

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 566/10
7 Sa 91/09
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Oktober 2011

URTEIL

Umbach, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 2011 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Hinrichs und Dr. Dombrowsky für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 19. August 2010 - 7 Sa 91/09 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung und Eingruppierung der Klägerin nach Ausübung eines Rückkehrrechts. 1

Die Klägerin war nach vorangegangener Ausbildung seit dem 1. Oktober 1989 bei der Beklagten in städtischen Krankenhäusern als Krankenschwester beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fanden der Bundes-Angestelltentarifvertrag (*BAT*) und die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der für die Beklagte geltenden Fassung Anwendung. 2

Aufgrund § 17 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser vom 11. April 1995 (*LBKHG, HmbGVBl. I S. 77*) gingen die Arbeitsverhältnisse der in den städtischen Krankenhäusern tätigen Arbeitnehmer auf den Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg (*LBK Hamburg*), eine rechtsfähige Anstalt öffentlichen Rechts, über. Träger des LBK Hamburg war gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 LBKHG die Beklagte. § 17 Abs. 2 LBKHG lautete: 3

„Die Freie und Hansestadt Hamburg ist verpflichtet, für den Fall der Überführung der Anstalt in eine andere Trägerschaft dafür Sorge zu tragen, daß die Beschäftigten, die zum Stichtag des Übergangs auf den LBK Hamburg bei den Landesbetrieben beschäftigt waren, von dem neuen Träger unter Wahrung ihres Besitzstandes über-

nommen werden. Die Freie und Hansestadt Hamburg ist außerdem verpflichtet, im Falle einer Überführung der gesamten Anstalt in eine andere Trägerschaft ohne Mehrheitsbeteiligung der Freien und Hansestadt Hamburg diese Mitarbeiter auf deren Wunsch unter Wahrung der bei der Anstalt erreichten Lohn- und Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit wieder in den Diensten der Freien und Hansestadt Hamburg zu beschäftigen. Im Falle der Überführung einzelner Krankenhäuser oder anderer Einrichtungen des LBK Hamburg oder Teilen von ihnen in eine andere Trägerschaft ohne Mehrheitsbeteiligung des LBK Hamburg ist der LBK Hamburg verpflichtet, den Beschäftigten, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes als Arbeitnehmer oder Beamte beim LBK (...) beschäftigt gewesen sind, unter Wahrung der beim LBK Hamburg erreichten Lohn- und Vergütungsgruppe sowie Beschäftigungszeit den Verbleib in der Anstalt zu ermöglichen.“

Mit dem Gesetz zur Errichtung der Betriebsanstalt LBK Hamburg vom 17. Dezember 2004 (*LBKBetriebG, HmbGVBl. I S. 487*) wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2005 die Betriebsanstalt „LBK Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts“ (Betriebsanstalt LBK Hamburg) errichtet. Zugleich wurde das LBKHG in „Gesetz zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien Anstalt öffentlichen Rechts“ und der bisherige LBK Hamburg in LBK-Immobilien umbenannt. Bei der nur noch als Besitzanstalt fungierenden LBK-Immobilien verblieben vier Personalstellen. Der Betrieb der Krankenhäuser wurde auf die Betriebsanstalt LBK Hamburg übertragen, deren Träger der LBK-Immobilien war. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 LBKBetriebG gingen die Arbeitsverhältnisse der bisher beim („alten“) LBK Hamburg beschäftigten Arbeitnehmer mit Wirkung zum 1. Januar 2005 auf die Betriebsanstalt LBK Hamburg (dem „neuen“ LBK Hamburg) über. Dabei war ein Widerspruchsrecht der betroffenen Arbeitnehmer entsprechend § 613a Abs. 6 BGB vorgesehen.

4

Mit der Verordnung zur Umwandlung der Betriebsanstalt LBK Hamburg in eine Kapitalgesellschaft vom 4. Januar 2005 (*HmbGVBl. I S. 4*) wurde die Betriebsanstalt LBK Hamburg in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt, deren Mehrheitsgesellschafterin zunächst noch die Besitzanstalt LBK-Immobilien war. Die Rechte und Pflichten der Beschäftigten aus den

5

bestehenden Arbeitsverträgen blieben durch den Formwechsel unberührt. Der früheren Regelung zum Rückkehrrecht der Arbeitnehmer in § 17 Abs. 2 LBKHG entsprach nunmehr § 15 Abs. 2 LBK-Immobiliengesetz. Ergänzend bestimmte § 15 Abs. 3 LBK-Immobiliengesetz, dass das Rückkehrrecht auch dann besteht, wenn die neu errichtete Anstalt öffentlichen Rechts in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt worden ist und der LBK-Immobilien seine Beteiligung an der Kapitalgesellschaft mehrheitlich veräußert.

Die Mehrheit der Anteile an der LBK Hamburg GmbH (74,9 %) gingen am 1. Januar 2007 von der Beklagten auf einen privaten Krankenhausträger über unter nachfolgender Umfirmierung in A GmbH. Zuvor war das LBK-Immobiliengesetz in „Gesetz über den Hamburgischen Versorgungsfonds - Anstalt öffentlichen Rechts - (HVFG)“ und der LBK-Immobilien in Hamburger Versorgungsfonds (*HVF*) umbenannt worden.

6

In § 17 HVFG wurde das Rückkehrrecht mit Wirkung vom 29. November 2006 wie folgt geregelt:

7

„Veräußert der HVF seine Beteiligung an der LBK Hamburg GmbH mehrheitlich, so ist die Freie und Hansestadt Hamburg verpflichtet, diejenigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der LBK Hamburg GmbH, die bereits im Zeitpunkt der Errichtung der LBK Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - dort beschäftigt waren, auf deren Wunsch unter Wahrung der beim LBK Hamburg erreichten Lohn- und Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit wieder in den Diensten der Freien und Hansestadt Hamburg zu beschäftigen. Maßgeblicher Veräußerungszeitpunkt ist der Zeitpunkt des dinglichen Übergangs der Anteilsmehrheit. In diesem Fall hat die Leitung der LBK Hamburg GmbH alle betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von ihrem Recht nach Satz 1 schriftlich zu unterrichten. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können innerhalb von sechs Monaten nach Eingang der Mitteilung der Geschäftsleitung schriftlich mitteilen, dass sie von ihrem Recht Gebrauch machen. Die Überführung der Arbeitsverhältnisse in den Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg soll dann binnen eines weiteren Jahres erfolgen (...).“

Auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin beim LBK Hamburg fand bis zum 31. Dezember 2006 der zwischen der Arbeitsrechtlichen Vereinigung Hamburg e.V. (AVH) und ver.di abgeschlossene Manteltarifvertrag für Angestellte (MTV Angestellte AVH), der inhaltlich im Wesentlichen dem BAT entsprach, Anwendung. Zum 1. Januar 2007 erfolgte die Überleitung in den - dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) nachgebildeten - Tarifvertrag für den Krankenhaus-Arbeitgeberverband Hamburg e.V. (TV-KAH) nach Maßgabe des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten von Mitgliedern des Krankenhausarbeitgeberverbandes Hamburg (KAH) vom 14. Juni 2007 (TVÜ-KAH). Dieser entspricht im Wesentlichen dem Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Länder).

8

Nachdem die Klägerin ihre Rückkehr zur Beklagten verlangt hatte, schlossen die Parteien mit Wirkung zum 1. Mai 2008 einen neuen Arbeitsvertrag, in dem es heißt:

9

„§ 1

Die Arbeitnehmerin wird ab 01.05.08 auf unbestimmte Zeit als Vollbeschäftigte/Vollbeschäftigter eingestellt. (...)

§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für die Arbeitgeberin jeweils geltenden Fassung.

§ 3

Eine Probezeit entfällt. Die beim Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - (LBK) und bei der A GmbH (A GmbH) erbrachten Beschäftigungszeiten werden gem. § 17 Satz 1 des Gesetzes über den Hamburgischen Versorgungsfond (HVFG) als Beschäftigungszeiten iSv. § 34 Abs. 3 Satz 1 TV-L anerkannt.

§ 4

Der Arbeitnehmer ist in Entgeltgruppe 10 TV-L eingruppiert.

§ 5

Es werden folgende Besitzstandsregelungen vereinbart:

Bei der A GmbH erfolgte eine Zuordnung in eine individuelle Zwischen- oder individuelle Endstufe gem. §§ 6 Abs. 1 und 4, 7 Abs. 3 TVÜ-KAH. Die Differenz zwischen dieser individuellen Stufe und dem Tabellenentgelt nach § 4 dieses Arbeitsvertrages wird als übertarifliche Besitzstandszulage gewährt.

Solange die Voraussetzungen des § 11 TVÜ-L vorliegen, werden die am Tage vor der Einstellung als Besitzstandszulage gezahlten kinderbezogenen Bezügebestandteile nach § 11 TVÜ-KAH als übertarifliche Besitzstandszulage weitergezahlt.

Diese Besitzstandszulagen sind abbaubar und nicht dynamisch.

Abbaubar bedeutet, dass lineare Erhöhungen sonstige Tarifierhöhungen, Höhergruppierungen und andere Anpassungen der monatlichen Bezüge auf die übertariflichen Besitzstandszulagen angerechnet werden. Nicht angerechnet werden Einmal- und Jahressonderzahlungen sowie Überstundenbezüge und andere unständige Bestandteile.

Nicht dynamisch bedeutet, dass die Besitzstandszulagen nicht an linearen Erhöhungen und Tarifierhöhungen teilnehmen. Absenkungen der Bezüge führen nicht zu einer neuen Berechnung oder Zulage.

...“

Bei der A GmbH war die Klägerin zuletzt in Entgeltgruppe E 10 TV-KAH eingruppiert und einer individuellen Zwischenstufe („4+“) zugeordnet. Ferner erhielt sie monatlich 181,14 Euro brutto, in den Abrechnungen als „Besitzstand Kind OZ“ bezeichnet. 10

Die Beklagte vergütete die Klägerin ab Beginn des Arbeitsverhältnisses nach Entgeltgruppe 10 Stufe 4 TV-L und zahlte außerdem eine „Besitzstandszulage kinderbezogenes Entgelt“ iHv. 181,41 Euro brutto. 11

Mit Änderungsvertrag vom 15. Dezember 2008 vereinbarten die Parteien mit Wirkung zum 1. November 2008 eine Eingruppierung in die Entgeltgruppe 11 TV-L. Die Beklagte ordnete die Klägerin innerhalb der Entgeltgruppe 11 zunächst der Stufe 5 zu. Mit Schreiben vom 15. Mai 2009 teilte sie der Klägerin mit, dass diese bei korrekter Einstufung als „A-Rückkehrerin“ innerhalb der Entgeltgruppe 11 der Stufe 4 zugeordnet werden müsse. Sie kündigte zugleich an, die erfolgte Überzahlung in monatlichen Teilbeträgen einzubehalten. Mit Schreiben vom 14. Juli 2009 teilte die Beklagte der Klägerin einen Überzahlungsbetrag in Höhe von 1.536,66 Euro mit. Die sich aus der Höhergruppierung ergebende Steigerung des Tabellenentgelts rechnete die Beklagte auf die Besitzstandszulage an.

12

Mit ihrer am 29. April 2009 eingereichten Klage hat die Klägerin die (Weiter-)Zahlung der Besitzstandszulage kinderbezogene Entgeltbestandteile in Höhe von 181,14 Euro brutto monatlich und klageerweiternd die Feststellung der Eingruppierung in die Stufe 5 der Entgeltgruppe 11 TV-L sowie die Feststellung der Nichtberechtigung einer Rückforderung in Höhe von 1.536,66 Euro begehrt. Die Klägerin hat geltend gemacht, die Abbaubarkeit der Besitzstandszulage widerspreche dem TVÜ-Länder, der solches nicht vorsehe. Überdies sei sie so zu behandeln, als wäre sie seit dem 1. Oktober 1989 durchgehend und ohne Unterbrechung bei der Beklagten beschäftigt gewesen. Zum Zeitpunkt der Höhergruppierung in die Entgeltgruppe 11 hätte sie sich bei einem vertragsgerechten Verhalten der Beklagten bereits in der Stufe 5 der Entgeltgruppe 10 befunden.

13

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

14

1. festzustellen, dass die Klägerin einen kinderbezogenen Bezügebestandteil nach § 11 TVÜ-Länder als Besitzstandszulage zu beanspruchen hat und dieser Anspruch nicht zum 31. Oktober 2008 geendet hat;
2. die Beklagte zu verpflichten, 1.086,84 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Klägerin seit dem 1. November 2008 in die Stufe 5 der Entgeltgruppe 11 einzustufen ist;

4. festzustellen, dass der Beklagten gegenüber der Klägerin kein Rückzahlungsanspruch wegen einer Überzahlung aufgrund einer seit dem 1. November 2008 rückwirkend geltend gemachten Herabstufung in die Stufe 4 der Entgeltgruppe 11 in Höhe von 1.536,66 Euro zusteht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, sie habe die von der Klägerin erworbenen Besitzstände gewahrt. § 17 Satz 1 HVFG verlange nur die Sicherung des erreichten Grundentgelts. 15

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. 16

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden. 17

I. Die Klage ist auch in den Feststellungsanträgen zulässig. 18

1. Der Feststellungsantrag zu 1. ist bei der gebotenen Auslegung dahin zu verstehen, dass die Klägerin die Feststellung eines Anspruchs auf die Besitzstandszulage kinderbezogene Entgeltbestandteile nach § 11 TVÜ-Länder über den 31. Oktober 2008 hinaus begehrt. 19

a) Diesem sog. Elementenfeststellungsantrag (*vgl. zum Begriff, BAG 21. April 2010 - 4 AZR 755/08 - Rn. 19 mwN, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 101 = EzA ZPO 2002 § 256 Nr. 9*) fehlt allerdings das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse, soweit der Antrag den Zeitraum vom 1. November 2008 bis zum 30. April 2009 erfasst, für den die Klägerin die Besitzstandszulage kinderbezogene Entgeltbestandteile mit ihrem Leistungsantrag zu 2. beziffert geltend macht. Sie hat nicht vorgetragen, welches über die mit der Leistungsklage verfolgten Zahlungen hinausgehende Interesse für 20

diesen Zeitraum an der begehrten Feststellung besteht (vgl. BAG 27. Januar 2011 - 6 AZR 578/09 - Rn. 14 mwN).

b) Die Klage ist insoweit jedoch als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. 21

Die Zwischenfeststellungsklage trägt dem Umstand Rechnung, dass gemäß § 322 ZPO nur die Entscheidung über den Klageanspruch, nicht aber auch über das ihn bedingende Rechtsverhältnis in Rechtskraft erwächst und demgemäß ein späterer Rechtsstreit derselben Parteien über weitere auf das vorgeifliche Rechtsverhältnis gestützte Ansprüche zu einer abweichenden Beurteilung führen können. Mit der Entscheidung über die Leistungsklage ist der festzustellende Anspruch nur für den der Leistungsklage zugrundeliegenden Zeitraum, nicht aber für die Folgemonate erschöpfend geklärt. 22

2. Der Feststellungsantrag zu 3. richtet sich nach seinem Wortlaut auf die Feststellung, dass die Klägerin in eine bestimmte Stufe der Entgeltgruppe 11 TV-L „einzustufen ist“. Damit begehrt die Klägerin nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, sondern die Klärung einzelner Voraussetzungen eines solchen, die noch keine konkreten Verpflichtungen der Beklagten auslösen. Ein derartiger Antrag wäre unzulässig (BAG 16. April 1997 - 4 AZR 270/96 - AP MTAng-LV § 22 Nr. 1; 2. Juli 2008 - 4 AZR 392/07 - Rn. 13). Bei gebotener Auslegung ist der Feststellungsantrag zu 3. dahin zu verstehen, dass die Klägerin im Wege der Eingruppierungsfeststellungsklage die Feststellung einer konkreten Vergütungsverpflichtung der Beklagten verlangt (vgl. BAG 27. Januar 2011 - 6 AZR 578/09 - Rn. 12). Gegen die Zulässigkeit der im öffentlichen Dienst allgemein üblichen Eingruppierungsfeststellungsklage bestehen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts keine Bedenken (zB BAG 26. Juni 2008 - 6 AZR 498/07 - Rn. 14 mwN, AP BMT-G II § 6 Nr. 2). 23

3. Der Feststellungsantrag zu 4. ist als negative Feststellungsklage zulässig. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auch auf das Nichtbestehen bestimmter Ansprüche erhoben werden (BAG 21. April 2010 - 4 AZR 755/08 - Rn. 19, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 101 = EzA ZPO 2002 § 256 Nr. 9). Die Klägerin hat ein 24

rechtliches Interesse daran, das Nichtbestehen dieses Anspruchs durch richterliche Entscheidung alsbald feststellen zu lassen, weil die Beklagte sich eines solchen Anspruchs berührt (*vgl. BAG 26. Oktober 2010 - 3 AZR 496/08 - Rn. 14, NZA 2011, 654*).

II. Die Eingruppierung der Klägerin seit dem 1. November 2008 und die Höhe noch offener Vergütungsansprüche kann der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend beurteilen. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 25

1. § 17 HVFG räumt unter den dort geregelten Voraussetzungen den betroffenen Arbeitnehmern einen Anspruch darauf ein, wieder bei der Beklagten beschäftigt zu werden. Dieses sog. Rückkehrrecht verwirklicht sich - insoweit besteht zwischen den Parteien kein Streit - durch den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags zwischen der Beklagten und dem Rückkehrer. Zum Inhalt des neuen Arbeitsvertrags verpflichtet § 17 Satz 1 HVFG die Beklagte als Arbeitgeberin, die vom Rückkehrer beim LBK Hamburg erreichte Lohn- bzw. Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit zu wahren. 26

a) Die gesetzliche Verpflichtung zur Wahrung einer bestimmten Lohn- bzw. Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit ist als Arbeitnehmerschutzbestimmung einseitig zwingend (*vgl. BAG 13. Oktober 1982 - 5 AZR 370/80 - zu II 4 a der Gründe, BAGE 40, 221; 10. Februar 1988 - 1 ABR 70/86 - zu B II 2 b der Gründe, BAGE 57, 317; ErfK/Franzen 11. Aufl. § 1 TVG Rn. 13; Schaub/Treber ArbR-Hdb. 14. Aufl. § 200 Rn. 17*). Soweit die Vergütungsregelungen in den von der Beklagten den Rückkehrern gestellten Arbeitsverträgen § 17 Satz 1 HVFG nicht genügen, sind sie unwirksam. Dagegen haben Abweichungen vom gesetzlichen Standard zugunsten der Arbeitnehmer Bestand. 27

b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wahrung der erreichten Lohn- bzw. Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit, also des Mindestinhalts des neuen Arbeitsvertrags, ist der Vortag des Tages, an dem gemäß § 17 Satz 2 HVFG 28

der Anspruch auf Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags entstand. Das ist der 31. Dezember 2006.

c) Wahren bedeutet ua. etwas, besonders einen bestimmten Zustand aufrechterhalten, nicht verändern, bewahren. Mit der Verpflichtung der Beklagten, rückkehrenden Angestellten die beim LBK Hamburg erreichte Vergütungsgruppe zu wahren, ordnet das Gesetz an, die Rückkehrer bei der Beklagten in eine Vergütungsgruppe einzugruppieren, die derjenigen entspricht, in die sie zum maßgeblichen Zeitpunkt beim LBK Hamburg eingruppiert waren. Dieser Regelungsplan konnte unmittelbar verwirklicht werden, solange bei der Beklagten mit dem BAT und bei dem LBK Hamburg mit dem MTV Angestellte AVH kompatible tarifliche Entgeltsysteme galten. Weil eine problemlose Wahrung von Vergütungsgruppen aber nur in kompatiblen Tarifsystemen erfolgen kann, zwingt die gesetzliche Anordnung bei verschiedenen gestalteten Entgeltstrukturen oder im Falle einer Tarifsukzession mit einer neuen Entgeltstruktur zur sachgerechten Anwendung von Überleitungsvorschriften. 29

d) Durch die Tarifsukzession im öffentlichen Dienst der Länder war zum 31. Dezember 2006 eine solche unmittelbare Zuordnung der beim LBK Hamburg erreichten Vergütungsgruppe nicht mehr möglich. Da § 17 Satz 1 HVFG nicht vorschreibt, welche Übergangs- und Überleitungsvorschriften zur Anwendung kommen sollen, wenn die Rückkehrwilligen in ein System mit einer neuen Entgeltstruktur überführt werden müssen, ist der gesetzliche Regelungsplan von den Gerichten für Arbeitssachen zu vervollständigen (*zu dieser Aufgabe und Befugnis des Richters, vgl. BVerfG 26. September 2011 - 2 BvR 2216/06 - und - 2 BvR 469/07 - zu B II 1 a der Gründe; 12. November 1997 - 1 BvR 479/92 - und - 1 BvR 307/94 - zu B I 2 a der Gründe, BVerfGE 96, 375, jeweils mwN*). 30

Bei der Vervollständigung des gesetzlichen Regelungsplans verbietet sich die von der Beklagten praktizierte Aufspaltung der von den Rückkehrern zu einem bestimmten Zeitpunkt erreichten Vergütungshöhe in einen - vermeintlich - tariflichen und einen übertariflichen Teil und die Anrechnung von letzterem insbesondere auf Tariferhöhungen und Höhergruppierungen. Denn der Gesetz- 31

geber hat bei der zeitlich letzten Regelung des Rückkehrrechts in § 17 HVFG trotz der kurz zuvor am 1. November 2006 erfolgten Tarifsukzession im öffentlichen Dienst der Länder bei den Modalitäten des Rückkehrrechts an der Formulierung in den Vorgängerregelungen (§ 17 Abs. 2 LBKHG, § 15 Abs. 2 LBK-Immobilien-gesetz) festgehalten und damit seinen Willen bekundet, den Rückkehrern nicht nur zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Vergütungshöhe zu garantieren, sondern - wie bisher - ihre beim LBK Hamburg erreichte Lohn- bzw. Vergütungsgruppe zu „wahren“.

Zur Verwirklichung des gesetzlichen Regelungsplans ist deshalb die vom rückkehrenden Angestellten am maßgeblichen Stichtag 31. Dezember 2006 beim LBK Hamburg erreichte Vergütungsgruppe des MTV Angestellte AVH der ihrer Benennung nach entsprechenden Vergütungsgruppe des BAT gedanklich zuzuordnen und letztere sodann nach dem bei der Beklagten geltenden Überleitungsrecht des TVÜ-Länder zu ersetzen. Die Überleitung hat sich in den von §§ 4 bis 6 TVÜ-Länder vorgesehenen Schritten zu vollziehen. Erst mit deren Vollendung ist die bisherige Eingruppierung ersetzt (*vgl. dazu BAG 22. April 2009 - 4 ABR 14/08 - Rn. 56 ff., BAGE 130, 286; zur Stufenzuordnung als Bestandteil der Eingruppierung siehe auch, BAG 6. April 2011 - 7 ABR 136/09 - Rn. 25, DB 2011, 2207; 26. Juni 2008 - 6 AZR 498/07 - Rn. 9, 14, AP BMT-G II § 6 Nr. 2*) und damit die vom Rückkehrer beim LBK Hamburg erreichte Vergütungsgruppe „gewahrt“. Damit wird zugleich eine Friktion der Modalitäten des Rückkehrrechts mit Unionsrecht vermieden (*vgl. EuGH 8. September 2011 - C-297/10 und C-298/10 - [Hennigs und Mai], NZA 2011, 1100*).

32

Das danach ermittelte Tabellenentgelt ist als bisheriges Tabellenentgelt iSv. § 17 Abs. 4 Satz 1 TV-L maßgeblich für die Stufenzuordnung nach der zum 1. November 2008 erfolgten Höhergruppierung in die Entgeltgruppe 11 TV-L.

33

2. Ob die Klägerin über den 31. Oktober 2008 hinaus Anspruch auf die ungeschmälernte Besitzstandszulage kinderbezogene Entgeltbestandteile hat, kann der Senat wegen fehlender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend entscheiden.

34

- a) Grundlage für den Anspruch ist § 5 des Arbeitsvertrags, der vorsieht, dass die Klägerin die Besitzstandszulage kinderbezogene Entgeltbestandteile als übertarifliche Besitzstandszulage erhält, solange die Voraussetzungen des § 11 TVÜ-Länder vorliegen. Dass diese entfallen wären, hat die Beklagte nicht behauptet. 35
- b) Die in § 5 des Arbeitsvertrags weiter vereinbarte Abbaubarkeit der Besitzstandszulage kinderbezogenes Entgelt verstößt gegen § 17 Satz 1 HVFG und ist deshalb unwirksam, es sei denn, die auf den Zeitpunkt der Rückkehr am 1. Mai 2008 abstellende Vergütungsvereinbarung wäre für die Klägerin günstiger. 36
- aa) Zur Wahrung der beim LBK Hamburg erreichten Vergütungsgruppe iSv. § 17 Satz 1 HVFG gehören alle durch die Eingruppierung vermittelten Bestandteile der laufenden Vergütung. Dazu zählt auch der kinderbezogene Anteil des früheren Ortszuschlags, der nicht in das bei der Überleitung in das Entgeltsystem des TV-L zu bildende Vergleichsentgelt einbezogen (§ 5 Abs. 2 Satz 1 TVÜ-Länder), sondern durch die Zulage nach § 11 TVÜ-Länder „gesichert“ wurde. Diese Zulage ist nicht abbaubar im Sinne einer Anrechnung auf Höhergruppierungen und sonstige Entgelterhöhungen. Lediglich bei allgemeinen Entgeltanpassungen verringert sie sich um den von den Tarifvertragsparteien für die jeweilige Entgeltgruppe festgelegten Vomhundertsatz, § 11 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Länder. Dass im streitgegenständlichen Zeitraum entsprechende Anpassungen durch die Tarifvertragsparteien erfolgt wären, hat die Beklagte bislang nicht behauptet. 37
- bb) Wäre allerdings die auf den Zeitpunkt der Rückkehr bezogene arbeitsvertragliche Vergütungsvereinbarung günstiger als die der Klägerin von § 17 Satz 1 HVFG zum Stichtag 31. Dezember 2006 garantierte, dürfte die Beklagte den überschießenden Teil gemäß der in § 5 des Arbeitsvertrags vereinbarten Abbaubarkeit von Besitzstandszulagen auf Höhergruppierung und Tarifierhöhung anrechnen. 38

III. Ausgehend von diesen Grundsätzen wird das Landesarbeitsgericht im neuen Berufungsverfahren - ggf. nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien - zunächst die von der Klägerin beim LBK Hamburg am 31. Dezember 2006 erreichte Vergütungsgruppe des MTV Angestellte AVH festzustellen und der ihr entsprechenden Vergütungsgruppe des BAT zuzuordnen haben. Diese muss sodann nach den in §§ 4 bis 6 TVÜ-Länder vorgesehenen Schritten in das Entgeltsystem des TV-L übergeleitet werden, bis hin zu der zum 1. November 2008 erfolgenden, die Überleitung abschließenden Stufenzuordnung nach § 6 Abs. 1 Satz 4 TVÜ-Länder. Das sich so ergebende Tabellenentgelt ist als bisheriges Tabellenentgelt iSv. § 17 Abs. 4 Satz 1 TV-L maßgeblich für die Stufenzuordnung nach der zum 1. November 2008 erfolgten Höhergruppierung in die Entgeltgruppe 11 TV-L.

39

Danach bestimmt sich, ob Eingruppierungs- und negative Feststellungsklage begründet sind und ob die Klägerin ab dem 1. November 2008 arbeitsvertraglich eine günstigere Vergütung als die nach § 17 Satz 1 HVFG garantierte erhalten hat mit der Folge, dass ein überschießender Betrag auf die Besitzstandszulage kinderbezogene Entgeltbestandteile angerechnet werden dürfte.

40

Müller-Glöge

Laux

Biebl

W. Hinrichs

Dombrowsky