

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 907/12
7 Sa 571/11
Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Juni 2013

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

pp.

Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin als Alleinerbin des verstorbenen Armin Metz, früher Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und Revisionskläger,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesar-

beitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel sowie den ehrenamtlichen Richter Oye und die ehrenamtliche Richterin Jerchel für Recht erkannt:

1. Die Revision der Alleinerbin des verstorbenen Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 31. Juli 2012 - 7 Sa 571/11 - wird zurückgewiesen.
2. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 31. Juli 2012 - 7 Sa 571/11 - teilweise aufgehoben, soweit es auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg - Kammer Schweinfurt - vom 26. Juli 2011 - 3 Ca 1890/10 - abgeändert hat.
3. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg - Kammer Schweinfurt - vom 26. Juli 2011 - 3 Ca 1890/10 - wird auch insoweit zurückgewiesen.
4. Die Alleinerbin des Klägers hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Höhe einer Einkommenssicherungszulage nach § 7 Abschnitt A Abs. 1 des Tarifvertrags über sozialverträgliche Begleitmaßnahmen im Zusammenhang mit der Umgestaltung der Bundeswehr vom 18. Juli 2001 (*TV UmBw*) in den Fassungen der Änderungstarifverträge Nr. 2 vom 4. Dezember 2007 und Nr. 3 vom 10. Dezember 2010. 1

Die Beklagte beschäftigte den am 1954 geborenen Kläger seit Oktober 1994 bei der Wehrbereichsverwaltung als Feuerwehrmann. Der Kläger verstarb während des Revisionsverfahrens am 10. April 2013. Seine Ehefrau ist seine Alleinerbin. 2

Das Arbeitsverhältnis des Klägers bestimmte sich nach den Regelungen des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst im Bereich des Bundes (*TVöD*) 3

[Bund]). Der Kläger wurde nach der Entgeltgruppe 6 Stufe 6 TVöD vergütet und bezog zuletzt ein Tabellenentgelt in Höhe von 13,95 Euro brutto pro Stunde.

Hinsichtlich der Arbeitszeit bestimmt § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a 4
TVöD-AT, dass die regelmäßige Arbeitszeit für die Beschäftigten des Bundes durchschnittlich 39 Stunden wöchentlich beträgt. Für Feuerwehrpersonal im Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung enthält § 46 TVöD-BT-V (Bund) zudem Sonderregelungen, zB zu Bereitschaftsdiensten.

Der Kläger war vom 26. Februar 2007 bis zum 13. März 2007 und vom 5
27. März 2007 bis zum 31. August 2008 arbeitsunfähig wegen Krankheit. Bis zum 21. April 2007 erhielt er Entgeltfortzahlung (§ 22 Abs. 1 TVöD-AT). Vom 22. April 2007 bis einschließlich 26. Dezember 2007 leistete die Beklagte gemäß § 22 Abs. 2 TVöD-AT einen Krankengeldzuschuss. In der Zeit vom 27. Dezember 2007 bis zum 31. August 2008 erhielt der Kläger von der Beklagten keine Leistungen.

Er war seit dem 18. Juli 2007 mit einem Grad der Behinderung von 80 6
als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Seit dem 28. Mai 2010 betrug der Grad der Behinderung 100.

Am 31. August 2010 schlossen der Kläger und die Beklagte einen „Än- 7
derungsvertrag“. Dieser lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 1

Im Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien wird ab 01.11.2010 die Anwendung der Härtefallregelung gemäß § 11 des Tarifvertrages über sozialverträgliche Begleitmaßnahmen im Zusammenhang mit der Umgestaltung der Bundeswehr vom 18. Juli 2001 (TV UmBw) unter Verzicht auf die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung vereinbart (Ruhensregelung).

§ 2

Die Ruhensregelung bestimmt sich im Einzelnen nach § 11 des genannten Tarifvertrages in der jeweils geltenden Fassung. ...

...

§ 4

Ab dem in § 1 genannten Datum wird gem. § 11 Abs. 2

TV UmBw eine monatliche, im Verhältnis zu den bisherigen Bezügen geminderte Ausgleichszahlung gewährt. ...“

§ 11 TV UmBw lautet in der Fassung des Änderungstarifvertrags Nr. 2 vom 4. Dezember 2007, welche vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2010 galt, wie folgt:

„§ 11

Härtefallregelung

(1) Kann einer/einem Beschäftigten der Entgeltgruppen 2 bis 9, bzw. die Entgeltgruppen KR 3a bis 9b der im Zeitpunkt des Wegfalls des Arbeitsplatzes (§ 1 Abs. 1)

a) das 55. Lebensjahr vollendet hat und

b) eine Beschäftigungszeit beim Arbeitgeber Bund (§ 34 Absatz 3 Satz 1 und 2 TVöD) von mindestens 15 Jahren zurückgelegt hat,

kein Arbeitsplatz nach § 3 angeboten werden und kann im Hinblick auf den Zeitpunkt des Wegfalls des Arbeitsplatzes keine Altersteilzeitarbeit nach § 10 vereinbart werden, kann im Rahmen der hierfür festzulegenden Höchstzahl in gegenseitigem Einvernehmen ein Verzicht auf die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung (Ruhensregelung) vereinbart werden. Die/der Beschäftigte erhält statt des Entgelts eine monatliche Ausgleichszahlung. ...

(2) Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des um 28 v.H. verminderten Einkommens gezahlt. Als Ausgleichszahlung wird auch eine entsprechend verminderte Jahressonderzahlung gezahlt. Sie nimmt an allgemeinen Erhöhungen des Entgelts teil.

Einkommen sind die Entgelte im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 2 sowie ggf. § 7 Abschn. A Abs. 1 und Abschn. B Abs. 2, Besitzstandszulagen nach § 11 TVÜ-Bund und Strukturausgleichszahlungen nach § 12 TVÜ-Bund jeweils für die Dauer der Anspruchsberechtigung. § 6 Abs. 3 und § 7 Abschn. A Abs. 2 und 4 sowie Abschn. B Abs. 3 finden Anwendung.

...“

Der TV UmBw wurde durch den Änderungstarifvertrag Nr. 3 vom 10. Dezember 2010 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 geändert. § 11 Abs. 2

TV UmBw wurde in Satz 1 dahin gehend abgeändert, dass die Ausgleichszahlung nunmehr in Höhe des um 20 vH verminderten Einkommens gezahlt wird.

Unverändert blieben hingegen die in § 11 Abs. 2 Satz 4 TV UmBw in Bezug genommenen Regelungen des § 6 Abs. 1 Satz 2 TV UmBw und § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw. 10

§ 6 Abs. 1 Satz 2 TV UmBw lautet wie folgt: 11

„Als Entgelt aus der bisherigen Tätigkeit wird berücksichtigt:

- a) das Tabellenentgelt (§ 15 TVöD),
- b) in Monatsbeträgen festgelegte Zulagen, die in den letzten drei Jahren der bisherigen Tätigkeit ohne schädliche Unterbrechung bezogen wurden, und
- c) der monatliche Durchschnitt der Erschwerniszuschläge nach § 19 TVöD einschließlich entsprechender Sonderregelungen (§ 46 Nr. 4 Abs. 5 TVöD-BT-V [Bund]) der letzten zwölf Monate, sofern in den letzten fünf Jahren mindestens in 48 Kalendermonaten solche Zuschläge gezahlt wurden.“

§ 7 TV UmBw lautet auszugsweise wie folgt: 12

„§ 7

Ergänzung der Einkommenssicherung

- A) Beschäftigte im Feuerwehr- oder Wachdienst oder als Besatzungsmitglied von Binnen- und Seefahrzeugen und von schwimmenden Geräten
- (1) Beschäftigte, die bis zu dem Tag vor Aufnahme der neuen Tätigkeit (§ 3) mindestens ein Jahr ununterbrochen im Feuerwehr- oder Wachdienst oder als Besatzungsmitglied von Binnen- und Seefahrzeugen und von schwimmenden Geräten beschäftigt und Entgelt nach

- § 46 TVöD-BT-V (Bund)

...

erhalten haben und deren Arbeitszeit durch den Wechsel der Beschäftigung wesentlich vermindert wird, erhalten - ggf. neben der Einkommenssicherung nach § 6 - eine Zulage in Höhe des auf die weggefallene, über die regelmäßige Arbeitszeit i.S.d. § 6 Abs. 1 TVöD hinaus gegangene Arbeitszeit,

entfallende anteilige Tabellenentgelt i.S.d. Protokoll-
erklärung zu § 8 Absatz 1 Satz 1 TVöD.

...“

Die Tarifvertragsparteien haben zu § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw 13
eine Protokollerklärung formuliert. Diese lautet auszugsweise:

„Die Verminderung der Arbeitszeit ist wesentlich, wenn die
über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit hinausge-
henden Stunden um mehr als 20 Stunden absinken. Die
über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehenden Stun-
den sind aus dem Durchschnitt der dienstplanmäßig
geleisteten und bezahlten Stunden der letzten
48 Kalendermonate vor dem Wechsel der Beschäftigung
zu ermitteln und dem Durchschnitt der künftig zu leisten-
den dienstplanmäßigen Arbeitszeit gegenüberzustellen.

...“

Mit Bescheid vom 2. November 2010 setzte die Beklagte für den Kläger 14
die Zulage zur Ergänzung der Einkommenssicherung gemäß § 7 Abschnitt A
Abs. 1 TV UmBw in Höhe von 154,48 Euro brutto monatlich fest. Diesen Betrag
zahlte die Beklagte bis einschließlich September 2011 an den Kläger aus. Zur
Berechnung der Zulagenhöhe zog sie die Arbeitsleistung des Klägers bezogen
auf die letzten 48 Kalendermonate vor dem vereinbarten Ruhen des Arbeitsver-
hältnisses, dh. den Zeitraum vom 1. November 2006 bis zum 31. Oktober 2010,
heran. Sie errechnete eine „durchschnittliche Zahl der weggefallenen Mehrar-
beitsstunden“ von monatlich 30,45 Stunden. Bezüglich der Zeit der Erkrankung
des Klägers wurde für Januar 2008 bis einschließlich August 2008 dabei keine
Arbeitsleistung in Ansatz gebracht. Die Beklagte ging davon aus, dass diese
Zeit auch nicht mit fiktiver Arbeitsleistung zu berücksichtigen ist, weil der Kläger
für diesen Zeitraum keine Bezüge erhielt.

Mit seiner Klage stellte sich der Kläger gegen die vorgenommene Be- 15
rechnung der Zulage. Die Zeit seiner Erkrankung dürfe nicht unberücksichtigt
bleiben. Der Zweck der Einkommenssicherung sei auch bei (zeitweise) erkrank-
ten Arbeitnehmern maßgeblich. Den tariflichen Regelungen sei nicht zu ent-
nehmen, dass die Tarifvertragsparteien arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer

bei der Einkommenssicherung schlechter als arbeitsfähige Arbeitnehmer behandeln wollten.

Durch die Berechnungsmethode der Beklagten werde er zudem unzulässigerweise wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt. Seine Schwerbehinderung sei auf die Erkrankung zurückzuführen. Er sei deshalb so zu stellen, als ob er im maßgeblichen Zeitraum von 48 Kalendermonaten dienstplanmäßig seine Arbeitsleistung erbracht hätte. Bei einer tariflich geschuldeten regelmäßigen monatlichen Arbeitszeit von 168 Stunden ergebe sich eine monatliche Mehrarbeit von durchschnittlich 66,58 Stunden. Die monatliche Zulage belaufe sich auf 334,54 Euro brutto. Die Beklagte sei für die Monate November 2010 bis Oktober 2011 zur Nachzahlung eines Differenzbetrags in Höhe von 3.870,25 Euro brutto nebst Zinsen in gesetzlicher Höhe verpflichtet.

16

Der Kläger hatte zuletzt beantragt:

17

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte bei der Berechnung der Zulage wegen Ergänzung der Einkommenssicherung bei Wechsel der Beschäftigung gemäß § 7 Abschnitt A TV UmBw ab 1. November 2010 durchschnittlich monatliche Überstunden in der Zeit von November 2006 bis Oktober 2010 von 66,58 Stunden zugrunde zu legen hat bei einem Tabellenentgelt von 13,95 Euro.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Monate November 2010 bis Oktober 2011 einen Betrag in Höhe von 3.870,25 Euro nebst Zinsen aus diesem Betrag in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen.

Die Beklagte ist im laufenden Verfahren zu der Auffassung gelangt, dass dem Kläger entgegen der ursprünglichen Berechnung keine Zulage zusteht. Eine wesentliche Verminderung der Arbeitszeit um mehr als 20 Stunden entsprechend den Vorgaben der Protokollerklärung liege nicht vor. Maßgeblich seien demnach nur die im Referenzzeitraum von 48 Kalendermonaten tatsächlich „geleisteten“ Arbeitsstunden. Zeiten von Urlaub oder Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit seien unbeachtlich. Hierbei handle es sich um eine diskriminierungsfreie Regelung. Sie knüpfe nicht an die Schwerbehinderung eines Arbeitnehmers an.

18

Der Kläger habe von November 2006 bis einschließlich Oktober 2010 insgesamt 4.999,50 Arbeitsstunden geleistet. Dividiert durch 48 Monate ergebe sich eine monatliche Durchschnittsleistung von 104,16 Stunden. Bezogen auf die ab dem Beginn des Ruhens des Arbeitsverhältnisses maßgebliche regelmäßige tarifliche Monatsarbeitszeit sei kein Absinken der Arbeitszeit festzustellen. Folglich sei die bisherige Zahlung der Zulage ohne Rechtsgrund erfolgt. 19

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte bei der Berechnung der Zulage monatlich eine durchschnittliche über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehende Stundenzahl von 22,73 Stunden zugrunde zu legen hat. Im Übrigen wurde die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgte der Kläger sein Klageziel weiter. Die Beklagte beehrt mit ihrer Revision die Wiederherstellung der Entscheidung des Arbeitsgerichts. 20

Entscheidungsgründe

Die Revision der an die Stelle des Klägers getretenen Alleinerbin ist unbegründet. Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Der Kläger hatte keinen Anspruch auf eine Zulage nach der vertraglich in Bezug genommenen Regelung des § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw. Auf die Revision der Beklagten war das Berufungsurteil folglich teilweise aufzuheben und das Urteil des Arbeitsgerichts wiederherzustellen. 21

I. Die Ehefrau des während des Revisionsverfahrens verstorbenen Klägers ist an seiner Stelle aktivlegitimiert. Sie ist seine Alleinerbin und damit Gesamtrechtsnachfolgerin im Sinne von § 1922 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Es handelt sich um einen Fall des gesetzlichen Parteiwechsels ohne Unterbrechung des Verfahrens, denn der Kläger wurde durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten (§ 246 Abs. 1 ZPO). 22

- II. Die Klage ist zulässig. 23
1. Der Feststellungsantrag bedarf allerdings der Auslegung, soweit er sich auf durchschnittliche monatliche „Überstunden“ bezieht. Überstunden sind gemäß § 7 Abs. 7 TVöD-AT die auf Anordnung des Arbeitgebers geleisteten Arbeitsstunden, die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten (§ 6 Abs. 1 Satz 1 TVöD-AT) für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen und nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen werden. Die Regelungen des § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw iVm. der hierzu ergangenen Protokollerklärung verwenden den Begriff „Überstunden“ nicht, sondern stellen auf die regelmäßige Arbeitszeit und über diese gegebenenfalls hinausgehenden Stunden ohne Relevanz von Ausgleichszeiträumen ab. Evident bezieht sich die Antragstellung auf diese hier maßgeblichen Regelungen und nicht auf den Überstundenbegriff des TVöD-AT. Das Landesarbeitsgericht hat dies bei seiner Tenorierung berücksichtigt. 24
2. Mit dieser Maßgabe ist der Feststellungsantrag zulässig. Zwar können nach § 256 Abs. 1 ZPO nur Rechtsverhältnisse Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht hingegen bloße Elemente oder Vorfälle eines Rechtsverhältnisses. Eine Feststellungsklage muss sich allerdings nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis insgesamt erstrecken. Sie kann sich vielmehr auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen sowie auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (*BAG 10. Februar 2009 - 3 AZR 653/07 - Rn. 12*). Im vorliegenden Fall bezieht sich die Feststellung zulässigerweise auf den Umfang einer streitigen Leistungspflicht (*vgl. zu § 11 Abs. 2 TV UmBw BAG 13. August 2009 - 6 AZR 307/08 - Rn. 11*). 25
- III. Die Klage ist aber unbegründet. 26
- Der Kläger hatte keinen Anspruch auf Zahlung einer Zulage als Ergänzung der Einkommenssicherung gemäß § 4 Satz 1 des Änderungsvertrags vom 31. August 2010 iVm. § 11 Abs. 2, § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw. Es liegt keine wesentliche Verminderung der Arbeitszeit im Sinne der Sätze 1 und 2 der 27

zu § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw ergangenen Protokollerklärung vor. Maßgeblich ist danach die durchschnittliche Arbeitszeit der letzten 48 Kalendermonate. Dabei sind nur tatsächlich erbrachte Arbeitsleistungen zu berücksichtigen. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist für die Berechnung des Durchschnitts der Arbeitsleistung die Addition aller im Referenzzeitraum geleisteten Arbeitsstunden geboten und die Summe ist dann durch 48 zu dividieren. Hiervon ausgehend hat der Kläger im Referenzzeitraum durchschnittlich keine über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit hinausgehende Leistung erbracht. Der Kläger wurde hierdurch als Behinderter nicht unzulässig benachteiligt.

1. Der Anspruch auf Zahlung einer Zulage gemäß § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw setzt voraus, dass durch den Wechsel der Beschäftigung eine wesentliche Verminderung der Arbeitszeit eintritt. Eine solche Verminderung liegt nach Satz 1 der Protokollerklärung zu § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw vor, wenn die über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit hinausgehenden Stunden um mehr als 20 Stunden absinken. Die Ermittlung der Arbeitszeit vor dem Wechsel der Beschäftigung erfolgt gemäß Satz 2 der Protokollerklärung. Maßgeblich ist danach die durchschnittliche Arbeitszeit der letzten 48 Monate. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt, dass dabei nur tatsächlich erbrachte Arbeitsleistungen zu berücksichtigen sind. Die Dienstplangestaltung ist bei Nichterbringung der eingeplanten Arbeitszeit ohne Bedeutung. 28

a) Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des zweiten Satzes der Protokollerklärung zu § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw. Dieser sieht eine Ermittlung der durchschnittlichen Arbeitsleistung in einem Referenzzeitraum von 48 Kalendermonaten vor dem Beschäftigungswechsel vor. Einzustellen sind die „dienstplanmäßig geleisteten und bezahlten Stunden“ in diesem Zeitraum. Die Tarifvertragsparteien haben in der Protokollerklärung somit drei Voraussetzungen für die Einstellung in die Berechnung aufgestellt: „dienstplanmäßig“, „geleistet“ und „bezahlt“. Das Kriterium „geleistet“ ist nach dem klaren Wortlaut nur dann 29

erfüllt, wenn die Arbeitsleistung auch tatsächlich erbracht wurde. Die Berücksichtigung fiktiver Arbeitszeiten ist hingegen nicht vorgesehen.

b) Auch der tarifliche Gesamtzusammenhang spricht für die Berücksichtigung nur der geleisteten Arbeitsstunden. Dies zeigt ein Vergleich der in § 6 TV UmBw getroffenen Regelungen zur Einkommenssicherung mit den Vorgaben des § 7 Abschnitt A TV UmBw zur Ergänzung der Einkommenssicherung. Beiden Einkommenssicherungsregelungen liegt das Referenzprinzip und nicht das Lohnausfallprinzip zugrunde (*vgl. zu § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw BAG 18. Januar 2012 - 6 AZR 462/10 - Rn. 17*). 30

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw gelten auch die in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen, die in den letzten drei Jahren der bisherigen Tätigkeit „ohne schädliche Unterbrechung“ bezogen wurden, als das zu sichernde Entgelt aus der bisherigen Tätigkeit. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Protokollerklärung Nr. 5 zu § 6 Abs. 1 TV UmBw bestimmt, dass unschädlich in diesem Sinne die Unterbrechungen aus den in § 17 Abs. 3 Satz 1 TVöD-AT aufgeführten Gründen sind. Gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 Buchst. b TVöD-AT stehen den Zeiten einer ununterbrochenen Tätigkeit auch Zeiten einer Arbeitsunfähigkeit nach § 22 TVöD-AT bis zu 39 Wochen gleich. Die Tarifvertragsparteien haben bezüglich der mit § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw vorgenommenen Sicherung der Zulagen durch die Verweisung in der hierzu ergangenen Protokollerklärung somit eine Einkommenssicherung bezüglich eines Referenzzeitraumes von drei Jahren vorgenommen, wobei Zeiten der Arbeitsunfähigkeit mit Leistungen des Arbeitgebers gemäß § 22 TVöD-AT bis zu 39 Wochen berücksichtigt bleiben. 31

Eine solche Regelung wurde in der Protokollerklärung zu § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw bezüglich des dort in Satz 2 festgelegten Referenzzeitraums nicht vorgenommen. Dies spricht dafür, dass sich die Tarifvertragsparteien der Problematik von Erkrankungen in Referenzzeiträumen bewusst waren und die Berechnung der Einkommenssicherung in § 6 Abs. 1 TV UmBw und der Ergänzung gemäß § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw bewusst unterschiedlich ausgestaltet haben. 32

2. Die Ermittlung der über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehenden Stunden nach Satz 2 der zu § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw ergangenen Protokollerklärung erfolgt dergestalt, dass alle dienstplanmäßig geleisteten und bezahlten Stunden der letzten 48 Kalendermonate zu addieren und danach durch 48 zu dividieren sind, um den gemäß Satz 1 der Protokollerklärung erforderlichen Monatsbezug herzustellen. Die Revision der Beklagten rügt zu Recht eine fehlerhafte Berechnungsmethode des Landesarbeitsgerichts. 33

a) Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist der auf den Referenzzeitraum der letzten 48 Kalendermonate vor dem Wechsel der Beschäftigung zu ermittelnde Durchschnitt der erbrachten Arbeitsleistung in der Weise zu ermitteln, dass die monatlich über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehenden Stunden zu addieren und daraus der Durchschnitt zu ermitteln ist. Dies ergebe sich aus der Protokollerklärung, die auf den Durchschnitt der monatlichen Stunden abstelle. 34

b) Diese Berechnungsmethode entspricht nicht den tariflichen Vorgaben. 35

Das Landesarbeitsgericht geht zunächst zutreffend von der Maßgeblichkeit des Referenzzeitraums von 48 Kalendermonaten vor dem Wechsel der Beschäftigung bzw. im Fall des § 11 Abs. 1 TV UmBw vor dem Inkrafttreten der Ruhensregelung aus. Nach dem Wortlaut des zweiten Satzes der Protokollerklärung zu § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw sind in einem ersten Schritt aber zunächst alle „dienstplanmäßig geleisteten und bezahlten Stunden der letzten 48 Kalendermonate“ festzustellen und dann ist in einem zweiten Schritt der monatsbezogene Durchschnitt der über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehenden Stunden zu ermitteln. Dem Landesarbeitsgericht ist zwar darin zuzustimmen, dass die Protokollerklärung auf den Durchschnitt der monatlichen Stunden abstellt - dieser Monatsbezug entspricht Satz 1 der Protokollerklärung. Satz 1 enthält eine monatsbezogene Definition der wesentlichen Verminderung der Arbeitszeit. Er gibt aber keine Vorgabe zur Berechnung. Diese Regelung enthält vielmehr Satz 2 der Protokollerklärung, welcher im ersten Halbsatz vorgibt, wie die bisherige monatliche Arbeitszeitdifferenz „zu ermitteln“ ist. Satz 2 der Protokollerklärung sieht entgegen der Auffassung des Landesar- 36

beitsgerichts nicht vor, dass nur die über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehenden Stunden zu berücksichtigen sind. Der „Durchschnitt“ bezieht sich vielmehr ohne Einschränkung auf alle dienstplanmäßig geleisteten und bezahlten Stunden im Referenzzeitraum.

c) Der Rechenweg des Landesarbeitsgerichts ist auch mit der tariflichen Zwecksetzung nicht vereinbar. Wie oben ausgeführt, wollten die Tarifvertragsparteien ersichtlich die tatsächlich im Referenzzeitraum erbrachte Arbeitsleistung zur Grundlage der Ergänzung der Einkommenssicherung machen. Hierzu ist es erforderlich, die Realität des Arbeitsverhältnisses im Referenzzeitraum abzubilden. Die Berechnungsweise des Landesarbeitsgerichts führt aber dazu, dass der Stellenwert der Monate mit einer die regelmäßige Arbeitszeit übersteigenden Arbeitsleistung überhöht wird. Die Berechnung löst sich von dem vorgegebenen Referenzzeitraum. 37

Dies zeigt der vorliegende Fall. Der Kläger hatte bei zutreffender Berechnung vor dem Ruhen seiner Arbeitsverpflichtung im Referenzzeitraum durchschnittlich keine über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung erbracht und daher keinen Anspruch auf ergänzende Einkommenssicherung gemäß § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw. 38

Das Landesarbeitsgericht hat sowohl die dienstplanmäßig vorgesehene Arbeitszeit als auch die tatsächliche Arbeitsleistung des Klägers im Referenzzeitraum festgestellt. Der Kläger hatte insoweit gerügt, dass das Landesarbeitsgericht übersehen habe, dass er 216 Stunden im September 2008 und 228 Stunden im Oktober 2008 gearbeitet habe, wohingegen die Beklagte für September 2008 nur 48 Stunden und für Oktober 2008 nur 72 Stunden als Arbeitsleistung einstellte. 39

Selbst wenn man die vom Kläger für diese beiden Monate genannten Zeiten ansetzen würde, käme man, bezogen auf den gesamten Referenzzeitraum, auf eine Leistung von insgesamt 5.323,50 Stunden. Dividiert durch 48 ergibt sich eine durchschnittliche Monatsleistung von 110,91 Stunden. Im Durchschnitt der 48 Monate blieb der Kläger daher jedenfalls unter der regelmäßigen monatlichen Arbeitszeit von 169,57 Stunden. Diese ergibt sich aus der 40

Multiplikation der wöchentlichen Arbeitszeit von 39 Stunden gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-AT mit dem Faktor 4,348 (vgl. *Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand Oktober 2008 Teil B 1 § 6 Rn. 29, 30*).

3. § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw verstößt mit der hier vorgenommenen Auslegung nicht gegen das Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen gemäß § 7 Abs. 1 AGG iVm. § 1 AGG. 41

a) Eine unmittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 1 AGG liegt nicht vor, weil weder § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw noch die hierzu ergangene Protokollerklärung ausdrücklich an die Behinderteneigenschaft anknüpfen. Ebenso wenig betreffen diese Regelungen ausschließlich Träger dieses Diskriminierungsmerkmals oder stehen in untrennbarem Zusammenhang mit einem der Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG (vgl. *EuGH 12. Oktober 2010 - C-499/08 - [Andersen] Rn. 23, Slg. 2010, I-9343; BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZN 815/11 - Rn. 8, BAGE 139, 226*). Die Nichtleistung von Arbeitsstunden im Referenzzeitraum kann unabhängig von einer Behinderung auf verschiedenartige Umstände zurückzuführen sein. Auch im Fall der Nichterbringung von Arbeitsleistung wegen Krankheit besteht kein untrennbarer Zusammenhang mit einer Behinderteneigenschaft. Denn auch nicht behinderte Menschen können für einen bestimmten Zeitraum arbeitsunfähig wegen Krankheit sein. 42

b) Auch eine mittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 2 AGG ist nicht gegeben. Eine mittelbare Ungleichbehandlung Behinderter liegt zwar vor. Sie ist aber durch die Zielsetzung des § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw gerechtfertigt. 43

aa) Zugunsten der Klagepartei ist von einer mittelbaren Ungleichbehandlung behinderter Menschen im Vergleich zu nichtbehinderten Menschen durch die Nichtberücksichtigung krankheitsbedingter Fehlzeiten im Referenzzeitraum auszugehen. 44

(1) Die Begriffe „Behinderung“ und „Krankheit“ lassen sich allerdings nicht gleichsetzen (*EuGH 11. Juli 2006 - C-13/05 - [Chacón Navas] Rn. 44*, 45

Slg. 2006, I-6467). Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind auch Behinderung und zu Ausfallzeiten führende Arbeitsunfähigkeit nicht gleichzusetzen (so BAG 28. April 2011 - 8 AZR 515/10 - Rn. 30 zu einer auf *Fehlzeiten basierenden Kündigung*). An diesen grundsätzlichen Aussagen ist festzuhalten.

(2) Der Europäische Gerichtshof hat aber nunmehr festgestellt, dass eine heilbare oder unheilbare Krankheit unter den Begriff „Behinderung“ im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf fallen kann, wenn sie eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist (*EuGH 11. April 2013 - C-335/11 - [Ring] Rn. 41*). In dieser Entscheidung wurde bezüglich einer nach dänischem Recht auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten Kündigung angeführt, dass ein Arbeitnehmer mit Behinderung im Vergleich zu einem Arbeitnehmer ohne Behinderung ein zusätzliches Risiko trägt, an einer mit seiner Behinderung zusammenhängenden Krankheit zu erkranken. Er habe damit auch ein höheres Risiko, krankheitsbedingte Fehltage anzusammeln. Bezogen auf einen hinsichtlich der Anzahl von Fehltagen kündigungsrelevanten Zeitraum könne dies zu einer mittelbar auf der Behinderung beruhenden Ungleichbehandlung führen (*vgl. EuGH 11. April 2013 - C-335/11 - [Ring] Rn. 76*).

46

(3) Diese Grundsätze gelten auch bezüglich eines Referenzzeitraums, der in einem Tarifvertrag als Grundlage einer Vergütungsberechnung festgelegt wurde. Die Situation ist vergleichbar. Wird bezüglich einer Vergütung - wie im vorliegenden Fall - auf die tatsächliche Erbringung von Arbeitsleistung, ohne Berücksichtigung krankheitsbedingter Fehlzeiten, abgestellt, so kann eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen Behinderung im Sinne der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union vorliegen.

47

- bb) Diese mittelbare Ungleichbehandlung ist im vorliegenden Fall aber durch die Zielsetzung des § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw gerechtfertigt. 48
- (1) Eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen eines verpönten Merkmals kann gemäß § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG durch ein legitimes Ziel und die Wahl von verhältnismäßigen Mitteln zu seiner Durchsetzung gerechtfertigt werden. Rechtmäßige Ziele im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG können alle nicht ihrerseits diskriminierenden und auch sonst legalen Ziele sein. Es muss sich also nicht wie bei der Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters gemäß § 10 AGG bzw. Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG um sozialpolitische Ziele handeln. Die differenzierende Maßnahme muss allerdings zur Erreichung des legitimen Ziels geeignet und erforderlich sein und einen im Verhältnis zur Bedeutung des Ziels noch angemessenen Eingriff in die Rechte des Benachteiligten darstellen. In einem solchen Fall führt die Ungleichbehandlung zu keiner mittelbaren Diskriminierung (*BAG 15. November 2012 - 6 AZR 359/11 - Rn. 42 mwN*). 49
- (2) Die Zielsetzung des § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw rechtfertigt die festgestellte mittelbare Ungleichbehandlung Behinderter. Die Zielerreichung erfolgt in verhältnismäßiger Weise. 50
- (a) § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw verfolgt das legitime Ziel einer leistungsbezogenen Ergänzung der Einkommenssicherung. Die Vorschrift ist Teil der Einkommenssicherungsregelungen des TV UmBw, die der Besitzstandssicherung dienen (*vgl. zu § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw BAG 19. April 2012 - 6 AZR 578/10 - Rn. 36; 18. Januar 2012 - 6 AZR 462/10 - Rn. 17; zu § 11 Abs. 2 Unterabs. 2 iVm. § 6 Abs. 2 Unterabs. 2, § 7 Abschnitt B Abs. 2 TV UmBw BAG 24. Juni 2010 - 6 AZR 18/09 - Rn. 25*). § 7 Abschnitt A Abs. 1 TV UmBw gewährt zur eigentlichen Einkommenssicherung gemäß § 6 TV UmBw eine Ergänzung. Diese soll in Form einer Zulage das aufgrund von Mehrarbeit bislang erzielte Einkommen sichern. Die ergänzende Einkommenssicherung basiert auf dem Umstand, dass Beschäftigte Arbeitsleistung über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus erbracht und damit aufgrund ihrer Anstrengung ein höheres Einkommen erzielt haben. Dieses soll gesichert werden. Hat ein 51

Beschäftigter keine erhöhte Arbeitsleistung erbracht, erhielt er auch keine entsprechend erhöhte Vergütung - ein zu sichernder Besitzstand bildete sich nicht.

(b) Die Vorgabe eines Referenzzeitraums von 48 Monaten zur Feststellung der erbrachten Leistung ist ein verhältnismäßiges Mittel zur Verwirklichung der leistungsbezogenen Ergänzung der Einkommenssicherung. Der Referenzzeitraum bestimmt den Besitzstand. Der Zeitraum ist hinreichend lang, um mittels Bildung eines Durchschnitts ein objektives Bild zu zeichnen. Kurzfristige Ausfälle, zB wegen Kurzerkrankungen, werden relativiert. Allerdings wirken sich (krankheitsbedingt) längere Zeiten der Nichterbringung von Arbeitsleistung negativ aus. Dies ist allerdings zur Zielerreichung erforderlich. Würden Fehlzeiten als Arbeitszeit im Referenzzeitraum gewertet, wäre die Leistungsbezogenheit nicht mehr gegeben. 52

Die damit verbundene mittelbare Ungleichbehandlung Behinderter stellt keinen unangemessenen Eingriff in deren Rechte dar. Ihnen wird nicht die Sicherung eines durch ihre Arbeitsleistung gebildeten Besitzstandes versagt. Zu berücksichtigen ist auch, dass keine Gefahr einer finanziellen Notlage nach dem Beschäftigungswechsel besteht. Es handelt sich schließlich nur um eine Ergänzung zur eigentlichen Einkommenssicherung nach § 6 TV UmBw. 53

Zudem dienen die tariflichen Regelungen der Rechtssicherheit. Eine gesonderte Erfassung von krankheitsbedingten Fehlzeiten, die im Zusammenhang mit einer Behinderung stehen, wäre praktisch schwerlich durchführbar. Fehlzeiten wegen Krankheit lassen sich oftmals nicht zweifelsfrei einer Behinderung zuordnen. Eine Krankheit kann zur Arbeitsunfähigkeit nicht behinderter Menschen führen. Ebenso kann ein behinderter Mensch unabhängig von seiner Behinderung erkranken und deshalb arbeitsunfähig sein. 54

4. Eine unzulässige Diskriminierung wegen einer Krankheit, die nicht unter den Begriff der Behinderung fällt, kann nicht vorliegen, weil es sich bei Krankheit nicht um eines der Merkmale gemäß § 1 AGG handelt. Auch das Unionsrecht enthält keine Bestimmung, die die Diskriminierung wegen einer Krankheit als solcher verbietet (*so zum EG-Vertrag und zur Richtlinie 2000/78/EG EuGH*) 55

11. Juli 2006 - C-13/05 - [Chacón Navas] Rn. 54, Slg. 2006, I-6467; nunmehr auch EuGH 11. April 2013 - C-335/11 - [Ring] Rn. 42). Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erwähnt das Merkmal Erkrankung oder Krankheit nicht.

IV. Die Alleinerbin des Klägers hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der erfolglosen Berufung und Revision zu tragen. 56

Fischermeier

Gallner

Krumbiegel

Oye

Jerchel