

Bundesarbeitsgericht  
Zehnter Senat

Urteil vom 19. Februar 2020  
- 10 AZR 19/19 -  
ECLI:DE:BAG:2020:190220.U.10AZR19.19.0

I. Arbeitsgericht  
Berlin

Urteil vom 19. Januar 2018  
- 17 Ca 13541/17 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 5. Juli 2018  
- 10 Sa 254/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Leistungszulage - außergerichtliches Vorverfahren

Leitsätze:

1. Sieht ein Tarifvertrag vor, dass eine vom Arbeitnehmer beanstandete Leistungsbeurteilung durch paritätische Gremien auf betrieblicher und tariflicher Ebene überprüft werden muss, handelt es sich regelmäßig um die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens im engeren Sinn. Mit ihr ist eine Stillhalteabrede verbunden, ein sog. pactum de non petendo.

2. Die Vereinbarung eines solchen Schiedsgutachtens führt in der Regel dazu, dass eine Klage auf ein höheres Leistungsentgelt, die vor Abschluss des außergerichtlichen Verfahrens erhoben wurde, verfrüht ist und als zurzeit unbegründet abzuweisen ist.

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 19/19  
10 Sa 254/18  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
19. Februar 2020

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Februar 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune, den Richter am Bundesarbeitsgericht Pessinger sowie die ehrenamtliche Richterin Fieback und den ehrenamtlichen Richter Dr. Klein für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 5. Juli 2018 - 10 Sa 254/18 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten auf der Grundlage einer Leistungsbeurteilung über höhere Leistungszulagen für die Zeit von Juli 2016 bis März 2017. Außerdem verlangt der Kläger Zinsen und Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB für sieben Monate iHv. jeweils 40,00 Euro. 1

Der Kläger arbeitet bei der Beklagten seit 1992 als Fertigungsentwicklungsingenieur. Die Parteien sind als Verbandsmitglieder an die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg gebunden. Dazu gehören ua. der Entgeltraahmen-Tarifvertrag für die Beschäftigten der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg (Tarifgebiete I und II) vom 14. April 2005 (ERA-TV) sowie der Manteltarifvertrag für die Beschäftigten der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg Tarifgebiet I vom 22. November 2006 (MTV). 2

Der ERA-TV enthält ua. Bestimmungen für Leistungszulagen. In Nr. 8.2 Abs. 1 ERA-TV heißt es: 3

„Den Beschäftigten im Zeitentgelt werden Leistungszulagen gewährt, die im Durchschnitt des Betriebes 10 % der Summe der tariflichen Grundentgelte der Beschäftigten im Zeitentgelt betragen. Ein Anspruch auf eine individuelle Leistungszulage besteht nicht.“

Die Leistungszulage beruht auf einer Leistungsbeurteilung. Nr. 8.5 Abs. 1 ERA-TV bestimmt, dass angewandte Beurteilungsverfahren betrieblich 4

zu vereinbaren sind. Nach Nr. 8.5 Abs. 2 ERA-TV erfolgt die Beurteilung der Leistung mindestens einmal jährlich zu betrieblich vereinbarten Zeitpunkten. Nr. 8.5 Abs. 3 ERA-TV eröffnet den Betriebsparteien die Möglichkeit, ein oder mehrere Beurteilungsverfahren zu vereinbaren. Die Tarifvertragsparteien empfehlen nach Nr. 8.5 Abs. 4 ERA-TV das in der Anlage 1 dargestellte Verfahren.

Auf dieser Grundlage schlossen die Betriebsparteien des Beschäftigungsbetriebs des Klägers die „Betriebsvereinbarung für die Ermittlung der Leistungszulagen im Zeitentgelt, gemäß ERA-Tarifvertrag Ziffer 8, für die Beschäftigten in der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg“ vom 30. November 2012 (BV-L). 5

Nr. 3 Abs. 1 BV-L lautet: 6

„Die Beurteilung der Leistung erfolgt durch die unmittelbare disziplinarische Führungskraft ggf. auf der Grundlage von Vorschlägen der jeweiligen Schichtführer, Vorarbeiter bzw. Teamleiter. Die Durchführung der Leistungsbeurteilung erfolgt in der Regel einmal jährlich im Monat März im Rahmen der Mitarbeitergespräche. Die Punktwerte der bis dahin bestehenden Leistungsbeurteilungen werden dazu jeweils im Monat März auf null Punkte gesetzt, um bei der Neubewertung der Leistung den Bezug zum alten Jahr zu vermeiden. Daraus resultiert eine kompl. Neubewertung der Leistung sowie eine Neuberechnung der Leistungszulage. Bis zur Ermittlung der neuen Leistungszulage gem. Punkt 6 dieser Vereinbarung wird die bisherige Leistungszulage unverändert weitergewährt.“

Nr. 7 BV-L regelt den Umgang mit einer unterjährig festgestellten Leistungsminderung: 7

„Bei unterjährig festgestellter Leistungsminderung gilt die Vorgehensweise entsprechend Entgeltrahmen-Tarifvertrag (ERA-TV) für die Beschäftigten der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg (Tarifgebiete I und II) Punkt 8.4 Absatz 2 unverändert.“

In Nr. 8.4 ERA-TV ist geregelt, welche Auswirkungen das Ergebnis einer Leistungsbeurteilung hat: 8

„Ergibt sich aus einer Leistungsbeurteilung eine Erhöhung der Leistungszulage, wird diese ab dem der Festsetzung

folgenden Entgeltabrechnungszeitraum gezahlt.

Eine festgestellte Leistungsminderung ist dem Beschäftigten unverzüglich mitzuteilen. Er erhält seine bisherige Leistungszulage während einer darauffolgenden Übergangszeit von 3 Kalendermonaten weiter. In den letzten 2 Wochen vor Ablauf der Übergangsfrist findet eine neue Leistungsbeurteilung statt, die für die ab dem 4. Monat zu zahlende Leistungszulage maßgebend ist.“

Für Beanstandungen gegen eine Leistungsbeurteilung sehen der ERA-TV und die BV-L ein zweistufiges Verfahren vor paritätisch besetzten Gremien vor. Es beginnt auf Betriebsebene vor der Entgeltkommission und wird ggf. vor der tariflichen Gütestelle fortgesetzt. 9

In Nr. 14.4 Abs. 1 und Abs. 2 ERA-TV ist dazu geregelt: 10

„Beanstandet ein Beschäftigter im Zeitentgelt seine Leistungsbeurteilung und wird dem Einspruch durch den Arbeitgeber nicht stattgegeben, so ist dieser der Entgeltkommission vorzulegen, die den Einspruch unverzüglich zu behandeln hat.

Kommt die Entgeltkommission zu keinem Ergebnis, so ist eine Entscheidung durch die tarifliche Gütestelle unverzüglich herbeizuführen.“

Die BV-L enthält in Nr. 9 Abs. 1 und Abs. 2 folgende Bestimmungen: 11

„Beanstandet ein Beschäftigter im Zeitentgelt seine Leistungsbeurteilung und wird dem Einspruch durch den Arbeitgeber nicht stattgegeben, so ist dieser der Entgeltkommission vorzulegen, die den Einspruch unverzüglich - grundsätzlich aber innerhalb von längstens 4 Wochen - abschließend zu behandeln hat.

Kommt die Entgeltkommission wider Erwarten zu keinem Ergebnis, so ist eine Entscheidung durch die tarifliche Gütestelle unverzüglich herbeizuführen.“

Regelungen zu der tariflichen Gütestelle finden sich in § 17 MTV: 12

„17.1 Falls sich bei Anwendung der tariflichen Bestimmungen sämtlicher zwischen den Tarifvertragsparteien bestehender Tarifverträge in einzelnen Betrieben Schwierigkeiten ergeben, welche die Betriebspartner in direkten Verhandlungen nicht überbrücken kön-

nen, sind die Tarifvertragsparteien verpflichtet, auf Wunsch des einen oder des anderen Betriebspartners in betrieblichen Verhandlungen ihrerseits an der Beilegung der entstandenen Streitigkeiten mitzuwirken.

- 17.2 Zur Beilegung von Streitigkeiten, welche sich nicht auf dem Wege gemäß Ziffer 17.1 bereinigen lassen, soll die tarifliche Gütestelle angerufen werden, ohne dass hierdurch der Rechtsweg ausgeschlossen wird. Die Anrufung erfolgt durch Mitteilung der einen Tarifvertragspartei an die andere.
- 17.3 Die Gütestelle hat unverzüglich, jedoch spätestens innerhalb von drei Wochen nach Antragstellung, zusammenzutreten. Sie setzt sich aus je zwei von den Tarifvertragsparteien von Fall zu Fall zu benennenden Personen zusammen. Den Vorsitz führt abwechselnd die Arbeitgeber- oder die Arbeitnehmerseite.
- 17.4 Kommt eine Einigung zustande, so ist sie schriftlich festzulegen und von den Mitgliedern der Gütestelle und den Parteien des Streitfalles zu unterzeichnen.
- Kommt eine Einigung nicht zustande, kann das Arbeitsgericht angerufen werden.“

Nr. 15 MTV enthält ein zweistufiges Ausschlussfristenregime. 13

Unter dem 26. März 2015 wurde der Kläger mit 64,5 Punkten beurteilt. 14  
Daraus ergab sich eine Leistungszulage iHv. 606,30 Euro brutto monatlich. Am 15. April 2016 erhielt der Kläger eine Leistungsbeurteilung vom 14. März 2016 mit einer Gesamtpunktzahl von 54. Auf ihrer Grundlage verringerte die Beklagte die Leistungszulage seit Juli 2016 um 102,58 Euro brutto monatlich. Der Kläger widersprach der Leistungsbeurteilung mit Schreiben vom 13. Mai 2016 und kündigte an, eine Begründung nachzureichen. Die Beklagte legte den Widerspruch der betrieblichen Entgeltkommission vor, die keine Entscheidung traf. Ein Verfahren vor der tariflichen Gütestelle wurde nicht eingeleitet.

Der Kläger hat behauptet, die Ansprüche mit mehreren Schreiben, ua. 15  
mit Schreiben vom 17. Oktober 2016 und 16. Januar 2017, außergerichtlich geltend gemacht zu haben. Er hat die Klage für zulässig gehalten, obwohl die tarifliche Gütestelle zuvor nicht angerufen worden sei. Nr. 17.2 MTV bestimme eindeutig, dass der Rechtsweg nicht ausgeschlossen sei. Der Arbeitnehmer sei

als Gläubiger des tariflichen Anspruchs nicht Herr des betrieblichen und tariflichen Schlichtungsverfahrens. Die Klage sei begründet. Die Beklagte habe es unterlassen, nach der im Vergleich zum Vorjahr schlechteren Bewertung vom 14. März 2016 eine neue Leistungsbeurteilung nach Nr. 8.4 Abs. 2 Satz 3 ERA-TV vorzunehmen. Unabhängig davon gehe es um einen von der Beklagten behaupteten Leistungsabfall, den die Beklagte darzulegen und zu beweisen habe. Die Ansprüche habe er rechtzeitig geltend gemacht und die Ausschlussfristen gewahrt. Daher bestünden auch Ansprüche auf Zinsen und Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

16

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 923,22 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf je 307,74 Euro seit dem 25. Januar 2017 und 29. März 2017, auf 205,16 Euro seit dem 27. Mai 2017 und auf 102,58 Euro seit dem 15. Juni 2017 sowie einen Verzugsschaden iHv. 280,00 Euro netto zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat bestritten, dass ihr ein Schreiben des Klägers vom 17. Oktober 2016 vorliege. Sie hat die Klage bereits für unzulässig gehalten, jedenfalls für unbegründet. Der Kläger habe das vorgesehene außergerichtliche Verfahren nicht eingehalten. Er hätte seinen Widerspruch begründen und den Fall ggf. vor die tarifliche Gütestelle bringen müssen. Die Beurteilung vom 14. März 2016 sei mit 54 Punkten noch überdurchschnittlich. Deshalb müsse der Kläger darlegen, weshalb er eine höhere Zahl von Punkten in der Leistungsbeurteilung beanspruchen könne. Der Kläger habe die Forderungen teilweise nicht rechtzeitig geltend gemacht. Daher seien sie verfallen.

17

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Sie sei zwar zulässig, aber unbegründet. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Es hat die Klage bereits für unzulässig gehalten. Der Kläger habe das vorgerichtliche Schlichtungsverfahren nicht vollständig durchlaufen, weil die tarifliche Gütestelle nicht mit der Sache befasst

18

worden sei. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Leistungsantrag weiter.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, ob und ggf. mit welchem Inhalt die Beklagte die Leistung des Klägers nach der am 15. April 2016 eröffneten Leistungsbeurteilung vom 14. März 2016 erneut beurteilt hat. Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 19

A. Die auf höhere Leistungszulagen gerichtete Klage ist zulässig. Dem steht nicht entgegen, dass die tarifliche Gütestelle mit der Beanstandung des Klägers nicht befasst wurde. Mit dem zu durchlaufenden innerbetrieblichen und tariflichen Einspruchsverfahren haben die Tarifvertragsparteien keine Prozessvoraussetzung geschaffen. 20

I. Macht ein Arbeitnehmer von seinem Beanstandungsrecht gegen eine Leistungsbeurteilung Gebrauch, sehen ERA-TV und MTV sowie ihnen entsprechend die BV-L ein zwingendes innerbetriebliches und ggf. tarifliches Einspruchsverfahren vor. Nach Nr. 14.4 Abs. 1 ERA-TV, Nr. 9 Abs. 1 BV-L ist die Beanstandung, die ein Arbeitnehmer gegen eine Leistungsbeurteilung erhebt und der der Arbeitgeber nicht abhilft, der paritätischen Entgeltkommission vorzulegen. Kommt diese Kommission zu keinem Ergebnis, ist nach Nr. 14.4 Abs. 2 ERA-TV eine Entscheidung durch die tarifliche Gütestelle herbeizuführen. Die dazu in Nr. 17 MTV getroffenen Regelungen sind aufgrund der Verweisung in Nr. 14.4 Abs. 2 ERA-TV normativ entsprechend anzuwenden. Kommt vor der tariflichen Gütestelle keine Einigung zustande, kann nach Nr. 17.4 Abs. 2 MTV das Arbeitsgericht angerufen werden. 21

II. Mit diesem tariflichen Überprüfungsverfahren haben die Tarifvertragsparteien dem staatlichen Rechtsschutz ein innerbetriebliches und ggf. tarifliches Konfliktlösungsverfahren vorangestellt, dh. vorgeschaltet. Sie haben ersichtlich den Zweck verfolgt, den innerbetrieblichen Sachverstand und den der Tarifvertragsparteien bei der Bewertung der Arbeitsaufgaben zu nutzen. Darin liegt die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens im engeren Sinn. Sie ist mit einer Stillhalteabrede verbunden, einem sog. pactum de non petendo. Im Grundsatz soll damit erst die im Schiedsgutachtenverfahren getroffene Entscheidung gerichtlich überprüft werden können. 22

1. Schiedsgutachten dienen vor allem dazu, den von den Parteien zwar objektiv bestimmten, aber nur mit einer gewissen Sachkunde feststellbaren Vertragsinhalt zu ermitteln. Es handelt sich um privatrechtlich vereinbarte Sachverständigengutachten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens, die Tatsachen klären oder feststellen sollen. Die Parteien erkennen die durch das Gutachten zu treffende Bestimmung bis an die Grenze offener Unrichtigkeit als verbindlich an (*BGH 18. Dezember 2013 - IV ZR 207/13 - Rn. 8; 17. Januar 2013 - III ZR 10/12 - Rn. 13*). Zu unterscheiden sind Schiedsgutachten im engeren und im weiteren Sinn. Hat der Schiedsgutachter nur bestimmte Tatsachen oder Tatbestandsmerkmale festzustellen, handelt es sich um ein Schiedsgutachten im engeren Sinn. Steht dem Schiedsgutachter dagegen rechtsgestaltend die Bestimmung der Leistung zu, ist ein Schiedsgutachten im weiteren Sinn anzunehmen (*BGH 14. Januar 2016 - I ZB 50/15 - Rn. 11; 26. April 1991 - V ZR 61/90 - zu I 1 der Gründe*). 23

2. Es ist tarifrechtlich zulässig, Schiedsgutachter einzusetzen und ihnen bestimmte Aufgaben zu übertragen. Daher können in Tarifverträgen betriebliche Einrichtungen, wie zB paritätische Kommissionen, oder andere Stellen geschaffen werden, denen die Aufgabe eines Schiedsgutachters zukommt. Derartige Schiedsgutachtenvereinbarungen binden ausschließlich materiell-rechtlich und verstoßen deshalb nicht gegen das im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach §§ 4, 101 ArbGG mit wenigen Ausnahmen geltende Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit. Um eine unzulässige Schiedsgerichtsvereinbarung handelt es sich erst 24

dann, wenn der dritten Stelle nicht nur übertragen ist, Tatsachen festzustellen, sondern sie darüber hinaus Tatsachen verbindlich unter einzelne Tatbestandsmerkmale subsumieren darf, etwa im Bereich auszufüllender unbestimmter Rechtsbegriffe (*BAG 26. April 2018 - 3 AZR 738/16 - Rn. 38, BAGE 162, 361; 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 21, BAGE 155, 109; 16. Dezember 2014 - 9 AZR 431/13 - Rn. 27; 20. Januar 2004 - 9 AZR 393/03 - zu B I 2 der Gründe mwN, BAGE 109, 193*).

3. Das Einspruchsverfahren ist ein Schiedsgutachten im engeren Sinn. 25

a) Aus den Bestimmungen des ERA-TV und des MTV ergibt sich zwar nicht ausdrücklich, dass sowohl die innerbetriebliche Entscheidung als auch die der tariflichen Gütestelle nur einer eingeschränkten Überprüfung unterliegen sollen und damit eine Schiedsgutachtenvereinbarung getroffen wurde (*vgl. BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 20, BAGE 155, 109*). Indem die Tarifvertragsparteien mit Nr. 14 ERA-TV und Nr. 17 MTV ein am Grundsatz der Parität orientiertes System geschaffen haben, haben sie den Gremien jedoch die Aufgabe zugewiesen, eine beanstandete Leistungsbeurteilung in analoger Anwendung der §§ 317 ff. BGB zu überprüfen und sie ggf. zu ersetzen. Die Entgeltkommission ist nach Nr. 14.1 Abs. 1 Satz 2 ERA-TV aus jeweils mindestens zwei sachkundigen Beschäftigten gebildet, die vom Arbeitgeber und vom Betriebsrat benannt werden. Nach Nr. 17.3 Satz 2 MTV besteht die tarifliche Gütestelle aus je zwei Personen jeder Tarifvertragspartei. Den Vorsitz führt nach Nr. 17.3 Satz 3 MTV abwechselnd die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite. Daran wird deutlich, dass die Tarifvertragsparteien eine umfassende gerichtliche Überprüfung des in diesem Verfahren gefundenen Ergebnisses nicht gewollt haben. Feststellungen, die sinnvollerweise besser betriebsnah und von sachkundigen Personen getroffen werden können, sollen von den paritätischen Gremien verbindlich getroffen werden (*vgl. BAG 16. Dezember 2014 - 9 AZR 431/13 - Rn. 26*). Darin liegt die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens. 26

b) Das Einspruchsverfahren ist ein Schiedsgutachten im engeren Sinn. 27  
Die Bewertung der Leistung eines Arbeitnehmers mit einer bestimmten Zahl von Punkten ist die Feststellung einer Tatsache aufgrund einer Beurteilung,

nicht die Entscheidung über eine Rechtsfrage. Die Beurteilung ist ein Akt wertender Erkenntnis, bei der dem Beurteilenden ein Beurteilungsspielraum zusteht. Der Beurteilende subsumiert keine bestimmten Tatsachen unter eine Rechtsnorm (vgl. zu § 10 Nr. 14 ERA-TV NRW: BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 22, BAGE 155, 109; zu § 17.2.6 ERA-TV BW: BAG 18. Juni 2014 - 10 AZR 699/13 - Rn. 39, 45, BAGE 148, 271; ebenso schon zu der Leistungszulage nach § 5 des Gehaltsrahmenabkommens vom 19. Februar 1975 für die Angestellten der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie NRW: BAG 22. Januar 1997 - 10 AZR 468/96 - zu III 2 d der Gründe).

4. Das von Nr. 14.4 Abs. 1 und Abs. 2 ERA-TV begründete Erfordernis, das innerbetriebliche und ggf. tarifliche Einspruchsverfahren zu durchlaufen, enthält neben der Vereinbarung eines Schiedsgutachtens im engeren Sinn eine Stillhalteabrede, ein sog. pactum de non petendo. Ein solches pactum de non petendo lässt den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten ebenso unberührt wie die Zulässigkeit der Klage. Eine ohne Schiedsgutachten eingereichte Klage ist verfrüht erhoben und daher als zurzeit unbegründet abzuweisen (vgl. BGH 14. Januar 2016 - I ZB 50/15 - Rn. 7; 8. Juni 1988 - VIII ZR 105/87 - zu II 2 b bb der Gründe).

28

a) Ein Schiedsgutachtenvertrag im engeren Sinn enthält in der Regel die stillschweigende Vereinbarung, dass der Gläubiger gegen den Schuldner aus der Forderung für die Dauer der Erstattung des Gutachtens nicht vorgehen wird. Es handelt sich um eine Abrede, wonach die Feststellung der betroffenen Tatsachen einem Dritten überlassen werden soll. Das hat zur Folge, dass diese Tatsachen einer gerichtlichen Beweisaufnahme (zunächst) unzugänglich sind und die Erfüllung der Forderung (zunächst) weder gerichtlich durchgesetzt noch außergerichtlich verlangt werden kann. Eine Klage ist insgesamt als verfrüht („als zurzeit unbegründet“) abzuweisen, wenn die beweispflichtige Partei die rechtserhebliche Tatsache, deren Feststellung dem Schiedsgutachter übertragen ist, nicht durch Vorlage des Schiedsgutachtens nachweist (BGH 5. November 2015 - III ZR 41/15 - Rn. 40, BGHZ 207, 316; 4. Juli 2013 - III ZR 52/12 - Rn. 28 mwN).

29

b) Mit der Vereinbarung eines innerbetrieblichen und tariflichen Einspruchsverfahrens bei Leistungsbeurteilungen verfolgen die Tarifvertragsparteien den Zweck, den innerbetrieblichen Sachverstand und den der Tarifvertragsparteien bei der Bewertung der Arbeitsaufgaben zu nutzen (vgl. BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 33, BAGE 155, 109). Die staatlichen Gerichte müssen sich den erforderlichen Sachverstand notfalls durch ein Sachverständigen-gutachten nach §§ 144, 402 ff. ZPO verschaffen. Demgegenüber verfügen die Vertreter beider Seiten in den paritätisch besetzten Gremien aus eigener Anschauung über die notwendige Sachkenntnis von den im Betrieb bestehenden Arbeitsaufgaben und ihrer Bewertung (vgl. LAG Baden-Württemberg 2. Februar 2009 - 4 TaBV 1/09 - zu B II 2 b dd der Gründe; Becker FS Löwisch 2007 S. 17, 24). Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn der Arbeitnehmer, der nach seiner Meinung unzutreffend beurteilt wurde, grundsätzlich das vorgesehene Verfahren durchlaufen muss, bevor er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann. 30

5. Entgegen der Ansicht des Klägers entfällt die Notwendigkeit, das Einspruchsverfahren zu durchlaufen, nicht deshalb, weil der Arbeitnehmer nicht Herr dieses Verfahrens ist. Die tariflichen Bestimmungen sehen zwar nicht ausdrücklich vor, wer die paritätisch besetzten Gremien anzurufen hat. Aus ihrer Systematik, ihrem Gesamtzusammenhang und ihrem Zweck folgen jedoch entsprechende Obliegenheiten des Arbeitgebers. Die Obliegenheiten zu befolgen, liegt im eigenen Interesse des mit ihnen belasteten Arbeitgebers, weil er sonst rechtliche Nachteile erleidet (vgl. BGH 23. September 2008 - XI ZR 395/07 - Rn. 14; 11. Oktober 2007 - VII ZR 99/06 - Rn. 17, BGHZ 174, 32; Palandt/Grüneberg 79. Aufl. Einl. vor § 241 BGB Rn. 13). 31

a) Der Einspruch ist nach Nr. 14.4 Abs. 1 ERA-TV gegenüber dem Arbeitgeber zu erheben, der ihm stattgeben kann. Gibt er ihm nicht statt, ist der Einspruch der Entgeltkommission vorzulegen. Der Verfahrensschritt obliegt dem Arbeitgeber. Zu diesem Zeitpunkt hängt es allein von seiner Entscheidung ab, ob das Verfahren in den paritätischen Gremien eingeleitet werden soll. Mit Blick darauf ist es interessengerecht, vorrangig dem Arbeitgeber die Obliegenheit 32

aufzuerlegen, die Gremien anzurufen. Das gilt sowohl für die betriebliche Entgeltkommission als auch für die tarifliche Gütestelle. Nach Nr. 14.4 Abs. 2 ERA-TV wird das Verfahren vor der tariflichen Gütestelle nur fortgesetzt, wenn die betriebliche Entgeltkommission zu keinem Ergebnis gekommen ist. Es handelt sich regelmäßig um das vom Arbeitgeber eingeleitete Verfahren. Deshalb obliegt es ihm, nicht nur den ersten, sondern ggf. auch den zweiten Schritt in diesem Verfahren zu gehen. Zudem besteht die Entgeltkommission ua. aus unmittelbar vom Arbeitgeber benannten Personen. Demgegenüber ist der Arbeitnehmer in diesem Gremium nur mittelbar über den Betriebsrat vertreten. Um zu gewährleisten, dass die Gütestelle nach Nr. 14.4 Abs. 2 ERA-TV unverzüglich entscheiden kann, trifft den Arbeitgeber auch aus diesem Grund die Obliegenheit zu weiterem Handeln.

b) Mit dieser Auslegung von Nr. 14 ERA-TV ist keine mit Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG nicht zu vereinbarende Belastung für den Arbeitnehmer verbunden. 33

aa) Art. 2 Abs. 1 iVm. dem in Art. 20 Abs. 3 GG verbürgten Rechtsstaatsprinzip garantiert den Parteien im Zivilprozess effektiven Rechtsschutz. Danach darf den Prozessparteien der Zugang zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (*BVerfG 23. Juli 2019 - 1 BvR 2032/18 - Rn. 6*). Mit der verfassungsrechtlichen Garantie eines effektiven Rechtsschutzes ist es nicht vereinbar, wenn einem Rechtsinhaber die Durchsetzung seines Rechts in allen in Betracht kommenden Verfahrensarten jeweils ohne sachliche Prüfung mit der Begründung verwehrt wird, die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Begehrens in dieser Verfahrensart seien nicht erfüllt (*BVerfG 13. März 1997 - 1 BvR 116/97 - zu II 2 der Gründe*). 34

bb) Trotz der den Arbeitgeber treffenden Obliegenheit, das Verfahren in den paritätischen Gremien anzustoßen, ist es für den Arbeitnehmer nicht unmöglich oder erheblich erschwert, die Voraussetzungen zu schaffen, damit die Gerichte in der Sache über die Leistungszulage entscheiden können. 35

(1) Einem Arbeitnehmer, der Einspruch gegen eine ihm erteilte Leistungsbeurteilung erhoben hat, bleibt es unbenommen, seinerseits die Gremien anzurufen und damit die Voraussetzungen für eine Entscheidung durch die Gerichte zu schaffen. Aus den Obliegenheiten des Arbeitgebers, die Gremien anzurufen, ergibt sich nicht, dass allein dem Arbeitgeber die Befugnis zusteht, die Beanstandung einer Leistungsbeurteilung vor die Gremien zu bringen. Auch dem Arbeitnehmer steht dieser Weg offen. 36

(2) Schon deshalb ist dem Arbeitnehmer eine Handlungsalternative eröffnet, wenn der Arbeitgeber seinen Obliegenheiten innerhalb angemessener Fristen nicht nachkommt. Daneben kann der Arbeitnehmer in dieser Konstellation unmittelbar Klage auf die Leistungszulage erheben. Es gilt nichts anderes als in dem Fall, in dem die angerufenen Gremien nicht innerhalb der maßgeblichen Fristen tätig werden. Die Arbeitsgerichte haben dann die vom Arbeitgeber erstellte Leistungsbeurteilung zu überprüfen und ggf. nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB zu ersetzen. 37

B. Ob die auf eine höhere Leistungszulage gerichtete Klage begründet ist, kann der Senat nicht selbst entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, ob neben der Leistungsbeurteilung vom 14. März 2016 eine weitere Leistungsbeurteilung nach Nr. 8.4 Abs. 2 Satz 3 ERA-TV erstellt wurde und ob für diese Leistungsbeurteilung ggf. das Verfahren in den paritätischen Gremien abgeschlossen wurde. 38

I. Fehlt eine weitere Leistungsbeurteilung, ist die Klage schon deshalb begründet. Der Kläger hat dann Anspruch auf Leistungsentgelt auf der Grundlage der zuletzt wirksam erstellten Leistungsbeurteilung. 39

1. Nach der Rechtsprechung des Senats setzt die Änderung eines einmal festgelegten Leistungsentgelts - abgesehen von bloßen Fehlerkorrekturen - voraus, dass eine wirksame Neubeurteilung erfolgt ist. Solange eine solche fehlt, ist das bisherige Leistungsentgelt fortzuzahlen (*BAG 18. Juni 2014 - 10 AZR 699/13 - Rn. 34, BAGE 148, 271; ebenso zu früheren tariflichen Regelungen des Leistungsentgelts in der Metallindustrie: BAG 22. Januar 1997 - 10 AZR* 40

468/96 - zu II der Gründe). Die BV-L steht dem nicht entgegen. Unabhängig von der Frage, ob die Betriebsparteien zu einer solchen Regelung befugt sind, haben sie keine Vorschrift geschaffen, nach der die Wirkungen der zuletzt wirksam erteilten Leistungsbeurteilung durch schlichten Zeitablauf entfielen. Nach Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 BV-L werden die Punktwerte der bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Leistungsbeurteilungen jeweils im Monat März auf null Punkte gesetzt, um bei der Neubewertung der Leistung den Bezug zum alten Jahr zu vermeiden. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass es ab diesem Zeitpunkt keine berücksichtigungsfähige Beurteilung mehr gibt, die bis zu einer wirksamen Neubeurteilung gilt. Die Bestimmungen betreffen nur das Verfahren, um eine Leistungsbeurteilung zu erstellen, nicht die Rechtswirkungen der letzten wirksam erteilten Beurteilung. Vielmehr sind die Betriebsparteien davon ausgegangen, dass eine erteilte Leistungsbeurteilung maßgeblich ist, solange keine wirksame Neubeurteilung vorgenommen wird. Das zeigt sich an Nr. 3 Abs. 1 Satz 5 BV-L. Danach wird die bisherige Leistungszulage bis zur Ermittlung der neuen Leistungszulage unverändert weitergewährt.

2. Ergibt sich aus der turnusmäßig erstellten ersten Leistungsbeurteilung, dass der Beurteilte - wie im Streitfall - eine verminderte Leistung erbracht hat, bildet diese Beurteilung keine Grundlage, um die künftige Leistungszulage zu bemessen. Sie stellt keine wirksame Neubeurteilung dar, die dazu berechtigt, das auf der Grundlage einer vorausgegangenen Leistungsbeurteilung festgesetzte Leistungsentgelt abzusenken. 41

a) Nach Nr. 8.4 Abs. 2 Satz 2 ERA-TV gilt im Anschluss an eine Leistungsbeurteilung, die eine Leistungsminderung feststellt, eine Übergangszeit von drei Kalendermonaten. Während dieses Zeitraums wird die bisherige Leistungszulage weitergewährt. In den letzten beiden Wochen vor Ablauf der Frist ist nach Nr. 8.4 Abs. 2 Satz 3 ERA-TV eine weitere Beurteilung zu erstellen. Sie bildet die Grundlage für die ab dem vierten Monat zu zahlende Leistungszulage. 42

b) Der ersten Leistungsbeurteilung kommt damit nur eine Warnfunktion zu. Sie soll dem Arbeitnehmer einen Leistungsabfall vor Augen führen und ihm er- 43

möglichen, seine Leistung binnen eines Zeitraums von drei Kalendermonaten zu verbessern. Sie bildet zu keinem Zeitpunkt die Grundlage für die zu gewährende Leistungszulage. Während des Übergangszeitraums wird nach Nr. 8.4 Abs. 2 Satz 2 ERA-TV die bisherige Leistungszulage weitergewährt, die auf der vorangegangenen Leistungsbeurteilung beruht. Ab dem vierten Monat ist nach Nr. 8.4 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 ERA-TV die neue, dh. die zweite Leistungsbeurteilung maßgeblich.

c) Die Pflicht, eine weitere Beurteilung vorzunehmen, gilt bei jeder vorgenommenen Leistungsbeurteilung, die eine Leistungsminderung feststellt. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Auffassung der Beklagten ist die Bestimmung nicht nur bei einer unterjährig festgestellten Leistungsminderung anzuwenden. 44

aa) Dies ergibt sich aus Wortlaut, Systematik, Gesamtzusammenhang und Zweck der tariflichen Regelung. Der Wortlaut lässt keinen Rückschluss auf einen eingeschränkten Anwendungsbereich zu. Die Bestimmung betrifft Leistungsminderungen. Zu welchem Zeitpunkt oder in welchem Rahmen die Feststellung erfolgt ist, ist nicht geregelt. Aus der Gesamtschau der Regelungen in Nr. 8.4 ERA-TV ergibt sich, dass eine neue Leistungsfeststellung - jedenfalls auch - zu erstellen ist, wenn eine turnusmäßige Leistungsbeurteilung eine Leistungsminderung feststellt. Nr. 8.4 Abs. 1 ERA-TV regelt den Fall, in dem eine Leistungsbeurteilung zu einer Erhöhung der Leistungszulage führt. Nr. 8.4 Abs. 2 ERA-TV regelt dagegen die Konstellation, in der eine Leistungsminderung festgestellt wird. Nr. 8.4 ERA-TV verwendet zwar in Abs. 2 Satz 1 nicht ausdrücklich den Begriff der Leistungsbeurteilung. Erlaubte dies den Schluss, dass die Tarifnorm nicht auf turnusmäßige Leistungsbeurteilungen zur Anwendung käme, fehlte jedoch genau für diesen Fall eine Regelung, ab welchem Zeitpunkt sich eine schlechtere Beurteilung auf das Leistungsentgelt auswirkte. Daher ist Nr. 8.4 Abs. 2 ERA-TV so zu verstehen, dass die Vorschrift jedenfalls dann anzuwenden ist, wenn eine turnusmäßige Beurteilung eine Leistungsminderung feststellt. 45

bb) Dem stehen die Regelungen der BV-L nicht entgegen. Es kann offenbleiben, ob ihnen, insbesondere Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 und Nr. 7 BV-L, ein Inhalt entnommen werden kann, der in Widerspruch zu der tariflichen Bestimmung in Nr. 8.4 Abs. 2 Satz 3 ERA-TV steht. Die Betriebsparteien sind jedenfalls nicht befugt, eine vom ERA-TV abweichende Regelung zu treffen. Sie können sich nicht auf Nr. 8.5 Abs. 1 und Abs. 3 ERA-TV berufen. Danach ist von den Betriebsparteien ein anzuwendendes Beurteilungsverfahren zu vereinbaren, wobei die Betriebsvereinbarung ein oder mehrere Beurteilungsverfahren vorsehen kann. Mit dem Begriff „Beurteilungsverfahren“ haben die Tarifvertragsparteien die Vorgehensweise bezeichnet, anhand welcher Kriterien und mit welchem Maßstab die Leistungen der Arbeitnehmer zu bewerten sind. Dies kommt deutlich in Nr. 8.5 Abs. 4 ERA-TV zum Ausdruck, die den Betriebsparteien das in der Anlage 1 dargestellte Verfahren empfiehlt. Anlage 1 umfasst einen Beurteilungsbogen, der fünf Beurteilungsmerkmale sowie fünf Beurteilungsstufen benennt und erläutert. Den Betriebsparteien steht damit offen, den Weg zu gestalten, der zu beschreiten ist, um das Leistungsergebnis zu ermitteln. Ihnen ist aber keine Kompetenz eröffnet zu regeln, wie mit dem festgestellten Ergebnis weiter umzugehen ist. 46

3. Die fehlende neue Beurteilung ist weder durch die paritätischen Gremien noch durch die Gerichte nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB zu ersetzen. Die Entscheidungskompetenz der paritätischen Gremien und der an ihre Stelle tretenden Gerichte ist in diesem Fall nicht eröffnet. 47

a) Die paritätischen Gremien werden als Schiedsgutachter tätig. Sie überprüfen bei einer Beanstandung, ob die Leistungsbeurteilung im Betrieb zutreffend vorgenommen wurde (*BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 33, BAGE 155, 109*). Nach der Konzeption der tariflichen Bestimmungen sind die paritätischen Gremien erst dann zuständig, wenn eine Leistungsbeurteilung erstellt wurde, die die Grundlage für die Bemessung der Leistungszulage bildet. Dazu zählt die erste Leistungsbeurteilung, die eine Leistungsminderung feststellt, - wie ausgeführt - nicht. Nur die zweite Leistungsbeurteilung erfüllt wegen Nr. 8.4 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 ERA-TV diese Anforderungen. Unterlässt es der 48

Arbeitgeber, eine solche Bewertung zu erstellen, bleibt für die Tätigkeit der Gremien und der an ihre Stelle tretenden Gerichte kein Raum. Eine ausdrückliche Regelung, dass die Gremien auch in diesem Fall angerufen werden können, enthält der ERA-TV nicht.

b) Für den Arbeitnehmer ist dies nicht mit unzumutbaren Nachteilen verbunden. 49

aa) Unterlässt es der Arbeitgeber, die turnusmäßige Leistungsbeurteilung nach Nr. 8.5 Abs. 2 ERA-TV vorzunehmen, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung des Leistungsentgelts, das nach der zuletzt wirksam vorgenommenen Leistungsbeurteilung bemessen wird. Eine wirksam erstellte Leistungsbeurteilung wirkt fort, bis eine Neubeurteilung wirksam vorgenommen wurde. Der Arbeitnehmer behält in diesem Fall seinen Erfüllungsanspruch auf die Leistungszulage in der bisherigen Höhe (vgl. BAG 18. Juni 2014 - 10 AZR 699/13 - Rn. 34, BAGE 148, 271). Er ist nicht darauf verwiesen, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Die Situation unterscheidet sich von der einer unterbliebenen Zielvereinbarung. Zu erreichende Ziele sind festgelegt. Es fehlt lediglich die Beurteilung, ob die nach dem anzulegenden Beurteilungsverfahren vorgegebenen Kriterien erfüllt und die gesteckten Ziele erreicht wurden (zu einer fehlenden Zielvereinbarung: BAG 20. März 2013 - 10 AZR 8/12 - Rn. 42; 10. Dezember 2008 - 10 AZR 889/07 - Rn. 12 ff.; 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 44 ff., BAGE 125, 147). 50

bb) Ein Schadensersatzanspruch kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber die turnusmäßige Leistungsbeurteilung nicht vorgenommen hat und der Arbeitnehmer meint, ihm stehe aufgrund einer Leistungssteigerung eine höhere Leistungszulage zu. Der Arbeitnehmer kann die Differenz zwischen der Leistungszulage auf der Grundlage der zuletzt wirksam vorgenommenen Leistungsbeurteilung und dem von ihm verlangten Leistungsentgelt als Schaden nach § 280 Abs. 1, Abs. 2 iVm. § 286 BGB geltend machen. Die Situation ist vergleichbar mit derjenigen, in der der Arbeitgeber überhaupt keine Leistungsbeurteilung erstellt hat. Auch in diesem Fall sind ohne entsprechende tarifliche Bestimmungen weder die paritätischen Gremien noch an ihrer Stelle die Gerichte zustän- 51

dig. Der Arbeitnehmer ist auf einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs beschränkt, der auf den Verzögerungsschaden gerichtet ist (*zu einer fehlenden erstmaligen Leistungsbeurteilung BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 229/11 (F) - Rn. 19 ff.*).

II. Wurde eine weitere Leistungsbeurteilung iSv. Nr. 8.4 Abs. 2 Satz 3 ERA-TV erstellt, ist sie vom Landesarbeitsgericht zu überprüfen. Die Prüfungskompetenz der Gerichte für Arbeitssachen ist jedoch erst eröffnet, wenn das vorgesehene innerbetriebliche und ggf. tarifliche Verfahren durchlaufen ist. Entsprechendes gilt, wenn eine Entscheidung der Gremien innerhalb einer angemessenen Frist nicht ergeht. 52

1. Ist eine abschließende Entscheidung der paritätischen Gremien getroffen, ist nach Nr. 17.4 Abs. 2 MTV die Klage zu den Arbeitsgerichten möglich. Mit dem in den hier maßgeblichen Tarif- und Betriebsnormen vorgesehenen Verfahren vor paritätischen Gremien ist das Verständnis verbunden, dass Entscheidungen, die in diesem Verfahren ergangen sind, keiner umfassenden gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden sollen. Vielmehr sind die ergangenen Entscheidungen im arbeitsgerichtlichen Prozess in entsprechender Anwendung der §§ 317, 319 BGB nur eingeschränkt zu überprüfen (*BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 23, BAGE 155, 109; 18. Juni 2014 - 10 AZR 699/13 - Rn. 45, BAGE 148, 271; 20. Januar 2004 - 9 AZR 393/03 - zu B I 4 der Gründe, BAGE 109, 193; 22. Januar 1997 - 10 AZR 468/96 - zu III 3 der Gründe*). 53

a) Die Überprüfung richtet sich zunächst darauf, ob die Entscheidung in dem tariflich vorgesehenen Verfahren ergangen ist und ob die zugrunde liegenden Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind. Verfahrensfehler sind beachtlich, wenn sie sich auf das Ergebnis ausgewirkt haben können. Die Entscheidung ist dann unverbindlich (*BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 24, BAGE 155, 109; 20. Januar 2004 - 9 AZR 393/03 - zu B I 4 der Gründe, BAGE 109, 193*). 54

b) In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die wertende und beurteilende Entscheidung der Kommission oder Gütestelle entsprechend § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB offenbar unrichtig ist. Die Vorschrift ist entsprechend anzuwenden, weil die paritätischen Gremien keine Ermessensentscheidung, sondern auf der Grundlage ihres besonderen Sachverständs eine „richtige“ Tatsachenfeststellung zu treffen haben, die nur mittelbar der Bestimmung der Leistung dient (vgl. *BGH 4. Juli 2013 - III ZR 52/12 - Rn. 27; MüKoBGB/Würdinger 8. Aufl. § 317 Rn. 39; Staudinger/Rieble [2015] § 317 Rn. 21*). Eine Leistungsbestimmung im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 319 BGB ist unverbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Da die in einem Schiedsgutachten getroffene Feststellung als solche nicht „unbillig“ sein kann, sondern nur darauf zu überprüfen ist, ob sie den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, kann sie bei entsprechender Anwendung des § 319 BGB nur dann nicht verbindlich sein, wenn sie offenbar unrichtig ist (*BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 25, BAGE 155, 109; 18. Dezember 1980 - 2 AZR 934/78 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 34, 365; BGH 17. Januar 2013 - III ZR 10/12 - Rn. 13, 16*). Die offenbare Unrichtigkeit steht der offenbaren Unbilligkeit gleich (*MüKoBGB/Würdinger aaO; Erman/Hager BGB 15. Aufl. § 319 Rn. 3*).

c) Auf die Fragen der Darlegungs- und Beweislast, wie sie der Senat in seinem Urteil vom 18. Juni 2014 (- 10 AZR 699/13 - Rn. 40 ff., *BAGE 148, 271*) dargestellt hat, kommt es dann nicht an. Vielmehr ist derjenige, der sich gegen die Entscheidung der paritätischen Gremien wendet, für die Umstände darlegungs- und beweispflichtig, aus denen sich die offenbare Unrichtigkeit der Entscheidung der Gremien ergeben soll (*BAG 17. April 1996 - 10 AZR 558/95 - zu 4 e der Gründe; BGH 21. April 1993 - XII ZR 126/91 - zu 5 a der Gründe*). Die beweisbelastete Partei muss schlüssig Mängel des Schiedsgutachtens behaupten, damit das Gericht über sie Beweis erheben kann (*MüKoBGB/Würdinger 8. Aufl. § 319 Rn. 12*).

2. Ist der Arbeitgeber seinen Obliegenheiten, die paritätischen Gremien innerhalb angemessener Fristen anzurufen, nicht nachgekommen oder ist eine abschließende Entscheidung der Gremien innerhalb der maßgeblichen Fristen nicht ergangen, ist die Tatsachenfeststellung in analoger Anwendung von § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB durch das Gericht vorzunehmen. 57
- a) Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die Leistung immer dann durch das Gericht bestimmt werden soll, wenn sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist. Undurchführbar ist die Leistungsbestimmung schon dann, wenn die hierzu verpflichtete Partei den Schiedsgutachter nicht innerhalb angemessener Zeit benennt, ohne dass es dabei auf ihr Verschulden ankommt (*BGH 4. Juli 2013 - III ZR 52/12 - Rn. 31*). Entsprechendes gilt, wenn eine Partei ihrer Obliegenheit, den Schiedsgutachter anzurufen, nicht rechtzeitig nachkommt. Mit dem Übergang der anstelle der Bestimmungspflicht bestehenden Pflicht zur Tatsachenfeststellung auf das Gericht in entsprechender Anwendung von § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB tritt das Gericht an die Stelle des Schiedsgutachters. Die gerichtliche Tatsachenfeststellung ersetzt die Entscheidungen der paritätischen Gremien (*vgl. BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 40, 45, BAGE 155, 109; BGH 4. Juli 2013 - III ZR 52/12 - Rn. 32*). 58
- b) Die richterliche Ersatzbestimmung in entsprechender Anwendung von § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB ist auf der Grundlage des Vortrags der Parteien zu treffen. Eine Darlegungs- und Beweislast im prozessualen Sinn besteht insoweit nicht. Jede Partei ist jedoch gehalten, die für ihre Position sprechenden Umstände vorzutragen, weil das Gericht nur die ihm bekannten Umstände in seine Tatsachenfeststellung einbringen kann (*vgl. BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 44, BAGE 155, 109*). 59
- III. Ggf. entstandene Ansprüche auf eine höhere Leistungszulage könnten wieder erloschen sein, wenn der Kläger die tariflichen Ausschlussfristen nicht gewahrt haben sollte. 60

1. Dabei ist zu erwägen, ob die Ausschlussfristen der Nr. 15 MTV einschränkend auszulegen sind. Das ist der Fall, wenn der mit der Ausschlussfrist verfolgte Zweck, dem Schuldner zeitnah Gewissheit zu verschaffen, mit welchen Ansprüchen er zu rechnen hat, durch eine einmalige Geltendmachung erreicht wird. Die einschränkende Auslegung ist insbesondere dann geboten, wenn bei unveränderter rechtlicher und tatsächlicher Lage ein Anspruch aus einem ständig gleichen Grundtatbestand entsteht und der Wortlaut des Tarifvertrags die Geltendmachung künftiger Ansprüche nicht von vornherein ausschließt (*BAG 8. Mai 2018 - 9 AZR 586/17 - Rn. 38; 24. August 2016 - 5 AZR 853/15 - Rn. 35 mwN*). 61

2. Soweit der Kläger die erste Stufe der Ausschlussfrist nicht dadurch gewahrt haben sollte, dass er die Ansprüche klageweise geltend gemacht hat, ist zu klären, ob und ggf. wann der Beklagten die außergerichtlichen Schreiben des Klägers zugegangen sind (*zu der schriftlichen Geltendmachung durch Klageerhebung: BAG 16. März 2016 - 4 AZR 421/15 - Rn. 19, BAGE 154, 252*). Das gilt auch mit Blick auf die Ansprüche, hinsichtlich derer sich die Beklagte nicht auf einen Verfall berufen und den Zugang der entsprechenden Geltendmachungsschreiben nicht in Abrede gestellt hat. Eine anzuwendende oder geltende tarifliche Verfallfrist ist von Amts wegen zu beachten. Der Schuldner muss sich nicht auf ihre Wirkung berufen, weil es sich um eine rechtsvernichtende Einwendung handelt (*für die st. Rspr. BAG 16. März 2016 - 4 AZR 421/15 - Rn. 14, aaO*). Soweit der Kläger behauptet hat, das Schreiben vom 17. Oktober 2016 auf dem normalen Postweg übersandt zu haben, ist den Parteien Gelegenheit zu weiterem Sachvortrag zu geben, mit dem sie der geltenden abgestuften Darlegungs- und Beweislast Rechnung tragen können (*vgl. dazu BAG 12. Dezember 2018 - 5 AZR 588/17 - Rn. 40 f.*). 62

C. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Nebenforderungen zu befinden haben. Soweit die Klage auf die Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB gerichtet ist, ist sie derzeit unzulässig (*vgl. dazu BAG 30. Oktober 2019 - 10 AZR 177/18 - Rn. 18 mwN*). Sie genügt nicht den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger hat bislang nicht angegeben, auf welche der elf Monate 63

der verlangten höheren Leistungszulagen sich die Pauschalen beziehen, die er nur für sieben Monate geltend gemacht hat. Dazu ist ihm vom Landesarbeitsgericht Gelegenheit zu geben.

Gallner

Brune

Pessinger

Fieback

Klein