

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 14/11

3 Sa 30/10

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

19. April 2012

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht

Gallner und Spelge sowie die ehrenamtliche Richterin Bender und den ehrenamtlichen Richter Dr. Wollensak für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 7. Oktober 2010 - 3 Sa 30/10 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Heilbronn vom 26. November 2009 - 1 Ca 381/09 - abgeändert.
Die Klage wird abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten vorrangig darüber, ob eine Funktionszulage in das Vergleichsentgelt der Klägerin eingeflossen ist. Hilfsweise will die Klägerin festgestellt wissen, dass die Funktionszulage bis zum Ende der Freistellungsphase ihres Altersteilzeitarbeitsverhältnisses in gegenüber der Arbeitsphase unverminderter Höhe fortgezahlt wird. 1

Die 1948 geborene Klägerin ist seit 1974 bei der Beklagten beschäftigt. Sie gehört der dbb beamtenbund und tarifunion an. Nach dem Arbeitsvertrag bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen. Die Klägerin wurde als Schreibkraft eingesetzt. Sie wurde zunächst nach Vergütungsgruppe IXb vergütet und mit Wirkung vom 3. September 1975 in Vergütungsgruppe VII höhergruppiert. Seit 1. Oktober 2005 findet auf das Arbeitsverhältnis der TVöD in der für Angestellte des Bundes geltenden Fassung Anwendung. 2

Die Beklagte gewährte der Klägerin mit Schreiben vom 10. Dezember 1992 mit Bezug ua. auf das Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern 3

vom 2. September 1986 (*D III 1 - 220 254/9*) eine Funktionszulage nach der Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT in der bis 31. Dezember 1983 geltenden Fassung (*Protokollnotiz Nr. 3*). Das Schreiben vom 10. Dezember 1992 lautet auszugsweise:

„...“

gemäß o.a. Bezug 1) und der Protokollnotiz Nr. 3 zu Bezug 2) bewillige ich Ihnen ab

01. November 1992 bis auf Widerruf

eine Funktionszulage in Höhe von 8 v.H. der Anfangsgrundvergütung der Vergütungsgruppe VII BAT. Die Zulage wird monatlich gewährt.

Gemäß der Tätigkeitsdarstellung vom 07.12.1992 arbeiten Sie überwiegend mit dem Textverarbeitungsautomaten.“

Die Protokollnotiz Nr. 3 bestimmt:

4

„Vollbeschäftigte Angestellte, die mit mindestens einem Drittel der regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne des § 15 Abs. 1 Magnetbandschreibmaschinen oder andere Textverarbeitungsautomaten bedienen und hierbei vollwertige Leistungen erbringen, erhalten für die Dauer dieser Tätigkeit eine monatliche Funktionszulage in Höhe von 8 % der Anfangsgrundvergütung der Vergütungsgruppe VII. ... Die Funktionszulage gilt bei der Bemessung des Sterbegeldes (§ 41) und des Übergangsgeldes (§ 63) als Bestandteil der Grundvergütung und wird nur neben der Vergütung nach Vergütungsgruppe VII gezahlt. ...“

Die Anlage 1a zum BAT wurde zum 31. Dezember 1983 gekündigt. Mit Wirkung vom 1. Januar 1991 wurde sie teilweise wieder in Kraft gesetzt. Davon waren die Regelungen für Angestellte im Schreib- und Fernschreibdienst (*Teil II Abschn. N der Anlage 1a zum BAT*) - auch die Protokollnotiz Nr. 3 - ausgenommen. Mit Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern vom 2. September 1986 und 9. Februar 1988 (*jeweils D III 1 - 220 254/9*) wurde bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Funktionszulage im Schreibdienst (*Funktionszulage Schreibdienst*) kraft Nachwirkung oder aufgrund arbeitsvertraglicher Abrede gezahlt wurde.

5

Durch Änderungsvertrag vom 6. Dezember 2002 wandelten die Parteien das Arbeitsverhältnis mit Wirkung vom 1. Mai 2003 in ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell um. Die Arbeitsphase endete am 31. Oktober 2007, die Freistellungsphase wird bis 30. April 2012 andauern.

6

Bei der zum 1. Oktober 2005 vollzogenen Überleitung der Klägerin in den TVöD, mit der sie der Entgeltgruppe 5 mit individueller Endstufe zugeordnet wurde, floss die Funktionszulage Schreibdienst nicht in das Vergleichsentgelt nach § 5 TVÜ-Bund von 2.200,67 Euro ein. Sie wurde weiter getrennt ausgewiesen und gezahlt, zuletzt unter Berücksichtigung der Teilzeitbeschäftigung der Klägerin iHv. 47,27 Euro. Die Funktionszulage Schreibdienst wurde in den Entgeltabrechnungen seit der Überleitung in den TVöD mit „BStand § 9 TVÜ“ bezeichnet. Nach Auffassung des Bundesministeriums des Innern war die Leistung eine außertarifliche persönliche Zulage (*Rundschreiben vom 10. Oktober 2005 - D II 2 - 220 210/643*).

7

§ 5 TVÜ-Bund lautet auszugsweise:

8

„(1) Für die Zuordnung zu den Stufen der Entgelttabelle des TVöD wird für die Beschäftigten nach § 4 ein Vergleichsentgelt auf der Grundlage der im September 2005 erhaltenen Bezüge gemäß den Absätzen 2 bis 7 gebildet.

(2) Bei Beschäftigten aus dem Geltungsbereich des BAT/BAT-O setzt sich das Vergleichsentgelt aus Grundvergütung, allgemeiner Zulage und Ortszuschlag der Stufe 1 oder 2 zusammen. ... Ferner fließen im September 2005 tarifvertraglich zustehende Funktionszulagen insoweit in das Vergleichsentgelt ein, als sie nach dem TVöD nicht mehr vorgesehen sind. ...

Protokollerklärung zu Absatz 2 Satz 3:

Vorhandene Beschäftigte erhalten bis zum In-Kraft-Treten der neuen Entgeltordnung ihre Techniker-, Meister- und Programmiererzulagen unter den bisherigen Voraussetzungen als persönliche Besitzstandszulage.“

Die Beklagte teilte der Klägerin unter dem 24. November 2005 mit, sie erhalte die Funktionszulage Schreibdienst weiter. Ein tariflicher Anspruch bestehe seit der zum 31. Dezember 1983 erfolgten Kündigung der Anlage 1a zum BAT nur noch im Rahmen der Nachwirkung. Die Zulage sei kein Bestand-

9

teil der Grundvergütung und bleibe daher bei der Ermittlung des Vergleichsentgelts unberücksichtigt. Die Funktionszulage werde dennoch als außertarifliche persönliche Zulage neben dem Vergleichsentgelt weitergezahlt, soweit die bisherigen Voraussetzungen für die Gewährung bestünden. Bei allgemeinen Entgeltanpassungen und sonstigen Entgelterhöhungen (*zB Stufenaufstieg*) werde der Unterschiedsbetrag zum bisherigen Entgelt auf diese Besitzstandszulage angerechnet. Die Zahlung der persönlichen Besitzstandszulage sei eine befristete außertarifliche Maßnahme, die längstens bis zum Inkrafttreten einer neuen Entgeltordnung erfolge.

Die Beklagte strich die Funktionszulage im Juni 2008 wegen einer all- 10
gemeinen tariflichen Entgelterhöhung aus der Tarifrunde 2008/2009 zunächst vollständig mit Wirkung vom 1. Januar 2008. Nachdem die Klägerin das beanstandet hatte, zahlte die Beklagte im Oktober 2008 rückwirkend zum 1. Januar 2008 Teilbeträge der Funktionszulage von monatlich 26,73 Euro nach. Auf diese monatlichen Leistungen rechnete sie ab 1. Januar 2009 eine weitere allgemeine tarifliche Entgelterhöhung aus der Tarifrunde 2008/2009 an und leistete seitdem monatliche Zulagenbeträge von 15,36 Euro.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die vor der Überleitung in 11
den TVöD aufgrund der nachwirkenden Protokollnotiz Nr. 3 geschuldete Funktionszulage sei eine „tarifvertraglich zustehende Funktionszulage“ iSv. § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund. Sie fließe deshalb in das Vergleichsentgelt nach § 5 Abs. 1 TVÜ-Bund ein. Sei die Zulage abweichend von ihrer Ansicht nicht Bestandteil des Vergleichsentgelts, habe sie nach § 4 Abs. 1 des Tarifvertrags zur Regelung der Altersteilzeitarbeit vom 5. Mai 1998 idF des Änderungsarbeitsvertrags Nr. 2 vom 30. Juni 2000 (*TV ATZ*) iVm. der nachwirkenden Protokollnotiz Nr. 3 und der sog. Spiegelbildtheorie des Bundesarbeitsgerichts Anspruch darauf, dass die Funktionszulage in der Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses in unverminderter Höhe fortgezahlt werde.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die von der Klägerin im September 2005 bezogene Funktionszulage Schreibdienst in das Vergleichsentgelt gem. § 5 des

10

11

12

Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (*TVÜ-Bund*) einzubeziehen;

hilfsweise festzustellen, dass die von der Klägerin bezogene Funktionszulage Schreibdienst bis zum Ende der Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses in gegenüber der Arbeitsphase unverminderter Höhe weiterzugewähren ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, nach der zum 31. Dezember 1983 erfolgten Kündigung der Anlage 1a zum BAT habe die Protokollnotiz Nr. 3 nicht mehr aufgrund Tarifvertragsrechts gegolten, sondern durch Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG und damit aufgrund Gesetzesrechts. Die Funktionszulage Schreibdienst sei deswegen nicht Bestandteil des Vergleichsentgelts nach § 5 Abs. 1 TVÜ-Bund, weil sie keine „tarifvertraglich zustehende Funktionszulage“ iSv. § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund sei. Die Klägerin könne auch nicht verlangen, dass die Zulage in gegenüber der Arbeitsphase unverminderter Höhe weitergezahlt werde. Die Funktionszulage Schreibdienst sei keine anrechnungsfeste Erschwerniszulage, sondern eine außertarifliche Besitzstandszulage, auf die allgemeine Tarifentgelterhöhungen auch in der Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses angerechnet werden könnten.

13

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten mit einer redaktionellen Umformulierung des Hauptsacheausspruchs zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung des Haupt- und des Hilfsantrags weiter.

14

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Klage ist sowohl im Haupt- als auch im Hilfsantrag in der Sache erfolglos.

15

- A. Der Hauptantrag ist zulässig, aber unbegründet. 16
- I. Wie die gebotene Auslegung ergibt, will die Klägerin keine Neuberechnung des Vergleichsentgelts zum Stichtag des 1. Oktober 2005 erwirken und mit dem Feststellungsantrag ggf. Doppelzahlungen vorbereiten. Sie möchte vielmehr festgestellt wissen, dass sie mit Wirkung vom 1. Januar 2008 - also dem Zeitpunkt der Anrechnung der ersten Tarifentgelterhöhung auf die Funktionszulage Schreibdienst - so gestellt wird, als sei das Vergleichsentgelt unter Einbeziehung der Funktionszulage Schreibdienst berechnet worden (*vgl. zu einer solchen Auslegung näher BAG 19. April 2012 - 6 AZR 622/10 - Rn. 14 ff.*) 17
- II. Der Hauptantrag ist in dieser Auslegung zulässig. Die Erfordernisse des § 256 Abs. 1 ZPO sind gewahrt. Der Klägerin kommt insbesondere das erforderliche Feststellungsinteresse zu. Die Streitfrage, ob die Funktionszulage Schreibdienst in das Vergleichsentgelt eingeflossen ist, tritt im letzten Monat des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses, im April 2012, noch einmal auf. Der Senat kann zudem offenlassen, ob ein Feststellungsinteresse besteht, weil die Klage jedenfalls in der Sache abzuweisen ist. Echte Prozessvoraussetzung ist das Feststellungsinteresse nur für das stattgebende Urteil (*vgl. BAG 19. April 2012 - 6 AZR 622/10 - Rn. 19; 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - Rn. 13, BAGE 128, 73*). 18
- III. Der Hauptantrag ist entgegen der Auffassung der Vorinstanzen unbegründet. Die Funktionszulage Schreibdienst ist nicht in das Vergleichsentgelt der Klägerin eingeflossen. Nach § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund sind nach dem TVöD nicht mehr vorgesehene Funktionszulagen nur dann in das Vergleichsentgelt einzubeziehen, wenn sie unmittelbar vor der Ablösung des BAT durch den TVöD im September 2005 tarifvertraglich zustanden. Diese Voraussetzung war bei der Funktionszulage Schreibdienst nicht erfüllt (*vgl. im Einzelnen BAG 19. April 2012 - 6 AZR 622/10 - Rn. 22 ff.; im Ergebnis ebenso Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TVöD Stand Oktober 2011 Teil IV/3 TVÜ-Bund/TVÜ-VKA Rn. 51*). 19

1. Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Frage, ob die Funktionszulage Schreibdienst in das Vergleichsentgelt einfließt, in seiner Entscheidung vom 18. Mai 2011 ausdrücklich offengelassen (- 10 AZR 206/10 - Rn. 36, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1). Er hatte nur darüber zu befinden, ob ein Anspruch auf Fortzahlung der Funktionszulage Schreibdienst bestand oder ein Stufenaufstieg und Entgelterhöhungen auf diese Zulage angerechnet werden konnten. 20
2. Die Tarifvertragsparteien haben dadurch, dass sie nur solche Funktionszulagen in das Vergleichsentgelt einbezogen haben, die im September 2005 tarifvertraglich zustanden, deutlich gemacht, dass sie die Funktionszulage Schreibdienst nicht in das Vergleichsentgelt einfließen lassen wollten. 21
- a) Die Funktionszulage Schreibdienst ist bereits nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund nicht in das Vergleichsentgelt einzubeziehen. 22
- aa) § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund setzt voraus, dass die Funktionszulage im September 2005 tarifvertraglich zustand. „Zustehen“ bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch „einen rechtmäßigen Anspruch auf etwas haben, etwas zu bekommen haben, ein Recht auf etwas haben“ (*Duden Das große Wörterbuch der Deutschen Sprache 3. Aufl. Stichwort: „zustehen“; Wahrig Deutsches Wörterbuch 8. Aufl. Stichwort: „zustehen“*). Voraussetzung für die Einbeziehung einer Funktionszulage in das Vergleichsentgelt ist damit, dass auf diese Zulage ein rechtmäßiger tarifvertraglicher Anspruch bestand. 23
- bb) Das war bei der Funktionszulage Schreibdienst im September 2005 nicht mehr der Fall. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Zulage - wie in dem der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18. Mai 2011 (- 10 AZR 206/10 - AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1) zugrunde liegenden Fall - aufgrund einer einzelvertraglichen Abrede als übertariflich zugesagte Leistung oder aufgrund des doppelten Geltungsgrundes beiderseitiger Organisationszugehörigkeit und einzelvertraglicher Zusage gezahlt wurde. Auch bei nachwirkender originärer 24

Tarifgeltung war die Funktionszulage Schreibdienst im September 2005 keine „tarifvertraglich zustehende“ Funktionszulage mehr. Die Zulage stand der Klägerin nicht mehr aufgrund des Geltungswillens der Tarifvertragsparteien zu, wie die Revision zutreffend ausführt.

(1) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gelten gekündigte Tarifnormen nicht mehr kraft der Wirkung des Tarifvertrags, sondern nur noch kraft Gesetzes weiter. Sie sind kein Tarifvertragsrecht mehr, sondern dispositives Gesetzesrecht, das mit der Tarifnorm inhaltsgleich ist (vgl. BAG 3. April 2007 - 9 AZR 867/06 - Rn. 24, BAGE 122, 64; 13. Juli 1994 - 4 AZR 555/93 - zu II 3 b cc der Gründe, AP TVG § 3 Verbandszugehörigkeit Nr. 14 = EzA TVG § 4 Nachwirkung Nr. 17; 16. August 1990 - 8 AZR 439/89 - zu 4 b der Gründe, BAGE 65, 359; 29. Januar 1975 - 4 AZR 218/74 - BAGE 27, 22, 27). 25

(2) Diese Rechtsprechung ist allerdings nicht unumstritten. Nach Auffassung eines nicht unbeträchtlichen Teils der Literatur ändert der Tarifvertrag in der Nachwirkung nur seine Qualität, nicht aber seine Geltung. Er bleibe auch in der Phase der Nachwirkung (*dispositive*) Quelle der Rechte und Pflichten der Normunterworfenen (vgl. Däubler/Bepler TVG 2. Aufl. § 4 Rn. 818 f.; Kempen/Zachert/Kempen Tarifvertragsgesetz 4. Aufl. § 4 Rn. 537; Wiedemann/Wank 7. Aufl. § 4 TVG Rn. 325, 332; Wiedemann Anm. AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 6). 26

(3) Ob dieser Kritik zu folgen ist, kann dahinstehen. Es ist davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die gerade anlässlich der Kündigung des BAT zum 31. Dezember 1969 begründet wurde (vgl. BAG 14. Februar 1973 - 4 AZR 176/72 - BAGE 25, 34, 37, 40), bei der Formulierung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund kannten. Wenn sie gleichwohl ausdrücklich nur „tarifvertraglich zustehende“ Funktionszulagen in das Vergleichsentgelt einbezogen, ist daraus zu schließen, dass die Funktionszulage Schreibdienst, die lediglich auf nachwirkenden Normen beruhte, nicht in das Vergleichsentgelt einfließen sollte (vgl. BAG 19. April 2012 - 6 AZR 622/10 - Rn. 27). 27

- b) Für eine Auslegung des § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund in diesem Sinn spricht auch die Behandlung der Funktionszulage Schreibdienst im Beitrittsgebiet. 28
- aa) Für die dort tätigen Arbeitnehmer war nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts keine Zahlung der Zulage aufgrund nachwirkender Tarifregelungen möglich. Die Tarifvertragsparteien können keine Normen setzen, die von vornherein nur nachwirkenden Charakter haben (*vgl. BAG 14. Februar 1973 - 4 AZR 176/72 - BAGE 25, 34, 40*). Deshalb haben die Tarifvertragsparteien nach § 2 des ÄndTV Nr. 1 vom 8. Mai 1991 zum BAT-O die Anlage 1a zum BAT für die Bereiche des Bundes und der TdL nur mit Ausnahme der Zulagenregelungen in Teil II Abschn. N und der entsprechenden Regelung in Teil III Abschn. L Unterabschn. VII nach näher geregelten Maßgaben übernommen. Im Beitrittsgebiet wurde die Funktionszulage Schreibdienst lediglich aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes (*vgl. BAG 23. April 1997 - 10 AZR 603/96 - zu II 2 b der Gründe, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 22 = EzA BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 72*) oder als Konsequenz aus diesem Urteil übertariflich auf der Grundlage des Rundschreibens des Bundesministeriums des Innern vom 25. November 1997 (*D II 4 - 220 254/9*) gezahlt. 29
- bb) Vor diesem tarifgeschichtlichen Hintergrund spricht nichts dafür, dass die Tarifvertragsparteien Funktionszulagen aufgrund nachwirkender Tarifnormen, insbesondere die Funktionszulage Schreibdienst, in das Vergleichsentgelt einbeziehen wollten. Sonst hätten sie zugleich die Arbeitnehmer im Beitrittsgebiet gezielt ausschließen wollen. Dass ein solches Vorgehen nicht ihrem Willen entsprach, zeigt sich auch daran, dass die Einbeziehung der Funktionszulage Schreibdienst in das Vergleichsentgelt angesichts der geringen Entgeltspreizung zwischen den Stufen 4, 5 und 6 der Entgeltgruppe 5 in einer Vielzahl von Fällen die Zuordnung zu einer höheren Entwicklungsstufe dieser Entgeltgruppe zum 1. Oktober 2007 zur Folge gehabt hätte. Den Angestellten im Schreibdienst im Tarifgebiet West wäre dann häufig eine um eine Entwicklungsstufe höhere Vergütung gezahlt worden als den Angestellten im Tarifgebiet Ost. 30

- c) Ebenso wenig besteht Anlass zu der Annahme, dass die Tarifvertragsparteien die Arbeitnehmer benachteiligen wollten, bei denen die Anwendung der Protokollnotiz Nr. 3 entsprechend der Bitte in den Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern vom 2. September 1986 und 9. Februar 1988 (*jeweils D III 1 - 220 254/9*) durch konstitutive Nebenabrede vereinbart worden war. Sonst wären die Arbeitnehmer, die die Zulage lediglich aufgrund der Nachwirkung der Tarifbestimmungen weiter erhielten, über das Inkrafttreten des TVöD hinaus einseitig begünstigt worden. 31
- d) Auch die der Prozessvereinbarung für die Tarifverhandlungen zur Neugestaltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes vom 5. Januar 2003 (*abgedruckt bei Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TVöD Stand November 2005 Teil II Einleitung Rn. 7*) zu entnehmenden Ziele der Einführung des TVöD, insbesondere das Bestreben nach Straffung, Vereinfachung, Transparenz und Praktikabilität sowie nach Diskriminierungsfreiheit des tariflichen Regelungsgefüges, sprechen dafür, dass die Tarifvertragsparteien die bei Inkrafttreten des TVöD seit mehr als 20 Jahren nur noch nachwirkende Funktionszulage Schreibdienst nicht durch Einbeziehung in das Vergleichsentgelt perpetuieren wollten. Das gilt umso mehr, als die tariflichen Voraussetzungen für die Zulage wegen der technischen Ausstattung von Büroarbeitsplätzen und der geänderten Anforderungen an die Arbeitnehmer, die diese Arbeitsplätze nutzen, seit geraumer Zeit nicht mehr sachgerecht erscheinen (*vgl. BAG 4. November 1987 - 4 AZR 320/87 - AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 139 = EzBAT BAT §§ 22, 23 Funktionszulage Nr. 1*). 32
- e) Aus dem besitzstandswahrenden Charakter des Vergleichsentgelts (*st. Rspr. seit BAG 30. Oktober 2008 - 6 AZR 682/07 - Rn. 23, BAGE 128, 210*) folgt nichts anderes. 33
- aa) Mit dem Bezug auf die im September 2005 „erhaltenen“ Bezüge in § 5 Abs. 1 TVÜ-Bund haben die Tarifvertragsparteien nur den Grundsatz bezeichnet. Aus dem Charakter der Überleitung von einem Tarifvertrag in den ihn ablösenden neuen Tarifvertrag folgt, dass sie bei der Bildung des Vergleichsentgelts an die tarifgerechten Grundlagen anknüpfen wollten (*vgl. für § 5 TVÜ-* 34

VKA BAG 24. Februar 2011 - 6 AZR 595/09 - Rn. 22, AP TVÜ § 5 Nr. 6 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 22). Dazu gehören nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die den Tarifvertragsparteien bekannt sein musste, keine Leistungen, die nur aufgrund nachwirkender Tarifnormen gewährt werden.

bb) Bei der Überleitung in den TVöD kam es zudem in zahlreichen Fällen unter Durchbrechung des Grundsatzes in § 5 Abs. 1 der Überleitungstarifverträge auch zu Verschlechterungen des Einkommens des Angestellten oder der Erwerbsgemeinschaft der Ehegatten, etwa bei lang andauerndem Sonderurlaub eines Ehegatten (vgl. BAG 24. Juni 2010 - 6 AZR 1037/08 - Rn. 18 ff., AP TVÜ § 5 Nr. 5 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 21; 17. Dezember 2009 - 6 AZR 668/08 - Rn. 14 ff., EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 18) oder bei Teilzeitbeschäftigung eines Ehegatten (vgl. BAG 19. Oktober 2010 - 6 AZR 305/09 - Rn. 12 ff., AP BAT § 29 Nr. 25 = EzTöD 310 TVÜ-Länder § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 1; 25. Oktober 2007 - 6 AZR 95/07 - Rn. 15 ff., BAGE 124, 284).

f) Schließlich ist § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund auch nicht ohne Anwendungsbereich und damit sinnentleert. Bereits aus der Protokollerklärung zu dieser tariflichen Bestimmung folgt, dass es mit den Techniker-, Meister- und Programmiererzulagen tarifliche Funktionszulagen gibt, die an sich unter § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund gefallen wären, aber eine besondere Regelung erfahren. Darüber hinaus ist die nach der Vorbem. 1 zu Teil III Abschn. A Unterabschn. V der Anlage 1a zum BAT Fremdsprachenassistenten/Fremdsprachensekretäre zu zahlende Funktionszulage von § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund erfasst (vgl. Dannenberg in Bepler/Böhle/Meerkamp/Stöhr TVöD Stand Oktober 2010 § 5 TVÜ-Bund Rn. 7).

B. Auch der Hilfsantrag ist unbegründet. Die Klägerin hat über die geleisteten Zahlungen von jeweils 26,73 Euro für die Monate Januar bis Dezember 2008 und von jeweils 15,36 Euro seit Januar 2009 hinaus unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf die Funktionszulage Schreibdienst. Die

Beklagte war berechtigt, die Tarifentgelterhöhungen aus der Tarifrunde 2008/2009 auf die Zulage anzurechnen.

- I. Die Regelungen des TVöD (*Bund*) sehen keinen Anspruch auf eine Funktionszulage Schreibdienst vor. 38

- II. Die erhobenen Ansprüche ergeben sich nicht aus der Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT in der bis 31. Dezember 1983 geltenden Fassung. 39

1. Nach der Kündigung der Vergütungsordnung der Anlage 1a zum BAT zum 31. Dezember 1983 galten die nicht wieder in Kraft gesetzten Regelungen des Abschnitts N seit 1. Januar 1984 nur noch aufgrund ihrer Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG (*vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 16 mwN, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1; 13. Dezember 2000 - 10 AZR 689/99 - zu II 1 der Gründe, ZTR 2001, 269*). Auf die Frage, ob nur die beiderseitige originäre Tarifbindung oder auch eine konstitutive einzelvertragliche Zusage mit Schreiben der Beklagten vom 10. Dezember 1992 zur Nachwirkung führte, kommt es nicht an. Es kann auch auf sich beruhen, ob eine vertragliche Bezugnahme-klausel besteht, die als Gleichstellungsabrede iSd. früheren Rechtsprechung des Vierten Senats auszulegen wäre (*vgl. grundlegend BAG 14. Dezember 2005 - 4 AZR 536/04 - Rn. 24 ff., BAGE 116, 326; siehe auch 23. Februar 2011 - 4 AZR 536/09 - Rn. 17 f., AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 86 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Bezugnahme-klausel Nr. 31*) und ob eine Gleichstellungsabrede auch nachwirkende Tarifregelungen erfasste (*vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - aaO mwN*). 40

2. Eine mögliche Nachwirkung wurde jedenfalls durch eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG beendet. 41

- a) Eine „andere Abmachung“ muss die nachwirkende Tarifregelung ersetzen, also denselben Regelungsbereich erfassen (*vgl. BAG 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 50 = EzA TVG § 4* 42

Nachwirkung Nr. 46). Sie kann durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder einzelvertragliche Abrede erfolgen (vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 18, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1; 17. Januar 2006 - 9 AZR 41/05 - Rn. 24, BAGE 116, 366).

b) Hier wurde durch den TVöD (*Bund*) eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG getroffen. 43

aa) Das gilt aus den für den Hauptantrag angeführten Gründen ohne Weiteres für die Nachwirkung der Protokollnotiz Nr. 3 aufgrund originärer Tarifbindung. Der TVöD (*Bund*) löste auch die nachwirkende Protokollnotiz Nr. 3 ab. 44

bb) Der Senat kann offenlassen, ob es sich bei dem Schreiben der Beklagten vom 10. Dezember 1992 um eine einzelvertragliche rechtsbegründende Zusage und nicht nur um eine deklaratorische Verweisung auf die nachwirkende Tarifnorm der Protokollnotiz Nr. 3 handelt. Selbst wenn das Schreiben eine individualvertragliche Zusage sein sollte, wäre durch den TVöD (*Bund*) eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG getroffen worden. Der Senat kann die im Schreiben vom 10. Dezember 1992 enthaltene Erklärung selbst auslegen. Die Auslegungstatsachen stehen fest. Einer übertariflichen Zusage steht bereits entgegen, dass das Schreiben vom 10. Dezember 1992 vor allem wegen des aufgenommenen Widerrufsrechts eine weniger günstige Regelung als die Protokollnotiz Nr. 3 enthält. Unabhängig davon, ob die Widerrufs Klausel in diesem Schreiben wirksam ist, machen sie und die Anknüpfung an die Voraussetzung der Tarifnorm - das Arbeiten mit dem Textverarbeitungsautomaten - deutlich, dass die Funktionszulage Schreibdienst nur geleistet werden sollte, solange die Protokollnotiz Nr. 3 nachwirkte. Der Klägerin sollte daher keine über die tarifliche Nachwirkung hinausgehende Leistung zugesagt werden. 45

3. Die Beklagte war berechtigt, die sich aus der Tarifrunde 2008/2009 ergebenden Entgelterhöhungen auf die ab 1. Oktober 2005 als übertarifliche Besitzstandszulage gezahlte (*frühere*) Funktionszulage Schreibdienst anzu- 46

rechnen. Das Schreiben vom 10. Dezember 1992, mit dem die Beklagte die Funktionszulage Schreibdienst gewährte, lässt nicht erkennen, dass eine Anrechnung tariflicher Entgeltsteigerungen ausgeschlossen werden sollte.

a) Ob eine Tarifentgelterhöhung individualrechtlich auf eine übertarifliche Vergütung angerechnet werden kann, hängt von der zugrunde liegenden Vergütungsabrede ab. Haben die Arbeitsvertragsparteien darüber eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, gilt diese. Sonst ist aus den Umständen zu ermitteln, ob eine Befugnis zur Anrechnung besteht. Die Anrechnung ist grundsätzlich möglich, sofern dem Arbeitnehmer nicht vertraglich ein selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden ist (vgl. BAG 19. April 2012 - 6 AZR 691/10 - Rn. 35; 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 39, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1; 30. Mai 2006 - 1 AZR 111/05 - Rn. 17, BAGE 118, 211; 1. März 2006 - 5 AZR 540/05 - Rn. 13 mwN, AP TVG § 4 Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung Nr. 40 = EzA TVG § 4 Tariflohnerhöhung Nr. 47). Allein in der tatsächlichen Zahlung liegt keine vertragliche Abrede, die Zulage solle auch nach einer Tarifentgelterhöhung als selbständiger Vergütungsbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt gezahlt werden (vgl. BAG 27. August 2008 - 5 AZR 820/07 - Rn. 12, BAGE 127, 319). Da sich durch eine Anrechnung von Tarifentgelterhöhungen auf die Zulage - anders als durch einen Widerruf der Zulage - die Gesamtgegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung nicht verringert, ist dem Arbeitnehmer die mit einer Anrechnung verbundene Veränderung der Zulagenhöhe regelmäßig zumutbar. Ein darauf gerichteter ausdrücklicher Anrechnungsvorbehalt hielte einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand (vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - aaO; 30. Mai 2006 - 1 AZR 111/05 - aaO).

47

b) Nach diesen Grundsätzen sind die Anrechnungen der Beklagten wirksam. Aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte der Klägerin die Zulage für die Zeit ab 1. Oktober 2005 gesondert als selbständigen Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zusagte. Die Klägerin konnte dem Verhalten der Beklagten keinen

48

Willen entnehmen, eine bestimmte übertarifliche Leistung auf Dauer unverändert zu erbringen (vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 40, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1; 24. März 2010 - 10 AZR 43/09 - Rn. 16 f., AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 90 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 13). Schon das Schreiben der Beklagten vom 10. Dezember 1992 lässt keinerlei Anrechnungsausschluss erkennen. Die Klägerin musste den Anrechnungsvorbehalt im Schreiben der Beklagten vom 24. November 2005 deshalb nicht annehmen. Die Beklagte wies lediglich auf die nicht ausgeschlossene und damit bereits vorhandene Anrechnungsmöglichkeit hin, die besteht, wenn - wie hier - kein selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden ist.

4. Ein Anrechnungsausschluss lässt sich nicht aus dem TV ATZ herleiten. Er folgt nicht aus der sog. Spiegelbildtheorie. Auch während der Freistellungsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses können tarifliche Entgelterhöhungen auf die Funktionszulage Schreibdienst angerechnet werden. 49
- a) Der Altersteilzeitarbeitnehmer hat im Blockmodell während der Freistellungsphase Anspruch auf die durch seine Vorarbeit in der Arbeitsphase erworbenen Entgeltansprüche (st. Rspr., vgl. BAG 16. November 2010 - 9 AZR 597/09 - Rn. 25, EzTöD 700 TV ATZ Nr. 27; 11. April 2006 - 9 AZR 369/05 - Rn. 50, BAGE 118, 1; 4. Oktober 2005 - 9 AZR 449/04 - zu B I 3 a der Gründe, BAGE 116, 86; grundlegend 24. Juni 2003 - 9 AZR 353/02 - zu A II 1 b bb (2) der Gründe, BAGE 106, 353). 50
- aa) Durch die Vorarbeit erarbeitet der Altersteilzeitarbeitnehmer Vergütungen, die nicht im Monat der Arbeitsphase ausgezahlt, sondern für die spätere Freistellungsphase zeitversetzt angespart werden. Der Arbeitnehmer erarbeitet sich im Umfang seiner Vorleistungen zum einen Ansprüche auf die späteren Bezüge, zum anderen entsprechende Ansprüche auf Freistellung von der Arbeitspflicht (vgl. nur BAG 16. November 2010 - 9 AZR 597/09 - Rn. 25 mwN, EzTöD 700 TV ATZ Nr. 27) und damit ein Zeitguthaben. Das während der Freistellungsphase ausgezahlte Entgelt ist Gegenleistung für die bereits wäh- 51

rend der Arbeitsphase geleistete, über die verringerte Arbeitszeit hinausgehende Arbeit.

bb) Die in der Arbeitsphase angesparten und in der Freistellungsphase zu zahlenden Vergütungen sind zeitversetzt „spiegelbildlich“ zu errechnen (vgl. BAG 11. April 2006 - 9 AZR 369/05 - Rn. 50, BAGE 118, 1). Am Ende des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses ist keine Gesamtbetrachtung anzustellen. Das sieht der TV ATZ nicht vor (vgl. BAG 16. November 2010 - 9 AZR 597/09 - Rn. 34, EzTöD 700 TV ATZ Nr. 27). Kommt es in der Freistellungsphase zu Entgelterhöhungen, einem Einfrieren oder einer Kürzung von Zuwendungszahlungen, ist (*mindestens*) das auszuzahlen, was der Altersteilzeitarbeitnehmer erarbeitet hat (vgl. BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 449/04 - zu B I 3 g (3) der Gründe, BAGE 116, 86). § 4 Abs. 1 TV ATZ regelt die Bemessung der Teilzeitvergütung. Danach erhält der Arbeitnehmer während der gesamten Zeit des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses die Bezüge in Höhe der sich für entsprechende Teilzeitkräfte bei Anwendung der tariflichen Vorschriften ergebenden Beträge (*feste Bezügebestandteile*). Lediglich Bezügebestandteile, die üblicherweise in die Berechnung des Aufschlags zur Urlaubsvergütung oder des Zuschlags zum Urlaubslohn einfließen, sowie Wechselschicht- und Schichtzulagen (§ 4 Abs. 1 Alt. 2 TV ATZ) werden entsprechend dem Umfang der tatsächlich geleisteten Tätigkeit gezahlt (*unständige Bezügebestandteile*; vgl. für die st. Rspr. BAG 16. November 2010 - 9 AZR 597/09 - Rn. 22 mwN, EzTöD 700 TV ATZ Nr. 27).

52

b) § 4 Abs. 1 TV ATZ steht den Anrechnungen der Tarifentgelterhöhungen aus der Tarifrunde 2008/2009 in der Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses der Klägerin unter Berücksichtigung dieser Grundsätze nicht entgegen. Der Senat kann unterstellen, dass es sich bei der Funktionszulage Schreibdienst um einen festen Bezügebestandteil iSv. § 4 Abs. 1 TV ATZ handelt. Die angesparten Bezüge sind dennoch nicht anrechnungsfrei. Dem steht der Zweck des § 4 Abs. 1 TV ATZ entgegen. Die Tarifvorschrift will das Entgelt in Höhe der angesparten Beträge sichern, die Vergütung aber nicht erhöhen. Damit wird keine unzulässige Gesamtschau am Ende des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses vorgenommen. Der Vergütungsanspruch entsteht in der

53

Arbeitsphase vielmehr bereits „belastet“ mit der Möglichkeit der Anrechnung von Tarifentgelterhöhungen in der Arbeits- oder Freistellungsphase. Der Altersteilzeitarbeitnehmer nimmt in der Arbeits- wie in der Freistellungsphase an den tariflichen Entgelterhöhungen teil. In deren Umfang wird die Funktionszulage Schreibdienst jedoch wegen der nicht ausgeschlossenen Anrechnung aufgezehrt.

C. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

54

Fischermeier

Gallner

Spelge

Wollensak

Frau Bender ist wegen Ablaufs ihrer Amtszeit an der Unterschriftsleistung verhindert.

Fischermeier