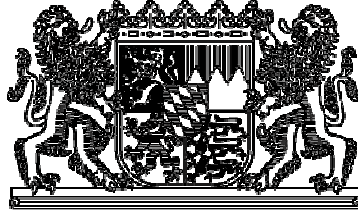


**11 Sa 777/11**  
33 Ca 2320/11  
(ArbG München)

Verkündet am: 18.01.2012

Öschay  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

C.  
C-Straße, A-Stadt

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.  
D-Straße, A-Stadt

gegen

F. vertreten durch das A.  
A-Straße, A-Stadt

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B.  
B-Straße, A-Stadt

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Neumeier und die ehrenamtlichen Richter Kirsch und Hellmich-Gase

für Recht erkannt:

**1. Auf die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München (33 Ca 2320/11) vom 27.07.2011 wird das Endurteil wie folgt abgeändert:**

- a) Die Klage wird abgewiesen.**
- b) Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.**

**2. Die Revision wird zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Fortzahlung einer Funktionszulage sowie über die Zulässigkeit der Anrechnung von Lohnerhöhungen auf diese Zulage.

Die Klägerin ist seit 01.06.1976 bei der Beklagten, zuletzt im Bundeswehr-Dienstleistungszentrum A-Stadt, als Schreibkraft / Angestellte beschäftigt.

Der Arbeitsvertrag vom 01.06.1976 enthielt unter Ziffer 2. folgende Regelung: „Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen.“

Entsprechend einer Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II Abschnitt N (Angestellte im Schreibdienst) Unterabschnitt I der Anlage 1 a zum BAT erhielten vollbeschäftigte Angestellte, die mit mindestens einem Drittel der regelmäßigen Arbeitszeit i.S.d. § 15 Abs. 1 Magnetbandschreibmaschinen oder andere Textverarbeitungsautomaten bedienen und hierbei voll-

wertige Leistungen erbringen, für die Dauer dieser Tätigkeit eine monatliche Funktionszulage i.H.v. 8 % der Anfangsgrundvergütung der Vergütungsgruppe VII.

Die Anlage 1 a zum BAT wurde zum 31. Dezember 1983 gekündigt.

Mit Schreiben der Beklagten vom 06.04.1989 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass sie mit Wirkung vom 01.03.1989 eine monatliche Funktionszulage gemäß Protokollnotiz Nr. 3 Teil II/N/I BAT erhalte.

Unter dem 18.05.1995 schlossen die Parteien eine Nebenabrede zum Arbeitsvertrag mit folgendem Inhalt ab: „Für die Dauer der Tätigkeit am Textverarbeitungsautomaten werden die Regelungen der Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II, Abschnitt N, Unterabschnitt I der Anlage 1 a zum BAT außertariflich vereinbart.“

Seit dem 01.10.2005 richtet sich das Arbeitsverhältnis der Parteien nach den Vorschriften des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst (TVöD). Der TVöD enthält keine Gewährung einer entsprechenden Funktionszulage. Die Klägerin erhielt die Funktionszulage zunächst weiter bezahlt.

Das Bundesministerium des Innern erließ unter dem 10.10.2005 ein Rundschreiben (Az.: D II 2 – 220 210/643). Nach diesem Rundschreiben sollte Beschäftigten, die diese Funktionszulage bei Überleitung in den TVöD erhalten hatten, die Zulage im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen außertariflich als persönliche Zulage neben dem Vergleichsentgelt weitergezahlt werden, soweit die bisherigen Voraussetzungen für die Gewährung bestünden. Bei allgemeinen Entgeltanpassungen und sonstigen Entgelterhöhungen ist vorgesehen, dass der Unterschiedsbetrag zum bisherigen Entgelt auf die Besitzstandszulage angerechnet wird. Mit Rundschreiben vom 01.08.2008 des Bundesinnenministeriums (Az.: D II 2 – 220 254/2; D II 2 – 220 210 – 1/9) wurde von der vollständigen Anrechnung der Tarifierhöhung auf die persönliche außertarifliche Besitzstandszulage zu Gunsten der Beschäftigten abgewichen und von Seiten des Bundesministeriums verfügt, dass nur noch ein Drittel des gesamten Erhöhungsbetrages der Tarifierhöhungen zum 01.01.2008 und zum 01.01.2009 auf die persönliche außertarifliche Besitzstandszulage anzurechnen ist.

Aufgrund der zum 01.01.2008 eintretenden tariflichen Entgelterhöhung wurde diese auf die bis dahin der Klägerin bezahlte Funktionszulage i.H.v. € 94,53 angerechnet. Damit trat eine Kürzung um € 39,92 brutto monatlich ein. Die Klägerin erhielt künftig nur noch eine Funktionszulage i.H.v. € 54,61. Die Kürzung entsprach einem Drittel der Entgelterhöhung. Zum 01.01.2009 wurde die Funktionszulage unter Anrechnung ebenfalls eines Drittels der tariflichen Entgelterhöhung von € 54,61 brutto auf € 31,87 brutto gekürzt. Schließlich erfolgte ab dem 01.10.2010 eine weitere Kürzung auf letztlich einen Betrag von monatlich € 22,33 brutto.

Die Klägerin hat der Kürzung mit Schreiben vom 02.07.2008 und Schreiben vom 13.10.2009 widersprochen.

Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt die Klägerin die Auszahlung der Differenzbeträge zwischen der vollen Höhe der Funktionszulage und der jeweils ausgezahlten Funktionszulage für den Zeitraum 2008 bis 2010 sowie die Verurteilung der Beklagten zur künftigen Auszahlung der vollen Funktionszulage ab Januar 2011.

Die Klägerin war erstinstanzlich der Auffassung, dass eine Anrechnung der tariflichen Entgelterhöhung auf die gewährte Funktionszulage unzulässig sei. Die einzelvertragliche Nebenabrede sei durch die Überleitung der Klägerin in den Geltungsbereich des TVöD nicht abgelöst worden. Der Tarifvertrag sei nicht geeignet, günstigere einzelvertragliche Zusagen abzulösen, insoweit gelte das Günstigkeitsprinzip. Auch eine Anrechnung von tariflichen Entgelterhöhungen auf die einzelvertraglich vereinbarte Funktionszulage sei unzulässig, insbesondere sei die Zulage auch als Ausgleich für eine besondere Belastung der Klägerin durch die Arbeit an Textverarbeitungsmaschinen gezahlt worden. In Ermangelung eines Anrechnungsvorbehalts sei die Anrechnung daher unzulässig gewesen.

Die Klägerin beantragte erstinstanzlich:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 2.097,36 brutto nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz

aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.01.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.02.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.03.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.04.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.05.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.06.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.07.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.08.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.09.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.10.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.11.2008  
aus € 39,92 brutto (i. W.: neununddreißig 92/100 Euro) seit 01.12.2008  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.01.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.02.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.03.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.04.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.05.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.06.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.07.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.08.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.09.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.10.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.11.2009  
aus € 62,66 brutto (i. W.: zweiundsechzig 66/100 Euro) seit 01.12.2009  
aus € 72,20 brutto (i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.01.2010  
aus € 72,20 brutto (i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.02.2010  
aus € 72,20 brutto (i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.03.2010  
aus € 72,20 brutto (i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.04.2010  
aus € 72,20 brutto (i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.05.2010  
aus € 72,20 brutto (i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.06.2010  
aus € 72,20 brutto (i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.07.2010  
aus € 72,20 brutto (i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.08.2010

aus € 72,20 brutto ( i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.09.2010  
aus € 72,20 brutto ( i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.10.2010  
aus € 72,20 brutto ( i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.11.2010  
aus € 72,20 brutto ( i. W.: zweiundsiebzig 20/100 Euro) seit 01.12.2010

zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, die monatliche Funktionszulage i.H.v. 8 % der Anfangsvergütung der Vergütungsgruppe VII mit Wirkung ab 01.01.2011 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragte erstinstanzlich:

Klageabweisung.

Die Beklagte war erstinstanzlich der Auffassung, dass die Zahlung der Funktionszulage, die ursprünglich infolge der Nachwirkung der tarifvertraglichen Regelung in der Protokollnotiz gezahlt worden sei, durch den Abschluss der Nebenabrede vom 10.05.1995 auf eine eigenständige außertarifliche Rechtsgrundlage gestellt worden sei. Ein Anspruch der Klägerin ergebe sich nicht aus dem TVöD. Die Anrechnung auf die individual-rechtlich vereinbarte Zulage sei nur dann ausgeschlossen, wenn die übertarifliche Zulage arbeitsvertraglich als anrechnungsfester selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tariflohn vereinbart worden sei. Bei übertariflichen Zulagen sei stillschweigend ein Anrechnungsvorbehalt im Falle von Tarifloohnerhöhungen vereinbart. Nur bei besonderer Zweckbestimmung oder unter besonderen Voraussetzungen der Zulage könne sich ergeben, dass diese auch neben dem jeweiligen Tariflohn gezahlt werden solle. Dies sei aber nicht der Fall. Insbesondere handle es sich bei der Funktionszulage nicht um eine Erschweriszulage. Daher sei eine Anrechnungsmöglichkeit gegeben.

Mit dem angefochtenen Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 27.07.2011 hat dieses der Klage vollständig stattgegeben. Das Arbeitsgericht war dabei der Auffassung, dass die Klägerin aufgrund der zwischen den Parteien unter dem 18.05.1995 geschlossenen Nebenabrede Anspruch auf Zahlung der Funktionszulage habe. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Tariflohnerhöhungen auf die Funktionszulage anzurechnen. Eine derartige Anrechnungsmöglichkeit sei zum einen nicht ausdrücklich vereinbart worden. Zwar könne ein Anrechnungsvorbehalt auch konkludent als vereinbart angesehen werden, etwa bei allgemeinen übertariflichen Zulagen. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn dem Arbeitnehmer vertraglich ein selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden sei. Dies könne sich auch aus einem besonderen Zweck der Zulage ergeben. Dieser besondere Zweck habe vorgelegen aufgrund der Zahlung der Zulage zum Ausgleich der besonders ausgeübten Tätigkeit. Die Funktionszulage werde aufgrund einer höherwertigen Tätigkeit gezahlt. Auch bei Tariflohnerhöhungen würde sich aber das Verhältnis der Grundvergütungen der verschiedenen Vergütungsgruppen zueinander nicht ändern, so dass auch eine Tariflohnerhöhung nicht zu einem Ausgleich der jeweiligen fehlenden Angemessenheit der Grundvergütung führen könne. Aufgrund der Vereinbarung, wonach die Zulage für die Dauer der Tätigkeit am Textverarbeitungsautomaten gezahlt werden sollte, sei diese so zu verstehen, dass die Zulage für die gesamte Dauer der Ausübung dieser Tätigkeit gezahlt werden solle und nicht anrechenbar sein solle. Infolge des Rundschreibens des Bundesinnenministeriums vom 10.10.2005 sei kein wirksamer Anrechnungsvorbehalt eingeführt worden, da dem die einzelvertragliche Nebenabrede entgegenstehe. Durch den Verweis auf die Protokollnotiz in der Nebenabrede sei nicht konkludent zum Ausdruck gebracht worden, dass diese nur für die Dauer der Geltung des BAT bzw. für die Dauer einer tariflichen Grundlage der Zahlung der Funktionszulage gezahlt werden sollte.

Gegen dieses der Beklagten am 24.08.2011 zugestellte Endurteil des Arbeitsgerichts München richtet sich die Berufung der Beklagten mit Schriftsatz vom 30.08.2011, am gleichen Tage beim Landesarbeitsgericht München eingegangen.

Die Beklagte ist im Rahmen der Berufung der Auffassung, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung der Zulage mehr besitze infolge der Nebenabrede zum Arbeitsvertrag vom 18.05.1995, dieser Anspruch jedenfalls mit Einführung des TVöD zum 01.10.2005

geendet habe. Der Nebenabrede sei konkludent zu entnehmen, dass diese unter der auflösenden Bedingung gestanden habe, dass eine grundlegende tarifliche Neuregelung erfolgen könne, mit der die Funktionszulage auch künftig entfallen könne. Infolge der zum Zeitpunkt der Gewährung der Funktionszulage und dem Abschluss der Nebenabrede bestehenden Nachwirkung, sei eine entsprechende auflösende Bedingung der Nebenabrede immanent gewesen. Damit sei mit Eintritt eines neuen Tarifwerks, das keinen Anspruch auf eine Funktionszulage mehr vorgesehen habe, die Bedingung eingetreten. Anderes ergebe sich auch nicht durch die Formulierung „für die Dauer der Tätigkeit am Textverarbeitungsautomaten“, da diese nur im Zusammenhang mit dem Verweis auf die Protokollnotiz zu verstehen gewesen sei. Selbst wenn eine konkludente auflösende Bedingung nicht vereinbart worden sei, ergebe sich, dass die Funktionszulage zumindest nicht anrechnungsrésistent gewesen sei. Grundsätzlich sei eine Anrechnung bei außertariflichen Zulagen immer möglich, sofern dem Arbeitnehmer nicht vertraglich ein selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden sei. Insoweit bedürfe es auch keines ausdrücklichen Anrechnungsvorbehalts. Objektive Anhaltspunkte für einen selbständigen Entgeltbestandteil seien vorliegend weder gegeben noch von Seiten der Klägerin vorgetragen worden. Soweit sei auch die Beklagte nicht verpflichtet, Umstände vorzutragen, wonach sich die Zulage als anrechnungsfähig darstelle, vielmehr trage die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die gegen eine Anrechnungsfähigkeit spreche. Der Zweck der Funktionszulage spreche auch nicht gegen eine Anrechnungbarkeit.

Die Beklagte beantragte zuletzt:

Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts München vom 27.07.2011  
- 33 Ca 2320/11 - und Klageabweisung.

Die Klägerin beantragte zuletzt:

Zurückweisung der Berufung.



Die Klägerin war weiterhin der Auffassung, dass sich der Anspruch aus der Nebenabrede ergebe und der Nebenabrede auch lediglich eine auflösende Bedingung dergestalt entnommen werden könne, dass die Zulage bei Wegfall der entsprechenden Tätigkeit entfalle. Ohne entsprechenden Hinweis darauf, dass bei Änderung der tariflichen Grundlage die Funktionszulage entfalle, sei eine entsprechende auflösende Bedingung auch nicht anzunehmen. Des Weiteren sei der Anspruch auch anrechnungsresistent. Der Beklagten sei es unbenommen gewesen, einen Anrechnungsvorbehalt zu vereinbaren. Dies sei nicht erfolgt. Insoweit sei es auch nicht Pflicht der Klägerin darzulegen, aufgrund welcher Umstände die Zulage anrechnungsfrei sei. Vielmehr sei es Angelegenheit der Beklagten darzulegen, aufgrund welcher Umstände trotz mangelnden Anrechnungsvorbehalts eine Anrechnung möglich sein solle.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 30.08.2011, 01.09.2011, 19.10.2011, 12.12.2011 sowie auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung der Beklagten ist in vollem Umfang begründet.

#### **I.**

Die gem. § 64 Abs. 2 b ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

#### **II.**

Die Berufung der Beklagten ist auch begründet.

**1.** Auf die Berufung der Beklagten war das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen, da die Beklagte zumindest berechtigt war und ist tarifliche Lohnerhöhungen in dem von ihr praktizierten Umfang auf die Funktionszulage anzurechnen.

**a)** Unstreitig ergibt sich aus dem nunmehr auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden TVöD kein Anspruch auf die Bezahlung der Funktionszulage, da im TVöD anders als im BAT eine solche Zulage nicht mehr vorgesehen ist.

**b)** Des Weiteren ist der Beklagten auch zuzugeben, dass als einzige Anspruchsgrundlage für die Zahlung der Funktionszulage die Nebenabrede vom 18.05.1995 in Betracht kommt. Zu dem Zeitpunkt als die Klägerin erstmalig im Jahr 1989 die Funktionszulage erhalten hat, galt die entsprechende tarifliche Regelung aus dem BAT nur noch kraft Nachwirkung, da sie bereits im Jahr 1983 gekündigt worden war. Infolge des Verweises des Arbeitsvertrages der Klägerin auf den BAT hatte die Klägerin, als sie erstmalig im Jahr 1989 die Voraussetzung der Funktionszulage erfüllte, aufgrund der Nachwirkung des Tarifvertrages daher Anspruch auf Zahlung der Funktionszulage. Diese Zahlung der Funktionszulage wurde mit Abschluss der Nebenabrede im Jahr 1995 auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt, da durch diese anderweitige Abmachung die Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG geendet hat. Dass es sich hierbei um eine eigenständige neue Regelung handeln sollte und nicht nur um die Wiedergabe des gegebenenfalls zum damaligen Zeitpunkt aufgrund Nachwirkung geltenden tariflichen Rechts, zeigt die Formulierung, dass es sich um eine „Nebenabrede“ handeln sollte, also eine eigenständige Abrede im Rahmen des Arbeitsverhältnisses und insbesondere auch die Formulierung, dass die Funktionszulage „außertariflich“ gezahlt werden sollte. Damit wurde eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass nicht nur der Tarifvertrag, der gegebenenfalls durch Nachwirkung zum damaligen Zeitpunkt noch galt, vollzogen werden sollte, sondern darüber hinaus einzelvertraglich außerhalb des tariflichen Rechtes eine weitere Vereinbarung dahingehend geschlossen werden sollte, dass die Klägerin auch künftig eine Funktionszulage erhalten sollte.

**c)** Das Gericht konnte es letztendlich dahingestellt sein lassen, ob der Nebenabrede aus dem Jahr 1995 tatsächlich eine auflösende Bedingung auch ohne ausdrückliche Regelung immanent war, dahingehend, dass diese Nebenabrede jedenfalls nur so lange gelten sollte, als der BAT galt und durch Eintritt einer neuen tariflichen Regelung damit die Voraussetzungen der Gewährung der Funktionszulage entfallen würden. Insoweit besteht im vorliegenden Rechtsstreit eine andersartige Fallgestaltung als im Rahmen des von Seiten des BAG mit Urteil vom 18.05.2011 (Az.: 10 AZR 206/10) entschiedenen Sachverhaltes, da in der dortigen Nebenabrede ausdrücklich ein Vorbehalt aufgenommen worden war, wonach die Zulage nur bis zu einer tarifvertraglichen Neuregelung gelten sollte. Ein entsprechender Vorbehalt ist aber in der Nebenabrede im vorliegenden Rechtsstreit nicht enthalten. Fraglich erscheint insoweit auch, ob ein entsprechender Vorbehalt bzw. eine auflösende Bedingung gleichen Inhalts der Nebenabrede auch ohne ausdrückliche Regelung immanent ist. Zwar verweist die Nebenabrede auf die Regelung des BAT, andererseits ist eine ausdrückliche Bedingung dahingehend beinhaltet, wonach die Funktionszulage so lange gezahlt wird, solange die Tätigkeit am Textverarbeitungsautomat ausgeübt wird. Nachdem zudem auch betont wurde, dass die Zahlung „außertariflich“ erfolgen sollte, erscheint eine Anknüpfung an die Geltungsdauer des BAT nicht zwingend. Hier lässt sich im Gegenteil darauf schließen, dass es einer entsprechenden Nebenabrede damals nicht bedurft hätte, da die Klägerin aufgrund der Nachwirkung ohnehin Anspruch auf die Funktionszulage gehabt hätte. Somit spricht die Vereinbarung einer außertariflichen Funktionszulage eher dafür, dass die Funktionszulage unabhängig von der Geltungsdauer des BAT gezahlt werden sollte.

**d)** Das Gericht konnte dies aber letzten Endes offenlassen, da jedenfalls die gewährte Funktionszulage nicht anrechnungsresistent ist. Insoweit fehlt es an maßgeblichen Umständen, woraus geschlossen werden kann, dass die gewährte Funktionszulage tatsächlich als selbständige Zulage neben dem tariflichen Entgelt bestehen bleiben sollte.

**aa)** Nach Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. z.B. Urteil vom 27.08.2008 – 5 AZR 820/07) hängt die Frage, ob eine Tarifloohnerhöhung individual-rechtlich auf eine übertarifliche Vergütung angerechnet werden kann, von der zugrundeliegenden Vergütungsabrede ab. Soweit die Arbeitsvertragsparteien eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen haben, gilt diese. Andernfalls 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. Allein in der tatsächlichen Zahlung liegt keine vertragliche Abrede, die Zulage solle auch nach einer Tariflohnerhöhung als selbständiger Lohnbestandteil neben dem jeweiligen Tariflohn gezahlt werden. Das gilt auch, wenn die Zulage über einen längeren Zeitraum vorbehaltlos gezahlt und nicht mit der Tariflohnerhöhung verrechnet worden ist (vgl. BAG-Urteil vom 31.10.1995 – 1 AZR 276/95), denn die Zulage wird gewährt, weil den Arbeitsvertragsparteien der Tariflohn nicht ausreichend erscheint. Eine neben dem Tarifentgelt gewährte übertarifliche Zulage greift in diesem Sinne künftigen Tariflohnerhöhungen vor.

**bb)** Demgemäß ergibt sich alleine aus der Tatsache, dass die Klägerin im Zeitraum nach Inkrafttreten des TVöD bis zum 01.01.2008 die Funktionszulage ohne Anrechnung erhalten hat, soweit in diesem Zeitraum tatsächlich Entgelterhöhungen tariflicher Natur stattgefunden haben, noch nicht, dass die Funktionszulage auch künftig anrechnungsfrei sein sollte.

**cc)** Darüber hinaus ergibt sich auch kein weiterer Umstand, aufgrund dessen von einer Anrechnungsfreiheit ausgegangen werden dürfte.

Zum einen hat die Klägerin schon keinen maßgeblichen Umstand vorgetragen. Die Klägerin hat sich lediglich darauf berufen, dass die Funktionszulage für die Tätigkeit an Textverarbeitungsanlagen bzw. derzeit Computer gezahlt werden sollte und insoweit einer Erschwerniszulage gleichzustellen ist. Dass dies nicht der Fall ist, hat das Bundesarbeitsgericht bereits in der Entscheidung vom 17.04.1996 (Az.: 10 AZR 617/95) entschieden. Auch in der Entscheidung vom 18.05.2011 hat es diese Ansicht bestätigt. Deshalb kann aus dem Zweck der Zulage, nämlich gegebenenfalls eine höherwertige Tätigkeit in Form einer Zulage auszugleichen, weil mit der tariflichen Grundvergütung kein hinreichendes Entgelt für diese höherwertige Tätigkeit gezahlt wird, nicht dazu führen, dass eine selbständige nicht anrechenbare Zulage angenommen wird. Das Bundesarbeitsgericht hat in der Entscheidung vom 18.05.2011 ausdrücklich entschieden, dass der Zweck der Zulage einer Anrechnung nicht entgegensteht.

Insoweit ist auch aus der Formulierung der Nebenabrede, wonach diese Funktionszulage für die Dauer der Arbeit an Textverarbeitungsanlagen gezahlt wird, nichts anderes zu schließen, da die Nebenabrede insoweit lediglich den Zweck der ursprünglichen Funktionszulage wiederholt und keinen darüber hinausgehenden Zahlungszweck erkennen lässt. Dies wird insbesondere auch dadurch deutlich, dass in der Nebenabrede auch Bezug genommen wird auf die Protokollnotiz des BAT und nicht losgelöst davon, die Funktionszulage gezahlt wird.

**dd)** Darüber hinaus hat die Klägerin keine weiteren Umstände vorgetragen. Solche sind auch nicht ersichtlich. Entgegen der Auffassung der Klägerin wäre aber diese darlegungs- und beweisbelastet für Umstände gewesen, die für eine selbständige Zulage sprechen würden. Nachdem das BAG grundsätzlich von einer Anrechenbarkeit bei übertariflichen Zulagen ausgeht, auch wenn ein entsprechender Anrechnungsvorbehalt nicht ausdrücklich aufgenommen ist, müsste die Klägerin, die den Anspruch auf die Funktionszulage geltend macht, ihrerseits anspruchsbegründende Umstände, nämlich solche die für eine selbständige Zulage sprechen würden, vortragen (vgl. BAG-Urteil vom 23.09.2009 – 5 AZR 973/08 zu III. 1.). An entsprechenden Darlegungen fehlt es. Die Klägerin war vielmehr selbst der Auffassung, dass es Aufgabe der Beklagten wäre, Umstände für die Anrechnungsfähigkeit darzulegen. Da es somit an weiteren Umständen mangelt und solche auch nicht ersichtlich sind, hatte die Beklagte die Möglichkeit tarifliche Entgelterhöhungen in dem von ihr veranlassten Umfang auf die vereinbarte Zulage anzurechnen. Insoweit war das angefochtene Endurteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

**2.** Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

**3.** Die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung des Rechtsstreits zugelassen, nachdem die Parteien übereinstimmend erklärt haben, dass aufgrund unterschiedlich formulierter Nebenabreden und wegen einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle der Ausgang des Rechtsstreits grundlegende Bedeutung hat.

Insoweit wird auf die anliegende Rechtsmittelbelehrung verwiesen.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Neumeier

Kirsch

Hellmich-Gase