

## **LAG Baden-Württemberg -**

### **Urteil vom 30. September 2013 - Az. 9 Sa 118/12**

Zur Durchführung des Günstigkeitsvergleichs hinsichtlich der Entgeltberechnung zwischen den Tarifverträgen der Deutschen Telekom AG, Tarifstand 31.8.2007 und den Tarifverträgen der Vivento Customer Service als Folge der Entscheidung des BAG v. 6. Juli 2011, 4 AZR 706/09 u.a.

1. Sofern der Arbeitnehmer in dem Geschäftsbereich von Vivento nach der Anlage 1b zu § 11 Abs. 2 MTV DTAG eingesetzt ist, ist für den Günstigkeitsvergleich von der Entgelttabelle für die 38 - Stunden Woche (Anlage 1b zu § 2 Abs. 1 ETV DTAG) auszugehen.
2. Für den Günstigkeitsvergleich ist weiter zu berücksichtigen, dass diese Arbeitnehmer durch die Arbeitszeiterhöhung ohne Lohnausgleich durch § 5 Abs. 8 Arbeitszeit - Konten - Tarifvertrag DTAG 39 Stunden pro Woche zu arbeiten haben.
3. In den Günstigkeitsvergleich - hier konkret den Sachgruppenvergleich - bezüglich des Entgelts sind das nach dem ERTV VCS zu zahlende Urlaubsgeld und die Jahressonderzahlungen mit einzubeziehen und differenzmindernd zu berücksichtigen.
4. Die Leistungszulagen sind ebenfalls einzubeziehen, nivellieren sich jedoch, da sie nach beiden Tarifwerken gleich hoch sind.

## **Tenor**

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Freiburg vom 4.7.2012 - 14 Ca 564/11 abgeändert und neu gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien die Tarifverträge der Deutschen Telekom AG, Tarifstand 31.8.2007 Anwendung finden.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 7796,93 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % - Punkten über dem Basiszinssatz seit 4.1.2012 zu zahlen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Beklagte hat 6/10, der Kläger 4/10 der Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

II. Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

III. Die Revision wird für beide Parteien zugelassen.

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Anwendung der Tarifverträge der Deutschen Telekom AG zum Tarifstand 31.08.2007 auf das Arbeitsverhältnis und sich daraus ergebende Differenzvergütung für die Zeit vom 01.06.2009 bis 31.12.2011 dem Grunde und der Höhe nach.

Der am 00.00.1956 geborene Kläger war seit dem 01.09.1971 als Fernmeldetechniker bei der Deutschen Bundespost tätig, bei welcher er zuvor bereits eine Ausbildung als Fernmeldehandwerker absolviert hatte. Aus den Vergütungsmitteilungen der Beklagten (Anl. K5) geht hervor, dass der Kläger Mitglied der Gewerkschaft ver.di zum jeweiligen Zeitpunkt war.

Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach dem Arbeitsvertrag vom 05.11.1974. Darin heißt es:

-Die Bestimmungen des Tarifvertrages für die Arbeiter der Deutschen Bundespost gelten in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Vertragsparteien vereinbart.

Im Zuge der Postreform II wurden die Geschäftsbereiche der Deutschen Bundespost durch das Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft privatisiert. Aus dem Geschäftsbereich, in dem der Kläger tätig gewesen war, entstand nach § 1 Abs. 2 dritter Spiegelstrich PostUmwG die Deutsche Telekom AG. Das Arbeitsverhältnis des Klägers wurde zum 1. Januar 1995 gemäß § 21 Abs. 1 dritter Spiegelstrich des Gesetzes zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost auf die Deutsche Telekom AG überleitet.

Zugleich wurde zum 01.01.1995 nach § 21 Postpersonalrechtsgesetz die Weitergeltung der Tarifverträge der Deutschen Bundespost bis zum Abschluss neuer Tarifverträge geregelt.

Auf das Arbeitsverhältnis des Klägers wurden zunächst stets die Tarifverträge der Deutschen Bundespost und dann der Deutschen Telekom AG angewandt.

Zum 01.09.2007 ging das Arbeitsverhältnis auf die Vivento Customer Service GmbH, die Beklagte im Wege des Betriebsüberganges nach § 613a BGB über. Der Kläger hat diesem Betriebsübergang nicht widersprochen.

Zum 01.03.2008 hat die Deutsche Telekom den Standort F. auf die a. AG im Wege des Betriebsüberganges nach § 613a BGB übertragen. Der Kläger hat diesem Betriebsübergang widersprochen. Das Arbeitsverhältnis verblieb bei der Beklagten und seit dem 10.03.2008 ist der Kläger als Service-Center-Agent bei der Beklagten am Standort O. tätig.

Seit dem 01.09.2007 - dem Betriebsübergang auf die Beklagte - wandte die Beklagte die zwischen ihr und der Gewerkschaft ver.di vereinbarten Tarifverträge an. Dies war der Tarifvertrag zur Umsetzung des Beschäftigungsbündnisses (Umsetzungs-Tarifvertrag, UTV). Auf der Grundlage von § 5 UTV wurde das Entgelt des Klägers auf der Grundlage der bei der DTAG geltenden - Vergütungstabelle für eine 38-Stunden-Woche auf 91,25 % abgesenkt. Auf den Tarifvertrag zwischen der Vivento Customer Service GmbH und der Gewerkschaft ver.di vom 18.12.2008 wird Bezug genommen (vgl. Blatt 10 bis 24 der erstinstanzlichen Akte). Der Kläger arbeitet 38 Stunden pro Woche und erhält ein -Vertragsgehaltin Höhe von 2.350,44 Euro brutto.

Das Tabellengehalt für die Tätigkeit des Klägers nach der Tarifgruppe T II/4 bei der Deutschen Telekom AG bei einer 38 Stunden Woche beträgt nach der Entgelttabelle (Anlage 1b zu § 2 Abs. 1 ETV DTAG (ABl. 72)) 2.759.-- Euro brutto.

Darüber hinaus erhält der Kläger bei der Beklagten ein Urlaubsgeld in Höhe von jährlich Euro 311,13 brutto mit der Vergütung für den Monat Mai ausgezahlt, das nach § 42 ERTV VCS voraussetzt, dass der Arbeitnehmer am 1. Mai in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht und dieses ununterbrochen seit dem 1. November des Vorjahres bestanden hat. Weiter erhält der Kläger bei der Beklagten eine jährliche Sonderzahlung in Höhe von Euro 1.636,24 brutto nach § 43 ERTV VCS, die voraussetzt, dass der Arbeitnehmer am 1. November in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht und dieses Arbeitsverhältnis ununterbrochen seit dem 1. Juli bestanden hat. Hat der Arbeitnehmer nicht während des ganzen Zeitraums vom Dezember des Vorjahres bis zum November des laufenden Jahres ein regelmäßiges Monatsentgelt erhalten, vermindert sich der Festbetrag um ein Zwölftel für jeden Kalendermonat, für den der Arbeitnehmer kein regelmäßiges Monatsentgelt oder Ähnliches erhält. Nach den Tarifverträgen der DTAG hätte der Kläger keinen Anspruch auf ein Urlaubsgeld und eine jährliche Sonderzahlung. Eine solche wurde früher gewährt, entfiel jedoch dann und wurde stattdessen in die Lohntabelle "eingearbeitet".

Weiterhin zahlt die Beklagte zweimal jährlich ein Leistungsentgelt, auf das der Kläger auch in gleicher Höhe Anspruch nach den Tarifverträgen der DTAG hätte (siehe jeweils §§ 14 ff. ERTV DTAG bzw. §§ 14 ff. ERTV VCS). Entsprechendes gilt für die ihm gewährte Umstellungszulagen in Höhe von monatlich 175,65 EUR.

Mit Schreiben vom 15.12.2009 machte der Kläger seine Rechtsansicht, die Tarifverträge der Deutschen Telekom fänden kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung auf das Arbeitsverhältnis weiter Anwendung, geltend. Er beachtete die sechsmonatige Ausschlussfrist für die Zeit ab dem 01.06.2009 nach dem MTV DTAG (vgl. Blatt 25 bis 27 und Blatt 107 bis 111 der erstinstanzlichen Akte). Die Beklagte wies den Anspruch des Klägers zurück.

Mit Klageschrift vom 05.03.2010, der Beklagten zugestellt am 17.03.2010, machte der Kläger seine Ansprüche gerichtlich in Höhe von EUR 12.665,36 brutto geltend. Dem liegt die Entgelttabelle vom 01.11.2006 des ETV DTAG zu Grunde.

Vor dem Arbeitsgericht hat sich der Kläger zur Geltung der Tarifverträge der DTAG auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, insbesondere das Urteil vom 16.11.2011 - 4 AZR 822/09, berufen.

Er hat beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien die Bestimmungen der Tarifverträge der Deutschen Telekom AG (Tarifstand 31.08.2007) Anwendung finden.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 12.665,36 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 04.01.2012 zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt:

die Klage abzuweisen

Die Beklagte hat vorgetragen, die Rechtsansicht des Klägers von der Geltung der Tarifverträge der Deutschen Telekom AG unterstellt, sei es dem Kläger in Folge der in § 31 Abs. 1 des Manteltarifvertrages i.d.F. vom 01.03.2004 enthaltenen Ausschlussfrist von sechs Monaten verwehrt, sich auf die Anwendung der Tarifverträge der Deutschen Telekom AG zu berufen. Im Übrigen sei der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien durch konkludentes Verhalten dahin abgeändert worden, dass die Tarifverträge der Beklagten Anwendung fänden. Seit dem 01.09.2007 habe sich das Arbeitsverhältnis des Klägers ausschließlich nach dem UTV gerichtet, mit der Folge einer 38 Stunden Woche und einer herabgesetzten Vergütung von 91,25%. Der Kläger habe das Angebot der Beklagten durch widerspruchsloses Weiterarbeiten über einen Zeitraum von 2 Jahren und 3 Monaten angenommen. Weiter habe der Kläger ein etwaiges Recht auf Feststellung, auf sein Arbeitsverhältnis fänden die Tarifverträge der Deutschen Telekom AG Anwendung, verwirkt. Das Zeitmoment liege in der 27 Monate währenden Inanspruchnahme der Leistungen nach den Tarifverträgen der Beklagten. Das Umstandsmoment liege in der widerspruchlosen Weiterarbeit nach dem Betriebsübergang am 01.09.2007 unter Anwendung der Arbeitsbedingungen des UTV. Zuletzt rügt die Beklagte die Berechnung der klägerischen Forderung. Das Monatsentgelt nach Entgeltgruppe 2/4 betrage bei der 38 Stunden Tabelle 2.759,00 Euro. Der Ausgangspunkt für die Berechnung des Klägers i.H.v. ausschließlich 2.350,44 Euro lasse verschiedene Vergütungsbestandteile außer Betracht, so die Umstellungszulage i.H.v. 53,62 Euro, desweiteren die allgemeine Umstellungszulage i.H.v. 117,94 Euro monatlich, das im Juni und Dezember gezahlte Leistungsentgelt und die im November bezahlte Sonderzahlung sowie das Urlaubsgeld. Insgesamt betrage die Vergütungsdifferenz nicht 12.665,36 Euro, sondern nur 2.001,00 Euro. Die Klage sei abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 04.07.2012 vollumfänglich nach den Klageanträgen erkannt. Es hat zur Begründung ausgeführt, der Feststellungsantrag über die Anwendung der Tarifverträge der DTAG sei zulässig, denn dies kläre die Rechtslage auch für die Zukunft, weil mit der Entscheidung, ob ein Tarifwerk auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft vertraglicher Bezugnahme anzuwenden sei, eine Vielzahl von Einzelfragen dem Streit der Parteien entzogen wäre. Der Kläger habe auch einen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Vergütungsdifferenz, der sich aus der arbeitsvertraglichen Vereinbarung vom 30.03.1990 in Verbindung mit den Tarifverträgen der DTAG mit dem Tarifstand 31.08.2007 ergebe. Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu vergleichbaren vertraglichen Klauseln ergebe sich, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht nur kraft beiderseitiger Tarifbindung die Tarifverträge VCS Anwendung fänden, sondern im Hinblick auf die arbeitsvertragliche

Bezugnahmeklausel auch die Tarifverträge der Deutschen Telekom AG mit dem Tarifstand 31.08.2007. Der Kläger habe sein Klagerecht auch nicht verwirkt und die tariflichen Ausschlussfristen vermögen nicht die Anwendbarkeit des Tarifvertrages an sich zu regeln, sondern nur die Geltendmachung einzelner Ansprüche aus dem Tarifvertrag. Die Ausschlussfristen habe der Kläger für die geltend gemachten Ansprüche eingehalten. Ebenso wenig liege eine Vertragsänderung durch ausdrückliche Vereinbarung oder durch konkludentes Verhalten vor. Die Höhe der Vergütungsdifferenz ergebe sich aus der Vergütungsdifferenz der Tabellenentgelte. Es gelte das Günstigkeitsprinzip und innerhalb des Günstigkeitsprinzips das Prinzip des Sachgruppenvergleichs. Die Beklagte habe weitere Vergütungsbestandteile einbezogen und gegengerechnet, habe jedoch nicht vorgetragen, dass diese im Sachgruppenvergleich nach der Zwecksetzung identisch seien oder nach dem objektiven Tarifwillen einbezogen werden sollten. Sie seien daher nicht zu berücksichtigen.

Gegen das ihr am 06.07.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte fristgerecht am 26.07.2012 beim Landesarbeitsgericht Berufung eingelegt und diese innerhalb der aufgrund fristgerechten Antrags bis zum 08.10.2012 verlängerten Berufungsbegründungsfrist fristgerecht am 05.10.2012 begründet.

Zur Begründung ihrer Berufung trägt die Beklagte vor, das arbeitsgerichtliche Urteil sei in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft. Die Klage sei fehlerhaft, weil er nicht erkennen lasse, welcher Tarifvertrag der DTAG Anwendung auf das Arbeitsverhältnis finden solle. Zudem sei der Feststellungsantrag weiterhin unzulässig, denn er sei nicht in der Lage, zwischen den Parteien bezüglich der hier streitigen Fragen, insbesondere der Frage, ob für die Differenzberechnung von einer 34 Stunden- oder einer 38- Stunden-Woche auszugehen sei, Rechtsfrieden zu schaffen. Die Beklagte habe zwar zur Kenntnis zu nehmen, dass das Bundesarbeitsgericht davon ausgehe, dass sich der Kläger grundsätzlich auf das tarifliche Regelwerk der Deutschen Telekom AG durch arbeitsvertragliche Bezugnahme berufen könne. Er habe jedoch das Recht, sich auf die Tarifverträge der DTAG mit dem Tarifstand 31.08.2007 zu berufen, verwirkt. Daher bestehe der Anspruch des Klägers auf die Differenzvergütung bereits dem Grunde nach nicht. Gerade in der Entgegennahme der von der Beklagten ausgeführten und vom Arbeitsgericht übergangenen Kompensationszahlungen durch den Kläger komme die Akzeptanz der tarifvertraglichen Regelungen der Beklagten auf der Grundlage des MTV durch den Kläger zum Ausdruck. Hinzu komme, dass die tariflichen Regelungen Teil des Beschäftigungsbündnisses gewesen seien und dass die Änderung der Arbeitsbedingungen unter anderem eine Kompensation für den Verzicht der Beklagten auf den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen gewesen sei. Von diesem Kündigungsschutz habe auch der Kläger lange Zeit profitiert. Der Kläger habe daher die durch den UTV vermittelten Arbeitsbedingungen aktiv gelebt. Der Kläger habe die zeitnah gebotene Reaktion jedoch unterlassen, er sei trotz nachweislicher Kenntnis der Rechtsauffassung der Beklagten aufgrund des Hinweises im Unterrichtungsschreiben bezüglich des Betriebsübergangs auf die Beklagte über 30 Monate untätig geblieben. Zudem habe der Kläger die Veränderung seiner monatlichen Vergütung auf seiner Gehaltsabrechnung nachvollziehen können und so auch nachvollziehen können, dass die Beklagte von der Geltung der Arbeitsbedingungen nach dem UTV ausgehe. Hinzu komme, dass durch die Dauer der Untätigkeit des Klägers die zeitlichen Grenzen der Verjährung fast erreicht worden seien. Im Hinblick auf das ausgeprägte Zeitmoment seien die Anforderungen an das Umstandsmoment niedrig anzusetzen. Entgegen der Auffassung des Klägers reiche die widerspruchslöse Weiterarbeit für den Eintritt des für die Verwirkung erforderlichen Umstandsmoments gleichwohl aus. Diese Weiterarbeit sei auf der Grundlage der bewusst und aktiv gelebten Akzeptanz der geänderten tarifvertraglichen Regelungen und Arbeitsbedingungen erfolgt. Er habe auch bei der Beklagten widerspruchslös in der 38 h Woche gearbeitet, während er nach den Tarifverträgen der DTAG nur 34 h hätte arbeiten müssen. Nach der ordnungsgemäßen Unterrichtung im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang auf die Beklagte durch das Schreiben vom 26.07.2007 habe den Kläger die Obliegenheit getroffen, sich über seine Rechte bzw. seine behaupteten Ansprüche zeitnah zu informieren. Da der Kläger jedoch nichts unternommen habe, sondern vielmehr das Arbeitsverhältnis auf der Grundlage der Arbeitsbedingungen der Beklagten aktiv gelebt habe, erfülle das das für eine Verwirkung erforderliche Umstandsmoment.

Zudem seien die Ansprüche des Klägers aufgrund der geltenden Ausschlussfristen verfallen.

Im Übrigen habe das Arbeitsgericht die Vergütungsdifferenz auch fehlerhaft berechnet. Das Arbeitsgericht gehe im Ausgangspunkt bereits fehlerhaft davon aus, dass die wöchentliche Arbeitszeit des Klägers bei Geltung der Tarifverträge der DTAG 38 Stunden betragen habe und daher die Entgelttabelle für eine 38 Stundenwoche der DTAG heranzuziehen sei. Nach § 11 Abs. 1

des MTV DTAG betrage die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ausschließlich der Pausen 34 h. Die Voraussetzungen einer Herausnahme des Klägers aus der Arbeitszeitverkürzung nach § 11 Abs. 2 MTV DTAG lägen nicht vor. § 11 Abs. 2 MTV DTAG sei auf den Kläger nicht anwendbar, da diese Regelung im Hinblick auf die noch folgende Gründung der Geschäftsmodelle nur klarstellen wolle, dass bei der Beklagten in Abgrenzung zu der DTAG die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 38 und nicht nur 34 h betrage. Selbst wenn man die 38 h Tabelle anwenden würde, sei zu berücksichtigen, dass der Kläger nach § 5 Abs. 8 des Arbeitszeitkonten-Tarifvertrags der DTAG monatlich 4 h und 20 min zusätzliche Arbeitszeit über die 38 h Wochenarbeitszeit hinaus zu leisten habe.

Vielmehr sei von einer Wochenarbeitszeit von 34 h auszugehen. Da § 13 und § 20 sowie die Protokollnotiz Nr. 1 a zu § 20 MTV DTAG jedoch vorsehe, dass die Regelung zur Mehrarbeitsvergütung für Arbeitnehmer mit einem Arbeitszeitkonto nicht gelte und für den Kläger ein Arbeitszeitkonto errichtet sei, könne der Kläger keine Zahlung für die geleisteten Zusatzstunden verlangen, so dass die Klage bereits aus diesem Grunde abzuweisen sei. Dem Tarifsystem der DTAG sei es fremd, Schwankungen in der Mehr- oder Minderarbeit durch einen finanziellen Ausgleich aufzufangen. Auch wenn das Arbeitszeitkonto das in § 7 des Tarifvertrages über Arbeitszeitkonto der DTAG geregelte Ampelsystem verlasse, bestehe kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Auszahlung von Vergütungsbestandteilen, sondern lediglich auf Ausgleich des Arbeitszeitkontos in dem vorgesehenen Zeitraum. Zudem seien weiter in Abzug zu bringen Zeiten von Urlaub oder Krankheit des Klägers, weil er in dieser Zeit keine zusätzlichen Arbeitsstunden über die geschuldeten 34 h hinaus erbracht habe. Auch sei in Abzug zu bringen, dass in die Entgelttabelle der DTAG für die 34-Stundenwoche bereits ein Teillohnausgleich von 1,5 h wöchentlich eingearbeitet sei, die Vergütung pro Stunde also um diesen Betrag höher sei als bei der Entgelttabelle für die 38-Stundenwoche. Hinzu komme, dass nach § 13 Abs. 4 MTV DTAG Überschreitungen der betrieblich festgelegten wöchentlichen Arbeitszeit zu 30 min unberücksichtigt blieben. Auch diese Zeit sei in Abzug zu bringen.

Das Arbeitsgericht habe zudem das Günstigkeitsprinzip fehlerhaft angewendet. Sonderzahlungen und Urlaubsgeld seien aufgrund ihrer identischen Ziel- und Zwecksetzung, nämlich der Vergütung der Arbeitsleistung des Klägers in einem sachgruppenbezogenen Kontext - im Rahmen der Differenzbetrachtung zwingend zu berücksichtigen. Zudem sei die Zinsberechnung falsch, da die Fälligkeit des monatlich zu zahlenden Entgeltes auf den 16. des laufenden Monats bestimmt sei.

Die Beklagte beantragt daher:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Freiburg vom 4.7.2012, Az. 14 Ca 564/11 abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Hilfsweise für den Fall, dass das Arbeitsgericht von der Geltung einer 34-Stundenwoche ausgeht:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Euro 16.281,27 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen

und höchst hilfsweise für den Fall, dass das Gericht davon ausgeht, dass die wöchentliche Arbeitszeit 34 Stunden beträgt und für Zeiten von Urlaub und Krankheit lediglich die Grundvergütung von 34 Wochenstunden anzusetzen ist:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Euro 14.090,81 brutto nebst Zinsen i.H.v.5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Er führt zur Begründung aus, das Arbeitsgericht habe den Rechtsstreit richtig entschieden. Das Feststellungsinteresse für den Feststellungsantrag über die Geltung der Tarifverträge der DTAG mit dem Stand 31.08.2007 ergebe sich daraus, dass auf diese Weise geklärt werde, dass das Tarifwerk überhaupt auf das Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung finde, weil die Beklagte dies nach wie

vor bestreite und somit zumindest eine Grundfrage in den Rechtsbeziehungen der Parteien geklärt sei und darüber hinaus auch daraus, dass nicht nur die Frage der Arbeitszeiten der Vergütung zwischen den Parteien streitig sei, sondern der Kläger darüber hinaus auch noch auf der Grundlage der geltenden Tarifwerke der DTAG eine andere Eingruppierung zu einem späteren Zeitpunkt geltend machen wolle.

Entgegen der Auffassung der Beklagten habe der Kläger das Recht, sich auf die Geltung der Tarifverträge der DTAG zu berufen, nicht verwirkt. Der Kläger habe nichts unternommen, woraus die Beklagte schließen werde, er werde dieses Recht nicht mehr geltend machen. Der Kläger habe lediglich nach dem Betriebsübergang die von der Beklagten einseitig geänderten Arbeitsbedingungen hingenommen, da er ausweislich der erhaltenen Belehrung der Beklagten im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang davon ausgehen musste, dass es sich bei dieser Änderung um eine zwingende rechtliche Folge des Betriebsübergangs handle. Zudem habe der Kläger ein schriftliches Arbeitsvertragsangebot der Beklagten, in dem ausdrücklich die individualrechtliche Vereinbarung der Tarifverträge der Beklagten vorgesehen gewesen sei nicht angenommen, da er an seinem bisherigen Arbeitsvertrag habe festhalten wollen. Zudem mache die Beklagte im Ergebnis Vertrauensschutz für ihr eigenes rechtswidriges oder rechtsfehlerhaftes Verhalten geltend. Auch habe der Kläger die Differenzvergütung zutreffend berechnet. Für ihn sei die 38-Stundenwoche maßgeblich. Dies ergebe sich aus § 11 Abs. 2 MTV DTAG. Der Kläger gehöre zu den Arbeitnehmern, die nach § 11 Abs. 2 MTV DTAG aus der Arbeitszeitverkürzung herausgenommen seien. Nach der Anl. 1 zu § 11 Abs. 2 Nr. 2 MTV DTAG seien aus der Verkürzung der Wochenarbeitszeit Arbeitnehmer herausgenommen, die in Geschäftsmodellen Vivento (z.B. der VCS - also der Beklagten) arbeiteten. Entgegen der Auffassung der Beklagten handele es sich bei § 11 Abs. 2 MTV DTAG auch nicht lediglich um eine Regelung, welche nur klarstellen wolle, dass bei der Beklagten in Abgrenzung zur DTAG eine wöchentliche Arbeitszeit von 38 Stunden gelte. Die Regelung wäre bei diesem Verständnis überflüssig. Die Regelung finde jedoch weitere Anwendungsfelder, bei dem im Zuge von Umstrukturierungsmaßnahmen Arbeitnehmer der DTAG aus ihren bisherigen internen Geschäftsbereichen in den Bereich Vivento übergeleitet würden. Dies geschehe aktuell z.B. für Arbeitnehmer der DTAG aus dem Bereich Direktvertrieb und Beratung. Für derartige Arbeitnehmer gelte automatisch aufgrund von § 11 Abs. 2 1. Alt. in Verbindung mit Anl. 1 zu § 11 Abs. 2 MTV DTAG eine wöchentliche Arbeitszeit von 38 Stunden. Gegenwärtig würden beispielsweise Arbeitnehmer aus dem früheren Geschäftsbetrieb der DTAG Direktvertrieb und Beratung nach Übergang in Vivento im Rahmen zum Teil mehrjähriger Projekteinsätze konzernintern verliehen und diese fielen unter die Regelung des § 11 Abs. 2 MTV DTAG. Sinn und Zweck dieser Regelung sei, dass für alle dem Bereich Vivento zugeordneten Arbeitnehmer eine wöchentliche Arbeitszeit von 38 Stunden gelte. Wegen der Berechnung bezüglich der Hilfsanträge wird der Schriftsatz des Klägers vom 22.03.2013 in Bezug genommen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

## **Gründe**

I.

Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG an sich statthafte und nach § 66 Abs. 1 ArbGG form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist zulässig.

II.

Die Berufung ist jedoch nur teilweise begründet und führt zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils aus dem im Tenor ersichtlichen Umfang.

1. Das Arbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht nur durch beiderseitige Tarifbindung die Tarifverträge der Beklagten mit der Gewerkschaft ver.di Anwendung finden, sondern dass daneben auch infolge einzelvertraglicher Inbezugnahme das Tarifwerk der Deutschen Telekom AG, Tarifstand 31.08.2007 anzuwenden ist.

a) Der vom Kläger mit dem Klageantrag Ziffer 1 gestellte Feststellungsantrag ist nach § 256 ZPO zulässig. Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, insbesondere das Interesse an einer alsbaldigen Feststellung hat das Arbeitsgericht zu Recht angenommen. Auch wenn das Bundesarbeitsgericht nach neuerer Rechtsprechung das Feststellungsinteresse in vergleichbaren Fällen strenger prüft (BAG, Urteil vom 12. Dezember 2012, 4 AZR 327/11 Rz. 41 ff.), so liegt es im vorliegenden Fall gleichwohl vor. Die Beklagte hat zwar nolens volens akzeptiert, dass aufgrund der vertraglichen Vereinbarung - wie der auch im Fall des Klägers getroffenen - das Tarifwerk der Deutschen Telekom AG Tarifstand 31.08.2007 in Bezug genommen ist. Allerdings bestreitet sie weiterhin das Recht des Klägers, sich auf dieses Tarifwerk zu berufen und beruft sich dazu auf die Verwirkung bzw. eine konkludente Vertragsänderung. Für den Kläger besteht daher nach wie vor Klärungsbedarf, ob das entsprechende Tarifwerk anwendbar ist.

Die Klärung erschöpft sich auch nicht durch den nachfolgenden Zahlungsantrag des Klägers, mit dem allerdings inzidenter geklärt wird, welches Tarifwerk anzuwenden ist, denn dies ist eine maßgebliche Vorfrage zur Klärung, welche wöchentliche Arbeitszeit der Kläger zu leisten hat und nach welcher Vergütungstabelle sich sein Entgelt berechnet.

Darüber hinaus hat der Kläger aber vorgetragen, dass er auch mit seiner Eingruppierung nicht einverstanden ist und gegebenenfalls beabsichtigt, auf der Grundlage des bei der Deutschen Telekom AG geltenden Tarifwerkes eine Höhergruppierung durchzusetzen. Zwar wird dieser Rechtsstreit durch die Feststellung, dass das entsprechende Tarifwerk auf das Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung findet, ebenfalls nicht abschließend geklärt, jedoch wird wenigstens die allen rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien zu Grunde liegende Vorfrage, ob das Tarifwerk der Deutschen Telekom AG überhaupt anzuwenden ist, durch eine entsprechend Feststellungsantrag dem immer wieder auftauchenden Streit der Parteien über diese Frage dauerhaft entzogen.

b) Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die Tarifverträge der Deutschen Telekom AG, Tarifstand 31. August 2007 statisch Anwendung.

aa) Das ergibt sich aus der Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien als Gleichstellungsabrede. Die individualrechtliche, konstitutive Bezugnahme der Tarifverträge der DTAG ist unabhängig von deren normativen Geltung gemäß § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG im Arbeitsverhältnis des Klägers und seiner damaligen Arbeitgeberin Deutsche Bundespost Telekom vereinbart. Im Falle des Betriebsübergangs geht die arbeitsvertraglich vereinbarte Anwendung der Tarifverträge der DTAG als vertragliche Rechtsposition gemäß § 613a Abs. 1 S. 1 BGB ohne weiteres und uneingeschränkt auf das mit der jeweiligen Erwerberin fortbestehende Arbeitsverhältnis über (BAG, Urteil vom 17.11.2010, 4 AZR 391 / 09; BAG, Urteil vom 12. 12. 2012, 4 AZR 328/11, Rn 27). Davon ist auch das Arbeitsgericht zu Recht ausgegangen. Hingegen sind die von der VCS geschlossenen Tarifverträge von der Bezugnahme Klausel nicht erfasst. Diese kann weder als eine sog. Tarifwechsel Klausel noch als eine solche Verweisungsklausel verstanden werden, die zumindest auch auf die im Konzern der DTAG für die einzelnen Konzernunternehmen jeweils geschlossenen Tarifverträge verweist (BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 36 ff. mwN.; weiterhin 6. Juli 2011 - 4 AZR 494/09 - Rn. 45 ff. mwN, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 90; 16. November 2011 - 4 AZR 822/09 - Rn. 21, 42 ff.; 14. Dezember 2011 - 4 AZR 179/10 - Rn. 38 ff.; zuletzt: 21. November 2012 - 4 AZR 231/10 - Rn. 16).

bb) Ebenso ist das Arbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Parteien keine konkludente Vereinbarung getroffen haben, dass anstelle dieses Tarifwerkes nunmehr ausschließlich das Tarifwerk, das die Beklagte mit ver.di vereinbart hat, Anwendung finden soll. Anhaltspunkte für eine solche konkludente Vertragsänderung gibt es nicht. Die Beklagte hat kein Verhalten des Klägers beschrieben, aus dem sich für sie bei redlichem Verständnis ergeben könnte, dass der Kläger wolle oder damit einverstanden sei, dass sich sein Arbeitsverhältnis ausschließlich nach dem Tarifwerk VCS richte. Außer dem bloßen Nichtstun des Klägers nach dem Unterrichtungsschreiben im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang von der DTAG auf die Beklagte gibt es insbesondere keinerlei positives Verhalten des Klägers aus dem die Beklagte entsprechende Schlüsse hätte ziehen können. Im Hinblick darauf, dass ein vertraglicher Verzicht auf die Fortgeltung der Tarifverträge der DTAG für den Kläger nachteilig wäre, kann aus dem bloßen Nichtstun des Klägers nach dem Unterrichtungsschreiben nicht geschlossen werden, dass er mit einer ausschließlichen Geltung des Tarifwerkes der Beklagten einverstanden sei. Das Schweigen bzw. Nichtstun des Klägers könnte anders zu verstehen sein, wenn es sich um eine für

ihn günstige Regelung handelt. Das ist aber, wie unten ausgeführt wird nicht der Fall. Die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe auch Kompensationsleistungen entgegengenommen, ist auch nicht durch konkreten Tatsachenvortrag belegt. Der bloße Umstand, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers aufgrund der tariflichen Gesamtregelungen nicht kündbar gewesen ist, stellt noch nicht eine Entgegennahme von "Kompensationsleistungen" dar. Die Beklagte hat sich an diese Regelungen gehalten, eine konkrete Kompensationsleistung, die der Kläger überhaupt hätte "entgegennehmen können" stellt das jedoch nicht dar. Vor allem aber steht einer konkludenten Vertragsänderung der Umstand entgegen, dass die Beklagte dem Kläger einen Änderungsvertrag vorgelegt hat, nach dem das Arbeitsverhältnis auf sie übergegangen war und sich der Kläger mit der Begründung, er wolle keine alten Rechte aufgeben geweigert hat, diesen Änderungsvertrag zu unterschreiben. Unter diesen Umständen ist es fernliegend, davon auszugehen, der Kläger habe einer Aufhebung der Bezugnahmeklausel auf das Tarifwerk der DTAG zugestimmt.

cc) Ebenso wenig kann sich die Beklagte darauf berufen, der Kläger habe das Recht, sich auf die Bezugnahmeklausel und damit auf das Tarifwerk der DTAG zu berufen verwirkt. Zu Gunsten der Beklagten soll angenommen werden, dass eine solche Verwirkung an sich möglich ist. Die tatbestandlichen Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor, wie das Arbeitsgericht zutreffend entschieden hat. Auf Seite 15 f. des arbeitsgerichtlichen Urteils wird daher Bezug genommen.

Ergänzend ist auszuführen, dass der Beklagten zugestehen ist, dass im Hinblick auf den Umstand, dass der Kläger sich länger als zwei Jahre nicht auf die Geltung der Bezugnahmeklausel berufen hat, das Zeitmoment durchaus als erfüllt angesehen werden kann. Es fehlt allerdings am Umstandsmoment. Auch hier kann der Beklagten zugestanden werden, dass die Anforderungen an das Umstandsmoment geringer ausfallen, wenn wie hier das Zeitmoment "übererfüllt" ist. Ein Verzicht auf irgendwelche Anhaltspunkte im Verhalten des Klägers, die darauf schließen lassen, er werde sich auf die vertragliche Bezugnahmeklausel nicht mehr berufen, ist jedoch nicht gänzlich entbehrlich. Außer der bloßen Weiterarbeit des Klägers und dem Nichtstun nach dem Unterrichtungsschreiben im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang gibt es keine Umstände, aus denen die Beklagte hätte schließen können, dass der Kläger sich auf die Bezugnahmeklausel nicht mehr berufen wird. Im Gegenteil, zwei Umstände sprechen dagegen, hier überhaupt ein schutzwürdiges Vertrauen der Beklagten anzunehmen: Sie war es nämlich, die durch das objektiv falsche Unterrichtungsschreiben dem Kläger mitgeteilt hat, dass sich sein Arbeitsverhältnis nunmehr (ausschließlich) nach dem Tarifwerk der Beklagten richten würde. Der Kläger weist zu Recht darauf hin, dass die Beklagte nunmehr Vertrauensschutz begehrt dafür, dass sie den Kläger falsch unterrichtet hat. Da die Beklagte selber aber zu der Situation der vorbehaltlosen Weiterarbeit des Klägers und die Hinnahme der Behandlung des Arbeitsverhältnisses nach dem Tarifwerk der Beklagten durch das falsche Unterrichtungsschreiben beigetragen hat, kann sie sich gerade auf diese von ihr selbst herbeigeführten Umstände nicht berufen. Hinzu kommt, dass der Annahme des Umstandsmomentes es auch entgegensteht, dass für die Beklagte erkennbar war, dass der Kläger sich jedenfalls nicht "freiwillig" ausschließlich dem Tarifwerk der Beklagten unter Verzicht auf die Rechte aus der Bezugnahmeklausel unterwerfen wollte, denn andernfalls hätte er es nicht abgelehnt, den ihm vorgelegten Änderungsvertrag zu unterschreiben (BAG, Urteil vom 12.12.2012, 4 AZR 328 / 11 Rn. 38. m.w.N.).

dd) Das Recht des Klägers, sich zur Begründung seiner Differenzlohnansprüche auf die vertragliche Bezugnahmeklausel und damit auf das Tarifwerk der DTAG zu berufen, unterliegt als solches nicht der vertraglichen oder tarifvertraglichen Ausschlussfrist, sondern lediglich die einzelnen Differenzansprüche für die jeweiligen Monate. Zutreffend hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass die in einem Tarifvertrag geregelten Ausschlussfristen nicht die Anwendbarkeit des Tarifvertrages als solches zu regeln vermögen.

2. Das Arbeitsgericht ist weiter dem Grunde nach zu Recht davon ausgegangen, dass dem Kläger Differenzvergütungsansprüche zustehen, die aus der Anwendung des Tarifwerkes der DTAG herrühren. Allerdings stehen dem Kläger diese Ansprüche nicht in der geltend gemachten Höhe zu, sondern das von der Beklagten gezahlte Urlaubsgeld und die einmal jährlich gewährte Sonderzuwendung sind in Abzug zu bringen. Im Einzelnen:

a) Da auf das Arbeitsverhältnis zwei konkurrierende Tarifwerke, nämlich das der DTAG durch die vertragliche Bezugnahmeklausel und das Tarifwerk der Beklagten durch die beiderseitige Tarifbindung Anwendung finden, ist die Frage, welche Ansprüche dem Kläger hinsichtlich seiner Vergütung zustehen, nach dem Günstigkeitsprinzip nach § 4 Abs. 3 TVG zu lösen (BAG Urt. v.

22.4.2009, 4 AZR 100/08). Hinsichtlich der Vergütung des Klägers erweist sich für den streitgegenständlichen Zeitraum das Tarifwerk der DTAG als für den Kläger günstiger.

aa) Bei einem Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 TVG sind alle Regelungen miteinander zu vergleichen, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Es hat ein -Sachgruppenvergleich zu erfolgen (BAG, Urt. v. 12.12.2012, 4 AZR 328/11 m.w.N.). Es sind nur die Regelungen des Tarifvertrages mit den abweichenden vertraglichen Abmachungen zu vergleichen, die jeweils in einem inneren, sachlichen Zusammenhang stehen. Bei einem Vergleich verschieden langer Arbeitszeiten ist zumindest das dem gegenüberstehende Entgelt einzubeziehen (Greiner in Henssler/ Moll/ Beppler Der Tarifvertrag Teil 9 Rn. 176 - -synallagmatische Kernfrage des Arbeitsverhältnisses). Hierbei sind alle Vergütungsbestandteile von Bedeutung, die sich als Gegenleistung zu der zu erbringenden Arbeitsleistung darstellen. Dabei geht es primär um einen Vergleich der Regelungen. Dazu sind nähere Feststellungen zum Verhältnis der wöchentlichen Arbeitsleistung und der proportionalen Vergütung, insbesondere zur Höhe und Zusammensetzung der Vergütungen des Klägers bei der DTAG und der Beklagten nach Maßgabe der in Frage stehenden Tarifverträge erforderlich (BAG, Urt. v. 12.12.2012, 4 AZR 328/11 m.w.N.).

bb) Unter Anwendung dieser Grundsätze führt der vorzunehmende Günstigkeitsvergleich hier zu dem Ergebnis, dass für den streitgegenständlichen Zeitraum bezüglich der Vergütung des Klägers unter Berücksichtigung der dafür zu leistenden Arbeitszeit das Tarifwerk der DTAG günstiger ist, denn es führt dazu, dass der Kläger für die geleistete Arbeitsstunde eine höhere Vergütung erhält. Dabei kann nicht allein die Vergütung herangezogen werden, sondern die Vergütung ist in Relation zu der dafür zu leistenden Arbeitszeit zu setzen.

(1) Nach dem Tarifwerk der DTAG hat der Kläger nach § 11 Abs. 2 MTV DTAG iVm, Anlage 1 b und § 5 Abs. 8 Arbeitszeitkonten - Tarifvertrag wöchentlich 39 Stunden zu arbeiten und erhält dafür nach der Entgelttabelle (Anlage 1b zu § 2 Abs. 1 ETV DTAG) eine Vergütung von EUR 2.759,00. Urlaubsgeld sowie eine Sonderzahlung o. Ä. erhält er nach diesem Tarifwerk nicht.

(1.1) Die vom Kläger nach dem Tarifwerk der DTAG zu leistende wöchentliche Arbeitszeit beträgt 38 Stunden. Das ergibt sich aus § 11 Abs. 2 MTV DTAG iVm. Anlage 1b. Die maßgeblichen Vorschriften lauten:

#### § 11 Regelmäßige Arbeitszeit

(1) Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt ausschließlich der Pausen 34 Stunden (verkürzte Arbeitszeit). ...

(2) Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt für einzelne Arbeitnehmer und besondere Arbeitnehmergruppen ausschließlich der Pausen 38 Stunden. Die Arbeitnehmergruppen sind in der Anlage 1 zum MTV aufgeführt.

Herausnahmen sind möglich für einzelne oder mehrere Arbeitnehmer mit vergleichbarem Anforderungsprofil (spezielles Fachwissen bzw. spezielle Ausbildung/Qualifikation), wenn diese aus Vivento, gegebenenfalls auch nach zumutbaren Qualifizierungsmaßnahmen, nicht ersetzt werden können und für sie ansonsten nachweisbar externe Einstellungen erforderlich werden. ...

#### Anlage 1 zum MTV

Die nachfolgend aufgeführten Gruppen von Arbeitnehmern sind auf der Grundlage des § 11 Absatz 2 MTV aus der Verkürzung der Wochenarbeitszeit herausgenommen:

1. Altersteilzeit: ...

2. Vivento

Vivento - Transfer - Mitarbeiter

Arbeitnehmer in Geschäftsmodellen Vivento (z.B. VCS)

### 3. Stationärer Handel (SH)...

Für den Kläger gilt daher eine Wochenarbeitszeit von 38 Stunden, da er in einem Geschäftsmodell Vivento tätig ist, nämlich bei der im Tarifvertrag ausdrücklich erwähnten Beklagten. Die Einwände der Beklagten, für den Kläger sei bei Anwendung des Tarifwerks der DTAG eine 34-Stundenwoche maßgeblich, greift demgegenüber nicht durch. Der Wortlaut des Tarifvertrages ist eindeutig, die Beklagte ist als Geschäftsmodell der Vivento ausdrücklich erwähnt und der Kläger ist bei ihr tätig. Auch aus der Tarifsystematik ergibt sich nichts anderes. Bei der Beklagten gilt eine 38-Stundenwoche - und sofern Arbeitnehmer, auf die noch das Tarifwerk der DTAG Anwendung findet, gleich aus welchem Grunde bei der Beklagten eingesetzt werden, entspricht es der Tarifsystematik, dass hier nicht die verkürzte Arbeitszeit von 34 Stunden, sondern die "volle" Arbeitszeit von 38 Stunden maßgeblich ist. Der Einwand der Beklagten, dass die Regelung in § 11 Abs. 2 in Verbindung mit der Anl. 1 MTV DTAG nur im Hinblick auf die noch folgende Gründung der Geschäftsmodelle klarstellen wollte, dass bei der Beklagten in Abgrenzung zu der DTAG die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 38 h und nicht nur 34 h betrage, findet zum einen in dem Wortlaut des Tarifvertrages keine Stütze. Zum anderen würde es sich bei diesem Verständnis um eine Regelung handeln, die überflüssig wäre, denn die Wochenarbeitszeit für die Arbeitsverhältnisse bei der Beklagten kann nicht durch Tarifverträge der DTAG, sondern nur durch Regelungen, welche für die Beklagte einschlägig sind, also insbesondere von ihr abgeschlossenen Tarifverträge oder Arbeitsverträge geregelt werden. Ein sinnvoller Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 MTV DTAG erschließt sich daher nur, wenn man diese Regelung so versteht, dass sie die Arbeitnehmer erfassen soll, deren Arbeitsverhältnis sich nach dem Tarifwerk der DTAG richtet, die jedoch nicht bei der DTAG selbst, sondern entweder bei der Vivento als Qualifizierungs- und Vermittlungseinheit oder bei den Geschäftsmodellen der Vivento - wie bei der Beklagten - eingesetzt werden. Der Kläger hat darüber hinaus auch unwidersprochen vorgetragen, dass es nach wie vor Arbeitnehmer gibt, die in einem Arbeitsverhältnis zur DTAG stehen, jedoch bei eigenständigen Unternehmen aus dem Geschäftsbereich der Vivento eingesetzt werden. Zu Gunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass zutreffend ist, dass der Hinweis auf die 38-Stundenwoche in § 11 Abs. 2 MTV DTAG nur dazu gedient haben soll, klarzustellen, dass in Geschäftsmodellen der Vivento andere Arbeitszeiten als die verkürzte Arbeitszeit von 34 Stunden pro Woche gilt. Dieses tarifhistorische Argument kann jedoch keine Berücksichtigung finden, weil es, wie oben dargelegt weder in der Systematik des Tarifvertrages noch in seinem Wortlaut eine Stütze findet.

Aus diesem Grunde beträgt die Arbeitszeit des Klägers bei Anwendung des Tarifwerk der DTAG zunächst 38 Stunden pro Woche bei einer unstreitigen Vergütung von Euro 2.759,00 brutto.

Das Bundesarbeitsgericht ist in vergleichbaren Entscheidungen zwar jeweils von einer 34-Stundenwoche ausgegangen. In diesen Entscheidungen ist jedoch die Frage, welche Wochenarbeitszeit für den Kläger nach § 11 MTV DTAG gilt, weder in den landesarbeitsgerichtlichen Entscheidungen noch in der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts näher thematisiert worden, so dass diese Entscheidungen der Auffassung des Gerichtes nicht entgegenstehen.

(1.2) Dabei ist allerdings noch zusätzlich zu berücksichtigen, worauf die Beklagte zutreffend hingewiesen hat, dass die Arbeitszeit des Klägers pro Monat noch weitere 4 h und 20 min umfasst, denn nach dem ebenfalls zum Tarifwerk der DTAG gehörenden Arbeitszeitkontentarifverträge muss das Arbeitszeitkonto des Klägers monatlich nach § 5 Abs. 8 ArbZKTV mit einem Minus von 4 Stunden und 20 min beginnen.

Die einschlägige Vorschrift lautet:

Zu Beginn eines jeden Kalendermonats werden aus dem Arbeitszeitkonto von Arbeitnehmern, die aus der Wochenarbeitszeitverkürzung herausgenommen sind, obligatorisch 4 Stunden und 20 min heraus gebucht.

Durch diese Regelung wird faktisch eine Verlängerung der Wochenarbeitszeit auf 39 Stunden ohne Lohnausgleich erreicht. Sie ist in den Günstigkeitsvergleich mit einzubeziehen, weil sie, auch wenn im Arbeitszeitkontentarifvertrag versteckt bei wirtschaftlicher Betrachtung in engem Zusammenhang mit der zu leistenden Wochenarbeitszeit steht und daher für das für den Günstigkeitsvergleich

maßgebliche Verhältnis von Entgelt und der dafür zu leistenden Arbeitszeit mit zu berücksichtigen ist.

Für den vorzunehmenden Günstigkeitsvergleich ist daher davon auszugehen, dass der Kläger wöchentlich nicht nur 38 Stunden, sondern 39 Stunden für die Vergütung von brutto 2.759,00 EUR zu arbeiten hat. Das ergibt eine Stundenvergütung von 2.759,00 EUR / (39 × 4,348) (siehe § 7 Abs. 5 ERTV DTAG) = EUR16,27 pro Std.

(2) Nach den vertraglichen und tariflichen Regelungen, die bei der Beklagten gelten, hat der Kläger auch hier unstreitig 38 Stunden pro Woche zu arbeiten (eine vergleichbare Regelung wie § 5 Abs. 8 ArbZKTV gilt für die Beklagte nicht), er erhält dafür jedoch nur ein "Vertragsgehalt" in Höhe von Euro 2.350,44 brutto. Darüber hinaus erhält der Kläger bei der Beklagten jedoch noch weiterhin ein Urlaubsgeld in Höhe von jährlich Euro 311,13 brutto mit der Vergütung für den Monat Mai ausgezahlt, das nach § 42 ERTV VCS voraussetzt, dass der Arbeitnehmer am 1. Mai in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht und dieses ununterbrochen seit dem 1. November des Vorjahres bestanden hat. Weiter erhält der Kläger bei der Beklagten eine jährliche Sonderzahlung in Höhe von Euro 1.636,24 brutto nach § 43 ERTV VCS, die voraussetzt, dass der Arbeitnehmer am 1. November in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht und dieses Arbeitsverhältnis ununterbrochen seit dem 1. Juli bestanden hat. Hat der Arbeitnehmer nicht während des ganzen Zeitraums vom Dezember des Vorjahres bis zum November des laufenden Jahres ein regelmäßiges Monatsentgelt erhalten, vermindert sich der Festbetrag um ein Zwölftel für jeden Kalendermonat, für den der Arbeitnehmer kein regelmäßiges Monatsentgelt oder Ähnliches erhält.

Diese Zahlungen sind im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs mit zu berücksichtigen. Es handelt sich bei ihnen auch um Zahlungen, mit denen letztendlich die Arbeitsleistung des Klägers vergütet wird und die daher in einem synallagmatischen Zusammenhang zwischen seiner Arbeitsleistung und seiner Bezahlung stehen. Im Rahmen des vorzunehmenden Sachgruppenvergleiches gehören sie daher zu der Sachgruppe der für die Arbeitszeit proportional gewährten Gesamtvergütung. Zwar sind sowohl das Urlaubsgeld als auch die jährliche Sonderzahlung an teilweise andere Voraussetzungen geknüpft als die monatliche Vergütungszahlung. Beide setzen jedoch voraus, dass der Kläger zu bestimmten Stichtagen sich im Arbeitsverhältnis befunden hat, was dafür spricht, dass diese Vergütungselemente nicht nur als reine Gratifikationszahlung für einen bestimmten Anlass gewährt werden, sondern auch dazu dienen, die geleistete Arbeit zu vergüten. Der Entgeltcharakter wird auch dadurch belegt, dass das Urlaubsgeld nach § 42 Abs. 1c ERTV VCS voraussetzt, dass der Kläger im Bezugsmonat Mai Arbeitsentgelt oder eine Entgeltersatzleistung erhält. Für die Jahressonderzahlung wird der Entgeltcharakter dadurch belegt, dass sich diese nach § 43 Abs. 6 ERTV um ein Zwölftel für jeden Kalendermonat, für den der Arbeitnehmer kein regelmäßiges Monatsentgelt oder eine Ersatzleistung erhalten hat, vermindert.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der dafür spricht, diese Zahlungen in den Günstigkeitsvergleich mit einzustellen, liegt darin, dass es auch bei der DTAG zunächst entsprechende zusätzliche Zahlungen gegeben hat, die jedoch nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten in die Lohntabelle "eingearbeitet" worden sind, was bedeutet, dass diese Zahlungen als solche zwar entfielen, jedoch als Kompensation hierfür die Vergütung pro Monat entsprechend erhöht worden ist.

Wie bereits oben dargestellt und auch zwischen den Parteien unstreitig, sind weitere Zahlungen der Beklagten in den Günstigkeitsvergleich nicht einzustellen, weil der Kläger auf sie auch nach dem Tarifwerk der DTAG einen Anspruch hat.

Daraus ergibt sich für die zeitproportionale Vergütung des Klägers bei der Beklagten, dass neben der monatlichen Vergütung von Euro 2.350,44 pro Monat noch das Urlaubsgeld und die Sonderzahlung von Euro 311,13 bzw. Euro 1.636,24 brutto einzurechnen sind. Daraus ergibt sich ein monatlicher Hinzurechnungsbetrag von Euro 162,28, somit eine monatliche Vergütung von Euro 2.512,72 / (38 × 4,348) = 15,21 EUR proportional zeitanteilige Vergütung pro Stunde.

Da der "Stundenlohn" des Klägers bei Anwendung der Tarifwerke der DTAG höher ist, ist das Verhältnis von Arbeitszeit und Vergütung nach diesem Tarifwerk günstiger. Im Wege des Günstigkeitsvergleichs ist daher dieses Tarifwerk zugrunde zu legen.

b) Für die Differenzvergütungsansprüche des Klägers bedeutet dies folgendes:

Für den streitgegenständlichen Zeitraum ergibt sich aus dem Vergleich der Vergütung nach den Entgelttabellen die vom Kläger zuletzt geltend gemachte Differenz von Euro 12.665,36 brutto. Allerdings ist von diesem Betrag das im Rahmen des Günstigkeitsvergleich mit einzubeziehende Urlaubsgeld sowie die Jahressonderzahlung abzuziehen. Der Kläger hat hier folgende Zahlungen erhalten, wobei für das Jahr 2009 im Hinblick darauf, dass er erst ab 1.7.2009 seine Differenzvergütungsansprüche geltend machte, Urlaubsgeld und Sonderzahlung nur anteilig einzustellen sind. Diese nur anteilige Berücksichtigung ergibt sich hinsichtlich der Sonderzahlung aus der pro rata temporis - Berechnung nach § 43 Abs. 6 ERTV VCS. Bezüglich des Urlaubsgeldes fehlt es zwar an einer vergleichbaren Regelung, jedoch ergibt sich auch hier aus § 42 Abs. 1 ERTV VCS, dass diese Zahlung einen gewissen zeitlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses voraussetzt und daher auch in den Vormonaten geleistete Arbeit vergüten will. Zudem ergibt sich die zeitanteilige Berücksichtigung dieser Zahlungen daraus, dass diese bei der DT AG in die Entgelttabelle eingearbeitet wurden und daher dort auch zeitanteilig gewährt werden.

Urlaubsgeld 2009 anteilig 155,57 EUR, Urlaubsgeld 2010 311,13 EUR, Urlaubsgeld 2011 311,13 EUR, Sonderzahlung 2009 anteilig 818,12 EUR, Sonderzahlung 2010 1.636,24 EUR, Sonderzahlung 2011 1.636,24 EUR, Insgesamt 4.868,43 EUR

Dieser Betrag ist, da er auch der Vergütung der geleisteten Arbeit, wie oben dargelegt dient, im Rahmen des Günstigkeitsprinzips von dem Differenzvergütungsanspruch des Klägers in Abzug zu bringen.

Daraus ergibt sich, dass die Nachzahlungsansprüche des Klägers für den streitgegenständlichen Zeitraum sich auf Euro 12.665,36 minus Euro 4.868,43 belaufen, somit Euro 7.796,93 betragen.

Der Umstand, dass der Kläger tatsächlich jedoch nur 38 Stunden pro Woche und nicht 39 Stunden gearbeitet hat, ist hierbei unerheblich und führt nicht zu einer Kürzung der Nachzahlungsansprüche. Ob der Kläger diese Zeit nacharbeiten musste oder ob sie als Minusstunden auf seinem Zeitkonto zu erfassen sind, braucht hier nicht entschieden zu werden. Eine Berücksichtigung dieser nicht gearbeiteten Stunden im Rahmen der nachzuzahlenden Vergütung scheidet bereits deswegen aus, weil nach § 3 AbzKTV DTAG -die Bezahlung unabhängig von dem tatsächlichen Umfang der monatlich geleisteten Arbeitszeit in Form eines konstanten Monatsentgelts erfolgt. Dies berechnet sich bei vollbeschäftigten Arbeitnehmern auf der Grundlage der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ...

c) Soweit die Beklagte die Richtigkeit der Nebenentscheidung bezüglich der Zinsen beanstandet, ist darauf hinzuweisen, dass nach der von ihr zitierten Vorschrift der Kläger die Zinsen hätte früher verlangen können, da die Vergütung bereits Mitte des laufenden Kalendermonats fällig wird. Das muss er jedoch nicht. Insoweit besteht kein Anlass, das Urteil hinsichtlich des Zeitpunkts der Verzinsung abzuändern.

Das arbeitsgerichtliche Urteil war dementsprechend abzuändern, dem Kläger dieser Betrag zuzusprechen, die Klage im Übrigen abzuweisen und die Berufung im Übrigen zurückzuweisen.

3. Die Hilfsanträge des Klägers sind dem Gericht nicht zur Entscheidung angefallen, da die Rechtsbedingung, unter der sie gestellt waren, nämlich, dass das Gericht von der Geltung der 34-Stundenwoche ausgeht, nicht eingetreten ist. Es war daher auch nicht darüber zu entscheiden, ob diese Hilfsanträge, welche außerhalb der Frist für ein Rechtsmittel gestellt worden sind, zulässig sind.

III.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 92 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 97 Abs. 1 ZPO; die Kosten des Rechtsstreits bzw. die Kosten der Berufung waren jeweils im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen zu verteilen.

Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache war für beide Parteien die Revision zuzulassen.