

Tarifauslegung; Arbeitsentgelt; Funktionszulage Schreibdienst; Anrechnung von Entgelterhöhungen aufgrund von allgemeinen Tarifentgelterhöhungen auf eine Funktionszulage Schreibdienst; Kein Anrechnungsausschluss nach § 6 Abs. 3 Satz 4 Buchst. b TV UmBw; Keine mittelbare Geschlechtsdiskriminierung; Kein einzelvertragliches Anrechnungsverbot; Keine Verletzung von Mitbestimmungsrechten

Gericht: BAG

Entscheidungsform: Urteil

Datum: 19.04.2012

Referenz: JurionRS 2012, 17162

Aktenzeichen: 6 AZR 578/10

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

LAG Köln - 10.03.2010 - AZ: 3 Sa 1246/09

ArbG Köln - 24.09.2009 - AZ: 8 Ca 9843/08

Rechtsgrundlagen:

§ 4 Abs. 5 TVG

§ 6 Abs. 3 S. 4 Buchst. b TV UmBw

Fundstellen:

EzA-SD 14/2012, 12

FA 2012, 283

NZA 2013, 399-400

PersV 2013, 36

ZTR 2012, 451-452

BAG, 19.04.2012 - 6 AZR 578/10

Orientierungssatz:

1. Die Funktionszulage Schreibdienst nach der zum 31. Dezember 1983 gekündigten Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT (Protokollnotiz Nr. 3) ist kein Entgelt aus der bisherigen Tätigkeit iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw, das dem anspruchsberechtigten Arbeitnehmer iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw zugestanden hat. Außertariflich gezahlte Zulagen werden von der Einkommenssicherung nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw nicht erfasst. Das Anrechnungsverbot des § 6 Abs. 3 Satz 4 Buchst. b TV UmBw gilt deshalb nicht. Allgemeine tarifliche Entgelterhöhungen können auf die Funktionszulage Schreibdienst angerechnet werden, wenn die Anrechnung nicht einzelvertraglich ausgeschlossen ist.

2. Diese Auslegung des § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw führt nicht zu einer von § 7 Abs. 1 und Abs. 2 AGG iVm. § 1, § 3 Abs. 2 AGG untersagten mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung. Insoweit fehlt es an der Vergleichbarkeit von benachteiligten und begünstigten Personen, die die Grundvoraussetzung auch der mittelbaren Diskriminierung ist. Die Tarifvertragsparteien durften die rechtlichen Unterschiede zwischen einer

uneingeschränkt der Vertragsfreiheit unterliegenden außertariflichen Zulage und einer jedenfalls der verschlechternden Disposition der Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich entzogenen tariflich abgesicherten Leistung berücksichtigen.

3. Hält sich ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes vorbehaltlich einer Anrechnung künftiger Tarifierhöhungen für verpflichtet, eine bestimmte Leistung (hier: Funktionszulage Schreibdienst) zu erbringen, so erwerben die betroffenen Arbeitnehmer nicht schon deshalb einen Anspruch auf einen weiteren Bezug der ungekürzten Leistung, weil der Arbeitgeber eine Tarifierhöhung nur teilweise anrechnet, ohne dabei den Personalrat zu beteiligen.

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:

Tenor:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 10. März 2010 - 3 Sa 1246/09 - aufgehoben.

2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24. September 2009 - 8 Ca 9843/08 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob Entgeltsteigerungen aufgrund einer allgemeinen tariflichen Entgelterhöhung auf eine Funktionszulage angerechnet werden konnten, die an die Klägerin nach ihrer Überleitung in den TVÖD als sog. außertarifliche persönliche Zulage weitergezahlt wurde.
- 2 Die 1956 geborene Klägerin war seit 1975 bei der beklagten Bundesrepublik Deutschland beschäftigt. Die Klägerin kündigte das Arbeitsverhältnis zum Ende ihres Mutterschaftsurlaubs am 29. Mai 1983. Zum 1. September 1984 begründeten die Parteien ein neues Arbeitsverhältnis. Nach § 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags vom 3. September 1984 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen.
- 3 Mit Schreiben vom 22. Mai 1992 übertrug die Beklagte der Klägerin den Dienstposten einer Schreibkraft. Am 25. Mai 1992 schlossen die Parteien eine Nebenabrede mit Wirkung zum 1. Mai 1992, wonach sie sich darin einig seien, dass die Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT angewendet werde.
- 4 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. ..."

- 5 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 (BMI) 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.
- 6 Bei der Überleitung der Klägerin in den TVöD, mit der sie einer individuellen Endstufe der Entgeltgruppe 5 zugeordnet wurde, floss die Funktionszulage Schreibdienst nicht in das Vergleichsentgelt ein. Diese wurde weiter getrennt ausgewiesen und gezahlt, zuletzt iHv. 94,53 Euro. Die Zulage wurde dabei in den Verdienstabrechnungen mit "BStand § 9 TVÜ" bezeichnet. Nach Auffassung des BMI 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 14. November 2005 mit, dass Funktions- und Leistungszulagen Angestellten im Schreibdienst übertariflich längstens bis zum Inkrafttreten einer neuen Entgeltordnung weitergezahlt würden. Voraussetzung für die Gewährung sei unter anderem, dass die Tätigkeit als Schreibrkraft ununterbrochen ausgeübt werde.
- 7 Die Beklagte übertrug der Klägerin mit Schreiben vom 21. Januar 2008 aus Anlass ihrer bereits am 25. September 2006 verfügten Versetzung zum Waffensystemkommando der Luftwaffe auf den Dienstposten "Bürokraft C" rückwirkend zum 1. Oktober 2006 die Tätigkeiten dieses Dienstpostens. Anlass der Versetzung war der Wegfall des bisherigen Dienstpostens der Klägerin als Schreibrkraft im Zuge der Umstrukturierung der Bundeswehr. Die neue Tätigkeit ist nach der Vergütungsgruppe VIII BAT (entsprechend Entgeltgruppe 3 TVöD) bewertet, während der Dienstposten als Schreibrkraft nach der Vergütungsgruppe VII BAT (entsprechend Entgeltgruppe 5 TVöD) zu vergüten war. Im Schreiben vom 21. Januar 2008 widerrief die Beklagte die Funktionszulage Schreibdienst, weil die Voraussetzungen für ihre Weitergewährung entfallen seien. Weiter führte sie aus:

"Als Betroffene i.S.d. § 1 Abs. 1 TV UmBw haben Sie aufgrund der hierdurch bedingten Einkommensminderung gemäß Erlass BMVg vom 10.05.2006 (Bezug 3.) jedoch Anspruch auf Einkommenssicherung nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 Buchst. a) und b) TV UmBw. Die entfallenen Besitzstandszulagen werden somit als persönliche Zulage in der bisherigen Höhe weitergezahlt. Gleichwohl unterliegt diese persönliche Zulage den Anrechnungsvorschriften bei allgemeinen Entgeltanpassungen und sonstigen Entgelterhöhungen nach Maßgabe des Erlasses des BMVg vom 17.10.2005.

Danach verändert sich diese persönliche Zulage gemäß § 9 Abs. 4 Satz 2 TVÜ-Bund bei allgemeinen Entgeltanpassungen um den von den Tarifvertragsparteien für die jeweilige Entgeltgruppe festgelegten Vomhundertsatz. Der § 6 Abs. 3 TV UmBw findet keine Anwendung.

..."
- 8 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:

"§ 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 einschließlich 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.

..."

- 9** Die Beklagte setzte die der Klägerin zu zahlende monatliche persönliche Zulage zunächst auf 206,78 Euro fest. Darin war die Funktionszulage Schreibdienst von 94,53 Euro in vollem Umfang enthalten, außerdem die der Klägerin ebenfalls fortgezahlte, nicht streitbefangene Bewährungszulage Schreibdienst von zuletzt 112,25 Euro. Im Festsetzungsbescheid vom 6. Februar 2008 war dieser Betrag unter der Rubrik "Zulage(n) nach § 6 Abs. 1 Buchst. b) bzw. Abs. 2 Buchst. b) TV UmBw bzw. entsprechende Besitzstandszulagen (auch ggf. nach § 6 Abs. 1 Buchst. a)" ausgewiesen. Die Tariflohnerhöhung zum 1. Januar 2008 verrechnete die Beklagte mit Wirkung zum 1. Januar 2008 letztlich zu einem Drittel mit der persönlichen Zulage, soweit darin die Funktionszulage Schreibdienst enthalten war. Die persönliche Zulage wurde deshalb um 31,51 Euro gekürzt.
- 10** Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin nach erfolgloser Geltendmachung die Zahlung einer monatlichen Entgeltdifferenz von jeweils 31,51 Euro für die Zeit von Januar bis Oktober 2008. Sie will außerdem festgestellt wissen, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, allgemeine tarifliche Entgelterhöhungen auf die Zulage anzurechnen.
- 11** Die Klägerin hat zuletzt die Auffassung vertreten, unabhängig davon, ob ihr der Anspruch auf die Funktionszulage Schreibdienst kraft Nachwirkung oder aufgrund der mangels eines Widerrufsvorbehalts nicht widerruflichen Nebenabrede vom 25. Mai 1992 zugestanden habe, sei diese Zulage nach § 6 TV UmBw gesichert, der auch außertarifliche Zulagen erfasse. Das ergebe sich aus dem Zweck der Sicherung und sei auch durch den Gleichbehandlungsgrundsatz geboten. Tarifierhöhungen könnten demnach angesichts der Beschäftigungszeit der Klägerin von mehr als 25 Jahren nicht auf die persönliche Zulage angerechnet werden. Anderenfalls werde sie gegenüber Mitarbeiterinnen, die die Zulage aufgrund Nachwirkung über § 6 Abs. 3 TV UmBw gesichert erhielten, schlechter gestellt. Auch führe die Anrechnung zu einer mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung, denn die Schreibkräfte bei der Bundeswehr seien praktisch ausschließlich Frauen. Von der Anrechnungsregelung seien nicht alle Funktionszulagen, sondern nur die für den Schreibdienst betroffen. Schließlich habe die Beklagte die Zulage drei Jahre nach Inkrafttreten des TVöD vorbehaltlos weitergezahlt und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie von einem übertariflichen, vertraglichen Anspruch ausgehe. Erstinstanzlich hat die Klägerin geltend gemacht, die Beklagte hätte vor der Anrechnung den Personalrat beteiligen müssen.
- 12** Die Klägerin hat beantragt,
1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 315,10 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen;
 2. festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, allgemeine tarifliche Entgelterhöhungen auf die Leistungs- und Funktionszulage der Beklagten anzurechnen.
- 13** Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Klägerin habe die Zulage lediglich aufgrund der Nebenabrede zugestanden, weil das maßgebliche Arbeitsverhältnis der Parteien erst im Nachwirkungszeitraum begründet worden sei. Als übertarifliche Zulage sei die Funktionszulage Schreibdienst in die Berechnung der persönlichen Zulage nach § 6 TV UmBw nicht eingeflossen. Anderenfalls würden die Arbeitnehmer mit Anspruch auf Einkommenssicherung gegenüber denjenigen bevorzugt, die nicht dem TV UmBw unterfielen. Eine solche "Sicherung der Sicherung" sei von den Tarifvertragsparteien nicht gewollt. Deshalb greife auch das

Anrechnungsverbot des § 6 Abs. 3 Satz 4 TV UmBw nicht ein. Auch die Nebenabrede vom 25. Mai 1992 enthalte kein Anrechnungsverbot.

- 14 Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe

- 15 Die Revision der Beklagten ist begründet. Die Klage ist in der Sache erfolglos.
- 16 A. Die Klage ist zulässig. Die Klägerin wendet sich entgegen dem Wortlaut ihres Feststellungsantrags nicht gegen Anrechnungen von Entgelterhöhungen auf die Funktionszulage Schreibdienst, sondern begehrt die ungekürzte Zahlung der persönlichen Zulage nach § 6 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw, in die die Funktionszulage Schreibdienst eingeflossen ist. In dieser Auslegung ist der Feststellungsantrag zulässig.
- 17 B. Die Klage ist unbegründet. In die der Klägerin nach § 6 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw zu zahlende persönliche Zulage ist die Funktionszulage Schreibdienst nicht eingeflossen. Diese war keine in Monatsbeträgen festgelegte Zulage iSd. § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw. Der Anrechnungsausschluss in § 6 Abs. 3 Satz 4 Buchst. b TV UmBw kommt der Klägerin bereits deshalb - unabhängig davon, ob dessen übrige Voraussetzungen vorliegen - nicht zugute. Die Anrechnung von Tarifierhöhungen auf die persönliche Zulage ist auch nicht durch eine gegenüber § 6 TV UmBw günstigere Zusage oder aufgrund einer Verletzung von Mitbestimmungsrechten ausgeschlossen.
- 18 I. Der Anspruch der Klägerin auf die Funktionszulage Schreibdienst war unabhängig davon, auf welcher Rechtsgrundlage ihr bis dahin diese Zulage gezahlt worden war und ob ein Widerrufsrecht der Beklagten bestanden hatte, seit dem 1. Oktober 2006 und damit bereits vor der ersten Anrechnung von Entgelterhöhungen auf die persönliche Zulage nach § 6 Abs. 1 TV UmBw, die zum 1. Januar 2008 erfolgt ist, entfallen. Die Voraussetzungen für die Funktionszulage Schreibdienst waren seit ihrer Versetzung auf den Dienstposten "Bürokraft C" zum 1. Oktober 2006 nicht mehr erfüllt, was die von ihr vorgelegte Tätigkeitsbeschreibung vom Januar 2007 bestätigt.
- 19 II. Die Funktionszulage Schreibdienst ist bei der Berechnung der persönlichen Zulage gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw nicht zu berücksichtigen.
- 20 1. Die Parteien haben in der Revisionsinstanz unstreitig gestellt, dass sich das Einkommen der Klägerin durch eine Maßnahme iSd. § 1 Abs. 1 TV UmBw verringert hat und damit der persönliche Anwendungsbereich des TV UmBw grundsätzlich eröffnet ist.
- 21 2. Die Funktionszulage Schreibdienst ist der Klägerin bei Beginn der Einkommenssicherung am 1. Oktober 2006 als außertarifliche Zulage gezahlt worden. Solche außertariflichen Zulagen werden nicht von der Einkommenssicherung nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw erfasst.
- 22 a) Die Zahlung der Zulage ist spätestens seit dem 1. Oktober 2005 nur noch außertariflich erfolgt. Dabei kann dahinstehen, ob die Nebenabrede vom 25. Mai 1992 konstitutive Wirkung entfaltete, weil die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses vom 30. Mai 1983 bis zum 31. August 1984 die zunächst bestehende Nachwirkung der Protokollnotiz Nr. 3 entfallen ließ, oder ob, wie die Klägerin annimmt, ungeachtet dieser Unterbrechung die Nachwirkung andauerte. Dann wäre in der Nebenabrede lediglich ein bestehender Rechtszustand deklaratorisch wiedergegeben worden. Auch in diesem Fall wäre die Nachwirkung mit Inkrafttreten des TVöD, der den BAT abgelöst hat, am 1. Oktober 2005 beendet worden. Spätestens seit diesem Zeitpunkt ist die Zulage der Klägerin außertariflich gezahlt worden.
- 23 b) 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 spätestens seit dem 1. Oktober 2005 nur außertariflich gezahlte Funktionszulage Schreibdienst ist kein solches tarifvertraglich zustehendes Entgelt. Die gesicherten Zulagen sind nur tarifvertraglich zustehende, in Monatsbeträgen festgelegte Zulagen. Ebenso wie Zulagen, die aufgrund nachwirkender Tarifvorschriften gezahlt werden (dazu BAG 19. April 2012 - 6 AZR 691/10 - Rn. 37 ff.), sind außertariflich gezahlte Zulagen bei der Einkommenssicherung nicht zu berücksichtigen. 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 - Rn. 24 ff. 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 konstitutiv zugesagt wird oder nach Beendigung der Nachwirkung eine Zulage freiwillig und außertariflich weitergezahlt wird.

- 24** aa) 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 - Rn. 22 ff.). "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 [BAG 23.11.2006 - 6 AZR 317/06]). 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.).
- 25** bb) 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.
- 26** (1) 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.
- 27** (2) 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.
- 28** (3) 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 Besitzstandsulagen iSd. § 9 TVÜ-Bund umfasst, die die Erfüllung einer Bewährungszeit voraussetzen.

- 29** (4) 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 - Rn. 22 ff.). 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 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.
- 30** Aus § 6 Abs. 3 Satz 4 Buchst. c TV UmBw ergibt sich entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung nichts anderes. Danach unterbleibt eine Anrechnung, wenn der Beschäftigte zum Zeitpunkt der Maßnahme nach § 1 Abs. 1 TV UmBw bereits eine Entgeltsicherung nach im Einzelnen aufgeführten Tarifverträgen erhalten hat. Anders als die Klägerin annimmt, kommt es auch in diesen Fällen hinsichtlich der Funktionszulage Schreibdienst nur zu einer Besitzstandssicherung, nicht aber zu einer Besserstellung gegenüber den Arbeitnehmern, die keine Einkommenssicherung nach dem TV UmBw erhalten. Diese Regelung verhindert zwar, dass die erfassten Arbeitnehmer mehrfach einer abbaubaren Einkommenssicherung unterfallen (Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese BAT Stand Juni 2006 Teil VI - Begleitmaßnahmen Umgestaltung Bundeswehr Erl. 8.1, Bl. 374.104). Auch bei diesem Personenkreis fließen jedoch Zulagen, die lediglich aufgrund von nachwirkenden Tarifnormen oder außertariflich gezahlt werden, nicht in die persönliche Zulage nach § 6 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw ein und sind damit nicht anrechnungsfest.
- 31** (5) 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 teilnehme.
- 32** c) Entgegen der Ansicht der Klägerin führt § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b TV UmBw in dieser Auslegung nicht zu einer von § 7 Abs. 1 und Abs. 2 AGG iVm. §§ 1 , 3 Abs. 2 AGG untersagten mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung.
- 33** aa) Dabei kann zugunsten der Klägerin angenommen werden, dass Besitzstandszulagen für Angestellte im Schreib- und Vorzimmerdienst weit überwiegend an weibliche Beschäftigte gezahlt werden bzw. gezahlt worden sind. Ebenfalls kann zu ihren Gunsten davon ausgegangen werden, dass die nach der Protokollerklärung zu § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund weiterzuzahlenden und damit potentiell der Einkommenssicherung nach § 6 TV UmBw unterliegenden Techniker-, Meister- und Programmiererzulagen überwiegend Männern gezahlt werden (vgl. zu den Anforderungen an die Darlegung einer mittelbaren Diskriminierung BAG 22. April 2010 - 6 AZR 966/08 - Rn. 20 f., BAGE 134, 160).
- 34** bb) Es fehlt jedoch an der Vergleichbarkeit von benachteiligten und begünstigten Personen, die die Grundvoraussetzung auch der mittelbaren Diskriminierung ist (BAG 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09 - Rn. 33, AP TVöD § 17 Nr. 1 = EzA AGG § 3 Nr. 3).

- 35** (1) Ob die erforderliche Vergleichbarkeit vorliegt, bestimmt sich nach dem Zweck der zu prüfenden Regelung und deren Anspruchsvoraussetzungen. Diese Prüfung ist von den nationalen Gerichten im Einzelfall vorzunehmen (BAG 7. Juni 2011 - 1 AZR 34/10 - Rn. 29, EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 45 ; EuGH 10. Mai 2011 - C-147/08 - [Römer] Rn. 52, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 20 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 19; 1. April 2008 - C-267/06 - [Maruko] Rn. 73, Slg. 2008, I-1757).
- 36** (a) Die nach dem Referenzprinzip erfolgende Einkommenssicherung und die Ausgleichszahlung dienen der Sicherung des Besitzstandes der Beschäftigten, wenn sich aufgrund einer Maßnahme der Neuausrichtung der Bundeswehr das Entgelt der Beschäftigten verringert bzw. der Arbeitsplatz der Beschäftigten wegfällt (BAG 18. Januar 2012 - 6 AZR 462/10 - Rn. 17). Die Dynamisierung der persönlichen Zulage soll sicherstellen, dass die von einer Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmer grundsätzlich an der Tarifentwicklung teilnehmen (BAG 5. Februar 2009 - 6 AZR 33/08 - Rn. 19, ZTR 2009, 325).
- 37** (b) Ausgehend von diesen Zwecken fehlt es an der Vergleichbarkeit von Beschäftigten, die eine tariflich abgesicherte Zulage mindestens drei Jahre bezogen haben, und solchen Beschäftigten, denen in den letzten drei Jahren vor Beginn der Einkommenssicherung eine außertarifliche Zulage gezahlt worden ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn die außertarifliche Zulage wie hier nicht anrechnungsfest war. Die Tarifvertragsparteien durften die rechtlichen Unterschiede zwischen einer uneingeschränkt der Vertragsfreiheit unterliegenden außertariflichen, auf individualvertraglicher Basis gezahlten Zulage und einer jedenfalls der verschlechternden Disposition der Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich entzogenen tariflich abgesicherten Leistung berücksichtigen.
- 38** (aa) Eine außertarifliche Zulage unterliegt der freien Vertragsgestaltung. Die Arbeitsvertragsparteien können sie unter Beachtung der Vorschriften der §§ 305 ff. BGB widerruflich ausgestalten, der Arbeitgeber kann eine Änderungskündigung erklären oder die Parteien können sie einvernehmlich ändern. Schließlich können ihre Voraussetzungen durch die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses entfallen. In diese Vertragsbeziehungen und die Vertragsfreiheit dürfen die Tarifvertragsparteien nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht eingreifen. Ein bisher über- oder außertariflicher Entgeltbestandteil darf grundsätzlich nicht zum Tarifentgelt werden und damit der arbeitsvertraglichen Disposition entzogen werden (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). Bereits aufgrund der grundsätzlich den Arbeitsvertragsparteien vorbehaltenen Hoheit über das Schicksal außertariflicher Leistungen durften die Tarifvertragsparteien davon absehen, solche Leistungen in eine tarifliche Entgeltsicherung einzubeziehen.
- 39** (bb) Der Umstand, dass die Tarifvertragsparteien im TVöD die Funktionszulage Schreibdienst nicht mehr bzw. nicht wieder geregelt haben, während die Techniker-, Meister- und Programmierzulagen über die Protokollerklärung zu § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund weiterhin tariflich abgesichert ist, steht der Annahme einer fehlenden Vergleichbarkeit beider Personengruppen nicht entgegen. Insoweit durften die Tarifvertragsparteien berücksichtigen, dass die bis zum 31. Dezember 1983 geltenden tariflichen Voraussetzungen für die Gewährung dieser Zulage infolge der geänderten technischen Ausstattung von Büroarbeitsplätzen und der daraus folgenden Anforderungen an die diese benutzenden Beschäftigten bereits 1983 nicht mehr sachgerecht erschienen, es den Tarifpartnern aber nicht gelungen war, zwischen 1983 und 2005 eine Einigung darüber zu erzielen, ob und unter welchen Voraussetzungen den im Schreibdienst Beschäftigten unter Berücksichtigung der technischen Weiterentwicklung eine tarifliche Funktionszulage gewährt werden sollte.
- 40** (2) Die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu den Grundsätzen, nach denen die für die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung erforderliche Vergleichbarkeit zu ermitteln ist, ist nicht erforderlich. Es ist unionsrechtlich geklärt, dass ein letztentscheidungsbefugtes nationales Gericht unter Zugrundelegung des vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Vergleichsmaßstabs selbst zu prüfen hat, ob sich der Betroffene in einer vergleichbaren Situation mit anderen befindet (BAG 7. Juni 2011 - 1 AZR 34/10 - Rn. 29,

- 41 d) Auch eine Ungleichbehandlung iSv. Art. 3 GG liegt nicht vor.
- 42 aa) Hinsichtlich der behaupteten Ungleichbehandlung der Klägerin gegenüber den Beschäftigten, deren Techniker-, Meister- und Programmierzulage bestandsgesichert werden kann, ist Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG nicht verletzt. Aus denselben Gründen wie bei der von der Klägerin geltend gemachten mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung fehlt es an der erforderlichen Vergleichbarkeit.
- 43 bb) Soweit die Klägerin rügt, sie werde gegenüber Mitarbeiterinnen, die die Zulage aufgrund tariflicher Nachwirkung über § 6 Abs. 3 TV UmBw gesichert erhielten, schlechter gestellt, fehlt es bereits an einer Ungleichbehandlung iSd. Art. 3 Abs. 1 GG . Auch Ansprüche aus nachwirkenden Tarifnormen sind nicht nach § 6 Abs. 1 TV UmBw gesichert (BAG 19. April 2012 - 6 AZR 691/10 - Rn. 37 ff.), so dass der Anrechnungsausschluss des § 6 Abs. 3 Satz 4 TV UmBw auch diesem Personenkreis nicht zugute kommt.
- 44 3. Die Beklagte hat auch nicht etwa übertariflich ihren Beschäftigten die Sicherung der Funktionszulage Schreibdienst zugesagt, soweit ihr Arbeitsplatz aufgrund einer Maßnahme iSd. § 1 Abs. 1 TV UmBw weggefallen ist.
- 45 a) Allerdings ist nach dem von der Beklagten zur Akte gereichten Erlass des BMVg vom 19. August 2008 die Anrechnungsregelung aus dem Rundschreiben des BMI vom 1. August 2008 auf den Personenkreis, dem die Klägerin angehört, zu übertragen. In Fällen, in denen wie bei der Klägerin nach Inkrafttreten des TVÖD im Zusammenhang mit der Umstrukturierung der Bundeswehr eine nur noch außertariflich gezahlte Besitzstandszulage für Beschäftigte im Schreib- und Vorzimmerdienst weggefallen und aufgrund dessen eine persönliche Zulage entsprechend § 6 Abs. 1 TV UmBw gewährt worden ist, erfolgt danach eine Anrechnung entsprechend dem Rundschreiben des BMI vom 1. August 2008, also zu einem Drittel des Erhöhungsbetrags. Soweit sich nach § 6 Abs. 3 TV UmBw ein höherer Anrechnungsbetrag ergibt, hat die dortige Anrechnungsregelung Vorrang.
- 46 b) Aus diesem Erlass, auf den sich die Klägerin ohnehin nicht berufen hat, ergibt sich keine übertarifliche, im Wege der Gesamtzusage erfolgte Verpflichtung der Beklagten, Beschäftigten wie der Klägerin auch solche Zulagen nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b iVm. § 6 Abs. 3 TV UmBw zu sichern, die lediglich übertariflich gezahlt werden.
- 47 aa) Der Erlass des BMVg vom 19. August 2008 ist allein an die Bundeswehrverwaltung, nicht aber an die einzelnen Arbeitnehmer gerichtet. Eine Gesamtzusage liegt jedoch nur vor, wenn der Arbeitgeber einseitig bekannt gibt, dass er jedem Arbeitnehmer, der die von ihm abstrakt festgelegten Voraussetzungen erfüllt, eine bestimmte Leistung gewährt. Der Arbeitnehmer erwirbt einen einzelvertraglichen Anspruch auf diese Leistung, wenn er die vom Arbeitgeber genannten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, ohne dass es einer gesonderten Erklärung der Annahme des in der Zusage enthaltenen Angebots bedarf. Gesamtzusagen werden bereits dann wirksam, wenn sie gegenüber den Arbeitnehmern in einer Form verlautbart werden, die den einzelnen Arbeitnehmer typischerweise in die Lage versetzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen (BAG 22. Dezember 2009 - 3 AZR 136/08 - Rn. 22 f., AP BetrAVG § 1 Auslegung Nr. 7 = EzA BetrAVG § 1b Nr. 7). An dieser erforderlichen Form der Verlautbarung fehlt es bei dem lediglich an die eigene Verwaltung des BMVg gerichteten Erlass vom 19. August 2008.
- 48 bb) Darüber hinaus liegt der erforderliche eigenständige Normsetzungswille des BMVg nicht vor. Vielmehr lassen dieser Erlass ebenso wie das Schreiben der Verwaltung der Beklagten vom 21. Januar 2008 erkennen, dass die Bundeswehrverwaltung nur den Maßgaben des BMI und den Vorgaben des TV UmBw folgen wollte, was nur eingeschränkt gelungen ist und Anlass zu zahlreichen Prozessen gegeben hat.
- 49 4. Schließlich hat die Klägerin auch keinen einzelvertraglichen Anspruch auf eine anrechnungsfreie Sicherung ihres Besitzstandes. Die Äußerungen der Beklagten, aus denen sich ein solcher

Anspruch ergeben könnte, kann der Senat selbst auslegen, auch soweit es sich dabei um atypische Erklärungen handeln sollte. Die Auslegungstatsachen stehen fest.

- 50** a) Aus der Nebenabrede vom 25. Mai 1992 ergibt sich ein solcher Anspruch nicht. Die Klägerin hat zutreffend darauf abgestellt, dass sich daraus nur der Wille der Vertragsparteien ergibt, die Klägerin ebenso zu behandeln wie die Beschäftigten, die einen tariflichen Anspruch bzw. einen Anspruch aufgrund nachwirkender Tarifnormen hatten.
- 51** b) Die Beklagte hat der Klägerin bereits mit Schreiben vom 14. November 2005 mitgeteilt, dass Voraussetzung für die Gewährung der Funktionszulage Schreibdienst unter anderem sei, dass die Tätigkeit als Schreibkraft ununterbrochen ausgeübt werde. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat die Beklagte nach Inkrafttreten des TVöD die Zulage also keineswegs jahrelang vorbehaltlos gezahlt. Bereits aufgrund dieses Schreibens konnte die Klägerin nicht annehmen, dass sie die Zulage, und sei es im Wege der Einkommenssicherung, auch dann weiter erhält, wenn sie keine Tätigkeit als Schreibkraft mehr ausübt.
- 52** c) Aus der Kennzeichnung der Funktionszulage Schreibdienst in den Verdienstabrechnungen der Klägerin als "BStand § 9 TVÜ" und dem Schreiben vom 21. Januar 2008 anlässlich der Übertragung des Dienstpostens einer Bürokraft folgt nichts anderes. Zwar hat die Beklagte in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass die Klägerin Anspruch auf Einkommenssicherung nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 Buchst. a und Buchst. b TV UmBw habe und die entfallenen Besitzstandszulagen somit als persönliche Zulage in der bisherigen Höhe weitergezahlt würden. Daraus kann aus der Sicht eines objektiven Dritten aber nicht geschlossen werden, dass die Beklagte der Klägerin abweichend von § 6 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Buchst. b TV UmBw die anrechnungsfeste Fortzahlung der Funktionszulage Schreibdienst zusagen wollte, sondern lediglich, dass die Beklagte das Einkommen der Klägerin nur tarifgerecht sichern und lediglich deklaratorisch auf die Einkommenssicherung Bezug nehmen wollte. Die Beklagte hat im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Hinweis auf die Einkommenssicherung nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 Buchst. a und Buchst. b TV UmBw auch erklärt, dass die Zulage den Anrechnungsvorschriften des TV UmBw unterliege und insbesondere die Regelung des § 6 Abs. 3 TV UmBw nicht greifen sollte. Die Zulage sollte also gerade nicht "anrechnungsfest" sein. Für eine Abweichung von dem regelmäßig gewollten Normvollzug fehlt es damit an den erforderlichen Anhaltspunkten (vgl. dazu bspw. BAG 17. August 2011 - 10 AZR 347/10 - Rn. 17, ZTR 2011, 727 [BAG 17.08.2011 - 10 AZR 347/10]). 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 fort.
- 53** d) Aus der vorläufigen Festsetzung der persönlichen Zulage vom 6. Februar 2008 ergibt sich keine einzelvertragliche Zusage. Dabei handelt es sich lediglich um die Berechnung der Zulage durch einen Sachbearbeiter, der ersichtlich keinerlei eigenständigen Regelungswillen hatte und ohnehin keine rechtsverbindlichen Erklärungen für die Beklagte abgeben konnte.
- 54** III. Die Rüge der Klägerin in der Revisionserwiderung, die Beklagte habe vor der Anrechnung den Personalrat nicht beteiligt, verhilft der Klage nicht zum Erfolg.
- 55** 1. Selbst wenn zugunsten der Klägerin angenommen wird, dass es eine für eine autonome Anrechnungsentscheidung der Beklagten zuständige Personalvertretung gibt und diese nicht ordnungsgemäß beteiligt worden ist, würde sich daraus kein Anspruch der Klägerin auf den weiteren Bezug der ungekürzten Leistung ergeben. Die Einkommenssicherung nach § 6 TV UmBw erfasst die streitbefangene Zulage nicht. Die Beklagte hat dies nicht erkannt und darum bei der Berechnung der der Klägerin nach § 6 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw zu zahlenden persönlichen Zulage die Funktionszulage Schreibdienst berücksichtigt. Sie hat also - anders als vor Beginn der Einkommenssicherung - nicht etwa bewusst eine freiwillige, außertarifliche Leistung erbracht,

sondern hat lediglich einen vermeintlich bestehenden tariflichen Anspruch erfüllen wollen. In einem solchen Fall irrtümlichen Normvollzugs fehlt es bereits an der Entscheidung, einen Dotierungsrahmen vorzugeben, indem bewusst Mittel zur Erbringung freiwilliger Leistungen zur Verfügung gestellt werden. Eine solche gestaltende Ausgangsentscheidung ist jedoch Grundvoraussetzung dafür, dass bei der Anrechnung von Tariferhöhungen Raum für eine andere Verteilungsentscheidung bleibt und die Nichtbeteiligung der Personalvertretung zum Fortbestehen eines Anspruchs auf die ungekürzte Leistung führen kann (vgl. BAG 10. März 2009 - 1 AZR 55/08 - Rn. 17 f., BAGE 129, 371).

- 56** 2. Darüber hinaus hat die Klägerin die von ihr der Sache nach erhobene Gegenrüge nicht ausreichend begründet.
- 57** a) Die Klägerin rügt mit ihrer Behauptung, der Personalrat sei nicht beteiligt worden, das Landesarbeitsgericht habe Feststellungen dazu, ob und welchen Personalrat die Beklagte beteiligt hat, und damit ggf. für den Erfolg der Klage wesentliche Feststellungen unterlassen. Sie hat damit inhaltlich eine Gegenrüge erhoben (vgl. zur Gegenrüge BAG 28. September 2005 - 10 AZR 587/04 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 278 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 123 ; GMP/Müller-Glöge ArbGG 7. Aufl. § 74 Rn. 109; Zöller/Heßler ZPO 29. Aufl. § 557 Rn. 12).
- 58** b) Diese Verfahrensrüge hat sie jedoch nicht ausreichend begründet. Die Frage, ob und welcher Personalrat bei einer Anrechnungsentscheidung zu beteiligen ist, ist höchststrichterlich noch nicht geklärt (vgl. insoweit die beim Bundesarbeitsgericht anhängigen Verfahren - 1 AZR 94/11 -, - 10 AZR 777/11 - und - 10 AZR 779/11 -). Die Klägerin hätte deshalb näher darlegen müssen, dass die Beklagte die Beteiligung des zuständigen Personalrats unterlassen hat und dass diese Unterlassung der Klage zum Erfolg verhelfen könnte. Dies ist nicht geschehen.

Fischermeier
Gallner
Spelge
Bender
Wollensak

Hinweis des Senats:

teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 6 AZR 691/10 -

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.