

Bundesarbeitsgericht
Vierter Senat

Urteil vom 12. Juni 2019
- 4 AZR 364/18 -
ECLI:DE:BAG:2019:120619.U.4AZR364.18.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 14. Juli 2017
- 1 Ca 1749/17 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 26. April 2018
- 5 Sa 870/17 -

Entscheidungsstichworte:

Eingruppierung eines Grillers - Tätigkeitsbeispiel

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 4 AZR 363/18 -

BUNDEsarbeitsgericht



4 AZR 364/18
5 Sa 870/17
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. Juni 2019

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

Nebenintervenientin,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Treber, den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Lippok und Pieper für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 26. April 2018 - 5 Sa 870/17 - 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 über Zahlungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sowie in diesem Zusammenhang über die zutreffende Eingruppierung des Klägers.

1

Der Kläger ist seit dem Jahr 2012 mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden bei der Beklagten beschäftigt. Die Parteien haben mit einer Ergänzung zum Arbeitsvertrag vom 26. April 2013 ein Stundenentgelt von 8,35 Euro brutto vereinbart. Nach dieser Vereinbarung ist die Beklagte berechtigt, ein Arbeitszeitkonto zu führen, das - bei monatlicher Buchung der Stunden durch den Arbeitgeber - Minder- oder Mehrarbeitszeiten dokumentiert. Mit weiterer Ergänzungsvereinbarung vom 30. Oktober 2013 vereinbarten die Parteien, dass der Kläger ab dem 1. November 2013 nach Nr. I einen Rechtsanspruch auf bestimmte Leistungen (Warenbezug, Zuschuss zur Reinigung der Berufskleidung und Zuschuss zu Telekommunikationskosten) erhalten sollte. Unter Nr. II aufgeführte weitere Leistungen (Zuschuss zur Internetnutzung und Zuschuss zu Fahrtaufwendungen Wohnung/Arbeitsstätte) sollten hingegen „auch bei mehrfacher Gewährung keinen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers be-

2

gründen“. Nach Nr. III der Abrede stellten „die Arbeitsvertragsparteien ... fest, dass der Arbeitnehmer ab dem 01.11.13 auf 300,01 € Barlohn verzichtet“.

Der ursprünglich als Küchenhelfer eingestellte Kläger war jedenfalls ab dem Monat September 2016 zu mindestens 80 vH seiner Arbeitszeit als sog. Griller tätig. 3

Die Beklagte berechnete das an den Kläger gezahlte Arbeitsentgelt auf der Grundlage der tatsächlich geleisteten Stunden und eines Stundenentgelts von 8,88 Euro brutto und zog hiervon ausweislich der Entgeltabrechnungen einen „Entgeltverzicht NLO“ („Nettolohnoptimierung“) iHv. 300,01 Euro brutto ab. An Urlaubsentgelt leistete sie 71,04 Euro brutto pro Tag. 4

Mit Schreiben vom 28. Dezember 2016 machte die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) für den Kläger als deren Mitglied für den Zeitraum von September bis November 2016 ua. Vergütung und Urlaubsentgelt auf der Basis eines Stundenlohns von 9,54 Euro brutto nach Maßgabe des Entgelttarifvertrags für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen vom 20. April 2016 (ETV) sowie Annahmeverzugslohn auf der Grundlage einer monatlichen Arbeitszeit von 173 Stunden geltend. Mit Schreiben vom 6. Januar 2017 erweiterte sie das Begehren für den Monat Dezember 2016 und mit Schreiben vom 28. April 2017 für die Monate Januar bis März 2017 sowie um einen Zuschlag für 2,5 im Monat März 2017 geleistete Überstunden. 5

Mit seiner der Beklagten am 31. März 2017 zugestellten Klage sowie mit am 16. Mai 2017 zugestellter Klageerweiterung für die Monate Januar bis März 2017 hat der Kläger seine Ansprüche gerichtlich geltend gemacht. Mit Schriftsatz vom 30. Juni 2017 hat die Beklagte der Nebenintervenientin den Streit verkündet. Diese ist dem Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 11. Juli 2017 auf Seiten der Beklagten beigetreten. 6

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, als Griller stehe ihm nach Tarifgruppe 2 des hinsichtlich der Tarifgruppen 1 bis 3 für allgemeinverbindlich erklärten ETV ein Stundenentgelt von 9,54 Euro brutto zu. Der Betrieb der Beklagten sei der Systemgastronomie zuzuordnen. Bei einer regelmäßigen Ar- 7

beitszeit von wöchentlich 40 Stunden sei er für monatlich 173 Stunden zu vergüten. Bei der jeweils zu Beginn des Monats erfolgten Schichtplanerstellung habe er, soweit er zu weniger als 173 Stunden eingeteilt worden sei, stets darauf hingewiesen, dass er bereit und in der Lage sei, seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung in vollem Umfang nachzukommen. Die Dienstpläne seien gleichwohl nicht geändert worden. Im März 2017 habe er überdies auf Anordnung der Beklagten 2,5 Überstunden geleistet. Die Beklagte habe seine Ansprüche nicht durch anderweitige Leistungen erfüllt. Auf tarifliche Ansprüche habe er nicht verzichten können.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

8

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag iHv. 481,86 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12. Januar 2017 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag iHv. 220,74 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21. Februar 2017 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag iHv. 433,95 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin haben beantragt, die Klage abzuweisen. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Kläger könne sich nicht auf das tarifliche Tätigkeitsbeispiel „Griller/-in“ berufen, da sie keinen Betrieb der Systemgastronomie iSv. § 4 ETV führe. Der Kläger habe nicht dargelegt, dass er die Anforderungen des allgemeinen Tätigkeitsmerkmals der Tarifgruppe 2 ETV erfülle. Annahmeverzugslohn schulde die Beklagte schon deshalb nicht, weil die wöchentliche Schichteinteilung stets in Abstimmung und im Einvernehmen mit dem Kläger erfolgt sei. Eine darüber hinausgehende Arbeitsleistung habe dieser nicht angeboten. Annahmeverzugsansprüchen stehe zudem entgegen, dass für den Kläger ein Arbeitszeitkonto geführt würde. Schließlich seien - so die Beklagte und die Nebenintervenientin - die Ansprüche durch die Gewährung von den in der zweiten Ergänzungsvereinbarung vereinbarten Netto-Leistungen (über-)erfüllt.

9

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte die Klage nicht mit der gegebenen Begründung abweisen. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO). 11

I. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ist nicht frei von Rechtsfehlern. 12

1. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, die Erfüllung des Tätigkeitsbeispiels „Griller/-in“ könne einen Anspruch des Klägers auf eine Stundenvergütung nach Tarifgruppe 2 ETV unter keinen Umständen begründen. 13

a) Die tariflichen Regelungen des ETV lauten auszugsweise: 14

„§ 1 Geltungsbereich

...

1.2 fachlich: für alle Betriebe, die gewerbsmäßig beherbergen und/oder Speisen und/oder Getränke abgeben. Hierzu gehören auch z.B. Betriebe der Handelsgastronomie, der Systemgastronomie, der Gemeinschaftsverpflegung und der Caterer. Zum fachlichen Geltungsbereich gehören ebenfalls sonstige Dienstleister, die branchentypische Aufgaben des Gastgewerbes in Institutionen oder anderen Unternehmen übernehmen. Weiter sind Reservierungs- und Verwaltungsbetriebe des Gastgewerbes oder gastgewerbliche Nebenbetriebe erfasst.

...

§ 3 Bewertungsgrundsätze

1. Jede/r Arbeitnehmer/-in ist vom Arbeitgeber unter Beachtung des nachfolgend beschriebenen Verfahrens in eine Tarifgruppe einzugruppieren. Für die Eingruppierung in eine Tarifgruppe ist nicht die berufliche oder betriebliche Bezeichnung, sondern allein die Tätigkeit des/der Arbeitnehmer(s)/-in maßgebend. Diese Eingruppierung erfolgt bei der Einstellung, bei einer Versetzung bzw. wesentlichen Veränderungen der Arbeitsinhalte sowie bei der Einführung dieses Tarifvertrages. In Betrieben mit Betriebsrat erfolgt dies unter Beachtung von § 99 Betriebsverfassungsgesetz.
2. Die Arbeitnehmer/-in werden entsprechend der von ihnen überwiegend ausgeübten Tätigkeiten in die Tarifgruppen eingruppiert. Die Zuordnung der Arbeitnehmer/-in in die Tarifgruppen erfolgt unter Anwendung der jeweiligen Bewertungskriterien in den Oberbegriffen des § 4. Die Beispiele der Tätigkeiten sind kein abschließender Katalog und dienen der Erläuterung.

...

§ 4 Tarifgruppen

Für die Feststellung des tariflichen Entgelts werden folgende Tarifgruppen gebildet:

Tarifgruppe 1

Arbeitnehmer/-in mit einfachen Tätigkeiten, die durch Anlernen erworben werden können.

...

Tarifgruppe 2

Arbeitnehmer/-in mit Tätigkeiten, die geringe fachliche Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern.

Tätigkeitsbeispiele

Bügler/-in, Mangler/-in, Näher/-in, Wäscher/-in; Gartenpfleger/-in; Helfer/-in (für z. B. Haustechnik, Housekeeping, Wäscherei, Lager, Service, Küche, Außenbereich, Kiosk, auch mit wechselnder Tätigkeit); Pizzabäcker/-in^{*)}; Steward; Topfspüler/-in (Casserolier); Wagenmeister; Zimmerfrau

Entgelte für das Personal der Systemgastronomie (Handels-, Free Flow, Selbstbedienungsrestaurants, Fast-Food-Gastronomie, Catering und Gemeinschaftsverpflegung)

Griller/-in^{*)}; Hilfskräfte, Crew-Mitarbeiter/-in, Spül-, Ab-räum- und Küchenhilfskräfte (auch mit wechselnder Tätigkeit) nach den ersten 12 Monaten und nach mindestens 1025 Arbeitsstunden; Küchen-, Buffet-, Servier-, Kassen- und Verkaufspersonal (auch mit wechselnder Tätigkeit) in den ersten 12 Monaten; Verkaufshelfer/-in mit Kassentätigkeit nach 12 Monaten; Verkäufer/-in zwischen 18 bis 60 Monaten Berufserfahrung im Lebensmitteleinzelhandel

^{*)} ...

Tarifgruppe 3

Arbeitnehmer/-in mit Tätigkeiten, die erweiterte Kenntnisse oder Fertigkeiten und längere Erfahrung hierin erfordern.

Tätigkeitsbeispiele

...

Entgelte für das Personal der Systemgastronomie (Handels-, Free Flow, Selbstbedienungsrestaurants, Fast-Food-Gastronomie, Catering und Gemeinschaftsverpflegung)

Griller/-in; ...

§ 5 Tarifentgelte

Ab 01. Mai 2016 bis 31. Juli 2018 werden für die in § 4 dieses Vertrages festgelegten Tarifgruppen folgende Bruttoentgelte vereinbart:

Tarifgruppe (TG)	Bruttoentgelt in EUR	Bruttoentgelt in EUR
	ab 01.05.2016	ab 01.08.2017
TG 1	1.521 €	1.564 €
TG 2	1.613 €	1.659 €
TG 3	1.773 €	1.823 €
...	...	...

Die Arbeitszeit beträgt gemäß § 3 des Manteltarifvertrages monatlich 169 Stunden. Sie ist auf eine Fünf-Tage-Woche zu verteilen. Übt ein/e Arbeitnehmer/-in Tätigkeiten aus, die in verschiedene Tarifgruppen fallen, so ist die überwiegende Tätigkeit für die Eingruppierung maßgebend.“

- b) Maßgebend für die Eingruppierung ist gem. § 3 Nr. 2 ETV und § 5 Satz 4 ETV die überwiegend ausgeübte Tätigkeit. Dabei ist unter der „ausgeübten“ Tätigkeit die „auszuübende“ Tätigkeit zu verstehen; vertragswidrig ausgeübte Tätigkeiten sind unbeachtlich (*st. Rspr., sh. nur BAG 1. Juni 1983 - 4 AZR 555/80 -*). Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist das im Falle des Klägers die Tätigkeit eines Grillers. Zwischen den Parteien ist danach lediglich umstritten, ob die Tätigkeit als Griller 80 vH oder 90 vH der ausgeübten Tätigkeit umfasst. Daher kann dahinstehen, ob es sich um eine Gesamttätigkeit handelt oder die Tätigkeit als Griller lediglich eine Teiltätigkeit bildet. Auf die ursprünglich im Arbeitsvertrag vereinbarte Tätigkeit als Küchenhilfe kommt es entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht an, da der Kläger im Einvernehmen mit der Beklagten überwiegend als Griller eingesetzt wird. 15
- c) Der Kläger kann sich für sein Begehren auch auf das Tätigkeitsbeispiel „Griller/-in“ in § 4 Tarifgruppe 2, zweite Fallgruppe ETV stützen. 16
- aa) Die Erfordernisse eines Tätigkeitsmerkmals sind regelmäßig dann als erfüllt anzusehen, wenn der Arbeitnehmer eine dem in der Entgeltgruppe genannten Tätigkeits-, Regel- oder Richtbeispiel entsprechende Tätigkeit ausübt (*BAG 20. Juni 2012 - 4 AZR 438/10 - Rn. 16 mwN; 28. Januar 2009 - 4 ABR 92/07 - Rn. 27, BAGE 129, 238*). Das beruht darauf, dass die Tarifvertragsparteien selbst im Rahmen ihrer rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gewisse häufig vorkommende und typische Aufgaben einer bestimmten Entgeltgruppe fest zuordnen können. Haben die Tarifvertragsparteien Tätigkeits-, Regel- oder Richtbeispiele festgelegt, ist ein Rückgriff auf die Obersätze nicht nur überflüssig, sondern unzulässig. Lediglich wenn ausdrücklich geregelt oder aus anderen Bestimmungen des Tarifvertrags zuverlässig zu entnehmen ist, dass diese Wirkung gerade nicht eintreten soll, sondern es auch bei Vorliegen eines Tätigkeitsbeispiels auf die Erfüllung der in den Oberbegriffen niedergelegten Merkmale ankommt, reicht die Ausübung einer darin genannten Aufgabe allein nicht aus (*BAG 16. November 2016 - 4 AZR 127/15 - Rn. 27; 28. September 2005 - 10 AZR 34/05 - zu II 2 c bb der Gründe*). Auf die allgemeinen Merkmale muss überdies dann zurückgegriffen werden, wenn die vom Arbeitnehmer ausgeübte Tätigkeit von einem Tätigkeitsbeispiel nicht oder nicht voll erfasst wird (*BAG* 17

25. September 1991 - 4 AZR 87/91 - mwN). Das ist ua. dann der Fall, wenn das Beispiel in mehreren Vergütungsgruppen genannt ist und damit als Kriterium für eine bestimmte Entgeltgruppe ausscheidet (BAG 23. September 2009 - 4 AZR 333/08 - Rn. 20 mwN; 24. April 1996 - 4 AZR 961/94 - zu 4.1 der Gründe; 12. März 1986 - 4 AZR 534/84 -; 8. Februar 1984 - 4 AZR 158/83 - BAGE 45, 121). Wird allerdings lediglich eine Eingruppierung nach der niedrigsten Entgeltgruppe geltend gemacht, in der das Tätigkeitsbeispiel erstmals erwähnt wird, ist dessen Heranziehung möglich.

bb) Danach hätte das Landesarbeitsgericht die Ansprüche des Klägers zunächst anhand des Tätigkeitsbeispiels „Griller/-in“ prüfen müssen. 18

(1) Die Regelungen des ETV enthalten keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, die Eingruppierung solle lediglich anhand der Oberbegriffe erfolgen. 19

(a) Eine solche Einschränkung ergibt sich insbesondere nicht aus § 3 Nr. 2 ETV. Danach erfolgt die Zuordnung der Arbeitnehmer in die Tarifgruppen unter Anwendung der jeweiligen Bewertungskriterien in den Oberbegriffen, wobei die Beispiele der Tätigkeiten kein abschließender Katalog sind, sondern der Erläuterung dienen sollen. Eine Eingruppierung allein anhand der Oberbegriffe ergibt sich daraus nicht. Die Formulierung lässt vielmehr die vom Grundsatz her verbindliche Festlegung der Richtbeispiele unberührt. Nach § 3 Nr. 2 Satz 3 ETV dienen die Beispiele der Tätigkeiten ausdrücklich der Erläuterung. Die jeweils genannten Beispiele legen damit grundsätzlich fest, welche konkreten Tätigkeiten nach dem Verständnis der Tarifvertragsparteien die jeweiligen Bewertungskriterien erfüllen. 20

(b) Aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ergibt sich entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts und der Beklagten nichts anderes. Der Senat hat auch dann, wenn einer tariflichen Eingruppierungsvorschrift der Zusatz „Maßgebend sind die Oberbegriffe“ angefügt war, zunächst die Erfüllung des Tätigkeitsbeispiels und nachfolgend ggf. die des Oberbegriffs geprüft (BAG 27. Januar 2010 - 4 AZR 567/08 - Rn. 15). Soweit 21

der Zehnte Senat in der von der Beklagten angeführten Entscheidung vom 28. September 2005 (- 10 AZR 34/05 -) angenommen hat, die Eingruppierung sei im konkreten Fall nur in Anwendung der Oberbegriffe vorzunehmen, war dies dem Umstand geschuldet, dass dort den genannten Beispielen die Formulierung „soweit die in der Überschrift/den Oberbegriffen bzw. in der Tarifgruppendefinition geforderten Voraussetzungen erfüllt sind“ nachgestellt war.

(2) Das allgemeine Tätigkeitsmerkmal der Tarifgruppe 2 ETV war auch nicht deshalb vorrangig zu prüfen, weil das Richtbeispiel „Griller/-in“ in zwei Tarifgruppen genannt ist. Dieser Umstand hindert nicht dessen Heranziehung für die Prüfung, ob die Voraussetzungen der Tarifgruppe 2 ETV vorliegen. 22

(a) Mit der Nennung eines Tätigkeitsbeispiels in mehreren Entgeltgruppen bringen die Tarifvertragsparteien regelmäßig bindend zum Ausdruck, dass Arbeitnehmer, die eine dem Richtbeispiel entsprechende Tätigkeit ausüben, jedenfalls in einer der betreffenden Entgeltgruppen eingruppiert sind und eine Eingruppierung außerhalb dieser Entgeltgruppen nicht in Betracht kommt. Eine Zuordnung zu einer der Entgeltgruppen erfolgt dann nach den Qualifikationsmerkmalen und Arbeitsanforderungen (BAG 12. März 1986 - 4 AZR 534/84 - [„Sachbearbeiter“]; 29. April 1981 - 4 AZR 1007/78 - [„Produktionsingenieur“]; sh. auch 24. Februar 2016 - 4 AZR 980/13 - Rn. 18). Insoweit kann erforderlichenfalls auf die Maßstäbe des allgemeinen Tätigkeitsmerkmals zurückgegriffen werden. Daraus folgt zugleich, dass die Tarifvertragsparteien - jedenfalls dann, wenn das allgemeine Tätigkeitsmerkmal der höheren gegenüber der niedrigeren Entgeltgruppe eine weiter gehende Anforderung stellt (hier: „*Tätigkeiten, die geringe fachliche Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern*“ - *Tätigkeiten, die erweiterte Kenntnisse oder Fertigkeiten und längere Erfahrung hierin erfordern*“) - bei Erfüllung des Tätigkeitsbeispiels eine Eingruppierung zumindest in die niedrigste der in Betracht kommenden Entgeltgruppen festgelegt haben, ohne dass es eines Rückgriffs auf das allgemeine Tätigkeitsmerkmal bedarf. 23

(b) Soweit der Senat in der Vergangenheit angenommen hat, das allgemeine Tätigkeitsmerkmal sei für die Eingruppierung dann heranzuziehen, wenn 24

das Tätigkeitsbeispiel in mehreren Tarifgruppen genannt ist (*BAG 24. Februar 2016 - 4 AZR 980/13 - Rn. 18; 20. Juni 2012 - 4 AZR 438/10 - Rn. 16; 23. September 2009 - 4 AZR 333/08 - Rn. 20 mwN*), bezog sich diese Aussage stets auf Fallgestaltungen, in denen über eine Eingruppierung in eine höhere der in Betracht kommenden Entgeltgruppen zu entscheiden war.

(c) Nach den vorstehenden Maßstäben haben die Tarifvertragsparteien durch die Erwähnung des Tätigkeitsbeispiels „Griller/-in“ in den Tarifgruppen 2 und 3, jeweils zweite Fallgruppe ETV deutlich gemacht, dass die Tätigkeit eines Grillers, der in einem von der jeweiligen zweiten Fallgruppe erfassten Betrieb tätig ist, jedenfalls die Anforderungen der Tarifgruppe 2 ETV erfüllt. Einer Heranziehung des allgemeinen Tätigkeitsmerkmals bedarf es in diesem Fall nicht. 25

2. Auch hinsichtlich der auf einen Annahmeverzug der Beklagten gestützten Zahlungsforderungen einschließlich der Mehrarbeitsvergütung durfte das Landesarbeitsgericht die Klage mit der von ihm gegebenen Begründung weder auf der Basis des vom Kläger begehrten Stundenentgelts von 9,54 Euro brutto noch auf Grundlage der von der Beklagten gezahlten 8,88 Euro brutto pro Stunde abweisen. 26

a) Das Landesarbeitsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass im Streitfall ein Angebot der Arbeitsleistung seitens des Klägers nicht nach § 296 BGB entbehrlich war. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung grundsätzlich nach § 294 BGB tatsächlich anbieten (*BAG 25. Februar 2015 - 1 AZR 642/13 - Rn. 41, BAGE 151, 35*). Ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) genügt, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen (*BAG 5. Juli 2017 - 4 AZR 831/16 - Rn. 37; 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 50*). 27

b) Es hat jedoch zu Unrecht angenommen, der Kläger habe den Anspruch schon nicht schlüssig dargelegt. 28

aa) Der Kläger ist seiner Darlegungslast nachgekommen. Er hat vorgetragen, er habe die Beklagte bei der üblicherweise zu Beginn des Monats erfolgenden Schichtplanerstellung stets darauf hingewiesen, dass er bereit und in der Lage sei, seiner arbeitsvertraglichen Pflicht zur Leistung von monatlich 173 Stunden nachzukommen. Dabei ist er auch - entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts - zutreffend davon ausgegangen, dass die arbeitsvertraglich vereinbarte Wochenarbeitszeit von 40 Stunden rechnerisch einer monatlichen Arbeitszeit von (abgerundet) 173 Stunden entspricht (*vgl. zur Berechnung BAG 25. Juni 2014 - 5 AZR 556/13 - Rn. 22*). 29

bb) Dieses Angebot war nicht deshalb unbeachtlich, weil der Kläger arbeitsvertraglich eine regelmäßige wöchentliche und keine monatliche Arbeitszeit geschuldet hätte. Die Beklagte hat die Arbeitszeit nach dem insoweit unbestrittenen Vorbringen des Klägers monatlich eingeteilt. Sie kann sich deshalb nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, der Kläger habe seine Arbeitsleistung in abweichender Art und Weise angeboten (*vgl. BAG 28. Juni 2017 - 5 AZR 263/16 - Rn. 28*). 30

cc) Der Kläger musste auch von der Beklagten nicht vorrangig verlangen, die entsprechenden Stunden auf einem Arbeitszeitkonto gutzuschreiben. Dass die Beklagte ein solches tatsächlich geführt hätte, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. 31

II. Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis zutreffend (§ 561 ZPO). 32

Die Klage ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht schon deshalb abweisungsreif, weil die Ansprüche des Klägers durch Gewährung verschiedener Nettoleistungen entsprechend der arbeitsvertraglichen Vereinbarung vom 30. Oktober 2013 bereits (über-)erfüllt wären. Es fehlt bereits an Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, welche Leistungen sie im streitgegenständlichen Zeitraum in welcher Höhe erbracht hat. Deshalb kann der Senat nicht beurteilen, in welchem Umfang eine Anrechnung einzelner Leistungen auf Forderungen aus einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag überhaupt erfolgt sein könnte (*vgl. dazu BAG 16. April 2014 - 4 AZR 802/11 - Rn. 39 f.*, 33

BAGE 148, 68). Darüber hinaus dürfte dem Erfüllungseinwand entgegenstehen, dass die Beklagte ausweislich der vom Kläger vorgelegten Entgeltabrechnungen bereits monatlich einen Betrag von 300,01 Euro brutto als „Entgeltverzicht NLO“ in Abzug gebracht hat.

III. Die Rechtsfehler führen zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Ob und in welchem Umfang die Klage begründet ist, kann der Senat aufgrund der bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen (§ 563 Abs. 3 ZPO). 34

1. Es ist schon nicht ersichtlich, ob der ETV hinsichtlich der Tarifgruppen 1 bis 3 für das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft Allgemeinverbindlichkeit gilt. 35

a) In der Bekanntmachung über die Allgemeinverbindlicherklärung vom 20. September 2016 heißt es auszugsweise: 36

„Bekanntmachung über die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags für das Gaststätten- und Hotelgewerbe

...

mit Wirkung vom **1. August 2016**,

...

fachlich: für alle Betriebe, die gewerbsmäßig beherbergen und/oder Speisen und/oder Getränke abgeben. Hierzu gehören auch z. B. Betriebe der Handelsgastronomie, der Systemgastronomie, der Gemeinschaftsverpflegung und der Caterer. ...

persönlich: ...

Die Allgemeinverbindlicherklärung ergeht mit folgenden Einschränkungen:

1. Die in den §§ 4, 5 und 10 aufgeführten Tarifgruppen 4 bis 9 und ‚Freie Vereinbarung‘ sowie die §§ 6 und 7 werden von der Allgemeinverbindlicherklärung ausgenommen.
2. Die Allgemeinverbindlicherklärung erstreckt sich nicht auf Betriebe/Unternehmen,
 - a) die dem jeweils gültigen, zwischen dem Bundesverband der Systemgastronomie e.V., München,

und der Gewerkschaft NGG vereinbarten Entgelttarifvertrag bzw. dem jeweils gültigen Spezialentgelttarifvertrag für Mitgliedsunternehmen der Systemgastronomie der Landesverbände im Deutschen Hotel- und Gaststättenverband e.V., ebenfalls vereinbart mit der NGG, unterfallen und diesen anwenden. Dies wird unwiderlegbar vermutet, wenn der Betrieb/das Unternehmen jeweils entsprechendes mittelbares oder unmittelbares Mitglied einer der vorgenannten vertragsschließenden Arbeitgeberorganisationen ist;

b) ...“

b) Danach ist der vom Kläger herangezogene ETV zwar im Grundsatz mit Wirkung vom 1. August 2016 hinsichtlich der hier maßgebenden Tarifgruppen 1 bis 3 ETV für allgemeinverbindlich erklärt worden. Das gilt jedoch entgegen der - stillschweigenden - Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht ausnahmslos. Nach Nr. 2 Buchst. a der Bekanntmachung erstreckt sich die Allgemeinverbindlicherklärung ua. nicht auf Betriebe oder Unternehmen, die dem jeweils gültigen, mit der Gewerkschaft NGG vereinbarten, Spezialentgelttarifvertrag für Mitgliedsunternehmen der Systemgastronomie der Landesverbände im Deutschen Hotel- und Gaststättenverband e.V. (DEHOGA) unterfallen und diesen anwenden. Dies wird - so die Ausnahmeregelung weiter - im Falle einer unmittelbaren oder mittelbaren Mitgliedschaft in der genannten Arbeitgeberorganisation „unwiderlegbar vermutet“.

37

c) Das Landesarbeitsgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, die Normen des ETV erfassten allein aufgrund der Allgemeinverbindlicherklärung auch das Arbeitsverhältnis der Parteien (§ 5 Abs. 4 Satz 1 TVG). Die Allgemeinverbindlicherklärung selbst sowie deren Einschränkung war in den Tatsacheninstanzen weder Gegenstand des jeweiligen Parteivorbringens noch wurde dies im Verfahren angesprochen. Das Landesarbeitsgericht hat dem Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz zu der Frage, ob es sich bei der Beklagten um ein Unternehmen der Systemgastronomie iSd. § 4 Tarifgruppe 2, zweite Fallgruppe ETV handelt, keine nähere Bedeutung für eine Tarifgebundenheit nach § 5 Abs. 4 TVG beigemessen. Der Kläger hatte in diesem Zusammenhang gel-

38

tend gemacht, der Umstand, dass im Internet unter „www.systemgastronomie-dehoga.de/mitglieder“ „M Restaurants“ aufgeführt werde, spreche „für die Zuordnung der Restaurants der Beklagten zur Systemgastronomie“. Danach ist es aber auch nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte mittelbares oder unmittelbares Mitglied im Fachverband der Systemgastronomie im DEHOGA ist und von der Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung nach Nr. 2 Buchst. a, zweite Fallgruppe erfasst wird. In diesem Fall könnte allerdings eine beiderseitige Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG gegeben sein. Insoweit ist den Parteien auch unter dem Gesichtspunkt der Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG Gelegenheit zu geben, ergänzend vorzutragen.

2. Der Senat vermag weiterhin nicht zu beurteilen, ob der Betrieb der Beklagten der „Systemgastronomie (Handels-, Free Flow, Selbstbedienungsrestaurants, Fast-Food-Gastronomie, Catering und Gemeinschaftsverpflegung)“ iSd. Tarifgruppe 2, zweite Fallgruppe ETV zuzuordnen ist. Dies wäre Voraussetzung dafür, dass das Tätigkeitsbeispiel „Griller/-in“ überhaupt maßgebend sein könnte. Es fehlt insoweit an den erforderlichen Feststellungen. 39

IV. Im Rahmen der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht die folgenden Erwägungen zu berücksichtigen haben: 40

1. Zunächst wird zu prüfen sein, ob § 4 Tarifgruppe 2, zweite Fallgruppe ETV für das Arbeitsverhältnis der Parteien überhaupt gilt. 41

a) Gilt der ETV aufgrund der Allgemeinverbindlicherklärung, wird das Landesarbeitsgericht ggf. auch den - ebenfalls kraft Allgemeinverbindlichkeit seit dem 1. Mai 2016 für das Arbeitsverhältnis geltenden - Manteltarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen (MTV) zu berücksichtigen haben. 42

b) Sollte das Landesarbeitsgericht hingegen feststellen, dass im streitgegenständlichen Zeitraum beiderseitige Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG bestand, wäre überdies zu prüfen, welche der verschiedenen Tarifverträge für das Arbeitsverhältnis der Parteien gelten. In Betracht kommt zunächst nicht nur der ETV, sondern, sollte die Beklagte Mitglied der Fachabteilung Systemgast- 43

ronomie im DEHOGA (gewesen) sein, auch der Spezialentgelttarifvertrag für Mitgliedsunternehmen der Systemgastronomie der Landesverbände im Deutschen Hotel- und Gaststättenverband e.V. vom 11. April 2014 (Spezial-ETV), sofern dessen fachlicher Geltungsbereich nach Maßgabe des Verfahrenstarifvertrags zur Festlegung des fachlichen Geltungsbereichs des bundesweiten Spezialtarifvertrages für die Systemgastronomie vom 10. April 1997 eröffnet ist. Entsprechend kommt die Geltung des Spezialmanteltarifvertrags für Mitgliedsunternehmen der Systemgastronomie der Landesverbände im Deutschen Hotel- und Gaststättenverband e.V. vom 10. Dezember 2007 in Betracht.

2. Bei einer Geltung des ETV für das Arbeitsverhältnis der Parteien wird das Landesarbeitsgericht zu klären haben, ob der Betrieb der Beklagten der Systemgastronomie iSd. Tätigkeitsbeispiele in § 4 Tarifgruppe 2 ETV zuzuordnen ist. 44

a) Die Tätigkeitsbeispiele sind - in allen Tarifgruppen - dadurch gekennzeichnet, dass nach einer Aufzählung von Beispielen der drucktechnisch hervorgehobene Einschub „Entgelte für das Personal der Systemgastronomie (Handels-, Free Flow, Selbstbedienungsrestaurants, Fast-Food-Gastronomie, Catering und Gemeinschaftsverpflegung)“ folgt („zweite Fallgruppe“). Im Anschluss daran sind weitere - von den zuvor genannten Beispielen abweichende - Tätigkeitsbeispiele aufgeführt. Nach dem Verständnis der Tarifvertragsparteien kommt diesen weiteren Tätigkeitsbeispielen nur in den zuvor genannten Betrieben eine - bindende - Erläuterungswirkung zu. 45

b) Bei der Bestimmung des Begriffs der Systemgastronomie ist das im Arbeits- und Wirtschaftsleben geltende Begriffsverständnis zugrunde zu legen. 46

aa) Wird ein von den Tarifvertragsparteien verwendeter Begriff nicht im Tarifvertrag selbst definiert, ist für die Ermittlung des fachlichen Geltungsbereichs davon auszugehen, dass sie diesen in dem Sinne gebraucht haben, wie es dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Auffassung der beteiligten Branchen entspricht, wenn nicht sichere Anhaltspunkte für eine abweichende Auslegung ge- 47

geben sind (st. Rspr., etwa BAG 25. Januar 2006 - 4 AZR 622/04 - Rn. 20 mwN).

bb) Nach allgemeinem Begriffsverständnis ist die Systemgastronomie 48
dadurch gekennzeichnet, dass die betreffenden Betriebe in Ketten organisiert
sind (*Duden Deutsches Universalwörterbuch 8. Aufl. Stichwort „Systemgastro-
nomie“*) und standardisierte Produkte und Dienstleistungen anbieten. Ergän-
zend können auch die Definitionen und Kriterien der für die Systemgastronomie
bestehenden Verbände herangezogen werden.

cc) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Begriff der Systemgast- 49
ronomie im Streitfall nicht durch die Tarifvertragsparteien autonom bestimmt
worden. Eine Definition ist insbesondere nicht durch den in § 4 ETV hinter dem
Wort „Systemgastronomie“ folgenden Klammerzusatz erfolgt. Gegen ein sol-
ches Verständnis spricht die Verwendung desselben Begriffs bei der Bestim-
mung des fachlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrags. Dieser erstreckt sich
ua. auf „Betriebe der Handelsgastronomie, der Systemgastronomie, der Ge-
meinschaftsverpflegung und der Caterer“. Danach betrachten die Tarifvertrags-
parteien - wie es auch dem allgemeinen Begriffsverständnis entspricht - die Be-
reiche Handelsgastronomie, Gemeinschaftsverpflegung und Caterer nicht als
Teil der Systemgastronomie, sondern als eigenständige Bereiche. Ohne be-
sondere Anhaltspunkte können die Klammerzusätze in den Tarifgruppen daher
nicht als Einschränkung des Begriffs der Systemgastronomie verstanden wer-
den. Für ein solches Vorgehen hätte es zudem nahegelegen, den Begriff schon
bei dessen erster Verwendung näher zu definieren. Der Klammerzusatz soll
danach vielmehr die Tätigkeitsbeispiele über die Betriebe der Systemgastro-
nomie hinaus auch für solche Bereiche zur Anwendung bringen, die nicht oder
nicht ohne Weiteres der Systemgastronomie zuzuordnen sind.

3. Für den Fall, dass das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangt, 50
dass auch bei Geltung des ETV für das Arbeitsverhältnis das Tätigkeitsbeispiel
„Griller/-in“ oder ggf. andere Tätigkeitsbeispiele nicht in Betracht kommen, weil
der Betrieb der Beklagten nicht der Systemgastronomie zuzuordnen ist, wird es
bei der Prüfung des allgemeinen Tätigkeitsmerkmals zu beachten haben, dass

es sich bei der Tarifgruppe 2 ETV nicht um eine „Aufbaufallgruppe“ zur Tarifgruppe 1 ETV handelt (*zu den Aufbaufallgruppen in den Tarifverträgen im Öffentlichen Dienst - „herausheben“ - sh. BAG 28. Februar 2018 - 4 AZR 678/16 - Rn. 37; 21. Januar 2016 - 4 AZR 916/13 - Rn. 32*). Das Tätigkeitsmerkmal der Tarifgruppe 2 ETV erfordert keine „Heraushebung“ aus dem Tätigkeitsmerkmal der Tarifgruppe 1 ETV und baut auch nicht in anderer Weise auf diesem auf. Es enthält lediglich höhere Anforderungen. Die vom Landesarbeitsgericht herangezogene Rechtsprechung des Senats zum Erfordernis eines wertenden Vergleichs im Rahmen der Darlegung durch den Kläger (*BAG 9. Dezember 2015 - 4 AZR 11/13 - Rn. 24 ff.; 25. Februar 2009 - 4 AZR 20/08 - Rn. 28*) ist deshalb im Streitfall nicht einschlägig.

4. Ist bei Geltung des ETV ein Anspruch auf Vergütung nach der Tarifgruppe 2 ETV zu verneinen, wird, sofern der Kläger - wie im Rahmen der Verfahrensrüge vorgetragen - sein Begehren hilfsweise auch darauf stützt, über einen Anspruch auf ein Stundenentgelt nach der Tarifgruppe 1 ETV iHv. 9,00 Euro aufgrund der Tarifierhöhung zum 1. Mai 2016 zu entscheiden sein.

51

Treber

W. Reinfelder

Rinck

Pieper

Lippok