

# BUNDESA RBEITSGERICHT



4 AZR 179/10  
5 Sa 65/09  
Sächsisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
14. Dezember 2011

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Bepler, den Richter am Bundesarbeitsgericht

Creutzfeldt, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtlichen Richter Hannig und Drechsler für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 10. Februar 2010 - 5 Sa 65/09 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, welche tariflichen Regelungen aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis anzuwenden sind. 1

Die Klägerin ist seit 1974 als Arbeitnehmerin bei der Beklagten und ihren Rechtsvorgängern beschäftigt. In dem schriftlichen Änderungsvertrag vom 16. Januar 1992, der seinerzeit mit der Deutschen Bundespost Telekom geschlossen wurde, heißt es ua.: 2

„Für das Arbeitsverhältnis gelten

- der ‚Tarifvertrag für die Angestellten der Deutschen Bundespost TELEKOM (TV Ang-O)‘ und die sonstigen Tarifverträge für die Angestellten der Deutschen Bundespost TELEKOM im Beitrittsgebiet

...

in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Vertragsparteien vereinbart. ...“

Im Zuge der sog. Postreform II wurden die Geschäftsbereiche der Deutschen Bundespost durch das Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft (*vom 14. September 1994, BGBl. I S. 2325, 2339 - Postumwandlungsgesetz - PostUmwG*) privatisiert. Aus dem Geschäftsbereich, in dem die Klägerin tätig gewesen war, entstand nach § 1 Abs. 2 dritter Spiegelstrich PostUmwG die 3

Deutsche Telekom AG (*nachfolgend DT AG*). Das Arbeitsverhältnis der Klägerin wurde zum 1. Januar 1995 gemäß § 21 Abs. 1 dritter Spiegelstrich des Gesetzes zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost (*vom 14. September 1994, BGBl. I S. 2325, 2353 - Postpersonalrechtsgesetz - PostPersRG*) auf die DT AG übergeleitet.

Die DT AG vereinbarte in der Folgezeit mit der Deutschen Postgewerkschaft (*DPG*) Tarifverträge, die ua. die zuvor zwischen der Deutschen Bundespost und der DPG geschlossenen Tarifverträge für die Arbeiter und Angestellten der Deutschen Bundespost in Ost und West (*darunter den TV Ang-O*) für den Bereich der DT AG abänderten. Eine weitgehende Ablösung der vormals mit der Deutschen Bundespost geschlossenen und auch noch nachfolgend geänderten Tarifverträge erfolgte anlässlich der Einführung des „Neuen Bewertungs- und Bezahlungssystems - NBBS“ zum 1. Juli 2001 in einem gesonderten Übergangstarifvertrag, dem Tarifvertrag zur Umstellung auf das NBBS.

Auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin wurden stets die jeweiligen für sie einschlägigen Tarifverträge der Deutschen Bundespost Telekom und später die der DT AG angewendet.

Mit Wirkung ab dem 1. September 2007 wurde die Kundenniederlassung Spezial der DT AG, in der die Klägerin beschäftigt war, von der Beklagten, einer Tochtergesellschaft der DT AG, übernommen. Die Beklagte wandte auf das infolge Betriebsübergangs auf sie übergegangene Arbeitsverhältnis der Klägerin fortan den zwischen ihr und der Gewerkschaft ver.di vereinbarten Tarifvertrag zur Umsetzung des Beschäftigungsbündnisses (*Umsetzungs-Tarifvertrag, UTV*) in der Fassung vom 1. März 2004 an, der Abweichungen von den Tarifverträgen der DT AG enthält, ua. bei der Arbeitszeit und beim Entgelt. Im April 2008 forderte die Klägerin die Beklagte erfolglos auf, künftig wieder die Tarifverträge der Deutschen Telekom AG auf ihr Arbeitsverhältnis anzuwenden.

Zum 1. Dezember 2008 erfolgte ein weiterer Betriebsübergang. Die Klägerin widersprach diesem Übergang zur T GmbH mit Schreiben vom 26. November 2009. Ihre anschließende Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsver-

hältnis zu der Beklagten unverändert fortbesteht, hat das Arbeitsgericht Bonn am 4. Mai 2010 abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht Köln hat die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin am 10. November 2010 zurückgewiesen und die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Die dagegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hat das Bundesarbeitsgericht am 18. August 2011 zurückgewiesen (- 8 AZN 389/11 -).

Mit ihrer am 26. Juni 2008 eingereichten Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, dass auf das Arbeitsverhältnis die Tarifverträge der DT AG mit dem Regelungsbestand vom 31. August 2007 anzuwenden sind. Bei der im Arbeitsvertrag vereinbarten Bezugnahmeklausel handele es sich um eine kleine dynamische Bezugnahme, die das Tarifwerk der Deutschen Bundespost und später dasjenige der DT AG zur Anwendung bringe. Eine Tarifwechselklausel sei nicht vereinbart worden, weshalb der UTV nicht anzuwenden sei.

8

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

9

festzustellen, dass auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien die Tarifverträge der Deutschen Telekom AG, Tarifstand 31. August 2007, Anwendung finden.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie sei unzulässig, da seit dem weiteren Betriebsübergang am 1. Dezember 2008 die Klägerin nicht mehr Arbeitnehmerin der Beklagten und der Feststellungsantrag deshalb nur noch rein vergangenheitsbezogen sei.

10

Zudem habe die Klägerin ihr Klagerecht verwirkt. Spätestens mit Zugang des Unterrichtungsschreibens vom 26. Juli 2007 sei die Klägerin über die ihr aus dem bevorstehenden Betriebsübergang zur Beklagten erwachsenden rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen und die Auffassung der Beklagten zur Auslegung der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel informiert gewesen. Bis zur Geltendmachung im April 2008 sei sie fast neun Monate untätig geblieben, auch trotz monatlicher Vergütungsabrechnungen, aus denen die wirtschaftlichen Nachteile der Anwendung des UTV anstatt der Tarifverträge der DT AG deutlich abzulesen gewesen seien. Unzulässig sei die Klage auch, weil sie keine Klarheit schaffe, welche Tarifverträge der DT AG anwendbar seien. Die Klägerin habe diejenigen Regelungskomplexe bezeichnen müssen, die auf ihr

11

Arbeitsverhältnis Anwendung finden sollen. Daher fehle das Feststellungsinteresse.

Darüber hinaus sei die Klage unbegründet. Mit dem Betriebsübergang seien die für die DT AG geltenden Tarifbestimmungen durch den bei ihr geltenden UTV ersetzt worden. Zwar sei die vertragliche Verweisung, die als Gleichstellungsabrede auszulegen sei, womöglich zunächst als sog. kleine dynamische Bezugnahmeklausel angelegt gewesen. Sie sei jedoch aufgrund besonderer Umstände ergänzend als begrenzte Tarifwechselklausel auszulegen. Ab dem 1. Juli 2001 habe eine planwidrige Regelungslücke bestanden, weil die Tarifverträge vom Wortlaut der Klausel nicht erfasst seien. Aus der zeitdynamischen Inbezugnahme des Tarifwerks der Deutschen Bundespost Telekom ergebe sich der Parteiwille, auch die Tarifverträge der DT AG und die ihrer Nachfolgeeinheiten in Bezug zu nehmen. Die Vertragspraxis der Parteien zeige auch deren Willen, die jeweils einschlägigen Tarifverträge anzuwenden. So habe die Klägerin widerspruchlos die Anwendung der Tarifverträge der DT AG auf ihr Arbeitsverhältnis akzeptiert. Zudem habe mit der Gewerkschaft ver.di stets diejenige Gewerkschaft gehandelt, die - früher noch als Deutsche Postgewerkschaft - die im Arbeitsvertrag benannten sowie die Nachfolgetarifverträge geschlossen habe. Es handele sich um eine unternehmensübergreifende und konzernbezogene Tarifeinigung mit Ablösungswillen. Diese Tarifsukzession setze sich mit der Aufgliederung in immer kleinere Konzerngesellschaften fort. Es sei Sinn und Zweck der Gleichstellungsabrede, gleiche Arbeitsbedingungen in dem jeweiligen Konzernunternehmen der DT AG sicherzustellen.

12

Das Arbeitsgericht hat der Feststellungsklage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

13

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Feststellungsklage ist zulässig und begründet. Die Klägerin kann die Anwendung der Tarifverträge der DT AG mit dem Regelungsstand vom 31. August 2007 auf ihr Arbeitsverhältnis aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel verlangen. 14

I. Die Feststellungsklage ist zulässig. 15

1. Eine Feststellungsklage kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken - sog. Elementfeststellungsklage -. Auch die Anwendbarkeit eines bestimmten Tarifvertrages oder Tarifwerks auf ein Arbeitsverhältnis kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein (*st. Rspr., s. nur BAG 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 11 mwN, BAGE 128, 165*). Solange sich nach dem Klagevortrag noch Rechtsfolgen für Gegenwart oder Zukunft ergeben, kann auch ein vergangenes Rechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein (*vgl. bspw. BAG 4. Mai 2010 - 9 AZR 184/09 - Rn. 22, BAGE 134, 202; 16. Oktober 2007 - 9 AZR 144/07 - Rn. 20 mwN, AP GewO § 106 Nr. 2*). 16

2. Der Feststellungsantrag der Klägerin ist dahin gehend zu verstehen, dass er, obwohl er nach seinem Wortlaut nur gegenwartsbezogen formuliert ist, darauf gerichtet ist, dass die Klägerin die Anwendbarkeit der im Antrag genannten Tarifverträge ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs, dem 1. September 2007, im Verhältnis zur Beklagten aus der Sicht bei Klageerhebung auch für die Zukunft festgestellt wissen will, ggf. nach Maßgabe des Günstigkeitsprinzips gem. § 4 Abs. 3 TVG. Das ergibt sich aus dem gesamten Vorbringen der Klägerin. Mit dem Feststellungsantrag kann der Streit der Parteien über Grund und Umfang insbesondere der bei Klageerhebung zukünftigen Leistungspflichten geklärt werden, die sich aus der Bezugnahmeklausel in ihrem Arbeitsvertrag ergeben. Die Klägerin hat ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass das 17

Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Dass die Beklagte einer gerichtlichen Feststellung nicht Folge leisten will, ist nicht ersichtlich. Aufgrund der Befriedungsfunktion eines Feststellungsurteils ist die Klägerin auch nicht gehalten, eine Leistungsklage zu erheben (*BAG 5. November 2003 - 4 AZR 632/02 - zu I 2 a der Gründe, BAGE 108, 224; 9. Mai 2007 - 4 AZR 319/06 - Rn. 15, AP BGB § 305c Nr. 8 = EzA BGB 2002 § 305c Nr. 12*). An der Zulässigkeit der Feststellungsklage ändert sich nichts durch die im Laufe des Rechtsstreits erfolgte Beendigung des Arbeitsverhältnisses (*vgl. ebenso BAG 3. Dezember 2003 - 10 AZR 124/03 - zu B II 1 der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Musiker Nr. 19*).

3. Der Antrag ist auch hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 18  
Der Klägerin geht es ersichtlich um die Feststellung der Anwendbarkeit der Tarifverträge der DT AG als vertraglicher Inhalt des Arbeitsverhältnisses infolge arbeitsvertraglicher Bezugnahme. Genau das ist zwischen den Parteien umstritten. Ob daneben die von der Beklagten geschlossenen Haustarifverträge kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis gelten, ist nicht Gegenstand des Feststellungsinteresses der Klägerin und muss auch nicht in einem vorweggenommenen Vergleich nach dem Günstigkeitsprinzip, § 4 Abs. 3 TVG, geklärt werden.

II. Wie der Senat bereits am 6. Juli 2011 und am 16. November 2011 in 19  
seinen Urteilen zu gleich gelagerten Rechtsstreitigkeiten, auf die zugleich insgesamt verwiesen wird (*ua. - 4 AZR 494/09 - und - 4 AZR 706/09 -*), im Einzelnen begründet hat, ist die Feststellungsklage begründet. Die Tarifverträge der DT AG sind kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis der Parteien mit dem tariflichen Regelungsbestand vom 31. August 2007, dem Tag vor dem Betriebsübergang auf die Beklagte, anzuwenden. Das ergibt eine ergänzende Auslegung der vereinbarten Bezugnahmeklausel, bei der es sich um eine sog. Gleichstellungsabrede iSd. früheren Senatsrechtsprechung handelt. Diese erfasst nach dem Betriebsübergang auf die Beklagte allerdings nicht den von ihr geschlossenen Haustarifvertrag UTV, weil sie auch im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung weder als Tarifwechselklausel noch als

eine Bezugnahmeklausel verstanden werden kann, die jedenfalls auf die im Konzern der DT AG für die einzelnen Konzernunternehmen jeweils einschlägigen Tarifverträge verweist.

1. Die Parteien stimmen zu Recht darin überein, dass es sich bei der Bezugnahmeregelung in dem 1992 geschlossenen Änderungsvertrag um eine sog. Gleichstellungsabrede iSd. früheren Senatsrechtsprechung handelt. 20

a) Nach dieser Rechtsprechung waren bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers - anders als bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern - Verweisklauseln wie diejenige in dem Arbeitsvertrag der Parteien in aller Regel als sog. Gleichstellungsabreden auszulegen. Dies beruhte auf der Vorstellung, dass mit einer solchen von einem tarifgebundenen Arbeitgeber gestellten Vertragsklausel lediglich die möglicherweise fehlende Gebundenheit des Arbeitnehmers an die im Arbeitsvertrag genannten Tarifverträge ersetzt werden soll, um jedenfalls zu einer vertraglichen Anwendung des einschlägigen Tarifvertrages zu kommen und damit - bei deren genereller Verwendung - zu dessen Geltung für alle Beschäftigten (*vgl. nur BAG 21. August 2002 - 4 AZR 263/01 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 102, 275; 25. September 2002 - 4 AZR 294/01 - zu II 2 f bb der Gründe, BAGE 103, 9; 1. Dezember 2004 - 4 AZR 50/04 - zu I 2 a der Gründe, BAGE 113, 40*). Diese Auslegungsregel hält der Senat nicht mehr aufrecht. Er wendet sie aus Gründen des Vertrauensschutzes aber weiterhin auf die Verweisklauseln in Arbeitsverträgen an, die vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 1. Januar 2002 abgeschlossen worden sind (*st. Rspr., vgl. nur BAG 18. November 2009 - 4 AZR 514/08 - Rn. 18 und 22 jeweils mwN, BAGE 132, 261; 26. August 2009 - 4 AZR 285/08 - Rn. 49, BAGE 132, 10; 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - Rn. 26 ff., BAGE 122, 74; 14. Dezember 2005 - 4 AZR 536/04 - Rn. 24 ff., BAGE 116, 326*). 21

b) Da die im Arbeitsvertrag enthaltene Verweisung auf die Tarifverträge der Deutschen Bundespost Telekom im Jahre 1992 vereinbart worden ist, kommt bei deren Auslegung weiterhin die frühere Senatsrechtsprechung zum Tragen. Danach ist die Bezugnahmeklausel des Arbeitsvertrages eine Gleichstellungsabrede. Sie verweist auf die fachlich einschlägigen Tarifverträge, an 22

die die damalige Arbeitgeberin tarifgebunden war. Auf diese Weise sind deren Regelungen mit der sich aus dem Charakter als Gleichstellungsabrede ergebenden Maßgabe Inhalt des Arbeitsvertrages der Klägerin geworden.

2. Nach dem Arbeitsvertrag ist für das Arbeitsverhältnis die Anwendung der Bestimmungen des Tarifvertrages für die Angestellten der Deutschen Bundespost Telekom - TV Ang-O - und der sonstigen für das „Beitrittsgebiet“ vereinbarten Tarifverträge für die Angestellten der Deutschen Bundespost Telekom in ihrer jeweiligen Fassung vereinbart. Diese Abrede enthält eine dynamische Bezugnahme auf die genannten Tarifverträge der Deutschen Bundespost Telekom. 23

a) Bei dem zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrag handelt es sich um einen Formularvertrag, dessen Inhalt als Allgemeine Geschäftsbedingung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen ist, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Ansatzpunkt für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Von Bedeutung für das Auslegungsergebnis sind ferner der von den Vertragsparteien verfolgte Regelungszweck sowie die der jeweils anderen Seite erkennbare Interessenlage der Beteiligten (*BAG 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - Rn. 15, BAGE 134, 283; 16. Dezember 2009 - 5 AZR 888/08 - Rn. 12, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 73 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 44*). Die Auslegung durch das Landesarbeitsgericht kann vom Revisionsgericht ohne Einschränkung überprüft werden (*st. Rspr., vgl. nur BAG 30. August 2000 - 4 AZR 581/99 - zu I 1 b der Gründe mwN, BAGE 95, 296*). Dies gilt auch für Bezugnahmeklauseln (*BAG 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - aaO; 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - Rn. 24, BAGE 122, 74*). 24

- b)        Danach enthält der Arbeitsvertrag eine zeitdynamische Bezugnahme auf die jeweiligen Regelungen des TV Ang-O einschließlich der hierzu geschlossenen sonstigen Tarifverträge, die aber nicht inhaltldynamisch ausgestaltet ist. 25
- aa)       Im Arbeitsvertrag knüpfen die Parteien hinsichtlich der Arbeitsbedingungen an die für das „Beitrittsgebiet“ tariflich vereinbarten Regelungen für den Angestelltenbereich im Bereich der damaligen Deutschen Bundespost Telekom an und gestalten sie zeitdynamisch. Für das Arbeitsverhältnis sollte allerdings nicht nur der in der Bezugnahmeklausel genannte TV Ang-O in der jeweils gültigen Fassung gelten; es sollen auch die hierzu abgeschlossenen sonstigen Tarifverträge anzuwenden sein. Die Klägerin konnte ungeachtet dessen, dass einzelne Tarifverträge nicht Bestandteil des Tarifwerks des TV Ang-O waren, davon ausgehen, dass sämtliche bei der Deutschen Bundespost Telekom bestehenden und für sie einschlägigen Tarifverträge angewendet würden (*vgl. BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - Rn. 24, BAGE 128, 73*). Davon gehen die Parteien übereinstimmend aus und dem entsprach auch die arbeitsvertragliche Praxis. Damit wollte die Deutsche Bundespost Telekom in ihren Betrieben das für sie geltende Tarifwerk anwenden und die dort stattfindende tarifliche Entwicklung auch in den Arbeitsverhältnissen der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nachvollziehen. 26
- bb)       Die Bezugnahme erfasst von ihrem Wortlaut her jedenfalls nicht die den TV Ang-O und seine Zusatztarifverträge ersetzenden Tarifverträge der DT AG im Zuge der Vereinbarung der Tarifverträge des NBBS. Diese sind keine „jeweilige Fassung“ des TV Ang-O und der ihn ergänzenden oder ändernden Tarifverträge und wurden zudem nicht von der Deutschen Bundespost Telekom, sondern von dem Nachfolgeunternehmen DT AG geschlossen. Der Arbeitsvertrag ist hinsichtlich der Bezugnahme nur zeitdynamisch auf den TV Ang-O, nicht aber inhaltldynamisch auf die Tarifverträge der DT AG ausgestaltet (*s. auch BAG 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - Rn. 18, BAGE 134, 283; 10. Juni 2009 - 4 AZR 194/08 - Rn. 38, AP BGB § 157 Nr. 38; jeweils zum BAT*). Ob die von der DT AG und der DPG seit Beginn des Jahres 1995 geschlossenen Tarifver- 27

träge, die den TV Ang-O und die Zusatztarifverträge für den Bereich der DT AG änderten und ergänzten, noch ohne weiteres von der Bezugnahmeregelung erfasst waren, obwohl sie auf Arbeitgeberseite von der DT AG und nicht von der Deutschen Bundespost Telekom geschlossen worden waren, muss der Senat vorliegend nicht entscheiden.

3. Die Anwendbarkeit der Regelungen der von der Klägerin angeführten Tarifverträge mit dem Regelungsstand vom 31. August 2007 ergibt sich jedenfalls aufgrund einer ergänzenden Auslegung der im Arbeitsvertrag enthaltenen Bezugnahmeklausel in Form einer sog. Gleichstellungsabrede. Der Arbeitsvertrag der Parteien enthält aufgrund des Übergangs der Deutschen Bundespost Telekom im Wege der Rechtsnachfolge nach § 2 PostUmwG auf die DT AG zum 1. Januar 1995 und durch die Ablösung der fortgeschriebenen Regelungen des TV Ang-O und der ihn ergänzenden Tarifverträge durch die Einführung des NBBS und der in diesem Zusammenhang geschlossenen Tarifverträge jedenfalls spätestens seit dem 1. Juli 2001 eine nachträglich eingetretene Regelungslücke, die im Wege einer zulässigen ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist. 28

a) Der Arbeitsvertrag ist, weil er nachträglich lückenhaft geworden ist, einer ergänzenden Vertragsauslegung zugänglich. 29

aa) Voraussetzung der ergänzenden Vertragsauslegung ist, dass die Vereinbarung eine Regelungslücke iSe. planwidrigen Unvollständigkeit aufweist (*BAG 9. Dezember 2008 - 3 AZR 431/07 - Rn. 25; 21. April 2009 - 3 AZR 640/07 - Rn. 33, BAGE 130, 202*). Eine Regelungslücke liegt dabei nur vor, wenn die Parteien einen Punkt übersehen oder zwar nicht übersehen, aber doch bewusst offengelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und die Annahme der fehlenden Regelungsbedürftigkeit sich nachträglich als unzutreffend herausstellt. Von einer Planwidrigkeit kann nur die Rede sein, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrages eine diesem einvernehmlichen Regelungsplan angemessene, interessen- 30

gerechte Lösung nicht zu erzielen ist (*BAG 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - Rn. 23 mwN, BAGE 134, 283; 21. April 2009 - 3 AZR 640/07 - aaO*).

bb) Danach ist die Bezugnahme im Arbeitsvertrag lückenhaft. Aus der dynamischen Ausgestaltung der Bezugnahme auf das jeweils geltende tarifliche Regelungswerk für die Angestellten der Deutschen Bundespost Telekom ergibt sich der Wille der Parteien, die Arbeitsbedingungen nicht in einer bestimmten Weise festzuschreiben, sondern sie - dynamisch - an der Tarifentwicklung im Bereich der Deutschen Bundespost Telekom auszurichten. Das Arbeitsverhältnis wird in seiner Entwicklung an diejenigen Arbeitsbedingungen gebunden, die für die Arbeitnehmer gelten, die von den in Bezug genommenen Tarifverträgen erfasst werden.

31

Die Parteien haben allerdings, wie sie übereinstimmend vorgetragen haben, bei Abschluss des Arbeitsvertrages nicht bedacht, dass die Deutsche Bundespost Telekom privatisiert und im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine rechtlich selbständige Aktiengesellschaft übergeht und infolgedessen der TV Ang-O weder durch die ehemalige Deutsche Bundespost noch durch die Deutsche Bundespost Telekom fortgeführt werden könnte, weshalb für diesen Fall eine Regelung im Arbeitsvertrag fehlt. Durch die Ersetzung des tariflichen Regelungswerks für die Arbeitnehmer der Deutschen Bundespost Telekom bei der DT AG zum 1. Juli 2001 durch das neue Tarifwerk im Rahmen des NBBS war der bestehende Vertrag spätestens seit dem 1. Juli 2001 lückenhaft geworden. Die Tarifverträge, die im Rahmen des NBBS geschlossen wurden, werden von der Bezugnahmeklausel nicht mehr erfasst (*unter II 2 b bb*).

32

b) Eine nachträglich entstandene Regelungslücke ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Diese ergibt, dass die Parteien die für die Klägerin einschlägigen Tarifverträge der DT AG vereinbart hätten. Ob die Klägerin und die DT AG durch ihre Vertragspraxis nach dem 1. Juli 2001 bis zum Betriebsübergang auf die Beklagte im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses konkludent die Bezugnahmeklausel dahin gehend abgeändert haben, es sollen die Tarifverträge der DT AG zur Anwendung kommen, muss, auch wenn vieles hierfür spricht, daher nicht abschließend entschieden werden (*dazu etwa*

33

BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - Rn. 25, BAGE 128, 73), da sich deren Anwendbarkeit jedenfalls infolge einer ergänzenden Vertragsauslegung ergibt.

aa) Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung tritt an die Stelle der lückenhaften Klausel diejenige Gestaltung, die die Parteien bei einer angemessenen Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn ihnen die Lückenhaftigkeit der Regelung bekannt gewesen wäre (st. Rspr., vgl. etwa BAG 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - Rn. 31, BAGE 134, 283; 16. Dezember 2009 - 5 AZR 888/08 - Rn. 22, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 73 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 44; 25. April 2007 - 5 AZR 627/06 - Rn. 26, BAGE 122, 182). Die Vertragsergänzung muss für den betroffenen Vertragstyp als allgemeine Lösung eines stets wiederkehrenden Interessengegensatzes angemessen sein. Maßgebender Zeitpunkt für die Feststellung und Bewertung des mutmaßlichen typisierten Parteiwillens und der Interessenlage ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, da die ergänzende Vertragsauslegung eine anfängliche Regelungslücke rückwirkend schließt (BAG 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - aaO; BGH 12. Oktober 2005 - IV ZR 162/03 - zu B IV 1 b der Gründe, BGHZ 164, 297). Das gilt auch, wenn eine Lücke sich erst nachträglich als Folge des weiteren Verlaufs der Dinge ergeben hat (BGH 6. Juli 1989 - III ZR 35/88 - zu II 4 a der Gründe, NJW-RR 1989, 1490). Zunächst ist hierfür an den Vertrag selbst anzuknüpfen, denn die in ihm enthaltenen Regelungen und Wertungen, sein Sinn und Zweck sind Ausgangspunkt der Vertragsergänzung. Soweit irgend möglich, sind danach Lücken im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in der Weise auszufüllen, dass die Grundzüge des konkreten Vertrages „zu Ende gedacht“ werden (BGH 20. September 1993 - II ZR 104/92 - zu 2 der Gründe, BGHZ 123, 281).

34

bb) Ausgehend von diesen Maßstäben hätten die Parteien redlicherweise für den Fall des Wegfalls der ursprünglichen Tarifvertragspartei Deutsche Bundespost Telekom auf Arbeitgeberseite infolge der Postreform II und der damit verbundenen Gesamtrechtsnachfolge auf die DT AG sowie der sich

35

nachfolgend insoweit vollziehenden Ablösung der Tarifverträge der Deutschen Bundespost Telekom durch das tarifliche Regelungswerk der DT AG dessen arbeitsvertragliche Bezugnahme vereinbart, weil eine statische Regelung der Arbeitsbedingungen nach dem TV Ang-O und den jeweiligen weiteren Tarifverträgen für die Angestellten, sei es in dem Regelungsbestand zum Jahreswechsel 1995 oder zum 1. Juli 2001, nicht ihren Interessen entsprach.

Zwar handelt es sich bei der Ersetzung des TV Ang-O durch das Tarifwerk der DT AG nicht um eine von denselben Tarifvertragsparteien vereinbarte Tarifsukzession innerhalb des Geltungsbereichs des bisherigen Tarifvertrages, wie es etwa im Bereich des öffentlichen Dienstes durch die weitgehende Ersetzung des BAT durch die Nachfolgetarifverträge der Fall gewesen ist (*dazu ausf. BAG 22. April 2009 - 4 ABR 14/08 - Rn. 24 ff. mwN, BAGE 130, 286*). Das würde nicht berücksichtigen, dass es nicht nur zu einer Ablösung des TV Ang-O sowie der ihn ändernden und ergänzenden Tarifverträge gekommen ist, sondern auch zu einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge in Bezug auf die ursprüngliche Tarifvertragspartei „Deutsche Bundespost Telekom“, die im weiteren Verlauf drei voneinander differierende Tarifvertragswerke in den Unternehmen DT AG, Deutsche Post AG und Deutsche Postbank AG hervorgebracht hat.

36

Für die Klägerin, die in dem Unternehmensbereich Deutsche Bundespost Telekom tätig gewesen ist, der später auf die DT AG übergegangen ist, ist davon auszugehen, dass die Arbeitsvertragsparteien in diesem Fall einer Gesamtrechtsnachfolge unter Wegfall der ursprünglichen Tarifvertragspartei die für den Tätigkeitsbereich der Klägerin vereinbarten tarifvertraglichen Nachfolgeregelungen in Bezug genommen hätten. Dies sind die Tarifverträge der DT AG. Dem entspricht auch die Vertragspraxis der damaligen Arbeitsvertragsparteien - der Klägerin und der DT AG -, die bis zum Betriebsübergang im Jahre 2007 stets dieses Tarifwerk angewendet haben.

37

4. Infolge des Betriebsübergangs auf die Beklagte hat sich an dieser Rechtslage nichts geändert. Die so begründeten, aus dem in Bezug genommenen Tarifwerk herrührenden individualvertraglichen Rechte und Pflichten wur-

38

den nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten als Erwerberin (vgl. BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 19, AP BGB § 613a Nr. 391 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 51; 19. März 2003 - 4 AZR 331/02 - BAGE 105, 284; 26. September 2001 - 4 AZR 544/00 - BAGE 99, 120), und zwar, weil es sich um eine Gleichstellungsabrede handelt (oben II 1), mit dem tariflichen Regelungsbestand vom 31. August 2007. Die Bezugnahme erstreckt sich dagegen nicht auf den von der Beklagten geschlossenen UTV.

- a) Die Bezugnahmeklausel erfasst nicht die bei der Beklagten bestehenden Tarifverträge. Besondere Umstände, die eine erweiternde Auslegung der Bezugnahmeklausel ermöglichen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Für eine weitere ergänzende Vertragsauslegung fehlt es an der erforderlichen Vertragslücke. Ein anderes ergibt sich nicht aus dem Charakter der Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsabrede. 39
- aa) Die Bezugnahmeklausel erfasst nach ihrem Inhalt nicht die bei der Beklagten geschlossenen Tarifverträge. 40
- (1) Der Wortlaut der Bezugnahmeklausel gibt keine ausreichenden Hinweise darauf, dass eine Tarifwechselklausel oder zumindest eine Bezugnahme vereinbart worden ist, die die jeweiligen Tarifverträge von einzelnen Konzernunternehmen der DT AG erfasst. Das gilt auch für die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bestehende Bezugnahmeregelung. Es bestehen selbst unter Berücksichtigung der Vertragspraxis bei der DT AG bis zum Betriebsübergang im Jahre 2007 keine Anhaltspunkte dafür, es sollten über die von der DT AG selbst geschlossenen Tarifregelungen hinaus weitere Tarifverträge anderer Tarifvertragsparteien erfasst werden. Anhaltspunkte, die ursprüngliche Bezugnahmeklausel sei bereits ihrem Wortlaut nach als Tarifwechselklausel auszulegen, sind nicht erkennbar. Das gilt auch für ihren Inhalt aufgrund der ergänzenden Vertragsauslegung. 41

(2) Auch für die von der Beklagten in Anspruch genommene Auslegung 42  
dahin gehend, jedenfalls innerhalb einzelner Konzernunternehmen sollten im  
Falle von Unternehmensabsplaltungen oder Neugründungen von Tochterunter-  
nehmen mit nachfolgenden (*Teil-*)Betriebsübergängen die dort jeweils einschlä-  
gigen Tarifverträge angewendet werden, gibt es weder im Vertragswortlaut  
noch in der folgenden Vertragspraxis einen hinreichenden Anhaltspunkt. Des-  
halb kann nicht davon ausgegangen werden, es solle die Tarifentwicklung nicht  
nur bei der DT AG, sondern auch bei von ihr gegründeten Tochterunternehmen  
jeweils nachvollzogen werden, selbst wenn die DT AG und die von ihr ge-  
schlossenen und arbeitsvertraglich - mit - in Bezug genommenen Tarifverträge  
weiterhin bestehen und als solche auch weiterentwickelt werden.

(3) Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den bei der Beklagten gelten- 43  
den Haustarifvertrag UTV kann dem Arbeitsvertrag der Parteien nicht im Wege  
einer - weiteren - ergänzenden Vertragsauslegung entnommen werden. Weder  
liegt ein Fall der Tarifsukzession vor, wie die Beklagte meint, noch besteht eine  
Vertragslücke.

Eine von denselben Tarifvertragsparteien vereinbarte Tarifsukzession 44  
innerhalb des Geltungsbereichs des bisherigen Tarifvertrages, wie sie etwa im  
Bereich des öffentlichen Dienstes durch die weitgehende Ersetzung des BAT  
durch die Nachfolgetarifverträge geschehen ist (*dazu ausf. BAG 22. April 2009*  
*- 4 ABR 14/08 - Rn. 24 ff. mwN, BAGE 130, 286*), ist vorliegend nicht gegeben.  
Vielmehr bestehen die Tarifverträge bei der DT AG nach wie vor fort. Deshalb  
fehlt es auch an einer Vertragslücke, weil das Bezugnahmeobjekt - anders als  
der TV Ang-O sowie die dazu geschlossenen Zusatztarifverträge spätestens  
zum 1. Juli 2001 - nicht weggefallen ist.

(4) Ebenso wenig hat ein „abgestimmtes Verhalten“ von Tarifvertragspar- 45  
teien Einfluss auf die Auslegung einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel.  
Ihr eventueller Gestaltungswille als nicht am Arbeitsvertrag Beteiligte ist für die  
Auslegung einer einzelvertraglichen Bezugnahmeklausel ohne Bedeutung  
(*BAG 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - Rn. 20, BAGE 134, 283; 16. Dezember*  
*2009 - 5 AZR 888/08 - Rn. 16, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 73*

= *EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 44*). Allein der Umstand, dass die DT AG vor dem Betriebsübergang Spartentarifverträge hätte schließen können, die dann von der Bezugnahmeklausel hätten erfasst sein können, führt nicht dazu, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nun - da dies nicht geschehen ist - entsprechend „korrigierend auszulegen“ wäre. Der DT AG wäre es - eine Einigung mit der vertragsschließenden Gewerkschaft vorausgesetzt - zwar unbenommen gewesen, Spartentarifverträge für ihr Unternehmen abzuschließen. Aber selbst dann würde die Bezugnahmeklausel im Falle eines nachfolgenden Betriebsübergangs nur die von der DT AG geschlossenen Tarifverträge erfassen, nicht aber nachfolgende Tarifverträge der Beklagten, die diese inhaltlich fortsetzen.

bb) Dafür, dass die Bezugnahmeklausel über ihren Wortlaut hinaus auch einen Wechsel auf die jeweils einschlägigen Tarifverträge in Konzernunternehmen der DT AG mit erfassen soll, spricht nichts. 46

(1) Nach der Rechtsprechung des Senats kann die Bezugnahme auf das Tarifwerk einer bestimmten Branche über ihren Wortlaut hinaus nur dann als große dynamische Verweisung - Bezugnahme auf den jeweils für den Betrieb fachlich bzw. betrieblich geltenden Tarifvertrag - ausgelegt werden, wenn sich dies aus besonderen Umständen ergibt (*st. Rspr.*, 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 21 *mwN*, BAGE 128, 165; 29. August 2007 - 4 AZR 767/06 - Rn. 17, BAGE 124, 34; 25. September 2002 - 4 AZR 294/01 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 103, 9). 47

(2) Ein derartiges am Wortlaut der Bezugnahmeklausel orientiertes Auslegungsergebnis gilt auch, wenn die Arbeitsvertragsparteien vertraglich die Anwendung eines beim Arbeitgeber geltenden Haustarifvertrages vereinbaren und diesen in der Klausel namentlich bezeichnen. In Bezug genommen ist dann nur der genannte Tarifvertrag oder das betreffende Tarifwerk in seiner jeweiligen Fassung und - was durch Auslegung der Klausel zu ermitteln ist - die ergänzenden, ändernden und ggf. ersetzenden Tarifverträge. 48

Auch hier haben die Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit, die Rechtsfolge eines Tarifwechsels, etwa weil wie hier ein anderer Arbeitgeber an einen anderen abgeschlossenen Tarifvertrag gebunden ist, ausdrücklich zu vereinbaren. Sie bestimmen mit ihrer vertraglichen Abrede den Umfang der Bezugnahme. Wollen die Arbeitsvertragsparteien für den Fall einer durch einen Betriebsübergang geänderten Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an einen anderen Tarifvertrag erreichen, dass durch eine vertragliche Bezugnahme das im neuen Unternehmen geltende Tarifrecht zur Anwendung kommt, haben sie die Möglichkeit, den Typus der Tarifwechselklausel zu wählen. Schlicht unterstellt werden kann der Wille zum Tarifwechsel nicht (*st. Rspr., s. nur BAG 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 22 mwN, BAGE 128, 165*).

49

Das Argument der Beklagten, die vertragliche Bezugnahme sei dann anders zu beurteilen, wenn es sich lediglich um einen Arbeitgeberwechsel infolge eines Betriebsübergangs innerhalb derselben Branche handelt, verkennt, dass es sich hier um die Auslegung einer vertraglichen Abrede handelt. Hierfür ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob sich die Tarifgebundenheit durch einen Verbandswechsel des Arbeitgebers ändert oder das Arbeitsverhältnis infolge eines Betriebsübergangs auf einen anders tarifgebundenen Arbeitgeber übergeht. Ebenso wenig ist es von Bedeutung, ob ein solcher Vorgang mit einem Branchenwechsel einhergeht (*vgl. BAG 22. April 2009 - 4 ABR 14/08 - Rn. 27, BAGE 130, 286; 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 23, BAGE 128, 165*).

50

(3) Die Beklagte kann sich schließlich nicht erfolgreich auf die Entscheidung des Senats vom 4. September 1996 (*- 4 AZR 135/95 - BAGE 84, 97*) stützen. Die damalige Entscheidung betraf zwar eine arbeitsvertragliche Verweisungsklausel, die keine Tarifwechselklausel zum Inhalt hatte und im Fall des Verbandswechsels des Arbeitgebers „korrigierend“ dahin gehend ausgelegt wurde, dass eine Verweisung auf den jeweils für den Betrieb geltenden Tarifvertrag vereinbart sei. Grundlage dieses Verständnisses war der Umstand, dass der Vertragspartner der von unterschiedlichen Arbeitgeberverbänden abgeschlossenen Tarifverträge jeweils dieselbe Gewerkschaft war, der auch die

51

damalige Klägerin angehört hatte. Soweit der Senat in der wiedergegebenen Rechtsprechung angenommen hat, in solchen Fallgestaltungen sei eine „korrigierende Auslegung“ über den eindeutigen Wortlaut der Bezugnahmeklausel hinaus möglich, hat er diese kritisierte Rechtsprechung (s. *nur Buchner Anm. EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 7; kritisch auch Annuß BB 1999, 2558; Danne SAE 1998, 111; Dauner-Lieb SAE 1999, 47; Kohte AuA 1997, 171*) ausdrücklich aufgegeben (*BAG 22. April 2009 - 4 ABR 14/08 - Rn. 73, BAGE 130, 286; im Anschluss an 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 24 f., BAGE 128, 165; relativierend bereits 30. August 2000 - 4 AZR 581/99 - zu I 1 c bb der Gründe, BAGE 95, 296*).

cc) Entgegen der Auffassung der Beklagten führt der Umstand, dass die Verweisung im Arbeitsvertrag als Gleichstellungsabrede auszulegen ist, nicht zu einem Wechsel des auf vertraglicher Grundlage anwendbaren Tarifrechts. Das lässt sich weder aus Wortlaut und Sinn der Vertragsklausel noch aus dem Gedanken einer hierauf aufbauenden „entsprechenden Anwendung“ des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB herleiten, die die Beklagte anführt.

52

(1) Das mit dem Begriff „Gleichstellungsabrede“ gekennzeichnete Auslegungsergebnis einer Bezugnahmeklausel hatte und hat in der Rechtsprechung des Senats nicht den Inhalt, den am Vertrag beteiligten Arbeitnehmer in jeder Hinsicht wie ein Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft oder zumindest tarifrechtlich wie einen an den in Bezug genommenen Tarifvertrag gebundenen Arbeitnehmer zu behandeln. Es ging und geht stets nur um die vertragsrechtliche Stellung des Arbeitnehmers, ihn also lediglich vertraglich hinsichtlich des in Bezug genommenen Tarifvertrages oder Tarifwerks so zu stellen, als wäre er an diesen Tarifvertrag gebunden (*BAG 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - Rn. 27 ff., BAGE 130, 43*). Wesentliche Rechtsfolge dieses Auslegungsergebnisses war es, die sich aus dem Wortlaut der Bezugnahme ergebende Dynamik der einzelvertraglich anwendbaren Tarifverträge auf die Zeit zu begrenzen, in der der Arbeitgeber ohnehin im Verhältnis zu tarifgebundenen Arbeitnehmern durch seine Verbandsmitgliedschaft an die Tarifentwicklung gebunden war. Eine Gleichstellung, die auch einen für Gewerkschaftsmitglieder normativ,

53

beispielsweise aufgrund von § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB, eintretenden Tarifwechsel vertraglich nachvollzieht, kann zwar vereinbart werden; ein derartiger Regelungswille muss aber im Vertragswortlaut erkennbar zum Ausdruck kommen (*BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 31, AP BGB § 613a Nr. 391 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 51*). Das ist vorliegend nicht der Fall.

(2) In seinem Urteil vom 29. August 2007 hat der Senat im Einzelnen 54  
begründet, warum im Verhältnis zwischen einer vertraglich vereinbarten Tarifgeltung und einem normativ geltenden Tarifvertrag im Hinblick auf die unterschiedlichen Regelungsebenen entgegen der Auffassung der Beklagten eine entsprechende Anwendung des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB nicht in Betracht kommt (*- 4 AZR 767/06 - Rn. 19 mwN, BAGE 124, 34 zu den hierzu in der Literatur vertretenen Auffassungen*). Der Senat nimmt hierauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug.

Die Vorschrift des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB ist nicht dazu bestimmt, 55  
auf beim Veräußerer vertraglich begründete Rechte und Pflichten Einfluss zu nehmen. § 613a Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 BGB regeln ausschließlich den Erhalt von ursprünglich normativ begründeten Besitzständen nach einem Betriebsübergang, in dessen Folge die Voraussetzungen für eine normative Weitergeltung entfallen sind. Vertragliche Rechtspositionen, auch wenn sie in einer privatautonomen Einbeziehung von Tarifrecht ihren Grund haben, gehen ohne weiteres und uneingeschränkt nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB über. Ein anderes Verständnis stünde im Übrigen auch im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001, wonach Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsvertrag ohne weiteres auf den Erwerber übergehen (*s. nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 23, AP BGB § 613a Nr. 391 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 51*). Ob im Übrigen einer entsprechenden Anwendung des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB in dem von der Beklagten angestrebten Sinne die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 6. September 2011 zur Richtlinie 2001/23/EG

(- C-108/10 - [Scattolon] Rn. 76, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 7) entgegensteht, musste der Senat nicht entscheiden.

(3) Der weitere Einwand der Beklagten, dem Arbeitgeber werde bei einem Vertragsverständnis, das nicht zu einer Einbeziehung des bei ihm geltenden Tarifrechts führe, kein wirksames Instrument zur Verfügung gestellt, mit dem er in Ausübung seines Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG „konstitutive einzelvertragliche Ansprüche jedenfalls ihrer ebenfalls tarifgebundenen Arbeitnehmer ändern ... könnte“, weshalb es zu einem Verstoß gegen das Koalitionsgrundrecht komme, geht bereits im Ansatz fehl. Die Beklagte übersieht die unterschiedlichen Regelungsebenen tarifvertraglicher und individualvertraglicher Vereinbarungen. 56

Gegenstand kollektiver Regelungen durch tarifliche Inhaltsnormen ist die Festsetzung allgemeiner und gleicher Mindestarbeitsbedingungen. Die Möglichkeit, demgegenüber günstigere Arbeitsbedingungen einzelvertraglich zu vereinbaren, kann ein Tarifvertrag auch für tarifgebundene Arbeitsverhältnisse nicht einschränken (BAG 23. März 2011 - 4 AZR 366/09 - Rn. 41, EzA GG Art. 9 Nr. 104). Ebenso wenig kann ein Tarifvertrag bestehende individualvertraglich vereinbarte Rechte abändern oder verkürzen (s. nur BAG 18. August 1971 - 4 AZR 342/70 - BAGE 23, 399: Anrechnungsklausel). Von daher ist schon im Ansatz eine Verletzung des Koalitionsgrundrechts im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gewährleistete Tarifaufonomie ausgeschlossen. Das Recht, Tarifverträge mit unmittelbarer und zwingender Wirkung für die Tarifgebundenen zu vereinbaren - § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG - bleibt der Beklagten unbenommen. Ebenso unbeeinträchtigt davon bleiben allerdings auch die einzelvertraglich vereinbarten günstigeren Regelungen, die im Wege des Sachgruppenvergleichs (st. Rspr., etwa BAG 1. Juli 2009 - 4 AZR 261/08 - Rn. 60 mwN, BAGE 131, 176) zu ermitteln sind. 57

dd) Dem vorliegenden Ergebnis steht auch nicht die „Rechtsfolgenbetrachtung“ der Beklagten entgegen, wonach es im Falle von zwei aufeinanderfolgenden Betriebsübergängen zu einer nicht mehr auflösbaren Kollision des nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB transformierten Rechts kommen soll. Es könne dann 58

nicht mehr geklärt werden, in welchem Verhältnis einzelvertraglich vereinbarte Regelungen und vormalige tariflich geltende Regelungen, die nun transformiert worden seien, zueinander stünden. Die Beklagte berücksichtigt nicht, dass die nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB transformierten Normen nicht dergestalt Inhalt der individualvertraglichen Abrede werden, wie dies bei der vertraglichen Bezugnahme von Tarifverträgen der Fall ist; sie behalten vielmehr ihren kollektiv-rechtlichen Charakter bei (*ausf. BAG 22. April 2009 - 4 AZR 100/08 - Rn. 61 ff., BAGE 130, 237*). Deshalb ist ein Günstigkeitsvergleich entgegen ihrer Auffassung ohne weiteres möglich und geboten, wenn es zu einem zweiten Betriebsübergang auf einen tarifungebundenen Erwerber kommt (*dazu BAG 22. April 2009 - 4 AZR 100/08 - Rn. 30, aaO*).

b) Eine „korrigierende Auslegung“ im Sinne der Beklagten ist schließlich nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes geboten. Die Beklagte verkennt, dass sich der in den Entscheidungen des Senats zur Gleichstellungsabrede gewährte Vertrauensschutz nicht darauf bezieht, ob eine Klausel als Tarifwechselklausel auszulegen ist oder nicht. 59

aa) Der Gleichstellungsgehalt einer solchen Vereinbarung ist nach der früheren Rechtsprechung auf den Zusammenhang zwischen der Dynamik der Bezugnahme und der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an die bezeichneten Tarifverträge beschränkt (*BAG 29. August 2007 - 4 AZR 767/06 - Rn. 17 f., BAGE 124, 34; 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - Rn. 27, BAGE 122, 74*). Nur insoweit wendet der Senat die frühere Rechtsprechung auf „Altverträge“, also vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Arbeitsverträge an und gewährt in diesem Rahmen Vertrauensschutz (*st. Rspr., vgl. nur BAG 18. November 2009 - 4 AZR 514/08 - Rn. 18 und 22 jeweils mwN, BAGE 132, 261; 26. August 2009 - 4 AZR 285/08 - Rn. 49, BAGE 132, 10; 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - Rn. 26 ff., aaO; 14. Dezember 2005 - 4 AZR 536/04 - Rn. 24 ff., BAGE 116, 326*). 60

- bb) Demgegenüber hat der Senat für die Annahme einer Tarifwechselklausel stets besondere und von der Annahme einer Gleichstellungsabrede unabhängige Voraussetzungen für notwendig erachtet (s. *nur BAG 30. August 2000 - 4 AZR 581/99 - zu I 1 c bb der Gründe, BAGE 95, 296; 16. Oktober 2002 - 4 AZR 467/01 - zu I 1 b aa und bb aaa der Gründe, BAGE 103, 141*). 61
- c) Schließlich führt auch die Auffassung der Beklagten, für die sie sich auf die Senatsentscheidung vom 1. Juli 2001 (- 4 AZR 129/00 -) beruft, dass eine konkludente Vertragsänderung zustande gekommen sei, weil die Klägerin nach dem Betriebsübergang zu veränderten Vertragsbedingungen widerspruchsfrei weitergearbeitet habe, nicht zu der angestrebten Klageabweisung. Für die Annahme, ein arbeitgeberseitiges Änderungsangebot, das auf die Vereinbarung einer Tarifwechselklausel zielt, sei angenommen worden, müssten sich besondere Umstände zeigen, die vorliegend nicht ersichtlich sind. 62
5. Auf die Verfahrensrüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe es versäumt, sich mit acht „für die (ergänzende) Auslegung der Bezugnahme zwingend zu berücksichtigende besondere Umstände“ auseinanderzusetzen, kommt es nicht an. Diese Verfahrensrüge ist im Übrigen unbegründet. Wie die Beklagte selbst erkannt hat, hat das Landesarbeitsgericht dieses Vorbringen der Beklagten ausdrücklich in den Parteivortrag im Tatbestand seines Urteils aufgenommen. Bereits dadurch ist davon auszugehen, dass eine Auseinandersetzung damit stattgefunden hat, auch wenn sie nicht ausdrücklich in der Urteilsbegründung zum Ausdruck gebracht wird. Vorliegend ist zudem S. 13 f. der Urteilsbegründung zu entnehmen, dass eine solche Auseinandersetzung stattgefunden hat. 63
6. Der Anspruch der Klägerin ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht verwirkt. 64
- a) Mit der Verwirkung als Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie dient dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen 65

Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (*Zeitmoment*). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (*Umstandsmoment*) (*st. Rspr., s. nur BAG 7. November 2001 - 4 AZR 724/00 - zu I 3 a der Gründe, BAGE 99, 295*). Hierbei muss das Vertrauen des Verpflichteten, nicht in Anspruch genommen zu werden, das Interesse des Berechtigten an Anspruchserfüllung derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist.

b) Vorliegend fehlt es sowohl an dem erforderlichen Zeitmoment als auch an dem notwendigen Umstandsmoment. Die Klägerin hat im April 2008 und damit etwa acht Monate nach dem Betriebsübergang auf die Beklagte zum 1. September 2007 ihre Rechte aus der vertraglichen Bezugnahme geltend gemacht, wobei davon auszugehen ist, dass bei schwierigen Sachverhalten die Rechte des Arbeitnehmers auch erst nach längerer Untätigkeit verwirken können (*BAG 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - Rn. 24, BAGE 128, 328*). Entgegen der Auffassung der Beklagten ändern monatlich erteilte Vergütungsabrechnungen, aus denen die wirtschaftlichen Nachteile erkennbar sind, nichts an der Schwierigkeit des Sachverhalts. Auch kann sie sich jedenfalls im Grundsatz nicht im Rahmen des Einwands der Verwirkung auf die Dauer tarifvertraglicher Ausschlussfristen berufen, denn die ausschussfristgerechte Geltendmachung von konkreten Einzelansprüchen ist eine gesondert zu beantwortende Frage. Ob im Einzelfall eine Untätigkeit für ein Vielfaches der von den Tarifvertragsparteien festgelegten Ausschlussfrist einen Hinweis auf die Erfüllung des Zeitmoments geben kann, muss hier angesichts der gerade einmal achtmonatigen Untätigkeit der Klägerin nicht geklärt werden. Darüber hinaus ist auch ein Verhalten der Klägerin, aus dem die Beklagte ein berechtigtes Vertrauen hätte ableiten können, diese werde solche Rechte nicht mehr geltend machen, weder vorgetragen noch ersichtlich.

66

III. Die Beklagte hat die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels nach § 97 ZPO zu tragen. 67

Bepler

Creutzfeldt

Winter

Hannig

Drechsler