

Bundesarbeitsgericht  
Vierter Senat

Urteil vom 12. Dezember 2018  
- 4 AZR 271/18 -  
ECLI:DE:BAG:2018:121218.U.4AZR271.18.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 11. Oktober 2017  
- 22 Ca 126/17 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 18. April 2018  
- 2 Sa 85/17 -

---

Entscheidungsstichworte:

Bezugnahmeklausel - Günstigkeitsvergleich - Darlegungslast

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 4 AZR 123/18 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 271/18  
2 Sa 85/17  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
12. Dezember 2018

## URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Treber, den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rinck sowie den ehrenamtlichen Richter Steding und die ehrenamtliche Richterin Wedepohl für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 18. April 2018 - 2 Sa 85/17 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 11. Oktober 2017 - 22 Ca 126/17 - abgeändert.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger ab dem 1. April 2017 ein Tarifgehalt der Gehaltsgruppe 2b „nach dem 5. Berufsjahr“ des Gehaltstarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel in seiner jeweiligen Fassung sowie jährlich eine tarifliche Sonderzuwendung und ein Urlaubsgeld nach Maßgabe des Manteltarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel vom 12. September 2008 zu zahlen.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags auf das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis und darüber, ob dessen Entgeltregelungen gegenüber einem unmittelbar und zwingend geltenden Haustarifvertrag günstiger sind. 1

Die Beklagte betreibt ein Einzelhandelsunternehmen mit Filialen im ganzen Bundesgebiet. Der Kläger, Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), ist bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerinnen seit dem 1. Mai 1989 als Verkäufer beschäftigt. 2

Im Arbeitsvertrag der Parteien vom 1. November 2005 heißt es ua.: 3

- „2. Sie erhalten für Ihre Tätigkeit eine Vergütung von EUR 2.037,13 brutto für 163,00 Std./monatlich = 100 % der tariflichen Monatsarbeitszeit.

Im vorstehenden Betrag sind enthalten:

nach Tarifgruppe **GB 2b** EUR 2.037,13 brutto

3. Etwaige die tariflichen Ansprüche übersteigende Mehrbezüge werden bei einer Veränderung der tariflichen Ansprüche verrechnet, es sei denn, dass ausdrücklich eine andere Vereinbarung getroffen wird.

...

14. Die Bedingungen dieses Anstellungsvertrages behalten ihre Gültigkeit auch dann, wenn eine Änderung der bisherigen Tätigkeit und / oder eine Änderung des Entgeltes - bei Teilzeitbeschäftigung auch der Arbeitszeit - eintritt. Im übrigen gelten die Tarifverträge **für den Hamburger Einzelhandel**, die Gesamtbetriebsvereinbarungen der K AG, sowie die Betriebsordnung der o.g. Betriebsstelle in ihrer jeweiligen Fassung.“

Die Beklagte war tarifgebundenes Mitglied im Landesverband des Hamburger Einzelhandels e.V. Sie beendete ihre Mitgliedschaft mit dem 6. Mai 2013. In der Folgezeit schloss der Landesverband des Hamburger Einzelhandels e.V. mit der Gewerkschaft ver.di weitere Tarifverträge, die ua. die Erhöhung des Entgelts vorsahen. 4

Seit April 2017 zahlt die Beklagte an den Kläger nur noch ein Entgelt auf Basis des am 6. Mai 2013 geltenden Gehaltstarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel zuzüglich einer - im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs vereinbarten - übertariflichen Zulage iHv. 116,00 Euro brutto. Nachfolgende tarifliche Entgelterhöhungen gab sie nicht mehr weiter. 5

Die Beklagte und die Gewerkschaft ver.di vereinbarten mit Wirkung zum 2. Dezember 2016 einen „Zukunftstarifvertrag Karstadt Warenhaus“ (Zukunfts-TV). Dieser sieht ua. vor, dass Entgelterhöhungen durch die Tarifabschlüsse des Hamburger Einzelhandels für die Jahre 2013 bis 2016 ausgesetzt werden und regelt die „Zukünftigen Erhöhungen des Karstadt-Tarifentgelts“. 6

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er sei nach dem Gehaltstarifvertrag für den Hamburger Einzelhandel in seiner jeweiligen Fassung sowie dem Manteltarifvertrag für den Hamburger Einzelhandel vom 12. September 2008 (MTV) zu vergüten. Diese fänden aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf sein Arbeitsverhältnis Anwendung. Der Zukunfts-TV werde hingegen 7

nicht von der Klausel in Nr. 14 des Arbeitsvertrags erfasst. Aufgrund des Günstigkeitsprinzips hätte die Anwendung der Verbandstarifverträge hinsichtlich der Vergütung Vorrang vor der Geltung des Zukunfts-TV.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

8

festzustellen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ab dem 1. April 2017 die Tarifverträge für den Einzelhandel in Hamburg in ihrer jeweils geltenden Fassung anwendbar sind und deshalb die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger neben einem Tarifgehalt der Gehaltsgruppe 2b „nach dem 5. Berufsjahr“ des Gehaltstarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel in seiner jeweiligen Fassung sowie ein Urlaubsgeld und eine tarifliche Sonderzuwendung nach Maßgabe des Manteltarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel vom 12. September 2008 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, Nr. 14 des Arbeitsvertrags beziehe sich auch auf den Zukunfts-TV. Das ergebe sich insbesondere aus dem Verweis auf die betrieblichen Regelungen. Wollte man dieser Abrede keine Bezugnahme auf die Haustarifverträge der Beklagten entnehmen, sei die dann bestehende Lücke im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Im Übrigen gehe der Kläger selbst davon aus, dass der Zukunfts-TV für ihn gelte. Soweit dieser günstigere Leistungen, wie etwa eine erhöhte Sonderzahlung für Gewerkschaftsmitglieder und einen Warengutschein vorsehe, habe er diese in Anspruch genommen.

9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

10

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dessen Berufung rechtsfehlerhaft zurückgewiesen. Die Feststellungsklage ist zulässig und begründet.

11

- I. Die Klage ist als sog. Elementenfeststellungsklage (*sh. nur BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 15, BAGE 138, 269*) zulässig, insbesondere besteht das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche und noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende (*st. Rspr., zB BAG 25. Januar 2017 - 4 AZR 520/15 - Rn. 16*) besondere Feststellungsinteresse. Durch die gerichtliche Entscheidung kann der Streit der Parteien über die - dynamische - Anwendbarkeit der Gehaltstarifverträge und des Manteltarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel auf ihr Arbeitsverhältnis geklärt werden (*zu diesem Erfordernis zB BAG 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 16, BAGE 151, 221*). 12
- II. Die Klage ist auch begründet. Die Beklagte ist verpflichtet, den Kläger nach den Bestimmungen des Gehaltstarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel in seiner jeweiligen Fassung zu vergüten und ihm jährlich eine tarifliche Sonderzuwendung und ein Urlaubsgeld nach Maßgabe des MTV zu zahlen. Deren Regelungen sind gegenüber denen des unmittelbar und zwingend (§ 4 Abs. 1 TVG) geltenden Zukunfts-TV günstiger. 13
1. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden kraft einzelvertraglicher Bezugnahme nicht die Entgeltregelungen des Zukunfts-TV, sondern nur diejenigen des Gehaltstarifvertrags in seiner jeweiligen Fassung sowie des MTV Anwendung. Das ergibt die Auslegung der Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag (*zur Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen vgl. BAG 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - Rn. 15, BAGE 134, 283*). 14
- a) Nr. 2 des Arbeitsvertrags sieht ein beziffertes Monatsentgelt unter Verweis auf die „tarifliche Monatsarbeitszeit“ und eine bestimmte Tarifgruppe vor. Die Angabe bezieht sich, wie sich aus der insoweit ergänzenden Regelung in Nr. 14 des Arbeitsvertrags ergibt, auf die Tarifverträge für den Hamburger Einzelhandel und damit auf den entsprechenden Flächentarifvertrag (*vgl. insoweit BAG 11. Juli 2018 - 4 AZR 533/17 - Rn. 23*), dh. den Gehaltstarifvertrag für den Hamburger Einzelhandel. Eine solche Verknüpfung von einem festen Entgeltbetrag und dessen Bezeichnung als Tarifgehalt darf ein Arbeitnehmer redlicherweise dahingehend verstehen, der in der Klausel festgehaltene Betrag werde für die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht statisch sein, sondern solle sich 15

entsprechend den Entwicklungen des maßgebenden Tarifvertrags verändern (*BAG 25. Januar 2017 - 4 AZR 520/15 - Rn. 46; 8. Juli 2015 - 4 AZR 51/14 - Rn. 16 mwN*). Für dieses Verständnis spricht auch Nr. 3 des Arbeitsvertrags. Der Regelung liegt sowohl die Annahme zugrunde, bei dem vereinbarten Arbeitsentgelt handele es sich um ein Tarifgehalt, als auch die Möglichkeit, dass sich die tariflichen Ansprüche verändern können, also einer Dynamik unterliegen. Anhaltspunkte für die gegenteilige Annahme, als Arbeitsentgelt sei lediglich der konkret bezifferte Betrag vereinbart, haben im Arbeitsvertrag keinen Niederschlag gefunden. Nr. 14 des Arbeitsvertrags verweist schließlich auf den jeweiligen MTV.

b) Eine Bezugnahme auf den Zukunfts-TV enthält der Arbeitsvertrag nicht. 16

aa) Ein solcher Verweis ergibt sich weder aus Nr. 2 noch aus Nr. 14 des Arbeitsvertrags. Die Klausel in Nr. 14 nimmt Bezug auf die Tarifverträge einer bestimmten Branche, dh. eines bestimmten Wirtschaftszweigs. Da eine Branche regelmäßig eine Vielzahl von Unternehmen umfasst, ist unter einem Branchentarifvertrag üblicherweise ein Flächentarifvertrag zu verstehen (*BAG 11. Juli 2018 - 4 AZR 533/17 - Rn. 23*). Das gilt im Streitfall umso mehr, als der Zusatz „Hamburger“ Einzelhandel den Bezug zur „Fläche“ unterstreicht. 17

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt der Verweis auf die „Gesamtbetriebsvereinbarungen ... sowie die Betriebsordnung ... in ihrer jeweiligen Fassung“ in Nr. 14 des Arbeitsvertrags keinen Rückschluss auf den Willen der Parteien betreffend die in Bezug genommenen Tarifverträge zu. Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge einerseits und Betriebsvereinbarungen andererseits betrifft unterschiedliche Normenwerke mit grundlegend verschiedenen Wirkungen. Während Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG „automatisch“ unmittelbar und zwingend für das Arbeitsverhältnis gelten, erfassen die Normen von Tarifverträgen grundsätzlich nur die kongruent tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. Dem Umstand, dass die Arbeitsvertragsparteien die - räumlich einschlägigen - Betriebsvereinbarungen und Gesamtbetriebsvereinbarungen in Bezug genommen haben, kommt deshalb für die Auslegung der Verweisung auf Tarifverträge keine Bedeutung zu. Soweit 18

vereinzelt gebliebenen Entscheidungen des Senats (*BAG 23. Januar 2008 - 4 AZR 602/06 - Rn. 24; 23. März 2005 - 4 AZR 203/04 - zu I 1 b bb (2) (a) der Gründe, BAGE 114, 186*) Gegenteiliges zu entnehmen sein sollte, hat der Senat daran ausdrücklich nicht mehr festgehalten (*BAG 11. Juli 2018 - 4 AZR 533/17 - Rn. 27*).

cc) Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt insoweit - anders als die Beklagte meint - nicht in Betracht. Es fehlt an einer Regelungslücke. 19

(1) Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit. Allein der Umstand, dass ein Vertrag für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält, bedeutet noch nicht, dass es sich um eine planwidrige Lücke handelt (*BGH 11. Januar 2012 - XII ZR 40/10 - Rn. 24*). Von einer Planwidrigkeit kann nur dann die Rede sein, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich wäre, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen ist (*BAG 24. August 2011 - 4 AZR 683/09 - Rn. 24; 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 27 mwN, BAGE 138, 269*). 20

(2) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. 21

(a) Eine Bezugnahmeklausel, die - zeitdynamisch - auf konkret bezeichnete Flächentarifverträge verweist, mag im Falle des späteren Abschlusses eines Haustarifvertrags aus Sicht einer der Vertragsparteien als „lückenhaft“ empfunden werden (*so etwa Henssler in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 10 Rn. 81*). Diese Regelungslücke ist jedoch nicht planwidrig. Haustarifverträge im Allgemeinen und auch Sanierungstarifverträge im Speziellen sind - wie auch im Streitfall zum maßgebenden Zeitpunkt des Vertragsschlusses - nicht unüblich. Ein möglicherweise entstehendes Bedürfnis zum Abschluss solcher Tarifverträge ist im Arbeitsleben auch nicht unvorhersehbar. Hätten die Parteien deren Anwendbarkeit sicherstellen wollen, wäre ihnen eine entsprechende Formulierung unbenommen gewesen. 22



- (b) Die Erstreckung der zeitdynamischen, auf die Anwendung der Flächen- 23  
tarifverträge gerichteten Bezugnahme Klausel auf Haustarifverträge ist auch  
nicht erforderlich, um den Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen (*aA*  
*Henssler in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 10 Rn. 81*). Die in  
Nr. 14 des Arbeitsvertrags genannten Flächentarifverträge finden entsprechend  
dem von den Parteien zum Ausdruck gebrachten Willen auf ihr Arbeitsverhältnis  
Anwendung. Deren ergänzende Auslegung dahingehend, dass auch Haustarif-  
verträge erfasst würden, hätte zur Folge, dass der Vertragsinhalt über seinen  
Wortlaut hinaus erweitert würde. Es würden dadurch nicht nur Tarifverträge zur  
Anwendung gelangen, die einen anderen Geltungsbereich haben, sondern  
auch solche, die - anders als bei verbandsbezogenen Firmentarifverträgen -  
von anderen Tarifvertragsparteien geschlossen worden sind. Dies ist vom er-  
kennbaren Willen der Arbeitsvertragsparteien nicht erfasst (*sh. BAG 11. Juli*  
*2018 - 4 AZR 443/17 - Rn. 22; 16. Mai 2018 - 4 AZR 209/15 - Rn. 19 mwN*).
- (3) Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Beklagten 24  
schließlich nicht aus dem Umstand, dass der Kläger im Zukunfts-TV geregelte  
Einmalzahlungen entgegengenommen haben soll.
- (a) Ein späteres Verhalten des Klägers kann nicht zur Auslegung des Ar- 25  
beitsvertrags herangezogen werden, weil es keine Rückschlüsse auf den zum  
Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Erklärungswillen der Parteien  
zulässt (*vgl. zu diesem Erfordernis BAG 16. Juni 2010 - 4 AZR 924/08 - Rn. 18;*  
*15. März 2006 - 4 AZR 132/05 - Rn. 38 mwN*). Zum damaligen Zeitpunkt be-  
stand bei der Beklagten kein Haustarifvertrag. Zudem gilt der Zukunfts-TV für  
das Arbeitsverhältnis der Parteien jedenfalls aufgrund beiderseitiger Tarifge-  
bundenheit. Das von der Beklagten angeführte Verhalten des Klägers kann  
deshalb - was ohne Hinzutreten weiterer Umstände zudem naheliegt - auch  
allein darin seinen Grund haben.
- (b) Weiterhin ist es durch die Entgegennahme von Leistungen aus dem 26  
Zukunfts-TV nicht zu einer konkludenten Vertragsänderung gekommen. Dazu  
hätte es eines Antrags und einer Annahme iSv. §§ 145 ff. BGB bedurft. Daran  
fehlt es. Der Kläger hat kein Vertragsangebot abgegeben. Es ist auch weder

festgestellt noch behauptet, dass er Leistungen nach dem Zukunfts-TV verlangt hätte, die ihm nach dem Flächentarifvertrag nicht zustanden. Die bloße Gewährung von Leistungen nach dem Zukunfts-TV durch die Beklagte musste der Kläger auch nicht als einen Antrag auf Änderung der vertraglichen Bezugnahmeklausel verstehen. Er konnte aufgrund der beiderseitigen Tarifgebundenheit davon ausgehen, die Leistung erfolge in Vollzug der sich daraus ergebenden Verpflichtung.

2. Die Entgeltregelungen des arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Gehaltstarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel in seiner jeweiligen Fassung sowie die des gleichfalls zu berücksichtigenden MTV sind gegenüber den Vergütungsregelungen des unmittelbar und zwingend für das Arbeitsverhältnis der Parteien geltenden Zukunfts-TV günstiger iSd. § 4 Abs. 3 TVG. 27

a) Der Zukunfts-TV lautet auszugsweise: 28

**„A. Tarifliche Rahmenbestimmungen**

**I. Geltungsbereich**

Dieser Tarifvertrag gilt räumlich für alle bestehenden Betriebe des Unternehmens in der Bundesrepublik Deutschland. ...

**II. Anerkennung der Tarifverträge**

Karstadt Warenhaus erkennt alle gültigen regionalen Tarifverträge des Einzelhandels an. Diese Tarifverträge gelten dynamisch, das heißt für den jeweiligen räumlichen Geltungsbereich in ihrer jeweiligen (auch ersetzenden) Fassung und mit ihrem jeweiligen Rechtsstatus. Ausnahmen von der Anerkennung sind in diesem Tarifvertrag abschließend vereinbart.

**III. Ausnahmen von der Geltung der Flächentarifverträge**

Zur Anpassung der seit dem Austritt von Karstadt Warenhaus aus der tarifgebundenen HDE-Mitgliedschaft im Frühjahr 2013 entstandenen Lücke zwischen dem damaligen und dem gegenwärtigen Entgeltniveau werden unter Berücksichtigung der dadurch entstehenden wirtschaftlichen Belastungen für das Unternehmen folgende Abweichungen von den Flächen-

tarifverträgen vereinbart:

1. *Aktuelles Karstadt-Tarifentgelt*

Mit Inkrafttreten dieses Tarifvertrages besteht ein Anspruch auf Tarifentgelt gemäß Tarifabschluss für die Tarifjahre 2011 bis 2013. Die zwischen den Tarifvertragsparteien in den Ländern vereinbarten Entgelt-erhöhungen aus den Tarifabschlüssen 2013 für die Tarifjahre 2013 und 2014 sowie 2015 für die Tarifjahre 2015 und 2016 werden ausgesetzt. ...

2. *Zukünftige Erhöhungen des Karstadt-Tarifentgelts*

- a) Kennzahlenabhängige Steigerungen in den Jahren 2017-2020 unter Beteiligung einer Entgelt-Kommission, Mindest erhöhungen in den Jahren 2018, 2019 und 2020

In den Jahren 2017, 2018, 2019 und 2020 erfolgen anstelle der Entgeltsteigerungen der regionalen Flächentarifverträge jeweils kennzahlenabhängige Entgelterhöhungen.

In den Jahren 2018, 2019 und 2020 muss mindestens eine Erhöhung von 1,25% jeweils zum 1.3. eines Jahres festgelegt und gezahlt werden.

Die Entgeltsteigerungen werden von einer Kommission mit Vertretern beider Seiten nach folgenden Maßgaben kennzahlenabhängig festgelegt:

...

#### **IV. Einmalzahlungen**

Die Einmalzahlungen (tarifliche Sonderzuwendung / ‚Weihnachtsgeld‘; Urlaubsgeld) werden wie folgt gewährt:

Abweichend von den jeweiligen tariflichen Bestimmungen erhalten

- a) alle Mitarbeiter zum Fälligkeitszeitpunkt 60% des ihnen zustehenden Bruttobetrags; zusätzlich erhalten sie 52% des

ihnen zustehenden Brutto-Betrags in Form eines Warengutscheins; ...

- b) Mitarbeiter, die zum Stichtag 01.04. eines Jahres eine ver.di-Mitgliedschaft nachweisen, erhalten zum Fälligkeitszeitpunkt 80% des ihnen zustehenden Brutto-Betrags; zusätzlich erhalten sie 52% des ihnen zustehenden Brutto-Betrags in Form eines Warengutscheins. ...

...

**B. Bestimmungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung**

- I. Es besteht Einigkeit, dass bestehende Filialen bis zum Ablauf des 31.03.2021 oder bis zur Kündigung des Tarifvertrags nicht geschlossen werden. Karstadt verzichtet daher bzgl. der bestehenden Filialen bis zum Ablauf des 31.03.2021 oder bis zur Kündigung des Tarifvertrags auf Betriebsschließungen und Entlassungen durch betriebsbedingte Beendigungskündigungen.

...

**III. Bestimmungen zur Beschäftigungssicherung**

...

- 3. Die Beschäftigungssicherung steht im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Absenkung der Tarifentgelte im Sinne von Ziff. A. dieser Vereinbarung. Auf die Beschäftigungssicherung können sich deshalb solche Mitarbeiter nicht berufen, die geltend machen, an die Regelungen über abgesenkte Tarifentgelte im Sinne von Ziff. A. dieser Vereinbarung nicht gebunden zu sein.

...“

b) Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen (*BAG 11. Juli 2018 - 4 AZR 533/17 - Rn. 30; 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 27, BAGE 151, 221*). Hier- nach treten unmittelbar und zwingend geltende Tarifbestimmungen hinter einzelvertraglichen Vereinbarungen mit für den Arbeitnehmer günstigeren Bedin- gungen zurück. Ob ein Arbeitsvertrag abweichende günstigere Regelungen ge- genüber dem Tarifvertrag enthält, ergibt sich aus einem Vergleich zwischen der tarifvertraglichen und der arbeitsvertraglichen Regelung. Bei diesem sog. Güns- tigkeitsvergleich sind die durch Auslegung zu ermittelnden Teilkomplexe der unterschiedlichen Regelungen gegenüberzustellen, die in einem inneren Zu- sammenhang stehen (sog. Sachgruppenvergleich). Für dessen Durchführung sind die abstrakten Regelungen maßgebend, nicht das Ergebnis ihrer Anwen- dung im konkreten Einzelfall. Hängt es von dessen Umständen ab, ob die be- treffende Regelung günstiger ist oder nicht (sog. ambivalente Regelung), ist keine „Günstigkeit“ iSv. § 4 Abs. 3 TVG gegeben (*sh. nur BAG 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 27 ff., aaO*).

c) Nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen trägt die Partei, die geltend macht, die arbeitsvertragliche Regelung sei günstiger als die tarif- vertragliche, die entsprechende Darlegungslast. Handelt es sich bei der arbeits- vertraglichen Regelung um eine Bezugnahmeklausel, ist nicht nur der Inhalt der Klausel selbst darzulegen, vielmehr sind auch die in Bezug genommenen Tarif- verträge konkret zu bezeichnen sowie deren Inhalt vorzutragen, damit das Ge- richt in die Lage versetzt wird, den erforderlichen Günstigkeitsvergleich vorzu- nehmen. Den Inhalt von Tarifverträgen, die „nur“ arbeitsvertraglich in Bezug genommen worden sind, ermitteln die Gerichte für Arbeitssachen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht selbst (*BAG 25. Oktober 2017 - 4 AZR 375/16 - Rn. 46; 8. Juli 2015 - 4 AZR 51/14 - Rn. 25*). Hingegen sind die unmittelbar und zwingend geltenden Tarifverträge „Normen“, deren Inhalt nach § 293 ZPO von Amts wegen zu ermitteln ist.

- d) Nach diesen Maßstäben sind die aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifverträge für den Hamburger Einzelhandel entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hinsichtlich der Entgeltansprüche günstiger als die unmittelbar und zwingend geltenden Regelungen des Zukunfts-TV. 31
- aa) Im Streitfall ist der Günstigkeitsvergleich bezogen auf die Sachgruppe „Arbeitszeit und Arbeitsentgelt“ durchzuführen. Die Dauer der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung und das ihm dafür zustehende Arbeitsentgelt stehen als Teile der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten in einem engen, inneren sachlichen Zusammenhang (*BAG 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 35 mwN, BAGE 151, 221*). Dabei sind alle Entgeltbestandteile von Bedeutung, die sich als Gegenleistung zu der zu erbringenden Arbeitsleistung darstellen (*BAG 12. Dezember 2012 - 4 AZR 328/11 - Rn. 46*). 32
- (1) Grundlage für den Günstigkeitsvergleich sind der Zukunfts-TV als unmittelbar und zwingend geltender Tarifvertrag auf der einen und die Flächentarifverträge des Hamburger Einzelhandels auf der anderen Seite (*Nr. 2 und Nr. 14 des Arbeitsvertrags*). Zwar hat der Kläger den Inhalt der letzteren - soweit für den Günstigkeitsvergleich von Belang - nicht detailliert dargelegt. Der für die Parteien normativ geltende Zukunfts-TV inkorporiert jedoch durch die dynamische Verweisung in A II im Wege der grundsätzlichen Anerkennung und Regelung bestimmter Ausnahmen die Flächentarifverträge des Hamburger Einzelhandels. Deren Entgeltregelungen können daher im Rahmen des erforderlichen Günstigkeitsvergleichs berücksichtigt werden. Das gilt sowohl für die Gehaltstarifverträge von 2013 und 2015, die Erhöhungen des Tarifentgelts vorsahen, als auch für den MTV, aus welchem sich die durch A IV Zukunfts-TV abgesenkten Ansprüche auf eine tarifliche Sonderzuwendung und ein Urlaubsgeld ergeben. 33
- (2) In den Sachgruppenvergleich einzubeziehen ist zunächst das regelmäßige monatliche Arbeitsentgelt, dh. das jeweilige Tabellenentgelt des Gehaltstarifvertrags für den Hamburger Einzelhandel auf der einen und des Zukunfts-TV auf der anderen Seite. Nicht zu berücksichtigen sind mögliche kennzahlenab- 34

hängige Steigerungen in den Jahren 2017 - 2020 nach A III 2 Buchst. a Zukunfts-TV. Zwar können die tarifvertraglich dem Grunde nach zugesicherten kennzahlenabhängigen Steigerungen zu einem Gehaltsanspruch nach dem Zukunfts-TV führen, der denjenigen aus dem Gehaltstarifvertrag für den Hamburger Einzelhandel übersteigt. Die Einbeziehung künftiger Entwicklungen in den Günstigkeitsvergleich ist jedoch nur dann möglich, wenn diese im Tarifvertrag bereits konkret geregelt sind. Das ist bei den kennzahlenabhängigen Steigerungen nicht der Fall. Sie erfolgen - ebenso wie die vorgesehenen Mindesterhöhungen von 1,25 vH in den Jahren 2018 bis 2020, die A III 2 Buchst. a Abs. 3 Zukunfts-TV vorsieht - erst durch eine in der Zukunft liegende Festsetzung durch die zuständige Kommission (*A III 2 Buchst. a Abs. 4 Zukunfts-TV*).

(3) Überdies sind die dem Kläger nach den beiden zu vergleichenden Tarifwerken zustehenden jährlichen Einmalzahlungen in den Günstigkeitsvergleich im Rahmen der Sachgruppe „Arbeitszeit und Arbeitsentgelt“ einzubeziehen. 35

(a) Ob diese Sonderzahlungen als „Entgelt“ zu bewerten sind, hängt von ihrem Zweck ab. Dabei ist durch Auslegung zu ermitteln, ob mit der tariflichen Sonderzahlung erbrachte Arbeitsleistung zusätzlich vergütet werden soll, vergangenheits- und zukunftsbezogene Zwecke verknüpft werden (*BAG 27. Juni 2018 - 10 AZR 290/17 - Rn. 25; 12. Dezember 2012 - 10 AZR 718/11 - Rn. 36 [zur Einordnung von § 20 TVöD]*) oder ausschließlich arbeitsleistungsunabhängige Zwecke verfolgt werden (*vgl. zu Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch BAG 13. Mai 2015 - 10 AZR 266/14 - Rn. 12 ff.; 14. November 2012 - 10 AZR 3/12 - Rn. 18, 21*). Sonderzahlungen dienen in aller Regel - zumindest auch - der Vergütung erbrachter Arbeitsleistung (*BAG 18. Januar 2012 - 10 AZR 612/10 - Rn. 16, 28, BAGE 140, 231*). Sollen (nur) andere Zwecke als die Vergütung der Arbeitsleistung verfolgt werden, muss sich dies deutlich aus der zugrunde liegenden Regelung ergeben (*BAG 27. Juni 2018 - 10 AZR 290/17 - Rn. 27 mwN*). 36

- (b) Danach handelt es sich im Streitfall sowohl beim tariflichen Urlaubsgeld als auch bei der tariflichen Sonderzahlung um Arbeitsentgelt. Nach den tariflichen Regelungen bezwecken beide Zahlungen jedenfalls auch die Vergütung erbrachter Arbeitsleistung. 37
- (aa) Der - in A IV Zukunfts-TV modifizierte - Anspruch auf Urlaubsgeld ergibt sich aus § 12 MTV. Das Urlaubsgeld knüpft danach im Kern weder dem Grunde noch der Höhe nach akzessorisch an die Gewährung von Urlaub an (*vgl. dazu BAG 22. Juli 2014 - 9 AZR 981/12 - Rn. 26 f.*), sondern ist - abgesehen von der Normierung einer Wartezeit von sechs Monaten - als hiervon unabhängiger Anspruch ausgestaltet. Danach hat das Urlaubsgeld jedenfalls auch Entgeltcharakter. Dieses Verständnis wird durch § 12 C 1 MTV bestätigt, wonach es bei Ausscheiden während des Urlaubsjahres anteilig für jeden vollen Monat (pro rata temporis) gewährt wird. Entsprechend haben die Tarifvertragsparteien zu viel gezahltes Urlaubsgeld als „Gehalts- bzw. Lohnvorschuss“ bezeichnet, der ggf. zurückzugewähren ist. 38
- (bb) Auch die tarifliche Sonderzuwendung nach § 13 MTV ist Teil des Arbeitsentgelts. Dies folgt aus § 13 A 3 MTV, wonach der Anspruch ua. entfällt, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist und kein Entgeltfortzahlungsanspruch (mehr) besteht oder ihm eine unbezahlte Freistellung gewährt wurde. Bei unterjährigem Ausscheiden entsteht der Anspruch auf die Sonderzuwendung nach § 13 A 2 MTV nur pro rata temporis und zu viel gezahlte Beträge sind als Vorschuss zurückzuzahlen. Dass - wie aus der Stichtagsregelung des § 13 A 1 MTV erkennbar ist - auch Betriebstreue honoriert werden soll, steht dem nicht entgegen (*vgl. für § 20 TVöD BAG 12. Dezember 2012 - 10 AZR 718/11 - Rn. 36*). 39
- (cc) Schließlich sind die ausschließlich in A IV Zukunfts-TV vorgesehenen Warengutscheine ein Sachbezug und damit ebenfalls als Arbeitsentgelt zu qualifizieren (*vgl. BAG 14. November 2012 - 5 AZR 815/11 - Rn. 16*). 40



- (4) Die Regelungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung (*B Zukunfts-TV*) gehören hingegen nicht zur Sachgruppe „Arbeitszeit und Arbeitsentgelt“.
- (a) Zwischen Ansprüchen auf Arbeitsentgelt als Hauptleistungspflichten und einer Beschäftigungssicherung besteht nach ständiger Rechtsprechung nicht der erforderliche innere Zusammenhang (*sh. nur BAG 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 40, BAGE 151, 221; 20. April 1999 - 1 ABR 72/98 - zu B III 1 b aa der Gründe, BAGE 91, 210*).
- (b) Nichts anderes ergibt sich für den Streitfall aus *B III Zukunfts-TV*.
- (aa) Dabei kann dahinstehen, ob es Tarifvertragsparteien rechtlich möglich ist, Regelungen, die nicht in dem erforderlichen inneren Zusammenhang stehen, zu einer Sachgruppe zusammenzufassen und damit abweichende Vergleichsmaßstäbe für einen Günstigkeitsvergleich festzulegen (*sh. zB Kempen/Zachert/Schubert/Zachert 5. Aufl. TVG § 4 Rn. 413; Wiedemann/Wank TVG 7. Aufl. § 4 Rn. 471 ff.; aA Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 4 Rn. 615; Bayreuther Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie S. 694 ff.; offengelassen in BAG 17. April 2013 - 4 AZR 592/11 - Rn. 18, BAGE 145, 37*).
- (bb) Eine solche Vereinbarung haben die Tarifvertragsparteien vorliegend nicht getroffen. Zwar haben sie im *Zukunfts-TV* unter *B III 3 Satz 1* geregelt, dass die „Beschäftigungssicherung im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Absenkung der Tarifentgelte“ stehe. Dies könnte die tarifvertragliche Bestimmung einer Sachgruppe nahelegen. Hätten die Tarifvertragsparteien dies gewollt, wäre allerdings der nachfolgende Satz 2 überflüssig. Die darin enthaltene Erläuterung „deshalb“ macht deutlich, dass die Tarifvertragsparteien in Satz 1 nicht die Kriterien für einen Sachgruppenvergleich festlegen, sondern an die Geltendmachung eines höheren Arbeitsentgelts eine bestimmte Rechtsfolge knüpfen wollten. Der tariflich geregelte Sonderkündigungsschutz nach *B I Zukunfts-TV* soll - möglicherweise im Sinne einer Geltungsbereichsbeschränkung für die Beschäftigungssicherung - nur für diejenigen Mitarbeiter eingreifen, die davon absehen, einen ihnen aus anderen Gründen zustehenden höheren Entgeltanspruch er-

folgreich durchzusetzen. Das ergibt die Auslegung des Tarifvertrags (*zu den Maßstäben etwa BAG 20. Juni 2018 - 4 AZR 339/17 - Rn. 19 mwN*).

(aaa) Die Regelung in B III 3 Satz 2 Zukunfts-TV setzt, worauf der verwendete Rechtsbegriff „gebunden“ hindeuten könnte, nicht voraus, dass es an einer Tarifgebundenheit des Mitarbeiters an die Entgeltbestimmungen des Zukunfts-TV fehlt. Gewerkschaftsmitglieder - für die allein die Tarifvertragsparteien Inhaltsnormen iSd. § 1 Abs. 1 TVG vereinbaren können (*BAG 15. April 2015 - 4 AZR 796/13 - Rn. 27 mwN, BAGE 151, 235*) - sind nach § 3 Abs. 1 TVG stets an die Normen eines für sie unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG) „gebunden“. Sie können nicht „geltend machen“, an die „Regelungen über abgesenkte Tarifentgelte ... nicht gebunden zu sein“. Nach diesem Wortlautverständnis bliebe die Regelung ohne Bedeutung. 46

(bbb) Die Verwendung des Begriffs „nicht gebunden“ ist vielmehr dahin zu verstehen, dass der betreffende Mitarbeiter hinsichtlich seiner Entgeltansprüche auf die Tarifentgeltregelungen des Zukunfts-TV nicht „festgelegt“ oder allein diesen „verpflichtet“ ist (*zu dieser Bedeutung von „gebunden“ sh. Duden Deutsches Universalwörterbuch 8. Aufl. „binden“*). Ausreichend ist es, wenn das Gewerkschaftsmitglied - mit Erfolg - geltend machen kann, dass die nach dem Zukunfts-TV gegenüber dem Flächentarifvertrag abgesenkten Tarifentgelte für die Durchführung seines Arbeitsverhältnisses nicht allein maßgebend sind, weil ihm aus einem anderen Rechtsgrund ein anderer, gegenüber den tariflichen Entgeltregelungen günstigerer Vergütungsanspruch zusteht. 47

(ccc) Für ein solches Verständnis sprechen auch Sinn und Zweck der Regelung. Bei sog. Sanierungstarifverträgen wie dem vorliegenden Zukunfts-TV handelt es sich um Vereinbarungen, die auf eine atypische, insbesondere wirtschaftlich schwierige Situation reagieren (*vgl. BAG 5. April 2006 - 4 AZR 390/05 - Rn. 39*). Die Tarifvertragsparteien einigen sich in den Verhandlungen über einen Haussanierungstarifvertrag, die von widerstreitenden Interessen bestimmt sind, regelmäßig im Wege eines Kompromisses (*vgl. BAG 15. April 2015 - 4 AZR 796/13 - Rn. 42, 44, BAGE 151, 235*). Als „Kompensation“ für die Zustimmung einer Gewerkschaft zu den gegenüber dem Flächentarifvertrag abge- 48

senkten Tarifentgelten durch einen Haustarifvertrag (*hier: A III und IV Zukunfts-TV*) stimmt der Arbeitgeber einem zeitweiligen Verzicht auf die Erklärung betriebsbedingter Kündigungen zu (*hier: B I Zukunfts-TV*). Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des Senats auch einem Gewerkschaftsmitglied möglich, aufgrund einer im Arbeitsvertrag vereinbarten Bezugnahmeregelung, die sich nicht auf den Haustarifvertrag erstreckt, sondern allein die maßgebenden Flächentarifverträge erfasst, dort geregelte günstigere Entgeltregelungen nach § 4 Abs. 3 TVG „trotz“ normativer Geltung des Haustarifvertrags zu beanspruchen (*zuletzt BAG 11. Juli 2018 - 4 AZR 533/17 - Rn. 21 ff., 28 ff. mwN*). Mit der Verknüpfung der Beschäftigungssicherung an die Nichtinanspruchnahme einer aus anderen Rechtsgründen zu leistenden (höheren) Vergütung („Gegenseitigkeitsverhältnis“) soll erreicht werden, dass die Beschäftigungssicherung nur für diejenigen Mitarbeiter eingreift, die entsprechend dem tarifvertraglich gefundenen „Kompromiss“ der tarifschließenden Parteien „lediglich“ die abgesenkten Tarifentgelte beanspruchen. Im anderen Fall soll nach B III 3 Satz 2 die in B I Zukunfts-TV vereinbarte Beschäftigungssicherung entfallen. Der Senat muss vorliegend jedoch nicht entscheiden, ob und ggf. unter welchen Bedingungen eine solche Verknüpfung Geltung beanspruchen kann.

bb) Unter Zugrundelegung sämtlicher vorgenannter Entgeltbestandteile sind die Regelungen der Flächentarifverträge für die Sachgruppe „Arbeitszeit und Arbeitsentgelt“ in den jeweiligen Vergleichszeiträumen günstiger als diejenigen des Zukunfts-TV. Deren Höhe bleibt selbst bei Berücksichtigung des erhöhten Anspruchs auf tarifliche Sonderzuwendung und Urlaubsgeld für Gewerkschaftsmitglieder nach A IV Abs. 2 Buchst. b Zukunfts-TV (*dazu BAG 15. April 2015 - 4 AZR 796/13 - Rn. 28 ff. mwN, BAGE 151, 235; BVerfG 14. November 2018 - 1 BvR 1278/16 -*) sowie dem zusätzlichen Warengutschein, den der MTV nicht vorsieht, auf das jeweilige Jahr bezogen hinter derjenigen nach den Flächentarifverträgen für den Hamburger Einzelhandel zurück.

49

III. Die Beklagte hat gem. § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu 50  
tragen.

Treber

W. Reinfelder

Rinck

Steding

A. Wedepohl