
- (2) Ein dem entgegenstehender besonderer Anhaltspunkt ist nicht in der arbeitsvertraglichen Verweisungsklausel zu sehen, da diese ausdrücklich auf den Haustarifvertrag verweist, der seinerseits wiederum das auf 65 % abgesenkte Entgeltniveau der Bau-Entgelttarifverträge West nebst zwei konkreten Entgeltsteigerungen in Bezug nimmt. Für die Absicht einer dynamischen Anwendung der Bau-Entgelttarifverträge Ost in voller Höhe für die weitere Zukunft spricht dagegen nichts. 64
- (3) Auch die GBV 1995 bietet keine deutlichen Anhaltspunkte für eine betriebliche Übung. Im Gegenteil weist ihr Abschluss und ihre - zeitweise erfolgte - Umsetzung darauf hin, dass die Beklagte mit der Weitergabe der Entgelterhöhungen in diesem Zeitraum vermeintliche Verpflichtungen aus der GBV 1995 erfüllen wollte. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 65

scheidet eine betriebliche Übung bei Normenvollzug oder einem aus Sicht der Arbeitnehmer vermeintlichen Normenvollzug aus (*BAG 27. Oktober 2010 - 10 AZR 410/09 - Rn. 31, ZTR 2011, 172; BAG 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - Rn. 43, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 54*). Wenn der Arbeitgeber Leistungen für den Arbeitnehmer erkennbar aufgrund einer anderen und sei es auch tatsächlich nicht bestehenden Rechtspflicht hat erbringen wollen, kann der Arbeitnehmer nicht davon ausgehen, ihm solle eine Leistung auf Dauer unabhängig von dieser Rechtspflicht und auf einer anderen Rechtsgrundlage, nämlich der betrieblichen Übung, gewährt werden (*BAG 5. November 2008 - 5 AZR 455/07 - Rn. 22*). Auf für den Arbeitnehmer nicht erkennbare subjektive Vorstellungen des Arbeitgebers allein kommt es nicht an (*BAG 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - aaO*).

(4) Die Kläger können sich insoweit auch nicht auf die Protokollnotiz vom 27. April 1999 berufen. Sie ist - wie dargelegt - dahingehend auszulegen, dass sie einerseits keine an die Arbeitnehmer gerichtete Erklärung enthält und ihr Erklärungsinhalt andererseits auch nicht darin besteht, die Weitergabe künftiger Tarifierhöhungen zuzusagen. Aus diesem Grund scheidet die Protokollnotiz auch als besonderer Anhaltspunkt für eine betriebliche Übung aus. Im Übrigen musste sich aus Sicht der Arbeitnehmer die Weitergabe der Tarifierhöhungen noch als Vollzug der GBV 1995 darstellen. Hierauf war die Klage ursprünglich auch vorrangig gestützt und hierauf hat auch das Arbeitsgericht bei seiner stattgebenden Entscheidung maßgeblich abgestellt, in der es - zu Unrecht - die GBV 1995 als wirksam angesehen hat. 66

5. Soweit die Revision im Hinblick auf eine von den Klägern begehrte Erhöhung der Vergütung von drei Prozent zum 1. Juni 2008 Verfahrensrügen erhebt, sind diese unzulässig. 67

a) Nach dem Vortrag der Kläger hat die Beklagte ab Juni 2008 „allen Mitarbeitern in Übernahme der Tarifentwicklung der Bauwirtschaft eine 3 %ige Lohnerhöhung gewährt“. Ausgenommen von der Entgelterhöhung seien nur die Kläger und andere Mitarbeiter, die Ansprüche nach den Bau-Entgelttarifverträgen gerichtlich geltend gemacht hätten. 68

- b) Es kann dahinstehen, ob bei Vorliegen der behaupteten Tatsachen ein Verstoß der Beklagten gegen das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB und den Gleichbehandlungsgrundsatz vorläge. Eine Tariflohnerhöhung um drei Prozent zum 1. Juni 2008 ist nicht Gegenstand der im vorliegenden Rechtsstreit gestellten Anträge. Die Zahlungsanträge 1 und 3 betreffen von vornherein nur den Zeitraum von Juni 2007 bis Februar 2008. Die Feststellungsanträge 2 und 4 beziehen sich nur auf die Verpflichtung zur Zahlung des Tabellenentgelts nach dem „jeweils geltenden“ TV Bau Gehalt/Ost und TV Bau Lohn/Ost. In diesen ist eine Mindestlaufzeit bis zum 31. März 2009 vereinbart worden; sie enthalten aber keine Erhöhung der Entgelte um drei Prozent zum 1. Juni 2008. Weder der angegebene Zeitpunkt noch die behauptete prozentuale Höhe finden sich in den Tarifverträgen wieder. Der Streitgegenstand der Feststellungsanträge ist aber auf die Tarifbewegungen der beiden genannten Tarifverträge (*und - insoweit unzulässig - künftiger Entgelttarifverträge*) beschränkt. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Feststellung einer Zahlungsverpflichtung hinsichtlich einer von der Beklagten tatsächlich gewährten dreiprozentigen Erhöhung im Juni 2008 nicht als „Minus“ in den Feststellungsanträgen enthalten. 69
- c) Deshalb sind die auf diesen nicht streitgegenständlichen Anspruch bezogenen Verfahrensrügen unzulässig, da sie nicht die erforderliche Kausalität zwischen den behaupteten Verfahrensmängeln (*hier: Verstoß gegen den Anspruch der Kläger auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG und Verletzung der Hinweispflicht nach § 139 ZPO*) und dem Urteil des Berufungsgerichts darlegen (*vgl. BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145*). 70
- d) Soweit die Rüge der Verletzung der Hinweispflicht durch das Landesarbeitsgericht zusätzlich darauf bezogen ist, dass dieses hätte darauf hinweisen müssen, dass sich der Feststellungsantrag der Kläger nach seiner Auffassung nicht auf die dreiprozentige Vergütungserhöhung ab dem 1. Juni 2008, sondern lediglich auf die Weitergabe der Tariflohnerhöhungen bezog, ist dies schon deshalb unzulässig, weil die Revision dazu hätte angeben müssen, was sie auf einen entsprechenden Hinweis hin vorgebracht hätte und inwieweit sich dieser Vortrag auf die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ausgewirkt hätte (*vgl.* 71

dazu BAG 14. November 2007 - 4 AZR 861/06 - Rn. 22, NZA-RR 2008, 362). Hierzu reicht es nicht aus, wie in der Revision der Kläger, allein mitzuteilen, dass sie dann „ihre Anträge entsprechend präzisiert und ausdrücklich die Feststellung des Anspruchs ab Juni 2008 in die Feststellungsanträge einbezogen“ hätten. Da es sich insoweit um einen neuen Streitgegenstand und damit eine Klageerweiterung gehandelt hätte, weil es sich bei den Ansprüchen ab dem 1. Juni 2008 nicht um eine Weitergabe von Tariferhöhungen gehandelt hätte, sondern, wie die Revision selbst vorträgt, um einen „Anspruch auf Gleichbehandlung“, hätte neben einer vollständigen Antragsformulierung und -begründung auch Vortrag zu den Voraussetzungen einer Klageerweiterung in der Berufungsinstanz nach § 533 ZPO erbracht werden müssen. Darauf, dass bereits außerordentlich zweifelhaft ist, ob der klägerische Vortrag in der Berufungsinstanz Anlass zu einer entsprechenden Überlegung nebst daraus resultierender Hinweispflicht des Landesarbeitsgerichts gegeben hätte, kommt es demnach nicht mehr an.

III. Die Kostenentscheidung des Landesarbeitsgerichts ist rechtsfehlerhaft. 72
Die Kostenverteilung erfolgt gemäß § 100 Abs. 1 ZPO nach „Kopfteilen“. Bei zwei Klägern haben diese die Kosten zu gleichen Teilen zu tragen.

1. Das Rechtsmittelgericht hat gemäß § 308 Abs. 2 ZPO von Amts wegen 73
zu prüfen, ob der Kostenausspruch der Vorinstanzen richtig ist (BAG 22. April 2010 - 6 AZR 948/08 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 38 = EzA KSchG § 17 Nr. 22). Selbst bei einem erfolglosen Rechtsmittel hat das Rechtsmittelgericht eine falsche Kostenentscheidung der Vorinstanz zu korrigieren (Zöller/Herget ZPO 28. Aufl. § 97 Rn. 6).

2. Das Landesarbeitsgericht hat die Kosten nach dem Verhältnis der 74
eingeklagten Beträge gequotelt und die Entscheidung auf § 91 ZPO gestützt. Dies verstößt gegen § 100 Abs. 1 ZPO. Besteht die unterlegene Partei eines Rechtsstreits aus mehreren Personen, haften diese für die Kostenerstattung grundsätzlich nach Kopfteilen. Eine Quotelung kommt nach § 100 Abs. 2 ZPO nur bei einer erheblichen Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreit in

Betracht. Als „erheblich“ wird die Verschiedenheit der Beteiligung aber nur angenommen, wenn ein Streitgenosse nur zu 3/4 oder jedenfalls 2/3 beteiligt ist (*Musielak ZPO 8. Aufl. § 100 Rn. 3*). Ein Verhältnis von 43 % zu 57 %, wie es hier nach der Kostenentscheidung des Landesarbeitsgerichts vorliegt, genügt hierfür nicht. Es bleibt somit bei der Haftung nach Kopfteilen gem. § 100 Abs. 1 ZPO.

Bepler

Winter

Creutzfeldt

Kiefer

Görgens