

BUNDEARBEITSGERICHT



6 AZR 401/11
6 Sa 1253/10
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. März 2013

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsklagendes und revisionsklagendes Land,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 21. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gallner und Spelge sowie die ehrenamtliche Richterin Jerchel und den ehrenamtlichen Richter Geyer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 1. April 2011 - 6 Sa 1253/10 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Zurückweisung der Berufung des beklagten Landes gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Osnabrück vom 11. Mai 2010 - 1 Ca 416/09 - hinsichtlich des Feststellungsausspruchs auch für die Zeit ab dem 1. Januar 2012 Geltung beansprucht.
2. Insoweit wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
3. Im Übrigen wird die Revision des beklagten Landes zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Anspruch auf eine übertarifliche Ausgleichs- bzw. Differenzzulage zur Besitzstandswahrung für eine frühere Leistungszulage. 1

Die Klägerin ist seit dem 1. August 1990 als Justizangestellte beim beklagten Land beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (*TV-L*) vom 12. Oktober 2006 Anwendung. Das Arbeitsverhältnis ruhte seit etwa 2000 bis einschließlich September 2008, dabei seit dem 23. September 2002 wegen Sonderurlaubs zur Kinderbetreuung. Die Klägerin wurde unmittelbar nach der Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit am 1. Oktober 2008 einer Serviceeinheit des Amtsgerichts O zugeordnet, aber zunächst bis Ende Februar 2009 in der Datenerfassung eingesetzt. 2

Mit Wiederaufnahme der Tätigkeit zahlte das beklagte Land der Klägerin eine monatliche Zulage von 53,65 Euro brutto. Dabei handelte es sich um eine besitzstandswahrende Leistung auf die der Klägerin mit Schreiben vom 6. Februar 1995 gewährte widerrufliche Leistungszulage nach der Protokollnotiz 3

Nr. 4 zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT in der bis zum 31. Dezember 1983 geltenden Fassung (*künftig: Protokollnotiz Nr. 4*) iVm. den Richtlinien des beklagten Landes für die Gewährung von Leistungszulagen an Angestellte im Schreibdienst idF vom 1. September 1970. Diese Leistungszulage erhielten Angestellte, die sich durch herausragende Leistungen und besondere Zuverlässigkeit auszeichneten. Sie verminderte sich jeweils um den Betrag, um den sich die Grundvergütung durch Erreichen der nächsten Lebensaltersstufe erhöhte, sowie um die Zulage, die Schreibkräften nach der Fußnote 1 zu diesem Abschnitt nach zwölfjähriger Bewährung gezahlt wurde. Gemäß § 8 Abs. 1 Buchst. b des Tarifvertrags über Zulagen an Angestellte vom 17. Mai 1982 (*Zulagen TV*) wurde die Leistungszulage teilweise auf die allgemeine Zulage nach § 2 Abs. 1 Zulagen TV angerechnet. Seit dem 1. Mai 2004 war der Anrechnungsbetrag im Tarifgebiet West auf höchstens 48,00 Euro festgelegt.

Durch Tarifvertrag zur Änderung der Anlage 1a zum BAT (Angestellte in Serviceeinheiten bei Gerichten und Staatsanwaltschaften) vom 29. November 2000 (*künftig: ÄTV vom 29. November 2000*) wurden die Eingruppierungsvorschriften für Angestellte im Justizverwaltungsdienst (*Teil II Abschn. T Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT für den Bereich des Bundes und der TdL*) um Vorschriften zur Eingruppierung für Angestellte in Serviceeinheiten bei Gerichten und Staatsanwaltschaften ergänzt. Danach war für Angestellte in Serviceeinheiten Ausgangsvergütungsgruppe die VergGr. VII Fallgruppe 1 a BAT. Für Angestellte, die bisher eine Leistungszulage erhalten hatten und deren Bezüge sich unmittelbar durch das Inkrafttreten der neuen Tätigkeitsmerkmale am 1. Januar 2001 verminderten, bestimmte der ÄTV vom 29. November 2000:

4

„§ 2

Übergangsvorschrift

...

2. Die am 31. Dezember 2000 zustehende Summe aus Grundvergütung, allgemeiner Zulage, ggf. Funktionszulage und Leistungszulage nach den Protokollnotizen Nrn. 3, 4, 6 und 7 ... wird unter Berücksichtigung allgemeiner Vergütungserhöhungen so lange fortgezahlt, bis diese Summe durch die vom 1. Januar

2001 an zustehende Summe aus Grundvergütung, allgemeiner Zulage und ggf. Vergütungsgruppenzulage nach den Fußnoten der Vergütungsgruppe VI b des Teils II Abschn. T Unterabschn. I der Anlage 1 a zum BAT in der ab 1. Januar 2001 geltenden Fassung erreicht oder überschritten wird.

...“

Die TdL hat mit Schreiben ihrer Geschäftsstelle vom 2. Februar 2001 keine Bedenken dagegen erhoben, § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 auch auf Angestellte anzuwenden, die erst nach dem 1. Januar 2001 aus dem Schreibdienst in Serviceeinheiten umgesetzt wurden. 5

Der TV-L sieht keine entsprechende Leistungszulage mehr vor. Das Überleitungsrecht enthält insoweit keinen Bestandsschutz. Nach Ziff. 5.1.4 Buchst. c der Durchführungshinweise der TdL vom 18. August 2006 war für die Berechnung des Vergleichsentgelts bei der Überleitung in den TV-L ungeachtet der Kürzungsvorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 1 Zulagen TV die ungekürzte allgemeine Zulage zugrunde zu legen. Weiter heißt es: 6

„...“

Soweit die Leistungszulage für Angestellte im Schreibdienst am 31. Oktober 2006 noch gezahlt wird, kann der Betrag, der über den Anrechnungsbetrag von 48,00 Euro (West) hinausgeht, außertariflich als persönliche Besitzstandszulage neben dem Vergleichsentgelt fortgezahlt werden. Dies gilt nur, soweit die bisherigen Voraussetzungen für die Gewährung bestehen. ...“

Auch eine Nachfolgeregelung für die Übergangsvorschrift nach § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 ist weder im TV-L noch im TVÜ-Länder getroffen. Die Durchführungshinweise der TdL vom 18. August 2006 enthalten dazu ebenfalls keine Angaben. Insoweit bestimmte jedoch der Erlass des Niedersächsischen Justizministeriums vom 10. Februar 2009 (2512-104.96): 7

„...“

Für die Beschäftigten aus dem Schreibdienst, die am 31. Dezember 2000 nach den Protokollnotizen Nr. 3 und 4 Funktions- oder Leistungszulagen ... nach Abschnitt N Unterabschnitt I der Anlage 1 a zum BAT erhalten haben, gilt bis zum Inkrafttreten einer neuen Entgeltordnung die

Übergangsregelung des § 2 Nr. 2 des Tarifvertrages zur Änderung der Anlage 1 a zum BAT (Angestellte in Serviceeinheiten bei Gerichten und Staatsanwaltschaften) vom 29. November 2000 auch dann, wenn der Wechsel aus dem Schreibdienst in die Serviceeinheiten nach dem 1. Januar 2001 erfolgt. Die Besitzstandswahrung greift auch, wenn Beschäftigte aus dem Schreibdienst in die Serviceeinheiten nach dem In-Kraft-Treten des TVÜ-L und TV-L wechseln.

Die Ausgleichszulage nimmt an linearen Entgeltanpassungen teil. Entgelterhöhungen aufgrund von Höhergruppierungen und Stufenaufstiegen werden auf die Ausgleichszulage voll angerechnet.

...“

Die weiteren Ausführungen in diesem Erlass betreffen die Möglichkeit eines Aufstiegs in die VergGr. VI b BAT für Beschäftigte, die nach dem 31. Oktober 2006 aus dem Schreibdienst unter Beibehaltung ihrer Entgeltgruppe in Serviceeinheiten wechseln. 8

Mit Schreiben vom 27. März 2009 widerrief das beklagte Land die der Klägerin mit Schreiben vom 6. Februar 1995 bewilligte Leistungszulage rückwirkend zum 1. Oktober 2008. Zur Begründung ist ausgeführt: 9

„...“

Entsprechend § 9 Abs. 4 TVÜ-L hätten Sie nur dann einen Anspruch auf Weitergewährung der vorgenannten Zulage, sofern sie Ihnen am 31.10.2006 zustand. Unterbrechungen wegen Mutterschutz, Elternzeit, Krankheit und Urlaub sind insoweit unschädlich.

Da Sie sich am Stichtag im Sonderurlaub aus familiären Gründen befanden, haben Sie Ihren Anspruch auf Zahlung der Zulage verloren. ...“

Anschließend zog das beklagte Land vom Gehalt der Klägerin für April 2009 die ihr bis dahin gezahlte Zulage von insgesamt 314,42 Euro ab. Im Hinblick auf die Aussetzung dieser Rückzahlungsforderung durch Schreiben des beklagten Landes vom 22. Juni 2009 begehrt die Klägerin mit ihrer am 20. Juli 2009 eingegangenen Klage die Zahlung der Zulage seit April 2009. 10

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Anforderungen für die Zahlung der streitbefangenen Zulage seien erfüllt. Sie werde allein deswegen gegenüber anderen, vergleichbaren Mitarbeiterinnen ungleich behandelt, weil das Arbeitsverhältnis wegen des Sonderurlaubs zur Kinderbetreuung am 31. Oktober 2006 geruht habe. Im Übrigen stelle die Nichtanerkennung des Sonderurlaubs wegen Kindererziehung einen Verstoß gegen § 611a BGB sowie §§ 1, 3 Abs. 2 AGG dar. 11

Nach rechtskräftiger Abweisung eines Antrags auf zukünftige Leistung hat die Klägerin zuletzt beantragt, 12

1. das beklagte Land zu verurteilen, an sie 160,95 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils 53,65 Euro seit dem 5. Mai 2009, seit dem 3. Juni 2009 und seit dem 3. Juli 2009 zu zahlen;
2. festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet ist, an sie ab Juli 2009 die Zulage in Höhe von derzeit 53,65 Euro brutto pro Monat weiterzuzahlen.

Das beklagte Land hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags zuletzt ausgeführt, die Leistungszulage sei nur so lange außertariflich als persönliche Besitzstandszulage fortzuzahlen, wie die bisherigen Voraussetzungen fortbeständen. Der Klägerin habe aber während der Zeit ihrer Tätigkeit in der Datenerfassung die Leistungszulage nicht zugestanden, weil sie die erforderliche Anschlagzahl dort von vornherein nicht habe erreichen können. Außerdem sei gemäß Ziff. 5.1.4 Buchst. c der Durchführungshinweise der TdL vom 18. August 2006 zu § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Länder Voraussetzung für die Besitzstandszulage, dass die Leistungszulage am 31. Oktober 2006 gezahlt worden sei. Daran fehle es vorliegend. 13

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt das beklagte Land sein Ziel der Klageabweisung weiter. 14

Während des Revisionsverfahrens ist die Entgeltordnung zum TV-L (*Anlage A zum TV-L*) mit Wirkung zum 1. Januar 2012 durch den ÄnderungsTV 15

Nr. 4 zum TV-L vom 2. Januar 2012 in Kraft getreten. Im Teil II Abschn. 12 Unterabschn. 1 der Entgeltordnung zum TV-L ist die Eingruppierung der Beschäftigten bei Gerichten und Staatsanwaltschaften geregelt. Danach sind die Beschäftigten in Serviceeinheiten bei Gerichten und Staatsanwaltschaften in die EG 6, Fallgruppe 4, eingruppiert, wenn keine Heraushebungsmerkmale vorliegen. Zu einer eventuell noch nach § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 zu zahlenden Leistungszulage enthält die Entgeltordnung zum TV-L keine ausdrücklichen Regelungen. Die TdL hat in den Durchführungshinweisen vom 30. März 2012 jedoch keine Bedenken gegen eine Anwendung des § 29a Abs. 2 TVÜ-Länder erhoben.

Entscheidungsgründe

Die Revision des beklagten Landes ist teilweise begründet. Der Klägerin stand seit Wiederaufnahme der Tätigkeit am 1. Oktober 2008 bis zum 31. Dezember 2011 eine Ausgleichszulage nach § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 iVm. dem Erlass des beklagten Landes vom 10. Februar 2009 zu. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch nicht feststellen können, ob die Klägerin auch für die Zeit seit dem 1. Januar 2012 noch eine (*statische*) Differenzzulage in entsprechender Anwendung des § 29a Abs. 2 Satz 4 TVÜ-Länder beanspruchen kann. Das führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 16

A. Der Feststellungsantrag ist zulässig. 17

I. Die Klägerin hat beantragt, die Verpflichtung des beklagten Landes, an sie eine Zulage von „derzeit“ 53,65 Euro brutto pro Monat zu zahlen, festzustellen. Die gebotene Auslegung dieses Antrags ergibt, dass die Klägerin entgegen dieser missverständlichen Formulierung allein das Klageziel verfolgt, den Anspruch auf die streitbefangene Zulage dem Grunde nach festzustellen. In dieser Auslegung ist der Antrag hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 18

ZPO. Die für den Inhalt des Anspruchs maßgeblichen Umstände sind angegeben. Die Anspruchsgrundlagen hat die Klägerin - wenn auch nicht im Antrag, so doch in den die Klage begründenden Ausführungen - angeführt. Die Parteien streiten nur über die Frage, ob durch den Sonderurlaub der Klägerin im Zeitpunkt ihrer Überleitung in den TV-L der streitbefangene Anspruch dem Grunde nach entfallen ist. Streitgegenstand und Umfang der gerichtlichen Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis sind damit klar umrissen. Insoweit kann mit Rechtskraftwirkung entschieden werden. Berechnung und Höhe der Zulage sind bei interessengerechter Auslegung des Feststellungsantrags tatsächlich nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Die Klägerin geht vielmehr davon aus, dass das beklagte Land ihr im Fall ihres Obsiegens im vorliegenden Rechtsstreit die Zulage in der Höhe gewähren wird, wie sie sich aus übertariflichen Regelungen, deren Voraussetzungen feststehen, ergibt. Der bezifferte Betrag ist lediglich als Ausgangsbetrag angeführt und steht zwischen den Parteien nicht im Streit. In diesem Fall ist eine Bezifferung des festzustellenden Anspruchs, den das Feststellungsurteil in der vorliegenden Konstellation nur seinem Bestand nach feststellt, zur Erfüllung des Bestimmtheiterfordernisses nicht erforderlich (*vgl. BAG 27. Januar 1998 - 3 AZR 766/96 - zu B II der Gründe; Stein/Jonas/H. Roth ZPO 22. Aufl. § 256 Rn. 77*).

II. In dieser Auslegung besteht auch das erforderliche Feststellungsinteresse an einer unbezifferten Feststellung. Mit einem solchen Antrag wird gerade das Ziel verfolgt, den Prozess von Auseinandersetzungen über die konkrete Höhe des festzustellenden Anspruchs freizuhalten. Angesichts des Prozessverhaltens des beklagten Landes, das nie in Zweifel gezogen hat, dass es einen bestehenden Anspruch der Klägerin in anspruchsgemäßer Höhe erfüllen wird, entspricht es der Prozesswirtschaftlichkeit, den Berechnungsaufwand, der zur Bezifferung der Klage erforderlich ist, erst dann zu betreiben, wenn geklärt ist, dass und auf welcher Anspruchsgrundlage der Klägerin die begehrte Zulage zusteht (*vgl. BAG 16. Januar 1996 - 3 AZR 767/94 - zu B II 2 der Gründe, AP GG Art. 3 Nr. 222 = EzA GG Art. 3 Nr. 50; Stein/Jonas/H. Roth ZPO 22. Aufl. § 256 Rn. 50*).

19

- B. Die Klägerin hatte seit ihrem mit Wiederaufnahme der Tätigkeit erfolgten Wechsel in eine Serviceeinheit am 1. Oktober 2008 keinen Anspruch mehr auf die Leistungszulage nach der Protokollnotiz Nr. 4 bzw. auf eine für diese Zulage unmittelbar zu gewährende besitzstandswahrende Zahlung als außertarifliche persönliche Besitzstandszulage aufgrund von Ziff. 5.1.4 Buchst. c der Durchführungshinweise der TdL vom 18. August 2006. In der Zeit vom 1. Oktober 2008 bis zum Inkrafttreten der Entgeltordnung zum TV-L am 1. Januar 2012 bestand jedoch ein Anspruch auf die Ausgleichszulage nach § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 iVm. dem Erlass des beklagten Landes vom 10. Februar 2009. Der Widerruf dieser Leistung stand nicht im Ermessen des beklagten Landes. Deswegen ist entgegen der Annahme der Parteien und der Vorinstanzen für den Anspruch der Klägerin nicht maßgeblich, ob das beklagte Land im Zusammenhang mit dem Entzug der bis März 2009 gezahlten Zulage sein Ermessen iSv. § 315 Abs. 1 BGB billig ausgeübt hat. 20
- I. Der Klägerin stand seit Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit am 1. Oktober 2008 die Leistungszulage bzw. eine an deren Stelle getretene persönliche außertarifliche Besitzstandszulage jedenfalls deshalb nicht mehr zu, weil sie aufgrund ihres zeitgleich erfolgten Wechsels in eine Serviceeinheit die persönlichen Anspruchsvoraussetzungen für diese Leistung nicht mehr erfüllte. 21
1. Die nach der Protokollnotiz Nr. 4 zu zahlende Leistungszulage war als jederzeit widerrufliche Zulage ausgestaltet. Der Arbeitgeber hatte also die Entscheidung, ob er die Zulage gewähren wollte und ob er sie weiterzahlen wollte, nach billigem Ermessen iSv. § 315 Abs. 1 BGB zu treffen (*zu den dabei zu beachtenden Anforderungen vgl. BAG 17. Oktober 1990 - 4 AZR 138/90 - AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 7*). 22
2. Die Klägerin ist jedoch während ihres Sonderurlaubs am 1. November 2006 als Angestellte im Schreibdienst in den TV-L übergeleitet worden. Die Leistungszulage stand ihr seitdem nicht mehr zu. 23
- a) Alle Beschäftigten, die in einem über den 31. Oktober 2006 hinaus ununterbrochen fortbestehenden Arbeitsverhältnis zu einem Mitglied der TdL 24

standen, wurden zum Stichtag 1. November 2006 in den TV-L übergeleitet, soweit sie wie die Klägerin vom Geltungsbereich dieses Tarifvertrags erfasst wurden. Das galt auch für Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis an diesem Stichtag ruhte (*Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand Januar 2007 G § 3 TVÜ-Länder Rn. 2; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TV-L Stand Mai 2012 Teil IV/3 TVÜ-Länder Rn. 45; Breier/Dassau/Kiefer/Thivessen TV-L Stand Oktober 2006 Teil B 3 § 3 TVÜ-Länder Rn. 2*).

b) Die Leistungszulage nach der Protokollnotiz Nr. 4 ist im TV-L nicht mehr vorgesehen. In das Vergleichsentgelt war sie nicht einzubeziehen (*vgl. für die Funktionszulage Schreibdienst nach der Protokollnotiz Nr. 3 zur VergGr. VII zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT BAG 19. April 2012 - 6 AZR 622/10 - EzTöD 400 BAT Eingruppierung Schreibdienst Funktionszulage Nr. 3*). Die Leistungszulage war bereits im Zeitpunkt ihrer Gewährung mit Schreiben vom 6. Februar 1995 nicht mehr tariflich abgesichert und beruhte allein auf einer übertariflichen Handhabung des beklagten Landes. Der Abschn. N des Teils II der Anlage 1a zum BAT wirkte seit dem 1. Januar 1984 nur noch nach und wurde - im Unterschied zu den übrigen Abschnitten dieser Anlage - zum 1. Januar 1991 nicht wieder in Kraft gesetzt. Eine tarifliche Absicherung dieses Entgeltbestandteils war damit der Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien entzogen (*vgl. BAG 19. April 2012 - 6 AZR 691/10 - Rn. 45, EzTöD 400 BAT Eingruppierung Schreibdienst Funktionszulage Nr. 4*).

3. Die Zulage nach der Protokollnotiz Nr. 4 konnte allerdings, soweit sie mehr als 48,00 Euro im Monat betrug, soweit sie am 31. Oktober 2006 noch gezahlt wurde und soweit die bisherigen Voraussetzungen für die Gewährung fortbestanden, außertariflich als persönliche Besitzstandszulage neben dem Vergleichsentgelt weiter gezahlt werden (*vgl. Ziff. 5.1.4 Buchst. c der Durchführungshinweise der TdL vom 18. August 2006*). Nach Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit ist die Klägerin jedoch nicht mehr im Schreibdienst eingesetzt worden. Jedenfalls deswegen stand der Klägerin ein Anspruch auf diese Besitzstandszulage nicht mehr zu, weil sie deren Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr erfüllte.

II. Die Klägerin ist unmittelbar mit Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit am 1. Oktober 2008 einer Serviceeinheit des Amtsgerichts O zugewiesen worden. Deshalb hatte sie seitdem Anspruch auf eine Ausgleichszulage nach § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 iVm. dem Erlass des beklagten Landes vom 10. Februar 2009. Deren Anspruchsvoraussetzungen ergaben sich allein aus diesen Regelungen und standen nicht im Ermessen des beklagten Landes. 27

1. Der ÄTV vom 29. November 2000 entfaltete im Zeitpunkt seines Abschlusses tarifvertragliche Wirkung und konnte einzelvertraglich in Bezug genommen werden. Zwar können nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nachwirkende Tarifverträge nicht mit tariflicher Wirkung geändert werden, wenn die ändernden Normen erst im Nachwirkungszeitraum in Kraft treten. Nach dieser Rechtsprechung gelten derartige Bestimmungen auch nicht aufgrund einzelvertraglicher Bezugnahme (*BAG 14. Februar 1973 - 4 AZR 176/72 - BAGE 25, 34; 7. Dezember 1977 - 4 AZR 474/76 - AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 9*). Ob dieser im Schrifttum kritisierten Rechtsprechung (*siehe die Nachw. zum Meinungsstand in BAG 5. Juli 2006 - 4 AZR 381/05 - Rn. 62, BAGE 119, 1*) zu folgen ist, kann dahinstehen. Der vorliegende Fall wird von dieser Rechtsprechung nicht erfasst. Die Tarifvertragsparteien haben mit dem ÄTV vom 29. November 2000 nicht den zu diesem Zeitpunkt immer noch lediglich nachwirkenden Teil II Abschn. N der Anlage 1a zum BAT geändert, sondern den seit dem 1. Januar 1991 wieder in Kraft gesetzten Teil II Abschn. T Unterabschn. I dieser Anlage. Sie haben diesen Abschnitt für Angestellte im Justizverwaltungsdienst um Eingruppierungsvorschriften für Angestellte in Serviceeinheiten ergänzt. 28

2. § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 erfasst allerdings nach dem eindeutigen Wortlaut und Regelungszweck dieser Vorschrift nur die Angestellten, die bereits bei Inkrafttreten dieser Vorschrift am 1. Januar 2001 in einer Serviceeinheit eingesetzt waren und deren Bezüge sich durch die neuen Eingruppierungsmerkmale verminderten (*Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese BAT VergO BL Stand Oktober 2003 Teil II T - Justizdienst Erl. 1.3.2*). Zu diesem 29

Personenkreis gehört die Klägerin nicht. Zudem war auch für diese Besitzstandsregelung keine Nachfolgeregelung im TV-L vorgesehen.

3. Das beklagte Land hat sich jedoch im Erlass vom 10. Februar 2009 damit einverstanden erklärt, § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 nicht nur dann anzuwenden, wenn der Wechsel aus dem Schreibdienst in die Serviceeinheiten erst nach dem 1. Januar 2001 erfolgt ist, sondern auch dann, wenn dies erst nach Inkrafttreten des TV-L geschehen ist. Diesen Inhalt des Erlasses hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler seiner Prüfung zugrunde gelegt. Soweit das beklagte Land diese Ausführungen als rechtsfehlerhaft ansieht, missversteht es den eigenen Erlass. Es übersieht, dass sich die von ihm in Bezug genommene Passage des Erlasses allein auf die Möglichkeit eines Aufstiegs des erfassten Personenkreises und nicht auf die unabhängig davon erfolgte Regelung zur übertariflichen Anwendung des § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 bezieht. 30

4. Das beklagte Land hat als Voraussetzung für den Anspruch auf die übertarifliche Ausgleichszulage im Erlass vom 10. Februar 2009 nur verlangt, dass die Beschäftigten bereits am 31. Dezember 2000 die genannten Zulagen erhalten haben. Aus dem Regelungszusammenhang folgt jedoch, dass dieser Anspruch bei einem Wechsel in eine Serviceeinheit nach Inkrafttreten des TV-L darüber hinaus voraussetzte, dass in diesem Zeitpunkt (*noch*) Anspruch auf die persönliche außertarifliche Besitzstandszulage nach Maßgabe von Ziff. 5.1.4 Buchst. c der Durchführungshinweise der TdL vom 18. August 2006 bestand. Weiter war erforderlich, dass ein unmittelbarer Wechsel aus dem Schreibdienst in die Serviceeinheit vorlag. Der Klägerin stand danach Anspruch auf die Ausgleichszulage zu. Dieser Anspruch konnte nicht nach billigem Ermessen widerrufen werden. Eine Aufzehrung fand nur bei Höhergruppierungen und Stufenaufstiegen statt. 31

a) Dem Anspruch der Klägerin stand nicht entgegen, dass ihr Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt ihrer Überleitung in den TV-L wegen der Inanspruchnahme von Sonderurlaub zur Kinderbetreuung geruht hatte und ihr deshalb die Leis- 32

tungszulage im maßgeblichen Stichmonat Oktober 2006 tatsächlich nicht gezahlt worden war.

aa) Auf § 9 Abs. 4 TVÜ-Länder und die dazu vereinbarte Protokollerklärung Nr. 1, auf die das beklagte Land im Schreiben vom 27. März 2009 noch abgestellt hatte, kommt es dabei, wie das beklagte Land zwischenzeitlich erkannt hat, nicht an. § 9 Abs. 4 TVÜ-Länder erfasst diese persönliche Besitzstandszulage nicht. 33

bb) Entgegen der Auffassung des beklagten Landes lässt sich Ziff. 5.1.4 Buchst. c der Durchführungshinweise der TdL vom 18. August 2006 schon nicht eindeutig entnehmen, dass Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis am Stichtag der Überleitung in den TV-L geruht hat, die außertarifliche Besitzstandszulage nicht zustehen sollte. Zwar heißt es in diesen Durchführungshinweisen: „soweit die Leistungszulage für Angestellte im Schreibdienst am 31. Oktober 2006 noch gezahlt wird, kann der Betrag ... fortgezahlt werden“. Mit dieser Formulierung sollte jedoch nur der Regelfall des aktiven Arbeitsverhältnisses umschrieben werden und das Ziel der Regelung verdeutlicht werden. Dieses Ziel bestand darin, eine außertarifliche Besitzstandszulage nur den Angestellten zu gewähren, bei denen der Anspruch auf die Leistungszulage nicht bereits durch den Aufstieg in den Lebensaltersstufen und eventuell durch den Anspruch auf die Bewährungszulage auf unter 48,00 Euro abgeschmolzen war. Eine explizite Ausnahmeregelung für ruhende Arbeitsverhältnisse lässt sich den Durchführungshinweisen dagegen nicht entnehmen. 34

cc) Selbst wenn die Durchführungshinweise der TdL vom 18. August 2006 dahin zu verstehen sein sollten und vom beklagten Land einheitlich so angewendet worden wären, dass Beschäftigte, die nach Inkrafttreten des TV-L in eine Serviceeinheit wechselten, keine Ausgleichszulage erhielten, wenn ihr Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Überleitung in den TV-L geruht hatte und ihnen deshalb die Leistungszulage im Zeitpunkt der Überleitung nicht gezahlt worden war, hätte die Klägerin dem Grunde nach den begehrten Anspruch auf die Ausgleichszulage nach Maßgabe des Erlasses vom 10. Februar 2009. Eine derartige Gruppenbildung wäre mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungs- 35

grundsatz nicht zu vereinbaren. Dieser wird ungeachtet seiner umstrittenen dogmatischen Herleitung inhaltlich durch den Gleichheitssatz bestimmt. Er verbietet damit die sachlich ungerechtfertigte Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage sowie die sachfremde Gruppenbildung (vgl. BAG 15. November 2012 - 6 AZR 359/11 - Rn. 18). Auf die von der Revision angesprochene Tarifautonomie und den Willen der Tarifvertragsparteien kommt es dagegen nicht an. Wie ausgeführt, folgt der Anspruch allein aus einer jahrzehntelangen übertariflichen Praxis des beklagten Landes hinsichtlich eines Entgeltbestandteils, der nach Einschätzung der Tarifvertragsparteien bereits seit 1984 keine Berechtigung mehr hatte.

(1) Das beklagte Land wollte mit der Gewährung der Ausgleichszulage gemäß dem Erlass vom 10. Februar 2009 den Besitzstand der betroffenen Schreibkräfte hinsichtlich der Leistungszulage auch dann schützen, wenn diese vor dem Wechsel in eine Serviceeinheit in den TV-L übergeleitet worden waren. Eine derartige Besitzstandssicherung ist zwar auf den ersten Blick mit dem Zweck einer Leistungszulage, die eine bestimmte, überdurchschnittliche Leistung verlangt, die begriffsnotwendig von der aktuellen Tätigkeit abhängt und nicht verstetigt zu zahlen ist, nur schwerlich in Einklang zu bringen. Hinzu kommt, dass offenkundig auch eine zuverlässige, überdurchschnittlich leistungsfähige Schreibkraft in einer Serviceeinheit die ursprünglich mit der Leistungszulage nach der Protokollnotiz Nr. 4 belohnte Leistung angesichts des gänzlich anderen Tätigkeitszuschnitts in der Serviceeinheit jedenfalls anfänglich nicht erbringen kann. Geschützt werden sollte jedoch nicht eine bestimmte Leistung oder Leistungsfähigkeit, sondern allein das aus der bisherigen Tätigkeit erzielte Einkommen und die damit verbundene Entgelterwartung.

36

(2) Ausgehend von diesem Regelungszweck bestand kein sachlicher Grund, der Klägerin den Anspruch auf die Zulage allein deshalb zu verwehren, weil sie im Zeitpunkt ihrer Überleitung in den TV-L Sonderurlaub zur Kinderbetreuung genommen hatte und deshalb kein Entgelt bezog. Schreibkräfte, die nach Inkrafttreten des TV-L in eine Serviceeinheit wechselten, sollten nach dem im Erlass vom 10. Februar 2009 zum Ausdruck gekommenen Regelungswillen durch einen Wechsel in eine Serviceeinheit keine Entgelteinbußen erleiden. Die

37

nach Auffassung des beklagten Landes zu schützende Entgelterwartung bestand auch in Fällen, in denen Beschäftigte wie die Klägerin nach einem Ruhen des Arbeitsverhältnisses wegen Sonderurlaubs zur Kinderbetreuung ihre Tätigkeit wieder aufnahmen. Der zu sichernde Besitzstand wurde demnach von der Unterbrechung der Tätigkeit wegen des Sonderurlaubs der Klägerin nicht berührt (vgl. BAG 24. Mai 2012 - 6 AZR 586/10 - Rn. 23, EzTöD 310 TVÜ-Länder § 9 Nr. 1).

b) Ob die Klägerin am 31. Dezember 2000 die Leistungszulage noch erhalten hat, wie es der Erlass vom 10. Februar 2009 verlangt, ist von den Parteien nicht vorgetragen worden. Ebenso wenig ist festgestellt, wann Mutterschutz und Erziehungsurlaub der Klägerin begonnen haben. Das kann jedoch dahinstehen. Das beklagte Land verwehrt der Klägerin die streitbefangene Zulage ausschließlich deshalb, weil sie im Oktober 2002 im Sonderurlaub zur Kinderbetreuung war. Es hält also selbst die Inanspruchnahme von Mutterschutz und/oder Erziehungsurlaub zum Stichtag 31. Dezember 2000 für unschädlich. Tatsächlich durfte es der Klägerin auch in diesem Zusammenhang nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie am Stichtag aufgrund der Inanspruchnahme von Erziehungsurlaub keine Leistungszulage erhalten hat. Insoweit war der zu sichernde Besitzstand ebenfalls nicht von der tatsächlichen Erbringung einer bestimmten Leistung abhängig. Gesichert werden sollte eine Vergütungserwartung. Diese Erwartung bestand unabhängig vom Ruhen des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2000 im Fall der Wiederaufnahme der Tätigkeit fort.

c) Die Klägerin ist auch unmittelbar aus dem Schreibdienst in die Serviceeinheit gewechselt.

aa) Die Klägerin war allerdings unstreitig vom 1. Oktober 2008 bis zum 28. Februar 2009 „in der Datenerfassung“ eingesetzt. Welche Tätigkeiten sie dort erbracht hat, ist nicht vorgetragen und dementsprechend vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Im Zeitpunkt des Einsatzes der Klägerin in der Datenerfassung war die Eingruppierung der Angestellten in der Datenerfassung in Teil II Abschn. B Unterabschn. V der Anlage 1a zum BAT geregelt. Nach

Abs. 1 der Vorbemerkungen zu Teil II Abschn. B Unterabschn. V der Anlage 1a zum BAT war die Datenerfassung die Bedienung eines Geräts mit Tastatur oder mit sonstigen Erfassungshilfen, um Daten von Vorlagen zum Zwecke der Datenverarbeitung zu übertragen oder die Richtigkeit und Vollständigkeit der Datenerfassung zu prüfen und festgestellte Fehler zu berichtigen, ohne dass Daten inhaltlich verändert werden. Demgegenüber war gemäß Abs. 2 der Vorbemerkungen zu diesem Unterabschnitt die Tätigkeit von Schreibkräften in der Texterfassung keine Datenerfassung im Sinne dieses Tarifvertrags. Angestellte in der Datenerfassung waren nach diesem Tarifvertrag während einer Einarbeitungszeit von drei Monaten in der VergGr. IX b BAT, sodann in der VergGr. VIII BAT eingruppiert, wenn keine Heraushebungsmerkmale vorlagen. Ob die Tätigkeit der Klägerin „in der Datenerfassung“ eine Datenerfassung im Sinne dieses Unterabschnitts war, ist aus der Akte nicht ersichtlich, kann aber dahinstehen.

bb) Die Parteien haben ausweislich des Protokolls des Landesarbeitsgerichts vom 1. April 2011 streitlos gestellt, dass „die Klägerin seit Oktober 2008 die Tätigkeit einer Mitarbeiterin in der Serviceeinheit zu 100 % ausgeübt hat“. Sie haben weiter streitlos gestellt, dass die Klägerin zunächst in der Datenerfassung eingesetzt worden ist und in die Serviceeinheit zum 1. März 2009 gewechselt ist. Dementsprechend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass allein auf die der Klägerin dauerhaft zugewiesenen Aufgaben in einer Serviceeinheit abzustellen sei und nicht auf die vom 1. Oktober 2008 bis 28. Februar 2009 lediglich aushilfsweise und vorübergehend in der Datenerfassung ausgeübte Tätigkeit. Damit ist vom Landesarbeitsgericht in Übereinstimmung mit den Erklärungen der Parteien zu Protokoll in der mündlichen Verhandlung vom 1. April 2011 festgestellt worden, dass die Klägerin bereits seit dem 1. Oktober 2008 in eine Serviceeinheit gewechselt und nur aushilfsweise in der Datenerfassung tätig geworden ist.

41

cc) Die Klägerin ist demnach bereits am 1. Oktober 2008 unmittelbar aus dem Schreibdienst in eine Serviceeinheit gewechselt. Sie ist anschließend lediglich vorübergehend und mit ihrem Einverständnis mit Aufgaben beschäftigt

42

worden, die je nach ihrer konkreten Ausgestaltung entweder noch Aufgaben des Schreibdienstes iSd. Abs. 2 der Vorbemerkungen zu Teil II Abschn. B Unterabschn. V der Anlage 1a zum BAT waren oder die Voraussetzungen des Abs. 1 dieser Vorbemerkungen erfüllten. In letzterem Fall wäre die Klägerin unterwertig mit Aufgaben der VergGr. IX b bzw. VergGr. VIII BAT (*entsprechend EG 2/EG 3, siehe Anlage 2 Teil A zum TVÜ-Länder*) beschäftigt und entsprechend der ihr übertragenen Tätigkeiten in einer Serviceeinheit nach der EG 5 vergütet worden. In jedem Fall war die vorübergehende Übertragung dieser Aufgaben nach dem gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-Länder bei Wiederaufnahme der Tätigkeit der Klägerin noch fortgeltenden Eingruppierungsrecht des BAT vergütungsrechtlich unschädlich. Dies hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei angenommen. Das übersieht das beklagte Land, wenn es rügt, es sei nicht ersichtlich, aus welchem Grunde § 22 Abs. 2 BAT als nicht mehr in Kraft befindliche Vorschrift vom Landesarbeitsgericht herangezogen worden sei. Entgegen der Auffassung des beklagten Landes ist unerheblich, dass die Klägerin von den fünf Monaten bis zum Widerruf der streitbefangenen Zulage vier Monate in der Datenerfassung tätig gewesen ist. Maßgeblich ist allein die der Klägerin dauerhaft übertragene Tätigkeit als Mitarbeiterin einer Serviceeinheit.

C. Ob die Klägerin auch nach Inkrafttreten der Entgeltordnung zum TV-L seit dem 1. Januar 2012 dem Grunde nach Anspruch auf eine (*statische*) Differenzzulage auf der Grundlage einer übertariflichen Anwendung des § 29a Abs. 2 Satz 4 TVÜ-Länder hat, bedarf noch weiterer Aufklärung durch das Landesarbeitsgericht. 43

I. Im Zeitpunkt der Verkündung der angefochtenen Entscheidung war die Entgeltordnung noch nicht in Kraft getreten. Das Landesarbeitsgericht konnte deshalb nicht prüfen, welche Auswirkungen dieser Umstand auf den streitbefangenen Anspruch hatte. Gleichwohl muss der Senat die veränderte Rechtslage berücksichtigen (*vgl. BAG 24. Juni 2010 - 6 AZR 1037/08 - Rn. 44, BAGE 135, 66*). Das Revisionsgericht hat die Aufgabe, den Rechtsstreit neu zu entscheiden und muss dabei das im Zeitpunkt seiner Entscheidung geltende 44

materielle Recht anwenden, sofern es das streitige Rechtsverhältnis erfasst (*BGH 21. Februar 1962 - V ZR 144/60 - BGHZ 36, 348, 354*). Maßgeblich für die Frage, ob ein mit der Revision angefochtenes Urteil auf der Verletzung materiellen Rechts beruht, ist nicht, ob das Berufungsgericht subjektiv rechtsfehlerhaft entschieden hat. Entscheidend ist allein, ob das Urteil objektiv mit dem Recht in Einklang steht (*BGH 26. Februar 1953 - III ZR 214/50 - BGHZ 9, 101*). Dabei spielt es keine Rolle, dass die Vorinstanz diese Rechtslage bei ihrer Entscheidung noch nicht berücksichtigen konnte (*BGH 9. Juli 1986 - IVb ZR 39/85 - zu 3 der Gründe, NJW 1986, 2832*).

II. Der Feststellungsantrag erfasst auch die Zeit nach Inkrafttreten der Entgeltordnung zum TV-L. Wie ausgeführt, begehrt die Klägerin letztlich Feststellung des Anspruchs auf Zahlung der Zulage, die aufgrund der jeweils gültigen Anspruchsgrundlage an die Stelle der ursprünglichen, längst nicht mehr zu zahlenden Leistungszulage getreten ist. Eine - sei es auch inzidente - Begrenzung ihres Begehrens auf den ÄTV vom 29. November 2000 iVm. dem Erlass vom 10. Februar 2009 ist ihrem Prozessvortrag nicht zu entnehmen. Aufgrund des Zukunftsbezugs dieses Begehrens wird das vom Feststellungsantrag umfasste Rechtsverhältnis von der neuen, seit Inkrafttreten der Entgeltordnung zum TV-L geltenden Rechtslage erfasst. 45

III. Der Erlass vom 10. Februar 2009 ist ausdrücklich auf die Zeit des Inkrafttretens einer Entgeltordnung begrenzt. Er ist damit mit Inkrafttreten der Entgeltordnung zum TV-L am 1. Januar 2012 obsolet geworden. 46

IV. Die Entgeltordnung zum TV-L enthält selbst keine Regelung hinsichtlich der Besitzstandsregelung in § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000. Auch das Recht zur Überleitung in die neue Entgeltordnung sieht hinsichtlich dieser seit Inkrafttreten des TV-L allenfalls noch übertariflich zu gewährenden Besitzstandsregelung konsequenterweise keine Fortgeltung vor. 47

1. § 29a Abs. 2 Satz 4 TVÜ-Länder erfasst die Regelung in § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 nicht. Diese Übergangsvorschrift sah nicht die Zahlung eines besonderen Entgeltbestandteils vor, sondern war ihrerseits eine 48

besitzstandssichernde Norm, die zudem nach Inkrafttreten des TV-L nur noch übertariflich Anwendung finden konnte.

2. Allerdings erhebt die TdL in ihren Durchführungshinweisen zur Entgeltordnung zum TV-L vom 30. März 2012 unter C I 6.4 gegen eine Anwendung des § 29a Abs. 2 TVÜ-Länder auf die Zulage nach § 2 Nr. 2 ÄTV vom 29. November 2000 keine Bedenken. Inhaltlich kann es dabei nur um die entsprechende Anwendung des § 29a Abs. 2 Satz 4 TVÜ-Länder gehen. Danach ist eine statische Differenzzulage für die Entgeltbestandteile zu zahlen, die in der Entgeltordnung zum TV-L nicht mehr vorgesehen sind. Die Zulage ist so lange zu zahlen, wie die anspruchsbegründende Tätigkeit unverändert ausgeübt wird und die sonstigen Voraussetzungen für den bisherigen Entgeltbestandteil nach bisherigem Recht weiter bestehen. Insoweit handelt es sich um eine abermals übertarifliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 29a Abs. 2 Satz 4 TVÜ-Länder.

49

3. Ob das beklagte Land eine derartige, von der TdL gebilligte übertarifliche Handhabung des § 29a Abs. 2 Satz 4 TVÜ-Länder vornimmt, hat das Landesarbeitsgericht nicht feststellen können. Sollte es diese Feststellung nach der von ihm vorzunehmenden Aufklärung treffen, stünde die Gewährung von Sonderurlaub im Zeitpunkt der Überleitung der Klägerin in den TV-L ihrem Anspruch nicht entgegen (*vgl. BAG 24. Mai 2012 - 6 AZR 586/10 - EzTöD 310 TVÜ-Länder § 9 Nr. 1*). In diesem Fall wird das Landesarbeitsgericht weiter feststellen müssen, ob die Klägerin nach wie vor in einer Serviceeinheit tätig ist und ob die übrigen Voraussetzungen für die Ausgleichszulage nach dem bisherigen Recht weiter bestehen. Maßgeblich dafür sind weiterhin die im Erlass vom 10. Februar 2009 enthaltenen Anspruchsvoraussetzungen. Das Landesarbeitsgericht wird demnach prüfen müssen, ob die Klägerin nach Inkrafttreten der Entgeltordnung zum TV-L höhergruppiert worden ist. Gemäß Teil II Abschn. 12 Unterabschn. 1 der Anlage A zum TV-L sind Angestellte in Serviceeinheiten zumindest in EG 6, Fallgruppe 4, eingruppiert. Sollte die Klägerin den nach § 29a Abs. 3 Satz 1 TVÜ-Länder für eine derartige Höhergruppierung erforderlichen Antrag gestellt haben und in die EG 6 höhergruppiert

50

worden sein, wäre die daraus folgende Entgelterhöhung ebenso auf die Zulage anzurechnen wie ein etwaiger im Jahr 2012 oder später erfolgter Aufstieg in die Stufe 5 der EG 5.

D. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 51

Fischermeier

Gallner

Spelge

Jerchel

M. Geyer