

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 22. Oktober 2014
- 5 AZR 731/12 -

I. Arbeitsgericht Nürnberg

Endurteil vom 25. Oktober 2011
- 5 Ca 2423/11 -

II. Landesarbeitsgericht Nürnberg

Urteil vom 13. Juni 2012
- 2 Sa 675/11 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Klage auf zukünftige Leistung - ERA-Ausgleichs- und Überschreiterzulage

Bestimmungen:

ArbGG § 45; BetrVG § 87 Abs. 1 Eingangshalbs., § 87 Abs. 1 Nr. 10;
BGB § 366 Abs. 2, § 611 Abs. 1; ERA-Einführungstarifvertrag für die bay-
erische Metall- und Elektroindustrie vom 1. November 2005 § 5; ZPO
§§ 259, 264 Nr. 2, § 269 Abs. 1, § 559 Abs. 1

Leitsatz:

§ 259 ZPO ermöglicht nicht die Verfolgung künftig entstehender Vergü-
tungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Der Abschluss des Arbeits-
vertrags reicht für die Anspruchsentstehung nicht aus. Erforderlich ist die
Erbringung der Arbeitsleistung oder die Erfüllung der Voraussetzungen,
unter denen aus sonstigem Rechtsgrund Arbeitsentgelt ohne Arbeitslei-
stung beansprucht werden kann.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer teilweisen Parallelsache

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 731/12
2 Sa 675/11
Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Oktober 2014

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2014 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie den ehrenamtlichen Richter Jungbluth und die ehrenamtliche Richterin Mattausch für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 13. Juni 2012 - 2 Sa 675/11 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Anrechnung individueller Entgelterhöhungen auf ERA-Besitzstandszulagen. 1

Die Klägerin ist bei der Beklagten am Standort E beschäftigt. 2
Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft beiderseitiger Organisationszugehörigkeit die zwischen dem Verband der Bayerischen Metall- und Elektro-Industrie e.V. und der Industriegewerkschaft Metall geschlossenen Tarifverträge für die Metall- und Elektroindustrie Anwendung, insbesondere der Entgeltrahmentarifvertrag vom 1. November 2005 (im Folgenden ERA-TV), der ERA-Einführungstarifvertrag vom 1. November 2005 (im Folgenden ERA-ETV), der Tarifvertrag ERA-Anpassungsfonds vom 19. Dezember 2003 (im Folgenden TV-ERA-Anpassungsfonds) sowie der Manteltarifvertrag vom 23. Juni 2008 (im Folgenden MTV).

Im ERA-ETV ist ua. geregelt: 3

„§ 5 Besitzstandsregelung

1. Aus Anlass der erstmaligen Anwendung des ERA-TV darf nach Maßgabe der nachfolgenden Vorschriften für den einzelnen Arbeitnehmer keine Minderung seines bisherigen tariflichen Entgelts, bestehend aus tariflichem Grundlohn zuzüglich individueller Leistungszulage bzw. Akkordmehrverdienst oder Prämie oder tariflichem Gehalt zuzüglich individueller Leistungszulage, erfolgen.
2. Für den Fall, dass das bisherige tarifliche Entgelt zum Stichtag der Ersteinführung des ERA-TV das neue tarifliche ERA-Entgelt überschreitet, erfolgt die

Sicherung des Einkommens durch Ausweisung einer Entgeltdifferenz in dieser Höhe.

...

3. Eine Entgeltdifferenz gem. Ziff. 2 in Höhe von bis zu 10% des bisherigen tariflichen Entgelts wird als Ausgleichszulage, eine darüber hinausgehende Differenz als Überschreiterzulage zuzüglich zum neuen tariflichen ERA-Entgelt gezahlt.

Die Überschreiterzulage nimmt an Tarifierhöhungen teil. Die Ausgleichszulage vermindert sich entsprechend.

Die Ausgleichszulage nimmt nicht an Tarifierhöhungen teil. Sie wird reduziert um die erste Erhöhung des Tarifentgelts in voller Höhe. Dies kann frühestens zwölf Monate nach der Mitteilung der Erstein-
gruppierung an den Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber gem. § 3 Ziff. 10 erfolgen. Alle nachfolgenden Erhöhungen der Tarifentgelte werden bis auf 1%-
Punkt des tariflichen Erhöhungsprozentsatzes auf die verbliebene Ausgleichszulage angerechnet.

4. Auf die Ausgleichszulage und die Überschreiterzulage werden in voller Höhe angerechnet:
 - individuelle Erhöhungen des Grundentgeltanspruches zzgl. daraus resultierender Erhöhungen des leistungsabhängigen Entgelts;
 - Erhöhungen der Erschwerniszulagen.

...“

Im TV-ERA-Anpassungsfonds heißt es ua.:

4

„§ 2 Präambel

Der ERA-Anpassungsfonds dient der Sicherstellung eines gleitenden Übergangs vom heutigen Tarifsystem auf das ERA-Entgeltsystem für alle Beteiligten. ...

...“

Die Beklagte führte ERA zum 1. April 2007 ein. Die Klägerin wurde neu eingruppiert. Ihr Monatsentgelt setzte sich zunächst ua. aus dem Grundentgelt nach Entgeltgruppe 02/B0 sowie einer Ausgleichszulage und einer Überschreiterzulage nach § 5.3 ERA-ETV zusammen.

5

Seit Mai 2009 übt die Klägerin eine andere Tätigkeit aus. Sie ist seither in die Vergütungsgruppe 03/B0 eingruppiert. Die Beklagte rechnete die aus der Höhergruppierung resultierende individuelle Entgelterhöhung zunächst auf die Überschreiterzulage an. Diese entfiel damit insgesamt. Einen Teil des Restbetrags rechnete sie auf die Ausgleichszulage an und zahlte diese ab Mai 2009 nur noch in reduzierter Höhe aus. 6

Die Beklagte zog die Erhöhung der tariflichen Entgelte um 2,7 % zum 1. April 2011 auf den 1. Februar 2011 vor. 1,7 % hiervon rechnete sie auf die verbliebene Ausgleichszulage an. Ab 1. Februar 2011 zahlte sie der Klägerin ein Monatsentgelt, das sich ua. aus dem Grundentgelt nach Vergütungsgruppe 03/B0 und der - nochmals - reduzierten Ausgleichszulage zusammensetzte. 7

Mit ihrer am 18. April 2011 eingereichten, mehrfach erweiterten Klage begehrt die Klägerin ab Februar 2011 die Zahlung von monatlich weiteren 41,60 Euro brutto. Sie ist der Ansicht, die durch die Höhergruppierung bewirkte individuelle Erhöhung ihres Entgelts sei zunächst auf die Ausgleichszulage anzurechnen gewesen. Der Tarifvertrag sehe keine lediglich temporäre Sicherung des Besitzstands vor. Die Reihenfolge „Ausgleichszulage vor Überschreiterzulage“ sei in § 5.4 ERA-ETV mit Bedacht gewählt worden, um die Rangfolge der Anrechnung vorzugeben. Die unterschiedliche Wertigkeit der Zulagen - in Gestalt einer flüchtigen Ausgleichszulage und einer perspektivisch angelegten Überschreiterzulage - sei auch bei der Anrechnung individueller Entgelterhöhungen zu berücksichtigen. Die von der Beklagten vorgenommene Anrechnung könne zudem wegen fehlender Beteiligung des Betriebsrats nicht aufrechterhalten bleiben. 8

Die Klägerin hat in den Vorinstanzen sinngemäß beantragt, 9

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 416,00 Euro brutto nebst Zinsen in gestaffelter Höhe zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, beginnend ab 1. Dezember 2011 an sie für jeden Monat bis spätestens zum jeweiligen Monatsende 41,60 Euro brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem ersten Tag des jeweiligen Folgemonats zu zahlen, unter der Bedingung, dass der Bestand und der Inhalt des

Arbeitsverhältnisses unverändert bleiben, die in diesem Rahmen erbrachten Arbeitsleistungen vertragsgemäß sind bzw. die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände, wie Annahmeverzug, nicht durch die Klägerin zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder an Feiertagen, Erholungsurlaub oder Betriebsrisiko, die trotz Nichtarbeit die Fortzahlung des Arbeitsentgeltes in bisheriger Höhe anordnen, erfüllt sind und der Anspruch nicht durch die gesetzlich vorgesehenen Fälle von Mutterschutz und Elternzeit sowie Pflegezeit entfällt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, die Einführung von ERA sei mit dem Ziel erfolgt, die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten beim Entgelt, also die Existenz zweier verschiedener Entgeltlinien aufzuheben. Individuelle Entgelterhöhungen seien deshalb vorrangig auf die tarifdynamische Überschreiterzulage anzurechnen. Andernfalls würden zunächst in eine niedrigere Entgeltgruppe eingruppierte Arbeitnehmer, die wegen der im Vergleich zu vorher höheren Vergütung eine Überschreiterzulage erhalten hätten, gegenüber den Arbeitnehmern bevorzugt, die bereits aufgrund der Ersteingruppierung nach ERA oder bei Einstellung in die höhere Vergütungsgruppe eingruppiert worden seien. Grundgedanke der ERA-Einführung sei es jedoch gewesen, die Eingruppierung und somit die Entgeltzahlung primär an der übertragenen Aufgabe auszurichten. 10

Das Arbeitsgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin, mit der Maßgabe, der auf künftige Leistung gerichtete Klageantrag sei unzulässig und die Klage im Übrigen unbegründet, zurückgewiesen. Die Klägerin verfolgt mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision ihr Klagebegehren weiter. Sie beantragt nunmehr, die Beklagte zu verurteilen, an sie für die Monate Februar 2011 bis September 2012 monatlich 41,60 Euro brutto sowie künftig - unter den im Berufungsverfahren genannten Bedingungen, hilfsweise ergänzt um den Ausnahmetatbestand Arbeitskampsrisiko - beginnend ab 1. Oktober 2012 monatlich 41,60 Euro brutto jeweils nebst Zinsen zu zahlen. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. 12

I. Die auf sofortige Leistung für die Monate Februar 2011 bis Mai 2012 gerichteten Zahlungsanträge sind unbegründet. 13

1. Die Anträge sind zulässig. Hinsichtlich der Monate Dezember 2011 bis Mai 2012 ist die Umstellung des Antrags in der Revision zulässig, weil die Klage insoweit schon in der Berufungsinstanz, was das Landesarbeitsgericht - im Übrigen zu Recht von einer unzulässigen Klage auf künftige Leistung ausgehend - übersehen hat, nicht auf künftige Leistung gerichtet war. Auf die Erfüllung der Voraussetzungen nach § 259 ZPO kommt es - bezogen auf diese Monate - nicht an. 14

a) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klage durch das Berufungsgericht ist der der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht (*BGH 4. Mai 2005 - VIII ZR 5/04 - zu II 1 der Gründe mwN*). Am 13. Juni 2012, dem Termin der Berufungsverhandlung, war die Klage für den Zeitraum Dezember 2011 bis Mai 2012 nicht mehr auf eine zukünftige Leistung gerichtet. Die Vergütungsansprüche der Klägerin, deren Zahlung nach § 16.1 (II) MTV am Schluss des Kalendermonats für den laufenden Monat erfolgt, waren bereits fällig. Das Berufungsgericht hätte über diese bereits fälligen Ansprüche entscheiden können, ohne dass es einer Änderung des Antrags bedurfte (*vgl. BAG 28. Januar 2009 - 4 AZR 904/07 - Rn. 40; BGH 4. Mai 2005 - VIII ZR 5/04 - aaO; Zöller/Greger ZPO 30. Aufl. § 259 Rn. 4, § 257 Rn. 7*). 15

b) § 559 Abs. 1 ZPO steht der Umstellung der Anträge in der Revision nicht entgegen. Die Klägerin trägt damit lediglich der vor Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht eingetretenen Fälligkeit der 16

Vergütungsansprüche für die Monate Dezember 2011 bis Mai 2012 Rechnung. Dem Senat ist auf Grundlage der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen eine Sachentscheidung möglich.

2. Ein Anspruch der Klägerin nach § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 5.3 Unterabs. 1 ERA-ETV auf weitere Zahlungen iHv. monatlich 41,60 Euro brutto für die Monate Februar 2011 bis Mai 2012 besteht nicht. Die Beklagte hat die individuelle Entgelterhöhung nach § 5.4 ERA-ETV zu Recht vorrangig auf die Überschreiterzulage angerechnet. Dies ergibt die Auslegung des Tarifvertrags. Die Erfüllung der sich unter Zugrundelegung dieser Anrechnungsweise ergebenden Vergütungsansprüche der Klägerin durch die Beklagte steht außer Streit. 17

a) Wie zu verfahren ist, wenn die individuelle Entgelterhöhung niedriger ist, als die Summe von Ausgleichs- und Überschreiterzulage, gibt der Wortlaut von § 5.4 ERA-ETV nicht vor. Die Reihenfolge in der die Zulagen genannt sind, beinhaltet keine Festlegung, wie die Anrechnung vorzunehmen ist. § 5.4 ERA-ETV ist - für sich betrachtet - lediglich zu entnehmen, dass individuelle Entgelterhöhungen - im Gegensatz zu tariflichen - nicht nur auf die Ausgleichszulage, sondern in voller Höhe auf beide Zulagen anzurechnen sind. 18

b) Die vorrangige Anrechnung individueller Entgelterhöhungen auf die Überschreiterzulage folgt jedoch aus Sinn und Zweck der tariflichen Besitzstandsregelung und der Systematik des Tarifvertrags. 19

aa) Mit der Einführung von ERA sollte, wie sich ua. aus § 2 TV-ERA-Anpassungsfonds ergibt, ein einheitliches betriebliches Entgeltniveau erreicht werden. Die Absicht der Tarifvertragsparteien, dieses Ziel zeitnah umzusetzen, ist einer Vielzahl von Bestimmungen des ERA-ETV zu entnehmen, die auf einen Anpassungszeitraum von maximal fünf Jahren abstellen (*vgl. zB § 6.5 ERA-ETV und § 6.6 ERA-ETV zur Entgeltanpassung bei Arbeitnehmern, deren bisheriges tarifliches Entgelt das neue tarifliche ERA-Entgelt unterschreitet; § 4.2 (V) Unterabs. 3 Satz 2 ERA-ETV zum Korrekturzeitraum im Zusammenhang mit der Umrechnung von Leistungszulage, Prämie und Akkord aus Anlass der ERA-Einführung; § 7.6 ERA-ETV zur Kompensation betrieblicher Mehrkos-* 20

ten und § 7.7 ERA-ETV zur Weitergabe von betrieblichen Kosteneinsparungen an die Arbeitnehmer).

- bb) Auch in den differenzierten - im Fall individueller Entgelterhöhungen die Besitzstandsregelung einschränkenden - Anrechnungsregelungen in § 5.3 Unterabs. 2 ERA-ETV und § 5.4 ERA-ETV kommt zum Ausdruck, dass die Vergütung aller Arbeitnehmer auf ERA-Niveau angeglichen werden soll. Dieser Zielsetzung eines möglichst zeitnahen Übergangs auf das ERA-Entgeltsystem wird allein mit einer vorrangigen Anrechnung individueller Entgelterhöhungen auf die Überschreiterzulage entsprochen. Anhaltspunkte für eine Anrechnung gleichrangig auf beide Zulagen oder im Verhältnis ihres Anteils am Gesamtvolumen der Besitzstandszulagen, sind demgegenüber dem Tarifvertrag nicht zu entnehmen. 21
- (1) Die Besitzstandsregelung in § 5 ERA-ETV sichert das zum Zeitpunkt der Einführung von ERA erzielte Entgelt. Dies ist der Formulierung in § 5.1 ERA-ETV „aus Anlass der erstmaligen Anwendung des ERA-TV darf ... für den einzelnen Arbeitnehmer keine Minderung seines bisherigen tariflichen Entgelts ... erfolgen“ zu entnehmen. § 5.2 ERA-ETV stellt ebenfalls ausdrücklich auf das bisherige tarifliche Entgelt zum „Stichtag der Ersteinführung des ERA-TV“ ab. Der Tarifvertrag schreibt damit eine Untergrenze fest. Überschreitet das bisherige tarifliche Entgelt das neue tarifliche ERA-Entgelt, sichert der Tarifvertrag das bisherige Entgeltniveau, indem die nach § 5.2 ERA-ETV zu ermittelnde Entgeltdifferenz durch Zahlung der nach § 5.3 Unterabs. 1 ERA-ETV zu gewährenden Ausgleichs- und Überschreiterzulage auszugleichen ist. 22
- (2) Spätere Erhöhungen des ERA-Entgelts sind nach den Bestimmungen des Tarifvertrags anzurechnen. Dabei differenziert der Tarifvertrag durch gesonderte, voneinander unabhängige Anrechnungsbestimmungen zwischen Tarifierhöhungen (§ 5.3 Unterabs. 2 ERA-ETV) und individuellen Entgelterhöhungen (§ 5.4 ERA-ETV). 23
- (a) Die Ausgleichszulage, die iHv. bis zu 10 % des bisherigen Tarifentgelts zu zahlen ist (§ 5.3 Unterabs. 1 Halbs. 1 ERA-ETV), wird bei Tarifierhöhungen, 24

ohne an ihnen selbst teilzunehmen (§ 5.3 Unterabs. 3 Satz 1 ERA-ETV), durch zeitlich und anteilmäßig gestaffelte Anrechnung reduziert (§ 5.3 Unterabs. 2 und Unterabs. 3 Satz 2 bis 4 ERA-ETV). Die Überschreiterzulage, die nur Arbeitnehmern gewährt wird, deren bisheriges Entgelt um mehr als 10 % höher war als das neue tarifliche ERA-Entgelt (§ 5.3 Unterabs. 1 Halbs. 2 ERA-ETV), ist demgegenüber anrechnungsfest und nimmt an Tariferhöhungen teil (§ 5.3 Unterabs. 2 Satz 1 ERA-ETV).

(b) Mit § 5.4 ERA-ETV hebt der Tarifvertrag bei individuellen Entgelterhöhungen - begrenzt auf deren Volumen - für beide Zulagen den Bestandsschutz auf. Wächst der Arbeitnehmer aus der für seine Vergütung zum Stichtag der Ersteinführung des ERA-TV bestimmenden tariflichen Entgeltsituation durch spätere individuelle Entgelterhöhungen heraus, sind letztere nach § 5.4 ERA-ETV auf die Ausgleichs- und Überschreiterzulage in voller Höhe anzurechnen. Der Tarifvertrag sichert weiterhin das aus der Eingruppierung vor der ERA-Einführung resultierende Entgeltniveau. Er schreibt jedoch, indem er bei Höhergruppierungen eine Anrechnung ohne zeitliche und anteilmäßige Staffelung in voller Höhe und auch auf die Überschreiterzulage zulässt, den Abstand zum ERA-Entgeltniveau nicht auf Basis späterer ERA-Höhergruppierungen fort. Dies führt zur Angleichung des Entgelts an die nach ERA zu gewährende Vergütung. 25

(c) Gegen eine vorrangige Aufzehrung der Ausgleichszulage durch Anrechnung individueller Entgelterhöhungen spricht die Systematik der Besitzstandsregelung. Nach § 5.3 Unterabs. 1 ERA-ETV ist eine Überschreiterzulage nur dann zu zahlen, wenn die Differenz zwischen bisherigem tariflichen Entgelt und neuem tariflichen ERA-Entgelt nicht durch die zu zahlende Ausgleichszulage abgedeckt ist. Die Überschreiterzulage wird nur nachrangig gewährt. Eine Abweichung von diesem Grundsatz haben die Tarifvertragsparteien in § 5.3 Unterabs. 2 Satz 2 ERA-ETV geregelt, indem Tariferhöhungen ausschließlich auf die Ausgleichszulage anzurechnen sind, nicht aber in § 5.4 ERA-ETV. Bei individuellen Entgelterhöhungen wird die Überschreiterzulage weiterhin nachrangig gewährt. Dem entsprechend ist sie, bei der nach § 5.4 ERA-ETV vorzunehmenden Anrechnung, zunächst abzuschmelzen. 26

(d) Eine vorrangige Anrechnung auf die Ausgleichszulage stünde zudem in Widerspruch zu der von den Tarifvertragsparteien in § 5.4 ERA-ETV mit den Worten „in voller Höhe“ zum Ausdruck gebrachten Intension einer wirkungsvollen Anrechnung individueller Entgelterhöhungen auf beide Zulagen: Wenn die individuelle Entgelterhöhung niedriger ist als die Summe von Ausgleichs- und Überschreiterzulage, würde als Ergebnis der Anrechnung zunächst das Zulagenvolumen insgesamt entsprechend dem Volumen der individuellen Entgelterhöhung reduziert. Die beabsichtigte Anrechnung „in voller Höhe“ würde jedoch bei nachfolgenden Tarifierhöhungen teilweise wieder aufgehoben, weil die zunächst nach § 5.4 ERA-ETV verminderte Überschreiterzulage bei Tarifierhöhungen wieder erhöht würde (§ 5.3 Unterabs. 2 ERA-ETV). 27

cc) Eine Anrechnung zunächst auf die Ausgleichszulage führte darüber hinaus zu einer Besserstellung der höhergruppierten Arbeitnehmer. Ihnen würde aufgrund der tarifdynamischen Ausgestaltung der Überschreiterzulage für einen längeren Zeitraum als bei umgekehrter Anrechnungsreihenfolge eine (höhere) Überschreiterzulage gewährt. Demgegenüber erhielten Arbeitnehmer, die die gleiche Tätigkeit ausüben und deshalb unmittelbar bei Einstellung - nach ERA-Einführung - oder bei ERA-Einführung, ausgehend vom gleichen bisherigen tariflichen Entgelt, in die höhere ERA-Entgeltgruppe einzugruppiert sind bzw. waren keine oder eine geringere Überschreiterzulage. Auch dies widerspräche der Zielsetzung des Tarifvertrags, zeitnah ein einheitliches betriebliches Entgeltniveau zu erreichen. Unerheblich ist, ob die Tarifvertragsparteien bei der Schaffung der neuen Entgeltstruktur und der Überleitung in den ERA-ETV eine solche Besserstellung von Beschäftigten aufgrund ihrer Befugnis, insbesondere bei der Regelung von Massenerscheinungen zu generalisieren, pauschalisieren und typisieren (vgl. zur Überleitung vom BAT in den TVöD BAG 8. Dezember 2011 - 6 AZR 319/09 - Rn. 32 mwN, BAGE 140, 83), durch abweichende Anrechnungsregelungen hätten vornehmen können. 28

dd) Letztlich spricht für eine vorrangige Anrechnung auf die Überschreiterzulage auch der allgemeine Rechtsgedanke, der in § 366 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommt. Danach ist unter den weiteren in § 366 Abs. 2 BGB genann- 29

ten Voraussetzungen eine Leistung zunächst auf die für den Schuldner lästige Schuld anzurechnen. Das ist vorliegend die außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5.4 ERA-ETV anrechnungsfeste und zudem an Tariferhöhungen teilnehmende Überschreiterzulage.

3. Die Beklagte ist nicht wegen einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zu den von der Klägerin begehrten Zahlungen verpflichtet. 30

a) Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung führt die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedenfalls zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften, die den Arbeitnehmer belasten. Das soll verhindern, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch Rückgriff auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht. Dem Arbeitgeber darf aus einer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichtwidrigkeit auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kein Vorteil erwachsen. Maßnahmen zum Nachteil der Arbeitnehmer sind dabei nur solche, die bereits bestehende Rechtspositionen der Arbeitnehmer schmälern. Die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats führt allerdings nicht dazu, dass sich individualrechtliche Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer ergäben, die zuvor noch nicht bestanden haben (*BAG 22. Juni 2010 - 1 AZR 853/08 - Rn. 42, BAGE 135, 13*). 31

b) Die Beklagte hat durch die vorrangige Anrechnung der individuellen Entgelterhöhung auf die Überschreiterzulage Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht verletzt. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG war aufgrund des Tarifvorbehalts in § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG ausgeschlossen. 32

aa) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung, mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht ist im Betrieb eines tarifgebundenen Arbeitgebers allerdings durch 33

den Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG ausgeschlossen, wenn die Tarifvertragsparteien die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zwingend und abschließend inhaltlich geregelt haben (*BAG 18. Oktober 2011 - 1 ABR 25/10 - Rn. 18, BAGE 139, 332*).

bb) Die Tarifvertragsparteien haben mit § 5.4 ERA-ETV eine abschließende Regelung über die Reihenfolge der Anrechnung individueller Entgelterhöhungen auf die nach § 5.3 Unterabs. 1 ERA-ETV zu gewährenden Besitzstandszulagen getroffen. Danach ist, wie bereits ausgeführt, zunächst eine Anrechnung auf die Überschreiterzulage vorzunehmen. Ein Wahlrecht des Arbeitgebers sieht der Tarifvertrag nicht vor. Auch enthält § 5.4 ERA-ETV im Gegensatz zu anderen Bestimmungen des Tarifvertrags keine Öffnungsklausel, die eine abweichende betriebliche Regelung zuließe. Die Beklagte hat mit der Anrechnung lediglich die Bestimmungen des Tarifvertrags vollzogen. 34

II. Die erstmals in der Revision für die Monate Juni bis September 2012 gestellten Zahlungsanträge sind unzulässig. Insoweit liegt eine unzulässige Klageänderung vor. 35

1. Nach § 559 Abs. 1 ZPO ist in der Revisionsinstanz eine Klageänderung grundsätzlich ausgeschlossen. Der Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bildet nicht nur bezüglich des tatsächlichen Vorbringens, sondern auch bezüglich der Anträge der Parteien die Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht. Hiervon hat das Bundesarbeitsgericht insbesondere aus prozessökonomischen Gründen Ausnahmen in den Fällen des § 264 Nr. 2 ZPO zugelassen, sowie dann, wenn sich der geänderte Sachantrag auf einen in der Berufungsinstanz festgestellten oder von den Parteien übereinstimmend vorgetragenen Sachverhalt stützen kann, sich das rechtliche Prüfprogramm nicht wesentlich ändert und die Verfahrensrechte der anderen Partei durch eine Sachentscheidung nicht verkürzt werden (*vgl. BAG 26. Juni 2013 - 5 AZR 428/12 - Rn. 18*). 36

2. Im Streitfall ist eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 559 Abs. 1 ZPO nicht geboten. 37

Ein Fall des § 264 Nr. 2 ZPO liegt nicht vor. Die Klägerin hat, indem sie bezogen auf diese Monate erstmals in der Revision sofortige statt künftige Leistung beantragt, nicht lediglich bei gleichbleibendem Klagegrund eine qualitative Änderung des Klageantrags iSv. § 264 Nr. 2 ZPO vorgenommen (*vgl. Zöller/Greger ZPO 30. Aufl. § 264 Rn. 3b mwN für den Fall der Umstellung von sofortiger auf künftige Leistung bei gleichbleibendem Klagegrund*). Der Klagegrund und die Höhe eines möglicherweise bestehenden Anspruchs wären vielmehr erstmals festzustellen. Das Landesarbeitsgericht hat für den Zeitraum Juni bis September 2012 - die Klage auf künftige Leistung zu Recht als unzulässig durch Prozessurteil abweisend - keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Die geänderten Zahlungsanträge können auch nicht auf unstreitiges tatsächliches Vorbringen der Parteien gestützt werden. Weder den Feststellungen des Berufungsgerichts noch dem Vortrag der Parteien ist zu entnehmen, ob die Klägerin in den genannten Monaten (durchgehend) gearbeitet hat oder ob sonstige Tatsachen vorliegen, aus denen sich ein Entgeltanspruch der Klägerin ohne Arbeitsleistung ergeben könnte. Der bisherige Antrag auf künftige Leistung und die in der Revision gestellten Anträge auf sofortige Leistung unterliegen damit unterschiedlichen Prüfprogrammen (*zur Zulässigkeit der Antragsänderung auf sofortige Leistung bei Abweisung des Antrags auf künftige Leistung in den Vorinstanzen als unbegründet und unstreitigem Sachverhalt vgl. BAG 12. Juni 2002 - 10 AZR 503/01 - zu II 2 der Gründe*). Der Beklagten würde zudem die Möglichkeit entzogen, etwaige Einwendungen und Einreden gegen den Entgeltanspruch vorzubringen (*vgl. BAG 25. Januar 2012 - 4 AZR 147/10 - Rn. 16, BAGE 140, 291; 5. Dezember 2012 - 7 AZR 698/11 - Rn. 63, BAGE 144, 85*).

38

III. Der auf künftige Leistung gerichtete Klageantrag ist unzulässig. Soweit sich der Antrag in den Vorinstanzen auf die Monate Juni bis September 2012 richtete, ist er nicht wirksam zurückgenommen (§ 269 Abs. 1 ZPO).

39

1. Ein auf die Vornahme einer künftigen Handlung gerichteter Antrag ist nach § 259 ZPO zulässig, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen (*vgl. BAG*

40

6. Mai 2003 - 1 ABR 13/02 - zu B II 2 b der Gründe, BAGE 106, 111). Die Besorgnis der Leistungsverweigerung kann sich auf einen bedingten Anspruch beziehen, sofern abgesehen vom Eintritt der Bedingung die Verpflichtung des Schuldners zur Erbringung der künftigen Leistung in ihrem Bestand gewiss ist. § 259 ZPO ermöglicht aber nicht die Verfolgung eines erst in der Zukunft entstehenden Anspruchs. Er setzt vielmehr voraus, dass der geltend gemachte Anspruch bereits entstanden ist (BAG 27. Oktober 2010 - 7 ABR 36/09 - Rn. 13; BGH 12. Juli 2006 - VIII ZR 235/04 - Rn. 11; zukünftige Vergütungsansprüche als künftige Leistungen iSv. § 259 ZPO ansehend, ohne tragend auf die Frage der Anspruchsentstehung abzustellen BAG 20. August 2002 - 9 AZR 710/00 - zu A I der Gründe, BAGE 102, 225; 6. Mai 2009 - 10 AZR 390/08 - Rn. 15; die Zulässigkeit des Antrags bereits wegen der fehlenden Aufnahme der für den Vergütungsanspruch maßgeblichen Bedingungen in den Antrag verneinend BAG 13. März 2002 - 5 AZR 755/00 - zu I 1 und 2 der Gründe; 9. April 2008 - 4 AZR 104/07 - Rn. 28; 28. Januar 2009 - 4 AZR 904/07 - Rn. 42).

2. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. 41
- a) Die von der Klägerin geltend gemachten künftigen Ansprüche waren im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz noch nicht entstanden. Vergütungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis entstehen erst mit Erbringung der Arbeitsleistung, weil der Vertrag durch Kündigung beendet werden kann oder der Arbeitnehmer die ihm obliegende Leistung, ohne Vorliegen der Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Vergütung ohne Arbeitsleistung gegeben wäre, verweigern kann (vgl. BGH 26. Juni 2008 - IX ZR 87/07 - Rn. 13; 14. Januar 2010 - IX ZR 78/09 - Rn. 21; 20. September 2012 - IX ZR 208/11 - Rn. 14; 18. April 2013 - IX ZR 165/12 - Rn. 19). Der Abschluss des Arbeitsvertrags reicht für die Entstehung des Anspruchs nicht aus (vgl. BAG 18. April 2012 - 5 AZR 248/11 - Rn. 14, BAGE 141, 144; 27. September 2007 - 6 AZR 975/06 - Rn. 18, BAGE 124, 150; 19. Januar 2006 - 6 AZR 529/04 - Rn. 18, BAGE 117, 1; BGH 26. Juni 2008 - IX ZR 87/07 - aaO). Dies gilt unabhängig davon, ob als Voraussetzung für den künftigen Anspruch auf Arbeitsentgelt die Arbeitsleistung zu erbringen wäre oder ob künftig aus sonsti-

gem Rechtsgrund Arbeitsentgelt ohne Arbeitsleistung beansprucht werden könnte (*BAG 27. September 2007 - 6 AZR 975/06 - aaO*). Auch im letztgenannten Fall entsteht der Anspruch erst, wenn die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

b) Es ist überdies zu berücksichtigen, dass § 259 ZPO die Besorgnis der Leistungsverweigerung zum Fälligkeitstermin voraussetzt. Auch hieran fehlt es vorliegend. Denn allein das Bestreiten der vom Arbeitnehmer beanspruchten Forderungen durch den Arbeitgeber reicht hierfür nicht aus (*vgl. BAG 9. April 2008 - 4 AZR 104/07 - Rn. 29 mwN*). Nur weil der Arbeitgeber - wie hier - aufgrund (vertretbarer) Auslegung des Tarifvertrags bisher Zahlungen ablehnte, kann nicht davon ausgegangen werden, er werde sich, trotz einer Verurteilung zur Zahlung bereits fälliger Forderungen, künftig der rechtzeitigen Leistung entziehen. Weitere Anhaltspunkte, die eine Besorgnis der Leistungsverweigerung zum Fälligkeitstermin begründen könnten, hat die Klägerin nicht dargelegt. 43

3. Einer Vorlage an den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 45 ArbGG bedarf es nicht. 44

a) Der Große Senat entscheidet, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will. Eine Vorlagepflicht nach § 45 ArbGG besteht nur, wenn eine entscheidungserhebliche Abweichung zu der identischen Rechtsfrage vorliegt. Diese Voraussetzung betrifft die zu treffende Entscheidung wie die vorhergehende Entscheidung, von der abgewichen werden soll (*BAG 22. Juli 2010 - 6 AZR 847/07 - Rn. 37 ff., BAGE 135, 163; 20. April 2011 - 5 AZR 191/10 - Rn. 15 ff. mwN, BAGE 137, 383*). 45

b) Der Neunte und Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts haben in ihren Entscheidungen vom 20. August 2002 (- 9 AZR 710/00 - *BAGE 102, 225*) und vom 6. Mai 2009 (- 10 AZR 390/08 -) zukünftige Vergütungsansprüche als künftige Leistungen iSv. § 259 ZPO angesehen, ohne tragend auf die Frage der Anspruchsentstehung abzustellen. Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinen Entscheidungen vom 9. April 2008 (- 4 AZR 104/07 -) und vom 46

28. Januar 2009 (- 4 AZR 904/07 -) die Zulässigkeit der Klage auf künftige Leistung bereits wegen fehlender Aufnahme der für den Vergütungsanspruch maßgeblichen Bedingungen in den Antrag verneint, ohne einen Rechtssatz zur Frage der Anspruchsentstehung als Zulässigkeitsvoraussetzung aufzustellen.

IV. Der auf künftige Leistung gerichtete Hilfsantrag ist aus den unter III. genannten Gründen ebenfalls unzulässig. 47

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 48

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Jungbluth

Mattausch