Bundesarbeitsgericht Vierter Senat	Urteil vom 23. Januar 2019 - 4 AZR 541/17 - ECLI:DE:BAG:2019:230119.U.4AZR541.17.0
I. Arbeitsgericht Dortmund	Urteil vom 9. Februar 2016 - 5 Ca 3105/15 -
II. Landesarbeitsgericht Hamm	Urteil vom 11. Oktober 2017 - 2 Sa 1213/16 -

---

Entscheidungsstichwort:

Eingruppierung eines stellvertretenden Bereichsleiters in einer Spielbank

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren Parallelsachen

BUNDESARBEITSGERICHT

4 AZR 541/17
2 Sa 1213/16
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Januar 2019

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter, Revisionsbeklagter und Revisionskläger,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Treber, den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Klug sowie die ehrenamtliche Richterin Schuldt und den ehrenamtlichen Richter Widuch für Recht erkannt:

I. Auf die Revisionen des Klägers und der Beklagten wird - unter deren Zurückweisungen im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 11. Oktober 2017 - 2 Sa 1213/16 - teilweise aufgehoben.

II. Auf die Berufung der Beklagten wird - unter deren Zurückweisung im Übrigen - das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 9. Februar 2016 - 5 Ca 3105/15 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Zeit ab dem 1. Dezember 2014 als Beschäftigungszeit des Klägers in der Entgeltgruppe 8 des Entgeltrahmentarifvertrags für die festvergüteten Arbeitnehmer/innen der Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG in der Spieltechnik und in der Kasse idF vom 12. Oktober 2012 zu berücksichtigen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.400,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 200,00 Euro seit dem 11. März 2015, seit dem 11. April 2015, seit dem 12. Mai 2015, seit dem 11. Juni 2015, seit dem 11. Juli 2015, seit dem 11. August 2015, seit dem 11. September 2015, seit dem 13. Oktober 2015, seit dem 11. November 2015, seit dem 11. Dezember 2015, seit dem 12. Januar 2016 und seit dem 11. Februar 2016 zu zahlen.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger neben der Festvergütung nach dem Entgeltrahmentarifvertrag für die festvergüteten Arbeitnehmer/innen der Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG in der Spieltechnik und in der Kasse idF vom 12. Oktober 2012 seit dem 1. Februar 2016 eine individuelle Zulage in Höhe von 200,00 Euro brutto monatlich zu zahlen.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

III. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu 93 % und der Kläger zu 7 % zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die zutreffende Eingruppierung des Klägers. 1

Die Beklagte betreibt konzessionierte Spielbanken, darunter das Casino H. In diesem ist der Kläger seit dem Jahr 1985 beschäftigt und zuletzt als „Spielaufsicht/Tischchef“ tätig. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme die zwischen der Beklagten und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di geschlossenen Haustarifverträge Anwendung, darunter der Entgeltrahmentarifvertrag für die festvergüteten Arbeitnehmer/innen der Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG in der Spieltechnik und in der Kasse idF vom 12. Oktober 2012 (ERTV) sowie der Manteltarifvertrag I (MTV) und der Entgelttarifvertrag für die festvergüteten Arbeitnehmer/innen der Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG in der Spieltechnik und in der Kasse (ETV) in ihrer jeweiligen Fassung. 2

Im Casino sind neben einem Direktor ein Bereichsleiter „Klassisches Spiel“ und ein Bereichsleiter „Automatengeschäft“ sowie acht stellvertretende Bereichsleiter vorgesehen. Nachdem schon im Jahr 2012 die Stellen von vier ausgeschiedenen stellvertretenden Bereichsleitern nicht wieder besetzt wurden, ist mittlerweile nur noch ein Arbeitnehmer dauerhaft als „stellvertretender Bereichsleiter“ beschäftigt. Neben den stellvertretenden Bereichsleitern üben die Saalchefs und die Spielaufsichten die Aufsicht im Saal aus. An den Spieltischen ist jeweils ein Tischchef für die Spielaufsicht zuständig und überwacht von einem erhöhten Stuhl („Bock“) aus das Spiel sowie den jeweiligen Croupier. 3

Der ERTV regelt die Eingruppierung in die acht Tarifentgeltgruppen ua. wie folgt: 4

„§ 1

Geltungsbereich

1. Dieser Tarifvertrag regelt die Eingruppierung und Bezahlung aller Arbeitnehmer/innen (nachfolgende Arbeitnehmer genannt) / Altbeschäftigte der Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG, soweit sie im spieltechnischen Bereich und der Kasse beschäftigt sind und vor dem 1. Juli 2012 eingestellt wurden. …

§ 7

Tarifentgeltgruppen

1. Arbeitnehmer werden entsprechend der von ihnen ausgeübten Tätigkeiten in folgende Entgeltgruppen eingeordnet.

…

Entgeltgruppe 7:	Spielaufsicht / Tischchef Die Spielaufsicht übt die Aufsicht im Klassischen Spiel aus. In den ersten drei Jahren erfolgt der Einsatz überwiegend in der Tischaufsicht. Bei Eignung kann er als Saalchef in der Saalaufsicht eingesetzt werden. Der Tischchef übt die Aufsicht am Spieltisch aus. Er kann bei Eignung mit der Aufsicht im Saal beauftragt werden. Er kann auch als Baccara-Croupier eingesetzt werden. Er kann mit der Tischabrechnung beauftragt werden.
Entgeltgruppe 8:	Stellvertretender Bereichsleiter / Saalchef Der stv. Bereichsleiter ist im administrativen Bereich des Klassischen Spiels und der Aufsicht im Saal tätig. Der Saalchef übt die Aufsicht im Saal aus und kann bei Eignung mit administrativen Aufgaben beauftragt werden.

…

3. Bei einem Wechsel (Umgruppierung) in die Entgeltgruppen 2, 3, 5, 6, 7 oder 8 wird der Arbeitnehmer mit seinem erreichten max. monatlichen Tarifentgelt umgruppiert. Die nächste Erhöhung erhält er spätestens zum gleichen Zeitpunkt wie in der alten Entgeltgruppe. Er erhält eine individuelle Zulage von jeweils € 200 monatlich, wenn die Aufgabe dauerhaft übertragen wird.

4. Übernimmt ein Arbeitnehmer vorübergehend aushilfs- oder vertretungsweise in Übereinstimmung mit dem Dienstplan eine Tätigkeit in einer höheren Ent-

geltgruppe, so hat er, wenn die Tätigkeit ohne Unterbrechung länger als acht Wochen dauert, von Beginn der Tätigkeit an für deren Dauer Anspruch auf eine Zulage in Höhe von € 200 monatlich.

5. Dauert die oben genannte aushilfs- oder vertretungsweise Tätigkeit ununterbrochen länger als sechs Monate, so ist der Arbeitnehmer vom Beginn des darauffolgenden Monats an in die entsprechend höhere Entgeltgruppe einzugruppieren.

6. Altbeschäftigte erhalten die nach dem alten Punktesystem vorgesehene individuelle Punkt-Stufen-Steigerung abschließend für einen Zeitraum bis zum 30. Juni 2021 (max. 3 Stufen). Die Beträge der Erhöhungsstufen 2 und 3 werden mit den Tariflohnerhöhungen ab Erreichen der jeweils nächst höheren Stufe verrechnet.

…“

Innerhalb der einzelnen Entgeltgruppen legt § 2b ETV die konkrete Höhe des Tarifentgelts nach erreichten „Punkten“ fest, die sich innerhalb der Entgeltgruppe an den Beschäftigungsjahren („BJ“) in der jeweiligen Funktion orientieren. Der Kläger erhält eine Vergütung nach Entgeltgruppe 7 ERTV. 5

Die Beklagte erstellt für die „Stellvertretende Bereichsleitung“ und die Beschäftigten der „Entgeltgruppe 7“ getrennte Dienstpläne. Dabei sind nach der Entgeltgruppe 7 ERTV vergütete Arbeitnehmer regelmäßig für eine Tätigkeit nach dem Dienstplan „Stellvertretende Bereichsleitung“ vorgesehen. Sie werden in diesem Dienstplan nicht namentlich, sondern mit „EG 7“ bezeichnet. Welcher Arbeitnehmer die stellvertretende Bereichsleitung ausübt, ergibt sich aus dem Dienstplan der „EG 7“. Die Zuordnung zu den Tätigkeitsbereichen erfolgt an jedem Tag durch den ersten im Dienstplan der „EG 7“ benannten Arbeitnehmer, der als sog. Einteiler tätig wird. 6

Seit dem Monat März 2012 ist der Kläger sowohl in die Dienstpläne „Stellvertretende Bereichsleitung“ als auch in die der „EG 7“ eingeteilt worden, in letzterer ausschließlich im Saaldienst. Bis zum 30. April 2014 wurde er auch zeitweilig als Tischaufsicht tätig. Seit dem 1. Mai 2014 wurde der Kläger ausschließlich als „Saalaufsicht“ dienstplanmäßig im Rahmen des Dienstplans 7

„EG 7“ oder als stellvertretender Bereichsleiter nach dem diesbezüglichen Dienstplan eingesetzt. Er übte keine Tätigkeiten mehr am Spieltisch aus.

Mit der am 10. August 2015 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 14. August 2015 zugestellten Klage macht der Kläger geltend, er sei in Entgeltgruppe 8 ERTV eingruppiert und habe Anspruch auf eine monatliche individuelle Zulage nach § 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV. Zumindest seit dem 1. Mai 2014 sei er ohne Unterbrechung als Saalchef und stellvertretender Bereichsleiter tätig gewesen und daher ab dem 1. November 2014 höhergruppiert. Für eine Tätigkeit iSd. Entgeltgruppe 8 ERTV sei weder erforderlich, dass er administrative Aufgaben erfülle, noch müsse eine ausdrückliche Aufgabenübertragung durch die Beklagte vorliegen. Zudem habe er administrative Aufgaben iSd. Entgeltgruppe, zT sogar als sog. Hauptverantwortlicher, übernommen. Aufgrund der Höhergruppierung stehe ihm eine Zulage iSd. § 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV unbefristet zu. Die tarifliche Ausschlussfrist sei unwirksam. 8

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 9

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Zeit ab dem 1. November 2014 als Beschäftigungszeit des Klägers in der Entgeltgruppe 8 des Entgeltrahmentarifvertrags für die festvergüteten Arbeitnehmer/innen der Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG in der Spieltechnik und in der Kasse (idF vom 12. Oktober 2012) zu berücksichtigen;

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 3.000,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB aus jeweils 200,00 Euro seit dem 11. Dezember 2014, 13. Januar 2015, 11. Februar 2015, 11. März 2015, 11. April 2015, 12. Mai 2015, 11. Juni 2015, 11. Juli 2015, 11. August 2015, 11. September 2015, 13. Oktober 2015, 11. November 2015, 11. Dezember 2015, 12. Januar 2016 und 11. Februar 2016 zu zahlen;

3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, neben der Festvergütung des Entgeltrahmentarifvertrags für die festvergüteten Arbeitnehmer/innen der Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG ab dem

1. Februar 2016 einen monatlichen Zuschlag in Höhe von 200,00 Euro brutto zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger habe nicht ausschließlich Tätigkeiten der Entgeltgruppe 8 ERTV ausgeübt. Die Aufgaben des Saaldienstes seien solche der Entgeltgruppe 7 ERTV. Administrative Tätigkeiten seien ihm nicht, insbesondere nicht durch eine - erforderliche - förmliche Ernennung, übertragen worden. Solche habe er nur wahrgenommen, wenn er im Dienstplan für stellvertretende Bereichsleiter eingeteilt gewesen sei. Erforderlich sei aber eine ununterbrochene Einteilung im Dienstplan als stellvertretender Bereichsleiter. Seit 2012 habe der Kläger an zehn Tagen die Aufgaben der Tischaufsicht übernommen. Auch seien Ansprüche des Klägers teilweise verfallen. 10

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit noch streitgegenständlich - stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht - unter deren Zurückweisung im Übrigen - das erstinstanzliche Urteil teilweise hinsichtlich des Antrags zu 1. abgeändert. Mit den vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revisionen verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter; die Beklagte begehrt, die Klage insgesamt abzuweisen. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers und die der Beklagten sind zulässig, aber nur teilweise begründet. 12

I. Der zulässige Feststellungsantrag zu 1. ist in der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellten Fassung überwiegend begründet. Die Beklagte ist verpflichtet, die Zeit ab dem 1. Dezember 2014 als Beschäftigungszeit des Klägers in Entgeltgruppe 8 ERTV zu berücksichtigen. 13

1. Der Antrag ist als sog. Elementenfeststellungsantrag zulässig. 14

a) Nach § 256 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Die Feststellungsklage kann sich auf einzelne Bedingungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken, sog. Elementenfeststellungsklage *(BAG 12. Dezember 2018 - 5 AZR 124/18 - Rn. 13; 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 15, BAGE 138, 269)*. Das Feststellungsinteresse ist nur dann gegeben, wenn durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag ein zwischen den Parteien bestehender Streit über Leistungsverpflichtungen insgesamt bereinigt wird und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann *(BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 424/09 - Rn. 19 f., BAGE 138, 287)*. 15

b) Nach diesen Maßstäben ist das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Der Kläger war nicht gehalten, eine sog. Eingruppierungsfeststellungsklage zu erheben. Nach § 7 Nr. 3 Satz 1 ERTV ergeben sich aus der Umgruppierung in eine höhere Entgeltgruppe zunächst keine Vergütungsänderungen, die mit einer solchen Klage festgestellt werden könnten. Durch den vorliegenden Antrag kann der zwischen den Parteien bestehende Streit über eine eingetretene Höhergruppierung sowie die sich hieraus ergebende Punktsteigerung nach jeweils drei Beschäftigungsjahren in der Entgeltgruppe 8 ERTV *(§ 7 Nr. 3 Satz 1 ERTV iVm. § 2b ETV)* und über Entgeltsteigerungen infolge der erreichten „Punkte“ geklärt werden. Zugleich wird der Umfang des Direktionsrechts der Beklagten festgestellt *(zum Feststellungsinteresse bei der Beschäftigungszeit BAG 25. Oktober 2001 - 6 AZR 718/00 - zu B I der Gründe, BAGE 99, 250)*. 16

2. Der Antrag ist nur teilweise begründet. Der Kläger ist nicht bereits seit dem 1. November 2014, sondern erst ab dem 1. Dezember 2014 gemäß § 7 Nr. 5 ERTV in der Entgeltgruppe 8 ERTV eingruppiert. 17

a) Nach § 7 Nr. 1 Satz 1 ERTV werden die Arbeitnehmer grundsätzlich entsprechend der von ihnen ausgeübten Tätigkeiten in die Entgeltgruppen ein- 18

geordnet. Allerdings werden nach § 7 Nr. 5 iVm. Nr. 4 ERTV Arbeitnehmer, die aushilfs- oder vertretungsweise in Übereinstimmung mit dem Dienstplan eine Tätigkeit in einer höheren Entgeltgruppe ununterbrochen länger als sechs Monate übernehmen, in die entsprechend höhere Entgeltgruppe eingruppiert.

aa) Tätigkeiten der Entgeltgruppe 8 ERTV sind die des stellvertretenden Bereichsleiters oder des Saalchefs. Der stellvertretende Bereichsleiter ist im administrativen Bereich des Klassischen Spiels und der Aufsicht im Saal tätig. Der Saalchef übt die Aufsicht im Saal aus und kann bei Eignung mit administrativen Aufgaben beauftragt werden. Tätigkeiten der Entgeltgruppe 7 ERTV sind solche der Spielaufsicht oder des Tischchefs. Die Spielaufsicht übt die Aufsicht im Klassischen Spiel aus und wird zunächst überwiegend als Tischchef eingesetzt. Sie kann bei Eignung als Saalaufsicht eingesetzt werden. Der Tischchef übt die Aufsicht am Spieltisch aus und kann bei Eignung mit der Aufsicht im Saal beauftragt werden. 19

bb) Die Aufgaben der Saalaufsicht können sowohl einem in Entgeltgruppe 7 ERTV als auch einem in Entgeltgruppe 8 ERTV eingruppierten Arbeitnehmer zugewiesen werden. Zwischen den Tätigkeiten einer Saalaufsicht als Spielaufsicht/Tischchef und denen einer Saalaufsicht als Saalchef/stellvertretender Bereichsleiter bestehen nach dem Tarifvertrag entgegen der Auffassung der Beklagten keine Unterschiede. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Ein als Spielaufsicht tätiger Arbeitnehmer kann lediglich als Saalchef in der Saalaufsicht, also nicht als Saalchef mit administrativen Aufgaben herangezogen werden. Dies bedeutet aber keinen Unterschied in der eigentlichen Tätigkeit der Saalaufsicht. 20

cc) Den Umfang eines solches Einsatzes an den einzelnen Arbeitstagen und die Dauer eines solchen Einsatzes haben die Tarifvertragsparteien nicht festgelegt und damit auch nicht zeitlich begrenzt. Insbesondere haben sie nicht bestimmt, dass ein zur Saalaufsicht geeigneter Tischchef/eine zur Saalaufsicht geeignete Spielaufsicht nicht arbeitszeitlich überwiegend als Saalaufsicht eingesetzt werden darf oder ein arbeitszeitlich überwiegender Einsatz als Saalaufsicht während eines bestimmten Zeitraums einen Anspruch auf eine Zulage 21

oder auf Entgelt nach einer höheren Entgeltgruppe begründet. Ein als Saalaufsicht geeigneter und als solcher eingesetzter Tischchef bzw. eine als Saalaufsicht geeignete und als solche eingesetzte Spielaufsicht wird nicht allein aufgrund dieses Einsatzes als Saalchef iSd. Entgeltgruppe 8 ERTV eingruppiert *(ebenso zur Abgrenzung der Tätigkeiten eines Croupiers und eines Tischchefs nach dem ERTV idF vom 1. Februar 1996 BAG 12. Oktober 2005 - 10 AZR 605/04 - zu II 1, 2 der Gründe)*.

dd) Ob ein Arbeitnehmer, der auch oder sogar überwiegend die Aufsicht im Saal ausübt, insgesamt Tätigkeiten der Entgeltgruppe 7 ERTV oder der Entgeltgruppe 8 ERTV ausübt, ergibt sich demnach daraus, mit welchen Tätigkeiten der Arbeitgeber im Rahmen des ihm zustehenden Direktionsrechts, das nach § 7 Nr. 4 und Nr. 5 ERTV auch die Zuweisung höherwertiger Tätigkeiten umfasst, den Arbeitnehmer über diese Tätigkeit hinaus einsetzt. Erst daraus wird die unterschiedliche Funktion und Stellung des Arbeitnehmers deutlich *(vgl. BAG 12. Oktober 2005 - 10 AZR 605/04 - zu II 2 der Gründe)*. Erfolgen neben der Saalaufsicht Einsätze als Tischchef, entspricht dies einer Zuweisung von Tätigkeiten der Entgeltgruppe 7 ERTV, während der zumindest zeitweilige Einsatz als stellvertretender Bereichsleiter neben der Saalaufsicht einer Tätigkeit nach Entgeltgruppe 8 ERTV zuzuordnen ist. 22

ee) Bei der aushilfs- oder vertretungsweisen Übernahme einer höherwertigen Tätigkeit nach § 7 Nr. 4 ERTV räumt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während deren Dauer eine Stellung ein, die der Arbeitnehmer bei Ausübung der Tätigkeit in der höheren Entgeltgruppe auf Dauer hätte. Der Arbeitnehmer muss die Tätigkeiten zwar nicht insgesamt ausüben, aber insgesamt übernehmen. Erforderlich ist aber, dass der Arbeitgeber den betreffenden Arbeitnehmer entsprechend der von ihm übertragenen und vom Arbeitnehmer übernommenen Tätigkeit in der höheren Entgeltgruppe im Dienstplan aufführt *(ausf. BAG 12. Oktober 2005 - 10 AZR 605/04 - zu II 3 b der Gründe)*. 23

ff) Die mehr als sechsmonatige ununterbrochene aushilfs- oder vertretungsweise Ausübung einer Tätigkeit in einer höheren Entgeltgruppe führt nach § 7 Nr. 5 ERTV ohne weiteres zur Eingruppierung in diejenige höhere Entgelt- 24

gruppe, in die die ausgeübte Tätigkeit nach § 7 Nr. 1 ERTV eingeordnet ist. Die Regelung in § 7 Nr. 5 ERTV dient zur Abgrenzung von der nur vorübergehenden Übernahme einer höherwertigen Tätigkeit in § 7 Nr. 4 ERTV. § 7 Nr. 5 ERTV fingiert eine dauerhafte Übertragung bei ununterbrochener Übernahme der höherwertigen Tätigkeit iSd. Nr. 4 der Vorschrift für mehr als sechs Monate. Die Zuweisung entsprechender Tätigkeiten „länger als sechs Monate“ wird in ihren Rechtswirkungen einer dauerhaften Übertragung gleichgestellt.

b) Nach diesen Grundsätzen sind dem Kläger ab dem 1. Mai 2014 ausschließlich Tätigkeiten der Entgeltgruppe 8 ERTV ununterbrochen länger als sechs Monate übertragen worden. Aufgrund dessen war der Kläger mit Beginn des auf den 1. November 2014 folgenden Monats *(§ 7 Nr. 5 ERTV)* und damit erst ab dem 1. Dezember 2014 höher eingruppiert. 25

aa) Der Kläger war ab dem 1. Mai 2014 in den Dienstplänen der Beklagten entweder als stellvertretender Bereichsleiter oder als Saalaufsicht im Dienstplan „EG 7“ eingeteilt. Soweit er im Dienstplan für stellvertretende Bereichsleiter eingeteilt gewesen ist, hat er - insoweit zwischen den Parteien unstreitig - entsprechende Tätigkeiten iSd. Entgeltgruppe 8 ERTV ausgeübt. Auch in den Zeiträumen, in denen er im Dienstplan „EG 7“ aufgeführt wurde, sind ihm nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ab diesem Zeitpunkt ausschließlich Aufgaben einer Saalaufsicht mit den damit verbundenen administrativen Aufgaben übertragen worden. Letztgenannte Tätigkeiten können nur einem Saalchef iSd. Entgeltgruppe 8 ERTV bei entsprechender Eignung übertragen werden, nicht hingegen einem Tischchef iSd. Entgeltgruppe 7 ERTV. Zugleich ist der Kläger in dieser Zeit nicht mehr als Tischchef tätig geworden. Die Übertragung weiterer administrativer Aufgaben ist für eine Eingruppierung in die Entgeltgruppe 8 ERTV nicht zwingend, da eine solche bei Eignung des jeweiligen Arbeitnehmers lediglich erfolgen kann, aber nicht erfolgen muss. 26

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es nicht erforderlich, dass der Kläger ausschließlich Tätigkeiten ausgeübt hat, die - wie etwa administrative Aufgaben - nur der höheren Entgeltgruppe zuzuordnen wären. Auch diejeni- 27

gen Tätigkeiten, die wie die „Aufsicht im Saal“ sowohl der Entgeltgruppe 7 ERTV als auch der Entgeltgruppe 8 ERTV zugeordnet sind, sind originäre Tätigkeiten beider Entgeltgruppen. Andernfalls würden an die aushilfs- oder vertretungsweise Übernahme einer höherwertigen Tätigkeit höhere Anforderungen gestellt als an eine „originäre Eingruppierung“. Für einen solchen Willen der Tarifvertragsparteien finden sich im Tarifwortlaut keine Anhaltspunkte. Die Beklagte behauptet nicht, in diesem Zeitraum sei der Kläger etwa während Krankheits- und Urlaubszeiten für einen anderweitigen Einsatz vorgesehen gewesen.

bb) Diese Tätigkeiten der Entgeltgruppe 8 ERTV hat die Beklagte dem Kläger durch die Dienstplangestaltung auch übertragen. Dabei ist es ohne Bedeutung, dass der Kläger, soweit er Tätigkeiten in der Saalaufsicht einschließlich der damit zusammenhängenden administrativen Aufgaben verrichtet hat, im Dienstplan der „EG 7“ und nur zeitweilig im Dienstplan für stellvertretende Bereichsleiter eingetragen war. Für eine Tätigkeit nach einer höheren Entgeltgruppe ist zwar grundsätzlich erforderlich, dass der jeweilige Arbeitnehmer auch im Dienstplan der höheren Entgeltgruppe geführt wird *(BAG 12. Oktober 2005 - 10 AZR 605/04 - zu II 3 b der Gründe)*. Dabei kommt es jedoch nicht maßgeblich auf die Bezeichnung des Dienstplans an. Ist ein Arbeitnehmer - wie vorliegend der Kläger - im Dienstplan ausschließlich für Tätigkeiten einer bestimmten Entgeltgruppe vorgesehen, übernimmt er auch die Tätigkeit in Übereinstimmung mit dem Dienstplan der höheren Entgeltgruppe iSd. § 7 Nr. 4 ERTV. 28

cc) Entgegen der Auffassung der Beklagten ergeben sich nach dem Tarifwortlaut keine Anhaltspunkte, es bedürfe für die Übertragung einer höher bewerteten Tätigkeit nach § 7 Nr. 4 oder Nr. 5 ERTV eines formellen Übertragungsakts. Nach § 7 Nr. 4 ERTV ist lediglich die Übernahme in Übereinstimmung mit dem Dienstplan erforderlich. Eine weitere Handlung des Arbeitgebers wird nicht vorausgesetzt. Die Wirksamkeit der „Übernahme“ einer höherwertigen Tätigkeit nach § 7 Nr. 4 und Nr. 5 ERTV richtet sich dann nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Sie muss, soweit sich der Arbeitgeber vertreten lässt, ihm nach vertretungsrechtlichen Grundsätzen zuzurechnen sein. Bedient er sich bei der Zuweisung von Tätigkeiten bei ihm beschäftigter Arbeitnehmer 29

wie etwa dem sog. Einteiler, handelt es sich auch um die tarifvertraglich maßgebende ausgeübte Tätigkeit *(vgl. BAG 26. Januar 2011 - 4 AZR 167/09 - Rn. 18 mwN)*.

dd) Für die Eingruppierung des Klägers ist schließlich der pauschale Einwand der Beklagten ohne Belang, es sei „faktisch unmöglich“, alle klagenden Arbeitnehmer als stellvertretende Bereichsleiter zu beschäftigen. 30

c) Die vom Kläger begehrte Feststellung unterliegt auch nicht der tariflichen Ausschlussfrist, sondern betrifft das Recht, sich auf eine höhere als die vom Arbeitgeber zuerkannte Eingruppierung zu berufen. Dieses unterliegt keinem Verfall *(vgl. hierzu BAG 25. Juni 2009 - 6 AZR 384/08 - Rn. 20; 20. September 1995 - 4 AZR 459/94 - zu B II 2 b bb der Gründe)*. 31

II. Der Zahlungsantrag zu 2. ist für die Monate November 2014 bis Januar 2015 wegen Verfalls der Ansprüche unbegründet, für die Zeit von Februar 2015 bis Januar 2016 kann der Kläger eine monatliche Zulage in Höhe von insgesamt 2.400,00 Euro brutto nebst Zinsen verlangen. 32

1. Der Kläger hat für den Monat November 2014 gemäß § 7 Nr. 4 ERTV einen Anspruch auf Zahlung einer Zulage in Höhe von 200,00 Euro brutto. Der nach der Entgeltgruppe 7 ERTV vergütete Kläger hat seit dem 1. Mai 2014 und damit auch im November 2014 aushilfs- oder vertretungsweise in Übereinstimmung mit dem Dienstplan eine Tätigkeit der Entgeltgruppe 8 ERTV übernommen und diese länger als acht Wochen ununterbrochen ausgeübt. 33

2. Für den Zeitraum vom 1. Dezember 2014 bis zum 31. Januar 2016 steht dem Kläger ein Anspruch auf Zahlung einer monatlichen individuellen Zulage in Höhe von 200,00 Euro brutto nach § 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV zu. 34

Der Kläger ist seit dem 1. Dezember 2014 gemäß § 7 Nr. 5 ERTV dauerhaft in Entgeltgruppe 8 ERTV höhergruppiert *(oben I 2 b)*. Das begründet den Anspruch nach § 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV. Die Vorschrift enthält keine über die Höhergruppierung hinausgehende zusätzliche Voraussetzung. Dafür spricht auch, dass nach der Entgeltsystematik in § 7 Nr. 3 ERTV die Höhergruppierung zu- 35

nächst keine Steigerung des Entgelts nach sich zieht. Der Arbeitnehmer, der dauerhaft eine höherwertige Tätigkeit übernimmt, erhält stattdessen nach § 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV die entsprechende Zulage. Eine zeitliche Begrenzung lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen.

3. Die Ansprüche des Klägers sind allerdings für die Monate November 2014 bis einschließlich Januar 2015 nach § 13 MTV verfallen. Für den nachfolgenden Zeitraum hat der Kläger die Ausschlussfrist gewahrt. 36

a) Der MTV enthält ua. folgende Regelungen: 37

„§ 13

Ausschlussfrist / Verfallklausel

Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und alle Ansprüche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, sind innerhalb von sechs Kalendermonaten nach Fälligkeit schriftlich gegenüber der anderen Vertragspartei geltend zu machen. Nach ablehnendem Bescheid durch die Gesellschaft sind Ansprüche innerhalb einer weiteren Frist von drei Kalendermonaten gerichtlich geltend zu machen.

Werden die vorgenannten Fristen nicht eingehalten, sind die Ansprüche verfallen.“

Nach der Protokollnotiz Nr. 1 zu den Manteltarifverträgen der Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG vom 18. April 2013 (Protokollnotiz Nr. 1 MTV) werden die monatlichen Vergütungen rückwirkend bis spätestens zum 10. Arbeitstag des folgenden Monats gezahlt. 38

b) Die am 14. August 2015 der Beklagten zugestellte Klage hat die Ausschlussfrist nur für die Monate ab Februar 2015 gewahrt, nicht aber für die vorangegangenen Monate. Der Anspruch auf Zahlung der Zulage nach § 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV für den Monat Januar 2015 war nach der Protokollnotiz Nr. 1 MTV am 10. Februar 2015 fällig geworden und hätte nach § 13 Abs. 1 Satz 1 MTV bis zum 10. August 2015 geltend gemacht werden müssen, die Ansprüche für die Monate November *(§ 7 Nr. 4 ERTV)* und Dezember 2014 *(§ 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV)* entsprechend früher. Seinen Anspruch auf Zahlung einer Zulage hat der 39

Kläger erstmals mit seiner Klage geltend gemacht. Unerheblich ist, dass diese bereits am 10. August 2015 bei Gericht eingegangen ist. Für die Wahrung der ersten Stufe der Ausschlussfrist gilt § 167 ZPO nicht *(vgl. BAG 16. März 2016 - 4 AZR 421/15 - Rn. 26 ff., BAGE 154, 252).*

c) Die Ausschlussfrist des § 13 MTV erfasst die vertraglichen Zulagenansprüche. 40

aa) Entgegen der Auffassung des Klägers ist § 13 MTV nicht wegen Verstoßes gegen § 3 Satz 1 MiLoG insgesamt, sondern lediglich zum Teil unwirksam. Die Ausschlussfrist erfasst zwar ihrem Wortlaut nach alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und damit auch denjenigen auf den gesetzlichen Mindestlohn. Sie beinhaltet damit eine nach § 3 Satz 1 MiLoG unwirksame Beschränkung der Geltendmachung des Anspruchs auf Mindestlohn *(vgl. BAG 20. Juni 2018 - 5 AZR 377/17 - Rn. 20, 22)*. Dies führt jedoch lediglich „insoweit“ zur Unwirksamkeit der tariflichen Verfallklausel, als der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn betroffen ist. Hinsichtlich den Mindestlohn übersteigender Entgeltansprüche bleibt die Verfallklausel wirksam *(BAG 20. Juni 2018 - 5 AZR 377/17 - Rn. 25)*. Die Ausschlussfrist des § 13 MTV ist auch wegen Verstoßes gegen § 202 Abs. 1 BGB lediglich insoweit nichtig, als sie mangels ausdrücklicher anderweitiger Regelung auch durch vorsätzliches Handeln des Arbeitgebers selbst verursachte Ansprüche miteinbezieht *(BAG 26. September 2013 - 8 AZR 1013/12 - Rn. 30, 40, 43)*. Im Übrigen bleibt sie wirksam. 41

bb) Die vertragliche Inbezugnahme des MTV ist wirksam. Die Bezugnahmeklausel, bei der es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung *(§ 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB)* handelt, ist nicht intransparent iSd. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine dynamische Verweisung auf Vorschriften eines anderen Regelwerks führt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats für sich genommen noch nicht zur Intransparenz. Die im Zeitpunkt der jeweiligen Anwendung geltenden, in Bezug genommenen Regelungen sind bestimmbar. Das ist zur Wahrung des Transparenzgebots ausreichend *(BAG 21. November 2012 - 4 AZR 85/11 - Rn. 35, BAGE 144, 36; 10. Dezember 2008 - 4 AZR 801/07 - Rn. 49 ff., BAGE 129, 1)*. Die Bezugnahmeklausel wird auch nicht dadurch in- 42

transparent, dass einzelne Bestimmungen des in Bezug genommenen Tarifvertrags teilweise unwirksam sind.

cc) Die Ausschlussfrist des § 13 MTV erfasst die vom Kläger geltend gemachten Zulagen. Es handelt sich weder um Ansprüche auf Erfüllung des Mindestlohns im jeweiligen Monat - diesen hat die Beklagte durch das gezahlte Monatsentgelt bereits geleistet - noch um solche aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung. Selbst wenn die Beklagte vorsätzlich nicht erfüllt haben sollte, bleibt die vertragliche Grundlage der Ansprüche davon unberührt. Schadensersatzansprüche hat der Kläger nicht geltend gemacht. 43

4. Der Zinsanspruch folgt aus § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 BGB iVm. der Protokollnotiz Nr. 1 MTV. 44

III. Der Feststellungsantrag zu 3. ist zulässig und begründet. 45

1. Der Antrag ist als sog. Elementenfeststellungsantrag zulässig. Er ist - bei gebotener Auslegung - nicht auf die Zahlung eines „Zuschlags“, sondern auf die Zahlung einer individuellen Zulage nach § 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV gerichtet. 46

2. Der Antrag ist auch begründet. Dem seit dem 1. Dezember 2014 in Entgeltgruppe 8 ERTV eingruppierten Kläger *(oben I 2 b)* steht seit dem 1. Februar 2016 ein unbefristeter Anspruch auf Zahlung einer Zulage nach § 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV in Höhe von 200,00 Euro brutto monatlich zu. 47

Dem Anspruch steht nicht entgegen, dass der Kläger aufgrund der Höhergruppierung eine weitere Punktstufe nach § 2b ETV in der Entgeltgruppe 8 ERTV erreichen kann. Eine Anrechnung der Zulage auf künftige tarifliche Gehaltssteigerungen infolge eines „Punktaufstiegs“ innerhalb der jeweiligen Entgeltgruppe findet nicht statt. § 7 Nr. 3 ERTV sieht dies nicht vor. Die dauerhafte Zahlung der Zulage führt auch nicht zu einer Besserstellung höhergruppierter Arbeitnehmer gegenüber solchen, die originär in der fraglichen Entgeltgruppe eingruppiert sind. § 7 Nr. 3 Satz 3 ERTV schafft einen Ausgleich dafür, dass ein nach Inkrafttreten des ERTV am 1. Juli 2012 umgruppierter Arbeitnehmer die 48

Höchstpunktzahl in Anwendung von § 2b ETV aufgrund der zeitlichen Begrenzung in § 7 Nr. 6 ERTV nicht mehr erreichen kann.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 49

Treber W. Reinfelder Klug

Schuldt Widuch

ECLI:DE:BAG:2019:230119.U.4AZR541.17.0