

BUNDEARBEITSGERICHT



6 AZR 562/10
3 Sa 366/09
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Februar 2012

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier als Vorsitzenden, den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht

Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Schäferkord und die ehrenamtliche Richterin Bender für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 8. Juli 2010 - 3 Sa 366/09 - teilweise aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen, soweit die Klage in Höhe eines Betrages von 965,46 Euro brutto nebst Zinsen abgewiesen wurde.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Berechnung des Vergleichsentgelts, das bei der Überleitung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin vom BAT-O in den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder vom 12. Oktober 2006 (*TV-L*) nach § 5 des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts vom 12. Oktober 2006 (*TVÜ-Länder*) zu bilden war, und darüber, ob der Klägerin für die Monate Februar bis Oktober 2008 weiteres Entgelt iHv. 965,46 Euro brutto zusteht.

1

Die Beklagte ist eine Handwerkskammer. Die verheiratete Klägerin ist bei ihr seit dem 16. Februar 1998 beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis richtete sich gemäß § 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags vom 9. Februar 1998 nach dem BAT-O und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich des Bundes jeweils geltenden Fassung. In § 4 des Arbeitsvertrags heißt es, dass die Klägerin in die Vergütungsgruppe VI b der Anlage 1 a/1 b zum BAT eingruppiert ist. Im Änderungsvertrag vom 18. Juli 2006 vereinbarten die Parteien, dass ab dem 1. November 2006 die tariflichen Bestimmungen der Tarifgemeinschaft deutscher Länder in der jeweils gültigen

2

Fassung Anwendung finden. In § 5 TVÜ-Länder heißt es zur Ermittlung des Vergleichsentgelts ua.:

„§ 5

Vergleichsentgelt

- (1) Für die Zuordnung zu den Stufen der Entgelttabelle des TV-L wird für die Beschäftigten nach § 4 ein Vergleichsentgelt auf der Grundlage der Bezüge, die im Oktober 2006 zustehen, nach den Absätzen 2 bis 6 gebildet.
- (2) Bei Beschäftigten aus dem Geltungsbereich des BAT/BAT-O setzt sich das Vergleichsentgelt aus Grundvergütung, allgemeiner Zulage und Ortszuschlag der Stufe 1 oder 2 zusammen. Ist auch eine andere Person im Sinne von § 29 Abschnitt B Absatz 5 BAT/BAT-O ortszuschlagsberechtigt oder nach beamtenrechtlichen Grundsätzen familienzuschlagsberechtigt, wird die Stufe 1 und der jeweilige Anteil des Unterschiedsbetrages der Ortszuschlagsstufe 1 und 2 beziehungsweise des Familienzuschlags der Stufe 1, den die andere Person aufgrund von Teilzeitbeschäftigung nicht mehr erhält, zugrunde gelegt; findet der TV-L am 1. November 2006 auch auf die andere Person Anwendung, geht der jeweils individuell zustehende Teil des Unterschiedsbetrages zwischen den Stufen 1 und 2 des Ortszuschlags in das Vergleichsentgelt ein. ...“

§ 29 Abschn. B Abs. 5 Satz 1 und Abs. 7 BAT-O regeln:

3

„(5) Steht der Ehegatte eines Angestellten als Angestellter, Beamter, Richter oder Soldat im öffentlichen Dienst oder ist er auf Grund einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst nach beamtenrechtlichen Grundsätzen versorgungsberechtigt und stünde ihm ebenfalls der Familienzuschlag der Stufe 1 oder einer der folgenden Stufen, der Ortszuschlag der Stufe 2 oder einer der folgenden Stufen oder eine entsprechende Leistung in Höhe von mindestens der Hälfte des Unterschiedsbetrages zwischen der Stufe 1 und der Stufe 2 des Ortszuschlages der höchsten Tarifklasse zu, erhält der Angestellte den Unterschiedsbetrag zwischen der Stufe 1 und der Stufe 2 des für ihn maßgebenden Ortszuschlages zur Hälfte; dies gilt auch für die Zeit, für die der Ehegatte Mutterschaftsgeld bezieht.

(7) Öffentlicher Dienst im Sinne der Absätze 2, 5 und 6 ist die Tätigkeit im Dienste des Bundes, eines Landes, einer

Gemeinde oder anderer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts oder der Verbände von solchen; ausgenommen ist die Tätigkeit bei öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften oder ihren Verbänden, sofern nicht bei organisatorisch selbständigen Einrichtungen, insbesondere bei Schulen, Hochschulen, Krankenhäusern, Kindergärten, Altersheimen, die Voraussetzungen des Satzes 3 erfüllt sind. Dem öffentlichen Dienst steht die Tätigkeit im Dienst einer zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Einrichtung gleich, an der der Bund oder eine der in Satz 1 bezeichneten Körperschaften oder einer der dort bezeichneten Verbände durch Zahlung von Beiträgen oder Zuschüssen oder in anderer Weise beteiligt ist. Dem öffentlichen Dienst steht ferner gleich die Tätigkeit im Dienst eines sonstigen Arbeitgebers, der die für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifverträge oder Tarifverträge wesentlich gleichen Inhalts oder die darin oder in Besoldungsgesetzen über Familienzuschläge, Ortszuschläge oder Sozialzuschläge getroffenen Regelungen oder vergleichbare Regelungen anwendet, wenn der Bund oder eine der in Satz 1 bezeichneten Körperschaften oder Verbände durch Zahlung von Beiträgen oder Zuschüssen oder in anderer Weise beteiligt ist. Die Entscheidung, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, trifft im Bereich des Bundes und im Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder der für das Tarifrecht zuständige Minister oder die von ihm bestimmte Stelle, im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände der zuständige Mitgliederverband.“

Die Beklagte ermittelte bei der Überleitung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin in den TV-L zum 1. November 2006 das Vergleichsentgelt unter Zugrundelegung des hälftigen Differenzbetrages zwischen dem Ortszuschlag der Stufe 1 und dem der Stufe 2. Die Klägerin erhielt eine monatliche Vergütung iHv. insgesamt 2.441,39 Euro brutto, die sich aus dem Tabellenentgelt von 2.285,00 Euro brutto, einem Betrag „Besitzstand Kinderbez. OZ“ von 90,57 Euro brutto, dem Arbeitgeberanteil „VWL“ von 6,65 Euro brutto und einem Auffüllbetrag („Individuelle Zwischenstufe“) von 59,17 Euro brutto zusammensetzte.

4

Der Ehemann der Klägerin ist bei der D GmbH beschäftigt. Alleinige Gesellschafterin der D GmbH ist die A GmbH, deren alleinige Gesellschafterin

5

die AOK Sachsen-Anhalt ist. Im Leiharbeitsvertrag vom 9. Dezember 2005 zwischen der D GmbH und dem Ehemann der Klägerin ist ua. geregelt, dass dieser seine Tätigkeit als Hausmeister im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung erbringt und seine Vergütung analog der jeweils gültigen Bestimmungen des BAT/AOK-Neu und der dazu gehörenden aktuellen Arbeits- und Dienstvereinbarungen der AOK Sachsen-Anhalt erfolgt.

Die Beklagte teilte dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin in einem Schreiben vom 30. Juni 2008 ua. mit, dass bei der Ermittlung des Vergleichsentgelts der Klägerin der Ortszuschlag der Stufe 1 hätte zugrunde gelegt werden müssen, weil der Ehemann der Klägerin im „BAT-Bereich“ verblieben sei, Anspruch auf den vollen Ortszuschlag der Stufe 2 habe und diesen unter Beachtung der tariflichen Ausschlussfrist rückwirkend ab Februar 2008 auch tatsächlich erhalten werde. Zugleich kündigte die Beklagte an, den Betrag der „Individuellen Zwischenstufe“ um den hälftigen Unterschiedsbetrag zwischen der Ortszuschlagsstufe 1 und 2 mit Wirkung ab Februar 2008 zu kürzen. Gemäß dieser Ankündigung verminderte die Beklagte den Betrag „Individuelle Zwischenstufe“ von monatlich 59,17 Euro brutto um 50,91 Euro brutto auf 8,26 Euro brutto. Das monatliche Entgelt der Klägerin belief sich damit ab Februar 2008 auf insgesamt 2.390,48 Euro brutto und nach der Erhöhung des Entgelts der „Individuellen Zwischenstufe“ gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 TVÜ-Länder um 2,9 vH und der Aufrundung auf volle fünf Euro auf insgesamt 2.459,85 Euro brutto. Die D GmbH teilte der Beklagten in einem Schreiben vom 25. November 2008 mit, der Ehemann der Klägerin erhalte auf der Grundlage des BAT/AOK-Neu den vollen Sozialzuschlag (Familienzuschlag), der einen Verheiratetenzuschlag beinhalte.

6

Die Klägerin hat gemeint, ihr Ehemann sei nicht im öffentlichen Dienst beschäftigt. Der Umstand, dass die AOK Sachsen-Anhalt Hauptkundin der D GmbH sei und jährlich mindestens 3,752 Millionen Euro an diese Gesellschaft leiste, rechtfertige nicht den Schluss, dass die Tätigkeit ihres Ehemanns für die D GmbH einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst gleichstehe. Die von der AOK Sachsen-Anhalt gezahlten Leistungsentgelte stellten weder eine direkte Beteiligung noch eine Beteiligung „in anderer Weise“ dar. Eine Beteiligung der öffent-

7

lichen Hand liege nicht vor, wenn einem Arbeitgeber Gelder der öffentlichen Hand als Leistungsentgelt zufließen. Die AOK Sachsen-Anhalt sei die alleinige Gesellschafterin der A GmbH, die wiederum alleinige Gesellschafterin der D GmbH sei. Die A GmbH sei ein privatrechtliches Unternehmen, das keine Zuschüsse aus der öffentlichen Hand erhalte. Der Begriff der „Beteiligung in sonstiger Weise“ erfasse nicht die Kapitalbeteiligung in Form von Gesellschaftsanteilen, sondern grundsätzlich nur Geldzuwendungen. Ihr Begehren widerspreche auch nicht dem Zweck des § 5 Abs. 2 TVÜ-Länder bzw. des § 29 Abschn. B Abs. 5 BAT-O. Durch die Zahlung des Familienzuschlags an ihren Ehemann würden öffentliche Haushalte nicht berührt. Dies sei gerade der Sinn der Ausgründung der D GmbH gewesen. Ihr Vergleichsentgelt sei unter Zugrundelegung des vollen Unterschiedsbetrages zwischen den Ortszuschlagsstufen 1 und 2 zu ermitteln gewesen. Für die Monate Februar bis April 2008 habe sie Anspruch auf den Differenzbetrag iHv. monatlich 101,82 Euro brutto zwischen dem ihr zustehenden und dem von der Beklagten gezahlten Entgelt und somit auf 305,46 Euro brutto. In den Monaten Mai bis Oktober 2008 habe der Differenzbetrag jeweils 110,00 Euro brutto betragen, so dass die Beklagte für diesen Zeitraum weiteres Entgelt iHv. 660,00 Euro brutto zu zahlen habe.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

8

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 965,46 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, der Ehemann der Klägerin sei eine andere Person im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 5 BAT-O bzw. § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Länder, die auf der Grundlage des BAT/AOK-Neu den vollen Familienzuschlag erhalte, der einen Verheiratetenzuschlag beinhalte. Das Vergleichsentgelt der Klägerin sei deshalb gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Länder unter Zugrundelegung der Ortszuschlagsstufe 1 iHv. 437,72 Euro brutto zu ermitteln gewesen. Diese Tarifvorschrift verweise zwar nur auf § 29 Abschn. B Abs. 5 BAT-O und nicht auch auf Abs. 7. Auch diene die Verweisung Ihrem Wortlaut nach allein der Definition des Begriffs der anderen Person. § 29 Abschn. B Abs. 5 BAT-O werde jedoch

9

durch Abs. 7 ergänzt, so dass es einer ausdrücklichen Bezugnahme auf Abs. 7 in § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Länder nicht bedurft habe. Die Arbeitgeberin des Ehemanns der Klägerin wende mit dem BAT/AOK-Neu einen Tarifvertrag an, dessen Vorschriften den Bestimmungen des BAT-O im Wesentlichen entsprächen. Sie erhalte zur Finanzierung ihrer Aufgaben auch Leistungsentgelte bzw. Zuschüsse der AOK Sachsen-Anhalt und damit einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Klägerin gehe bei der Berechnung der Klageforderung von einem zu hohen Differenzbetrag zwischen den Ortszuschlagsstufen 1 und 2 aus.

Das Arbeitsgericht hat die Klageerweiterung der Klägerin im Schriftsatz vom 19. November 2008 so verstanden, dass die Klägerin über den mit der Klage vom 3. November 2008 geltend gemachten Betrag iHv. 452,73 Euro brutto hinaus weitere 965,46 Euro brutto beansprucht, und hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch in Höhe eines Betrages von insgesamt 965,46 Euro brutto weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

10

Entscheidungsgründe

I. Die Revision der Klägerin ist begründet, soweit die Klägerin für den Klagezeitraum die Zahlung weiterer 965,46 Euro brutto beansprucht. Insoweit führt die Revision der Klägerin zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung darf die Klage, soweit die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 965,46 Euro brutto begehrt, nicht abgewiesen werden. Es bedarf der Aufklärung durch das Landesarbeitsgericht, ob die AOK Sachsen-Anhalt an der D GmbH im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 3 BAT-O durch Zahlung von Beiträgen oder Zuschüssen oder in anderer Weise beteiligt ist. Gelingt der Beklagten dieser Nachweis nicht,

11

ist bei der Berechnung des Vergleichsentgelts, das bei der Überleitung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin vom BAT-O in den TV-L nach § 5 TVÜ-Länder zu bilden war, nicht die Stufe 1, sondern die Stufe 2 des Ortszuschlags zugrunde zu legen, so dass der Klage iHv. 965,46 Euro brutto stattzugeben ist.

II. Der Klägerin steht die für die Monate Februar bis Oktober 2008 beanspruchte weitere Vergütung iHv. insgesamt 965,46 Euro brutto gemäß § 6 Abs. 1 TVÜ-Länder iVm. § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Länder zu, wenn die Beklagte nach der Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht nicht nachweist, dass die AOK Sachsen-Anhalt an der D GmbH im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 3 BAT-O durch Zahlung von Beiträgen oder Zuschüssen oder in anderer Weise beteiligt ist.

12

1. Darüber, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Überleitung ihres Arbeitsverhältnisses vom BAT-O in den TV-L am 1. November 2006 als verheiratete Angestellte gemäß § 29 Abschn. B Abs. 2 Nr. 1 BAT-O zur Ortszuschlagsstufe 2 gehörte, besteht kein Streit. Unstreitig ist auch, dass der Ehemann der Klägerin zwar im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Länder bzw. § 29 Abschn. B Abs. 5 und Abs. 7 Satz 3 BAT-O ortszuschlagsberechtigt ist, jedoch als Leiharbeitnehmer der D GmbH nicht im öffentlichen Dienst steht. Letzteres hindert die Ermittlung des Vergleichsentgelts der Klägerin unter Zugrundelegung der Ortszuschlagsstufe 1 allerdings noch nicht. § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Länder findet auch dann Anwendung, wenn die andere Person nicht im öffentlichen Dienst steht. Mit der Verweisung auf § 29 Abschn. B Abs. 5 BAT/BAT-O wird zugleich die Regelung in § 29 Abschn. B Abs. 7 BAT-O in Bezug genommen (*vgl. zur Verweisung in § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA BAG 18. März 2010 - 6 AZR 905/08 - mwN, AP BAT § 29 Nr. 24 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 19*). Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte jedoch noch nicht nachgewiesen, dass die AOK Sachsen-Anhalt als Körperschaft des öffentlichen Rechts durch Zahlung von Beiträgen oder Zuschüssen oder in anderer Weise an der D GmbH im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 3 BAT-O beteiligt ist. Die vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die Annahme, dass die Tätigkeit des Ehe-

13

manns der Klägerin im Dienst der D GmbH einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst gleichsteht.

2. Zu Unrecht meint die Beklagte, die Klägerin hätte nachweisen müssen, dass ihr Ehemann nicht im Dienst eines sonstigen Arbeitgebers im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 3 BAT-O steht. Als verheiratete Angestellte gehörte die Klägerin gemäß § 29 Abschn. B Abs. 2 Nr. 1 BAT-O zur Stufe 2 des Ortszuschlags und war deshalb grundsätzlich gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 TVÜ-Länder mit dieser Stufe überzuleiten. Bei § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Länder, der diesen Grundsatz ebenso wie § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA durchbricht (*vgl. BAG 17. September 2009 - 6 AZR 481/08 - AP TVÜ § 5 Nr. 4 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 17*), indem er die Ermittlung des Vergleichsentgelts verheirateter Angestellter bezüglich der Zugrundelegung der Ortszuschlagsstufe abweichend regelt, handelt es sich um eine Ausnahmeregelung. Damit oblag der Beklagten der Nachweis einer Beteiligung der AOK Sachsen-Anhalt an der Arbeitgeberin des Ehemanns der Klägerin. Die Beklagte hat diesen Nachweis (noch) nicht erbracht. 14
3. § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 3 BAT-O nennt als Formen der Beteiligung der öffentlichen Hand zunächst die Zahlung von Beiträgen oder Zuschüssen und dann die Beteiligung „in anderer Weise“. 15
- a) Die Vorschrift ist damit weit gefasst und auch weit auszulegen (*vgl. zur entsprechenden Regelung in § 40 BBesG BVerwG 24. Februar 1983 - 2 B 22.83 - ZBR 1983, 184*). Es ist nicht erforderlich, dass aus öffentlichen Kassen personalkostengebundene Mittel gewährt werden. Der Wortlaut der Bestimmung verlangt auch keine herrschende, überwiegende oder auch nur bedeutende oder erhebliche Beteiligung. Es kommt nur auf eine finanzielle Beteiligung der öffentlichen Hand überhaupt an, nicht aber auf deren Art und Umfang. Nicht nur laufende, sondern auch einmalige Mittelzuweisungen können das Tarifmerkmal erfüllen. Ein anderer Wille der Tarifvertragsparteien ist dem Tarifwortlaut nicht zu entnehmen (*BAG 26. Mai 1994 - 6 AZR 897/93 - AP BAT § 29 Nr. 11 = EzBAT BAT § 29 Nr. 21*). Allerdings ist aus der Wortfolge „beteiligt ist“ zu folgern, dass die Beteiligung während des Zeitraumes des Bezugs familien- 16

bezogener Leistungen erfolgt ist oder zumindest, wie etwa bei baulichen Maßnahmen aufgrund einer einmaligen Leistung der öffentlichen Hand, in diesen Zeitraum hinein fortgewirkt hat (vgl. *Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese BAT Stand Oktober 2000 § 29 Erl. 10 mwN*).

b) Die Formulierung „durch Zahlung von Beiträgen oder Zuschüssen ... 17
beteiligt ist“ zeigt, dass diese Leistungen grundsätzlich von einer in der Vorschrift genannten juristischen Person des öffentlichen Rechts dem Arbeitgeber der anderen Person unmittelbar erbracht werden müssen. Jede Form der Beteiligung setzt voraus, dass Mittel aus öffentlichen Kassen zufließen, weil es Sinn der Konkurrenzvorschrift ist, Doppelleistungen aus öffentlichen Kassen zu verhindern (vgl. zur entsprechenden Regelung in § 40 BBesG *Sander in Schwegmann/Summer Besoldungsrecht des Bundes und der Länder Stand Juni 2008 § 40 BBesG Rn. 14f*). Es genügt deshalb für das Gleichstehen einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst regelmäßig nicht, wenn die andere Person in einem Unternehmen beschäftigt ist, an dem ein anderes Unternehmen Gesellschaftsanteile hält, und dieses andere Unternehmen Beiträge oder Zuschüsse aus einer öffentlichen Kasse erhält. Gängige Formen der Beteiligung der öffentlichen Hand sind die institutionelle und die projektbezogene Förderung. Beiden Formen ist gemeinsam, dass die öffentliche Hand für bestimmte Aufgaben, die von privaten Arbeitgebern als eigene Sache wahrgenommen werden und an deren Erfüllung ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, Geldmittel zur Verfügung stellt (*Sander in Schwegmann/Summer aaO*).

c) Eine Beteiligung der öffentlichen Hand im Sinne von § 29 Abschn. B 18
Abs. 7 Satz 3 BAT-O kann ausnahmsweise auch dann vorliegen, wenn zB Fördermittel aus einer öffentlichen Kasse dem in Frage stehenden Arbeitgeber nicht unmittelbar zufließen, sondern einem Dritten gewährt werden, der seinerseits diesen Arbeitgeber finanziert (vgl. *BVerwG 29. August 1991 - 2 C 5.91 - ZTR 1992, 43; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese BAT Stand Oktober 2000 § 29 Erl. 10*). Angesichts der Vielfalt der Beteiligungsformen der öffentlichen Hand an wirtschaftlichen Unternehmungen kann allerdings auch nicht jede nur mittelbare Beteiligung genügen (*BAG 30. November 1982 - 3 AZR 1230/79 - AP*

TV Ang Bundespost § 25 Nr. 1 = EzBAT BAT § 29 Nr. 1). Jedenfalls dann, wenn dem Arbeitgeber der anderen Person öffentliche Fördermittel nicht auf direktem Wege zufließen, ist das Tarifmerkmal „der Beteiligung in anderer Weise“ nur dann erfüllt, wenn der Arbeitgeber der anderen Person zumindest auch öffentliche Aufgaben in den Formen des privaten Rechts und mit privatrechtlichen Mitteln wahrnimmt oder seine wirtschaftliche Betätigung zumindest auch im öffentlichen Interesse liegt, wie dies auch bei einer unmittelbaren institutionellen oder projektbezogenen Förderung durch die öffentliche Hand regelmäßig der Fall ist. Andernfalls wäre es nicht zu rechtfertigen, Vergütungsansprüche des allgemeinen privaten Rechts bei der Regelung von Vergütungsansprüchen des öffentlichen Dienstes und des Besoldungsrechts der öffentlichen Hand zu berücksichtigen (*BAG 30. November 1982 - 3 AZR 1230/79 - aaO*).

d) Diese Einschränkung bei einer nur mittelbaren Beteiligung der öffentlichen Hand wird auch aus der Entstehungsgeschichte der Regelung deutlich. Mit Inkrafttreten des 49. Änderungstarifvertrags zum BAT vom 17. Mai 1982 wurde die bis dahin sinngemäß anzuwendende beamtenrechtliche Vorschrift des § 40 BBesG durch die eigenständige Tarifregelung in § 29 BAT ersetzt. § 40 BBesG sah ursprünglich für Beamte die vollen Ehegattenanteile des Ortszuschlags zugunsten beider im öffentlichen Dienst tätigen Ehepartner vor. Durch das Haushaltsstrukturgesetz vom 18. Dezember 1975 (*BGBI. I S. 3091*) wurde eine entsprechende Tarfkürzungsregelung eingeführt, die mit Wirkung zum 1. Juli 1978 (*Achtes Gesetz zur Änderung beamtenrechtlicher und besoldungsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juni 1978, BGBI. I S. 869*) um die zweite Alternative der „entsprechenden Leistung“ ergänzt wurde. Hintergrund des Haushaltsstrukturgesetzes war die Notwendigkeit von Sparmaßnahmen im öffentlichen Dienst zur Konsolidierung der Haushalte (*vgl. BAG 3. April 2003 - 6 AZR 78/02 - BAGE 106, 6, 8 f.*). Mit der Änderung der Ortszuschlagsregelung für beiderseits im öffentlichen Dienst tätige Ehegatten sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass hiermit bislang derselbe Tatbestand doppelt aus öffentlichen Kassen abgegolten wurde, was der sozialbezogene Charakter des Ehegattenanteils im Ortszuschlag nicht verlangt. Da die Tarifvertragspartei-

19

en des BAT im Jahre 1982 die gesetzliche Regelung unverändert in den Tarifvertrag übernommen haben, sind die Überlegungen zum Zweck der gesetzlichen Regelung auf den tariflichen Regelungszweck grundsätzlich übertragbar (vgl. BAG 3. April 2003 - 6 AZR 78/02 - BAGE 106, 6, 9). Das Argument der Notwendigkeit von Sparmaßnahmen im öffentlichen Dienst zur Konsolidierung der Haushalte und die Erwägung, dass derselbe Tatbestand nicht doppelt aus öffentlichen Kassen abgegolten werden soll, tragen nicht, wenn die Finanzierung des Arbeitgebers der anderen Person nicht zumindest auch im öffentlichen Interesse liegt oder der Wahrnehmung von Aufgaben dient, die ansonsten von einer der in § 29 Abschn. B Abs. 7 BAT-O genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts selbst wahrgenommen werden müssten.

4. Daran gemessen ist die AOK Sachsen-Anhalt als Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht durch Zahlung von Beiträgen oder Zuschüssen oder in anderer Weise an der D GmbH im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 3 BAT-O beteiligt, wenn nur die vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen zugrunde gelegt werden. 20

a) Die AOK Sachsen-Anhalt ist nicht als Gesellschafterin der D GmbH unmittelbar an dieser „in anderer Weise“ beteiligt. Alleinige Gesellschafterin der D GmbH ist die A GmbH. Deren alleinige Gesellschafterin ist zwar die AOK Sachsen-Anhalt und damit eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Diese daraus abzuleitende unmittelbare Beteiligung der AOK Sachsen-Anhalt an der A GmbH erfüllt das Tarifmerkmal einer Beteiligung an der D GmbH jedoch nicht. Die nur mittelbare Beteiligung der AOK Sachsen-Anhalt an der D GmbH reichte nur dann aus, wenn diese zumindest auch öffentliche Aufgaben wahrnehmen würde oder ihre wirtschaftliche Betätigung im öffentlichen Interesse läge. Daran fehlt es. In § 1 des Leiharbeitsvertrags vom 9. Dezember 2005 zwischen dem Ehemann der Klägerin und der D GmbH hat diese erklärt, im Besitz einer gültigen Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zu sein. Mit der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung erfüllt die D GmbH weder öffentliche Aufgaben noch Aufgaben, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt. Eine zumindest teilweise Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch 21

die D GmbH hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Die Beklagte hat die Erfüllung solcher Aufgaben durch die D GmbH auch nicht hinreichend konkret behauptet. Auf ihrer Homepage wirbt die D GmbH in Übereinstimmung mit den Angaben zu ihren Geschäftsfeldern im Jahresabschluss zum 31. Dezember 2007 ua. mit Management- und Personaldienstleistungen, Facility Management (Hausverwaltung, Gebäudemanagement, Bautechnik), professioneller Kommunikation mit innovativer Callcenter-Technik sowie Abrechnungsprüfung. Daraus ergibt sich keine Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

b) Soweit die Beklagte behauptet hat, die D GmbH erhalte von der AOK Sachsen-Anhalt Leistungsentgelte, kann auch daraus keine Beteiligung im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 3 BAT-O abgeleitet werden (*vgl. Böhm/Spiertz/Sponer/Steinherr BAT Stand November 2000 § 29 Anh. Nr. 1 Ziff. 40.6.4*). Gegenleistungen für die Inanspruchnahme von Diensten oder für die Lieferung von Waren stellen weder Beiträge noch Zuschüsse noch eine Beteiligung in anderer Weise dar. Deshalb hilft der Beklagten auch ihr Vortrag nicht weiter, die AOK Sachsen-Anhalt sei Hauptkundin der D GmbH und habe an diese im Jahr 2007 Leistungsentgelte iHv. mindestens 3,752 Millionen Euro gezahlt. 22

c) Mit der pauschalen, von der Klägerin ausdrücklich bestrittenen Behauptung, die D GmbH erhalte von der AOK Sachsen-Anhalt Zuschüsse, hat die Beklagte eine Beteiligung der AOK Sachsen-Anhalt an der D GmbH nicht hinreichend substantiiert dargelegt, insbesondere nicht angegeben, ob und gegebenenfalls für welche Art von Zuschüssen die AOK Sachsen-Anhalt an sie entrichtete Krankenversicherungsbeiträge verwendet. Die Bezuschussung einer GmbH, die ua. mit Management- und Personaldienstleistungen, Facility Management (Hausverwaltung, Gebäudemanagement, Bautechnik) sowie professioneller Kommunikation mit innovativer Callcenter-Technik wirbt, mit Hilfe von gesetzlichen Krankenversicherungsbeiträgen ist nicht so selbstverständlich, dass eine Erläuterung der Zuschusszahlungen verzichtbar gewesen wäre. Auch die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, dass die AOK Sachsen-Anhalt jährlich einen mehrfachen Millionenbetrag als Vorleistungen an die D GmbH 23

erbringt und dass eine werbende Tätigkeit der D GmbH ohne diese Vorleistungen nicht möglich wäre, rechtfertigt noch nicht die Annahme einer Beteiligung im Tarifsinne. Das Landesarbeitsgericht hat keine Angaben dazu gemacht, um welche Art von Vorleistungen es sich handelt. Auch die Beklagte hat die von ihr behauptete Beteiligung der AOK Sachsen-Anhalt an der D GmbH nicht näher erläutert. Sie hat dazu nur vorgetragen, die Arbeitgeberin des Ehemanns der Klägerin erhalte zur Finanzierung ihrer Aufgaben Leistungsentgelte bzw. Zuschüsse von Körperschaften des öffentlichen Rechts im Sinne des § 29 Abschn. B Abs. 7 BAT-O.

5. Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund seiner Annahme, bereits die mittelbare Beteiligung der AOK Sachsen-Anhalt an der D GmbH erfülle das Merkmal einer Beteiligung im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 3 BAT-O, die Beklagte nicht darauf hingewiesen, dass dieser der Nachweis einer Beteiligung der AOK Sachsen-Anhalt an der D GmbH obliegt und dass der pauschale Hinweis auf Vorleistungen und Zuschusszahlungen zur Darlegung einer Beteiligung im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 3 BAT-O unzureichend ist. Dies hat das Landesarbeitsgericht nachzuholen. Dazu hat es der Beklagten Gelegenheit zu geben, ihren Sachvortrag zur Beteiligung der AOK Sachsen-Anhalt oder anderer in § 29 Abschn. B Abs. 7 BAT-O genannter Körperschaften oder Verbände des öffentlichen Rechts zu ergänzen und weiter zu substantiieren, insbesondere die behaupteten Vorleistungen und Zuschusszahlungen zu erläutern. 24

6. Kann, gegebenenfalls nach einer Beweisaufnahme, eine Beteiligung der AOK Sachsen-Anhalt an der D GmbH im Tarifsinne nicht festgestellt werden, wird das Landesarbeitsgericht der Klage iHv. 965,46 Euro brutto stattzugeben haben. Der Klägerin steht dann für die Monate Februar bis Oktober 2008 weitere Vergütung in dieser Höhe zu. Gemäß der ab dem 1. Mai 2004 gültigen Ortszuschlagstabelle zu § 29 BAT-O betrug in der Vergütungsgruppe VI b BAT die Differenz zwischen dem Ortszuschlag der Stufe 1 iHv. 437,72 Euro brutto und dem Ortszuschlag der Stufe 2 iHv. 531,90 Euro brutto monatlich 94,18 Euro brutto. Unter Berücksichtigung der in der Protokollerklärung zu § 6 25

Abs. 1 TVÜ-Länder regelten Erhöhung zum 1. Januar 2008 um den Faktor 1,081081 errechnet sich ein Unterschiedsbetrag von monatlich 101,82 Euro brutto und somit für die Monate Februar bis April 2008 der von der Klägerin geltend gemachte Differenzbetrag iHv. 305,46 Euro brutto. Für die Monate Mai bis Oktober 2008 steht der Klägerin, wenn das Vergleichsentgelt unter Zugrundelegung des Ortszuschlags der Stufe 2 zu ermitteln ist, jedenfalls zusätzlich zu dem von der Beklagten in den Gehaltsabrechnungen vom 14. Mai 2008 für März und April 2008 jeweils ausgewiesenen Betrag „Individuelle Zwischenstufe“ iHv. jeweils 59,17 Euro brutto der beanspruchte weitere Betrag iHv. 50,91 Euro brutto (hälftiger Unterschiedsbetrag zwischen den Ortszuschlagsstufen 1 und 2 nach der Erhöhung zum 1. Januar 2008: $101,82 \text{ Euro brutto} : 2 = 50,91 \text{ Euro brutto}$) zu. Damit errechnet sich als Entgelt der „Individuellen Zwischenstufe“ ein Betrag von 110,08 Euro brutto und unter Berücksichtigung der in § 6 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 TVÜ-Länder regelten Erhöhung um 2,9 vH und Aufrundung auf volle fünf Euro ein Betrag iHv. 115,00 Euro brutto, so dass sich angesichts des von der Beklagten gezahlten Entgelts „Individuelle Zwischenstufe“ iHv. monatlich 5,00 Euro brutto ein monatlicher Differenzbetrag von 110,00 Euro brutto ergibt. Für die Monate Mai bis Oktober 2008 ergäbe sich somit ein weiterer Vergütungsanspruch der Klägerin iHv. 660,00 Euro brutto, so dass der Klägerin insgesamt 965,46 Euro brutto zustünden.

7. § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 4 BAT-O steht einer Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 965,46 Euro brutto nicht entgegen. Nach dieser Bestimmung trifft die Entscheidung, ob die Voraussetzungen einer Beteiligung erfüllt sind, im Bereich des Bundes und im Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder der für das Tarifrecht zuständige Minister oder die von ihm bestimmte Stelle, im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände der zuständige Mitgliederverband. Für die entsprechende gesetzliche Bestimmung im Besoldungsrecht der Beamten (*§ 40 Abs. 7 Satz 4 BBesG idF vom 13. November 1980, jetzt § 40 Abs. 6 Satz 4 BBesG*) hat das Bundesverwaltungsgericht (*vgl. BVerwG 11. Juni 1985 - 2 C 4.82 - DÖD 1986, 38*) angenommen, die Entscheidung habe keine konstitutive Bedeutung für den Umfang

26

des Anspruchs auf Ortszuschlag, sondern solle nur in Zweifelsfällen eine einheitliche Anwendung des § 40 Abs. 7 BBesG idF vom 13. November 1980 durch die Besoldungsstellen gewährleisten. Dem hat sich der Senat (26. Mai 1994 - 6 AZR 897/93 - AP BAT § 29 Nr. 11 = EzBAT BAT § 29 Nr. 21) angeschlossen, weil keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Tarifvertragsparteien mit der Aufnahme der vergleichbaren Regelung in § 29 Abschn. B Abs. 7 Satz 4 BAT-O eine weitergehende Absicht verfolgt haben. Daran ist festzuhalten.

Fischermeier

Brühler

Spelge

Schäferkord

Barbara Bender