Abschrift

proT-in
Bundesvorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
eMail bundesvorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 51) 95 91 96

BUNDESARBEITSGERICHT

4 AZR 579/10
7 Sa 449/09
Thüringer
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Februar 2012

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

arvato services Erfurt GmbH, ...

...

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

...

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Rudolf Hahn in Kanzlei Hahn & Schaefer, Michaelisstraße 29, 99084 Erfurt,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Bepler, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Treber, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie den ehrenamtlichen Richter Klotz und die ehrenamtliche Richterin Schuldt für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 17. September 2010 - 7 Sa 449/09 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, welche tariflichen Regelungen aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf ihr Arbeitsverhältnis anzuwenden sind. 1

Die nicht tarifgebundene Klägerin ist seit dem 1992 als Angestellte bei der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen beschäftigt. In dem maßgebenden Arbeitsvertrag vom 1992, der seinerzeit mit der Deutschen Bundespost Telekom geschlossen wurde, heißt es ua.: 2

> **„Für das Arbeitsverhältnis gelten**
> - der ‚Tarifvertrag für die Angestellten der Deutschen Bundespost (TV Ang-O)' und die sonstigen Tarifverträge für die Angestellten der Deutschen Bundespost im Beitrittsgebiet
> oder
> - der ‚Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost (TV Arb-O)' und die sonstigen Tarifverträge für die Arbeiter der Deutschen Bundespost im Beitrittsgebiet
>
> in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Vertragsparteien vereinbart."

Im Zuge der sog. Postreform II wurden die Geschäftsbereiche der Deutschen Bundespost durch das Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft *(vom 14. September 1994, BGBl. I S. 2325, 2339 - Postumwandlungsgesetz - PostUmwG)* privatisiert. Aus dem Geschäftsbereich, in dem die Klägerin tätig gewesen war, entstand kraft Gesetzes die Deutsche Telekom AG *(nachfolgend DT AG)*. Das 3

Arbeitsverhältnis der Klägerin wurde zum 1. Januar 1995 auf die DT AG übergeleitet.

Die DT AG vereinbarte in der Folgezeit mit der Deutschen Postgewerkschaft *(DPG)* Tarifverträge, die ua. die zuvor zwischen der Deutschen Bundespost und der DPG geschlossenen Tarifverträge für die Arbeiter und Angestellten der Deutschen Bundespost in Ost und West für den Bereich der DT AG abänderten. Eine weitgehende Ablösung der vormals mit der Deutschen Bundespost geschlossenen und nachfolgend geänderten Tarifverträge erfolgte anlässlich der Einführung des „Neuen Bewertungs- und Bezahlungssystems - NBBS" zum 1. Juli 2001 in einem gesonderten Übergangstarifvertrag, dem Tarifvertrag zur Umstellung auf das NBBS. 4

Auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin wurden in dieser Zeit die jeweiligen für sie als Angestellte einschlägigen Tarifverträge der Deutschen Bundespost Telekom und später die der DT AG angewendet. 5

Mit Wirkung ab dem 1. April 2006 wurde das Kundencenter Erfurt der DT AG von der Vivento Customer Services GmbH *(VCS)*, einer Tochtergesellschaft der DT AG, im Wege des Betriebsübergangs übernommen. Die Klägerin widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses zunächst nicht. Die VCS wandte auf das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin in der Folgezeit den zwischen ihr und der Gewerkschaft ver.di geschlossenen und bereits zum 1. März 2004 in Kraft getretenen Tarifvertrag zur Umsetzung des Beschäftigungsbündnisses *(Umsetzungs-Tarifvertrag - UTV)* an, der Abweichungen von den Tarifverträgen der DT AG enthält. Danach beträgt ua. die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit statt bisher 34 Stunden nunmehr 38 Stunden. 6

Der Beschäftigungsbetrieb der Klägerin wurde im Wege eines weiteren Betriebsübergangs zum 1. Mai 2007 von der nicht tarifgebundenen Beklagten übernommen, die gleichfalls den UTV statisch mit dem Regelungsbestand vom 30. April 2007 auf das auf sie übergegangene Arbeitsverhältnis mit der Klägerin anwendet. 7

Mit Schreiben vom 19. Dezember 2008 machte die Klägerin gegenüber der Beklagten die Anwendung der Tarifverträge der DT AG mit dem Regelungsstand vom 31. März 2006 auf ihr Arbeitsverhältnis erfolglos geltend. 8

Mit ihrer Klage hat die Klägerin dieses Ziel weiterverfolgt. Bei der im Arbeitsvertrag vereinbarten Bezugnahmeklausel handele es sich um eine kleine dynamische Bezugnahme, aufgrund derer das Tarifwerk der Deutschen Bundespost und später dasjenige der DT AG anzuwenden gewesen sei. Der UTV sei demgegenüber nicht an die Stelle des Tarifwerks der DT AG getreten. 9

Die Klägerin hat beantragt 10

> festzustellen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin die Bestimmungen der Tarifverträge der Deutschen Telekom AG (Tarifstand 31. März 2006) Anwendung finden.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Feststellungsantrag sei wegen des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig. Der Antrag sei nicht geeignet, den Streit zwischen den Parteien abschließend zu klären, da ungeklärt bliebe, welche Regelungen der DT AG und welche des UTV anzuwenden sind. Darüber hinaus sei die Klage unbegründet. Mit dem Betriebsübergang seien die für die DT AG geltenden Tarifbestimmungen durch die bei der VCS geltenden Haustarifverträge ersetzt worden. Aus der zeitdynamischen Bezugnahme des Tarifwerks der Deutschen Bundespost ergebe sich der Parteiwille, auch die Tarifverträge der DT AG und die ihrer Nachfolgeeinheiten in Bezug zu nehmen. Zudem sei ein etwaiger Anspruch der Klägerin, wie das Arbeitsgericht zutreffend entschieden habe, verwirkt. 11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Klägerin der Klage stattgegeben. Bereits vor der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht ist der Betrieb der Beklagten aufgespalten und im Wege des Betriebsübergangs mit Ablauf des Jahres 2009 auf die arvato backoffice services Erfurt GmbH und die arvato telco services Erfurt GmbH übertragen worden. Die Klägerin wurde dem Betrieb der arvato backoffice services Erfurt GmbH zugeordnet. Im Verlaufe des Revisionsverfahrens hat die Klägerin mit Schreiben vom 6. Juni 2011 Widerspruch 12

gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der VCS zur Beklagten erklärt. Mit weiterem Schreiben vom 8. Dezember 2011 hat sie gegenüber der DT AG dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von dieser zur VCS widersprochen. Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2012 hat die Klägerin mitgeteilt, dass der Widerspruch vom 6. Juni 2011 „wirkungs- und gegenstandslos geworden" sei, da die DT AG den Widerspruch mit Schreiben vom 20. Juni 2011 als verspätet zurückgewiesen habe. Die Beklagte könne daher aus dem Widerspruch keine Rechtswirkungen ableiten. Vorsorglich werde der Widerspruch zurückgenommen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Klage ist begründet. 13

I. Der Feststellungsantrag bedarf der Auslegung. Er ist, obwohl er nach seinem Wortlaut nur gegenwartsbezogen formuliert ist, dahingehend zu verstehen, dass die Klägerin die Anwendbarkeit der im Antrag genannten Tarifverträge ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs auf die VCS, dem 1. April 2006 festgestellt wissen will. Die Klägerin hat mit ihrem Geltendmachungsschreiben die Anwendbarkeit der vormals bei der DT AG bestehenden Tarifverträge mit dem Regelungsbestand, der bei Ablauf des 31. März 2006 bestand, ohne eine zeitliche Beschränkung angemahnt. Gleichzeitig verlangt die Klägerin nur für die Dauer des zwischen ihr und der Beklagten bestehenden Arbeitsverhältnisses die von ihr beantragte Feststellung. 14

II. Der Feststellungsantrag ist zulässig, weil die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. 15

1. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn die 16

klagende Partei ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Das besondere Feststellungsinteresse ist eine in jedem Stadium des Rechtsstreits von Amts wegen zu prüfende Sachurteilsvoraussetzung. Es muss noch in der Revisionsinstanz gegeben sein *(vgl. nur BAG 6. Juni 2007 - 4 AZR 411/06 - Rn. 66 mwN, BAGE 123, 46)*. Erforderlich ist grundsätzlich, dass es sich um ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis handelt. Wird ein Antrag auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses gerichtet, ist er nur zulässig, wenn sich aus der Entscheidung noch Rechtsfolgen für die Zukunft ergeben *(vgl. ua. BAG 20. April 1999 - 1 ABR 13/98 - zu B I 1 c aa der Gründe, BAGE 91, 235; 19. Juni 2001 - 1 AZR 463/00 - zu I 1 a der Gründe, BAGE 98, 76; 19. Februar 2003 - 4 AZR 708/01 - zu I 1 der Gründe; weiterhin 5. November 2003 - 4 AZR 632/02 - zu I 2 a der Gründe, BAGE 108, 224)*.

2. Nach diesen Grundsätzen ist das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. 17

a) Eine Feststellungsklage kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken - sog. Elementenfeststellungsklage -. Auch die Anwendbarkeit eines bestimmten Tarifvertrages oder Tarifwerks auf ein Arbeitsverhältnis kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein. Mit dem Feststellungsbegehren kann der Streit der Parteien über Grund und Umfang insbesondere der zukünftigen Leistungspflichten, die sich aus der Bezugnahmeklausel aus dem Arbeitsvertrag vom 15. Dezember 1992 ergeben, geklärt werden *(ebenso BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 15, NZA 2012, 100)*. 18

Hiernach bestand bei Klageerhebung das notwendige Feststellungsinteresse. Die Klägerin musste insbesondere nicht diejenigen Regelungen in den Tarifverträgen der DT AG benennen, die aufgrund des in § 4 Abs. 3 TVG verankerten Günstigkeitsprinzips vorrangig zu den Bestimmungen in den Haustarifverträgen der VCS zur Anwendung kommen. Die von der VCS geschlossenen Tarifverträge galten nicht nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG für das 19

Arbeitsverhältnis der tarifungebundenen Klägerin. Sind sie - wie die Klägerin meint - von der Bezugnahmeklausel nicht erfasst, bedarf es schon deshalb nicht der von der Beklagten geforderten Antragskonkretisierung *(vgl. BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 501/09 - Rn. 16)*.

b) Das Feststellungsinteresse ist weder deshalb nachträglich entfallen, weil das zwischen ihr und der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis zum 1. Januar 2010 auf eine andere Arbeitgeberin übergegangen ist, noch weil die Klägerin zwei Widersprüche gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses erhoben hat. 20

aa) Die Klägerin ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gehalten, für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum bis zum 31. Dezember 2009 eine Leistungsklage zu erheben. Insoweit bleibt ihr Feststellungsinteresse bestehen. Der mit dem Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit begründete Vorrang der Leistungsklage steht dem nicht entgegen. Die Möglichkeit der Leistungsklage schließt das Feststellungsinteresse nicht schlechthin aus *(s. bereits BAG 12. Oktober 1961 - 5 AZR 294/60 - zu II der Gründe, BAGE 11, 312)*. Da die Klägerin zunächst eine nach § 256 Abs. 1 ZPO zulässige Feststellungsklage erhoben hatte, war sie nicht verpflichtet, aufgrund eines „überholenden Ereignisses", hier dem im Verlauf des Berufungsverfahrens erfolgten Übergang des Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf ein anderes Unternehmen im Wege des Betriebsübergangs, zur Leistungsklage überzugehen *(st. Rspr., s. nur BAG 1. Juli 2009 - 4 AZR 261/08 - Rn. 29 mwN, BAGE 131, 176; 13. März 2007 - 9 AZR 494/06 - Rn. 12, AP BBiG § 14 Nr. 13 = EzA BBiG § 14 Nr. 14; 18. März 1997 - 9 AZR 84/96 - zu I 1 der Gründe mwN, BAGE 85, 306)*. 21

Darüber hinaus ist vorliegend zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von einer Rechtskrafterstreckung der Entscheidung in entsprechender Anwendung von §§ 265, 325 Abs. 1 ZPO auf den Betriebserwerber auszugehen ist. Die bindende Feststellung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebsveräußerer wirkt dann gegenüber dem Betriebserwerber, wenn der Betriebsübergang - wie vorliegend der vom 1. Januar 2010 - nach Rechtshängigkeit erfolgt ist *(vgl. BAG* 22

18. Mai 2010 - 1 AZR 864/08 - Rn. 17 mwN, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 102; 9. Juli 2003 - 5 AZR 595/02 - zu I 2 b der Gründe, AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 158 = EzA ZPO 2002 § 256 Nr. 3).

Ein anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht aus der Entscheidung des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. Juli 2009. Soweit der Neunte Senat darin ausführt, dass eine Feststellungsklage bei einem zunächst gegenwärtigen, im Verlauf des Rechtsstreits aber „vergangenen" Rechtsverhältnis unzulässig werde, wenn sich aus der beantragten Feststellung keine Rechtswirkungen für die Zukunft ergäben *(- 9 AZR 279/08 - Rn. 22, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 98)*, beziehen sich diese Ausführungen auf einen von der vorliegenden Fallgestaltung gänzlich abweichenden Sachverhalt. Die vom dortigen Kläger im Wege der Feststellungsklage angegriffene Versetzung wurde im Verlauf des Rechtsstreits rückgängig gemacht und hatte zudem keine Auswirkungen für die Zukunft, weil der Kläger auch während dieser Zeit nach derselben tariflichen Entgeltgruppe vergütet wurde, die zuvor und danach einschlägig war. Demgegenüber können sich aus der vorliegend beantragten Feststellung auch noch Ansprüche der Klägerin, namentlich auf eine höhere Vergütung, ergeben. 23

bb) Das Feststellungsinteresse ist auch nicht deshalb entfallen, weil die Klägerin in der Revisionsinstanz zunächst die von ihr behauptete Rechtsbeziehung zur Beklagten dadurch in Abrede gestellt hat, dass sie Widersprüche gegen die beiden Betriebsübergänge eingelegt hat. 24

(1) Mit ihrem Vortrag im Verlauf des Revisionsverfahrens, dass sie sowohl dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der DT AG auf die VCS als auch dem nachfolgenden Übergang auf die Beklagte widersprochen habe, macht die Klägerin zwar zugleich geltend, das von ihr zunächst zur Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis - die Grundlage ihres Feststellungsinteresses - hätte niemals bestanden. Denn der Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses im Zuge eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 6 BGB wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück *(st. Rspr., vgl. nur BAG 13. Juli 2006* 25

- 8 AZR 382/05 - Rn. 37 mwN, AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 57).

Diesen Vortrag hat die Klägerin aber im weiteren Verlauf des Revisionsverfahrens nicht weiter aufrechterhalten, sondern vielmehr - in rechtlich zulässiger Weise und ohne Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO - die Auffassung vertreten, ihr Arbeitsverhältnis sei im Jahre 2007 auf die Beklagte übergegangen, weil - wie sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals ausdrücklich bestätigt hat - beide Widersprüche gegenstandslos seien. Sie verhält sich damit nicht widersprüchlich, wenn sie weiterhin die gerichtliche Feststellung eines Rechtsverhältnisses anstrebt, das im Verhältnis zur Beklagten als zumindest früherer Arbeitgeberin bestehen soll. 26

(2) Die Frage, ob die nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht erfolgten Widersprüche der Klägerin gegen die sich kraft Gesetzes nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB vollziehenden Übergänge ihres Arbeitsverhältnisses rechtswirksam sind oder nicht, ist nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens. 27

(a) Das Feststellungsinteresse ist Prozessvoraussetzung. Der maßgebende Zeitpunkt für das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung ist derjenige der letzten Tatsachenverhandlung *(§ 559 Abs. 1 ZPO, so schon BGH 8. Juli 1955 - I ZR 201/53 - zu II der Gründe, BGHZ 18, 98).* 28

Der grundsätzliche Ausschluss neuer tatsächlicher Umstände gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO trägt dem Charakter der Revisionsinstanz Rechnung, die keine Tatsachen-, sondern eine Rechtsinstanz ist, und dient zugleich der Entlastung des Revisionsgerichts von dem mit der Feststellung von Tatsachen, insbesondere einer Beweiserhebung verbundenen zusätzlichen Arbeitsaufwand *(Stein/Jonas/Grunsky ZPO 21. Aufl. § 561 Rn. 24; Gottwald Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz S. 314).* Dass als Folge des Ausschlusses ein der materiellen Rechtslage nicht entsprechendes Urteil ergehen und ein neuer Rechtsstreit notwendig werden kann, nimmt das Gesetz in Kauf. Der Gedanke der Konzentration der Revisionsinstanz auf die rechtliche Bewertung eines festgestellten Sachverhalts verliert nur dann an Gewicht, wenn die Berücksich- 29

tigung von neuen tatsächlichen Umständen keine nennenswerte Mehrarbeit verursacht und die Belange des Prozessgegners gewahrt bleiben. In einem solchen Fall ist Raum für die Überlegung, dass es aus prozessökonomischen Gründen nicht zu verantworten ist, die vom Tatsachenausschluss betroffene Partei auf einen weiteren, gegebenenfalls durch mehrere Instanzen zu führenden Prozess zu verweisen. Vielmehr ist dann durch die Zulassung neuen Vorbringens im Revisionsverfahren eine rasche und endgültige Streitbereinigung herbeizuführen *(BGH 9. Juli 1998 - IX ZR 272/96 - zu III 1 a der Gründe, BGHZ 139, 214)*.

Die Berücksichtigung solcher Rechtstatsachen, die für die Beurteilung der sachlichen Rechtslage erheblich, aber erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz eingetreten sind *(vgl. BAG 28. Januar 1998 - 4 AZR 473/96 - zu I der Gründe mwN, ZTR 1998, 329)*, ist allerdings nur zuzulassen, wenn diese zwischen den Parteien unstreitig sind und sich daher als nicht beweisbedürftig erweisen *(vgl. die Fallgestaltungen in BAG 18. Mai 2010 - 1 AZR 864/08 - Rn. 17 mwN, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 102; 25. Juni 1992 - 6 AZR 279/91 - zu I 2 a der Gründe, BAGE 70, 364)* oder keine weiteren Feststellungen erforderlich sind *(etwa BGH 23. September 2004 - IX ZR 137/03 - zu VI der Gründe, NJW-RR 2005, 494)*. Weiterhin kann ein Wegfall des Feststellungsinteresses auch dann in der Revisionsinstanz eintreten, wenn es bereits nach dem neuen Vorbringen der klagenden Partei nicht mehr als gegeben anzusehen ist *(vgl. BAG 16. November 2011 - 4 AZR 839/09 - Rn. 26)*. 30

Im anderen Falle gilt der Grundsatz des § 559 Abs. 1 ZPO, dass das Revisionsgericht prüft, ob die Vorinstanz über die Klage rechtsfehlerfrei entschieden hat. Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt dabei nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist *(BAG 5. Juni 2003 - 6 AZR 277/02 - zu II 1 der Gründe, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 81 = EzA ZPO 2002 § 256 Nr. 2; BGH 25. April 1988 - II ZR 252/86 - BGHZ 104, 215)*. 31

(b) Danach ist auch weiterhin von einem Feststellungsinteresse der Klägerin auszugehen. 32

Eine Sachentscheidung auf der Grundlage der in der Revisionsinstanz aufgetretenen Änderungen des Sachverhalts ist dem Senat aufgrund der Vorschrift des § 559 Abs. 1 ZPO nicht möglich. Die Frage, ob nachträglich rechtserhebliche tatsächliche Veränderungen aufgrund der von der Klägerin getätigten Widersprüche gegen die jeweiligen Übergänge ihres Arbeitsverhältnisses im Wege des Betriebsübergangs zwischen den Parteien eingetreten sind oder, wie die Klägerin mittlerweile selbst geltend macht, diesen aufgrund des Zeitablaufes nach dem jeweiligen Betriebsübergang der Rechtserfolg versagt bleibt, erfordert weitere tatsächliche Feststellungen. Solche können von einem Revisionsgericht nicht getroffen werden und bleiben dementsprechend unberücksichtigt. 33

III. Die Revision ist unbegründet. 34

Die Tarifverträge der DT AG sind kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis der Parteien mit dem tariflichen Regelungsbestand vom 31. März 2006, dem Tag vor dem Betriebsübergang auf die VCS, anzuwenden. Das ergibt eine ergänzende Auslegung der vereinbarten Bezugnahmeklausel, bei der es sich um eine sog. Gleichstellungsabrede iSd. früheren Senatsrechtsprechung handelt. Diese erfasst nach dem Betriebsübergang auf die VCS allerdings nicht die von ihr geschlossenen Haustarifverträge. 35

1. Bei der Bezugnahmeregelung in dem im Jahre 1992 geschlossenen Arbeitsvertrag handelt es sich um eine sog. Gleichstellungsabrede iSd. früheren Senatsrechtsprechung, für deren Auslegung diese Rechtsprechung nach wie vor anzuwenden ist *(ausf. BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 17 ff., NZA 2012, 100)*. Sie verweist auf die fachlich einschlägigen Tarifverträge, an die die damalige Arbeitgeberin tarifgebunden war. Auf diese Weise sind deren Regelungen mit der sich aus dem Charakter als Gleichstellungsabrede ergebenden Maßgabe Inhalt des Arbeitsvertrages der Klägerin geworden. 36

2. Die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel, deren Auslegung vom Senat ohne Einschränkung überprüft werden kann *(dazu und zu den Maßstäben BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 21 mwN, NZA 2012, 100)*, enthält infolge der Angestelltentätigkeit der Klägerin eine zeitdynamische Bezugnahme auf die jeweiligen Regelungen des TV Ang *(Ost)* einschließlich der sonstigen für das Beitrittsgebiet geschlossenen Tarifverträge, die aber nicht inhaltsdynamisch ausgestaltet ist. 37

Die Bezugnahme erfasst von ihrem Wortlaut her jedenfalls nicht die ersetzenden Tarifverträge der DT AG im Zuge der Vereinbarung der Tarifverträge des NBBS. Diese sind keine „jeweilige Fassung" des TV Ang *(Ost)*. Der Arbeitsvertrag ist hinsichtlich der Bezugnahme nur zeitdynamisch auf den TV Ang *(Ost)*, nicht aber inhaltsdynamisch auf die Tarifverträge der DT AG ausgestaltet *(ausf. BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 22 ff. mwN, NZA 2012, 100)*. 38

3. Die Anwendbarkeit der Regelungen der von der Klägerin angeführten Tarifverträge ergibt sich aufgrund einer ergänzenden Auslegung der im Arbeitsvertrag enthaltenen Bezugnahmeklausel, nicht jedoch deren Ablösung durch die von der VCS abgeschlossenen Haustarifverträge. 39

Der Arbeitsvertrag der Parteien enthält aufgrund des Übergangs der Deutschen Bundespost Telekom im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf die DT AG zum 1. Januar 1995 und durch die Ablösung der fortgeschriebenen Regelungen des TV Ang *(Ost)* und der sonstigen Tarifverträge durch die Einführung des NBBS und der in diesem Zusammenhang geschlossenen Tarifverträge jedenfalls spätestens seit dem 1. Juli 2001 eine nachträglich eingetretene Regelungslücke, die im Wege einer zulässigen ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist. Danach waren zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs auf die VCS kraft vertraglicher Vereinbarung die Tarifverträge der DT AG mit dem Stand vom 31. März 2006 anzuwenden. Die Bezugnahmeklausel erfasst nach dem Betriebsübergang auf die VCS allerdings nicht die von dieser geschlossenen Haustarifverträge, weil sie auch im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung weder als Tarifwechselklausel noch als eine Bezug- 40

nahmeklausel verstanden werden kann, die jedenfalls auf die im Konzern der DT AG für die einzelnen Konzernunternehmen jeweils einschlägigen Tarifverträge, die von diesen geschlossen wurden, verweist. Dies hat der Senat in nahezu gleichgelagerten Fallgestaltungen bereits mehrfach entschieden *(ausf. BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 25 ff. mwN, NZA 2012, 100; weiterhin 6. Juli 2011 - 4 AZR 494/09 - Rn. 34 ff. mwN; 16. November 2011 - 4 AZR 822/09 - Rn. 21 ff.; 14. Dezember 2011 - 4 AZR 179/10 - Rn. 28 ff.)*. Diese Maßstäbe gelten gleichermaßen für die vorliegende Fallgestaltung, weshalb der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Begründungen in den genannten Entscheidungen Bezug nimmt.

4. Mit diesem vertraglichen Inhalt ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte übergegangen. Soweit die Revision anführt, aufgrund der Widersprüche der Klägerin sei ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mit ex-tunc-Wirkung entfallen, handelt es sich - wie dargelegt - um einen in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigenden neuen Vortrag. 41

5. Die Klage ist entgegen der Auffassung der Revision nicht deshalb unbegründet, weil die Klägerin das Recht, sich auf den Inhalt der vertraglichen Abrede zu berufen, verwirkt hat *(§ 242 BGB)*. 42

a) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung und soll dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit dienen. Sie hat nicht den Zweck, Schuldner, denen gegenüber Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien. Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen *(Zeitmoment)*. Es müssen vielmehr 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. Der Berechtigte muss 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 43

genommen zu werden *(s. nur BAG 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 36 ff. mwN, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 121)*. Durch die Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Die Verwirkung dient dem Vertrauensschutz *(st. Rspr., s. nur BAG 14. Dezember 2011 - 4 AZR 179/10 - Rn. 65)*. Weiterhin muss *(Zumutbarkeitsmoment)* das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist *(BAG 27. Januar 2000 - 8 AZR 106/99 - zu III 2 a der Gründe)*.

b) Danach hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt, dass das Recht der Klägerin auf Anwendung der Tarifverträge der DT AG nicht verwirkt ist. Dabei muss der Senat nicht abschließend darüber befinden, ob lediglich wiederkehrende Leistungen aus dem vertraglichen Dauerschuldverhältnis verwirken können oder auch die vertragliche Grundlage als solche nicht mehr geltend gemacht werden kann. Es kann weiterhin dahinstehen, wovon auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen ist, ob das Zeitmoment erfüllt ist und wann der Zeitraum, in dem sich die Untätigkeit eines Gläubigers bei wiederkehrenden Leistungen zu seinen Lasten auswirken kann, zu laufen beginnt. Vorliegend fehlt es, auch wenn man berücksichtigt, dass zwischen dem Zeit- und dem Umstandsmoment eine Wechselwirkung besteht *(BAG 15. Juni 2011 - 4 AZR 737/09 - Rn. 24, ZTR 2012, 26; 12. Dezember 2006 - 9 AZR 747/06 - Rn. 17; EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 1; Staudinger/Looschelders/Olzen Neubearbeitung 2009 § 242 BGB Rn. 308 mwN)* und die Klägerin erst 32 Monate nach dem ersten Betriebsübergang ihre Ansprüche auf Grundlage der Tarifverträge der DT AG gegenüber der Beklagten geltend gemacht hat, jedenfalls an dem erforderlichen Umstandsmoment. 44

aa) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Beklagte nicht auf die Untätigkeit der Klägerin vertrauen durfte. Ein Verhalten der Klägerin, aus dem die Beklagte eine berechtigtes Vertrauen hätte ableiten können, diese werde in Kenntnis ihr zustehender Rechte solche nicht mehr geltend machen, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Ein solches ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Klägerin sowohl bei der VCS als auch bei der 45

Beklagten über einen längeren Zeitraum zu den veränderten, im Vergleich zu den bei der DT AG verschlechterten Bedingungen tätig gewesen ist.

(1) Ein Gläubiger ist grundsätzlich nicht verpflichtet, den Schuldner darauf aufmerksam zu machen, dass er sich vorbehält, ihn zukünftig gerichtlich zu belangen *(BAG 20. April 2011 - 4 AZR 368/09 - Rn. 29, NZA-RR 2011, 609; 14. Februar 2007 - 10 AZR 35/06 - Rn. 22 mwN, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 2)*. Allein die Untätigkeit eines Anspruchsberechtigten führt für sich genommen nicht zur Verwirkung *(BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - zu B II 2 b bb der Gründe, BAGE 105, 59)*. 46

(2) Aus der zunächst widerspruchslosen Durchführung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin kann schon deshalb keine besonders vertrauensbegründende Verhaltensweise gefolgert werden, weil sie damit nur nachvollzogen hat, was die VCS und die Beklagte ihr anlässlich der Betriebsübergänge als bestehende, von ihnen unbeeinflusste Rechtslage mitgeteilt haben. Anders als in den Fällen, in denen der Gläubiger von der bisherigen Vertragslage gestaltend abweicht *(vgl. BAG 14. Februar 2007 - 10 AZR 35/06 - Rn. 24, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 2; BGH 13. Februar 2008 - VIII ZR 14/06 - Rn. 7 f., NJW 2008, 1302)*, haben weder die VCS noch die Beklagte aus der Sicht der Klägerin eine von ihnen ausgehende Änderung der vertraglichen Abreden angekündigt oder vollzogen, aufgrund deren das Arbeitsverhältnis nunmehr in Anwendung der Regelungen des UTV durchgeführt werde. Der Klägerin wurde die Anwendung des UTV als von dem unmittelbaren Willen der Betriebserwerber nicht abhängende „bloße" gesetzliche Rechtsfolge des Betriebsübergangs auf einer unveränderten vertraglichen Grundlage dargestellt. Sowohl dem Unterrichtungsschreiben der VCS als auch demjenigen der Beklagten kann nicht entnommen werden, das Vertragsverhältnis solle zu anderen als den bisherigen, von Gesetzes wegen *(§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB)* fortbestehenden Bedingungen durchgeführt werden. Fehlt es aber an einem für die Klägerin erkennbaren Änderungswillen sowohl der VCS und als auch der Beklagten, kann aus ihrem hinnehmenden Verhalten nicht gefolgert werden - wie es die Revision meint - sie werde zukünftig nicht geltend machen, die sich von Rechts wegen 47

nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ergebenden Rechtsfolgen sollten auf ihr Rechtsverhältnis Anwendung finden. Es fehlt deshalb entgegen der Auffassung der Beklagten an einem „positiven vertrauensfördernden Verhalten" der Klägerin und damit an Anhaltspunkten, dass die Beklagte als Schuldnerin davon ausgehen konnte, die Klägerin kenne als Gläubigerin ihr Rechte und mache sie gleichwohl über längere Zeit hinweg nicht geltend *(vgl. auch BAG 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 34 mwN, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 121).*

(3) Die Klägerin war in diesem Zusammenhang auch nicht verpflichtet, die Unterrichtungsschreiben auf ihre sachliche Richtigkeit zu überprüfen. Sie konnte vielmehr davon ausgehen, dass sowohl die DT AG als auch die VCS sie entsprechend ihrer gesetzlichen Verpflichtung nach § 613a Abs. 5 BGB, die im Falle einer Nicht- oder Schlechterfüllung sogar Schadensersatzansprüche auslösen kann *(BAG 9. Dezember 2010 - 8 AZR 592/08 - Rn. 30 mwN, AP BGB § 613a Nr. 393)*, zutreffend unterrichtet haben. 48

Wenn die Beklagte nunmehr einen Verstoß gegen Treu und Glauben *(§ 242 BGB)* annimmt, weil die Klägerin trotz des Unterrichtungsschreibens nicht die weitere Anwendung der Tarifverträge der DT AG geltend gemacht hat, so stellt sie Handlungspflichten auf, die nicht die Verwirkung von Ansprüchen begründen, sondern nur bei einer Vertrauenshaftung aus unterlassenem Widerspruch angenommen werden können *(vgl. hierzu MünchKommBGB/Roth 5. Aufl. § 242 Rn. 284 f.)*. Letztere setzt jedoch voraus, dass nach der Verkehrsanschauung erwartet werden durfte, der Gläubiger werde ein Angebot ablehnen oder dass eine spezielle Rechtspflicht zum positiven Widerspruch bestand. Beides war nicht der Fall. 49

Ein Arbeitnehmer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, seinen Arbeitgeber auf dessen möglicherweise fehlerhafte rechtliche Auffassung aufmerksam zu machen, es sei denn, dass sich der Arbeitgeber auf für einen Arbeitnehmer ersichtlich fehlerhafte tatsächliche Annahmen gestützt hätte, von denen der Anspruch abhing und deren Aufklärung dem Arbeitnehmer ein Leichtes gewesen wäre *(so auch BAG 14. Februar 2007 - 10 AZR 35/06 - Rn. 24, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 2)*. Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Die 50

'Betriebserwerber haben mit ihren Unterrichtungsschreiben eine Wissenserklärung über die bestehende Rechtslage abgegeben, bei der es sich um einen schwierig zu beurteilenden Sachverhalt über die Rechtsfolgen handelt, die sich aufgrund eines Betriebsübergangs für die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nach § 613a Abs. 1 Satz 1 bis Satz 3 BGB ergeben. Für die Annahme, der Klägerin seien die fehlerhaften Angaben in den Unterrichtungsschreiben ersichtlich gewesen, fehlt es an Anhaltspunkten. Dies macht selbst die Revision nicht geltend.

bb) Fehlt es an besonderen Umständen im Verhalten der Klägerin, kommt es nicht darauf an, ob es der Beklagten nunmehr unzumutbar geworden wäre, etwaige Forderungen der Klägerin zu erfüllen *(„Zumutbarkeitsmoment", vgl. zu diesem Begriff BAG 25. April 2006 - 3 AZR 372/05 - BAGE 118, 51).* 51

Die Beklagte hat zudem solche Umstände nicht vorgetragen. Soweit sie behauptet, ihr Beschäftigungskonzept werde „zusammenbrechen", handelt es sich um einen unsubstantiierten, weil gänzlich pauschalen Vortrag, zu dem sie keinerlei nähere Tatsachen vorgetragen hat. Das rechtfertigt schon nicht die Annahme, es sei ihr aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar, etwaige, sich aus den Tarifverträgen der DT AG im Tarifstand vom 31. März 2006 ergebende Ansprüche zu erfüllen. Im Übrigen ist die Beklagte durch die zweistufige Ausschlussfrist des § 31 MTV DT AG geschützt, weit in der Vergangenheit entstandene Ansprüche, die eventuell andere Arbeitnehmer geltend machen könnten, erfüllen zu müssen. Der Hinweis der Beklagten auf mögliche, aber nicht näher substantiierte Nachahmereffekte ist - zumal unter Berücksichtigung des mit Ablauf des Jahres 2009 erfolgten weiteren Betriebsübergangs und der bestehenden Ausschlussfrist - nicht geeignet, die Unzumutbarkeit der Erfüllung etwaiger Forderungen zu begründen. Zudem muss ein Arbeitgeber, wenn Arbeitnehmer mit einer für eine Vielzahl von Arbeitnehmern geltenden Begründung Ansprüche gerichtlich geltend machen, damit rechnen, dass andere Arbeitnehmer dies zum Anlass nehmen, ihrerseits gleichartige Ansprüche zu erheben *(vgl. hierzu auch BAG 20. April 2011 - 4 AZR 368/09 - Rn. 29 mwN, NZA-RR 2011, 609; 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - zu III 4 b der Gründe,* 52

BAGE 105, 317; 14. Februar 2007 - 10 AZR 35/06 - Rn. 22, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 2).

IV. Die Beklagte hat die Kosten der erfolglosen Revision zu tragen *(§ 97 Abs. 1 ZPO).* 53

Bepler Winter Treber

H. Klotz Schuldt