

BUNDESARBEITSGERICHT

6 AZR 449/09

5 Sa 209/08

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Januar 2010

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie die ehrenamtlichen Richter Kapitza und Koch für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 10. März 2009 - 5 Sa 209/08 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Anspruch auf Zahlung eines ruhegehaltfähigen Zuschusses zur Vergütung nach § 4 der Zweiten Verordnung über besoldungsrechtliche Übergangsregelungen nach Herstellung der Einheit Deutschlands (*Zweite Besoldungs-Übergangsverordnung vom 21. Juni 1991 - 2. BesÜV*). 1

Der Kläger ist seit dem 1. Mai 1993 für die beklagte Berufsgenossenschaft bzw. deren Rechtsvorgängerin als Technische Aufsichtsperson iSv. § 18 SGB VII tätig. Bei seiner Anstellung ist er in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 13 eingewiesen worden. Die Beklagte ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die am 1. Mai 2005 aus der Fusion der bisher sieben rechtlich selbständigen einzelnen regionalen Bau-Berufsgenossenschaften und der Tiefbau-Berufsgenossenschaft zur jetzigen Beklagten hervorgegangen ist. Gemäß § 4 ihrer Dienstordnung (*DO*) bestimmt sich die Besoldung der Angestellten nach den Vorschriften für Beamte des Bundes auf der Grundlage des Stellenplanes. 2

Als Aufsichtsperson darf nach § 18 Abs. 2 Satz 1 SGB VII nur beschäftigt werden, wer seine Befähigung für diese Tätigkeit durch eine Prüfung nachgewiesen hat. Die bei Einstellung des Klägers geltende Prüfungsordnung I für den Technischen Aufsichtsdienst bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften in der seit dem 1. Januar 1967 geltenden Fassung, die für Bewerber mit einer Hochschulausbildung und Absolventen einer höheren technischen 3

Lehranstalt galt, enthielt ua. folgende Regelungen:

„...“

§ 1

Zulassung zur Prüfung

Zur Prüfung kann nur zugelassen werden, wer

- a) eine bestimmte Vorbildung hat (§§ 2, 3),
- b) die Vorbereitungszeit abgeleistet hat (§ 4),
- c) von der Berufsgenossenschaft zur Prüfung gemeldet wird.

§ 2

Nachweis der Vorbildung

Die im § 1 Buchstabe a) genannten Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Bewerber eine abgeschlossene technische oder naturwissenschaftliche Ausbildung besitzt; diese ist durch das Abschlußzeugnis einer Hochschule oder einer staatlichen oder staatlich anerkannten höheren technischen Lehranstalt nachzuweisen.

§ 3

Praktische Kenntnisse

Der Bewerber soll vor der Einstellung praktische betriebliche Kenntnisse erworben haben.

§ 4

Vorbereitungszeit

Die Vorbereitungszeit (§ 1 Buchstabe b) dauert zwei Jahre. Sie kann mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde um höchstens ein Jahr gekürzt werden, wenn der Technische Aufsichtsbeamte im Vorbereitungsdienst auf Grund seiner Berufserfahrung mit den besonderen Aufgaben der Unfallverhütung hinreichend vertraut ist.

...“

Die Zulassungsvoraussetzungen für Bewerber mit abgeschlossener technischer oder gleichartiger Ausbildung regelte die Prüfungsordnung II. Zur Prüfung konnte nach deren § 2 Abs. 1 nur zugelassen werden, wer eine abgeschlossene technische oder gleichartige Ausbildung nachwies oder die notwendigen Kenntnisse durch Lebens- und Berufserfahrung erworben hatte.

4

Technische Aufsichtspersonen, die sich nach dieser Prüfungsordnung qualifiziert hatten, erhielten eine Eingangsbesoldung nach A 9 BBesG. Dagegen wurden Technische Aufsichtspersonen mit einer Qualifikation nach der Prüfungsordnung I im Eingangsamt in die Besoldungsgruppe A 11 BBesG eingestuft bzw. wenn sie - wie der Kläger - ein Hochschulstudium absolviert hatten, in die Besoldungsgruppe A 13 BBesG.

Die nach § 1 Buchst. b iVm. § 4 der Prüfungsordnung I erforderliche Vorbereitungszeit absolvierte der Kläger zwischen dem 1. Januar 1991 und dem 29. Januar 1993 teils im bisherigen Bundesgebiet, teils in den neuen Ländern. Einzelheiten zur zeitlichen Aufteilung des Dienstes sind streitig geblieben. Insoweit hat der Kläger einen für die Prüfungsordnungen I und II gleichermaßen geltenden „Stoffplan für die Ausbildung“ sowie sein „Ausbildungstagebuch“ zur Akte gereicht. Nach bestandener Prüfung setzte ihn die Beklagte - wie bereits bei seiner Einstellung vorgesehen - ausschließlich in Mecklenburg-Vorpommern ein. Die nach § 2 der Prüfungsordnung I erforderliche Vorbildung besitzt der Kläger aufgrund eines Studiums an der TH Wismar, das er zwischen September 1982 und Juli 1986 absolviert und als Diplom-Ingenieur abgeschlossen hat. Im Anschluss an sein Studium war er als Statiker in Rostock tätig.

5

Die Beklagte zahlte dem Kläger bis zum 31. März 2008 unter Anwendung des § 2 der 2. BesÜV abgesenkte Bezüge. Nach der für den Streitzeitraum maßgeblichen Fassung dieser Vorschrift erhielten Beamte, die von ihrer erstmaligen Ernennung an im Beitrittsgebiet verwendet wurden, bis zum 31. März 2008 lediglich 92,5 vom Hundert der für das bisherige Bundesgebiet jeweils geltenden Dienstbezüge. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erhielten mit dem Kläger vergleichbare Technische Aufsichtsbeamte bei anderen Bau-Berufsgenossenschaften ungekürzte Bezüge, die ihnen nach der zum 1. Mai 2005 erfolgten Fusion von der Beklagten weiter gezahlt worden sind.

6

Mit seiner am 2. August 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage begehrt der Kläger zuletzt noch die Feststellung, dass ihm vom 1. Mai 2005 bis

7

zum 31. März 2008 ein Zuschuss zur Ergänzung der Dienstbezüge in Höhe des Unterschiedsbetrages zu den im bisherigen Bundesgebiet zu zahlenden Bezügen zustand.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe lediglich die allgemeinen Grundkenntnisse und -fähigkeiten, auf denen die weitere laufbahnbezogene Ausbildung aufgebaut habe, im Beitrittsgebiet erworben. Dazu gehöre auch sein Studium. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sei es mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar, die Berufsausbildung als Befähigungsvoraussetzung anzusehen. Im Übrigen werde für die Laufbahn des Klägers ein Studium nicht gefordert, denn nach der Prüfungsordnung II könnten auch Meister die Ausbildung zum Technischen Aufsichtsbeamten durchführen. Abzustellen sei allein auf den Vorbereitungsdienst, den er überwiegend im bisherigen Bundesgebiet absolviert habe. Darüber hinaus sei das technische Hochschulstudium im Beitrittsgebiet überwiegend identisch mit dem im bisherigen Bundesgebiet gewesen. Ziel des Zuschusses sei es auch gewesen, Personen aus dem Beitrittsgebiet, die ihre Befähigung im bisherigen Bundesgebiet erworben hätten, zur Rückkehr ins Beitrittsgebiet zu bewegen. Deshalb komme es darauf an, welche Ausbildung der Tätigkeit ihr Gepräge gebe. Das sei im Fall des Klägers der Vorbereitungsdienst gewesen.

8

Jedenfalls sei der Gleichheitsgrundsatz verletzt, weil die Beklagte nach der Fusion mit den übrigen Berufsgenossenschaften vergleichbaren Dienstordnungsangestellten weiterhin den Zuschuss nach § 4 der 2. BesÜV gezahlt habe. Insoweit habe sie sich selbst gebunden.

9

Der Kläger hat zuletzt unter Zurücknahme der Revision im Übrigen beantragt

10

festzustellen, dass dem Kläger ein ruhegehaltfähiger Zuschuss in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen den Bezügen nach § 2 der 2. BesÜV und den bei gleichem Amt für das bisherige Bundesgebiet geltenden Dienstbezügen vom 1. Mai 2005 bis 31. März 2008 zusteht.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, gerade durch das Hochschulstudium und nicht erst und allein durch den Vorbereitungsdienst seien die erforderlichen fachspezifischen Inhalte vermittelt worden. Die unterschiedliche Besoldung der Dienstordnungsangestellten sei ausschließlich Folge der Fusion. Sie sei an die Besoldung der übernommenen Angestellten gebunden gewesen. 11

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, soweit sie noch streitbefangen ist. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. 12

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. 13

I. Ungeachtet des reinen Vergangenheitsbezugs der Feststellungsklage liegt das nach § 256 Abs. 2 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse vor. Der verlangte Gegenwartsbezug wird dadurch hergestellt, dass der Kläger nach wie vor die Erfüllung konkreter Vergütungsansprüche aus einem in der Vergangenheit liegenden Zeitraum und damit einen gegenwärtigen rechtlichen Vorteil anstrebt. Das gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - das angestrebte Feststellungsurteil geeignet ist, den Konflikt der Parteien endgültig beizulegen und weitere Prozesse zwischen ihnen zu vermeiden. Es kann von der Beklagten als Körperschaft des öffentlichen Rechts erwartet werden, dass sie einem etwaigen gegen sie ergehenden Feststellungsurteil nachkommen wird (*vgl. Senat 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - Rn. 13*). 14

II. Die Klage ist unbegründet. Dem Kläger stand in der Zeit vom 1. Mai 2005 bis zum 31. März 2008 kein Zuschuss nach § 4 der 2. BesÜV zu. 15

1. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 der 2. BesÜV in der für den Kläger noch maßgeblichen Fassung vom 24. August 1994 erhielten Beamte mit Anspruch auf 16

Besoldung nach § 2 der 2. BesÜV einen ruhegehaltfähigen Zuschuss zur Ergänzung ihrer Dienstbezüge in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen den Bezügen nach § 2 der 2. BesÜV und den bei gleichem Amt für das bisherige Bundesgebiet geltenden Dienstbezügen, wenn sie aufgrund der im bisherigen Bundesgebiet erworbenen Befähigungsvoraussetzungen ernannt wurden.

2. Der Kläger hat die Befähigungsvoraussetzungen iSv. § 4 Abs. 1 Satz 1 der 2. BesÜV aF nicht überwiegend im bisherigen Bundesgebiet, sondern im Beitrittsgebiet erworben. 17

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (*zuletzt 13. März 2008 - 6 AZR 794/06 - mwN, NZA-RR 2008, 495*) sind in die Wertung, ob die Befähigungsvoraussetzungen überwiegend im Beitritts- oder im bisherigen Bundesgebiet erworben sind, sämtliche Vor- und Ausbildungsvoraussetzungen einzubeziehen, welche die spezifisch fachbezogene Vorbildung für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben der jeweiligen Laufbahn vermitteln. Dagegen bleiben solche Vorbildungsvoraussetzungen außer Betracht, die nur allgemeine (Grund-)Kenntnisse und (Grund-)Fähigkeiten vermitteln, auf denen die weitere laufbahnbezogene Ausbildung aufbaut. Für Dienstordnungsangestellte wie den Kläger gilt nichts anderes (*Senat 10. Februar 2005 - 6 AZR 515/04 - zu 3 b der Gründe, NZA-RR 2006, 38*). 18

aa) Nach diesen Maßstäben ist für die Frage, wo die Befähigungsvoraussetzungen iSv. § 4 der 2. BesÜV erworben worden sind, beim mittleren Dienst sowie dem gehobenen nichttechnischen Dienst auf den Vorbereitungsdienst abzustellen. Die Befähigungsvoraussetzungen für diese Laufbahnen werden idR erst durch den Vorbereitungsdienst erworben. Die als Vorbildung geforderten allgemeinen Schul- und Bildungsabschlüsse und die ihnen vorausgehenden oder sie ersetzenden Bildungsgänge vermitteln keine spezifische fachliche Qualifikation zur Wahrnehmung der Amtsaufgaben oder weisen eine solche nach, sondern verschaffen nur allgemeine (Grund-)Kenntnisse und (Grund-)Fähigkeiten, auf denen die weitere laufbahnbezogene Ausbildung 19

aufbaut. Der Schulbildung kommt deshalb für diesen Personenkreis im Hinblick auf den Zweck der Zuschussregelung in § 4 der 2. BesÜV, fachlich qualifiziertes Personal für den unverzüglichen Aufbau einer leistungsfähigen Verwaltung im Beitrittsgebiet zu gewinnen, nur eine untergeordnete Bedeutung zu (*Senat 10. Februar 2005 - 6 AZR 515/04 - NZA-RR 2006, 38; BVerfG 13. November 2003 - 2 BvR 1883/99 - NJ 2004, 72; BVerwG 15. Juni 2006 - 2 C 14.05 - ZTR 2006, 619*).

bb) Entgegen der Auffassung des Klägers ist ihm dagegen die eigentliche 20
zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderliche fachliche Qualifikation nicht erst durch den Vorbereitungsdienst vermittelt worden. Vielmehr war nach der Prüfungsordnung I auch ein dem Vorbereitungsdienst vorhergehendes einschlägiges Studium erforderlich, das grundlegende fachbezogene, im späteren Amt fortwirkende Inhalte vermittelt hat.

Bei den Technischen Aufsichtspersonen iSd. § 18 SGB VII, zu denen 21
der Kläger gehört, ist Befähigungsvoraussetzung nach der einschlägigen Prüfungsordnung I neben einem höheren Bildungsabschluss und dem erfolgreichen Durchlaufen des Vorbereitungsdienstes mit abschließender Laufbahnprüfung nach § 2 der Prüfungsordnung I ein abgeschlossenes technisches oder naturwissenschaftliches Studium oder ein entsprechender Abschluss einer höheren technischen Lehranstalt. Darin liegt der entscheidende Unterschied zu den Laufbahnen des mittleren und gehobenen nichttechnischen Dienstes, für die lediglich die Hochschulzugangsberechtigung erforderlich ist. Im Unterschied zu diesem Personenkreis benötigen Technische Aufsichtspersonen wie der Kläger eine spezifische, vor dem Vorbereitungsdienst erworbene Ausbildung, die eine maßgebliche fachliche Qualifikation für die spätere Ausübung der Tätigkeit darstellt. Das von der Prüfungsordnung I verlangte technische oder naturwissenschaftliche Studium vermittelt grundlegende fachbezogene Inhalte für den Vorbereitungsdienst, die im späteren Amt fortwirken, und stellt damit eine fachbezogene Vorbildung dar, die zu den Befähigungsvoraussetzungen iSd. § 4 der 2. BesÜV gehört. Das ergibt sich bereits daraus, dass nur solchen Personen, die über die verlangte spezifische Ausbildung verfügen, überhaupt

der Vorbereitungsdienst einer derartigen technischen Laufbahnrichtung offensteht (vgl. BVerwG 26. August 2009 - 2 B 41/09 - Rn. 5 für den gehobenen landwirtschaftlich-technischen Verwaltungsdienst; Sächsisches OVG 29. Mai 2008 - 2 B 573/07 - Rn. 25, 27 für den gehobenen vermessungstechnischen Verwaltungsdienst [die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde blieb erfolglos: BVerwG 10. Dezember 2008 - 2 B 67/08 -]; BVerfG 12. Februar 2003 - 2 BvR 709/99 - BVerfGE 107, 257 für das rechtswissenschaftliche Studium).

Aus der vom Kläger wiederholt herangezogenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. September 2004 (- 2 BvR 669/02 -) folgt entgegen der Ansicht des Klägers nichts anderes. Die Ausführungen unter B II 2 c dieses Beschlusses, auf die er sich stützt, beziehen sich lediglich auf den Abschluss einer allgemein bildenden Schule oder eine diesen ersetzende Berufsausbildung als Voraussetzung für die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst. Für den Einstieg in die nichttechnischen Laufbahnen des mittleren oder gehobenen Dienstes genügt eine bestimmte Schulbildung oder eine dieser gleichwertige Berufsausbildung. Das fachbezogene Studium, das die Prüfungsordnung I für den Vorbereitungsdienst verlangt, stellt dagegen eine zusätzliche, fachspezifische, fortwirkende Vorbildung dar.

22

cc) Soweit nach § 2 der Prüfungsordnung I auch ein naturwissenschaftliches Studium zum Eintritt in den Vorbereitungsdienst für den technischen Aufsichtsdienst berechtigt, folgt daraus entgegen der Auffassung der Revision nicht, dass das Studium für die spätere Tätigkeit keine Fortwirkung entfaltet. Der Kläger berücksichtigt dabei nicht, dass die Prüfungsordnung I nicht speziell für die spätere Tätigkeit als Technische Aufsichtsperson bei einer Bau-Berufsgenossenschaft erlassen worden ist, sondern für eine derartige Tätigkeit bei sämtlichen gewerblichen Berufsgenossenschaften qualifizieren sollte. Technische Aufsichtspersonen nach dem SGB VII beraten und beaufsichtigen die Mitgliedsbetriebe von Berufsgenossenschaften im Bereich der Arbeitssicherheit, des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung. Dabei nutzen sie ihre Fach-, Methoden- und Sozialkompetenz, die sie durch ihr abgeschlossenes Studium, mehrjährige praktische Berufserfahrung und den Vorbereitungsdienst erworben

23

haben (*Berufsbild der Aufsichtsperson bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften*). Je nach dem Zuschnitt der Mitgliedsbetriebe sind unterschiedliche technische Vorbildungen erforderlich. Darauf stellt die Prüfungsordnung I ab.

dd) Entgegen der Auffassung des Klägers ist sein Studium auch nicht deshalb außer Betracht zu lassen, weil nach der Prüfungsordnung II auch ohne ein solches Studium die Befähigung als Technische Aufsichtsperson erworben werden konnte. Die von der Prüfungsordnung II geforderte Vorbildung ermöglicht nicht den Einstieg in die Laufbahn des Klägers, der dem höheren Dienst angehört und deshalb nach der Prüfungsordnung I qualifiziert worden ist. Ein nach der Prüfungsordnung II absolvierter Vorbereitungsdienst eröffnete im Eingangsamtsamt nur eine Besoldung nach der Besoldungsgruppe A 9. Für den Zugang zum höheren Dienst verlangt die Prüfungsordnung I - wie es im öffentlichen Dienst die Regel ist - dagegen ein Hochschulstudium (*vgl. BVerwG 26. August 2009 - 2 B 41.09 - Rn. 5*). Die Technischen Aufsichtspersonen, die nach der Prüfungsordnung II ausgebildet worden sind, sind mit denen, die unter Zugrundelegung der Prüfungsordnung I ihren Vorbereitungsdienst absolviert haben, deshalb von vornherein nicht zu vergleichen. Im Übrigen verlangt auch die Prüfungsordnung II eine technische oder gleichartige Ausbildung bzw. durch Berufserfahrung nachgewiesene technische Kenntnisse, die vor Aufnahme in den Vorbereitungsdienst erworben sein müssen. Auch dabei handelt es sich um spezifische fachbezogene Kenntnisse, die im späteren Amt nachwirken und nicht nur um allgemeine Grundkenntnisse und -fähigkeiten.

24

ee) Der Hinweis des Klägers darauf, dass das technische Hochschulstudium im Beitrittsgebiet überwiegend identisch mit dem im bisherigen Bundesgebiet gewesen sei, ist rechtlich unerheblich. Die Gleichwertigkeit der Vor- und Ausbildungen im bisherigen Bundesgebiet und dem Beitrittsgebiet wird von der Zuschussregelung der 2. BesÜV ohne Weiteres vorausgesetzt (*Senat 10. Februar 2005 - 6 AZR 515/04 - zu 3 d aa der Gründe, NZA-RR 2006, 38; BVerwG 15. Juni 2006 - 2 C 14.05 - Rn. 14, ZTR 2006, 619*). Maßgeblich ist ausgehend von dem Ziel der Zuschussregelung in § 4 der 2. BesÜV, fachlich qualifiziertes Personal für den Aufbau einer funktionsfähigen Verwaltung zu

25

gewinnen, allein, wo die als Befähigungsvoraussetzungen bestimmten fachbezogenen Vorbildungen und Prüfungen erworben bzw. abgelegt worden sind (vgl. Senat 13. März 2008 - 6 AZR 794/06 - Rn. 17 f., NZA-RR 2008, 495).

b) Die Befähigungsvoraussetzungen müssen zwar auch dann als im bisherigen Bundesgebiet erworben gelten, wenn der dort durchgeführte Teil der fachspezifischen Ausbildung und der Abschlussprüfung zeitlich mindestens die Hälfte der Gesamtausbildung ausmacht (Senat 13. März 2008 - 6 AZR 794/06 - Rn. 18, NZA-RR 2008, 495). Der Kläger hat jedoch die fachspezifische Ausbildung überwiegend im Beitrittsgebiet absolviert und deshalb keinen Anspruch auf den begehrten Zuschuss nach § 4 der 2. BesÜV. 26

Das Studium des Klägers hat die Dauer des Vorbereitungsdienstes deutlich überschritten. Darüber hinaus hat der Kläger, wie sich aus dem von ihm selbst geführten Ausbildungstagebuch ergibt, jedenfalls den praktischen Teil im zweiten Jahr des Vorbereitungsdienstes im Beitrittsgebiet absolviert, so dass er mehr als die Hälfte seiner fachspezifischen Gesamtausbildung nicht im bisherigen Bundesgebiet erworben hat. Deshalb verfängt die Argumentation des Klägers nicht, auch Personen aus dem Beitrittsgebiet hätten mit der Zuschussregelung in § 4 der 2. BesÜV nach Erwerb ihrer Tätigkeitsvoraussetzungen im bisherigen Bundesgebiet zur Rückkehr ins Beitrittsgebiet bewegt werden sollen. Er hat seine Befähigungsvoraussetzungen nicht überwiegend im bisherigen Bundesgebiet erworben. Für die von der Revision begehrte Wertung, ob die Vorbildung oder die Vorbereitungszeit der Tätigkeit ihr Gepräge geben, ist nach Wortlaut und Zweck der 2. BesÜV sowie des Laufbahnrechts kein Raum. 27

III. Der Kläger kann von der Beklagten auch nicht verlangen, bereits für die Zeit vom 1. Mai 2005 bis zum 31. März 2008 ungeachtet des Umstands, dass er die Voraussetzungen des § 4 der 2. BesÜV nicht erfüllte, ebenso wie einige Technische Aufsichtspersonen, die vor der Fusion bei der Bau-Berufsgenossenschaft Hannover und der Tiefbau-Berufsgenossenschaft beschäftigt waren und denen nach den Feststellungen des Landesarbeitsgericht ungeachtet des Fehlens der Voraussetzungen des § 4 der 2. BesÜV auch nach 28

der Fusion weiterhin ein entsprechender Zuschuss gezahlt wurde, einen Zuschuss nach dieser Vorschrift zu erhalten.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln. Er knüpft damit an eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers an (*Senat 17. Dezember 2009 - 6 AZR 242/09 - Rn. 29*) und bindet den Arbeitgeber nur dann, wenn er durch eigenständig gestaltendes Handeln eine Vergütungsordnung gesetzt hat. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Die Beklagte hat lediglich die von ihr bei Wirksamwerden der Fusion vorgefundenen Vergütungen weiter gewährt, nicht aber neue Vergütungsstrukturen geschaffen. Sie hat damit keine eigene verteilende Entscheidung getroffen, sondern nur Leistungen aufgrund der bei der Fusion vorgefundenen generell-abstrakten Regelung weiterhin verteilt (*vgl. BAG 31. August 2005 - 5 AZR 517/04 - Rn. 14, BAGE 115, 367; 12. Dezember 2006 - 1 ABR 38/05 - Rn. 23, AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 27 = EzA BetrVG 2001 § 87 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 13*).

29

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

30

Fischermeier

Brühler

Spelge

Kapitza

Reiner Koch