

Bundesarbeitsgericht
Vierter Senat

Urteil vom 21. Oktober 2015
- 4 AZR 649/14 -
ECLI:DE:BAG:2015:211015.U.4AZR649.14.0

I. Arbeitsgericht Münster

Urteil vom 7. März 2014
- 4 Ca 2099/13 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 20. August 2014
- 3 Sa 451/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Vertragsauslegung - Verweisung auf Tarifvertrag

Bestimmungen:

BGB §§ 133, 151

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 649/14
3 Sa 451/14
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Oktober 2015

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

1.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin zu 1.,

2.

Nebenintervenient und Revisionskläger zu 2.,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die Richter am Bundesarbeitsgericht Creutzfeldt und Dr. Treber sowie die ehrenamtliche Richterin Dierßen und den ehrenamtlichen Richter Fritz für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Beklagten und des Nebenintervenienten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 20. August 2014 - 3 Sa 451/14 - werden zurückgewiesen.
2. Die Kostenentscheidung des Landesarbeitsgerichts wird aufgehoben. Die Beklagte trägt die erstinstanzlichen Kosten. Von den zweitinstanzlichen Kosten trägt der Kläger 57 %, die Beklagte 43 %.
3. Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Beklagte, die der Nebenintervention hat der Nebenintervenient zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Anwendung des Lohntarifvertrags für den Einzelhandel Nordrhein-Westfalen (LTV) auf ihr Arbeitsverhältnis sowie daraus resultierende Entgelt differenzansprüche für den Zeitraum von März 2013 bis Juli 2014 gegen die Beklagte. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten, die Möbelhäuser betreibt, aufgrund eines Arbeitsvertrags vom 12. November 1997 als Haustischler beschäftigt. 2

Der Arbeitsvertrag lautet auszugsweise wie folgt: 3

„§ 1 Einstellung

1. Der Arbeitnehmer wird ab 01.01.1998 als Haustischler eingestellt.

...

3. Die Tarifverträge für die Beschäftigten im Einzelhandel des Landes Nordrhein-Westfalen in ihrer jeweils geltenden Fassung und deren Nachfolgeverträge sind Bestandteil dieses Vertrages.

...

§ 4 Vergütung

1. Gemäß der in § 1 Ziffer 1 genannten Tätigkeit wird der/die Arbeitnehmer/in in die Gehalts-/Lohngruppe _____ *[nicht ausgefüllt]* des derzeit geltenden Gehalts-/Lohntarifvertrages für den Einzelhandel eingestuft.
2. Das vereinbarte Entgelt beträgt: 21,54 DM pro Stunde *[Stundenlohn handschriftlich eingetragen]*
- ...
4. Die über das tarifliche Entgelt hinausgehenden Gehalts-/Lohnbestandteile ... können jederzeit unter Einhaltung einer Frist von einem Monat gekürzt oder widerrufen werden. Sie können bei einer Erhöhung der Gehalts-/Lohntarife, bei Aufrücken in eine höhere Gehalts-/Lohngruppe/-stufe und bei Höhergruppierungen angerechnet werden.“

Der ab 1. November 1997 geltende Tariflohn der Lohngruppe III, Lohnstaffel d) im 1. Tätigkeitsjahr („Handwerker, soweit sie nicht von den Lohnstaffeln a) bis c) erfaßt sind“) des LTV zwischen dem Einzelhandelsverband Nordrhein-Westfalen e. V. einerseits sowie den Gewerkschaften HBV und DAG andererseits betrug monatlich 3.517,00 DM brutto.

4

Die Beklagte ist Mitglied des Einzelhandelsverbandes Ostwestfalen-Lippe, der wiederum Mitglied im Einzelhandelsverband Nordrhein-Westfalen e. V. ist. Sie war zunächst Mitglied mit Tarifgebundenheit. Auf ihren Antrag hin führt sie der Verband seit dem 1. November 2004 als Mitglied ohne Tarifgebundenheit („OT-Mitglied“). Die Verbandssatzung sieht eine derartige OT-Mitgliedschaft vor.

5

Bis zum Wechsel in die OT-Mitgliedschaft wurde der Lohn des Klägers regelmäßig entsprechend den Tarifabschlüssen im Einzelhandel Nordrhein-Westfalen erhöht. Der zu dieser Zeit gültige LTV war zum 31. März 2005 gekündigt.

6

Im März 2005 schlossen die Parteien eine „Vereinbarung zur Änderung des Arbeitsvertrages“, die auszugsweise wie folgt lautet: 7

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass der zwischen Ihnen bestehende Arbeitsvertrag mit Wirkung ab dem 01.04.2005 wie folgt geändert wird. Die dabei nicht genannten Regelungen gelten weiter. ...

Arbeitszeit

Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt 40 Stunden.

Zuschläge

...

Sonderzahlungen

...

Urlaub

...“

Jedenfalls nach Abschluss dieser Vereinbarung gab die Beklagte Tariflohnerhöhungen im Einzelhandel Nordrhein-Westfalen nicht mehr an den Kläger weiter. Bis zum Abschluss des Änderungsvertrags hatte der Kläger gemäß der im einschlägigen Manteltarifvertrag genannten Arbeitszeit regelmäßig 37,5 Stunden pro Woche gearbeitet. 8

Von April 2005 bis Juli 2013 war der Kläger Mitglied der Gewerkschaft ver.di. 9

In einem vor dem Arbeitsgericht Münster geführten Rechtsstreit, in dem die Parteien im Wesentlichen über die Frage gestritten hatten, ob die Erhöhung der Arbeitszeit von 37,5 Stunden auf 40 Stunden wöchentlich mit oder ohne Lohnausgleich zu erfolgen hatte, hat sich die Beklagte in einem am 9. Juli 2010 durch Beschluss gemäß § 278 Abs. 6 ZPO festgestellten Vergleich zur Zahlung eines bestimmten Betrags für wöchentlich 2,5 Stunden Mehrarbeit im Zeitraum September 2006 bis Januar 2010 sowie zur Gewährung von zusätzlichen Urlaubstagen rückwirkend ab 2007 verpflichtet. Ferner wurde zwischen den Parteien geregelt, dass der Kläger ab dem 1. Februar 2010 wöchentlich 37,5 Arbeitsstunden zu leisten hat. Die Frage der Vergütungshöhe war in diesem Verfahren nicht streitig geworden. 10

Im Januar 2011 haben die Parteien einen weiteren, außergerichtlichen Vergleich über Mehrarbeitsvergütungsansprüche für den Zeitraum November 2005 bis August 2006 geschlossen. 11

Zu Beginn einer zweimonatigen Elternzeit des Klägers unterzeichneten er und sein Vorgesetzter eine als „Personalveränderung“ bezeichnetes Schriftstück, in dem in verschiedenen Rubriken die Arbeitsbedingungen - etwa die Arbeitszeit - „bisher“ und „künftig“ gegenübergestellt waren. Unter dem Stichwort „Lohn/Gehalt/Garantiegehalt“ war die Spalte „bisher“ nicht ausgefüllt. In der Spalte „künftig“ war eingetragen: „bleibt“. Unter „Veränderung gültig ab“ hieß es: „05.10.12 - 04.12.12“. 12

Von März 2013 bis Juli 2014 bezog der Kläger ein gleichbleibendes Monatsentgelt in Höhe von 2.288,52 Euro brutto. Der im LTV für diesen Zeitraum geregelte Tariflohn im Einzelhandel Nordrhein-Westfalen betrug in Lohngruppe III, Lohnstaffel d) ab dem 2. Tätigkeitsjahr bis 31. Juli 2013 monatlich 2.590,00 Euro brutto, bis 30. April 2014 monatlich 2.668,00 Euro brutto und ab 1. Mai 2014 monatlich 2.724,00 Euro brutto. 13

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der LTV sei in seiner jeweiligen Fassung auf sein Arbeitsverhältnis aufgrund der zeitdynamischen Klausel in § 1 Nr. 3 des Arbeitsvertrags anzuwenden. Diese Klausel sei im Änderungsvertrag vom März 2005 erneut vereinbart worden, weshalb sie nicht mehr als Gleichstellungsabrede ausgelegt werden könne. Eine nachfolgende, von § 1 Nr. 3 des Arbeitsvertrags abweichende Lohnvereinbarung habe es nicht gegeben. Weder die beiden Vergleiche noch der Personalveränderungsbogen enthielten derartige Regelungen. 14

Zuletzt hat der Kläger - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt, 15

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.404,80 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz aus je 301,48 Euro seit dem 1. April 2013, 1. Mai 2013, 1. Juni 2013, 1. Juli 2013 und 1. August 2013 sowie aus je 379,48 Euro seit dem 1. September 2013, 1. Oktober 2013, 1. November

2013, 1. Dezember 2013 und 1. Januar 2014 zu zahlen,

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 758,96 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz aus je 379,48 Euro seit dem 1. Februar 2014 und 1. März 2014 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 2.065,40 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz aus je 379,48 Euro seit dem 1. April 2014 und 1. Mai 2014 sowie aus je 435,48 Euro seit dem 1. Juni 2014, 1. Juli 2014 und 1. August 2014 zu zahlen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags die Auffassung vertreten, schon der Arbeitsvertrag verweise hinsichtlich der Lohnhöhe nicht auf die Tarifverträge des Einzelhandels, es sei vielmehr unter § 4 Nr. 2 ausdrücklich ein konkreter Stundenlohn vereinbart worden. Jedenfalls liege eine Gleichstellungsabrede vor, die auch nicht geändert worden sei. In der Änderungsvereinbarung aus März 2005 liege kein Neuabschluss der Klausel aus § 1 Nr. 3 des Arbeitsvertrags. Ihr sei es bei Verwendung des Einleitungssatzes hinsichtlich der Weitergeltung von in der Änderungsvereinbarung nicht aufgeführten Regelungsgegenständen erkennbar nur darauf angekommen, keine redaktionell ganz neu verfassten Arbeitsverträge aufzusetzen. Zudem sei zu diesem Zeitpunkt erkennbar klar gewesen, dass sie sich von den tarifvertraglichen Regelungen zumindest hinsichtlich der Hauptleistungspflichten - wozu neben der ausdrücklich geänderten Arbeitszeit auch das Entgelt gehöre - habe lösen wollen. Ferner sei nachfolgend in den beiden Vergleichen sowie in der Personalveränderungsvereinbarung die tatsächlich gezahlte Vergütung auch als künftig arbeitsvertraglich geschuldet vereinbart worden. Letztlich seien Ansprüche des Klägers aufgrund der jahrelang unterbliebenen Geltendmachung und der insoweit anstandslosen Weiterarbeit zumindest verwirkt.

16

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung weiter. In der Revisionsinstanz ist der Nebenintervenient dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten mit einer eigenen Revision beigetreten.

17

Entscheidungsgründe

- Die zulässigen Revisionen haben keinen Erfolg. 18
- I. Die Revisionen der Beklagten und des Nebenintervenienten sind zulässig. Auch der Nebenintervenient ist neben der Beklagten selbst zur Revisions- einlegung befugt (*vgl. BAG 18. September 2014 - 8 AZR 733/13 - Rn. 16*). Nach dem vom Nebenintervenienten erklärten Beitritt auf Seiten der Beklagten mit Revisionseinlegung vom 21. Oktober 2014 als Reaktion auf die erfolgte Streit- verkündung vom 3. September 2014 sind die Regelungen der Nebeninterventi- on zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Parteien maßgebend (§ 74 Abs. 1 ZPO iVm. § 46 Abs. 2 ArbGG). Der Beitritt kann - ebenso wie die Neben- intervention - zusammen mit der Rechtsmitteleinlegung erfolgen (§ 66 Abs. 2 ZPO iVm. § 46 Abs. 2 ArbGG). 19
- II. Die Revisionen der Beklagten und des Nebenintervenienten sind nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Differenzlohnansprüche iHv. insge- samt 6.229,16 Euro brutto nebst Zinsen für den Zeitraum März 2013 bis Juli 2014 zu. Dies folgt aus der arbeitsvertraglichen Vereinbarung der Parteien iVm. dem LTV in der jeweiligen Fassung. 20
1. Mit dem Arbeitsvertrag vom 12. November 1997 haben die Parteien den LTV in seiner jeweiligen Fassung vertraglich in Bezug genommen. Die Verweisungsklausel umfasst auch die tariflichen Regelungen zur Lohnhöhe. Das ergibt die Auslegung des Vertrags. 21
- a) Gemäß § 1 Nr. 3 des Arbeitsvertrags sind „die“ Tarifverträge des Ein- zelhandels NRW in ihrer jeweiligen Fassung „Bestandteil dieses Vertrages“ und damit Inhalt des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Eine Ausnahme für be- stimmte tariflich geregelte Bereiche ist dort nicht genannt. Damit umfasst die Verweisung auch die jeweiligen Lohntarifverträge. 22

aa) Die in § 1 Nr. 3 iVm. § 4 Nr. 2 des Arbeitsvertrags aus dem Jahre 1997 enthaltene Verweisung auf die jeweiligen Lohntarifverträge des Einzelhandels in Nordrhein-Westfalen ist - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - iSd. früheren Rechtsprechung des Senats als eine Gleichstellungsabrede auszulegen. 23

Nach der Rechtsprechung des Senats galt die widerlegliche Vermutung, dass es einem an arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber nur darum ging, durch die Bezugnahme die nicht organisierten Arbeitnehmer mit den organisierten hinsichtlich der Geltung des in Bezug genommenen Tarifwerks gleichzustellen. Der Senat ging davon aus, mit einer solchen von einem tarifgebundenen Arbeitgeber gestellten Vertragsklausel solle lediglich die möglicherweise fehlende Gebundenheit des Arbeitnehmers an die im Arbeitsvertrag genannten Tarifverträge ersetzt werden, um jedenfalls zu einer vertraglichen Anwendung des einschlägigen Tarifvertrags auf das betreffende Arbeitsverhältnis zu kommen. Daraus hatte der Senat die Konsequenz gezogen, dass auch ohne weitere Anhaltspunkte im Vertragstext oder in den Begleitumständen bei Vertragsschluss bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an die in Bezug genommenen Tarifverträge Bezugnahmeregelungen in aller Regel als sog. Gleichstellungsabreden auszulegen seien. Die Verweisung auf einen Tarifvertrag oder ein Tarifwerk in der jeweils geltenden Fassung wurde deshalb einschränkend dahin ausgelegt, die auf diese Weise zum Ausdruck gebrachte Dynamik solle nur so weit reichen, wie sie bei einem tarifgebundenen Arbeitnehmer reicht, also dann enden, wenn der Arbeitgeber wegen Wegfalls der eigenen Tarifgebundenheit nicht mehr normativ an künftige Tarifentwicklungen gebunden war. Ab diesem Zeitpunkt seien die in Bezug genommenen Tarifverträge nur noch statisch anzuwenden. 24

Diese Rechtsprechung hat der Senat für vertragliche Bezugnahmeregelungen, die nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 1. Januar 2002 vereinbart worden sind, aufgegeben. Er wendet die Auslegungsregel aus Gründen des Vertrauensschutzes jedoch weiterhin auf Bezugnahmeklauseln an, die vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 1. Januar 2002 vereinbart 25

worden sind (*st. Rspr., siehe nur BAG 11. Dezember 2013 - 4 AZR 473/12 - Rn. 14 f. mwN, BAGE 147, 41*).

bb) Das Auslegungsergebnis einer Gleichstellungsabrede wird gestützt durch die tatsächliche Vertragsdurchführung. 26

(1) Die tatsächliche Praxis des Vollzugs einer vertraglichen Regelung durch die vertragschließenden Parteien kann zwar den bei Vertragsschluss zum Ausdruck gebrachten objektiven Gehalt der wechselseitigen Vertragserklärungen nicht mehr beeinflussen. Er kann aber Anhaltspunkte für den bei Vertragsschluss bestehenden, tatsächlichen Vertragswillen enthalten und somit für die Auslegung von Bedeutung sein (*BAG 7. Juni 2006 - 4 AZR 272/05 - Rn. 43*). 27

(2) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts gab die Beklagte nach Abschluss des Arbeitsvertrags die Tariflohnerhöhungen bis zum Zeitpunkt des Wechsels in die OT-Mitgliedschaft zum 1. November 2004 stets an den Kläger weiter. Eine Pflicht zur Anwendung der Lohntarifverträge kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit (§ 3 Abs. 1 TVG) bestand nicht, da der Kläger erst ab 1. April 2005 Gewerkschaftsmitglied war. Demnach ging die Beklagte bis zu ihrem Wechsel in die OT-Mitgliedschaft offensichtlich selbst von einer dynamischen Verweisung auf die jeweiligen Lohntarifverträge im Arbeitsvertrag aus. 28

cc) Diesem Auslegungsergebnis kann die Revision nicht mit Erfolg entgegenhalten, aus § 4 des Arbeitsvertrags ergebe sich eine den LTV betreffende Ausnahme von der vereinbarten Anwendung der Tarifverträge und es fehle damit bereits vor dem Wegfall ihrer eigenen Tarifgebundenheit an der notwendigen vertraglichen Vereinbarung einer dynamischen Anbindung an den jeweiligen LTV. 29

(1) Zwar fehlt in § 4 Nr. 1 des Arbeitsvertrags in dem dafür vorgesehenen Feld die ausdrückliche Angabe einer Lohngruppe und wird das in § 4 Nr. 2 des Arbeitsvertrags vereinbarte und mit 21,54 DM angegebene Entgelt nicht ausdrücklich als „Tariflohn“ bezeichnet (*vgl. für einen solchen Fall BAG 13. Mai 2015 - 4 AZR 244/14 -*). 30

(2) Der im Arbeitsvertragsformular handschriftlich eingetragene Lohn ist aber nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 ZPO) mit dem zum Zeitpunkt des Beschäftigungsbeginns des Klägers geltenden Tariflohn für einen Haustischler identisch. Handwerker, die nicht in den Lohnstaffeln a) bis c) der Lohngruppe III genannt sind, sind nach dem einschlägigen Lohntarifvertrag des Einzelhandels in Nordrhein-Westfalen der Lohngruppe III, Lohnstaffel d) zuzuordnen. Die in dieser dem Kläger aufgrund seiner Tätigkeit zuzuordnenden Lohngruppe geregelte tarifliche Vergütung entsprach, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, dem Stundenentgelt, das der Kläger für seine Tätigkeit erhielt. Im Übrigen ist nicht erkennbar, aus welchem Grund die damals noch tarifgebundene Beklagte eine vom Tariflohn abweichende individuelle Vergütungsabrede hätte treffen wollen, zumal sie in den folgenden Jahren unstreitig den dieser Lohngruppe entsprechenden Tariflohn und die jeweiligen tariflich vereinbarten Erhöhungen an den Kläger gezahlt hat. 31

b) Obwohl durch den Wegfall der Tarifgebundenheit der Beklagten aufgrund ihres Wechsels in die OT-Mitgliedschaft des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes an sich die auflösende Bedingung für die Beendigung der Dynamik eingetreten ist, ist die Bezugnahme auf den LTV wegen der vertraglichen Änderungsvereinbarung aus März 2005 weiterhin zeitdynamisch ausgestaltet. Mit diesem Änderungsvertrag haben die Parteien noch vor Ablauf der Geltungsdauer des damaligen LTV die Bezugnahmeregelung in § 1 Nr. 3 iVm. § 4 Nr. 2 des Arbeitsvertrags erneuert. Diese nach dem 31. Dezember 2001 geschlossene vertragliche Abrede aus März 2005 ist nicht mehr als sog. Gleichstellungsabrede iSd. früheren Rechtsprechung auszulegen, sondern - zumal sie nunmehr von der nicht mehr tarifgebundenen Beklagten vereinbart wurde (*zum Erfordernis der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers für die Annahme einer sog. Gleichstellungsabrede sh. nur BAG 22. Oktober 2008 - 4 AZR 793/07 - Rn. 13 mwN, BAGE 128, 185*) - als unbedingte zeitdynamische Bezugnahmeregelung zu beurteilen (*ausf. BAG 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - Rn. 26, 28, BAGE 122, 74*). 32

aa) Bei einer nach dem 31. Dezember 2001 vereinbarten Änderung eines von einem Arbeitgeber vor dem 1. Januar 2002 geschlossenen „Altvertrags“ kommt es für die Beurteilung, ob die Auslegungsmaßstäbe für „Neu-“ oder für „Altverträge“ maßgebend sind, darauf an, ob die vertragliche Bezugnahmeregelung in der nachfolgenden Vertragsänderung zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der beteiligten Vertragsparteien gemacht worden ist (*BAG 24. Februar 2010 - 4 AZR 691/08 - Rn. 25; 18. November 2009 - 4 AZR 514/08 - Rn. 23 bis 25, BAGE 132, 261*). Allein eine Vertragsänderung führt nicht notwendig dazu, dass zugleich stets alle vertraglichen Regelungen des ursprünglichen Arbeitsvertrags erneut vereinbart oder bestätigt würden. Ob eine solche Abrede gewollt ist, ist anhand der konkreten Vertragsänderung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (*BAG 19. Oktober 2011 - 4 AZR 811/09 - Rn. 27*). Ein deutlicher Ausdruck dafür, dass eine zuvor bestehende Verweisungsklausel erneut zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der Vertragsparteien gemacht worden ist und die Parteien trotz der geänderten Gesetzeslage auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 ausdrücklich an den zuvor getroffenen Abreden festhalten, liegt beispielsweise in der ausdrücklichen Erklärung, dass „alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag unberührt bleiben“ (*vgl. BAG 30. Juli 2008 - 10 AZR 606/07 - Rn. 49, BAGE 127, 185*). Eine solche Regelung hindert die Annahme eines „Altvertrages“ und eine Rechtsfolgenkorrektur unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes (*BAG 18. November 2009 - 4 AZR 514/08 - Rn. 25, aaO*).

33

bb) Danach liegt mit der Änderungsvereinbarung vom März 2005 eine Neuvereinbarung von § 1 Nr. 3 iVm. § 4 Nr. 2 des Arbeitsvertrags vor. In der Vereinbarung aus März 2005 wird einleitend ausdrücklich ausgeführt, dass der Arbeitsvertrag einvernehmlich „wie folgt geändert wird“ und „[d]ie dabei nicht genannten Regelungen [weiter] gelten [...]“. Diese Formulierung erfasst die entsprechenden Bestimmungen des ursprünglichen Arbeitsvertrags mit Ausnahme der Regelungen zu Arbeitszeit, Zuschlägen, Sonderzahlungen und Urlaub. Der Wortlaut spricht dabei - noch weiter gehend als in der Entscheidung vom 30. Juli 2008 (- 10 AZR 606/07 - Rn. 49, BAGE 127, 185 „... unberührt blei-

34

ben“) - für eine ausdrückliche Vereinbarung über eine weitere Geltung dieser Regelungen.

cc) Die gegen die rechtsfehlerfreie Auslegung der Vereinbarung vom März 2005 durch das Landesarbeitsgericht gerichteten Angriffe bleiben erfolglos. 35

(1) Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei der Regelung im Einleitungssatz des Änderungsvertrags nicht um eine bloß deklaratorische Vertragsbestimmung. Bei einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ist grundsätzlich von übereinstimmenden Willenserklärungen auszugehen. Soll einem Vertragsinhalt keine rechtsgeschäftliche Wirkung zukommen, sondern es sich nur um eine deklaratorische Angabe in Form einer sog. Wissenserklärung handeln, muss dies im Vertrag deutlich zum Ausdruck gebracht worden sein (*BAG 21. August 2013 - 4 AZR 656/11 - Rn. 12 mwN, BAGE 146, 29*). Für eine solche Annahme ergeben sich weder aus dem Wortlaut der Erklärung noch aus den gesamten Begleitumständen Anhaltspunkte. 36

(2) In diesem Zusammenhang spricht auch der Einwand der Beklagten, es habe lediglich aus redaktionellen Gründen vermieden werden sollen, die nicht geänderten Regelungen nochmals in den Text des Vertrags aus März 2005 aufzunehmen, nicht für, sondern vielmehr gegen ihre Auffassung. Hätten die Parteien die maßgeblichen Klauseln des Arbeitsvertrags vom 12. November 1997 - insbesondere § 1 Nr. 3 - nochmals ausdrücklich in den Wortlaut der „Vereinbarung zur Änderung des Arbeitsvertrages“ aus März 2005 aufgenommen, so hätten sie diese nach dem Vorgesagten ebenso - und ohne jeden Zweifel - erneut zum Gegenstand ihrer rechtsgeschäftlichen Willensbildung gemacht. 37

(3) Des Weiteren kann entgegen der Revision selbst dann, wenn der Kläger Kenntnis vom Wechsel der Beklagten in die OT-Mitgliedschaft hatte, nicht davon ausgegangen werden, es sei für ihn in der Vereinbarung aus März 2005 erkennbar der Wille der Beklagten zum Ausdruck gekommen, sich insgesamt und umfassend von den Tarifverträgen des Einzelhandels in Nordrhein-Westfalen zu lösen. § 1 Nr. 3 des ursprünglichen Arbeitsvertrags, der diese Ta- 38

rifverträge in Bezug nahm, wird in dem Änderungsvertrag gerade nicht umfassend aufgehoben, sondern soll ausdrücklich weiter gelten. Geändert werden ausschließlich die bislang tarifvertraglich bestimmten Regelungen zu Arbeitszeit, Zuschlägen, Sonderzahlungen und Urlaub.

(4) Zudem spricht die Vertragsdurchführung nicht für die Auffassung der Beklagten. Deren Einwand, es sei inkonsequent, wenn das Landesarbeitsgericht die tatsächliche Praxis bis zum Zeitpunkt des Wechsels in die OT-Mitgliedschaft zur Auslegung der ursprünglichen Vereinbarung aus November 1997 heranziehe, das tatsächliche Verhalten nach Abschluss der Vereinbarung im März 2005 bei der Auslegung derselben aber nicht in gleichem Maße beachte, greift nicht durch. Die fehlende Weitergabe von Tariflohnerhöhungen durch die Beklagte im Anschluss an den Änderungsvertrag sowie die jahrelange unterbliebene Geltendmachung durch den Kläger sind bloße Unterlassungen. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, kann ein „bloßes Nichtstun“ vielerlei Gründe haben. Aus ihm können daher nicht in gleichem Maße Rückschlüsse auf den Vertragswillen gezogen werden, wie aus einer jahrelangen dynamischen Weitergabe der jeweiligen Tariflohnerhöhungen. Der Erfüllung einer (vermeintlich) eigenen Verpflichtung durch positives Tun wird regelmäßig eine eingehendere und kritischere Prüfung des Bestehens der Verpflichtung durch den Leistenden vorangegangen sein als der Nichterfüllung durch den Nichtleistenden. Gerade bei zweifelhafter Vertragslage liegt die Annahme einer vertragswidrigen Nichtleistung wesentlich näher als die einer notfalls überobligatorischen Leistung. Hinsichtlich der Nichtgeltendmachung von Ansprüchen durch den Kläger sind zudem - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat - unterschiedliche Motive denkbar.

39

(5) Auch der weitere Einwand der Revision, die Änderungsvereinbarung aus März 2005 sei wegen der in ihr enthaltenen ungünstigen Abweichung von gem. § 3 Abs. 3 TVG weiter wirkenden tarifvertraglichen Vorschriften (zB betr. Arbeitszeit und Urlaub) nach § 134 BGB iVm. § 4 Abs. 1 und Abs. 3 TVG mit dem Gewerkschaftsbeitritt des Klägers zum 1. April 2005 unwirksam geworden, geht fehl. Denn bei einer Kollision tariflich begründeter Ansprüche eines Arbeit-

40

nehmers mit - ungünstigeren - einzelvertraglichen Vereinbarungen führt die zwingende Wirkung des Tarifvertrags lediglich dazu, dass die vertraglichen Vereinbarungen für die Dauer der Wirksamkeit des Tarifvertrags verdrängt werden (*BAG 12. Dezember 2007 - 4 AZR 998/06 - Rn. 43, BAGE 125, 179*).

2. Die Parteien haben weder durch die Vergleiche vom 9. Juli 2010 und 18. Januar 2011 noch durch das Formular „Personalveränderung“ vom 9. Oktober 2012 eine von § 1 Nr. 3 iVm. § 4 Nr. 2 des Arbeitsvertrags abweichende Vereinbarung einer festen Monatsvergütung getroffen. 41

a) Keiner der genannten Vereinbarungen enthält eine Regelung des künftigen Entgelts. Es wird lediglich für vergangene Zeiträume eine Lohnnachzahlung - ausgehend von einem bestimmten Monatsentgelt - vereinbart. Diese rechnerische Ausgangsposition hat keine gestaltende Wirkung auf die objektive Rechtslage für zukünftige Zeiträume. Sie ist Bestandteil eines Vergleichs, in dem der Kläger ua. für die Vergangenheit zusätzliche Urlaubstage erhielt. Die einzige zukunftsbezogene Regelung liegt in der Rückkehr zur 37,5-Stundenwoche. Die Vergleiche dienten in vergütungsrechtlicher Hinsicht damit einzig der Beseitigung des rechtlichen Streits, ob die Vereinbarung aus März 2005 eine Arbeitszeiterhöhung mit oder ohne Lohnausgleich beinhaltet. Für die Frage der Höhe der Vergütung in künftigen Zeiträumen haben die Vergleiche keine Bedeutung. 42

b) Schließlich enthält das Formular „Personalveränderung“ vom 9. Oktober 2012 keine für den Streitzeitraum relevante Vergütungsabrede. Sie bezieht sich bereits nach ihrem Wortlaut ausschließlich auf den Zeitraum 5. Oktober 2012 bis 4. Dezember 2012, der von der hier streitigen Forderung nicht erfasst ist. 43

3. Die Ansprüche des Klägers sind auch nicht verwirkt. Dabei kann offenbleiben, ob lediglich - konkrete, wiederkehrende - Leistungen aus einem vertraglichen Dauerschuldverhältnis verwirken können - wofür viel spricht - und dies aber nicht für die vertragliche Grundlage gelten kann (*sh. bereits etwa BAG 10. Dezember 2014 - 4 AZR 991/12 - Rn. 22; 22. Februar 2012 - 4 AZR* 44

580/10 - Rn. 43). Das Landesarbeitsgericht ist jedenfalls zutreffend davon ausgegangen, dass im Rahmen einer Verwirkung nach Treu und Glauben neben dem Zeitmoment erforderliche Umstandsmoment liege nicht vor.

a) Der Kläger war weder verpflichtet, die Beklagte darauf aufmerksam zu machen, dass er sich vorbehalte, seine gemäß den Tarifabschlüssen nach März 2005 erhöhte Vergütung geltend zu machen, noch ergibt sich aus der insoweit widerspruchslosen Durchführung des Arbeitsverhältnisses seitens des Klägers eine vertrauensbegründende Verhaltensweise (*vgl. zuletzt in ähnlichen Fällen BAG 10. Dezember 2014 - 4 AZR 991/12 - Rn. 23; 22. Februar 2012 - 4 AZR 579/10 - Rn. 46 f.*). 45

b) Auch die Klage im Anschluss an die Vereinbarung aus März 2005 vor dem Arbeitsgericht Münster sowie die nachfolgenden Vergleichsabschlüsse vom 9. Juli 2010 und 18. Januar 2011 stellen keine Umstände dar, nach denen sich die mit Schreiben der späteren Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 26. September 2013 erfolgte Anspruchsverfolgung als illoyal verspätet erweist (*vgl. zu diesem Grundgedanken des Verwirkungseinwands BAG 22. Februar 2012 - 4 AZR 579/10 - Rn. 43 mwN*). 46

Zwar gingen sowohl die Klage als auch die späteren Vergleichsabschlüsse offensichtlich von dem damals tatsächlich von der Beklagten gezahlten und nicht dem tariflichen Stundenentgelt aus. Allein aus der Berechnung der Klageforderung und der Zustimmung zum Vergleichsabschluss konnte die Beklagte aber noch nicht den berechtigten Schluss ziehen, der Kläger akzeptiere damit dauerhaft die vertragswidrige Höhe der gezahlten Vergütung und werde auf die Geltendmachung eines höheren Stundenentgelts in künftigen Zeiträumen verzichten. Die Frage der Vergütungsanbindung an die Tariflohnentwicklung war nicht Gegenstand dieser rechtlichen Auseinandersetzungen. Diese hatten vielmehr ihren Grund ausschließlich in der zwischen den Parteien bestehenden Meinungsverschiedenheit, ob die Vereinbarung aus März 2005 eine Arbeitszeiterhöhung mit oder ohne Lohnausgleich beinhaltete. 47

4. Die Klage ist auch in der Höhe begründet. 48
- a) Dem Kläger steht die geltend gemachte Vergütungsdifferenz in Höhe von insgesamt 6.229,16 Euro brutto für die Monate März 2013 bis Juli 2014 zu. Von März 2013 bis Juli 2014 bezog der Kläger ein gleichbleibendes Monatsgehalt in Höhe von 2.288,52 Euro brutto. Der Tariflohn im Einzelhandel Nordrhein-Westfalen betrug in Lohngruppe III, Lohnstaffel d) ab dem 2. Tätigkeitsjahr bis 31. Juli 2013 monatlich 2.590,00 Euro brutto, bis 30. April 2014 monatlich 2.668,00 Euro brutto und ab 1. Mai 2014 monatlich 2.724,00 Euro brutto. Daraus ergeben sich die geltend gemachten Differenzen in Höhe von 301,48 Euro brutto (für 5 Monate), 379,48 Euro brutto (für 9 Monate) und 435,48 Euro brutto (für 3 Monate). 49
- b) Der Zinsanspruch folgt aus § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB iVm. § 10 Abs. 7 Satz 1 MTV, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. 50
- III. Die Kosten der Revision hat die Beklagte, die der Nebenintervention hat der Nebenintervenient zu tragen (§ 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 aE ZPO; vgl. dazu auch BGH 27. Mai 1963 - III ZR 131/61 - BGHZ 39, 296; MüKoZPO/Schulz 4. Aufl. § 101 Rn. 20 ff.). 51
- Die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts ist nach § 308 Abs. 2 ZPO im Revisionsverfahren von Amts wegen zu überprüfen und ggf. zu korrigieren (vgl. dazu BAG 23. März 2011 - 4 AZR 268/09 - Rn. 73). Vorliegend hat das Landesarbeitsgericht nicht berücksichtigt, dass der Kläger zweitinstanzlich eine Klageerweiterung vorgenommen, diese aber später wieder zurückgenommen hat. Die vom Kläger dabei begehrte Feststellung bezog sich nach seiner Antragsbegründung überwiegend auf künftige, bisher nicht von der Geltendmachung erfasste Zeiträume. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind aufgrund der späteren teilweisen Klagerücknahme entsprechend § 92 iVm. § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO aufzuteilen (vgl. BAG 24. März 2010 - 10 AZR 52

58/09 - Rn. 36, BAGE 134, 34). Danach hat der Kläger 57 % und die Beklagte 43 % der zweitinstanzlichen Kosten zu tragen.

Eylert

Creutzfeldt

Treber

Eylert

Fritz

zugleich für die an
der Unterschrifts-
leistung verhinderte
ehrenamtliche
Richterin Dierßen