

Bundesarbeitsgericht
Vierter Senat

Urteil vom 27. März 2018
- 4 AZR 151/15 -
ECLI:DE:BAG:2018:270318.U.4AZR151.15.0

I. Arbeitsgericht Münster

Urteil vom 8. Juli 2014
- 3 Ca 2246/13 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 18. Februar 2015
- 3 Sa 1092/14 -

Entscheidungsstichworte:

Vertragsauslegung - Verweisung auf Tarifvertrag

Hinweis des Senats:

Weitgehende Parallelentscheidung zu - 4 AZR 649/14 -

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 151/15
3 Sa 1092/14
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. März 2018

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

Nebenintervenient,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und Revisionskläger,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. März 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die Richter am Bundesarbeitsgericht Creutzfeldt und Klose sowie den ehrenamtlichen Richter Lippok und die ehrenamtliche Richterin Häsele-Wallwitz für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 18. Februar 2015 - 3 Sa 1092/14 - wird zurückgewiesen.
2. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 18. Februar 2015 - 3 Sa 1092/14 - insoweit aufgehoben als es die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 8. Juli 2014 - 3 Ca 2246/13 - zurückgewiesen hat. Insoweit wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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 des Klägers für den Zeitraum März 2013 bis November 2014. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten, die Möbelhäuser betreibt, aufgrund eines Arbeitsvertrags vom 13. Februar 1995 seit dem 1. Juli 1995 als Haustechniker beschäftigt. 2

Der Arbeitsvertrag lautet auszugsweise wie folgt (*die unterstrichenen Passagen sind handschriftlich in das Formular eingefügt*): 3

„§ 1 Einstellung

1. Der/Die Arbeitnehmer/in wird ab 01.07.95 als Haustechniker (Elektriker) eingestellt.
2. Der/Die Arbeitnehmer/in wird als Vollzeitkraft/Teilzeitkraft mit 37,5 Stunden wöchentlich 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: DM 3.700,- je Monat.
- ...
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.“

Die Beklagte ist Mitglied des Einzelhandelsverbandes Ostwestfalen-Lippe e.V., 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.

4

Bis zum Wechsel in die OT-Mitgliedschaft wurde der Lohn des Klägers regelmäßig entsprechend den Tarifabschlüssen im Einzelhandel Nordrhein-

5

Westfalen erhöht. Der zu dieser Zeit gültige LTV war zum 31. März 2005 gekündigt.

Im März 2005 schlossen die Parteien eine „Vereinbarung zur Änderung des Arbeitsvertrages“, die auszugsweise wie folgt lautet: 6

„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

Auf Spätöffnungs- und Mehrarbeitszuschläge besteht kein Anspruch.

Sonderzahlungen

...

Urlaub

...“

Jedenfalls nach Abschluss dieser Vereinbarung gab die Beklagte Tariflohnerhöhungen im Einzelhandel Nordrhein-Westfalen nicht mehr an den Kläger weiter, zahlte aber eine „Ausgleichszahlung“ in Höhe von monatlich 50,00 Euro. 7

Zwischen Februar 2009 und Juli 2013 unterzeichneten der Kläger und ein „bisheriger Vorgesetzter“ bzw. ein „künftiger Vorgesetzter“ eine Reihe von jeweils mit „Personalveränderung“ überschriebenen Formularen, deren Rechtscharakter zwischen den Parteien streitig ist. Die jeweils dokumentierten Änderungen beziehen sich in den Formularen vom 17. Februar 2009 (zum 1. März 2009), 3. August 2009, 4. Februar 2010, 17. Februar „2009“ (zum 1. Februar 2011) und 18. Mai 2011 erkennbar vorwiegend auf eine jeweils befristete Änderung der wöchentlichen Arbeitszeit oder die - erneut befristete - „Verlängerung“ der bisher geltenden Arbeitszeitregelung. Abweichend hiervon hat die „Personalveränderung“ vom 19. Juli 2013 folgenden Wortlaut: 8

„Veränderung gültig ab 1.8.2013		
Abteilung	bisher Haustechnik	künftig Haustechnik
Standort	Münster	Münster
Kostenstelle	4304	4304
Tätigkeit	Elektriker	Elektriker
Vergütungsgruppe	bekannt	IV, BS 4
Arbeitszeit	bekannt	Stundenzahl 35 Std./Woche// 7 Std./Tag
Fixum		
Lohn/ Gehalt/ Garantiegehalt	bekannt	2287,28 Euro
Zulagen zum Garantiegehalt:		
Zulagen zum Fixum:		
Summe Vergütung		
Die Umgruppierung ist befristet bis zum 31.12.2013 . <i>(Datum handschriftlich durch- (Unterschrift, unleserlich, iden- gestrichen, darunter ebenfalls tisch mit unten) handschriftlich: ‚31.07.14‘)</i>		
Begründung: Wunsch des Mitarbeiters		
Der / die Mitarbeiter(in) wurde über die Sach- und Rechtslage aufgeklärt, aus der sich die vorläufige Massnahme ergibt. <input type="checkbox"/> Die Zustimmung des Betriebsrates liegt vor <input type="checkbox"/> Die Zustimmung des Betriebsrates ist nicht erforderlich <input type="checkbox"/> Notwendige Informationen an die Controlling-Abteilung zwecks Aktualisierung der Stunden-Umsatz-Liste wurden weitergeleitet <input type="checkbox"/> Notwendige Informationen an das Call-Center zwecks Aktualisierung der Telefon-Liste wurden weitergeleitet		
Datum 19.07.2013		Unterschrift Geschäftsleitung <i>(leer)</i>
Unterschrift Mitarbeiter(in) <i>unleserlich</i>	Unterschrift bisheriger Vorgesetzter <i>(unleserlich, identisch mit rechts und mit oben)</i>	Unterschrift künftiger Vorgesetzter <i>(unleserlich, identisch mit links und mit oben)“</i>

Mit Schreiben vom 26. September 2013 machte der Kläger für die Monate März bis August 2013 vergeblich Entgeltdifferenzen zwischen der ihm gezahlten Vergütung und dem ihm seiner Meinung nach zustehenden Lohn der Lohngruppe III Lohnstaffel d des LTV geltend.

9

Mit seiner Klage und folgenden Klageerweiterungen hat der Kläger diesen Anspruch und darüber hinaus die Entgelt differenzen für den weiteren Zeitraum bis einschließlich November 2014 nebst Zinsen weiterverfolgt. 10

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der LTV sei in seiner jeweiligen Fassung auf sein Arbeitsverhältnis aufgrund der zeitdynamischen Verweisklausel in § 1 Nr. 3 des Arbeitsvertrags anzuwenden. Diese 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 Entgeltvereinbarung gebe es nicht, auch nicht aufgrund der „Personalveränderungen“. Diese betrafen lediglich eine Regelung der Arbeitszeit. 11

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Kläger zuletzt beantragt, 12

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.239,96 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem jeweiligen Monatsersten in näher bestimmter Höhe und zeitlicher Staffelung 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. Die Änderungsvereinbarung vom März 2005 sehe keinen Lohnausgleich vor, sondern betreffe allein die Arbeitszeit. Mit ihr sei im Übrigen die Klausel aus § 1 Nr. 3 des Arbeitsvertrags nicht neu vereinbart worden. 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 klar erkennbar 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. Deshalb sei nachfolgend in den „Personalveränderungen“ jeweils eine eigenständige Entgeltvereinbarung getroffen worden. Insbesondere die 13

„Personalveränderung“ vom 19. Juli 2013 sehe eine neue Eingruppierung des Klägers in das neue betriebliche Entgeltschema vor. Im Übrigen seien Ansprüche des Klägers aufgrund der jahrelang unterbliebenen Geltendmachung und der insoweit anstandslosen Weiterarbeit zumindest verwirkt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der hiergegen gerichteten Berufung des Klägers teilweise stattgegeben und die Beklagte für den Zeitraum bis Ende Juli 2013 antragsgemäß verurteilt. Im Übrigen ist die Berufung zurückgewiesen worden. Mit den vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revisionen verfolgen die Parteien ihre bisherigen Klageziele weiter. 14

Der Nebenintervenient, der zunächst ebenfalls Revision gegen das Berufungsurteil eingelegt hatte, hat mit Schriftsatz vom 2. März 2016 seinen Rücktritt vom Beitritt erklärt. 15

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet, die des Klägers dagegen begründet. 16

I. Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage für den Zeitraum bis zum 31. Juli 2013 zutreffend stattgegeben. Dem Kläger stehen für den Zeitraum März bis Juli 2013 Entgeltdifferenzen in Höhe von 2.094,91 Euro brutto nebst Zinsen zu. 17

Der Arbeitsvertrag vom 13. Februar 1995 enthält hinsichtlich der Vergütung eine Inbezugnahme auf die jeweiligen (Lohn-)Tarifverträge des Einzelhandels in Nordrhein-Westfalen (1). Die Bezugnahme ist trotz des Endes der im Zeitpunkt des Arbeitsvertragsschlusses bestehenden Tarifgebundenheit der Beklagten wegen der vertraglichen Änderungsvereinbarung aus März 2005 weiterhin zeitdynamisch ausgestaltet (2). Nach dieser Vereinbarung ist für die Zeit bis Ende Juli 2013 jedenfalls keine weitere Änderung des Arbeitsvertrags ver- 18

einbart worden, insbesondere nicht durch die vorher abgefassten „Personalveränderungen“ (3). Da schließlich keine Verwirkung eingetreten ist (4), hat der Kläger Anspruch auf das begehrte Differenzentgelt für diesen Zeitabschnitt (5).

1. Mit dem Arbeitsvertrag vom 13. Februar 1995 haben die Parteien den LTV in Nordrhein-Westfalen in seiner jeweiligen Fassung vertraglich in Bezug genommen. Die Verweisungsklausel umfasst auch die tariflichen Regelungen zur Lohnhöhe. Das ergibt die Auslegung des Vertrags. 19

Gemäß § 1 Nr. 3 des Arbeitsvertrags sind „die“ Tarifverträge des Einzelhandels in Nordrhein-Westfalen in ihrer jeweiligen Fassung „Bestandteil dieses Vertrages“ und damit Inhalt des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Eine Ausnahme für bestimmte tariflich geregelte Bereiche ist dort nicht genannt. Damit ist die Verweisung umfassend und bezieht auch die jeweiligen Lohntarifverträge ein. 20

a) Die in § 1 Nr. 3 des Arbeitsvertrags aus dem Jahre 1995 enthaltene Verweisung auf die jeweiligen Entgelttarifverträge des Einzelhandels in Nordrhein-Westfalen ist - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - iSd. früheren Rechtsprechung des Senats als eine Gleichstellungsabrede auszulegen. 21

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, auch ohne weitere Anhaltspunkte im Vertragstext oder in den Begleitumständen bei Vertragsschluss seien bei Tarifgebundenheit des 22

Arbeitgebers an die in Bezug genommenen Tarifverträge Bezugnahmeregelungen in aller Regel als sog. Gleichstellungsabreden auszulegen. 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.

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 worden sind (*st. Rspr., sh. nur BAG 11. Dezember 2013 - 4 AZR 473/12 - Rn. 14 f. mwN, BAGE 147, 41*). 23

b) Das Auslegungsergebnis einer Gleichstellungsabrede wird gestützt durch die tatsächliche Vertragsdurchführung. 24

aa) 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*). 25

bb) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts gab die Beklagte nach Abschluss des Arbeitsvertrags die Tarifierhöhungen bis zum Zeitpunkt des Wechsels in die OT-Mitgliedschaft zum 1. November 2004 stets an den Kläger weiter. Für eine Pflicht zur Anwendung der Entgelttarifverträge kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit (§ 3 Abs. 1 TVG) gibt es keine Anhaltspunkte; auch die Beklagte hat sich hierauf nicht berufen. Der Kläger stützt seine Ansprüche oh- 26

nehin nur auf die arbeitsvertragliche Verweisung. Demnach ging die Beklagte bis zu ihrem Wechsel in die OT-Mitgliedschaft offensichtlich selbst von einer dynamischen Verweisung auf die jeweiligen Lohn tariffverträge im Arbeitsvertrag aus.

c) Das Landesarbeitsgericht hat insoweit auch zu Recht darauf abgestellt, dass die Parteien arbeitsvertraglich zwischen tariflichem und übertariflichem Entgelt unterscheiden und für das übertarifliche Entgelt Kürzungs- und Widerrufsmöglichkeiten sowie eine Anrechnung bei Erhöhung der Tarifentgelte vorgesehen haben. Dies setzt die Möglichkeit einer übertariflichen Entgeltabrede und die gleichzeitige Anerkennung des Tarifentgelts als Mindestarbeitsbedingung gerade voraus. 27

2. 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 vertragliche 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. 4 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 stellt sich als eine unbedingte zeitdynamische Bezugnahmeregelung dar (*ausf. BAG 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - Rn. 26, 28, BAGE 122, 74*) - 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*). 28

a) 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 29

„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*).

b) Danach liegt mit der Änderungsvereinbarung vom März 2005 eine Neuvereinbarung von § 1 Nr. 3 iVm. § 4 Nr. 4 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 „... bleiben unberührt“) - für eine ausdrückliche Vereinbarung über eine weitere Geltung dieser Regelungen.

30

- c) Die gegen die rechtsfehlerfreie Auslegung der Vereinbarung vom März 2005 durch das Landesarbeitsgericht gerichteten Angriffe bleiben erfolglos. 31
- aa) 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. 32
- bb) 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 13. Februar 1995 - insbesondere § 1 Nr. 3, § 4 Nr. 4 - nochmals ausdrücklich in den Wortlaut der „Vereinbarung zur Änderung des Arbeitsvertrages“ aus März 2005 aufgenommen, so hätten sie diese nach dem Vorgesagten und ohne jeden Zweifel ebenso erneut zum Gegenstand ihrer rechtsgeschäftlichen Willensbildung gemacht. 33
- cc) Des Weiteren kann 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 iVm. § 4 Nr. 4 des ursprünglichen Arbeitsvertrags, der diese Tarifverträge in Bezug nahm, wird in dem Änderungsvertrag gerade nicht umfassend aufgehoben, sondern soll ausdrücklich weiter gelten. Geändert werden ausschließlich 34

die bislang tarifvertraglich bestimmten Regelungen zu Arbeitszeit, Zuschlägen, Sonderzahlungen und Urlaub.

dd) Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, es habe sich bei der höheren Festsetzung der Stundenzahl um eine Änderung ohne Lohnausgleich gehandelt, es habe also das bisherige Gehalt trotz erhöhter Wochenarbeitszeit weitergezahlt werden sollen, fehlt es an einer entsprechenden Vereinbarung. Im Gegenteil ist durch die Neuvereinbarung der Verweisungsklausel aus dem Arbeitsvertrag von einer ausgleichslosen Erhöhung der Wochenarbeitszeit gerade nicht auszugehen. 35

ee) 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 Februar 1995 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 schlicht 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. 36

3. Entgegen der Auffassung der Beklagten haben die Parteien nach dem Abschluss des Änderungsvertrags vom 1. März 2005 jedenfalls bis Juli 2013 keine abweichende Vereinbarung geschlossen, die die dynamische Verweisung auf das Tarifentgelt beseitigte. Insbesondere sind die von der Beklagten hierfür angeführten „Personalveränderungen“ vom 17. Februar 2009 (zum 1. März 2009), 3. August 2009, 4. Februar 2010, 17. Februar „2009“ (zum 1. Februar 2011) und vom 18. Mai 2011 keine solchen vertraglichen Änderungsvereinbarungen. 37

a) Das Landesarbeitsgericht hat die fünf von dem Kläger unterzeichneten und mit „Personalveränderung“ überschriebenen Urkunden nicht als vertragliche Abrede zwischen den Parteien ausgelegt und dies damit begründet, dass hiergegen schon die „Unterschriftsleisten“ sprächen, in der die Unterschriften des „bisherigen“ und des „künftigen“ Vorgesetzten vorgesehen seien, was für eine bloße „Kenntnisnahme“ spreche. Hinzu komme die Bezeichnung als „vorläufige Massnahme“ und die in einigen Formularen enthaltenen Rubriken zur Zustimmung des Betriebsrats ua., die Erklärung über die Weitergabe an bestimmte Bereiche sowie die Bezeichnung als „Personalveränderung“ unter Angabe der Kostenstelle, was wiederum verdeutliche, dass über die getroffene Maßnahme lediglich informiert werden sollte. Auch die jeweils unter „Sonstiges“ eingetragenen Gründe für die genannte Änderung sprächen gegen die Annahme einer Willenserklärung des Klägers. Ein Arbeitnehmer müsse die „Personalveränderung“ nicht als eine vertragliche Abrede verstehen. Die Beklagte habe auch durch die ausdrücklich als solche bezeichnete „Vereinbarung zur Änderung des Arbeitsvertrages“ vom 1. März 2005 deutlich gemacht, wie sie grundsätzlich „Vertragsänderungen“ vornehme. Im Übrigen gingen Zweifel am Vorliegen einer Vertragsabrede zu Lasten der Beklagten. 38

Aber selbst wenn man zu Gunsten der Beklagten unterstellte, es handle sich jeweils um vertragliche Abreden, beinhalteten die genannten Vereinbarungen keine Änderung hin zu einer - statisch wirkenden - Festschreibung des Entgelts. Die Entgeltänderungen seien jeweils nur Folgen einer Vereinbarung über die Änderung der für den Kläger maßgebenden Arbeitszeit gewesen. 39

Es sei nicht ersichtlich, dass die Parteien über etwas anderes überhaupt verhandelt hätten. Vielmehr sei die Beklagte selbst erklärtermaßen davon ausgegangen, das Entgelt sei schon aufgrund der Vertragsänderung vom März 2005 geregelt worden. Sie habe dementsprechend den Benennungen des Gehalts in den „Personalveränderungs“-Formularen keine vertragliche Bedeutung zumessen können. Damit stellten sich sämtliche „Personalveränderungen“ bis Juli 2013 allenfalls als Änderungen der Arbeitszeit und der hierfür vorher vorgesehenen Befristungen dar.

b) Diese Begründung weist weder hinsichtlich der ersten noch hinsichtlich der selbständig tragenden zweiten Argumentation einen entscheidungserheblichen Rechtsfehler auf. Auch die Revision vermag einen solchen nicht aufzuzeigen. 40

aa) Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts unterliegen nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung. 41

(1) Die Feststellung, ob eine Willenserklärung vorliegt, ist wie die Auslegung nichttypischer Erklärungen grundsätzlich den Tatsachengerichten übertragen und in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt nachprüfbar. Dabei ist die Frage, ob eine Erklärung als Willenserklärung anzusehen ist, nach dem Maßstab des § 133 BGB zu beurteilen. Das Revisionsgericht überprüft, ob die Rechtsvorschriften über die Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen (§§ 133, 157 BGB) richtig angewandt sind, ob dabei gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen und das tatsächliche Vorbringen der Parteien vollständig verwertet oder ob eine gebotene Auslegung völlig unterlassen worden ist (BAG 17. Juni 2003 - 3 AZR 462/02 - zu III 1 der Gründe mwN). 42

(2) Soweit das Landesarbeitsgericht zu Gunsten der Beklagten unterstellt hat, es handele sich um eine vertragliche Vereinbarung, ist seine Auslegung derselben als nichttypische Erklärung ebenfalls nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich (vgl. dazu nur BAG 17. Mai 2011 - 9 AZR 189/10 - Rn. 26 mwN, BAGE 138, 48). 43

bb) Diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand. 44

(1) Ein Verstoß gegen die Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB ist nicht ersichtlich. Das Landesarbeitsgericht ist von den zutreffenden Maßstäben ausgegangen, nach denen entscheidend ist, ob der Empfänger der Erklärung aus dem Erklärungsverhalten der anderen Seite auf einen Rechtsbindungswillen schließen durfte. Seine Auffassung hat es unter Berücksichtigung der maßgebenden Tatsachen begründet. Die Auslegung muss nicht zwingend sein. Es genügt, dass sie möglich und vertretbar ist. 45

Dies ist vorliegend der Fall. Insbesondere die von der Beklagten selbst in allen Formularen der „Personalveränderung“ verwandte Formulierung einer „vorläufigen Massnahme“ spricht gegen die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Klägers, mit der dauerhaft das vereinbarte Entgelt neu geregelt werden sollte. Die „Aufklärung“ über die aus der „vorläufigen Massnahme“ sich ergebenden Folgen setzt die in der „Personalveränderung“ dokumentierte „vorläufige Massnahme“ voraus und streitet daher gegen die Auffassung, diese Rechtsfolge sei erst durch die mit der Unterschrift des Klägers abgegebenen Willenserklärungen herbeigeführt worden. 46

(2) Soweit sich die Revision hingegen darauf berufen will, die unterzeichneten Dokumente bestätigten lediglich zuvor getroffene Abreden, ist diese Auffassung insoweit von den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht getragen. Das Landesarbeitsgericht hat lediglich im Rahmen seiner Auslegung als einen Aspekt angemerkt, die „Unterschriftsleisten“ sprächen „mehr für eine Kenntnisnahme von zuvor getroffenen Abreden als für eine erst hiermit begründete Abrede“. Dabei handelt es sich um eine vertretbare Auffassung zur Auslegung der „Personalveränderung“. Zu von der Beklagten in der Revision angesprochenen tatsächlichen, ggf. mündlichen vorherigen Abreden über die Abänderung der bisherigen Entgeltvereinbarung sind keine Tatsachen vom Landesarbeitsgericht festgestellt worden. Auch die Beklagte hat solche im gesamten Rechtsstreit nicht vorgetragen. 47

(3) Auch der Angriff der Revision gegen die - hilfsweise - vorgenommene Auslegung der „Personalveränderungen“ durch das Landesarbeitsgericht bleibt erfolglos. Insoweit reicht es nicht aus, die eigene Auslegung derjenigen des Berufungsgerichts entgegenzuhalten. Revisionsrechtlich beachtliche Auslegungsfehler hat die Revision nicht aufgezeigt. Soweit sie sich darauf beruft, mit der (teilweise) summenmäßigen Benennung des zukünftigen Entgelts in den genannten „Personalveränderungen“ sei jeweils eine abweichende rechtsgeschäftliche Vereinbarung getroffen worden, ist dies keineswegs zwingend. Insoweit wird bei allen hier gemeinten „Personalveränderungen“ dieselbe Summe genannt. Dass diese nicht mehr auf dem bis zur Änderungsvereinbarung vom März 2005 angewandten allgemeinen Prinzip der Orientierung am Tariflohn beruht, sondern nunmehr als absoluter und statischer Geldbetrag gemeint ist, ergibt sich aus dem Wortlaut des Dokuments selbst nicht. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, es handele sich bei dem „neuen“ Entgelt lediglich um eine rein rechnerische Angabe der Folgen der Umstellung der Arbeitszeit und damit nicht um eine konstitutive Vereinbarung, ist demgemäß naheliegend. Dies hat die Beklagte letztlich auch selbst eingeräumt, indem sie vorgetragen hat, die Vereinbarungen seien „zur Reduzierung bzw. Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit“ erfolgt und hätten „das Gehalt der entsprechenden Arbeitszeit“ angepasst.

48

4. Danach steht dem Kläger jedenfalls die Entgeltdifferenz für die Monate März bis Juli 2013 zu. Entgegen der Auffassung der Revision ist dieser Anspruch 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 580/10 - Rn. 43*). Das Landesarbeitsgericht ist jedenfalls zutreffend davon ausgegangen, dass im Rahmen einer Verwirkung nach Treu und Glauben neben dem Zeitmoment erforderliche Umstandsmomente liegen nicht vor.

49

Zwar hat der Kläger längere Zeit mit der Geltendmachung des tariflichen Entgelts zugewartet. Es mangelt jedoch am Umstandsmoment. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger eine Abweichung der Beklagten von der Entgeltvereinbarung aus dem Arbeitsvertrag iVm. der Änderungsvereinbarung aus März 2005 nicht durch eine eigene Handlung oder ein ihm in dieser Weise zurechenbares Unterlassen bestätigt hat. Eine Pflicht des Arbeitnehmers, vertragswidrige Minderleistungen des Arbeitgebers innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu beanstanden, andernfalls die - bisher vertragswidrige - Minderleistung neuer rechtmäßiger Vertragsinhalt werde, gibt es nicht. Auch die Revision verweist nicht auf ein solches Verhalten des Klägers. 50

5. Gegen die Höhe der für diese Monate geltend gemachten Entgeltdifferenzen und die ausgerichteten Zinsen wendet sich die Revision nicht. Die zugrunde liegenden Berechnungsgrößen aus den detaillierten Darlegungen zur Höhe des Anspruchs sind schon in den Instanzen unstrittig gewesen. 51

II. Die Revision des Klägers ist begründet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts konnte die Klage nicht mit der Begründung abgewiesen werden, ab dem 1. August 2013 hätten die Parteien eine eigenständige und den bisherigen Vertrag abändernde Entgeltvereinbarung getroffen. 52

1. Für die Annahme einer wirksamen abändernden Entgeltvereinbarung hat das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen. 53

a) Das Landesarbeitsgericht hat - abweichend von der Beurteilung der vor 2013 abgefassten „Personalveränderungen“ - aus dem entsprechenden Formular vom 19. Juli 2013 eine einvernehmliche Änderung der arbeitsvertraglichen Entgeltabrede entnommen. Zwar seien die „Personalveränderungen“ selbst keine vertraglichen Abreden, auch nicht die vom 19. Juli 2013. Dies schließt aber nicht aus, „vom Vorliegen einer mündlichen Vertragsänderung ausgehen zu können, die im Vorfeld der Unterzeichnung der ‚Personalveränderung‘ getroffen worden“ sei und deren Richtigkeit bestätigt werde. Sodann schließt das 54

Landesarbeitsgericht aus dem Inhalt der „Personalveränderung“, der Kläger habe mit einer Umgruppierung in eine bestimmte Vergütungsgruppe einer neuen „zur Anwendung kommenden Vergütungsordnung“, die auch noch „mit einem bestimmten Entgelt verbunden“ sei, sein Einverständnis erklärt und dieses Entgelt auch bezogen. Dieser Annahme stehe auch nicht die Schriftformklausel aus § 17 des Arbeitsvertrags entgegen, da eine solche jederzeit schlüssig und einvernehmlich aufgehoben werden könne.

b) Diese Auffassung ist nicht frei von Rechtsfehlern. Sie wird nicht von den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts getragen. 55

aa) Um dem - nach Maßgabe des oa. Ausgeführten - zunächst schlüssigen Vortrag des Klägers zu der Weitergeltung der bisherigen Vergütungsvereinbarung zu begegnen, bedarf es eines erheblichen Vortrags der Beklagten zu einem Sachverhalt, bei dem - dessen Richtigkeit unterstellt - der Anspruch des Klägers nicht mehr bestehen würde. Einen solchen Vortrag hat die Beklagte nicht erbracht. 56

Die Beklagte hat sich zunächst allein auf das Dokument der „Personalveränderung“ vom 19. Juli 2013 bezogen, das für sich genommen zwar „unstreitig“ existiert, dh. dass die darin dokumentierten Erklärungen auch tatsächlich abgegeben worden sind (*entspr. § 416 ZPO*). Damit ist sie nicht einem Vorbringen der Beklagten zuzurechnen, sondern dem unstreitigen Teil des Sachverhalts, von dem auch das Gericht auszugehen hat. 57

Die Berücksichtigung dieses - unstreitigen - Dokuments führt aus Sicht des Berufungsgerichts grundsätzlich nicht zu einer Infragestellung des schlüssigen Klägervortrags, weil nach der rechtlichen Bewertung dieses Dokuments und der in ihm enthaltenen - unstreitigen - Erklärungen durch das Berufungsgericht keine Willenserklärungen vorliegen. Hierauf hätte das Landesarbeitsgericht die Abweisung der Klage nicht stützen können und das tut es auch nicht. 58

bb) Das Gericht beruft sich zur Begründung der Klageabweisung aber auf einen hiervon zu unterscheidenden Sachverhalt. Danach soll es im Zeitraum 59

vor der Unterzeichnung der „Personalveränderung“ vom 19. Juli 2013 eine mündliche Vereinbarung zwischen den Parteien gegeben haben, in der der Kläger sein Einverständnis mit einer Umgruppierung in eine neue, zur Anwendung kommenden Vergütungsordnung erklärt hat.

Hiervon durfte das Landesarbeitsgericht aber nicht ausgehen. Dass eine solche mündliche Vereinbarung getroffen wurde und den weiter vom Landesarbeitsgericht angenommenen konkreten Inhalt gehabt hat, ergibt sich weder aus dem Tatbestand des Berufungsurteils noch aus dem Inhalt der Akten. 60

(1) Das Landesarbeitsgericht meint, 61
„die fehlende Rechtsnatur einer ‚Personalveränderung‘ als arbeitsvertragliche Vereinbarung schließt es hingegen nicht aus, vom Vorliegen einer mündlichen Vertragsänderung ausgehen zu können, die im Vorfeld der Unterzeichnung der ‚Personalveränderung‘ getroffen worden ist und deren Richtigkeit bestätigt wird.“ (UA S. 28)

Dies ist zwar an sich zutreffend. Die schriftliche Unterzeichnung eines Dokuments kann - insbesondere wenn sie selbst keinen konstitutiven rechtsgeschäftlichen Charakter hat - den Inhalt einer vorherigen mündlichen Einigung wiedergeben. Eine solche bloße Möglichkeit genügt aber nicht. Dass das Landesarbeitsgericht sich für die im Ergebnis entscheidungserhebliche Annahme einer solchen bloßen Möglichkeit auf diese als feststehende Tatsache stützt und sich ansonsten auf keinerlei anderes Faktum beruft als die Unterzeichnung der „Personalveränderung“, ohne dies ausdrücklich auszusprechen und damit einer Nachvollziehbarkeit auszusetzen, ist rechtsfehlerhaft. 62

(a) Das Gericht ist bei der Würdigung, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist, unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme weitgehend frei (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Revisionsrechtlich ist seine Würdigung jedoch darauf zu überprüfen, ob er alle Umstände vollständig berücksichtigt und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen hat. Um dem Revisionsgericht diese Überprüfung zu ermöglichen, muss der Tatrich- 63

ter die für seine Überzeugungsbildung nach § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO wesentlichen Gesichtspunkte nachvollziehbar darlegen (*BGH 17. November 1998 - VI ZR 32/97 - zu II 1 a der Gründe mwN*).

(b) Dies hat das Landesarbeitsgericht unterlassen. 64

(aa) Bereits die tatsächliche Grundlage seiner Entscheidung ist nicht hinreichend klar benannt. Wie die oa. Darlegungen zeigen, erschließen sie sich aus den vom Gericht gemachten „Andeutungen“ und von ihm erwähnten „Möglichkeiten“ sowie aus bestimmten Formulierungen der eigentlichen Subsumtion. Eine präzise Darstellung, von welchem Sachverhalt das Berufungsgericht ausgeht, fehlt. 65

(bb) Soweit ein Rückschluss auf den vom Landesarbeitsgericht offenbar vorausgesetzten Sachverhalt möglich ist, fehlt es an der Nachvollziehbarkeit seiner Verbindlichkeit für die Entscheidung. Es ist sicher theoretisch nicht ausgeschlossen, aus einer - für sich genommen rechtsgeschäftlich unbedeutenden - Urkunde Rückschlüsse auf die „Wahrheit“ oder „Unwahrheit“ einer tatsächlichen Behauptung vorzunehmen. Hier fehlt es an einer solchen tatsächlichen Behauptung durch die darlegungs- und beweisbelastete Partei, welche auch immer das Landesarbeitsgericht als solche angesehen hat. Es kann sogar dahingestellt bleiben, ob unter bestimmten Umständen auch durch eine solche Urkunde eine Darlegungslast bzgl. einer bislang von keiner Seite thematisierten Tatsache begründet wird - hier etwa die Pflicht des Klägers zum Vortrag der „negativen“ Tatsache, dass eine mündliche Einigung über die Arbeitsvergütung im Vorfeld der Unterzeichnung nicht stattgefunden hat. Hierzu hätte es aber einer nachvollziehbaren Begründung bedurft, etwa durch Erwägungen aus dem Bereich der Umkehr einer Darlegungslast durch die Feststellungen von Hilfstatsachen usw. Eine solche Begründung hat das Landesarbeitsgericht auch nicht im Ansatz vorgebracht. 66

- (2) Im Tatbestand des Berufungsurteils ist ein mögliches verbindliches Vorgespräch über die Änderung der Arbeitszeit und die vereinbarte Vergütung nicht festgestellt worden. 67
- (3) Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte, deren Interesse es entspricht, einen solchen, die Klage angreifenden Sachverhalt prozessual einzuführen, einen entsprechenden Sachvortrag nicht von sich aus erbracht hat. Weder hat sie die Existenz eines solchen Gesprächs noch dessen Termin und Thema oder Beteiligte, Ort und Verlauf vorgetragen, weder unmittelbar noch mittelbar. Sie ist vielmehr davon ausgegangen, die - unstreitige - Unterzeichnung der „Personalveränderung“ reiche für die Annahme einer solchen rechtsgeschäftlichen Einigung aus, da die „neue Regelung“ ohne deren Unterzeichnung „nicht in Kraft gesetzt“ werden könne. Dies legt die Annahme nahe, die Beklagte habe allein der schriftlichen Unterzeichnung der „Personalveränderung“ vertragsändernde Wirkung zugemessen, und bei einer allein mündlichen „Vorbereitung“ sei jedenfalls ein möglicher Rechtsbindungswille zu einer Vertragsänderung auf ihrer Seite nicht vorhanden gewesen, sollte doch die mündliche Vereinbarung aus ihrer Sicht keine rechtliche Verbindlichkeit aufweisen. 68
- (4) Der Kläger hat in den Instanzen stets betont, die „Personalveränderungen“ selbst seien interne Dokumente, die keine Willenserklärungen enthielten, was auch das Landesarbeitsgericht an anderer Stelle angenommen hat. Soweit es Vorgespräche gegeben hätte, seien diese stets allein auf die Veränderung der Arbeitszeit bezogen gewesen; über die Vergütungshöhe sei nicht gesprochen worden. Die Neuberechnung des Gehalts sei von der Beklagten lediglich proportional - und dabei teilweise fehlerhaft - vorgenommen worden. 69
2. Es kommt hinzu, dass das Berufungsgericht den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs iSv. Art. 103 Abs. 1 GG verletzt hat, was dieser mit seiner Revision zu Recht gerügt hat. 70

a) Das Landesarbeitsgericht durfte sich auf den Gesichtspunkt einer mündlichen Einigung im Vorfeld der „Personalveränderung“ vom 19. Juli 2013 nicht entscheidungserheblich stützen, ohne hierauf hinzuweisen und dem Kläger Gelegenheit zu geben, dazu vorzutragen. Angesichts des - oben wiedergegebenen - Inhalts der gewechselten Schriftsätze und des ausdrücklichen Vortrags des Klägers, allenfalls über die Arbeitszeit sei im Vorfeld der „Personalveränderungen“ mündlich eine Einigung hergestellt worden, nicht aber über die Vergütung, konnte das Gericht nicht vom Gegenteil ausgehen. Entweder hat es den Sachvortrag des Klägers nicht als hinreichend substantiiert angesehen - dann hätte es eines Hinweises nach § 139 Abs. 2 ZPO bedurft. Oder es hat ihn als hinreichend substantiiert angesehen - dann hätte es sich zur Beweisbedürftigkeit äußern und - ebenfalls nach § 139 Abs. 2 ZPO - auf einen entsprechenden Beweisantritt hinwirken müssen. Wenn das Gericht den Vortrag des Klägers nicht zur Kenntnis genommen hat, wäre dies ebenfalls ein Verstoß gegen das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs. 71

III. Die Sache ist an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens und der Nebenintervention - zurückzuverweisen, da dem Revisionsgericht eine eigene Sachentscheidung nicht möglich ist (§ 563 Abs. 1, Abs. 3 ZPO). 72

1. Dass die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts trotz des dargestellten Rechtsfehlers zutreffend ist, steht nicht fest. Wenn man nicht von der Tatsache einer vorherigen einvernehmlichen mündlichen Vertragsänderung ausgehen kann, lässt sich eine Klageabweisung hinsichtlich des Zeitraums ab dem 1. August 2013 nicht ohne Weiteres begründen. 73

2. Auf der anderen Seite ist die Klage auch nicht ohne Weiteres begründet, da es nicht ausgeschlossen ist, dass eine mündliche Änderungsvereinbarung vorgelegen und die Arbeitsbedingungen verändert hat. Soweit sich der Kläger für eine Unwirksamkeit einer mündlichen Änderungsvereinbarung auf die - einfache - Schriftformklausel in § 17 des Arbeitsvertrags beruft, greift dieser Einwand nicht durch. Eine mögliche Unwirksamkeit unter AGB-Kontrollgesichts- 74

punkten steht der Annahme einer wirksamen mündlichen Vertragsänderung nicht entgegen.

a) Die Klage ist nicht schon wegen eines Verstoßes gegen die vertraglich vereinbarte Schriftformklausel begründet. 75

aa) Der Kläger hat in der Revisionsbegründung die Auffassung vertreten, die Schriftformklausel sei nur gegenüber dem Arbeitnehmer unwirksam, der Arbeitgeber sei hieran jedoch gebunden. 76

bb) Diese Auffassung ist unzutreffend. 77

Die hier einschlägige einfache Schriftformklausel kann AGB-Recht widersprechen, schon wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. nur Klumpp in Clemenz/Kreft/Krause *AGB-Arbeitsrecht* § 307 Rn. 231 mwN). Die Rechtsfolge davon wäre jedoch allenfalls die Unwirksamkeit der Klausel. Selbst wenn man dem Kläger folgt und sie die Unwirksamkeit allein zu Gunsten des Arbeitnehmers annimmt, heißt das in der Rechtsfolge nicht, dass sie ansonsten zu Gunsten des Arbeitnehmers sich auch stets durchsetzt. Da Individualregelungen AGB vorgehen (§ 305b BGB), bleibt die Möglichkeit der einvernehmlichen Aufhebung der Schriftformklausel unabhängig von deren AGB-rechtlichen Wirksamkeit immer offen. Der Arbeitnehmer ist hier nur insofern geschützt, als ihm die Klausel nicht gegen einen eigenen Anspruch, der auf eine mündliche Abrede gestützt ist, entgegengehalten werden kann. Vorliegend ist das Gericht aber von einer einvernehmlichen Abänderung ausgegangen. Dies wird (fast) immer dann angenommen, wenn eine mündliche Abrede getroffen worden ist, auch dann, wenn den Vertragsparteien die darin liegende Aufhebung der Schriftformklausel nicht einmal bewusst sein musste (BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 - Rn. 17, BAGE 126, 364). 78

- b) Ein anderer Grund für die Annahme der Begründetheit der Klage auch bei Unterstellung einer mündlichen Einigung über die Änderung der Vergütung ist nicht ersichtlich. 79

Eylert

Klose

Creutzfeldt

Lippok

Häseler-Wallwitz