

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 691/10
10 Sa 1433/09
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. April 2012

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht

Gallner und Spelge sowie die ehrenamtliche Richterin Bender und den ehrenamtlichen Richter Dr. Wollensak für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 5. März 2010 - 10 Sa 1433/09 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 18. November 2009 - 5 Ca 2068/09 - teilweise abgeändert.
Die Klage wird insgesamt abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob Entgeltsteigerungen aufgrund eines 1
Stufenaufstiegs und allgemeiner tariflicher Entgelterhöhungen auf eine Funktionszulage angerechnet werden konnten, die an die Klägerin nach ihrer Überleitung in den TVöD als sog. außertarifliche persönliche Zulage weitergezahlt wurde.

Die 1959 geborene Klägerin ist seit Juli 1982 in der Wehrverwaltung der 2
beklagten Bundesrepublik Deutschland beschäftigt. Nach Nr. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags vom 1. Juli 1982 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (*BAT*) und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen. Die Klägerin wurde als Schreibkraft eingestellt und seit 1992 als Vorzimmerkraft eingesetzt. Sie wurde zunächst in Vergütungsgruppe IXb der Anlage 1a zum *BAT* eingruppiert und zum 5. Juli 1987 durch Bewährungsaufstieg in Vergütungsgruppe VII höhergruppiert. Seit 1. Oktober 2005 ist auf das Arbeitsverhältnis der TVöD in der für Angestellte des Bundes geltenden Fassung anzuwenden.

Die Beklagte gewährte der Klägerin mit Schreiben vom 31. Oktober 1995 „mit Wirkung vom 01.07.1995 eine monatliche Funktionszulage gemäß Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II N I BAT in Höhe von 8 v.H. der Anfangsgrundvergütung der VergGr VII BAT“. Ergänzend trafen die Parteien unter dem 31. Oktober 1995/7. November 1995 eine Nebenabrede. Deren § 1 hält fest:

„Es besteht Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien, daß die mit Schreiben der Standortverwaltung B vom 31. Oktober 1995 - II 1.2.1a - Pers. H gewährte Funktionszulage nach Maßgabe des Rundschreibens des Bundesministers des Inneren - D III 1 - 220 254/9 - vom 02.09.1986 in seiner jeweiligen Fassung gewährt wird.

Die Protokollnotiz Nr. 3 Teil II Abschnitt N Unterabschnitt I der Anlage 1a zum BAT wird in der gültigen Fassung angewendet.

Die Funktionszulage ist widerruflich.“

Die Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT in der bis 31. Dezember 1983 geltenden Fassung (*Protokollnotiz Nr. 3*) bestimmt:

„Vollbeschäftigte Angestellte, die mit mindestens einem Drittel der regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne des § 15 Abs. 1 Magnetbandschreibmaschinen oder andere Textverarbeitungsautomaten bedienen und hierbei vollwertige Leistungen erbringen, erhalten für die Dauer dieser Tätigkeit eine monatliche Funktionszulage in Höhe von 8 % der Anfangsgrundvergütung der Vergütungsgruppe VII. ... Die Funktionszulage gilt bei der Bemessung des Sterbegeldes (§ 41) und des Übergangsgeldes (§ 63) als Bestandteil der Grundvergütung und wird nur neben der Vergütung nach Vergütungsgruppe VII gezahlt. ...“

Die Anlage 1a zum BAT wurde zum 31. Dezember 1983 gekündigt. Mit Wirkung vom 1. Januar 1991 wurde sie teilweise wieder in Kraft gesetzt. Davon waren die Regelungen für Angestellte im Schreib- und Fernschreibdienst (*Teil II Abschn. N der Anlage 1a zum BAT*) - auch die Protokollnotiz Nr. 3 - ausgenommen. Mit Rundschreiben des Bundesministers des Innern vom 2. September 1986 und 9. Februar 1988 (*jeweils D III 1 - 220 254/9*) wurde bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Funktionszulage im Schreibdienst (*Funktionszulage Schreibdienst*) kraft Nachwirkung oder aufgrund arbeitsvertraglicher

Abrede gezahlt wurde. Die Klägerin erhielt die Zulage bis zur Ablösung des BAT durch den TVöD und darüber hinaus weiter.

Bei der Überleitung der Klägerin in den TVöD, mit der sie der Entgeltgruppe 5 zugeordnet wurde, floss die Funktionszulage Schreibdienst nicht in das Vergleichsentgelt ein. Sie wurde weiter getrennt ausgewiesen und gezahlt, zuletzt iHv. 94,53 Euro. Die Zulage wurde in den Verdienstabrechnungen seit Dezember 2005 mit „BStand § 9 TVÜ“ bezeichnet. Nach Auffassung des Bundesministeriums des Innern war die Leistung eine außertarifliche persönliche Zulage (*Rundschreiben vom 10. Oktober 2005 - D II 2 - 220 210/643*). Die Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 19. Dezember 2005 mit, der Unterschiedsbetrag zum bisherigen Entgelt werde bei allgemeinen Entgeltanpassungen und sonstigen Entgelterhöhungen (*Stufenaufstieg usw.*) auf diese Besitzstandszulage angerechnet. Die Zahlung der persönlichen Besitzstandszulage sei eine befristete außertarifliche Maßnahme, die längstens bis zum Inkrafttreten einer neuen Entgeltordnung erfolge. Die Klägerin unterzeichnete das Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember 2005 unter dem Passus „Ich habe oben stehende Hinweise zur Kenntnis genommen“.

6

§ 5 des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts vom 13. September 2005 (*TVÜ-Bund*) lautete auszugsweise (*textgleich mit der Fassung vom 24. Juni 2010*):

7

„(1) Für die Zuordnung zu den Stufen der Entgelttabelle des TVöD wird für die Beschäftigten nach § 4 ein Vergleichsentgelt auf der Grundlage der im September 2005 erhaltenen Bezüge gemäß den Absätzen 2 bis 7 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. ... Ferner fließen im September 2005 tarifvertraglich zustehende Funktionszulagen insoweit in das Vergleichsentgelt ein, als sie nach dem TVöD nicht mehr vorgesehen sind. ...

Protokollerklärung zu Absatz 2 Satz 3:

Vorhandene Beschäftigte erhalten bis zum In-Kraft-Treten der neuen Entgeltordnung ihre Techniker-, Meister- und Programmierzulagen unter den bisherigen Voraussetzungen als persönliche Besitzstandszulage.“

Zum 1. Oktober 2007 stieg die Klägerin nach § 6 Abs. 1 Satz 2 TVÜ-Bund aus einer individuellen Zwischenstufe zwischen den Stufen 4 und 5 der Entgeltgruppe 5 in die reguläre Stufe 5 dieser Entgeltgruppe auf. 8

Die Beklagte setzte die Klägerin mit Verfügung vom 12. Juni 2008 mit Wirkung vom 1. Juli 2008 auf den Dienstposten einer Bürokraft im Fachsanitätszentrum B um. In den Ergänzungsangaben zu diesem Schreiben heißt es in Auszügen: 9

„Gem. § 17 TVÜ-Bund richtet sich die Eingruppierung bis zum In-Kraft-Treten der neuen Entgeltordnung weiterhin nach der Anlage 1a der Vergütungsordnung zum BAT.

...

Da Ihr bisheriger Dienstposten auf Grund von Umstrukturierungsmaßnahmen im Rahmen der Neuausrichtung der Bundeswehr weggefallen ist, wird Ihnen Einkommenssicherung gem. § 6 TV UmBw in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen Ihrer bisherigen Entgeltgruppe 5 und der neuen Entgeltgruppe 3 gewährt. Im Rahmen des Besitzstandes gezahlte Zulagen werden ebenfalls gesichert.“

Im Tarifvertrag über sozialverträgliche Begleitmaßnahmen im Zusammenhang mit der Umgestaltung der Bundeswehr idF des Änderungstarifvertrags Nr. 2 vom 4. Dezember 2007 (*TV UmBw*) ist geregelt: 10

„§ 1

Geltungsbereich

(1) Abschnitt I dieses Tarifvertrages gilt für die im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung (BMVg) beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (nachfolgend Beschäftigte), die unter den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) fallen und deren Arbeitsplätze in der Zeit vom 1. Juni 2001 bis zum 31. Dezember 2010 durch Auflösung oder Verkleinerung von Dienststellen oder durch eine wesentliche Änderung des Aufbaus oder der Aufgaben einer Dienststelle ein-

schließlich damit verbundener Umgliederung oder Verlegung auf Grund der Neuausrichtung der Bundeswehr wegfallen.

...

§ 6

Einkommenssicherung

(1) Verringert sich bei Beschäftigten auf Grund einer Maßnahme im Sinne des § 1 Abs. 1 bei demselben Arbeitgeber das Entgelt, wird eine persönliche Zulage in Höhe der Differenz zwischen ihrem Entgelt und dem Entgelt gewährt, das ihnen in ihrer bisherigen Tätigkeit zuletzt zugestanden hat.

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.

...

(3) Die persönliche Zulage nimmt an allgemeinen Entgelterhöhungen teil. Ungeachtet von Satz 1 verringert sie sich nach Ablauf der sich aus § 34 Abs. 1 TVöD ohne Berücksichtigung des § 34 Abs. 2 TVöD ergebenden Kündigungsfrist bei jeder allgemeinen Entgelterhöhung bei Beschäftigten, die

- a) eine Beschäftigungszeit von 15 Jahren zurückgelegt und noch nicht das 55. Lebensjahr vollendet haben, um ein Drittel,
- b) noch keine Beschäftigungszeit von 15 Jahren zurückgelegt haben, um zwei Drittel

des Erhöhungsbetrages. Die Kündigungsfrist nach Satz 2 beginnt mit dem Tag der Aufnahme der neuen Tätigkeit. Die Verringerung unterbleibt in den Fällen, in denen die/der Beschäftigte

...

- b) eine Beschäftigungszeit von 25 Jahren zurückgelegt hat oder

...

Protokollerklärungen zu Absatz 1:

1. Vom Entgelt im Sinne dieser Regelung sind Besitzstandszulagen i.S.d. § 9 TVÜ-Bund, die die Erfüllung einer Bewährungszeit voraussetzen, umfasst.

...

2. Dem Tabellenentgelt steht Entgelt aus einer individuellen Zwischenstufe oder individuellen Endstufe gleich.

...“

Die Beklagte schmolz die Funktionszulage Schreibdienst nicht schon mit dem am 1. Oktober 2007 eingetretenen Stufenaufstieg ab. Sie rechnete erst mit der Verdienstabrechnung für Juni 2008 Entgelterhöhungen aufgrund des Stufenaufstiegs und der Tarifrunde 2008/2009 an. Sie berücksichtigte den Unterschiedsbetrag zwischen der individuellen Zwischenstufe zwischen den Stufen 4 und 5 der Entgeltgruppe 5 und dem neuen Entgelt nach Stufe 5 von 36,15 Euro. Daraus ergab sich nur noch eine monatliche Zulage von 58,38 Euro. Zudem rechnete die Beklagte die Tarifentgelterhöhung der Tarifrunde 2008/2009 zum 1. Januar 2008 in Höhe eines Drittels auf die Funktionszulage Schreibdienst an. Mit Wirkung vom 1. Januar 2009 rechnete sie eine weitere Tarifentgelterhöhung der Tarifrunde 2008/2009 zu einem Drittel auf die Zulage an.

11

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin die Funktionszulage Schreibdienst von jeweils 94,53 Euro für die Monate Januar 2008 bis Juli 2009. Sie will außerdem festgestellt wissen, dass ihr die Funktionszulage Schreibdienst ab August 2009 iHv. mindestens 94,53 Euro zusteht.

12

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie könne sich aufgrund der Nachwirkung der Anlage 1a zum BAT nach § 4 Abs. 5 TVG auf die einzelvertraglich in Bezug genommene tarifliche Anspruchsgrundlage der Protokollnotiz Nr. 3 berufen. Die Tarifvertragsparteien hätten mit dem TVöD bisher keine neue

13

Entgeltordnung vereinbart. Jedenfalls habe sie aufgrund von § 1 der Nebenabrede vom 31. Oktober 1995/7. November 1995 Anspruch auf Fortzahlung der Funktionszulage. Die Zulage sei nie widerrufen worden. Der in § 1 Abs. 2 Unterabs. 2 der Nebenabrede enthaltene Vorbehalt des freien Widerrufs halte einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB zudem nicht stand. Eine Anrechnung von Entgelterhöhungen auf die Zulage sei auch aufgrund der Einkommenssicherung in § 6 Abs. 3 Satz 4 Buchst. b TV UmBw ausgeschlossen, weil sie 25 Jahre im öffentlichen Dienst tätig sei. Die Beklagte habe ihr mit den Ergänzungsangaben zu der Umsetzungsverfügung vom 12. Juni 2008 zugesagt, im Rahmen des Besitzstands gezahlte Zulagen seien nach § 6 TV UmBw gesichert. Damit sei die Funktionszulage Schreibdienst selbst dann anrechnungsfest geworden, wenn § 6 Abs. 3 Satz 4 TV UmBw nur rein tarifliche Zulagen erfasse.

Die Klägerin hat beantragt,

14

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.796,07 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 94,53 Euro seit dem 1. Januar 2008, 1. Februar 2008, 1. März 2008, 1. April 2008, 1. Mai 2008, 1. Juni 2008, 1. Juli 2008, 1. August 2008, 1. September 2008, 1. Oktober 2008, 1. November 2008, 1. Dezember 2008, 1. Januar 2009, 1. Februar 2009, 1. März 2009, 1. April 2009, 1. Mai 2009, 1. Juni 2009 und 1. Juli 2009 zu zahlen;
2. festzustellen, dass ihr ab dem Monat August 2009 die Funktionszulage nach den Protokollnotizen Nrn. 3 und 6 des Teils II Abschnitt N Unterabschnitt I der Anlage 1a zum BAT als monatliche Besitzstandszulage iHv. mindestens 94,53 Euro zusteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, die Nachwirkung der Protokollnotiz Nr. 3 habe mit Inkrafttreten des TVöD am 1. Oktober 2005 nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 TVÜ-Bund geendet. Dafür spreche insbesondere § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund, wonach nur im September 2005 tarifvertraglich zustehende Funktionszulagen in das Vergleichsentgelt einfließen, soweit sie nach dem TVöD nicht mehr vorgesehen seien. Die Klägerin könne die Fortzahlung der Funktionszulage Schreibdienst nach der

15

Ablösung des BAT durch den TVöD auch nicht aufgrund der Nebenabrede vom 31. Oktober 1995/7. November 1995 beanspruchen. Die Nebenabrede sehe ausdrücklich vor, dass die Protokollnotiz Nr. 3 in der gültigen Fassung angewendet werde. Unabhängig davon, ob der Widerrufsvorbehalt in der Nebenabrede wirksam sei, hätten die Parteien mit ihm zum Ausdruck gebracht, dass die Funktionszulage nicht anrechnungsfest sei. Die Parteien hätten zudem mit dem Schreiben der Beklagten vom 19. Dezember 2005, das die Klägerin widerspruchslos zur Kenntnis genommen habe, eine Anrechnungsvereinbarung getroffen. § 6 Abs. 3 Satz 4 Buchst. b TV UmBw stehe einer Anrechnung seit der Umsetzung der Klägerin am 1. Juli 2008 nicht entgegen. Nach § 6 Abs. 1 TV UmBw könnten bei der Einkommenssicherung ausschließlich tarifvertragliche Zulagen berücksichtigt werden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben. Es hat die Beklagte neben dem Feststellungsausspruch verurteilt, an die Klägerin 1.681,29 Euro nebst Zinsen zu zahlen. IHv. 114,78 Euro - der für die Monate Januar bis Juni 2008 geleisteten Beträge von 19,13 Euro - hat das Arbeitsgericht den Antrag zu 1. abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

16

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Die Klage ist in der Sache er-
folglos.

17

A. Der Antrag zu 1. ist zulässig, aber unbegründet.

18

I. Der Leistungsantrag ist zulässig, nach gebotener Auslegung insbeson-
dere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Klägerin erstrebt
mit dem Antrag zu 1. zuletzt die Zahlung der Funktionszulage Schreibdienst für
die Monate Januar bis Juni 2008 iHv. jeweils 94,53 Euro abzüglich erhaltener
19,13 Euro nebst Verzugszinsen. In Höhe der für diese sechs Monate geleiste-

19

ten Beträge von 19,13 Euro ist der klageabweisende Teil des Urteils erster Instanz in Rechtskraft erwachsen. Für die Monate Juli 2008 bis Juli 2009 erstrebt die Klägerin die volle Funktionszulage Schreibdienst von monatlich 94,53 Euro nebst Verzugszinsen.

II. Der Antrag zu 1. ist unbegründet. Die Klägerin hat über die geleisteten Zahlungen von jeweils 19,13 Euro für die Monate Januar bis Juni 2008 hinaus unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf die Funktionszulage Schreibdienst für die Zeit von Januar 2008 bis Juli 2009. Die Beklagte war berechtigt, die Entgelterhöhungen aus der zum 1. Oktober 2007 erfolgten Stufensteigerung und den Tarifentgelterhöhungen aus der Tarifrunde 2008/2009 auf die Funktionszulage anzurechnen. 20

1. Die Regelungen des TVöD (*Bund*) sehen keinen Anspruch auf eine Funktionszulage Schreibdienst vor. 21

2. Die erhobenen Ansprüche ergeben sich nicht aus der Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT in der bis 31. Dezember 1983 geltenden Fassung. 22

a) Nach der Kündigung der Vergütungsordnung der Anlage 1a zum BAT zum 31. Dezember 1983 galten die nicht wieder in Kraft gesetzten Regelungen des Abschnitts N seit 1. Januar 1984 nur noch aufgrund ihrer Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG (*vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 16 mwN, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1; 13. Dezember 2000 - 10 AZR 689/99 - zu II 1 der Gründe, ZTR 2001, 269*). Auf die Frage, ob eine Gewerkschaftszugehörigkeit der Klägerin, die sie selbst nicht behauptet, zur Nachwirkung führte, kommt es nicht an. Es kann auch auf sich beruhen, ob eine vertragliche Bezugnahme-klausel besteht, die als Gleichstellungsabrede iSd. früheren Rechtsprechung des Vierten Senats auszulegen wäre (*vgl. grundlegend BAG 14. Dezember 2005 - 4 AZR 536/04 - Rn. 24 ff., BAGE 116, 326; siehe auch 23. Februar 2011 - 4 AZR 536/09 - Rn. 17 f., AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 86 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Bezugnahme-klausel Nr. 31*) und ob eine Gleichstel- 23

lungsabrede auch nachwirkende Tarifregelungen erfasste (vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - aaO mwN).

b) Eine mögliche Nachwirkung wurde jedenfalls durch eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG beendet. 24

aa) Eine „andere Abmachung“ muss die nachwirkende Tarifregelung ersetzen, also denselben Regelungsbereich erfassen (vgl. BAG 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 50 = EzA TVG § 4 Nachwirkung Nr. 46). Sie kann durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder einzelvertragliche Abrede erfolgen (vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 18, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1; 17. Januar 2006 - 9 AZR 41/05 - Rn. 24, BAGE 116, 366). 25

bb) Die Parteien trafen hier einzelvertraglich eine andere Abmachung. Mit der Nebenabrede vom 31. Oktober 1995/7. November 1995 gaben sie nicht nur einen bestehenden Rechtszustand deklaratorisch wieder, sondern trafen eine eigenständige neue Regelung. 26

(1) Mit der Verweisung auf die „gültige“ Fassung der Protokollnotiz Nr. 3 konnten die Parteien nur die nachwirkende Regelung meinen, weil die Anlage 1a zum BAT zum 31. Dezember 1983 gekündigt und Teil II des Abschnitts N nicht zum 1. Januar 1991 wieder in Kraft gesetzt worden war. 27

(2) Mit der Bezugnahme auf die Maßgaben des Rundschreibens des Bundesministers des Innern - D III 1 - 220 254/9 - vom 2. September 1986 in seiner jeweiligen Fassung gingen die Parteien jedoch über das nachwirkende Tarifrecht hinaus. Sie lösten sich damit von der bloßen Anwendung der nachwirkenden tariflichen Regelung (vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 18, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1). Die Vereinbarung einer anderen, ggf. gegenüber der Tarifregelung weniger günstigen Regelung war nach § 4 Abs. 5 TVG auch dann zulässig, wenn die Klägerin tarifgebunden gewesen sein sollte 28

(vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 19, aaO; 3. April 2007 - 9 AZR 867/06 - Rn. 20 mwN, BAGE 122, 64).

3. Ansprüche auf (*ungeschmäler*te) Fortzahlung der Funktionszulage Schreibdienst folgen nicht aus der Nebenabrede vom 31. Oktober 1995/7. November 1995. Nach der tariflichen Neuregelung durch den TVöD durfte die Beklagte die Entgeltsteigerungen aufgrund des Stufenaufstiegs der Klägerin und der allgemeinen tariflichen Entgelterhöhungen aus der Tarifrunde 2008/2009 auf die Funktionszulage Schreibdienst anrechnen. Die Nebenabrede schließt eine Anrechnungsbefugnis der Beklagten nicht aus. 29
- a) Bei der Nebenabrede handelt es sich um eine von der Beklagten gestellte vorformulierte Vertragsbedingung, die nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 5 EGBGB einer Kontrolle nach den Regelungen der §§ 305 ff. BGB unterliegt. Nach Art. 229 § 5 EGBGB findet auf Dauerschuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 begründet wurden, vom 1. Januar 2003 an das Bürgerliche Gesetzbuch in der dann geltenden Fassung Anwendung. Dazu gehören auch §§ 305 bis 310 BGB (vgl. für die st. Rspr. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 21, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1). 30
- b) Bei der Nebenabrede handelt es sich um eine teilbare Klausel. 31
- aa) Für die Frage der Teilbarkeit einer teils wirksamen und andernteils unwirksamen Klausel iSv. § 306 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist entscheidend, ob die Bestimmung mehrere sachliche Regelungen enthält und der unwirksame Teil sprachlich eindeutig abtrennbar ist. Ist die verbleibende Regelung weiter verständlich, bleibt sie bestehen. Die Teilbarkeit einer Klausel ist durch Streichung des (*möglicherweise*) unwirksamen Teils zu ermitteln (st. Rspr., vgl. zB BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 65; 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 23, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1, jeweils mwN). 32

- bb) Danach ist die Klausel teilbar. Sie enthält drei sachlich trennbare Regelungen. Es handelt sich erstens um die Verweisung auf die nachwirkende „gültige“ Regelung der Protokollnotiz Nr. 3 in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Unterabs. 1 der Nebenabrede, zweitens um die „Dynamisierung“ der Bezugnahme nach Maßgabe des Rundschreibens des Bundesministers des Innern - D III 1 - 220 254/9 - vom 2. September 1986 in seiner jeweiligen Fassung durch § 1 Abs. 1 der Nebenabrede und drittens um das in § 1 Abs. 2 Unterabs. 2 der Nebenabrede vereinbarte Widerrufsrecht. Die Inhaltskontrolle für die verschiedenen, nur formal verbundenen Bestimmungen ist getrennt vorzunehmen. Deshalb kann dahinstehen, welchen genauen Inhalt die Maßgaben- und die Widerrufsklauseln haben. Der Senat braucht auch nicht darüber zu befinden, ob diese Teile der Vereinbarung einer Transparenz- oder Inhaltskontrolle standhielten oder ob sie die Klägerin als Änderungsvorbehalte iSv. § 308 Nr. 4 BGB unangemessen benachteiligten (*vgl. zu der Trennung einer auflösenden Bedingung iSv. § 158 Abs. 2 BGB von der sog. Maßgabenklausel BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 24 mwN, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1*). 33
- c) Die Beklagte war berechtigt, die sich aus der Stufensteigerung nach § 6 Abs. 1 Satz 2 TVÜ-Bund und aus der Tarifrunde 2008/2009 ergebenden Entgelterhöhungen auf die ab 1. Oktober 2005 als übertarifliche Besitzstandszulage gezahlte (*frühere*) Funktionszulage Schreibdienst anzurechnen. Die Nebenabrede vom 31. Oktober 1995/7. November 1995 lässt nicht erkennen, dass eine Anrechnung tariflicher Entgeltsteigerungen ausgeschlossen werden sollte. 34
- aa) Ob eine Tarifentgelterhöhung individualrechtlich auf eine übertarifliche Vergütung angerechnet werden kann, hängt von der zugrunde liegenden Vergütungsabrede ab. Haben die Arbeitsvertragsparteien darüber eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, gilt diese. Sonst ist aus den Umständen zu ermitteln, ob eine Befugnis zur Anrechnung besteht. Die Anrechnung ist grundsätzlich möglich, sofern dem Arbeitnehmer nicht vertraglich ein selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden ist (*vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 39, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47*). 35

= *EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1; 30. Mai 2006 - 1 AZR 111/05 - Rn. 17, BAGE 118, 211; 1. März 2006 - 5 AZR 540/05 - Rn. 13 mwN, AP TVG § 4 Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung Nr. 40 = EzA TVG § 4 Tariflohnerhöhung Nr. 47*). Allein in der tatsächlichen Zahlung liegt keine vertragliche Abrede, die Zulage solle auch nach einer Tarifentgelt-erhöhung als selbständiger Vergütungsbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt gezahlt werden (*vgl. BAG 27. August 2008 - 5 AZR 820/07 - Rn. 12, BAGE 127, 319*). Da sich durch eine Anrechnung von Tarifentgelterhöhungen auf die Zulage - anders als durch einen Widerruf der Zulage - die Gesamtgegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung nicht verringert, ist dem Arbeitnehmer die mit einer Anrechnung verbundene Veränderung der Zulagenhöhe regelmäßig zumutbar. Ein darauf gerichteter ausdrücklicher Anrechnungsvorbehalt hielte einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand (*vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - aaO; 30. Mai 2006 - 1 AZR 111/05 - aaO*).

bb) Nach diesen Grundsätzen sind die Anrechnungen der Beklagten wirksam. Aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte der Klägerin die Zulage für die Zeit ab 1. Oktober 2005 gesondert als selbständigen Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zusagte. Die Klägerin konnte dem Verhalten der Beklagten keinen Willen entnehmen, eine bestimmte übertarifliche Leistung auf Dauer unverändert zu erbringen (*vgl. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 40, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Schreibdienst Funktionszulage Nr. 1; 24. März 2010 - 10 AZR 43/09 - Rn. 16 f., AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 90 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 13*). Schon die Klauseln der Nebenabrede vom 31. Oktober 1995/7. November 1995 lassen keinerlei Anrechnungsausschluss erkennen. Bei der Mitteilung der Beklagten mit Schreiben vom 19. Dezember 2005, der Unterschiedsbetrag zum bisherigen Entgelt werde bei allgemeinen Entgeltanpassungen und sonstigen Entgelterhöhungen (*Stufenaufstieg usw.*) auf diese Besitzstandszulage angerechnet, handelte es sich deswegen nicht um einen konstitutiven Anrechnungsvorbehalt, den die Klägerin nur zur Kenntnis nahm. Die Beklagte wies

36

lediglich auf die nicht ausgeschlossene und damit bereits vorhandene Anrechnungsmöglichkeit hin, die besteht, wenn - wie hier - kein selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden ist.

d) Die Einkommenssicherung bei über 25-jähriger Beschäftigungszeit nach § 6 Abs. 3 Satz 4 Buchst. b TV UmBw steht den Anrechnungen der Beklagten nicht entgegen. Dabei kann offenbleiben, ob mit der sog. Umsetzung der Klägerin zum 1. Juli 2008 eine Maßnahme iSv. § 1 Abs. 1, § 6 Abs. 1 TV UmBw verbunden war und deshalb der Geltungsbereich des TV UmBw eröffnet ist. Die Beklagte hat mit den Ergänzungsangaben zu ihrer sog. Verfügung vom 12. Juni 2008 Einkommenssicherung „gem. § 6 TV UmBw“ in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen der bisherigen Entgeltgruppe 5 und der neuen Entgeltgruppe 3 gewährt und im Rahmen des Besitzstands gezahlte Zulagen als ebenfalls gesichert erklärt. Die Anrechnung ist seit 1. Juli 2008 weder durch den in Bezug genommenen § 6 TV UmBw noch durch eine gegenüber § 6 TV UmBw günstigere Zusage ausgeschlossen.

aa) Die Funktionszulage Schreibdienst ist kein Entgelt aus der bisherigen Tätigkeit iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw, das der Klägerin in ihrer bisherigen Tätigkeit zuletzt iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw zugestanden hat. Bei dem durch eine persönliche Zulage gesicherten Einkommen handelt es sich lediglich um tarifvertraglich zustehendes Entgelt. Die Funktionszulage Schreibdienst, die seit 1. Januar 1984 nur aufgrund der Nachwirkung der Protokollnotiz Nr. 3 gezahlt wird, ist kein solches tarifvertraglich zustehendes Entgelt. Die gesicherten Zulagen sind nur tarifvertraglich zustehende, in Monatsbeträgen festgelegte Zulagen. Nachwirkende Tarifvorschriften fallen dagegen nicht darunter. Nach bisheriger ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die den Tarifvertragsparteien bei Tarifabschluss bekannt sein musste, gelten gekündigte Tarifnormen nicht mehr kraft der Wirkung des Tarifvertrags, sondern nur noch kraft Gesetzes weiter. Sie sind nicht länger Tarifvertragsrecht (*vgl. zu der st. Rspr. und den abweichenden Meinungen im Schrifttum näher BAG 19. April 2012 - 6 AZR 622/10 - zu II 2 b der Gründe mwN; siehe zB auch 3. April 2007 - 9 AZR 867/06 - Rn. 24 mwN, BAGE 122, 64*). Das gilt erst recht,

wenn die Geltung lediglich nachwirkender Tarifvorschriften zugesagt wird. Der Anrechnungsausschluss des § 6 Abs. 3 Satz 4 Buchst. b TV UmBw findet daher keine Anwendung.

(1) Der Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw ist allerdings nicht eindeutig. Danach wird Entgelt aus der bisherigen Tätigkeit gesichert, das dem Arbeitnehmer „zuletzt zugestanden hat“. Dazu gehören nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw „in Monatsbeträgen festgelegte Zulagen, die in den letzten drei Jahren der bisherigen Tätigkeit ohne schädliche Unterbrechung bezogen wurden“. Anders als § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund nennen die Tarifvertragsparteien des TV UmBw nicht ausdrücklich nur „tarifvertraglich zustehende Funktionszulagen“ (vgl. dazu BAG 19. April 2012 - 6 AZR 622/10 - zu II 2 der Gründe). „In Monatsbeträgen festgelegte Zulagen“ sind die Vergütungsbestandteile, die aus besonderem Anlass zu einer bestimmten Grundleistung hinzutreten. Sie sind - wie zB Funktionszulagen - an die Person des Arbeitnehmers gebunden (vgl. BAG 13. August 2009 - 6 AZR 307/08 - Rn. 17 mwN, ZTR 2009, 641; 23. November 2006 - 6 AZR 317/06 - Rn. 25, BAGE 120, 239). Seit dem Inkrafttreten der Neufassung des TV UmBw zum 1. Januar 2008 gilt für „in Monatsbeträgen festgelegte Zulagen“ nichts anderes als für die früheren „ständigen Lohnzulagen“ in § 6 Abs. 2 Unterabs. 2 Buchst. b der Ursprungsfassung des TV UmBw vom 18. Juli 2001 (vgl. BAG 23. November 2006 - 6 AZR 317/06 - Rn. 21, aaO).

(2) Aus Zusammenhang sowie Sinn und Zweck des § 6 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Buchst. b TV UmBw ergibt sich jedoch, dass es sich bei dem durch eine persönliche Zulage gesicherten Einkommen nur um tarifvertraglich zustehendes Entgelt handelt.

(a) Für eine Berücksichtigung nur tarifvertraglich zustehender Zulagen spricht zunächst die Einbettung des § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw in das tarifliche Entgeltgefüge. Die Bestimmung ist zwischen dem Tabellenentgelt iSv. § 15 TVöD und den Erschwerniszuschlägen iSv. § 19 TVöD in § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a und Buchst. c TV UmBw angesiedelt.

- (b) Besonders deutlich wird die erforderliche tarifliche und nicht nur nachwirkende Anspruchsgrundlage für eine Zulage, die in die Einkommenssicherung einfließt, an § 6 Abs. 3 Satz 1 TV UmBw. Danach nimmt die persönliche Zulage an allgemeinen Entgelterhöhungen teil. Eine allgemeine Entgelterhöhung liegt vor, wenn sie nach abstrakten Merkmalen erfolgt und nicht auf Gründen beruht, die allein in der Person des Arbeitnehmers begründet sind (*vgl. BAG 5. Februar 2009 - 6 AZR 33/08 - Rn. 18 mwN, ZTR 2009, 325*). Die in § 6 Abs. 3 TV UmBw vorgesehene Teilnahme der persönlichen Zulage an einer Entgelterhöhung ist nicht statisch, sondern dynamisch ausgestaltet. Damit soll sichergestellt werden, dass der von einer Umstrukturierung betroffene Arbeitnehmer grundsätzlich an der Tarifentwicklung teilnimmt (*BAG 5. Februar 2009 - 6 AZR 33/08 - Rn. 19 mwN, aaO*). Auch daran zeigt sich, dass § 6 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 TV UmBw das Tarifentgelt sichern soll. 42
- (c) Ferner deutet die Protokollerklärung Nr. 1 zu § 6 Abs. 1 TV UmBw darauf hin, dass § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw nur tarifliche Zulagen sichern soll. Danach sind vom Entgelt iSv. § 6 Abs. 1 TV UmBw Besitzstandszulagen iSd. § 9 TVÜ-Bund umfasst, die die Erfüllung einer Bewährungszeit voraussetzen. 43
- (d) Entscheidend ist der tarifübergreifende Zusammenhang von § 6 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Buchst. b TV UmBw mit § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund. Dort haben die Tarifvertragsparteien eine ausdrückliche Regelung für Funktionszulagen getroffen. Danach fließen im September 2005 tarifvertraglich zustehende Funktionszulagen insoweit in das Vergleichsentgelt ein, als sie nach dem TVöD nicht mehr vorgesehen sind (*vgl. näher BAG 19. April 2012 - 6 AZR 622/10 - zu II 2 der Gründe*). Gibt es tarifliche Funktionszulagen, sollen sie in das Vergleichsentgelt einfließen, aber nicht mehr fortgeschrieben werden. Anderes haben die Tarifvertragsparteien des TVöD in der Protokollnotiz zu § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund nur für die Techniker-, Meister- und Programmiererzulagen geregelt. § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund entspricht dem tariflichen Vereinfachungsziel der weitgehenden Abkehr von Zulagen. Der in der Folge des Inkrafttretens des TVöD (*Bund*) geänderte TV UmBw idF vom 4. Dezember 2007 44

wollte bei der Ermittlung der persönlichen Zulage ebenso wie die frühere Fassung ausschließlich an die tarifgerechten Grundlagen anknüpfen und Strukturbrüche gegenüber dem TVÜ-Bund vermeiden. § 6 TV UmBw soll lediglich verhindern, dass Arbeitnehmer, die von der Umstrukturierung der Bundeswehr betroffen sind, schlechtergestellt werden als Arbeitnehmer, die von der Umstrukturierung nicht betroffen sind.

- (e) Ein anderes Verständnis von § 6 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Buchst. b TV UmBw führte zudem zu einer unwirksamen Effektivgarantieklausel, mit der ein bisher über- oder außertariflicher Entgeltbestandteil zum Tarifentgelt wird (vgl. BAG 15. September 2004 - 4 AZR 416/03 - zu I 3 der Gründe mwN, AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 191 = EzA TVG § 4 Metallindustrie Nr. 130). Das macht die Revision zu Recht geltend. Flößen auch einzelvertraglich nicht anrechnungsfest vereinbarte übertarifliche Zulagen in die persönliche Zulage iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw ein, würde ein Anspruch auf ein neues tarifliches Mindestentgelt mit individualvertraglichen Anteilen begründet, das anrechnungsfest an künftigen tariflichen Entgelterhöhungen teilnahme. 45
- bb) Die Anrechnung ist seit 1. Juli 2008 nicht durch eine gegenüber § 6 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Buchst. b TV UmBw günstigere Zusage der Beklagten in den Ergänzungsangaben zu ihrem Schreiben vom 12. Juni 2008 ausgeschlossen. Die Ergänzungsangaben, die im Zusammenhang mit der sog. Umsetzung der Klägerin auf den Dienstposten einer Bürokraft gemacht wurden, kann der Senat auch dann selbst auslegen, wenn es sich um eine atypische Erklärung handeln sollte. Die Auslegungstatsachen stehen fest. 46
- (1) Mit den Ergänzungsangaben zum Schreiben vom 12. Juni 2008 teilte die Beklagte der Klägerin ua. mit, ihr werde Einkommenssicherung „gem. § 6 TV UmBw“ gewährt. Im Rahmen des Besitzstands gezahlte Zulagen würden ebenfalls gesichert. 47

(2) Daraus kann aus der Sicht eines objektiven Dritten nicht geschlossen werden, dass die Beklagte der Klägerin abweichend von § 6 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Buchst. b TV UmBw auch die Fortzahlung der Funktionszulage Schreibdienst aus der nur nachwirkenden Protokollnotiz Nr. 3 zusagen wollte. Die Verdienstabrechnungen der Klägerin kennzeichneten die Funktionszulage Schreibdienst zwar seit Dezember 2005 als „BStand § 9 TVÜ“. Aus den Ergänzungsangaben zum Schreiben der Beklagten vom 12. Juni 2008 ist aber zu entnehmen, dass die Beklagte das Einkommen der Klägerin nur tarifgerecht sichern wollte. Die Beklagte verwies unmittelbar vor dem Hinweis auf die Besitzstandszulagen auf § 6 TV UmBw. Danach sollte der Klägerin Einkommenssicherung „gem. § 6 TV UmBw“ gewährt werden. Daraus ist zu entnehmen, dass die Beklagte lediglich deklaratorisch auf die „in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen“ des § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw Bezug nehmen wollte. Für eine Abweichung von dem regelmäßig gewollten Normvollzug gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte (*vgl. dazu bspw. BAG 17. August 2011 - 10 AZR 347/10 - Rn. 17, ZTR 2011, 727*). Die Beklagte wollte eine Schlechterstellung der Klägerin aufgrund der sog. Umsetzung vermeiden, die Klägerin aber nicht durch eine konstitutive Zusage anrechnungsfester Zulagen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand besserstellen. Das entspricht der in Satz 1 der Präambel des TV UmBw festgehaltenen Absicht der Tarifvertragsparteien, die mit dem Umstrukturierungsprozess verbundenen personellen Maßnahmen sozial ausgewogen zu gestalten. Der Anspruch auf die Funktionszulage Schreibdienst bestand deshalb nicht anrechnungsfest, sondern nach wie vor ohne Anrechnungsverbot fort.

48

B. Der Antrag zu 2., mit dem die Klägerin festgestellt wissen will, dass ihr ab August 2009 noch eine monatliche Funktionszulage Schreibdienst von 94,53 Euro zusteht, ist aus den für den Leistungsantrag angeführten Gründen unbegründet. Die Klägerin erfüllt jedenfalls seit der Anrechnung der zweiten Tarifentgelterhöhung aus der Tarifrunde 2008/2009 mit Wirkung vom 1. Januar 2009 nicht länger die Voraussetzungen der Funktionszulage Schreibdienst.

49

Die Funktionszulage Schreibdienst ist auch nicht einzelvertraglich anrechnungsfest zugesagt.

Fischermeier

Gallner

Spelge

Wollensak

Frau Bender ist wegen Ablaufs ihrer Amtszeit an der Unterschriftsleistung verhindert.

Fischermeier