
Datum: 10.09.2014
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 Sa 642/14
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2014:0910.3SA642.14.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Münster, 2 Ca 53/14

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 07.03.2014 – 2 Ca 53/14 – abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.258,30 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den jeweiligen Basiszinssatz seit 20.01.2014 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten über Entgeltansprüche der Klägerin gegen die Beklagte aufgrund einer streitigen Bindung an den Gehaltstarifvertrag für den Einzelhandel NRW.	2
Die Klägerin ist seit dem 01.02.1999 bei der Beklagten als Einrichtungsberaterin beschäftigt. Grundlage der Beschäftigung war zunächst ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 05.12.1998 (BI 7-10 GA).	3
In § 1 Ziffer 3 dieses Arbeitsvertrages heißt es auszugsweise:	4
<i>„Die Tarifverträge für die Beschäftigten im Einzelhandel des Landes NRW in ihrer jeweils geltenden Fassung und deren Nachfolgeverträge sind Bestandteil dieses Vertrages.“</i>	5
In § 4 Ziffer 1 war der Passus zur Eingruppierung der Klägerin nicht ausgefüllt.	6

§ 4 Ziffer 2 lautet:	7
<i>„Das jeweilige Tarifgehalt als Verkäufer nach dem Tarifvertrag für den Einzelhandel wird garantiert, Es beträgt z.Zt. bei 28,75 Stunden nach Gruppe I 7. Berufsjahr 2.563,61 DM. Sollte durch einen Sockelbetrag von 1.148,01-DM und Prämie lt. Hausstaffel das Tarifgehalt nicht erreicht werden, so wird die Differenz erfolgsunabhängig als Ausgleich garantiert“.</i>	8
In § 4 Ziffer 4 ist des Weiteren geregelt, dass über das tarifliche Entgelt hinausgehenden Bestandteile gekürzt oder widerrufen werden können, zudem bei einer Erhöhung der Tarife angerechnet werden können.	9
Die Beklagte ist Mitglied des Einzelhandelsverbandes Ostwestfalen-Lippe, der wiederum Mitglied im Einzelhandelsverband Nordrhein-Westfalen ist.	10
Die Beklagte war zunächst Mitglied mit Tarifbindung. Mit Schreiben vom 20.09.2004 erklärte sie gegenüber dem Einzelhandelsverband Ostwestfalen-Lippe den Ausschluss der Tarifbindung zum Ablauf des auf dem Zugang dieser Erklärung folgenden Monats. Mit Schreiben vom 23.09.2004 bestätigte der Verband die Annahme des Antrages zum Wechsel in die Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitglied-schaft). Der Verband führt seit dem 01.11.2004 die Beklagte als Mitglied ohne Tarifbindung.	11
Bis zu diesem Zeitpunkt wurde das Gehalt der Klägerin regelmäßig entsprechend den Tarifabschlüssen erhöht.	12
Unter dem 04.03.2005 schlossen die Parteien eine Vereinbarung zur Änderung des Arbeitsvertrages (Bl 12 GA).	13
Diese hat folgenden Wortlaut:	14
<i>„Die Parteien sind sich darüber einig, dass der zwischen ihnen bestehende Arbeitsvertrag mit Wirkung ab dem 01.04.2005 wie folgt geändert wird. Die dabei nicht genannten Regelungen gelten weiter. Ebenso bleibt die Dauer der Betriebszugehörigkeit gewahrt</i>	15
Arbeitszeit	16
<i>Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt 40 Stunden</i>	17
<i>Basis/Teilzeit (22 Std.)</i>	18
Zuschläge	19
<i>Auf Spät- und Mehrarbeitszuschläge besteht kein Anspruch</i>	20
Sonderzahlungen	21
...	22
Urlaub	23
...“	24
Jedenfalls nach Abschluss dieser Vereinbarung gab die Beklagte Tariflohnerhöhungen im Einzelhandel nicht mehr an die Klägerin weiter.	25
	26

- Unter dem 29.04.2005 unterschrieben die Klägerin und der „künftige Vorgesetzte“ ein als „Personalveränderung“ betiteltes Schriftstück (BI 48 GA), in dem die bisherige Arbeitszeit mit „95,25/22 und die künftige Arbeitszeit mit „104/24“ angegeben waren. Unter der Rubrik „Tariflohn/Tarifgehalt“ finden sich Einträge zum bisherigen und zum künftigen Entgelt.
- Unter dem 02.10.2010 unterschrieben die Klägerin und der „bisherige“ und „künftige Vorgesetzte“ in einer Person eine weitere „Personalveränderung“ (BI 49 GA), in der die bisherige Arbeitszeit mit „24 Std./Woche“ und die künftige Arbeitszeit mit „96 Std./Monat“ angegeben waren. Unter den Rubriken „Lohn/Gehalt/Garantiegehalt“. „Ausgleichszahlung“ und „Summe Vergütung“ finden sich Einträge zum bisherigen und zum künftigen Entgelt. 27
- Eine weitere „Personalveränderung“ unterzeichneten die Klägerin und die Vorgesetzten unter dem 16.02.2011 (BI 51 GA) anlässlich einer Umsetzung der Klägerin in eine andere Abteilung auf Grund einer Bewerbung der Klägerin mit Schreiben vom 01.02.2011. Die Veränderung sollte bis zum 30.08.2011 gültig sein. Die „Personalveränderung“ vom 04.11.2011 (BI 52 GA) verlängert die Umsetzung bis zum 31.03.2012, die weitere „Personalveränderung“ vom 23.05.2012 (BI 53 GA) bis zum 30.09.2012. Die letzte „Personalveränderung“ vom 27.11.2013 (BI 54 GA) sieht sodann eine Umsetzung der Klägerin in ihre ursprüngliche Abteilung vor. Die Rubriken „Fixum“ und „Lohn/Gehalt/Garantiegehalt“ „künftig“ sind mit „bleibt“ ausgefüllt. 28
- Mit Schreiben vom 27.11.2013 machte die Klägerin Entgeltendifferenzansprüche für die Zeit von Mai 2013 bis Oktober 2013 gegenüber der Beklagten erfolglos geltend mit der Begründung, sie habe Anspruch auf Vergütung der Gehaltsgruppe I, 6. Berufsjahr des Lohn- und Gehaltstarifvertrages. 29
- Solche Ansprüche verfolgt die Klägerin mit der unter dem 13.01.2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage weiter. 30
- Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Entgelttarifverträge für den Einzelhandel seien auf sein Arbeitsverhältnis anwendbar. Dies ergebe sich aus § 1 Ziffer. 3 ihres Arbeitsvertrages. Dort sei eine Tarifynamik vereinbart worden. Früher habe die Rechtsprechung eine solche Regelung zwar als Gleichstellungsabrede angesehen; zwischenzeitlich werde eine solche Abrede aber als dynamische Verweisungsklausel verstanden. 31
- Aufgrund der Änderungsvereinbarung aus März 2005 handele sich bei der Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag auch nicht um einen sogenannten Altfall, nach dem die Klausel als Gleichstellungsabrede verstanden werden könne. Vielmehr sei eine vertragliche Regelung, nach der „nicht genannte Regelungen weitergelten“ als Neuvertrag zu werten mit der Folge, dass § 1 Ziffer 3 des Arbeitsvertrages nunmehr als konstitutive Verweisungsklausel zu verstehen sei. 32
- Aus der Vereinbarung vom 04.03.2005 gehe nicht hervor, dass die Beklagte sich in Gänze aus einem Tarifvertrag lösen wollen, es seien nur Teile der tariflichen Regelungen geändert worden oder entfallen. Sie habe auch nicht gewusst, dass dies Ziel der Beklagten gewesen sei. Die Auswirkungen des Wechsels in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung sei für sie in der Vereinbarung zum Ausdruck gekommen, es sei für sie nicht erkennbar gewesen, dass die Beklagte darüber hinaus noch Änderungen vornehmen wollen. Zudem sei ihr, insoweit unwidersprochen, auch nie ein Schriftstück vorgelegt worden, aus dem hervorgegangen sei, dass die Beklagte keiner Tarifbindung mehr unterliege. 33

Auf Verwirkung könne die Beklagte sich nicht berufen, allein eine Untätigkeit führe nicht zur Annahme einer Verwirkung, zumal die Beklagte die Auffassung vertreten habe, die Vereinbarung sei rechtswirksam	
Die Klägerin hat beantragt,	35
die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.258,30 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	36
Die Beklagte hat beantragt,	37
die Klage abzuweisen.	38
Sie hat die Auffassung vertreten, der Arbeitsvertrag verweise hinsichtlich der Lohnhöhe schon nicht auf die Tarifverträge des Einzelhandels. Dies folge daraus, dass unter § 4 Ziffer 2 ein konkretes Entgelt vereinbart worden sei.	39
Im Übrigen handele es sich bei § 1 Ziffer 3 des Arbeitsvertrages um eine Gleichstellungsabrede. Ihr sei insoweit Vertrauensschutz zu gewähren. Soweit es in der Änderungsvereinbarung heiße, das „die dabei nicht genannten Regelungen“ weiter gelten, stelle diese Regelung eine Floskel dar, derer es in rechtlicher Hinsicht gar nicht bedurft hätte und der folglich auf die vorliegende Vertragsänderung bezogen auch keine Bedeutung zukomme. Ihr sei es, für die Klägerin klar erkennbar, nur darauf angekommen, keine redaktionell ganz neu verfassten Arbeitsverträge aufzusetzen. Klar sei damit auch gewesen, dass sie sich durch Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft aus dem Tarifvertrag habe lösen wollen. Der Wechsel in die OT-Mitgliedschaft sei der Klägerin bekannt gewesen. Die Vereinbarung vom 04.03.2005 sei übereinstimmend entsprechend verstanden worden.	40
Jedenfalls seien nachfolgend wirksame Vereinbarungen getroffen worden, mit denen die Arbeitsbedingungen geregelt worden seien.	41
Mit Urteil vom 07.03.2014 hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.	42
Zur Begründung hat es ausgeführt, die Parteien hätten zwar zumindest bis zum Jahr 2005 das Tarifwerk in Form einer dynamischen Weitergeltung in Bezug genommen, diese habe jedoch geendet, als die Parteien zumindest im Jahre 2012 eine Personalveränderung vereinbart hätten. Bei dieser handele es sich um eine Vereinbarung, wie die Unterschriften der Klägerin und der Geschäftsleitung zeige. Im Tatbestand des Urteils ist eine Vereinbarung aus 2010 genannt, nach der das Gehalt um eine Zulage von 150,- € erhöht worden sei.	43
Gegen das unter dem 16.04.2014 zugestellte Urteil, auf dessen Entscheidungsgründe im Übrigen Bezug genommen wird, hat die Klägerin unter dem 07.05.2014 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und unter dem 16.06.2014 begründet.	44
Sie ist der Meinung, der Arbeitsvertrag enthalte keine vom Tarifvertrag abweichende Abrede.	45
Das Arbeitsgericht sei sodann zu Recht davon ausgegangen, dass mit der Vereinbarung aus März 2005 eine Dynamik des vereinbarten Tarifrechts in den Vertrag geholt worden sei.	46
Nachfolgende Vereinbarungen über das maßgebliche Entgelt habe es nicht gegeben.	47
Eine im Tatbestand genannte Vereinbarung über eine Zulage zum Gehalt von 150,- € sei nicht zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits geschlossen worden.	48

Wenn das Arbeitsgericht eine Vereinbarung aus 2012 erwähne, werde dies nicht von Tatsachen getragen, die eine der Parteien vorgetragen habe. Eine von der Beklagten eingereichte „Personalveränderung“ aus 2012 habe allein eine Umsetzung in eine andere Abteilung zum Gegenstand. Auch handele es sich bei allen „Personalveränderungen“ nicht um eine einvernehmliche Vertragsänderung, ohnehin lasse sich nicht entnehmen, wer als Vorgesetzter unterschrieben habe. Sie bestreite daher mit Nichtwissen, dass eine Person gehandelt habe, die tatsächlich ihr Vorgesetzter gewesen sei. Selbst wenn dies der Fall sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass diese Person berechtigt gewesen sei, vertragliche Vereinbarungen zu treffen. 49

Ihre eigene Unterschrift habe sie ebenfalls nicht als vertragliche Erklärung ansehen müssen. Das gesamte Erscheinungsbild des Schriftstücks habe zudem keinen Hinweis darauf gegeben, dass mit ihrer Unterschrift ein Vertrag geschlossen sein solle. Erst recht sei aber keine Veränderung der Vergütung vorgenommen worden. 50

Eine Verwirkung sei ihrer Auffassung nach ebenfalls nicht eingetreten. 51

Zum einen seien Rechtsfragen in Zusammenhang mit der gleichlautenden Vereinbarungen aus März 2005 noch bis zwei Jahre vor seiner Geltendmachung nicht endgültig geklärt gewesen, zum anderen zeige der Umstand, dass jahrelang über Ansprüche gestritten worden sei, dass die Beklagte nicht davon ausgehen dürfen, sie sei sich im Klaren darüber gewesen, ein Recht gehabt zu haben, das sie bewusst nicht wahrgenommen habe. 52

Aus der Vereinbarung vom 04.03.2005 habe auch nicht der Schluss gezogen werden können, dass sich die Beklagte vom gesamten Tarifrecht habe lösen wollen, insbesondere von Lohn und Gehalt. 53

Die Klägerin beantragt, 54

das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 07.03.2104 abzuändern und die die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.258,30 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.01.2014 zu zahlen. 55

Die Beklagte beantragt, 56

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 57

Die Beklagte verbleibt zum einen bei ihrer Auffassung, es liege schon eine konstitutive Entgeltvereinbarung vor, so dass schon die Bezugnahmeklausel aus dem ursprünglichen Vertrag nicht zum Tragen komme. Dabei könne der Umstand, dass Tariferhöhungen bis 2005 weitergegeben worden seien, für die Auslegung nicht herangezogen werden. 58

Zu Unrecht gehe das Arbeitsgericht allerdings davon aus, die Vereinbarung aus März 2005 führe zur Annahme, dass die Parteien eine dynamische Verweisungsklausel auf den Tarifvertrag vereinbart hätten, die nicht dem Vertrauensschutz unterliege. Die Bezugnahmeklausel sei vielmehr nicht erneut zum Gegenstand rechtsgeschäftlicher Willensbildung gemacht worden. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin von der Umwandlung ihrer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband in eine OT-Mitgliedschaft gewusst habe, die Vereinbarung daher ersichtlich dazu habe dienen sollen, sich aus der Tarifbindung zu lösen. Die Parteien hätten die Hauptleistungspflichten, wozu auch die Vergütung gehöre, dem Tarifvertrag entziehen wollen. 59

Zudem lägen wirksam im Nachwirkungszeitraum getroffene Vereinbarungen vor, mit denen die Vergütung geregelt worden sei.	
Ebenso sei eine im Tatbestand des Urteils genannte Vereinbarung über eine Zulage von 150,- € zu berücksichtigen, da ein Tatbestandsberichtigungsantrag nicht gestellt worden sei.	61
Jedenfalls aber seien mögliche Ansprüche der Klägerin verwirkt. Das Umstandsmoment liege schon darin, dass die Klägerin seine Arbeitsleistung weiter erbracht habe, ohne Ansprüche auf Tariflohnerhöhung geltend zu machen	62
Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	63
Entscheidungsgründe	64
Die Berufung der Klägerin ist zulässig, und auch begründet.	65
A.	66
Durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen nicht.	67
Die Berufung ist statthaft gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 2 b) ArbGG.	68
Die Berufung ist auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 517 ff. ZPO.	69
B.	70
Die Berufung der Klägerin ist auch begründet.	71
Das Arbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Parteien im ursprünglichen Arbeitsvertrag dynamisch das Tarifentgelt vereinbart haben (I.) und auch nach Wechsel der Beklagten in eine OT-Mitgliedschaft die Parteien die Dynamisierung durch Vereinbarung von März 2005 beibehalten haben (II.).	72
Das Entgelt der Klägerin ist aber nicht durch nachfolgende Vereinbarungen wirksam außerhalb einer Tarifynamik festgelegt worden (III.).	73
Ansprüche der Klägerin sind auch nicht verwirkt (IV).	74
I.	75
Ein Anspruch der Klägerin ergibt sich nicht aufgrund einer tarifvertraglichen Grundlage, da eine Tarifbindung der Beklagten jedenfalls unstreitig nicht gegeben ist.	76
Der geltend gemachte Anspruch der Klägerin ergibt sich aber aus § 1 Ziffer 3 des Arbeitsvertrages vom 05.12.1998 in Verbindung mit der Abänderungsvereinbarung aus März 2005.	77
Im ursprünglichen Arbeitsvertrag haben die Parteien ein dynamisches Tarifentgelt vereinbart und nicht konstitutiv einen bestimmten Entgeltbetrag.	78
Die Vergütungsabrede ist schon eindeutig.	79
	80

Die Parteien haben schon durch die Bezugnahme Klausel in § 1 Ziffer 3 des Arbeitsvertrages vom 05.12.1998 das jeweils maßgebende Tarifentgelt vereinbart.

Die Parteien haben durch die allgemeine Bezugnahme Klausel, die allen Einzelregelungen vorangestellt ist, verdeutlicht, dass die dort genannten Tarifverträge für das Arbeitsverhältnis maßgeblich sein sollen, und dies in der jeweils geltenden Fassung, womit die Parteien dynamisch auf die tariflichen Bestimmungen verwiesen haben. 81

Die Bezugnahme Klausel ist zudem an den Anfang des Vertrages gestellt und verdeutlicht durch diese Stellung, dass den tariflichen Bestimmungen maßgebliche Bedeutung zukommen soll, sie ist nicht nur als Auffang Klausel in den letzten Bestimmungen des Arbeitsvertrages genannt und könnte dadurch den Eindruck erwecken, dass sie nur ergänzend gelten soll. Die Bezugnahme Klausel selbst enthält auch keinerlei Beschränkung im Wortlaut, dass sie nur dann gelten soll, wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist. (hierzu BAG 10.07.2013, EZA BGB 2002 § 305c Nr. 24). 82

Dies gilt umso mehr, als der in § 4 Ziffer 2 genannte Betrag anteilig der damaligen tariflichen Vergütung für die Gehaltsgruppe I, 6. Berufsjahr entsprach. 83

§ 4 Ziffer 2 enthält auch darüber hinaus keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass die Regelung in § 4 Ziffer 2 konstitutiv gelten sollte und von tariflichen Regelungen unabhängig sein sollte. Im Gegenteil: der Nennung von Beträgen wird voran gestellt, dass das jeweilige Tarifentgelt als Verkäufer garantiert wird: Damit wird in aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass das Tarifentgelt zeitdynamisch als Untergrenze der Vergütung maßgeblich sein soll. 84

Zu berücksichtigen war ferner, dass der Vertrag in § 4 Ziffer 4. zwischen tariflichem Entgelt und übertariflichem Entgelt unterscheidet und für das übertarifliche Entgelt Kürzungs- und Widerrufsmöglichkeiten sowie eine Anrechnung bei Erhöhung der Tarifentgelte vorsieht. Die Differenzierung zwischen Tarifentgelt und übertariflichem Entgelt ist ein Kriterium, dass den Eindruck erweckt, das jeweilige Tarifentgelt jedenfalls zahlen zu wollen (hierzu BAG 13.02.2013, EZA BGB 2002 § 305c Nr. 22). 85

Es konnte daher dahingestellt bleiben, ob der nachträglichen Handhabung, nämlich der Gewährung des Tarifentgelts für die Dauer der Mitgliedschaft der Beklagten im Verband mit Tarifbindung, ein Erklärungswert beizumessen ist, weil die Weitergabe von Erhöhungen auch auf einer nachträglichen Entscheidung beruhen kann (BAG, 09.11.2005, EZA BGB 2002 § 305c Nr. 3). 86

Haben die Parteien daher eine dynamische Verweisung vereinbart, ist diese als rechtsbegründend anzusehen (BAG 19.03.2003 EZA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 27). 87

II. 88

Der Auslegung als dynamische Verweisung steht auch nicht die Vertragsänderung aus März 2005 entgegen. 89

1) 90

Richtigerweise ist die allgemeine Bezugnahme Klausel für Verträge, die vor dem 01.01.2002 geschlossen worden sind, als sog. Gleichstellungsabrede verstanden worden (Vergl. BAG 21.08.2002, EZA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 21; BAG 16.10.2002, EZA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 22). 91

Nachdem das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 14.12.2005 (EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 32) bereits erklärt hatte, für Verträge, die nach dem 31.12.2001 geschlossen worden seien, diese Auslegungsregel nicht mehr anwenden zu wollen, soweit es keine Anhaltspunkte für solches Verständnis gebe, für Verträge aus der Zeit davor die Auslegungsregel als Gleichstellungsabrede aus Gründen des Vertrauensschutzes aber weiter anzuwenden, hat das Bundesarbeitsgericht in der Folgezeit in einer einzelvertraglich vereinbarten dynamischen Verweisung auf einen bestimmten Tarifvertrag jedenfalls dann, wenn eine Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an den in Bezug genommenen Tarifvertrag nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht worden ist, eine konstitutive Verweisungsklausel gesehen, die durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers oder einen sonstigen Wegfall ihrer Tarifgebundenheit nicht berührt wird (BAG 18.04.2007, EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 35). 92

2) 93

Als maßgeblich für die Auslegung und die Gewährung von Vertrauensschutz sieht die Rechtsprechung dabei an, ob bei einer Vertragsänderung nach dem 01.01.2002 von einem „Neuvertrag“ oder einem „Altvertrag“ auszugehen ist, was wiederum davon abhängt, ob die Bezugnahmeklausel erneut zum Gegenstand rechtsgeschäftlicher Willensbildung gemacht worden ist. Nur wenn die jeweilige Klausel zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der Vertragsparteien gemacht worden ist, ist sie von der Vertragsänderung erfasst (BAG 18.11.2009, EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 43). 94

Einen deutlichen Ausdruck dafür, dass eine zuvor bestehende Verweisungsklausel erneut zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der Vertragsparteien gemacht worden ist und die Parteien trotz der geänderten Gesetzeslage auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 01.01.2002 ausdrücklich an den zuvor getroffenen Abreden festhalten, sieht das Bundesarbeitsgericht beispielsweise in der ausdrücklichen Erklärung, dass „alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag unberührt bleiben“ Eine solche Regelung hindere die Annahme eines „Altvertrags“ und eine Rechtsfolgenkorrektur unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes (BAG 18.11.2009, aaO). 95

Bereits zuvor hatte das Bundesarbeitsgericht (30.07.2008, EzA BGB 2002 § 307 Nr. 38) entschieden, dass mit einer Formulierung wonach „alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag unberührt bleiben“ die Parteien trotz geänderter Gesetzeslage unverändert an den Bestimmungen des vor dem 01.01.2002 vereinbarten Ausgangsvertrages festgehalten hätten. 96

3) 97

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ergibt die Auslegung der Vertragsänderung von März 2005 nach den dargestellten Grundsätzen für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, dass die Parteien eine dynamische Verweisung auf die Bestimmungen des Lohntarifvertrages für die Beschäftigten im Einzelhandel in NRW vereinbart haben. Es liegt kein „Altvertrag“ vor, der zu einer Auslegung der Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsabrede führt. 98

a) 99

100

Ein deutlicher Ausdruck dafür, dass die Bezugnahme Klausel erneut zum Gegenstand rechtsgeschäftlicher Willensbildung gemacht worden ist, ergibt sich aus dem vertraglichen Wortlaut, dass „die dabei nicht genannten Regelungen weiter gelten“. Dies ergibt bereits einen gewichtigen Anhaltspunkt dafür, dass Regelungen weiter gelten sollen, soweit sie nicht von den nachfolgend aufgezählten enumerativen Änderungen betroffen sind. Der ursprüngliche Arbeitsvertrag soll auch nur „wie folgt“ geändert werden, der Rest soll daher nach dem Wortlaut bereits „weiter gelten“.

b) 101

Der Gesamtzusammenhang des Textes macht daher klar, dass Regelungen aus dem ursprünglichen Arbeitsvertrag nur insoweit einer Änderung unterworfen werden sollen, als sie nachfolgend ausdrücklich genannt sind. Die vorangestellte Regelung des „Weitergeltens“ der übrigen Regelungen macht deutlich, dass diese eben nicht von einer Änderung erfasst sein sollen, sondern deren weitere Geltung vereinbart wird. 102

Vorliegend findet sich im Arbeitsvertrag der Parteien aber nicht nur die allgemeine Bezugnahme Klausel auf tarifliche Bestimmungen, sondern § 4 Ziffer 2 garantiert darüber hinaus das jeweils maßgebliche tarifliche Entgelt. Anhaltspunkte dafür, dass auch diese Regelung durch den Änderungsvertrag nicht mehr maßgeblich sein sollte, finden sich in keiner Hinsicht. 103

c) 104

Zutreffend ist davon auszugehen, dass auch außerhalb des reinen Wortlauts liegende Umstände zu berücksichtigen sind, soweit sie einen Rückschluss auf den Inhalt der Vereinbarung abgeben. Auch dies führt jedoch zu keinem anderen Verständnis. 105

aa) 106

Zum Einen lässt sich nicht feststellen, dass die Parteien ein übereinstimmendes Verständnis vom Inhalt der Änderungsvereinbarung aus März 2005 dahingehend hatten, dass auch hinsichtlich der Vergütung ein Abkoppeln vom jeweiligen Tarifentgelt erfolgen sollte. 107

Zwar geht auch bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ein übereinstimmender Wille einem selbst eindeutigen anderweitigen Wortlaut der Vereinbarung vor (BAG 15.09.2009, EzA BGB 2002 § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 13); dem Vorbringen der Beklagten lässt sich aber in keiner Weise entnehmen, aus welchen Umständen oder Erklärungen ein solches übereinstimmendes Verständnis hergeleitet werden soll. 108

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Vertragstext von den Vertragsparteien in einem anderen als dem Wortsinn verstanden worden ist, trägt die Partei, die entsprechendes behauptet (BGH 13.11.2000, DB 2001, 645). 109

bb) 110

Auch sonstige Umstände führen zu keinem anderen Verständnis der Vertragsänderung aus 2005. 111

Die Beklagte führt insoweit an, die Vereinbarung habe ersichtlich dazu dienen sollen, sich aus dem Tarifgefüge zu lösen. 112

113

Ihr Vorbringen, die Klägerin habe von ihrem Wechsel in eine OT-Verbandsmitgliedschaft gewusst, ist aber schon unsubstantiiert; es sind keine konkreten Umstände vorgetragen, auf Grund derer die Klägerin Kenntnis von einem solchen Wechsel hatte.

Selbst wenn die Klägerin von einem solchen Wechsel wusste, musste die Klägerin nicht davon ausgehen, dass die Beklagte künftig sich gänzlich aus Regelungen der Tarifverträge lösen wollte. Wenn dann nur ganz bestimmte Arbeitsbedingungen erwähnt werden, die zu Lasten der Arbeitnehmer abgeändert werden sollen und im Übrigen die sonstigen, nicht erwähnten Regelungen aus dem ursprünglichen Arbeitsvertrag weiter gelten sollen, wird damit gerade der Eindruck und die Erwartung erweckt, die Lösung aus dem Tarif bestehe lediglich in den erwähnten Bereichen, ansonsten solle der Ausgangsvertrag unverändert bleiben. Gerade damit wird eine Regelung getroffen, die auch weiterhin die nunmehr konstitutive Bindung an tarifliche Regelungen beinhaltet, soweit nicht bestimmte Vertragsgegenstände ausdrücklich erwähnt sind. 114

Gerade weil auch ein so gewichtiger Aspekt wie das Entgelt nicht erwähnt wird, ergibt sich, dass die Arbeitnehmer weiterhin davon ausgehen durften, die ursprüngliche Vergütungsregelung mit der Anbindung an den Tarifvertrag bleibe trotz fehlender nunmehriger Tarifbindung erhalten. Ansonsten hätte es nahe gelegen, auch diesen Vertragsgegenstand zu erwähnen und es nicht bei der Formulierung zu belassen, dass die nicht genannten Regelungen weiter gelten. 115

Die Annahme, die Parteien hätten sich hinsichtlich der im Synallagma stehenden Hauptleistungspflichten aus dem Tarifgefüge lösen wollen, findet weder im Wortlaut, noch aus sonstigen Umständen einen Anhalt. Woraus das Verständnis hergeleitet werden soll, auch gerade die Vergütung habe dem Tarifgefüge entzogen werden sollen, wenn ausgerechnet diese als wesentlicher Teil eines Vertragswerks nicht erwähnt wird, sondern „nicht genannte Regelungen weiter gelten“ sollen, ist nicht erkennbar. 116

Erkennbar wird im Übrigen nicht, ob die Beklagte nicht der Auffassung war, im Hinblick auf ihren Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft bereits in 2004 und des Auslaufens der Entgelttarifverträge am 31.03.2005 aus tarifrechtlichen Gründen nicht mehr zur Dynamisierung der Entgelte verpflichtet zu sein und daher insoweit schon keiner vertraglichen Regelung zum Entgelt zu bedürfen, was erklärbar machen würde, warum der 01.04.2005 als Datum der Vertragsänderung gewählt ist und die Vergütung nicht genannt wird. 117

Auch die Nichtgeltendmachung künftiger Tariferhöhungen führt nicht dazu, dass von einem gemeinsamen Verständnis über die Bedeutung der Klausel auszugehen ist; die fehlende Geltendmachung kann unterschiedliche Gründe haben, ohne dass daraus geschlossen werden kann, die Klägerin und die Arbeitnehmer hätten die Vertragsänderung so verstanden, dass nunmehr das Entgelt auf alle Zeit eingefroren ist. 118

Gleiches gilt für den Umstand, dass die Klägerin die gerichtlich geltend gemachten Ansprüche auf Mehrarbeitsvergütung lediglich auf der Basis des tatsächlich gewährten Entgelts berechnet hat. 119

d) 120

Soweit der Vertragswortlaut unklar wäre und für kein Verständnis ein klarer Vorzug anzunehmen wäre, müsste diese Unklarheit nach § 305 c Absatz 2 BGB zu Lasten der Beklagte als der Verwenderin gehen. 121

Die Vereinbarung aus März 2005 mit identischem Wortlaut ist Gegenstand einer Reihe von Änderungsabreden mit Arbeitnehmern der Beklagten.	122
III.	123
Die Parteien haben auch in der Folgezeit keine Regelung getroffen, mit der das Entgelt der Klägerin konstitutiv festgeschrieben worden ist.	124
1)	125
Eine Vereinbarung aus dem Jahre 2010 über eine Erhöhung einer Zulage existiert zwischen den Parteien nicht.	126
Auch wenn eine solche im Tatbestand des Urteils erwähnt ist, ist nicht vom Bestehen einer solchen auszugehen, nachdem im Berufungsrechtszug nicht im Streit steht, dass eine solche zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits nicht gegeben ist.	127
2)	128
Eine Regelung des Entgelts haben die Parteien auch nicht mit „Personalveränderungen“ getroffen.	129
a)	130
Die „Personalveränderungen“ sind schon nicht selbst als Arbeitsvertragsänderungen anzusehen.	131
aa)	132
Die dargestellten Grundsätze zur Auslegung von Erklärungen gelten auch für die Frage, ob eine Erklärung überhaupt als Willenserklärung oder beispielsweise nur als bloße Mitteilung anzusehen ist (BAG 02.03.1973, EzA BGB § 133 Nr. 7 für Willenserklärungen).	133
bb)	134
Danach stellen sich die „Personalveränderungen“ selbst schon nicht als Vertrag dar.	135
Die Unterschrift des Arbeitnehmers und einer oder mehrerer Vorgesetzter und in neueren Formularen die Unterschriftsrubrik für die Geschäftsleitung können zwar grundsätzlich für eine vertragliche Abrede sprechen.	136
Dagegen spricht allerdings schon der Umstand, dass sowohl der „bisherige“, als auch der „künftige“ Vorgesetzte in den Unterschriftenleisten vorgesehen sind. Dies spricht mehr für eine Kenntnisnahme von zuvor getroffenen Abreden als für eine erst hiermit begründete Abrede, da es wenig Sinn macht, beide Vorgesetzte als für die Beklagte handelnde Personen anzusehen.	137
Die weitere Rubrik über die Aufklärung des Arbeitnehmers über die „vorläufige Maßnahme“ sowie die in den neueren Formularen befindlichen Rubriken zur Zustimmung des Betriebsrates oder einem fehlenden Zustimmungserfordernis, ferner die Erklärungen zur Weitergabe an Informationen an bestimmte Bereiche machen eher deutlich, dass es sich um eine Information über getroffene Abreden handelt, deren Richtigkeit die Vorgesetzten und die Arbeitnehmer mit ihrer Unterschrift bestätigen, und nicht um die maßgebliche Abrede selbst.	138

Auch die Bezeichnung als „Personalveränderung“, u.a. unter Angabe der Kostenstelle deuten eher auf eine Information als eine vertragliche Abrede hin.	
Gleiches gilt für die unter „Sonstiges“ eingetragenen Gründe für eine Änderung der Bedingungen.	140
Arbeitnehmer müssen daher diese „Personalveränderungen“ nicht als vertragliche Abreden selbst verstehen, zumal die Beklagte mit den Änderungsverträgen aus März 2005 gezeigt hat, wie sie grundsätzlich Vertragsänderungen vornimmt.	141
Soweit Unklarheit besteht, ob die „Personalveränderung“ als vertragliche Abrede anzusehen ist oder nicht und keinem denkbaren Verständnis im Wege der Auslegung der Vorzug zu geben wäre, müssten Zweifel am Vorliegen einer Vertragsabrede zudem zu Lasten der Beklagten gehen.	142
Dies schließt es hingegen nicht aus, vom Vorliegen einer mündlichen Vertragsänderung ausgehen zu können, die im Vorfeld der Unterzeichnung der „Personalveränderung“ getroffen worden ist und deren Richtigkeit bestätigt wird.	143
cc)	144
Selbst wenn die „Personalveränderung“ selbst als Änderungsvertrag anzusehen ist, erstrecken sich Vereinbarungen der Parteien jedenfalls nicht auf eine Festschreibung des Entgelts.	145
Willenserklärungen sind nach §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie sie der Empfänger auf Grund des aus der Erklärung erkennbaren Willens unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB und unter Berücksichtigung aller ihm bekannten Begleitumstände vernünftigerweise verstehen durfte Ob der Erklärende einen entsprechenden Geschäftswillen hat, ist für den Eintritt der Wirkung einer Willenserklärung im Rechtsverkehr nicht ausschlaggebend. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Empfänger aus einem bestimmten Erklärungsverhalten auf einen Bindungswillen schließen durfte (BAG 17.06.2003, EzA BetrAVG § 2 Nr. 20; BAG 15.10.2006, EzA BetrAVG § 1 Lebensversicherung Nr. 10).	146
Unter Berücksichtigung dieser Kriterien lässt sich aus einer Vereinbarung über die Herabsetzung der regelmäßigen Arbeitszeit ab 01.04.2005 nicht darauf schließen, der Arbeitnehmer habe damit den Willen gehabt und auch kundgetan, das bisher erzielte Entgelt als vertraglich maßgebend festzuschreiben, zumal nicht ersichtlich ist, dass die Parteien überhaupt über etwas anderes verhandelt haben als die Änderung des Umfangs der Arbeitszeit.	147
Gleiches gilt für die Änderung der Arbeitszeit ab 01.10.2010 mit der entsprechenden Herabsetzung des bisherigen Entgelts.	148
Die nachfolgenden Regelungen befristeter Umsetzungen der Klägerin und einer Rückkehr in die ursprüngliche Abteilung lassen gleichfalls nicht erkennen, dass Vereinbarungen über das Entgelt getroffen worden sein sollen, die Beteiligten über die befristeten Umsetzungen und die Rückkehr der Klägerin hinaus überhaupt Entgeltfragen erörtert haben.	149
Die Beklagte durfte im Übrigen nach eigener Darlegung gar nicht davon ausgehen, dass die Parteien mit einer Benennung eines Gehalts oder deren „Beibehaltung“ eine vertragliche Regelung treffen wollte, da nach ihrer Auffassung ja das Entgelt der Klägerin ja ohnehin schon auf Grund der Vertragsänderung aus März 2005 geregelt war.	150

IV.	151
Ansprüche der Klägerin sind auch nicht verwirkt.	152
1)	153
Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung. Es ist nicht Zweck der Verwirkung, Schuldner, denen gegenüber Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien.	154
Einmal muss der Gläubiger mit der Geltendmachung des Anspruchs gezögert haben. Allein der Zeitablauf kann aber die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen. Für die Annahme einer Verwirkung müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein:	155
Es müssen zu dem Zeitmoment besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten (Umstandsmoment), die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen. Dabei muss der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.	156
Schließlich muss dem Schuldner jetzt die Erfüllung des Anspruchs unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten sein	157
Dabei geht es bei der Verwirkung nicht darum, ob einem Schuldner die Erfüllung einer Verbindlichkeit überhaupt zuzumuten ist, sondern ob ihm die verspätet geforderte Erfüllung, auf deren Leistung er sich nicht mehr eingestellt hatte, noch zuzumuten ist (BAG 13.08.2008, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 121; BAG 23.07.2009, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113, BAG 20.04.2010, DB 2010).	158
Zwischen den Umständen und dem erforderlichen Zeitablauf besteht dabei eine Wechselwirkung. Der erforderliche Zeitablauf kann umso kürzer sein, je gravierender die Umstände sind; umgekehrt sind an die Umstände desto geringere Anforderungen zu stellen, je länger der abgelaufene Zeitraum ist (BAG 12.12.2006, EzA GG Art. 3 Nr. 105).	159
Das Umstandsmoment für eine Verwirkung ist zu verneinen, wenn der Berechtigte von den ihm zustehenden Ansprüche nichts weiß, insbesondere, wenn die Unkenntnis auf dem Verhalten des Verpflichteten beruht, wofür die Verwendung einer unwirksamen AGB-Klausel einen typischen Fall bildet (BAG 22.02.2012, DB 2012, 1932).	160
2)	161
Nach diesen Kriterien war von einer Verwirkung des Anspruchs nicht auszugehen.	162
a)	163
Zwar hat die Klägerin mit der Geltendmachung eines Anspruchs auf Gewährung tariflichen Entgelts längere Zeit zugewartet und dabei einige tarifliche Entgelterhöhungen nicht zum Anlass genommen, geltend zu machen, sie sei tarifgemäß zu vergüten.	164
b)	165
	166

Allein dadurch hat sie bei der Beklagten jedoch nicht den berechtigten Eindruck erweckt, diese werde künftig nicht mehr auf tarifkonforme Vergütung in Anspruch genommen.	
Allein die Nichtgeltendmachung ist dabei nicht geeignet, das erforderliche Umstandsmoment zu begründen.	167
Die Klägerin ist lediglich schlicht untätig geblieben in Bezug auf die Gewährung tariflichen Grundentgelts.	168
Ein Erfordernis, der Nichtweitergabe tariflicher Erhöhungen in irgendeiner Form zu widersprechen, würde das Aufstellen von Handlungspflichten begründen, die eine Verwirkung von Ansprüchen nicht begründen kann (BAG 14.02.2007, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 2).	169
Selbst ein in einem Aufhebungsvertrag enthaltenes negatives deklaratorisches Schuldanerkenntnis ist allein nicht geeignet, ein Umstandsmoment für eine Verwirkung zu begründen (BAG 25.09.2013, ArbRB 2014, 7).	170
Zudem ging die Beklagte nach ihrer Darlegung davon aus, sich jedenfalls mit der Vertragsänderung aus einer tariflichen Bindung lösen zu können. Wer aber selbst keine Kenntnis von möglichen Ansprüchen hat, kann auf das Ausbleiben einer entsprechenden Forderung nicht konkret hinsichtlich eines bestimmten Anspruchs vertrauen (BAG 25.09.2013, aaO).	171
Soweit daher schon keine Gesichtspunkte gegeben sind, aufgrund derer die Beklagte darauf vertrauen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, kam es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht darauf an, ob der Beklagten die Erfüllung der Forderungen zumutbar ist.	172
V.	173
Über die Höhe des Anspruchs nach den Berechnungen der Klägerin besteht zwischen der Klägerin und der Beklagten kein Streit.	174
Die Berechnungen der Klägerin sind von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen worden.	175
C.	176
Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits als unterlegene Partei nach § 92 Abs. 1 ZPO zu tragen	177
Infolge grundsätzlicher Bedeutung war die Revision nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.	178